

21 de junio de 1965.

VALORACION DE DOCUMENTOS PUBLICOS

- Documentos públicos.
- Su valoración.
- Alcance de convenciones anteriores a su otorgamiento.

- Interpretación del contrato.
- Intención de los contratantes.
- Actos coetáneos y actos posteriores.
- Directrices de confianza y responsabilidad en la interpretación.

- Resolución de los contratos por incumplimiento.

- Cláusula penal.
- Frustración del contrato.

RECURSO DE CASACION

SOBRE INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE CONSTRUCCION DE VIVIENDAS

A LA SALA PRIMERA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

D. Antonio Navarro Flórez, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación, según poderes que acompaño, de D. Juan Zaratiegui Jaurrieta y de la Sociedad «Agrupación Cruz Blanca para Viviendas Subvencionadas»; comparezco ante la Sala con el carácter de *parte recurrente* en los autos de *recurso de casación* por infracción de ley y de doctrina legal, preparado contra sentencia de 16 de marzo de 1965 dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, en la segunda instancia del juicio declarativo ordinario de mayor cuantía sobre declaración de validez de contrato y otros extremos, seguido en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Pamplona por la «Agrupación de Viviendas San Cristóbal», como demandante, contra mis representados y el Montepío de San Cristóbal de Chóferes de Navarra, como demandados; y como mejor en Derecho proceda, DIGO:

Que en trámite del artículo 1.716 de la Ley de Enjuiciamiento civil, *formalizo este recurso de casación* sobre los motivos que se articularán, exponiendo previamente los siguientes:

ANTECEDENTES

PRIMERO

D. Juan Zaratiegui Jaurrieta, propietario de una finca sita en Pamplona, en 5 de octubre de 1961 suscribió un contrato privado con D. Angel Munuce Iarregui, D. Jesús Erice Galdurez y D. Pablo Luna Fernández, Presidente, Vicepresidente-Secretario y Tesorero, *del Montepío de Chóferes de Navarra San Cristóbal*, en los siguientes términos:

«En Pamplona, a 5 de octubre de 1961, de una parte, D. Juan Zaratiegui Jaurrieta, mayor de edad, casado, propietario, de esta ciudad, y, de la otra, D. Angel Munuce Iarregui, D. Jesús Erice Galdurez y D. Pablo Luna Fernández, estos en representación de la "Segunda Agrupación de Viviendas" del "Montepío de Chóferes de Navarra San Cristóbal", en calidad de Presidente, Vicepresidente-Secretario y Tesorero, respectivamente, pactan lo que sigue: Primero: D. Juan Zaratiegui es dueño de una finca, sita en Pamplona, en el término llamado "Cruz Blanca", de ocho robadas y tres almutadas de extensión, lindante, por el Norte, con el terreno común; Sur, con las Madres Ursulinas y "La Burundesca, S. A."; Este, carretera a Mutilva baja, y Oeste, con

