

Roj: STS 6569/2011
Id Cendoj: 28079110012011100655
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 465/2008
Nº de Resolución: 686/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JESUS CORBAL FERNANDEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Octubre de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal interpuesto respecto la Sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, como consecuencia de autos de Juicio Ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Tres de Arenys de Mar; cuyo recurso fue interpuesto por D. Ángel y D. Efrain , representada por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, y como parte recurrida, DON Leandro , representado por el Procurador D. Pablo Sorribes Calle. Autos en los que también han sido parte las entidades GRUPO HOTELES PLAYA, S.A. y COMPAÑÍA HOTELERA DEL ATLANTICO, S.A., que no se han personado ante este Tribunal Supremo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. Juan Fermín Arencibia Mireles, en nombre y representación de D. Leandro , interpuso demanda de Juicio Ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia Número Tres de Arenys de Mar, siendo parte demandada D. Ángel , D. Efrain , las entidades "Grupo Hoteles Playa, S.A." y Compañía Hotelera del Atlántico, S.A.; alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia "por la que se declare y condene a los demandados a lo siguiente: a) Se declare la validez y eficacia jurídica del contrato privado de compraventa de las acciones y participaciones sociales de mi representado en las sociedades CONSULTING TURÍSTICO HOTELERO, S.L. (COTEL, S.L.); CANARIAS DE HOTELES Y ALIMENTACIÓN, S.A. (CANHALSA); INVERSIONES INMOBILIARIAS, S.L.; ATLÁNTICA DE RESTAURACIÓN, S.A. y VIAJES PARAÍSO, S.A., suscrito el día 13 de septiembre de 1988 entre mi representado y los demandados, Ángel y Efrain , así como de las **Escrituras** Públicas de compraventa de las sociedades mercantiles de mi representado, otorgadas el día 28 de octubre de 1988, por declaración a su vez de que los Sres. Ángel y Efrain actuaban en el contrato privado de 13 de septiembre de 1988 como Administradores, apoderados o representantes del GRUPO PLAYA HOTELES, auténtico comprador de las sociedades de mi representado, estando obligados a estar y pasar por esta declaración los demandados. b) Se declare el levantamiento del velo del GRUPO SOCIETARIO denominado GRUPO PLAYA HOTELES formado por las sociedades PLAYAS HOTEL, S.A., COMPAÑÍA TURÍSTICA DEL MEDITERRÁNEO, S.A., OPTIMAR 2000, S.A., BONIART 2000, S.A., DESARROLLO TURÍSTICO INMOBILIARIA DE LEVANTE, S.A., CERCAMAR, SA., TURIT-92, S.A., NAUTIC-FARO, SA., MEDITERRÁNEO SERVICIOS HOTELEROS, S.A., CENTRAL DE COMPRAS Y SERVICIOS HOTELEROS, S.A., HOTELERA DEL SURESTE, S.A., POBLADO DEL OESTE, S.A., CENTRAL DE LAVADO, S.A., y COMPAÑÍA HOTELERA PLAYAS DE ALMERÍA, SA., que está encubierto por la entidad COMPAÑÍA HOTELERA DEL ATLÁNTICO, S.A., interpuesta ficticiamente con el fin de favorecer a las referidas sociedades que formaban parte del GRUPO PLAYA HOTELES, en perjuicio de mi representado, con motivo de la compraventa en contrato privado de 13 de septiembre de 1988 y en **Escrituras** Públicas de 28 de octubre de 1988 de las acciones y participaciones sociales de mi representado en las entidades mercantiles CONSULTING TURÍSTICO HOTELERO, S.L. (COTEL, S.L.); CANARIAS DE HOTELES Y ALIMENTACIÓN, S.A. (CANHALSA); INVERSIONES INMOBILIARIAS, S.L.; ATLÁNTICA DE RESTAURACIÓN, S.A. y VIAJES PARAÍSO, S.A., obligando a estar y pasar por esta declaración a los demandados. c) Se declare el levantamiento del velo también respecto de la entidad mercantil GRUPO HOTELES PLAYA, S.A. por utilizar, desde la integración en dicha sociedad de las empresas del GRUPO,

el mismo mecanismo que éste, anteriormente expuesto, y ello en perjuicio de mi representado, obligando a estar y pasar por esta declaración a los demandados, de tal manera que la entidad mercantil GRUPO HOTELES PLAYA, S.A. sea condenada solidariamente al pago de todas las cantidades a que venga obligada la COMPAÑIA HOTELERA DEL ATLANTICO, S.A. para con mi representado por la presente acción judicial.

