

Id Cendoj: 28079110012010100290
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1079/2006
Nº de Resolución: 245/2010
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL
Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x CONTRATOS ATÍPICOS x
- x RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL x
- x MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA x
- x INCONGRUENCIA x
- x INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO x
- x RECURSO DE CASACIÓN CIVIL x

Resumen:

Contrato **informático**. Licencia de **programa** de ordenador. Recurso de casación. Interpretación. Recurso extraordinario por infracción procesal. Alteración de la composición del Tribunal sin notificación a las partes. Motivación. Incongruencia.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Mayo de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto por Room33 Com, SA, representada por el Procurador de los Tribunales don Isidro Orquín Cedenilla, contra la Sentencia dictada, el día veintiuno de febrero de dos mil seis, por la Sección Vigésimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su día, contra la Sentencia que había pronunciado el Juzgado de Primera Instancia número Doce de los de Madrid. Es parte recurrida Movilisto, SA, representada por la Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por escrito presentado, ante el Juzgado Decano de Madrid, el día trece de mayo de dos mil dos , el Procurador de los Tribunales don Isidro Orquín Cedenilla, en representación de Room33 Com, SA, interpuso demanda de juicio ordinario contra Movilisto, SA.

En dicha demanda, alegó la referida representación procesal, en síntesis, que Room33 Com, SA era titular de un **programa informático** que le permitía, por doble vía (ida/vuelta), la comunicación por SMS con quienes quisieran exteriorizar un voto o emitir una opinión en directo, así como procesar los votos emitidos, formular estadísticas al respecto de modo inmediato, acusar recibo de los mensajes, con expresión del agradecimiento a los emitentes, identificar aleatoriamente a los ganadores de concursos entre los votantes y controlar las votaciones y los concursos. Que la demandada, Movilisto, SA se dedicaba a la mediación, comercialización y venta de servicios en el ámbito de la telefonía móvil. Que Room33 Com, SA y Movilisto, SA celebraron, el uno de marzo de dos mil uno, un contrato **informático**. Que en el referido contrato, la demandada - que afirmó tener " *uno o varios clientes o potenciales clientes... que desean o pueden desear en un futuro ofrecer concursos de televisión a su audiencia... a través de la M-Poll de Room 33*" y que deseaba "*hacer uso de los servicios de Room 33 para ofrecer la M-Poll a varios usuarios a través del sistema de Servicios de Marketing móvil de Room33*" - y Room33 Com, SA - en la condición de titular de "*ciertos sistemas y software*", los cuales permitían "*a los usuarios de dispositivos celulares móviles... opinar y votar (M.Poll) a través de la tramitación de mensajes cortos (SMS), en un sistema alojado*" en sus

servidores y de interesada en suministrar " dichos servicios " - pactaron que Room33 Com, SA concedía " a Movilisto un derecho de ámbito nacional exclusivo dentro del sector televisivo, intransferible no cedible durante el periodo de vigencia, con respecto a la M-Poll descrita a continuación "- cláusula 2.1 - así como que quedaba obligada a proporcionar a Movilisto " el hosting o alojamiento de la M-Poll; y " el soporte y asistencia técnica necesaria para poder hacer uso de los servicios descritos... " - cláusula 2.3 - y a " entregar la M-Poll en el plazo de treinta días desde la fecha de la firma del presente contrato " - cláusula 2.4 -. Que la duración del contrato se pactó por dieciocho meses, con prórroga automática por periodos de doce meses, salvo preaviso - cláusula 7 -. Que, por su parte, Movilisto, SA debía pagar a Room33 Com, SA una cantidad inicial, por razón de la puesta en funcionamiento de los servidores, una cantidad mínima y otra variable por cada mensaje transmitido - cláusula 3 -.

Añadió la demandante que Movilisto, SA no le había pagado las cantidades variables pactadas, reflejadas en las facturas que aportaba, hasta agosto de dos mil uno, y que no había podido conocer, por no haberle facilitado información, la liquidación de las cantidades que le debía desde aquel mes. Y, además, que no le había devuelto el software cedido en virtud del contrato, del que hacía uso sin pagar canon alguno.

