



Roj: STS 264/2015 - ECLI:ES:TS:2015:264
Id Cendoj: 28079110012015100038

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 73/2013

Nº de Resolución: 56/2015

Procedimiento: CIVIL

Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Febrero de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados los recursos por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Vigo, cuyos recursos fueron interpuestos por el procurador D. Javier Álvarez Díez en nombre y representación de Caja España de Inversiones Salamanca y Soria y la procuradora Dª Silvia Vázquez Senín en nombre y representación de Apartamentos Paseo Marítimo S.L.; siendo parte recurrida la procuradora Dª Beatriz González Rivero, en nombre y representación de D. Juan Luis .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora Dª Gemma Alonso Fernández, en nombre y representación de D. Juan Luis interpuso demanda de juicio ordinario contra Apartamentos Paseo Marítimo S.L y Caja España de Inversiones Caja de Ahorros y Monte de Piedad y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que *se condene a los demandados a abonar a mi representada la cantidad de 2.800.000 # más los intereses legales desde la fecha de presentación de esta demanda, así como a las costas de este procedimiento.*

2.- El procurador D. José Antonio Fandiño Carnero, en nombre y representación de Apartamentos Paseo Marítimo S.L. , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia *por la que se desestime íntegramente la demanda de conformidad con lo expuesto en los hechos y fundamentos de derecho de esta contestación, con imposición de costas al demandante.*

3.- El procurador D. Javier Álvarez Díez en nombre y representación de Caja España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad, , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia *por la que se desestime la demanda con imposición a la parte actora de las costas causadas y todo lo demás que sea procedente en derecho.*

4.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Vigo, dictó sentencia con fecha 29 de diciembre de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** Que desestimando la demanda promovida por la procuradora Dª Gemma Alonso Fernández en nombre y representación de D. Juan Luis frente a la mercantil Apartamentos Paseo Marítimo S.L. y la entidad *Caja España de Inversiones, Caja de Abonos y Monte de Piedad, debo absolver y absuelvo a las demandadas de la pretensión deducida por la parte actora sin efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas.*

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de D. Juan Luis , la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo, dictó sentencia con fecha 2 de noviembre de 2012 cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:** *Que con estimación del recurso de apelación y de la demanda formulados por D. Juan Luis , representado por la*

procuradora Sra. Alonso Fernández, condenamos a las demandadas APARTAMENTOS PASEO MARÍTIMO S.L., representada por el procurador Sr. Fandiño Carnero, y CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD, representada por el procurador Sr. Álvarez Díez, a que indemnicen al actor recurrente en la suma de 2.800.000 euros, con los intereses legales desde la fecha de la interposición judicial hasta la fecha de la sentencia de primera instancia, que serán los legales incrementados en dos puntos desde esa última fecha hasta la del completo pago. No hacemos un especial pronunciamiento sobre las costas procesales de ninguna de las dos instancias.

TERCERO .- 1 .- El procurador D. Javier Alvarez Díez en nombre y representación de Caja España de Inversiones Salamanca y Soria , interpuso recursos por infracción procesal y de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVO POR INFRACCION PROCESAL:PRIMERO** .- Infracción de las normas procesales relativas a la valoración de la prueba y consiguiente error en la apreciación de la prueba por error patente o falta de lógica y vulneración de los derechos fundamentales. Artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el artículo 218 de la misma ley y artículo 24 de la Constitución Española . **SEGUNDO** .- Infracción de las normas procesales relativas a la valoración de la prueba y consiguiente error en la apreciación de la prueba por error patente o falta de lógica y vulneración de los derechos fundamentales. Artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el artículo 218 de la misma ley y artículo 24 de la Constitución Española . **MOTIVO DE CASACION: .- PRIMERO** .- Vulneración del artículo 1851 del Código civil en relación con los artículos 1256 y 1357 del mismo cuerpo legal . **SEGUNDO** .- Vulneración del artículo 1822 , 1857 del Código civil y 422 del Código de comercio . **TERCERO** .- Vulneración del artículo 1281 del Código civil . **CUARTO** .- Vulneración de la doctrina jurisprudencial de los actos propios, amparada en el artículo 7 del Código civil .