d) Se declare la sucesión de la entidad mercantil GRUPO HOTELES PLAYA, S.A. en todos los derechos y obligaciones del GRUPO PLAYA HOTELES, y especialmente en el cumplimiento de sus obligaciones respecto de mi representado, obligando a estar y pasar por esta declaración a los demandados, de tal manera que la entidad mercantil GRUPO HOTELES PLAYA, S.A. sea condenada al pago de todas las cantidades a que venga obligada el GRUPO PLAYA HOTELES, y consecuentemente por acogimiento del apartado "b" de este suplico, a las que venga obligada la COMPAÑIA HOTELERA DEL ATLANTICO, S.A. para con mi representada por la presente acción judicial.

e) Se declare el derecho de mi representado a que le sea abonada la cantidad de 1.902.254,13 euros, como principal, y la cantidad de 1.356.582,97 euros, como intereses legales de las mismas, calculados éstos últimos desde la fecha de vencimiento de todas y cada una de las cantidades aplazadas en su pago y que constan en la **Escritura** Pública de compraventa de acciones sociales de CANHALSA y en los pagarés impagados que no constan en dicha **Escritura** Pública, hasta la fecha de la presentación de la querrela criminal el día 22 de diciembre de 1995, y desde esa fecha hasta la de presentación de esta demanda, sobre la suma del principal y los intereses vencidos y calculados hasta dicha fecha, y por tanto se condene de forma solidaria a todos los demandados al pago de dichas cantidades.

f) Se declare el derecho de mi representado a que se le abone por parte de los demandados, en concepto de daños y perjuicios derivados del cumplimiento tardío de pago de las cantidades recogidas en los pagarés nº 1, 6, 16 y 17, que fueron presentados y depositados por el Sr. Leandro en el Banco Hispano Americano (hoy Banco Santander Central Hispano), para su descuento y en garantía de operación crediticia, las cantidades que mi representado adeuda al Banco Hispano Americano por el cumplimiento tardío de pago de los referidos pagarés, hasta el día de su efectivo pago, y en su virtud, se condene al pago a los demandados de forma solidaria.

g) Se declare el derecho de mi representado a que le sea abonada por los demandados la cantidad de 133.196.- pesetas, o su equivalente en Euros, 800,52 Euros, más los intereses legales calculados desde el día 22 de diciembre de 1995, fecha de la presentación de la querrela criminal contra los demandados, y que fue pagada por mi representado al Banco Bankinter en concepto de gastos de gestión de cobro de dos de los pagarés que debían haber abonado los demandados, y por tanto, se condene a los demandados, de forma solidaria, al pago de dichas cantidades a mi representado. Igualmente respecto de las 16.000.- pesetas abonadas por parte de mi representado al Banco Central Hispano Americano en concepto de comisión de declaración de impagado de los pagarés nº 15 y 116.

h) Se declare la cualidad de fiadores solidarios de Ángel y Efraín de la obligación de pago de las cantidades debidas a mi representado por la compraventa de sus acciones y participaciones sociales en las entidades mercantiles CONSULTING TURÍSTICO HOTELERO, S.L. (COTEL, S.L.); CANARIAS DE HOTELES Y ALIMENTACIÓN, S.A. (CANHALSA); INVERSIONES INMOBILIARIAS, S.L.; ATLÁNTICA DE RESTAURACIÓN, S.A. y VIAJES PARAÍSO, S.A., y por tanto se condene a ambos, de forma solidaria entre sí, y con el resto de los demandados, a pagar a mi representado la cantidad que se declare a abonar conforme al apartado e) de este Suplico.