Con esos antecedentes, tras reclamar la aplicación de los artículos 1.124, 1.101, 1.108 y 1.303, 10.1.i, 96 y 97 del Texto refundido de la Ley de propiedad intelectual - Real Decreto Legislativo 1/1.996, de 12 de abril , interesó en el suplico de la demanda una sentencia que: " A. Declare la resolución de los contratos celebrados entre Room33 Com, SA y Movilisto, SA. B. Condene a Movilisto al pago de cuarenta y seis mil novecientos ochenta y ocho euros con cincuenta y nueve céntimos de euro (46.988,59 euros) más los intereses por mora desde la fecha de las facturas y los intereses legales desde la fecha de la sentencia. C. Condene a Movilisto, SA al pago de la cantidad resultante de la liquidación que se efectúe de acuerdo con las bases establecidas en los anexos B y C del contrato de uno de marzo con la información que debe facilitar Movilisto en fase de prueba (el importe debido por los servicios prestados desde el mes de septiembre de dos mil uno hasta la fecha), mas los intereses por mora y los intereses legales desde la sentencia. D. Condene a Movilisto a devolver el software propiedad de Room33, SA a dicha entidad. E. Condene al demandado al pago de la totalidad de las costas causadas en el presente procedimiento " .

SEGUNDO. La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia número Doce de Madrid, que la admitió a trámite, según las normas del juicio ordinario, por auto de veintiuno de mayo de dos mil dos .

Movilisto, SA fue emplazada y se personó en las actuaciones, representada por el Procurador de los Tribunales don Francisco José Abajo Abril y contestó la demanda.

En dicho escrito la demandada reconoció deber las facturas presentadas por la demandante, con excepción de dos. Por otro lado, negó siguiera obligada a pagar cantidad alguna por virtud del contrato, desde el mes de septiembre de dos mil uno, al alegar que la relación contractual había quedado extinguida al final de agosto de ese año.

A su vez, alegando que Room33 Com, SA había incumplido la obligación prevista en el anexo D del contrato, consistente en establecer una conexión con Amena y que, por ello, se vio en la necesidad de contratar con otro proveedor, lo que no consiguió hasta pasado un tiempo, con la consiguiente generación de daños y perjuicios, formuló reconvencción, con el siguiente suplico: "tenga por presentado este escrito junto con sus documentos, los admita, y en su virtud tenga por formulada demanda reconvenccional contra Room33 Com, SA entidad domiciliada en la calle Clara de Rey, 32 de Madrid, y previos los trámites legales oportunos acuerde dictar Sentencia pro la cual se estime íntegramente la presente demanda reconvenccional y condene a la demandada: I. Al pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a mi representada por los ingresos dejados de obtener por la no conexión, con la operadora Amena para la tramitación de mensajes SMS; indemnización que, sin perjuicio de que sea concretada a lo largo del presente procedimiento, será de cuatrocientos cincuenta y nueve mil setecientos trece euros con treinta y dos céntimos .- II. A la devolución de la documentación confidencial que Room33 Com, SA posee de Movilisto.- III. A las costas de la reconvencción".

Del escrito de reconvencción se dio traslado a la demandante Room33 Com SA, que lo contestó, interesando "se tenga por contestada la demanda reconvenccional formulada de contrario, tenga a mi representada por opuesta a la misma y, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la reconvencción y se absuelva a mi representada Room33 Com, SA de todas las pretensiones instadas frene a ella y se condene expresamente a Movilisto, SA al pago de la totalidad de las costas causadas en el presente procedimiento".

TERCERO. Celebrados los actos de audiencia previa y juicio, propuesta y practicada la prueba

admitida, el Juzgado de Primera Instancia número Doce de Madrid dictó sentencia con fecha diez de marzo de dos mil cuatro , con la siguiente parte dispositiva: " *Fallo. Que estimando la demanda formulada por Room33 Com SA y desestimando la reconvencción formulada por Movilisto, SA: Declaro la resolución de los contratos celebrados entre Room33 Com SA y Movilisto, SA. Condeno a Movilisto, SA a que abone a la actora la cantidad de ochocientos noventa y seis mil setecientos treinta y cinco euros con sesenta y dos céntimos (896.735,62 #), mas el intereses legal de esa suma desde la fecha de la interpelación judicial.- Condeno a Movilisto, SA a la desinstalación del software facilitado por Room33 Com SA. Absuelvo a Room33 Com SA de los pedimentos de la demanda reconvenccional.- Condeno a Movilisto, SA al pago de las costas de la demanda principal y de la reconvenccional "*.