2.- El procurador D. José Antonio Fandiño Carnero, en nombre y representación de Apartamentos Paseo Marítimo S.L. , interpuso recursos por infracción procesal y de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS POR INFRACCION PROCESAL:PRIMERO** .- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción de los artículos 216 y 218 de la misma ley y vulneración del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Incongruencia ultra petita. **SEGUNDO** .- Al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia. Vulneración del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre carga de la prueba. **TERCERO** .- Al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia. Vulneración del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre carga de la prueba y 218 sobre exhaustividad y motivación. **MOTIVOS DE CASACION. PRIMERO** .- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Infracción del artículo 1281 del Código civil . **SEGUNDO** .- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Infracción del artículo 1282 del Código civil . **TERCERO** .- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Vulneración de la doctrina jurisprudencial relativa a la interpretación de las cláusulas penales. **CUARTO** .- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Infracción del artículo 1257 del Código civil y la doctrina jurisprudencial de los actos propios. **QUINTO** .- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Infracción del artículo 1108 del Código civil en correlación con el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

3.- Por Auto de fecha 26 de noviembre de 2013, se acordó ADMITIR AMBOS RECURSOS EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL y DE CASACION y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

4.- Evacuado el traslado conferido, la procuradora Dª Beatriz González Rivero, en nombre y representación de D. Juan Luis , presentó escrito de impugnación a ambos recursos por infracción procesal y de casación interpuestos.

5.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 28 de enero de 2015 , en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- 1.- Es objeto de los presentes recursos formulados ante esta Sala, como dice la sentencia recurrida de 2 de noviembre de 2012 de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo, el contenido y condiciones de la cláusula penal pactada y el alcance temporal del aval prestado por la CAJA comandada.

El contrato del que derivan tales cuestiones se ha otorgado en escritura pública, previos unos documentos privados, en fecha de 30 junio 2004 que se la denomina *permuta de cosa presente por cosa*

futura, aunque ciertamente es más bien un contrato de compraventa a la vista del intercambio de prestaciones (artículo 1446 del Código civil).

En este contrato se prevé que si el contratista, permutante (o comprador) la codemandada APARTAMENTOS PASEO MARÍTIMO S.L. no entrega los locales pactados en el plazo previsto o no obtiene la licencia de primera ocupación, tras una reunión con la empresa destinataria de los locales (MERCADONA), (*"podrá sustituir la prestación de entrega de dichos locales por el abono de la cantidad de 2.800.000 #, en concepto de valor de los inmuebles e indemnización por daños y perjuicios por la no entrega de los locales pactados, que se deberán abonar en el plazo de un mes desde el momento en que DON Juan Luis y esposa manifiesten la intención de sustituir la prestación y así lo requieran"*).

Es hecho declarado probado por la sentencia de instancia la falta de entrega de los locales y la no obtención de la licencia de primera ocupación. Por lo que, como dice dicha sentencia, concurren todos los presupuestos para la resolución prevista en el contrato y la efectividad de la cláusula penal que se establece en el mismo.

A ello se une la cuestión de la aplicación del aval que había prestado la codemandada CAJA ESPAÑA del abono de la cantidad prevista de 2.800.000 # cuya fecha de validez es de 29 febrero 2008, fecha que coincide con el plazo máximo de entrega (tras una prórroga prevista) de los locales.

2.- La demanda la había formulado el que transmitió el terreno, permutante (o vendedor) don Juan Luis contra el que lo recibió APARTAMENTOS PASEO MARÍTIMO S.L., sociedad que le pagó una cantidad de dinero, que no se discute en autos y le debía entregar en el plazo de 29 febrero 2008 tres locales determinados específicamente, con la cláusula penal respecto a éstos, que ha sido transcrita: si no entregaba los locales, debía pagar 2.800.000 #, que ha sido el objeto de la demanda.

Mediando el aval que también ha sido mencionado, asimismo reclamó dicho abono a la avalista CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD.

3.- La sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 6ª, de Pontevedra, con sede en Vigo, de 2 noviembre 2012 , revocando la dictada en primera instancia que había desestimado la demanda, estimó la misma y condenó a las codemandadas a abonar al demandante la cantidad de 2.800.000 # con los intereses legales.

Parte esta sentencia de que las condiciones pactadas en la cláusula penal se han cumplido y lo analiza detalladamente. Y, respecto al aval, también con sumo detalle interpreta que es de duración indefinida.

4.- Frente a esta sentencia han formulado sendos recursos por infracción procesal y de casación, las dos entidades codemandadas.

SEGUNDO .- 1.- El *recurso por infracción procesal* lo ha interpuesto la representación procesal de la promotora, permutante, verdadera compradora de los terrenos, por un precio más entrega de tres locales en los que se plantea la *litis* , APARTAMENTOS PASEO MARÍTIMO S.L.

Contiene tres motivos, todos ellos al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por incongruencia *ultra petita* el primero, por valoración y carga de la prueba el segundo y por falta de exhaustividad y motivación de la sentencia recurrida, el tercero.