i) Se declare el derecho de mi representado a que se le abone por parte de los demandados la cantidad principal que actualmente el Sr. Leandro debe al Banco Bilbao Vizcaya, por sucesión del Banco Occidental, como consecuencia del incumplimiento de los demandados del pacto contractual por el que 103.000.000.- de pesetas eran retenidos del precio de la compraventa para su aplicación al pago de la referida deuda, y en concepto de daños y perjuicios por dicho incumplimiento, se declare el derecho de mi representado a percibir de los demandados las cantidades que adeude a dicho Banco hasta el día de su efectivo pago, en concepto de intereses y costas, y por tanto se condene a los demandados a su pago.

j) Se declare el derecho de mi representado a que por parte de los demandados le sean abonadas las cantidades que se habían obligado los demandados en virtud de pacto de sustitución de la cualidad de avalista personal de mi representado por las cantidades y deudas relacionadas en el hecho octavo de esta demanda y que mi representado continúa avalando, calculándose las cuantías en su principal, intereses y gastos para costas hasta la fecha de los efectivos pagos liquidatorios con las entidades bancarias y financieras, y por tanto se condene a los demandados al pago de la cantidades que resulten probadas que se adeuden, más las que resulten hasta la fecha de la liquidación definitiva a los Bancos y Entidades crediticias, conforme a cálculo según los criterios expuestos, salvo que se acredite su pago durante el procedimiento. Con carácter subsidiario a la anterior, si no se estimase, conviene al derecho de mi representado que se declare que todas las cantidades que venga obligado a abonar por su condición de avalista anteriormente referidas, incluyendo principal, intereses y costas, deban ser resarcidas por los demandados, de forma solidaria, y se condene a su pago, dejando para ejecución de sentencia su cuantificación y reclamación por parte de mi representado, una vez que a éste le hayan sido reclamadas.

l) Se declare la responsabilidad personal de Ángel y Efraín, como Administradores de la entidad mercantil GRUPO HOTELES PLAYA, S.A., al pago de todas las cantidades reclamadas por la presente demanda, de tal manera que sean condenados a su pago, de

forma solidaria con el resto de demandados. m) Se declare el derecho de mi representado a recibir la cantidad de 1.906.254,13 euros, en concepto de daños morales sufridos por los incumplimientos de los demandados, debiendo condenarse a su pago a todos los demandados, de forma solidaria. n) Se declare que todas las cantidades anteriormente relacionadas, es decir, principales e intereses reclamados, devengarán los intereses correspondientes desde la fecha de la presentación de esta demanda hasta que se dicte Sentencia, momento a partir del cual será de aplicación el *artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* sobre las cantidades así obtenidas, debiendo ser condenados a su pago todos los demandados, de forma solidaria. Todo lo solicitado con expresa condena en costas de los demandados, que guiados por una mala fe, nacida de una actitud dolosa, han obligado a mi representado a ejercitar la presente acción judicial."

2.- La Procurador D^a. Laura Esparrich i Rivora, en nombre y representación de la entidad Grupo Hoteles Playa, S.A., contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia por la que se desestime la demanda, con imposición de costas al demandante.

3.- El Procurador D. Luis Pons Ribot, en nombre y representación de D. Ángel y D. Efrain , contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día Sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, con imposición de costas a la demandante."

4.- Por Providencia de fecha 11 de abril de 2005, se declaró en rebeldía a la entidad demandada "Compañía Hotelera del Atlántico, S.A.", al haber transcurrido el plazo para contestar a la demanda sin comparecer.

5.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas a los autos las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia Número Tres de Arenys de Mar, dictó Sentencia con fecha 1 de junio de 2006 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que desestimando íntegramente la demanda presentada por parte de la Procuradora de los Tribunales D^a. M^a Blanca Quintana Riera en nombre y representación de D. Leandro contra D. Ángel y D. Efrain , representados por parte del Procurador de los Tribunales D. Lluís Pons Ribot; la mercantil "Grupo Hoteles Playa, S.A.", representada por parte de la Procuradora de los Tribunales D^a. Laura Esparrich Rovira; y, contra la entidad "Compañía Hotelera Atlántico, S.A.", incomparecida en las actuaciones y declarada en situación procesal de rebeldía, debo absolver y absuelvo a d. Ángel y D. Efrain , a la mercantil "Grupo Hoteles Playa, S.A." y a la entidad "Compañía Hotelera Atlántico, S.A.", de todas las pretensiones ejercitadas contra ellos en el presente procedimiento."