Por auto de dieciocho de marzo de dos mil cuatro, el Juzgado de Primera Instancia número Doce de Madrid , a solicitud de Room33 Com, SA, aclaró la sentencia de diez de marzo del mismo año, en el sentido de rectificar " *el error aritmético contenido en la misma, condenando al demandado en la cantidad de novecientos cuarenta y tres mil setecientos cuarenta y tres euros con veintiún céntimos de euro, quedando el fallo del siguiente modo: Que estimando la demanda formulada por Room33 Com SA y desestimando la reconvencción formulada por Movilisto, SA: Declaro la resolución de los contratos celebrados entre Room33 Com SA y Movilisto, SA.- Condeno a Movilisto, SA a que abone a la actora la cantidad de novecientos cuarenta y tres mil setecientos treinta y cuatro euros con veintiún céntimos de euro, mas el interés legal de esa suma desde la fecha de la interpelación judicial.- Condeno a Movilisto, SA a la desinstalación del software facilitado por Room33 Com SA.- Absuelvo a Room33 Com SA de los pedimentos de la demanda reconvenccional.- Condeno a Movilisto, SA al pago de las costas de la demanda principal y de la reconvenccional "*.

CUARTO. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número Doce de Madrid fue recurrida en apelación por las dos sociedades litigantes.

Preparado e interpuesto dicho recurso, las actuaciones se elevaron a la Audiencia Provincial de Madrid, en la que se turnaron a la Sección Vigésimoquinta de la misma, la cual tramitó las apelaciones y dictó sentencia, el veintiuno de febrero de dos mil seis , con la siguiente parte dispositiva: "*Fallo. Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación, de conformidad con el artículo 117 de la Constitución, en nombre de S.M. el Rey, por la autoridad conferida por el Pueblo español, la Sección Vigésimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, ha decidido: Primero. Estimar, en parte, el recurso de apelación interpuesto por la entidad mercantil «Movilisto, SA» contra la sentencia de fecha diez de marzo de dos mil cuatro -aclarada por Auto de fecha dieciocho de marzo siguiente- dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Doce de los de Madrid en los autos de Juicio Ordinario sustanciados ante dicho Juzgado bajo el número de registro 465/2002 (Rollo de Sala número 556/2004).- Segundo. Desestimar el recurso de apelación interpuesto contra la misma sentencia por la entidad «Room33 Com, SA».- Tercero. Revocar la reseñada sentencia dictada.- Cuarto. Estimar parcialmente la demanda interpuesta por la entidad mercantil «Room33 Com SA», representada por el procurador don Isidro Orquín Cedenilla, frente a la entidad mercantil «Movilisto, SA», representada inicialmente por el procurador Francisco Abajo Abril y posteriormente por el Procurador don Argimiro Vázquez Guillén.- Quinto. Condenar a la entidad «Movilisto, SA» a pagar a la entidad actora la suma de cuarenta y cinco mil novecientos cuarenta y dos euros con ochenta y tres céntimos (45.942,83 #), con sus intereses legales desde la interpelación judicial. Cantidades que devengarán, por imperativo legal, los intereses legales prevenidos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde la fecha de la sentencia de primera instancia.- Sexto. Absolver a la entidad «Movilisto, SA» de las demás pretensiones frente a ella deducidas, en su demanda, por la entidad mercantil «Room33 Com SA».- Séptimo. No hacer expresa y especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas, en primera instancia, por virtud de la demanda deducida por vía principal por la entidad mercantil «Room33 Com SA».- Octavo. Desestimar la reconvencción deducida por la entidad mercantil -«Movilisto, SA» frente a la entidad mercantil «Room33 Com SA».-Noveno. Absolver a la entidad «Room33 Com SA» de las pretensiones frente a ella deducidas en la anterior reconvencción.- Undécimo. Condenar a la entidad «Movilisto, SA» al pago de las costas causadas en primera instancia derivadas de la reconvencción.- Duodécimo. No hacer expresa y especial imposición a ninguno de los litigantes de las costas causadas en esta alzada, derivadas del recurso interpuesto por la entidad mercantil «Movilisto, SA» Decimotercero. Condenar a la entidad «Room33 Com SA» al pago de las costas causadas en esta alzada, derivadas del recurso de apelación por ellas interpuesto "*.

QUINTO. Por medio de escrito de ocho de marzo de dos mil seis, la representación procesal de Room33 Com, SA interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia de veintiuno de febrero de dos mil seis de la Sección Vigésimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid , los cuales tuvo por interpuestos dicho Tribunal, por providencia de veintiocho de abril de dos mil seis.