la de Tajonar. Esta finca está actualmente convertida en granja avícola, con catorce edificaciones para el ganado, más el chalet-vivienda, y esta finca se pone a disposición por su propietario, Sr. Zaratiegui, al "Montepío de Chóferes San Cristóbal" a fin de que se construyan viviendas con sus correspondientes bajeras, de acuerdo con el proyecto del Arquitecto Sr. Urmeneta.-Segundo: El Sr. Zaratiegui está conforme en perder los metros de terreno que el Ayuntamiento toma para las nuevas alineaciones urbanas de las dos carreteras mencionadas, de Mutilva y Tajonar, más los correspondientes a la calle transversal nueva y todo el terreno restante que, aproximadamente, es de unos 6.000 metros cuadrados, será edificado en sus dos solares por el citado "Montepío San Cristóbal".-Tercero: .D. Juan Zaratiegui recibirá, para sí, a título de dueño, las bajeras correspondientes, todas ellas sobre levante de edificación, más los patios interiores, todo ello perfectamente terminado, en compensación a la cesión de la finca para la posible ejecución de este proyecto.-Cuarto: Las características más acusadas de las construcciones de las bajeras son las siguientes:, alturas, 4,80 metros por su parte mínima; luces y ventilación, abundante y perfecta; medianiles, irán cerrados por casas completas; saneamiento y acometida de aguas, se colocará un servicio de "water" y lavabo, con sus correspondientes cierres; en los servicios de acometida y saneamiento, se tendrá en cuenta la previsión de las tuberías correspondientes, sin olvidar los fraccionamientos a que se someten las casas corrientemente en los arrendamientos y en las ventas. Los techos de los patios serán construidos teniendo en cuenta el aislamiento contra el frío, el calor y el goteraje. Las columnas o postes, en la parte de levante de edificación, las que exija el proyecto de vivienda y en el resto de patios las menos posible, especialmente en las grandes.-Cinco: Las bajeras quedarán libres, en cuanto se construyan, para que el Sr. Zaratiegui disponga de ellas como le convenga, por toda clase de actos y contratos, con independencia absoluta de los pisos que se estén construyendo o se hayan construido y con las mismas ventajas que los pisos en cuanto se refiere a las exenciones de contribuciones durante los veinte años.-Sexto: Todos los gastos, de cualquier clase, que se deriven de esta operación, tales como escrituras, Derechos reales, plus-valía, timbre, impuestos municipales de servicios, calles, saneamiento y todos otros serán de cuenta del Montepío.-Séptimo: El plaza de terminación de las obras será, como máximum, hasta diciembre de 1963, inclusive, y, caso de prolongarse la ejecución fuera de ese tiempo -salvo que concorra fuerza mayor-, el Sr. Zaratiegui cobrará, en concepto de indemnización de perjuicios, la cantidad de 2.000 pesetas diarias en que, de común acuerdo y de una manera firme e irrevocable, se estima el quebranto que sufrirá el Sr. Zaratiegui por la demora, fuera del plazo fijado.-Octavo: El Sr. Zaratiegui podrá retirar para silos materiales que desee de los actuales edificios a derribar.-Noveno: No obstante deberse entregar las bajeras al Sr. Zaratiegui perfectamente terminadas, se hace constar que se entregarán sin puertas.-Décimo: Se reconoce al Sr. Zaratiegui el derecho a quedarse, a título adquisitivo, como los demás miembros de la Agrupación, los dos primeros pisos del chaflán primero que da cara al ensanche.-Undécimo: En la bajera del piso, con entrada por el chaflán primero y por su derecha con la carretera de Tajonar, debido al declive del terreno se construirá un entrepiso rasante con la entrada de la casa por el chaflán y habrá una escalera de comunicación entre la bajera que resulta por la carretera de Tajonar, la del entrepiso y el primer piso correspondiente a esta bajera.-Duodécimo: También se reserva el Sr. Zaratiegui el derecho a adquirir tres pisos de libre elección, pagando como los demás miembros de la Agrupación lo que corresponda por ellos. Conformes las partes contratantes, suscriben este documento, en dos ejemplares, después de su lectura y ratificándose en todos sus puntos, en el lugar y fecha *ut supra*.»

SEGUNDO

Al siguiente día, 6 de octubre de 1961, entre los mismos interesados se suscribió un documento privado de modificación o novación accidental del anterior contrato, de este tenor:

«Por el presente documento se hace constar que los Sres. D. Juan Zaratiegui, de una parte, y los representantes del "Montepío de Chóferes de Navarra San Cristóbal", D. Angel Munuce, D. Jesús Erice y D. Pablo Luna, han discutido sobre si las puertas que se habían de poner por el Montepío en las bajeras que son para el Sr. Zaratiegui habían de construirse de madera o de material metálico y, como han surgido diferencias, acuerdan que las bajeras se entreguen al Sr. Zaratiegui sin puertas, para que él las coloque como guste y, en cambio, por vía de compensación se le pagará al Sr. Zaratiegui un millón de pesetas por el "Montepío de Chóferes de Navarra San Cristóbal", suma que se abona con esta fecha.- Y para que conste y sirva este documento de recibo, firman los cuatro señores antes indicados, en Pamplona, a 6 de octubre de 1961.»

TERCERO

Por D. Angel Munuce, actuando como Presidente del «Montepío de Chóferes de Navarra San Cristóbal», se solicitó, en escrito de 26 de marzo de 1962, permiso del Ayuntamiento de Pamplona para edificar en el solar propiedad del Sr. Zaratiegui. El Ayuntamiento concedió la autorización y el «Montepío de Chóferes de Navarra San Cristóbal» ingresó la cantidad de 717.378 pesetas por el concepto del 50 por 100 del convenio de urbanización.

Y en 26 de noviembre de 1962, D. Angel Munuce eleva otro escrito al Ayuntamiento, pero esta vez actuando en nombre y representación de la «Agrupación de Viviendas San Cristóbal», con la pretensión de subrogarse dicha Agrupación en el permiso de obras, porque, según alegaba el peticionario, cuando se hizo la solicitud a nombre del «Montepío», la Agrupación no estaba constituida ni tenía personalidad independiente de aquél. El Ayuntamiento no autorizó la subrogación, pues exigía previamente que se justificase la personalidad jurídica de cada una de las dos entidades y que se acreditasen los acuerdos de las Juntas respectivas donde se hiciera constar la transmisión del permiso de obras de una a otra.