Instada la aclaración de la anterior resolución, se dictó por el Juzgado de Primera Instancia Número Tres de Arenys de Mar, Auto de fecha 13 de junio de 2006 , dando lugar a la aclaración solicitada en el sentido de incluir en la parte dispositiva de la misma la imposición de costas a la parte demandante.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de D. Leandro , la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, dictó Sentencia con fecha 8 de noviembre de 2.007 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por Leandro contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Arenys de Mar con fecha 1 de junio de 2006 , cuya parte dispositiva obra transcrita en los antecedentes de la presente; y en su consecuencia condenamos a los demandados Compañía Hotelera del Atlántico, S.A., Efrain y Ángel a pagar solidariamente al actor, Leandro , el precio adeudado por la compra de las acciones y participaciones de las sociedades Cotel, S.L., Canhalsa, Inversiones Inmobiliarias, S.L., Atlántica de Restauración, S.A. y Viajes Paraiso, S.A., que asciende a un total de 317.164.000 ptas. (1.906.254,13 euros), más los intereses legales devengados desde la fecha de vencimiento de cada uno de los aplazamientos de pago pactados, conforme a lo expuesto en el fundamento jurídico quinto, así como al pago de la suma de 149.196 pts.; y absolvemos a la demandada Grupo Hoteles Playa, S.A. de las pretensiones contra ella ejercitadas en la demanda; todo ello sin hacer expresa condena en costas, ni en primera instancia ni en esta alzada."

TERCERO.- El Procurador D. Antonio María Anzizu Furest, en nombre y representación de D. Ángel y D. Efrain , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoquinta, respecto la sentencia dictada en grado de apelación de fecha 8 de noviembre de 2007 , con apoyo en los siguientes motivos, **MOTIVOS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL: PRIMERO.-** Se alega infracción del *art. 218 de la LEC. SEGUNDO .-* Se alega infracción del *art. 217 de la LEC. TERCERO .-* Se alega infracción del *art. 24* de la Constitución Española. **MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACION: PRIMERO.-** Se denuncia infracción del *art. 1451 del Código Civil . SEGUNDO.-* Se denuncia infracción del *art. 1.204 del Código Civil. TERCERO*

.- Se denuncia violación del *art. 1287 del Código Civil*. **CUARTO** .- Se denuncia violación del *art. 1170.2 del Código Civil*. **QUINTO** .- Se alega infracción del *art. 7 del Código Civil*. **SEXTO** .- Se alega violación del *art. 325 del Código de Comercio* . **SEPTIMO**.- Se alega infracción del *art. 63.1 del Código de Comercio*. **OCTAVO** .- Se alega infracción del *art. 1100 del Código Civil* .

CUARTO.- Por Providencia de fecha 20 de febrero de 2008, se tuvo por interpuesto el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación anteriormente mencionado, remitiéndose las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, con emplazamiento de las partes por el plazo improrrogable de treinta días.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen, como parte recurrente, D. Ángel y D. Efrain , representada por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, y como parte recurrida, DON Leandro , representado por el Procurador D. Pablo Sorribes Calle.

SEXTO.- Por esta Sala se dictó Auto de fecha 8 de septiembre de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue: ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de DON Ángel y DON Efrain contra la Sentencia dictada, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) con fecha 8 de noviembre de 2007, en el rollo de apelación nº 622/2006 , dimanante de los autos de juicio ordinario nº 95/2005 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Arenys de Mar.