2.- El primero de los motivos de este recurso denuncia, como incongruencia *ultra petita* la imposición de los intereses, además de los moratorios (intereses legales) que sí habían sido pedidos en el suplico de la demanda, los ejecutorios (intereses que impone el artículo 576.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que son los anteriores elevados en dos puntos, que no se habían solicitado explícitamente.

No hay incongruencia y este motivo se desestima. Se aplican por imposición de ley, sin necesidad de que se pidan expresamente. Incluso si la sentencia no los menciona, se incluyen en la ejecución de la misma.

Es doctrina consolidada que son intereses que nacen *ope legis*, sin que sea necesario que la parte las pida en el suplico de su demanda y sin que tampoco lo sea que se dicte en la sentencia la condena a su pago.

3.- El motivo segundo del recurso por infracción procesal alega una errónea valoración de la prueba y la vulneración del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre carga de la prueba.

Hay que precisar que mezcla en el mismo motivo dos conceptos bien distintos y hasta contradictorios, cuales son la prueba practicada y su valoración y la falta de la prueba que hace aplicar la doctrina de la carga de la prueba.

En primer lugar, la valoración de la prueba no es objeto de recurso por infracción procesal, además de que en la exposición del motivo entra en el fondo de la cuestión, materia no procesal, sino, en su caso, de casación. Con lo cual ignora la doctrina jurisprudencial que advierte en primer lugar, que la valoración de la prueba no es materia de este recurso y, en segundo lugar, que si se afirma la existencia de error patente, debe marcar exactamente en qué punto se halla y en que medida se ha producido.

Tal como reitera la reciente sentencia de 16 diciembre 2014 , que reproduce lo dicho en las de 8 marzo 2013 , 7 mayo 2013 y 18 noviembre 2014 :

"Esta Sala, hasta la saciedad ha dicho y reiterado que la supuesta infracción de normas sobre valoración de la prueba no está incluida en los motivos del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no puede ser objeto de recurso por infracción procesal. Se plantea la excepción de que sea tan patente el error que puede incardinarse en el derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la Constitución Española . Así lo expresan las sentencias, entre otras muchas, de 24 junio 2011 , 4 noviembre 2011 , 27 enero 2012 , 9 febrero 2012 , 4 abril 2012 . No es éste el caso presente, en el que el desarrollo del motivo no entra en una concreta infracción por "error patente e irracionalidad", sino que hace una exposición y valoración de la prueba practicada, de acuerdo con sus intereses, como si de una tercera instancia se tratara."

En cuanto a la carga de la prueba "es el problema de la falta de prueba" que no se presenta en este caso, en que la sentencia de instancia declara hechos probados de los que deduce la solución jurídica. Tal como han reiterado las sentencias de 24 septiembre 2010 , 8 octubre 2010 , 5 mayo 2011 , 9 febrero 2012 , 19 abril 2014 ,

"Las reglas de distribución de la carga de prueba solo se infringen cuando, no estimándose probados unos hechos, se atribuyen las consecuencias de la falta de prueba a quién según las reglas generales o específicas, legales o jurisprudenciales, no le incumbía probar, y, por tanto, no corresponde que se le impute la laguna o deficiencia probatoria. Su alegación en el recurso extraordinario por infracción procesal no ampara una revisión de la prueba, según ha reiterado esta Sala (STS 2 de marzo de 2009, RC n.º 238/2004 , STS 29 de diciembre de 2009, RC 1869/2005 , 4 de febrero de 2010, RC 2333/2005). El principio sobre reparto del onus probandi [carga de la prueba] no es aplicable en aquellos casos en los cuales el tribunal efectúa una valoración probatoria de los hechos fundándose en distintos medios de prueba."

En definitiva, el motivo debe ser desestimado.

4.- El motivo tercero se formula subsidiariamente al anterior y vuelve a insistir en la valoración de la prueba y añade la vulneración sobre exhaustividad de motivación que exige el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

A lo primero hay que agregar que, realmente, se expone una cuestión de fondo sobre la cláusula penal, sin que plantee siquiera infracción procesal alguna. A lo segundo, no lo desarrolla sino que simplemente advierte que la valoración de la prueba, que combate este motivo del recurso, produce además -sin razonarlo- un vicio de falta de exhaustividad y motivación; sobre ello, no es baldío recordar la jurisprudencia que, en sentencias de 8 marzo 2013 , 18 abril 2013 , 7 mayo 2013 , 19 noviembre 2014 , han reiterado:

"La jurisprudencia ha sido muy reiterada en este tema; así, sentencias de 11 octubre 2004 , 1 de julio de 2011 , 21 septiembre 2011 , 7 noviembre 2011 , 2 noviembre 2012 , que dicen: No exige la argumentación pormenorizada de cada uno de los puntos -hechos y alegaciones- que han surgido en el proceso, sino la fundamentación del fallo de la sentencia, quedando justificado éste por la exposición, dando a las partes las razones de la decisión, lejos del arbitrio judicial. En este sentido, dice la sentencia de 11 de octubre de 2004 que la motivación de las sentencias, como señala la del Tribunal Constitucional 213/2.003, de 1 de diciembre , al interpretar las normas de la Constitución Española sobre la misma, constituye además de un deber constitucional de los Jueces, un derecho de quienes intervienen en el proceso, protegido por la Constitución Española. Al primer aspecto se refiere la sentencia del mismo Tribunal 35/2002, de 11 de febrero , tras la 24/1990, de 15 de febrero , para poner de manifiesto que la exigencia de motivación está directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho (artículo 1.1 de la Constitución Española) y con el carácter vinculante que, para Jueces y Magistrados, tiene la Ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional (artículo 117.1.3 de la Constitución Española), ya que hay que dar razón del derecho judicialmente interpretado y aplicado, con lo que se cumple tanto la finalidad de evidenciar que el fallo es una decisión razonada en términos de derecho, como con la de hacer posible el control jurisdiccional de la resolución por medio del sistema de recursos previsto en el ordenamiento. El segundo aspecto es tratado en la sentencia 196/2003, de 27 de octubre , según la que el derecho a obtener una resolución fundada, favorable

o adversa, como garantía frente a la arbitrariedad, exige que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión."

TERCERO .- **1.-** El recurso de casación que ha formulado la misma parte, APARTAMENTOS PASEO MARÍTIMO S.L. contiene cinco motivos.

El primero y el tercero se refieren a la cláusula penal, asimismo el cuarto que se formula "a mayor abundamiento". El segundo se refiere al aval que compete más bien a la avalista codemandada. El quinto repite lo formulado en el motivo primero del recurso por infracción procesal.

2.- El motivo primero de este recurso de casación se formula por infracción del artículo 1281 del Código civil y doctrina jurisprudencial sobre interpretación de los contratos.

Este motivo se desestima, en primer lugar, porque este artículo, cuya infracción se denuncia, contiene dos párrafos que son contradictorios: el primero sobre el elemento literal de la interpretación y el segundo, el elemento intencional. El motivo debe concretar cuál de ellos ha sido infringido, lo que ha dicho reiteradamente esta Sala; así, sentencias de 21 diciembre 2012 , 26 noviembre 2013 , 19 noviembre 2014 .

En segundo lugar, porque no desarrolla tema de interpretación, sino el supuesto de hecho que le lleva a negar la aplicación de la cláusula penal. Lo que no es otra cosa que hacer supuesto de la cuestión, es decir, partir de hechos que son contrarios a los declarados probados en la sentencia de instancia (de la Audiencia Provincial objeto del recurso). Supuesto de la cuestión que ha sido proscrito por la jurisprudencia (sentencias de 13 mayo 2011 , 6 octubre 2011 , 9 febrero 2012 , 4 abril 2012 , 11 julio 2013) y es contraria a la función de la casación, que no es una tercera instancia y es ajeno a la revisión de los hechos (sentencias del 25 junio 2010 , 5 mayo 2011 , 6 mayo 2013 , 24 octubre 2014).

En tercer lugar, porque la interpretación de los contratos es función del Tribunal de instancia, a no ser que sea ilógica, arbitraria o contraria a derecho, que no es el caso. En este sentido, sentencias de 8 abril 2010 , 30 septiembre 2011 , 25 octubre 2012 , 12 septiembre 2013 .

3.- El motivo segundo de este recurso vuelve al tema de la interpretación, denunciando la infracción del artículo 1282 del Código civil refiriéndose esencialmente al aval.

El motivo se desestima, primero, por ser contradictorio con el anterior, puesto que no tiene sentido alegar que se quebranta el artículo 1281, sin designar párrafo, y a continuación, denunciar la violación del artículo 1282. Segundo, porque mezcla la cuestión de aval con hechos, haciendo otra vez supuesto de la cuestión. Tercero, porque la función de interpretación corresponde al Tribunal de instancia, no a la casación.