Las actuaciones se elevaron a la Sala Primera del Tribunal Supremo, la cual, por auto de cuatro de noviembre de dos mil ocho , decidió: " 1. Admitir el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de "Compañía Mercantil Room33 Com SA" contra la Sentencia dictada, en fecha veintiuno de febrero de dos mil seis, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección Vigésimoquinta), en el rollo de apelación nº 556/2004, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 465/2002 del Juzgado de Primera Instancia número Doce de los de Madrid.-2. Y entregar copia de los escritos de interposición del recurso de casación y extraordinario por infracción procesal formalizado por la representación procesal de "Compañía Mercantil Room33 Com,SA con sus documentos adjuntos, a la parte recurrida personada ante esta Sala, para que formalice su oposición en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría ".

SEXTO. El recurso extraordinario por infracción procesal de Room33 Com, SA se compone de siete motivos, en los que la recurrente denuncia:

PRIMERO . Con fundamento en el artículo 469, apartado 1, ordinal 3º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la infracción del artículo 203 de la Ley 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial .

SEGUNDO . Con fundamento en el artículo 469, apartado 1, ordinal 2º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la infracción del artículo 218, apartado 2 , de la misma.

TERCERO. Con fundamento en el artículo 469, apartado 1, ordinal 2º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la infracción del artículo 218, apartado 2 , de la misma.

CUARTO. Con fundamento en el artículo 469, apartado 1, ordinal 2º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la infracción del artículo 218, apartado 2 , de la misma.

QUINTO. Con fundamento en el artículo 469, apartado 1, ordinal 2º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la infracción del artículo 218, apartado 1, de la misma Ley .

SEXTO. Con fundamento en el artículo 469, apartado 1, ordinal 2º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la infracción del artículo 218, apartado 1, de la misma Ley .

SÉPTIMO. Con fundamento en el artículo 469, apartado 1, ordinal 2º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la infracción del artículo 218, apartado 1, de la misma Ley .

SÉPTIMO. El recurso de casación de Room33 Com, SA se compone de seis motivos, en los que, con apoyo en el artículo 477, apartados 2, ordinal 2º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la recurrente denuncia:

PRIMERO . La infracción del artículo 1.281, apartado 1, del Código Civil .

SEGUNDO . La infracción del artículo 1.281, apartado 1, del Código Civil .

TERCERO . La infracción del artículo 1.157 del Código Civil .

CUARTO . La infracción del artículo 1.556 del Código Civil .

QUINTO. La infracción del artículo 1.256 Código Civil .

SEXTO. La infracción del artículo 7 Código Civil .

OCTAVO. Evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de Movilisto, SA, impungó el recurso, solicitando se declarase no haber lugar al mismo.

NOVENO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el trece de abril de dos mil diez, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El conflicto de intereses sobre el que se proyectan los recursos extraordinarios sometidos

a decisión, se localiza en la liquidación de la relación jurídica que había nacido, entre Room33 Com, SA - demandante y ahora recurrente - y Movilisto, SA - demandada y ahora recurrida -, de un contrato **informático** por el que la primera, además de obligarse a prestarle la necesaria asistencia técnica complementaria, cedió a la segunda el derecho a usar, temporalmente y a cambio de una contraprestación, un **programa** de ordenador - que le permitiría procesar y dar determinado tratamiento a las votaciones y opiniones exteriorizadas por el público por mensajes telefónicos cortos o short message service, mediante teléfonos móviles -.

La extinción del referido vínculo contractual necesitado de liquidación se produjo, según la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, por virtud de su resolución, cuya declaración había interesado en la demanda Room33 Com, SA, con causa en el incumplimiento por Movilisto, SA de la obligación de pagar la contraprestación pactada a su cargo.

Según la sentencia de la Audiencia Provincial, el efecto extintivo tuvo su causa en un mutuo disenso, que el Tribunal consideró probado documentalmente.

En la demanda, Room33 Com, SA había pretendido - además de la declaración de la resolución de la relación contractual - la condena de Movilisto, SA a pagarle la contraprestación debida por el uso del **programa** desde la fecha de vigencia del contrato, dividida en dos partes: una, liquidada, que aparecía reflejada en diversas facturas presentadas con aquel escrito; y, la otra, a determinar en fase de ejecución de sentencia, que según la demandante había sido generada a partir del mes de la última factura - agosto dos mil uno - y cuyo importe total desconocía, por falta de cooperación de la deudora.