SEPTIMO.- Dado traslado, el Procurador D. Pablo Sorribes Calle, en nombre y representación de D. Leandro , presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

OCTAVO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 21 de septiembre de 2011, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jesus **Corbal** Fernandez,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El *objeto del proceso* versa sobre la reclamación de la parte de precio aplazado no pagado, intereses legales, y otros gastos, daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual de la parte compradora. La *demanda* se formuló por Dn. Leandro y se dirigió contra los demandados Dn. Ángel , Dn. Efrain y las entidades mercantiles Grupo Hoteles Playa S.A. y Compañía Hotelera del Atlántico S.A. La Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 3 de Arenys de Mar el 1 de junio de 2006 , en los autos de juicio ordinario núm. 95 de 2005, complementada por el Auto de aclaración de 13 de junio siguiente, desestimó la demanda con imposición de costas a la parte demandante.

La Sentencia dictada por la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona el 8 de noviembre de 2007, en el Rollo núm. 622 de 2006 , estima parcialmente el recurso de apelación del actor, revoca la resolución del Juzgado, y acuerda: 1. Condenar a los demandados Compañía Hotelera del Atlántico, S.A., Dn Efrain y Dn. Ángel a pagar solidariamente a Dn. Leandro el precio adeudado por la compra de las acciones y participaciones de las sociedades COTEL, S.L, CANHALSA, INVERSIONES INMOBILIARIAS, S.L., ATLÁNTICA DE RESTAURACIÓN, S.A y VIAJES PARAÍSO, S.A., que asciende a un total de 317.164.000 ptas. (1.906.254,13 euros), más los intereses legales devengados desde la fecha de vencimiento de cada uno de los aplazamientos de pago pactados, conforme a lo expuesto en el fundamento jurídico quinto, así como el pago de la suma de 149.196 ptas; y, 2. Absolver a la demandada Grupo Hoteles Playa, S.A. de las pretensiones contra ella ejercitadas en la demanda.

Por Dn. Ángel y Dn. Efrain se formularon *recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación* , que fueron admitidos por Auto de esta Sala de 8 de septiembre de 2009 .

1º. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.

Se compone de tres motivos.

SEGUNDO.- En el *primer motivo* se alega infracción de la exigencia de congruencia impuesta por el *art. 218 de la LEC* . Se aduce la existencia de incongruencia "extra petita" con base en que la sentencia de la Audiencia condena a los Srs. Ángel y Efrain como compradores de las sociedades del Sr. Leandro , con lo que se aparta de lo pedido en la demanda en la que no se ha solicitado tal pronunciamiento.

El motivo carece de consistencia por lo que debe desestimarse.

Con independencia de que la sentencia recurrida considere que los citados Srs. Efrain y Ángel fueron los verdaderos compradores, sin que lo hayan sido Grupo Playa Hoteles -que carece de personalidad jurídica-, ni Grupo Hoteles Playa, S.A. -que se constituyó con posterioridad a la compraventa litigiosa-, en tanto

que la entidad Compañía Hotelera del Atlántico S.A. figura como compradora con un carácter meramente formal -instrumental-, lo cierto es que la condena de los mencionados codemandados lo fue, no como compradores, sino como fiadores solidarios del precio aplazado, con cuyo carácter habían sido demandados. Por consiguiente, el pronunciamiento condenatorio se adecua a lo solicitado, y no concurre el defecto procesal denunciado.

TERCERO.- En el *motivo segundo* se alega como infringido, en dos ocasiones, el *art. 217 LEC* que regula la carga de la prueba.

El motivo carece de fundamento y debe seguir el mismo resultado desestimatorio del anterior.

Ello es así, en cuanto a la primera de las versiones invocadas, porque siendo cierta la afirmación de que la sentencia recurrida considera acreditada la realidad de la deuda -crédito del Sr. Leandro -, mal puede entrar en juego la doctrina de la carga de la prueba, al faltar el primer presupuesto esencial exigible para su operatividad consistente en la *falta de prueba* de un hecho controvertido y relevante, sin que el *art. 217 LEC* contenga ninguna regla valorativa de la prueba.

Y por lo que respecta a la segunda de las versiones invocadas, es cierto que la resolución recurrida no estima probados pasivos ocultos de las sociedades compradas, que podrían repercutir, reduciéndolo, en la cuantía del precio, pero no comete la vulneración denunciada porque la carga de la existencia de tales pasivos corresponde a los demandados, que son quienes sostienen la afirmación, a quien la misma beneficia, y, en definitiva, quienes se encuentran en mejores condiciones para probar, pues el hecho de la inexistencia, que favorece a la contraparte, tiene carácter negativo para la misma.