CUARTO

El Sr. Zaratiegui desalojó los terrenos y trasladó todas las instalaciones de su granja- avícola, que en ellos tenía montada, a otra finca. El «Montepío», por su parte, pese al tiempo transcurrido, no realizó obra alguna en el solar. Solamente llevó a cabo las operaciones preliminares del sondeo del subsuelo. Tampoco hicieron nada dos empresas constructoras que intervinieron. Tal inactividad era completamente ajena al Sr. Zaratiegui, al que propusieron más tarde la compra del solar, que éste no aceptó.

QUINTO

El «Montepío de Chóferes de Navarra San Cristóbal» celebró Junta General el 16 de marzo de 1963, en la que se acordó anular los compromisos contraídos con el Sr. Zaratiegui y dar cuenta del acuerdo tanto al propietario de los terrenos como al Ayuntamiento de Pamplona. También se hizo constar en la Junta que «las actuaciones de los Sres. Munuce, Erice y Luna no han estado respaldadas por acuerdo alguno de las Asambleas Generales y de las Juntas Directivas por no constar nada en tal sentido en los libros de actas de las mismas, debido a que actuaron en nombre del Montepío sin dar conocimiento a éste».

Como hemos dicho, los acuerdos se comunicaron a mi representado y al Ayuntamiento. Y los Sres. Munuce y Erice se dirigieron también por carta a los Aparejadores encargados de la obra notificándoles esta resolución, para que anularan el compromiso que tenían, por desconocer la nueva orientación que tomaría en su ejecución el propietario de los terrenos.

El Ayuntamiento, en resolución de 22 de mayo de 1963, acordó lo siguiente:

1.º La total anulación del permiso de construcción de viviendas concedido al «Montepío San Cristóbal de Chóferes de Navarra».

2.º Desestimar la petición de la Agrupación de Viviendas San Cristóbal, por no reconocérsele personalidad en el ámbito municipal.

3.º Autorizar al «Montepío» para retirar la suma de 717.378 pesetas.

4.º Autorizar al señor Zaratiegui para la colocación de bordillos y movimiento de tierra, por su cuenta, en los terrenos de su propiedad.

Contra estos acuerdos se interpuso por la «Agrupación de Viviendas San Cristóbal» recurso de reposición y posteriormente el de alzada, siendo ambos desestimados.

SEXTO

La sociedad civil denominada «Agrupación de Viviendas San Cristóbal» se constituyó, el 17 de junio de 1963, ante el Notario de Pamplona D. Juan García-Granero Fernández, bajo el número 1.144 de su protocolo, siendo otorgantes D. Angel Munuce Ilarregui y cincuenta y ocho personas más. En dicha escritura se hace constar lo siguiente:

«Primero. Que todos los comparecientes y representados son de nacionalidad española y gozan de condición civil foral navarra.

Segundo. Que han decidido unirse en Sociedad, constituyendo una Compañía de carácter civil, bajo la razón social de "Agrupación de Viviendas San Cristóbal", domiciliada en Pamplona, con el fin exclusivo de promover y llevar a cabo la construcción de viviendas de renta limitada subvencionadas, exclusivamente para

miembros de la Sociedad, así los socios fundadores como los que, conforme más adelante se expresará, puedan ingresar en ella posteriormente.

Tercero. Que expuesto cuanto antecede, formalizan esta escritura conforme a las siguientes cláusulas:

1.^a *Constitución*. Todos los señores presentes y representados en este instrumento constituyen entre si una sociedad civil, bajo la razón social "Agrupación de Viviendas San Cristóbal".

2.^a *Caracteres fundamentales de la Sociedad*. Dicha Sociedad se constituye con las siguientes actas fundamentales:

a) *Objeto*. La Sociedad tiene por objeto exclusivo promover y llevar a cabo la construcción de viviendas de renta limitada del tipo subvencionadas, para sus socios, sin perjuicio de la venta de los locales comerciales o de las viviendas sobrantes, en su caso.

A tal fin podrá realizar todos los negocios y contratos precisos o convenientes, como la adquisición, por cualquier título, de terrenos, solares o inmuebles en general, segregar, agregar, dividir y agrupar fincas, concertar la compra, o por cualquier título, adquisición de materiales, formalizar contratos, subastas, concursos, así como las pertinentes operaciones financieras, obtención de créditos, anticipos, cuentas de crédito, prestamos u otras similares, con o sin garantía, sea esta personal o real, incluso hipotecaria; ejecutando todas las demás operaciones complementarias, como declaraciones de obra nueva, ventas de pisos o viviendas, actas de notoriedad, expedientes de dominio y, en general, cualesquiera otros actos o gestiones que sean conducentes al logro y cumplimiento del fin social principal.

b) *Nacionalidad*. La Sociedad tiene nacionalidad española.