En todo caso, tal como se destaca en el escrito de oposición al recurso, siendo el contrato de permuta -y no el aval- el que obliga y liga a Apartamentos Paseo Marítimo S.L. con el señor Juan Luis , hay que atender a las condiciones y requisitos de la cláusula penal pactada, resultando irrelevantes, por marginales a este recurso, las condiciones del aval. Por ello, que el aval se reputa indefinido o constituido por tiempo determinado no tiene trascendencia alguna a la hora de resolver este recurso de casación.

4.- El motivo tercero vuelve a la interpretación y a la mezcla con el tema del aval. Además, aparte de doctrina jurisprudencial sobre la cláusula penal que nadie discute y que no cita cuál es exactamente la jurisprudencia que se vulnera, cita la infracción de los artículos 1281 y siguientes del Código civil , preceptos heterogéneos, lo que no cabe en casación, como han reiterado las sentencias de 22 marzo 2010 , 31 octubre 2012 , 7 mayo 2013 .

El motivo no se sostiene, pues mantiene una posición que le es favorable, pero no aparece infracción alguna. Es clara, pues, su desestimación.

5.- El motivo cuarto denuncia la infracción del artículo 1257 del Código civil que regula la eficacia del contrato y la estipulación a favor de tercero y denuncia también la infracción de la doctrina de los actos propios, dos cuestiones jurídicas que nada tienen que ver una con otra. No se aprecia infracción en ninguna de estas cuestiones.

Tal como dice y declara probado la sentencia recurrida,

"recapitulando, a tiempo de la formulación de la presente demanda concurrían todos los requisitos en discusión para la efectividad de la cláusula, de la decisión resolutoria de la compraventa por parte de la compradora MERCADONA, S.A. plasmada en el escrito de fecha 25 mayo 2009, y en el acuerdo resolutorio del 7 diciembre de ese mismo año, y por la voluntad, seguida del preceptivo requerimiento, por parte del demandante, de exigir de la promotora demandada la aplicación de la cláusula penal".

Dicha sentencia afirma rotundamente que "*la cláusula penal resulta plenamente aplicable*" tras analizar los presupuestos fácticos, inalterables en casación que constituyen la base de su aplicación, cláusula que aparece conforme a la voluntad de las partes y que responde a la lógica de que el propietario del terreno lo entrega y queda al albur de la seriedad y cumplimiento honesto del contrato por parte del profesional de la construcción, promotor de la obra que ha decidido construir, con la consiguiente entrega de locales.

Por otra parte, la doctrina de los actos propios carece de virtualidad jurídica, pues cita una frase que no es la base de la decisión judicial, sino uno de los argumentos que se emplean, no tanto de tal doctrina, sino de la actuación de una persona en un determinado sentido, sin más.

6.- El quinto y último de los motivos del recurso dice, en cuanto a los intereses ejecutorios, lo que ya expuso en el motivo primero del recurso por infracción procesal y se desestima por las mismas razones.

Además, pese a que cita el artículo 1108 del Código civil como infringido, realmente lo que se impugna es la aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y ésta es norma procesal que no permite ser alegada en un recurso de casación, por lo que este motivo debería haber sido inadmitido, inadmisión que en este estado procesal deviene desestimación.

CUARTO .- 1.- Los motivos de los recursos por infracción procesal y de casación que han sido formulados por APARTAMENTOS PASEO MARÍTIMO S.L. se desestiman todos ellos, por lo que debe declararse no haber lugar a los mismos.

2.- Rechazándose los recursos, procede la condena en costas por ambos, conforme a lo que dispone el artículo 398.1 en su remisión al 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y a la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

QUINTO - 1.- El *recurso por infracción procesal* que ha interpuesto CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD (sucesora de la inicialmente demandada CAJA ESPAÑA) contiene dos motivos.

Uno y otro se refieren a la valoración de la prueba, pero con matices; lo esencial es que ambos se centran en el error patente, como atentado al derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la Constitución Española y, el primero, añade el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que nada tiene que ver y que no desarrolla y, el segundo, añade la infracción del artículo 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la fuerza probatoria del documento público. Los dos motivos se formulan al amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- El motivo primero del recurso por infracción procesal, como se ha apuntado, se formula, tal como se ha transcrito en los antecedentes de hecho por infracción de las normas procesales relativas a la valoración de la prueba y consiguiente error en la apreciación de la prueba por error patente o falta de lógica y vulneración de los derechos fundamentales. Artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 218 de la misma ley y artículo 24 de la Constitución Española.

Este motivo merece la respuesta misma que se ha dado al resolver el motivo segundo del recurso por infracción procesal interpuesto por la promotora codemandada. No cabe en este recurso el motivo consistente en la valoración de la prueba, ya que la casación no es una tercera instancia que permite revisar la prueba respecto a la cuestión fáctica. Sólo cabe el revisar el error patente, cuando éste se ha producido y se señala expresamente. Nada de esto ocurre en el presente caso.