Por todo ello, el motivo decae.

CUARTO.- En el *motivo tercero y último del recurso extraordinario por infracción procesal* se alega vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el *art. 24 CE* .

El motivo se desestima por carencia de fundamento.

La parte recurrente pretende una nueva valoración de la prueba con olvido de que tal función corresponde a los Tribunales que conocen en instancia, y no es posible someter a crítica en el recurso extraordinario el acierto o desacierto de la valoración, so pena de desnaturalizar su misión, dando lugar a una tercera instancia que, ni la ley admite, ni la jurisprudencia consiente.

Y aunque excepcionalmente cabe denunciar mediante el recurso extraordinario la existencia de un error fáctico patente, la arbitrariedad o la manifiesta irrazonabilidad en la valoración probatoria, porque se trata de defectos de tal entidad que afectan al derecho a la tutela judicial efectiva, tales vicios no son meras hipótesis que quepa invocar con alegaciones genéricas, o apodícticas, sino que es preciso razonar su posible concurrencia de modo concreto y preciso. Y ello no se ha hecho en el caso. Es más, los argumentos de la sentencia recurrida evidencian la realidad de sus conclusiones. Ni son erróneos, ni voluntaristas, ni quiebran las reglas de la razón lógica, o sentido normal de las cosas.

QUINTO.- Por lo expuesto, debe desestimarse el recurso extraordinario por infracción procesal, imponerse las costas a la parte recurrente (*arts. 398.1 y 394.1 LEC*), y pasar a examinar los motivos del recurso de casación (Disp. Final 16ª, ap. uno, regla 6ª LEC).

2º RECURSO DE CASACIÓN.

SEXTO.- En el *primer motivo* se alega infracción del *art. 1451 CC* con base en que la sentencia recurrida considera, erróneamente, que el acuerdo del 13 de septiembre de 1988 constituía propiamente un contrato y no un simple precontrato o documento preparatorio de la compraventa que se celebró el 28 de octubre siguiente.

El motivo se desestima porque, con independencia de su irrelevancia, que en el propio motivo explícitamente se admite, se olvida que la función de calificación contractual corresponde a los Tribunales que conocen en instancia, sin que sea controlable en casación salvo ilegalidad o manifiesto error, lo que en el caso no concurren. Es más, la argumentación expuesta por la sentencia recurrida en el fundamento jurídico cuarto, ponderando tanto los términos de las estipulaciones como los actos de las partes, es plenamente acertada, y se comparte totalmente.

SÉPTIMO.- En el *motivo segundo* se cita como infringido el *art. 1204 CC*, con base en que en la escritura de 28 de octubre de 1988 se novó extintivamente lo acordado en el documento privado de 13 de septiembre anterior.

El motivo se desestima por las razones siguientes:

En primer lugar debe señalarse que no hubo modificación subjetiva -de los compradores-. En el documento de 13 de septiembre de 1988 figuraban como tales compradores los Srs. Efrain y Ángel y aunque en el documento de 28 de octubre siguiente se hizo constar la entidad mercantil Compañía Hotelera del Atlántico, la sentencia recurrida declara probado que esta consignación tuvo carácter formal o instrumental, y que quienes realmente compraron fueron los Srs. Efrain y Ángel . Esta apreciación devino incólume en casación y su contradicción por la parte recurrente incide en el vicio de hacer supuesto de la cuestión.

En segundo lugar, es cierto que ha habido una reducción del precio en la **escritura** pública respecto del fijado en el documento privado, pero ello no supone novación extintiva, sino modificativa. Esto es así porque ni el efecto extintivo se declara por las partes, ni siquiera se deduce una voluntad en tal sentido, ni hay absoluta incompatibilidad de las obligaciones. La mera variación del objeto o condiciones principales no excluye el efecto modificativo (*art. 1203.1º CC*), y la alteración del precio en el caso no tiene virtualidad suficiente para apreciar una novación extintiva (S. 4 de marzo de 2006). Además debe tomarse en cuenta que en la duda debe prevalecer el efecto más débil -modificativo-, y que no cabe cambiar en casación el criterio de la instancia cuando el mismo, al ponderar la significación económica de la modificación, no resulta irrazonable.