c) *Régimen legal*. La Compañía está sujeta al régimen foral de Navarra, por gozar todos sus socios de dicha condición y estar situados en esta provincia los inmuebles que van a ser objeto de construcción, cumpliendo así ampliamente las exigencias del Convenio Económico entre el Estado Español y la Excma. Diputación Foral de Navarra.

d) *Domicilio*. La Sociedad fija su domicilio en Pamplona, calle de Tafalla, número 31, piso 1.º, derecha.

e) *Duración*. Se constituye por tiempo indefinido.

f) *Comienzo de operaciones*. Dio comienzo a sus operaciones el 1 de enero de 1961, fecha en que empezó a actuar como simple Agrupación, siquiera sin estar legalmente constituida. Y, por ello, todos los efectos de la constitución de la Sociedad se retrotraen a la expresada fecha. Y la Sociedad ratifica expresamente y hace suyos a todos los efectos y consecuencias de Derecho cuantos actos, contratos y gestiones han sido realizados desde esa fecha hasta ahora por quienes actuaban en nombre de la Sociedad, hasta ahora en vías de legal constitución.

3.^a *Pactos o, Estatutos.* La Sociedad se regirá por lo pactado en esta escritura y, además, por los Pactos o Estatutos sociales, que constan en cinco pliegos de papel especial de mi Notaria, serie M, números..., debidamente reintegrados y escritos a maquina, y a los que doy lectura en este acto. Los otorgantes, según intervienen, los ratifican expresamente, firman al final y los elevan a documento público, requiriéndome para su incorporación a esta matriz, como parte integrante de ella en lo sucesivo, y así lo verifico.

4.^a *Ampliación de la sociedad a nuevos socios.* Previo cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 15 de los Estatutos sociales, podrán formar parte de la Sociedad nuevos socios, ampliándose al efecto la Compañía constituida. La ampliación se hará constar mediante la correspondiente escritura pública de adhesión a la Sociedad.

5.^a *Nombramiento de la Junta Rectora.* Los socios dan a este acto el carácter de Junta General y Universal, cuya celebración aceptan por unanimidad, y proceden a la designación de los señores que han de constituir la primera Junta Rectora de la Sociedad, con indicación de sus respectivos cargos, efectuándolo en la forma siguiente:

Presidente: D. Angel Munuce Ilarregui.

Vicepresidente: D. José Romero Azcona.

Secretario: D. Jesús Erice Galduroz.

Tesorero: D. Jesús García Monleón.

Vocal 1.º: D. Fausto Caparroso Casanova.

Vocal 2.º: D. Luis Larripa Abadía.

Sus respectivos datos personales constan en la comparecencia o intervención de esta escritura. Dichos nombramientos se hacen por tiempo indefinido y con todas las atribuciones que resultan de los Estatutos sociales. Dichos señores, presentes o debidamente representados en este acto, aceptan los cargos para los que respectivamente han sido designados, y se obligan al fiel desempeño de su cometido.»

SEPTIMO

Con fecha 11 de septiembre de 1963, D. Juan Zaratiegui, en unión de otras personas, otorga, ante el Notario D. Rosendo Garrido Aldama, escritura de constitución de la «Agrupación Cruz Blanca para Viviendas Subvencionadas», con el carácter de sociedad civil y sin animo de lucro, con el fin de construir viviendas en los terrenos de la propiedad del Sr. Zaratiegui, con arreglo al anteproyecto del Arquitecto D. Francisco Garrans Miqueo. Dicha Agrupación se inscribió en el Registro especial de entidades del Ministerio de la Vivienda el 19 de septiembre de 1963, al libro de Inmobiliarias, número 782. Se presentó toda la documentación pertinente en el Ministerio de la Vivienda y la Delegación Provincial de Pamplona notificó al Sr. Zaratiegui la

aprobación de su proyecto para la construcción de 120 viviendas subvencionadas, debiendo quedar terminadas las obras de construcción en el plazo de treinta y seis meses. Mi representado suscribió convenio de urbanización con el Ayuntamiento de Pamplona, ingresando en 18 de noviembre de 1963 el 50 por 100, equivalente a la cantidad de 671.407,50 pesetas.

Esta Agrupación «Cruz Blanca» se constituyó, naturalmente, después de la anulación expresa del convenio de 5 de octubre de 1961, por parte del «Montepío de Chóferes de Navarra San Cristóbal».