El Juzgado de Primera Instancia declaró debidas por la demandada las sumas reflejadas en todas las facturas presentadas por Room33 Com, SA y, además, consideró que, como el **programa** había sido instalado en el sistema **informático** de Movilisto, SA, la licenciataria pudo seguir usándolo. De ahí que, conjugando las reglas pactadas en el contrato sobre la determinación del precio con las de la carga de la prueba, condenase a la demandada a pagar una cantidad líquida, como contraprestación debida por el uso del **programa** durante el referido segundo periodo.

La Audiencia Provincial, con estimación del recurso de apelación de Movilisto, SA, declaró indebido por la misma el importe de una de las facturas identificadas en la demanda, por entender que no se había probado que la actora hubiera ejecutado la contraprestación a la que respondía. Y, por otro lado, tras interpretar que Room33 Com, SA sólo se había obligado por el contrato a una prestación de servicios - de alojamiento de datos en sus servidores, de asistencia técnica y otros - y declarar que la relación contractual había quedado extinguida por mutuo disenso en agosto de dos mil uno, negó que Movilisto, SA debiera a la demandante cantidad alguna a partir de la referida fecha.

Room33 Com, SA ha recurrido la sentencia de apelación, por motivos procesales y sustantivos.

SEGUNDO. En el primero de los motivos de su recurso extraordinario por infracción procesal, Room33 Com, SA acusa la infracción del *artículo 203, apartado 2, en relación con el 219 y el 238, ordinales 8º y 3º*, respectivamente, todos ellos de la *Ley 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial*.

Alega la recurrente que, en la segunda instancia, se produjo un cambio del Magistrado ponente inicialmente designado y que el mismo no le había sido notificado, de modo que lo conoció una vez dictada la sentencia de apelación. Añade que, de haber tenido oportuna noticia de la alteración, habría recusado al Magistrado que finalmente redactó aquella resolución, por la *causa octava del artículo 219 de la Ley 6/1.985*.

Concluye afirmando que, como consecuencia de ese defecto de notificación, había sido desconocido su derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley. Y, en conclusión, que la infracción del *artículo 203, apartado 2*, en la medida que le había producido indefensión, debía ser sancionada con la nulidad de las actuaciones, en aplicación del *artículo 238, ordinal 3º, ambos de la Ley 6/1.985*.

Tiene razón la recurrente en que las sentencias esta Sala de 5 de octubre de 1.992 y 22 de marzo de 1.997 relacionaron infracciones del tipo de la denunciada por ella con el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley y las sancionaron con la nulidad de las actuaciones.

Sin embargo, posteriormente se han introducido importantes precisiones al respecto, necesarias para deslindar la mera irregularidad de la infracción procesal invalidante - sentencias de 12 de diciembre de 2.002, 16 de noviembre y 19 de diciembre de 2.006 -, de acuerdo con las formuladas por el Tribunal Constitucional en la interpretación del determinante *artículo 24* de la Constitución Española - entre otras, en

las sentencias 4/2.001, de 15 de enero, y 140/2.004, de 13 de septiembre -.

Conforme a dicha doctrina, la infracción a que se refiere el motivo afectaría, en su caso, al derecho de la recurrente a un juicio público con todas las garantías - protegido en el *artículo 24, apartado 2*, de la Constitución Española -, entre las que hay que considerar incluido, pese a no estar mencionado expresamente, el derecho a un Juez imparcial.

No hay duda de que las partes del proceso pueden deducir pretensión recusatoria en el caso de concurrencia de alguna de las causas legalmente previstas, con el fin de provocar que el recusado sea apartado del conocimiento del asunto. Pero ello no significa que puedan optar entre la recusación o reclamar posteriormente la anulación de la sentencia por haberla dictado el "*iudex suspectus*". Antes bien, esta segunda posibilidad sólo es admisible como último remedio y, por lo tanto, sólo en el caso de que se les hubiera impedido el oportuno ejercicio de la facultad de recusar.

Además, la exigencia de imparcialidad en los Tribunales colegiados alcanza a todos los Magistrados que los integran para conocer del asunto de que se trate, con independencia de que hubieran sido designados ponentes o no, pues participan en la misma medida en la formación de la decisión.