OCTAVO.- En el *motivo tercero* se denuncia la infracción del *art. 1827 CC* .

El motivo se desestima porque incurre en petición de principio.

La resolución recurrida sienta que los Srs. Efrain y Ángel afianzaron el precio aplazado de la compraventa. La pretensión del motivo de que solo eran avalistas de los pagarés entregados y no de la obligación causal, como por el contrario declara la sentencia impugnada, incide en el vicio de hacer supuesto de la cuestión.

NOVENO.- En el *motivo cuarto* se alega vulneración del *art. 1170.2 CC* con base en que la sentencia recurrida declara la vigencia de la obligación causal, pese a que los títulos-valores entregados para su pago se perjudicaron por culpa exclusiva del actor.

El motivo carece de fundamento, porque los demandados afianzaron solidariamente el pago del precio aplazado, y la obligación resultó incumplida, por lo que resulta irrelevante que haya prescrito la acción cambiaria derivada de los pagarés, pues la acción ejercitada es la causal, y en este ámbito se desenvuelve la relación procesal entre las partes.

DÉCIMO.- En el *motivo quinto* se alega infracción del *art. 7 CC* .

El motivo se desestima porque los hechos que se alegan -dejar prescribir las acciones cambiarias, no ejercitar la acción de resolución del contrato, no ejercitar la acción de cumplimiento hasta cuando así se habían cumplido quince años- no integran, ni aislada ni conjuntamente, una conducta que revele de modo inequívoco una dejación definitiva del derecho o configuradora de un retraso desleal contrario al principio de que los derechos deben ser ejercitados de buena fe. Por consiguiente, no hay actos propios del Sr. Leandro contrarios a la reclamación del derecho ejercitada en el presente proceso.

UNDECIMO.- En el *motivo sexto* se acusa infracción del *art. 325 del Código de Comercio* ; en el *motivo séptimo* vulneración del *art. 63.1* del mismo Texto Legal; y en el *motivo octavo* conculcación del *art. 1100 del Código Civil* .

Los motivos deben ser estimados porque la sentencia recurrida declara que el contrato es mercantil, y consiguientemente aplica, en materia de intereses, el *art. 63.1 del Código de Comercio* , y sin embargo la compraventa es civil porque no se adquirieron los bienes comprados para revenderlos, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa, como exige el *art. 325 del Código de Comercio* para que la compraventa sea mercantil. Por ello, debe aplicarse el *art. 1100 CC* , al que se remite el *art. 1501. 3ª CC* , y, por ende, condenar al pago de los intereses desde la intimación judicial -presentación de la demanda (*art. 410 LEC*)-.

DUODECIMO.- Como consecuencia de lo razonado, y singularmente de lo expresado en el fundamento anterior, procede estimar parcialmente el recurso de casación -en relación con el "dies a quo" del devengo de los intereses-, sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en el mismo.

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

FALLAMOS

PRIMERO.- Que desestimamos el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de Dn. Ángel y Dn. Efrain contra la Sentencia dictada por la Sección 15ª de la

Audiencia Provincial de Barcelona el 8 de noviembre de 2007, en el Rollo núm. 622 de 2006 , y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas en el recurso; y,

SEGUNDO.- Que estimando parcialmente el recurso de casación interpuesto por la antedicha representación procesal contra la misma Sentencia acordamos sustituir la expresión "más los intereses legales devengados desde la fecha del vencimiento de cada uno de los aplazamientos de pago pactados, conforme a la expuesto en el fundamento jurídico quinto", por la de "más los intereses legales devengados desde la fecha de la interpelación judicial". Mantenemos en lo restante la resolución recurrida, y no hacemos especial pronunciamiento por las costas de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jesus **Corbal** Fernandez.- Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesus **Corbal** Fernandez, 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.