OCTAVO

Ya se ha dicho que el plazo máximo de terminación de las obras, según el contrato de 5 de octubre de 1961, era el mes de diciembre de 1963. Pues bien, se llegó a este último mes sin que las obras hubiesen comenzado prácticamente, y ello era debido a la conducta de la otra parte contratante que, por culpa suya, no se cuidó de obtener la licencia de obras oportunamente; mientras que el propietario del terreno, Sr. Zaratiegui, había cumplido, por su parte, aquello a que el contrato le obligaba: poner el terreno a disposición del «Montepío»

Aunque la demanda de la «Agrupación de Viviendas San Cristóbal» fue presentada quince días antes de acabar el plazo pactado para la terminación de las obras, la calificación de la vivienda estaba caducada desde la primavera de 1962, y la licencia municipal desde mayo de 1962. Los compromisos con los técnicos y sus respectivos Colegios también fueron anulados por los mismos firmantes del contrato en nombre del «Montepío», en abril de 1963.

Mientras tanto, la «Agrupación de Viviendas San Cristóbal», cuya constitución legal con fecha cierta respecto de tercero databa de 17 de junio de 1963 (escritura ante el Notario Sr. García-Granero) y el «Montepío San Cristóbal de Chóferes de Navarra», jugando con el equivoco de que, en el encabezamiento del contrato de 5 de octubre de 1961, se aludía a una «Segunda Agrupación de Viviendas» *del* «Montepío», se confabulan contra el Sr. Zaratiegui y montan un litigio encaminado a hacer revivir el contrato de compra-venta y de ejecución de obra de los terrenos, precisamente cuando sólo faltan unos días para la terminación del plazo en que, según dicho contrato, había de estar ultimada la construcción del edificio: diciembre de 1963.

En el Juzgado de primera instancia número 1 de Pamplona, en escrito fechado en 14 de diciembre de 1963, el Procurador D. Rafael López de Cerain Lenguas, en nombre de «Agrupación de Viviendas San Cristóbal», Sociedad civil para la construcción de viviendas subvencionadas para sus socios, inició juicio declarativo de mayor cuantía contra D. Juan Zaratiegui, la «Agrupación Cruz Blanca» y el «Montepío de San Cristóbal de Chóferes de Navarra». Dicho escrito de demanda contiene la siguiente suplica:

«Que teniendo por presentado este escrito, con los documentos que la acompañan y copias, tener por formulado juicio ordinario de mayor cuantía en nombre de Agrupación de Viviendas San Cristóbal contra D. Juan Zaratiegui Jaurrieta, Agrupación Cruz Blanca para Viviendas Subvencionadas y Montepío San Cristóbal de

Chóferes de Navarra; y dando al pleito el curso legal oportuno dicte sentencia, declarando y condenando en los siguientes términos:

1.º Que el contrato de 5 de octubre de 1961, a que se ha hecho referencia en esta demanda y figura en el protocolo de la notaria de D. Juan García-Granero Fernández, de Pamplona, número 640 del año 1963, fue suscrito y convenido entre la segunda Agrupación de Viviendas San Cristóbal Chóferes de Navarra, hoy Agrupación de Viviendas San Cristóbal, y D. Juan Zaratiegui Jaurrieta, sin que en el mismo haya tomado parte el Montepío San Cristóbal Chóferes de Navarra.

2.º Que el contrato de referencia tiene plena vigencia entre las partes que lo suscribieron y, por tanto, el terreno que en él se indica está afecto a la construcción por la Agrupación de Viviendas de San Cristóbal, de su proyecto de viviendas, y en consecuencia se condene a D. Juan Zaratiegui Jaurrieta a su completa ejecución y cumplimiento.

3.º Que si por D. Juan Zaratiegui Jaurrieta o Agrupación Cruz Blanca de Viviendas Subvencionadas se llevaran a cabo obras en el referido terreno, se les condene a derribar lo edificado.

Todo ello con imposición de costas a los demandados.»

Por otrosí solicitaba la anotación preventiva de la demanda sobre las inscripciones o inscripción que la finca reseñada en el contrato de 5 de octubre de 1961 figura a nombre de D. Juan Zaratiegui Jaurrieta; ofreciendo prestar fianza.

Por segundo otrosí solicitaba asimismo al Juzgado la adopción de unas medidas cautelares, y acuerde:

« 1.º Recibir confesión judicial a D. Juan Zaratiegui Jaurrieta sobre si suscribió el documento de 5 de octubre de 1961 cuyo contexto obra en el acta de protocolización del mismo acompañada a la demanda (se le leerá dicho documento).

2.º Para el supuesto de que dicha confesión sea negativa, se señale día y hora para la práctica de reconocimiento de firma del documento que obra protocolizado bajo el número 640, del año 1963, en la notaria de D. Juan García-Granero Fernández, de Pamplona.

3.º Y visto lo que antecede, se requiera a D. Juan Zaratiegui Jaurrieta y a la Agrupación Cruz Blanca para Viviendas Subvencionadas para que se abstengan de llevar a cabo obra alguna en el terreno que se describe en el documento de 5 de octubre de 1961. Todo ello bajo la exclusiva responsabilidad de mi representada, dejando a salvo el criterio del Juzgado por si estima conveniente el afianzamiento.»