No es, por tanto, el cambio de ponente, sino el de composición del Tribunal el que se relaciona con el derecho a recusar - *artículos 190 y 191 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* -. Lo que no se ha tenido en cuenta en el motivo, en el que sólo se menciona el primer cambio - no se ofrecen datos que permitan entender producido el segundo, en un sentido propio -

En todo caso, la relación existente entre el desconocimiento por las partes de los cambios de composición de los Tribunales colegiados y el derecho a recusar, unida a la preclusión, dictada ya la sentencia, del trámite previsto para la recusación y, al fin, a la gravedad que tienen las declaraciones de nulidad, imponen ponderar los intereses en conflicto, así como dotar de una verdadera eficiencia a la sanción, para aplicarla sólo en aquellos casos en los que la alegación de la causa de recusación se formule revestida de apariencia de credibilidad, lo que cuanto menos reclama la indicación de todos aquellos datos que exijan las circunstancias para que lo razonable sea entender que el litigante, efectivamente, fue privado del control de la imparcialidad del Tribunal y no busca sólo aprovecharse de la irregularidad procesal para obstaculizar la decisión del conflicto.

Como se expuso, en el motivo que estamos examinando apunta Room33 Com, SA la posibilidad de que afecte al Magistrado que redactó la sentencia recurrida la causa de recusación prevista en el *ordinal 8º del artículo 219 de la Ley 6/1.985, de 1 de julio, del Poder Judicial* . Esto es, tener pleito pendiente con alguna de las partes. Sin embargo, es significativo que la recurrente no haya realizado el más mínimo esfuerzo para identificar, ni siquiera mínimamente, en el plano de los hechos, la causa apuntada, pese a estar a su alcance hacerlo sin una especial dificultad.

De acuerdo con la doctrina expuesta, el motivo se desestima.

TERCERO. En los motivos segundo, tercero y cuarto del mismo recurso extraordinario por infracción procesal, Room33 Com, SA señala como infringido el *artículo 218, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil* . Se examinan todos ellos conjuntamente, porque merecen la misma respuesta.

La norma que la recurrente identifica como infringida manda que la motivación de las sentencias se ajuste a las reglas de la lógica. Pero lo que se alega nada tiene que ver con esa exigencia.

La motivación de las sentencias consiste en la exteriorización del "*iter*" decisorio o conjunto de consideraciones racionales que justifican el fallo - sentencia de 8 de julio de 2.008 -.

Es cierto que el Tribunal Constitucional, al interpretar el *artículo 24* de la Constitución Española - así, en la sentencia 163/2.008, de 15 de diciembre -, ha declarado que el respeto al derecho de las partes a obtener una resolución motivada implica, también, que la motivación contenga una fundamentación en Derecho, ya que ello constituye la garantía ante una aplicación arbitraria o sólo aparente de la legalidad.

Sin embargo, cuando la referida operación explicativa existe - como acontece en el caso, según se dirá -, no cabe atacarla y menos negarla con causa en discrepancias del litigante con la valoración de la prueba que llevó al órgano judicial a identificar el supuesto de hecho litigioso o con la elección o interpretación de la norma al mismo aplicable.

Para el tratamiento de estas otras deficiencias del enjuiciamiento se arbitran los remedios precisos,

entre los cuales no se encuentra la denuncia de la infracción del *artículo 218, apartado 2*.

Pues bien, en todos los motivos mencionados la recurrente, buscando un improcedente acercamiento entre la valoración de la prueba de documentos y la interpretación del contenido de los mismos - totalmente ajena, ésta, al recurso de que se trata y, aquella, al *apartado del artículo 469* que ha sido invocado -, ataca el sentido jurídicamente relevante que el Tribunal de apelación dio al contrato litigioso en el punto referido a las prestaciones a cuyo cumplimiento se había obligado - motivo segundo -, así como a una declaración propia calificada en la segunda instancia como evidencia de un mutuo disenso - motivo tercero - y a una factura en la que se identifica determinada prestación, cuyo cumplimiento fue, primero, discutido y, luego, negado - motivo cuarto -.

Ninguno de los motivos permite revisar la interpretación que, sobre esos temas y por medio de aquellos instrumentos, efectuó la Audiencia Provincial. Procede, por ello, desestimarlos, sin perjuicio de añadir - dado el contenido del *artículo 218, apartado 2* - que el deber de motivar su decisión fue cumplido suficientemente por el órgano judicial de la segunda instancia, cuya sentencia contiene los razonamientos que exteriorizan el " *iter* " decisorio seguido por él, tanto en el orden fáctico como en el estrictamente jurídico, en relación con las cuestiones que le fueron planteadas.

Los tres motivos se desestiman.