En todo el desarrollo del motivo, íntegramente, no plantea problema de prueba, mucho menos de error patente, sino que se va a la cuestión de fondo que puede ser objeto, en su caso, de recurso de casación. Trata de la inexistencia de aval a primer requerimiento, que se configura así en la escritura notarial; de la relación con otra entidad (Mercadona) que no ha sido parte; de la interpretación del contrato; de la existencia del plazo del aval y su caducidad; de acto propio del avalista. Todo ello no implica prueba, sino los planteamientos jurídicos de fondo y no aparece más error, que se plantea como tal, que el contenido de las manifestaciones y hechos probados. No hay infracción del artículo 24 de la Constitución Española, ni del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que ni siquiera ha sido desarrollado.

3.- El motivo segundo incide en lo mismo. Se formula por infracción de las normas procesales relativas a la valoración de la prueba y consiguiente error en la apreciación de la prueba por error patente o falta de

lógica y vulneración de los derechos fundamentales. Artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en relación con el artículo 218 de la misma ley y artículo 24 de la Constitución Española .

El motivo se refiere enteramente al aval emitido por esta entidad recurrente y se concreta el recurso a la interpretación del mismo. Lo que se traduce en que confunde la valoración de la prueba documental con la valoración (e interpretación) del contenido documental. Lo primero no es discutible, ni se plantea en el recurso; en su aspecto procesal; lo segundo no es infracción procesal, sino en su aspecto sustantivo, propio de un recurso de casación.

Por ello, su desestimación es evidente.

SEXTO .- 1.- El *recurso de casación* se formula en cuatro motivos, que se refieren tanto a la cláusula penal como al aval, respecto a lo que conviene hacer precisiones respecto a una y otro.

Sobre la cláusula penal, como recuerda la sentencia de 23 octubre 2014 :

La cláusula penal tiene una básica función coercitiva por la que el deudor está doblemente obligado a cumplir la obligación, tanto por la *lex contractus* (artículo 1091 del Código civil) como por la aplicación de tal cláusula que exige al acreedor a la carga de la prueba de daños y perjuicios (artículo 1152). Asimismo, su función liquidadora sustituye los daños y perjuicios que se hayan podido producir, sin necesidad de prueba, como dice el artículo 1152 y explica la sentencia de 18 julio 2005 en estos términos:

"Es doctrina reiterada de esta Sala que la cláusula penal, como obligación accesoria, generalmente pecuniaria y a cargo del deudor, que sanciona el cumplimiento o incumplimiento irregular de la obligación a la vez que valora anticipadamente los perjuicios, es una excepción al régimen normal de las obligaciones al sustituir la indemnización, lo cual obliga a su interpretación restrictiva (entre otras, SSTs de 10 de noviembre de 1983 , 27 de diciembre de 1991 , 14 de febrero de 1992 y 23 de mayo de 1997)."

Cuya función liquidadora ha sido reiterada por las sentencias de 26 marzo 2009 , 10 diciembre 2009 , 2 julio 2010 , 10 noviembre 2010 , 21 febrero 2012 .

En ella se prevé, como se ha transcrito en parte en líneas anteriores, que si la promotora no entrega los locales en el plazo pactado o no obtiene la licencia de primera ocupación, tras una determinada reunión, podrá sustituirse la prestación de entrega de tales locales por una importante cantidad de dinero en metálico, como cláusula penal. Efectivamente, se ha probado que no se entregaron los locales, ni se obtuvo la licencia y se celebró la reunión que dio lugar, pese a un nuevo plazo que tampoco sirvió para cumplir, a exigir la aplicación de la cláusula penal.

Lo cual implica la exigencia del aval. Aval que no es a primer requerimiento, que contemplan las sentencias de 29 abril 2002 , 5 julio 2002 y 1 de octubre de 2007 , sino una fianza que da la entidad financiera codemandada cuya validez llega hasta la misma fecha de entrega de los locales, 29 febrero 2008. No es indefinida, sino temporal, como expresamente se hace constar en el escrito del aval.

2.- El primer motivo de este recurso de casación denuncia la infracción del artículo 1851 del Código civil en relación con los artículos 1256 y 1257 del mismo cuerpo legal , sobre la extinción de la fianza por prórroga de la obligación garantizada, y sobre la validez y cumplimiento de los contratos.

Este artículo, el 1851, dispone efectivamente:

" La prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza."