Ha de hacerse notar que, entre los demandados, figura el Montepío; pero en la súplica de la demanda ninguna pretensión se formula *contra* dicha entidad; aunque en el punto 1.º de dicha súplica se solicita la declaración de que el Montepío no intervino en el contrato. Se atraía así, al litigio, en el ámbito de los adversarios, a un aliado, mejor dicho, un identificado con la entidad actora. Huelgan los comentarios.

NOVENO

Dentro del término del emplazamiento comparecieron los demandados, haciéndolo el procurador D. Vicente San Julián Olaso en nombre del Montepío San Cristóbal de Chóferes de Navarra, y el procurador D. José María Valdés, en representación de D. Juan Zaratiegui Jaurrieta y Agrupación Cruz Blanca para Viviendas Subvencionadas. Y en providencia de 31 de diciembre de 1963 se mandó a dichos Procuradores contestar la demanda.

En escrito de 3 de febrero de 1964, el Procurador D. José María Valdés, en representación de D. Juan Zaratiegui Jaurrieta y de la «Agrupación Cruz Blanca», formuló *contestación* a la demanda, terminando con la siguiente súplica:

«Que habiendo por presentado este escrito con los treinta documentos acompañatorios y las copias respectivas, se sirva tener por contestada a nombre de D. Juan Zaratiegui Jaurrieta y de la "Agrupación Cruz Blanca para Viviendas Subvencionadas" la demanda de pleito declarativo de mayor cuantía que ha interpuesto la "Agrupación de Viviendas San Cristóbal" contra los mismos y, además, contra el "Montepío San Cristóbal de Chóferes de Navarra", sobre existencia de contrato y otros extremos y, habiendo a sus poderdantes por opuestos a la misma, una vez que se hayan seguido los trámites propios del juicio, dictar en su día sentencia declarando:

Primero. Que el contrato litigioso, de fecha 5 de octubre de 1961, fue concertado entre D. Juan Zaratiegui Jaurrieta y el "Montepío San Cristóbal de Chóferes de Navarra", sin que en el referido contrato haya sido parte la llamada "Segunda Agrupación San Cristóbal de Chóferes de Navarra" ni tampoco la entidad actora "Agrupación de Viviendas San Cristóbal".

Segundo. Que el mencionado contrato, de 5 de octubre de 1961, fue dejado nulo, sin valor ni efecto alguno, por los contratantes el "Montepío San Cristóbal Chóferes de Navarra" y D. Juan Zaratiegui Jaurrieta, con anterioridad a la interposición de la demanda que ha promovido la "Agrupación de Viviendas San Cristóbal" y, por consiguiente, el desistimiento de las partes contratantes impide la realización de las obras sobre que el contrato recayó.

Tercero. Sólo en forma subsidiaria y para el improbable supuesto de que no sean acogidos los dos pedimentos primero y segundo que anteriormente se establecen, solicitamos se declare en la sentencia que, ya fuere el otro contratante de D. Juan Zaratiegui Jaurrieta el "Montepío San Cristóbal Chóferes de Navarra" o la "Agrupación de Viviendas San Cristóbal", el contrato queda resuelto, conforme al artículo 1.124 del Código civil, por haberse incumplido totalmente contra D. Juan Zaratiegui Jaurrieta y, por tanto, se deja sin eficacia jurídica ninguna, debiendo restituirse a las partes lo que hubieren percibido.

Cuarto. Que se reservan a D. Juan Zaratiegui Jaurrieta las acciones de que pudiere hallarse asistido para reclamar los daños y perjuicios que se le hayan causado como consecuencia del incumplimiento contractual.

Quinto. En todo caso, e independientemente de la anterior reserva, condenar, por *reconvención*, a la entidad demandante "Agrupación de Viviendas San Cristóbal" a pagar a D. Juan Zaratiegui Jaurrieta y a la "Agrupación Cruz Blanca para Viviendas Subvencionadas" los daños y perjuicios que ya se les han causado y se les pueda seguir causando hasta el final, a partir del 17 de diciembre de 1963, en que, a su instancia y bajo su responsabilidad, se prohibió judicialmente la construcción a esta parte demandada, en los terrenos del litigio; debiendo fijarse tales daños y perjuicios en ejecución de sentencia, con arreglo a las Bases indicadas en el fundamento jurídico IX de este escrito de *contestación-reconvención*, o sea: cantidades que puedan perderse definitivamente por la prohibición de las obras de la "Agrupación Cruz Blanca para Viviendas Subvencionadas" ; quebrantos por las inversiones de capital ya hechas; pérdida de alquileres en cuanto a las bajeras y a los pisos todos proyectados y mayor coste de mano de obra y materiales que puedan seguirse del retraso en la ejecución de las construcciones.