CUARTO. En los motivos quinto, sexto y séptimo, Room33 Com, SA atribuye a la sentencia de la segunda instancia el defecto de incongruencia y, por ello, la infracción del *apartado 1 del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

Se refiere la recurrente, en los tres casos, a la desestimación de su pretensión de que fuera condenada Movilisto, SA a pagarle - además del importe de las facturas que presentó con la demanda - la contraprestación pactada por el uso de su **programa** de ordenador a partir de determinada fecha - el primero de septiembre de dos mil uno -, ya que, afirma, le había sido posible utilizarlo conforme a la finalidad para la que dicho bien le fue cedido.

Como pone de relieve la de 7 de febrero de 2.006 la congruencia de las sentencias ha de medirse por la adecuación de la parte dispositiva de las mismas a las pretensiones de las partes, aunque también puede resultar de los fundamentos de derecho, cuando sean determinantes del fallo, acojan causas de pedir o argumentos ajenos al debate o apliquen indebidamente la regla "*iura novit curia*".

A partir de haber admitido la demandada - en el escrito de contestación a la demanda - que el **programa** había sido efectivamente instalado en su sistema **informático**, alega la recurrente que el Tribunal de apelación alteró los términos del debate, al calificar el contrato como de mera prestación de servicios - en los motivos quinto y sexto -, así como que incurrió en un defecto de exhaustividad, por no haberse pronunciado sobre su pretensión de condenar a la demandada " *a devolverle el software* " - en el motivo séptimo -.

Los tres motivos se desestiman.

El último porque el pronunciamiento sobre la pretensión a que se refiere no fue omitido, sino que se produjo expresamente, bien que con un contenido desestimatorio. Y los otros dos, porque - además de que, en buena parte, la desestimación de las pretensiones a que se refiere la recurrente fue resultado de considerar el Tribunal de apelación que la relación contractual litigiosa había quedado extinguida por mutuo disenso - la cuestión en ellos planteada por Room33 Com, SA se refiere a la interpretación y calificación del contrato litigioso, que, además de ser competencia de los órganos jurisdiccionales de las dos instancias, constituye una materia totalmente ajena a este recurso procesal.

QUINTO. En los dos primeros motivos del recurso de casación denuncia Room33 Com, SA la infracción del *artículo 1.281, apartado 1, del Código Civil*, al interpretar el Tribunal de apelación el contrato **informático**, para identificar las prestaciones ejecutadas por ella - primer motivo -, así como el documento calificado en la sentencia recurrida como expresión de un " *contrarius consensus* ". - segundo motivo -.

Hemos declarado en numerosas ocasiones que los *artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil* contienen verdaderas normas jurídicas de las que, necesariamente, debe hacer uso el intérprete. Por ello, si la infracción de las mismas justifica el acceso a la casación por la vía que abre el *artículo 477, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, el control de la interpretación del contrato efectuada por el Tribunal de la segunda instancia es, en este extraordinario recurso, sólo de legalidad, por lo que queda fuera de su ámbito

todo resultado de la labor hermenéutica que respete los imperativos legales que la disciplinan, aunque no sea el único admisible conforme a ellos - sentencias de 2 de octubre de 2.007, 21 de diciembre de 2.007, 29 de abril de 2.008, 5 de junio de 2.008, 16 de junio de 2.008 , 19 de mayo de 2.009 , entre otras muchas -.

La calificación del contrato es también competencia de los Tribunales de las instancias, como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia, la cual admite, no obstante, un control en casación de dicha operación jurídica en el caso de que sea manifiestamente errónea - sentencias de 17 y 27 de noviembre, 11 y 14 de diciembre de 2.006, 23 de enero, 23 de marzo, 8 y 19 de febrero de 2007 y 16 de diciembre de 2.008 -.

Ambos motivos se estiman, al estar justificada la aplicación de las excepciones a las mencionadas reglas generales.

El primero, porque el Tribunal de apelación no ha tenido en cuenta, posiblemente por no considerar que el **programa** de ordenador constituye un bien inmaterial, que, por el contrato litigioso, Room33 Com, SA no sólo se obligó a prestar servicios de asistencia técnica a Movilisto, SA - a los que se refiere el *apartado 2 de la cláusula segunda* -, sino también a ceder temporalmente a dicha sociedad el derecho a utilizar el **programa** en los términos pactados - según el apartado 1 de la misma cláusula - y a instalarlo, mediante un acto significativo de entrega del bien inmaterial - posiblemente grabado en un soporte originario -, que cabe entender completado, al menos, con la de los manuales de uso - conforme al apartado 3 de la repetida cláusula -.