Pero no es éste el caso. La extinción se produce cuando obedece a la exclusiva voluntad del acreedor. Debe tener carácter expreso, manifestándose la intención de prorrogar de forma clara y terminante, por actos inequívocos.

En el caso presente, media una reunión en la que interviene quien no es parte (MERCADONA) y se considera el incumplimiento del contrato de permuta, pero respecto al aspecto del mismo que afecta a los locales se concede no ya una prórroga a la obligación -que ya consta su incumplimiento- sino un plazo de gracia, de simple tolerancia a instancia de aquella entidad (MERCADONA) ajena al proceso.

Tanto más cuanto el beneficiario de la fianza, como consta explícitamente en el aval, es el que transmitió el terreno, acreedor de la obligación de entrega de los locales, don Juan Luis y no aparece que éste fuera el que concediera expresamente aquel nuevo plazo, sino que, al poco tiempo de vencer el aval (29 febrero 2008) interesó expresamente (carta de 29 marzo 2008) la ejecución del mismo, a lo que contestó la avalista, CAJA ESPAÑA, sin oponer la supuesta prórroga y alegando otras causas.

3.- El motivo segundo del recurso de casación se formula por infracción de los artículos 1822 y 1827 del Código civil y 442 del Código de comercio . A lo largo del extenso desarrollo del motivo, después de destacar conceptos obvios, como la forma expresa y la interpretación restrictiva y alertar de que se trata de una fianza ordinaria, no a primer requerimiento, como ya se ha calificado en esta sentencia, llega al verdadero motivo, que es el vencimiento del aval: se expresa literalmente en éste que es el 29 febrero 2008 sin que pueda interpretarse que es por tiempo indefinido y que el acreedor o beneficiario del aval (demandante, don Juan Luis) tras una reunión y decidida la resolución del contrato, reclamase la ejecución del aval, en el plazo de un mes, como efectivamente consta probado que tuvo lugar, aquellos requisitos y esta reclamación en dicho plazo, por carta de 29 marzo 2008, emitida por burofax, recibida y contestada por la entidad avalista (CAJA ESPAÑA).

4.- El motivo tercero denuncia la infracción del artículo 1281 del Código civil (en el texto, dice 1821, artículo derogado por evidente error material) sobre interpretación de los contratos. En el mismo, se impugna la interpretación que hace la sentencia recurrida, del texto del aval y lo califica de "aval a primer requerimiento" y de "carácter indefinido".

Pese a que no señala el párrafo del artículo 1281 que estima infringido y pese a que la función de interpretación o calificación de un contrato corresponde al Tribunal de instancia, el motivo debe ser estimado, aunque no afectará al fallo. Toda la jurisprudencia, sin excepción, ha señalado que si bien la interpretación no es función de la casación, sí lo es cuando la realizada en la instancia *"conduzca a una situación contraria a derecho que reclame la revisión en sede de casacional"* , como ha dicho literalmente la sentencia de 5 septiembre 2007 y han reiterado las de 28 octubre 2008 , 8 mayo 2009 , 27 diciembre 2010 , 30 septiembre 2011 . Lo mismo cabe decir de la calificación del contrato que, como afirma la sentencia de 20 enero 2009 , *"la revisión del resultado de dicha apreciación en esos excepcionales supuestos, ha de estar guiada, en todo caso, por la búsqueda del fin verdaderamente perseguido por las partes, al que se orienta la voluntad de negociar, evidenciada por la literalidad de los términos del contrato..."* .

En el caso que aquí se contempla, la sentencia de instancia, con profusión de argumentos y complicados razonamientos, llega a conclusiones que son contrarias a los términos literales y a la clara voluntad de la parte -entidad financiera- que ha emitido el aval. El aval no es a primer requerimiento; no sólo no se expresa así, sino que se expresa lo contrario, ya que exige la reclamación del beneficiario, con una serie de requisitos, en estos términos, que son contrarios al concepto de primer requerimiento:

"Si no se cumpliesen las condiciones y los plazos señalados y siempre que además, después de una reunión de todos los interesados con la empresa MERCADONA, S.A. esta decidiese resolver el contrato de compraventa con Juan Luis , éste podría sustituir la prestación de entrega de los locales por la ejecución de este aval previa comunicación de dicha resolución".

En cuanto a la vigencia. No puede calificarse de "indefinida", cuando se expresa lo contrario: se dice literalmente que la validez es de 29 febrero 2008 y claramente añade:

"Este aval tendrá validez hasta la fecha indicada y ha sido inscrito, en el día de la fecha, en el registro especial de avales con el número que se especifica. El derecho de reclamación del beneficiario caducará transcurridos treinta días naturales contados desde el siguiente al de la fecha límite de su vigencia. Llegado el día de su caducidad, CAJA ESPAÑA cancelará el aval aún no habiéndole sido entregado este documento en que se instrumenta, exonerándose, en consecuencia, de cualquier responsabilidad no reclamada antes de esta fecha."