Sexto. Desestimar en todas sus partes la demanda interpuesta por la "Agrupación de Viviendas San Cristóbal" y absolver de la misma a mis representados, D. Juan Zaratiegui Jaurrieta y "Agrupación Cruz Blanca para Viviendas Subvencionadas". »

Nótese que, según el contrato de 5 de octubre de 1961, las obras debían estar terminadas en el mes de diciembre de 1963. La demanda se presentó, como hemos visto, quince días antes de expirar ese plazo y en tal fecha no se había iniciado obra alguna (y no por culpa precisamente del Sr. Zaratiegui) ni había tiempo material para que la otra parte contratante diera cumplimiento al contrato. Pero es que, además, cuando mis representados formularon la *reconvención*, con fecha 3 de febrero de 1964, denunciando el incumplimiento del contrato, *había transcurrido con exceso el plazo contractual fijado para la terminación de las obras* (diciembre de 1963), sin que la otra parte obligada a ello ni siquiera las hubiese comenzado.

El 7 de febrero de 1964 *contesta* la demanda el Procurador D. Vicente San Julián Olaso, en nombre del «Montepío San Cristóbal de Chóferes de Navarra», formulando la siguiente súplica:

«Que teniendo por presentado este escrito con los documentos que se acompañan y sus copias, se sirva admitirlos; tener por contestada, en tiempo y forma, la demanda interpuesta contra mi representado por la "Agrupación de Viviendas San Cristóbal"; dar traslado de la misma para réplica y, previos los demás trámites de Ley, dictar sentencia desestimatoria de la demanda, absolviendo al "Montepío San Cristóbal de Chóferes de Navarra", con expresa imposición de costas a la demandante.»

DECIMO

En trámite de *replica*, la parte demandante presentó escrito en el que suplicaba:

«Que habiendo por presentado este escrito se sirva admitirlo en unión de los documentos que se acompañan y por evacuado el trámite de réplica en los autos de referencia, y en su día, previa recibimiento a prueba de todos los hechos expuestos, dictar sentencia de acuerdo con lo solicitado en el escrito de demanda y absolviendo a

mi representada de la reconvenición formulada con imposición de costas de ésta al reconviniente D. Juan Zaratiegui Jaurrieta.»

El trámite de *duplica* fue evacuado por el Procurador Sr. Valdés Escudero en nombre y representación de D. Juan Zaratiegui Jaurrieta y de la «Agrupación Cruz Blanca para Viviendas Subvencionadas», en escrito de 14 de marzo de 1964, con la siguiente súplica:

«Que habiendo por presentado este escrito, con los documentos acompañatorios, de necesaria aportación en este momento procesal a la vista de los aducidos de adverso, y copias de todo ello, se sirva tener por despachada la duplica y, en su día, dictar sentencia de acuerdo con los pedimentos formulados en la contestación-reconvenición, a nombre de D. Juan Zaratiegui Jaurrieta y de la "Agrupación Cruz Blanca para Viviendas Subvencionadas".»

También fue evacuado el trámite de duplica por el Procurador Sr. San Julián en nombre del «Montepío San Cristóbal de Chóferes de Navarra», en escrito de 17 de marzo de 1964, suplicando se dictara sentencia en los términos interesados en su escrito de contestación.

Practicadas las pruebas, fueron entregados los autos a las partes para conclusiones, que evacuaron, respectivamente, en 22 de julio, 25 de agosto y 7 de octubre de 1964.

El Magistrado Juez de Primera Instancia número 1, de Pamplona, dictó *sentencia* el 17 de octubre de 1964, con el siguiente *fallo*:

«FALLO: Que estimando la demanda formulada por el Procurador D. Rafael López de Cerain, en nombre y representación de "Agrupación de Viviendas San Cristóbal", debo declarar y declaro: Primero. Que el contrato de 5 de octubre de 1961, a que se hace referencia en la demanda y figura en el protocolo de la Notaria de D. Juan García-Granero Fernández, de Pamplona, número 640 del año 1963, fue suscrito y convenido entre la "Segunda Agrupación de Viviendas San Cristóbal de Chóferes de Navarra", hoy "Agrupación de Viviendas San Cristóbal", y D. Juan Zaratiegui Jaurrieta, sin que en el mismo haya tomado parte el "Montepío San Cristóbal de Chóferes de Navarra". Segundo. Que el contrato de referencia tiene plena vigencia entre las partes que lo suscribieron y, por tanto, el terreno que en él se indica está afecto a la construcción por la "Agrupación San Cristóbal", de su proyecto de viviendas, debiendo D. Juan Zaratiegui estar y pasar por lo convenido en dicho contrato. Tercero. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, los demandados D. Juan Zaratiegui Jaurrieta o "Agrupación Cruz Blanca de Viviendas Subvencionadas", representados por el Procurador D. José María Valdés, no pueden llevar a cabo obras en el referido terreno, apercibiéndoles de ser derribadas si lo hicieren. Cuarto. Condenar, como condeno, a todos los demandados a estar y pasar por estas declaraciones. Quinto. No se hace expresa imposición de las costas de esta instancia.»