Y tampoco ha tenido en cuenta que el **programa**, desde que fue instalado en el sistema de la demandada, podía ordenar al computador de la misma el desarrollo y las misiones concretas para las que su uso fue cedido, con una funcionalidad duradera - sin perjuicio de su obsolescencia por razones externas -.

En definitiva, no ha interpretado el Tribunal de apelación correctamente el contrato, cuyos términos literales evidencian que la demandante quedó obligada a una transmisión del **programa**, limitada al uso y apta para convertir a la demandada en poseedora de un bien ajeno, por el que, según lo pactado, debe pagar y, terminada la relación, restituir por los medios técnicos y materiales procedentes.

En cuanto al segundo motivo, tampoco interpretó correctamente la Audiencia Provincial el documento de veintidós de marzo de dos mil dos - número 16 de los de la demanda - al entender su contenido como expresión o referencia a un mutuo disenso, esto es, un acuerdo por el que las partes habrían dejado sin vigencia de relación contractual que les unía.

Se trata de un correo electrónico dirigido por Room33 Com, SA a Movilisto, SA por medio del que la remitente manifestó entender que la destinataria tenía "*nuestra plataforma en marcha*", si bien "*con otro proveedor de SMS*" y al que, tras formular protesta por el retraso en los pagos, acompañó una relación de facturas, de las que la última llevaba fecha de uno de septiembre de dos mil uno .

Realmente, ningún consentimiento con fines extintivos resulta de esa declaración, la cual, por el contrario, es plenamente coherente con la reclamación contenida en la demanda, en la que se relata que la demandada no había pagado determinadas facturas - la última de ellas de fecha uno de septiembre de dos mil uno - ni la contraprestación debida después, pese a continuar en el uso del **programa**, no facturada y necesitada de liquidación.

SSEXTO. Procede, en definitiva, estimar el recurso de casación, sin necesidad de entrar en el examen de los motivos tercero, cuarto, quinto y sexto, dado que todos ellos - en los que la sociedad recurrente señala como infringidos los *artículos 1.157, 1.256, 1.556 y 7 del Código Civil* - se dirigen al mismo fin que los dos primeros.

En definitiva, al haber dado correcta respuesta a las cuestiones planteadas, conforme a la doctrina expuesta, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, no debía haber quedado la misma sin efecto por el recurso de apelación de la demandada, salvo en cuanto a la condena de Movilisto, SA al pago del importe de la factura de agosto de dos mil uno. En ese punto la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación de la demandada y es procedente mantener tal pronunciamiento, por no haber sido específicamente impugnado y, en todo caso, por ser resultado de la valoración de la prueba.

SÉPTIMO. En aplicación de los *artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* procede mantener los pronunciamientos en materia de costas de las dos instancias contenidos en la sentencia recurrida.

En cuanto a las costas de los recursos extraordinarios, procede decidir de conformidad con el criterio del vencimiento.

Por último, rechazamos el óbice de admisibilidad de los recursos que alegó Movilisto, SA en su escrito de oposición, no sólo porque hay razones para entender que el mismo fue rechazado por el auto de cuatro de noviembre de dos mil ocho, sino, básicamente, porque la admisión de los recursos estuvo regida por la aplicación de la regla de la evidencia a la cuestión cuantitativa sobre la que la alegación descansa - sentencia de 18 de junio de 2.009 -.

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

FALLAMOS

Declaramos no haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Room33 Com, SA, contra la sentencia dictada en fecha veintiuno de febrero de dos mil seis por la Sección Vigésimoquinta de la Audiencia Provincial de Madrid, con imposición de costas a la recurrente.

Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por Room33 Com, SA, contra la misma sentencia la cual casamos y anulamos sólo en cuanto estima el recurso de apelación interpuesto por Movilisto, SA contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número Doce de los de Madrid, pronunciamiento que sustituimos por el siguiente:

Estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número Doce de los de Madrid, en el único sentido de reducir la condena que impone a Movilisto, SA en la suma de mil cuarenta y cinco euros con setenta y seis céntimos y los intereses moratorios correspondientes.

Mantenemos los pronunciamientos contenidos en la sentencia recurrida respecto a las costas de ambas instancias.

Sobre las costas de la casación no formulamos pronunciamiento de condena.

Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- **Juan Antonio Xiol Rios.-Xavier O'Callaghan Muñoz.-Jesus Corbal Fernandez.-Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.-Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, 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.