El pretender que la intención y, por ende, la interpretación es opuesta a lo expresamente determinado, es contra derecho y no puede aceptarse en casación. Tanto más por dos razones añadidas: hubo un borrador fechado en el día anterior a la verdadera fianza que carece de firma -es decir, no fue aceptado- que lo declara "indefinido" y que fue eliminado en el texto firmado y vigente; y, además, no puede obviarse que la autora del escrito del aval es una entidad financiera, conocedora y experta en este tema, que no permite pensar que quiso una cosa y escribió otra.

Todo lo cual no altera el fallo de la sentencia recurrida, porque en la presente se ha entendido que se aplica el aval aunque no sea a primer requerimiento y se aplica igualmente, porque se reclamó su ejecución en el plazo pactado, sin ser de plazo indefinido.

5.- El motivo cuarto y último del recurso de casación se formula por la vulneración del artículo 7 del Código civil sobre la doctrina de los actos propios. Prescindiendo de la referencia a un error de hecho, que es ajeno a la casación, justifica esta alegación en una conducta, que no ha sido base de la decisión de la

sentencia recurrida. Ni tampoco son hechos de los que pueda deducirse unos actos propios, ya que la realidad de hechos probados acredita lo contrario.

La doctrina de los actos propios, que puede incardinarse como principio general del derecho no puede basarse en unos actos concretos de los que una parte quiera deducir una consecuencia que le favorece, sino que *"precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica"*, dice la sentencia de 9 mayo 2000, reiterada literalmente por la de 21 mayo 2001; lo cual no es, ni por asomo, lo que ha alegado la recurrente para justificar la aplicación de esta doctrina. Tanto más cuando estas sentencias añaden que *-es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca"*, lo que no se da en el presente caso.

La sentencia de 22 octubre 2002 precisa que *"han de ser, por ende, tales actos vinculantes, causantes de estado y definidores de una situación jurídica de su autor y que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho..."* Lo que reitera la de 19 febrero 2010.

Como conclusión, dicen las sentencias de 16 febrero 2005 y 16 enero 2006:

"No puede venirse contra los propios actos, negando todo efecto jurídico a la conducta contraria posterior, todo en base a la confianza que un acto o conducta de una persona debe producir en otra. En conclusión, como dice doctrina científica moderna, esta doctrina de los actos propios no ejerce su influencia en el área del negocio jurídico, sino que tiene sustantividad propia, asentada en el principio de la buena fe. Resumiendo y como conclusión, se ha de decir que esta técnica exige que los actos de una persona que pueden tener relevancia en el campo jurídico marcan los realizados en un devenir, lo que significa que en ningún caso pueden contradecir a los anteriores provocando una situación de incertidumbre que desconcierta a terceros afectados por los mismos y que rompe el principio de buena fe determinado en el artículo 7-1 del Código Civil."

A ello, añade la sentencia de 1 de julio 2011 que su aplicación *"debe ser muy segura y ciertamente cautelosa"*, haciendo a continuación un resumen jurisprudencial completo.

Todo ello acredita que no se ha podido infringir, en su verdadero concepto, tal doctrina y el motivo debe ser desestimado.

SEPTIMO .- **1.-** Con todo ello, al desestimarse los motivos, salvo el tercero de casación que no lleva a alterar el fallo de la sentencia recurrida, procede no dar lugar a los recursos interpuestos y condenar en costas a la recurrente y a la pérdida del depósito.

2.- Asimismo, es de destacar que no corresponde a los recursos ante esta Sala la exposición desmesurada de los argumentos o los asertos doctrinales, sino que deben concretarse a concretar la norma infringida y en qué, exactamente, ha sido infringida.

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

FALLAMOS

1.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION interpuesto por la representación procesal de APARTAMENTOS PASEO MARÍTIMO S.L. contra la sentencia dictada por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo, en fecha 2 de noviembre de 2012.

2.- Imponer a la expresada recurrente las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

3.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS POR INFRACCION PROCESAL Y DE CASACION interpuesto por la representación procesal de CAJA ESPAÑA DE INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA contra la sentencia dictada por la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, con sede en Vigo, en fecha 2 de noviembre de 2012, cuyo fallo SE CONFIRMA.

4.- Imponer a la expresada recurrente las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

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



Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller **Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz Xavier O'Callaghan Muñoz** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , 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.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