UNDECIMO

Notificada a las partes la sentencia de primera instancia, por la representación de D. Juan Zaratiegui Jaurrieta y de la «Agrupación Cruz Blanca para Viviendas Subvencionadas» se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, siendo apelada la «Agrupación de Viviendas San Cristóbal» y no compareciendo en la segunda instancia el «Montepío San Cristóbal de Chóferes de Navarra». Remitidos los autos a la Audiencia Territorial de Pamplona y celebrada la vista, la Sala de lo Civil dictó *sentencia* con fecha 16 de marzo de 1965, que contiene el siguiente *fallo*:

«FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Juan Zaratiegui y de la "Agrupación Cruz Blanca de Viviendas Subvencionadas", contra la sentencia de fecha 17 de octubre de 1964 dictada por el Sr. Magistrado Juez de Primera Instancia número 1 de esta ciudad, que confirmamos íntegramente, desestimando la reconvenición formulada y estimando la demanda interpuesta por el Procurador D. Rafael López de Cerain en nombre y representación de la Agrupación de Viviendas San Cristóbal, debemos declarar y declaramos: Primero. Que el contrato de 5 de octubre de 1961, a que se refiere la demanda, fue suscrito y convenido entre la "Segunda Agrupación de Viviendas San Cristóbal de Chóferes de Navarra", hoy denominada "Agrupación de Viviendas San Cristóbal", y D. Juan Zaratiegui Jaurrieta, sin que en el mismo haya tomado parte el "Montepío San Cristóbal de Chóferes de Navarra". Segundo. Que el expresado contrato tiene plena vigencia entre las partes que lo suscribieron y, por tanto, el terreno que en él se indica está afecto a la construcción por la entidad demandante de su proyecto de viviendas, debiendo D. Juan Zaratiegui atenerse a lo convenido en dicho contrato. Tercero. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, los demandados D. Juan Zaratiegui o "Agrupación Cruz Blanca de Viviendas Subvencionadas" no pueden llevar a cabo obras en el referido terreno, apercibiéndoles de ser derribadas si las hicieran. Todo ello sin especial declaración de costas en ninguna de ambas instancias.»

DUODECIMO

Dicha sentencia se apoya en los siguientes «considerandos»:

«Primero. CONSIDERANDO: Que en los escritos de demanda y contestación quedaron fijadas las cuestiones litigiosas debatidas, que se concretan en la siguiente forma: 1) La parte actora solicita en esencia se declare que la misma fue parte en el contrato para construcción de viviendas suscrito por el demandado, Sr. Zaratiegui, el día 5 de octubre de 1961, y que en dicho contrato no intervino el "Montepío de Chóferes de Navarra San Cristóbal"; que dicho contrato tiene plena vigencia y, por tanto, el terreno objeto del mismo está afecto a la construcción por la actora de las viviendas proyectadas, y, en consecuencia, se condene al demandado Sr. Zaratiegui o a la entidad también demandada "Agrupación Cruz Blanca para construcciones de Viviendas Subvencionadas" a derribar lo que hayan edificado en el mentado terreno, si algo edificaron. 2) La parte demandada, representación de D. Juan Zaratiegui Jaurrieta y de la expresada "Agrupación Cruz Blanca" solicita, por un lado, la desestimación total de la demanda y la absolución de sus peticiones, y, por otro, en el mismo escrito de contestación a la demanda propuso reconvenición para que se declare que el contrato de 5 de octubre de 1961 fue concertado por el Sr. Zaratiegui con el "Montepío San Cristóbal de Chóferes de Navarra" y no con la entidad demandante "Agrupación de Viviendas San Cristóbal", y que dicho contrato fue declarado nulo por los mismos

contratantes, lo que impide la realización de las obras que fueron objeto de aquél. Subsidiariamente, en la misma reconvencción se solicita que el contrato indicado quedo resuelto por haber sido totalmente incumplido por la entidad actora, debiendo restituirse las partes recíprocamente lo recibido en virtud de él. Aparte de ello y de las acciones que el Sr. Zaratiegui pudiera tener para reclamar los daños y perjuicios que pudieran derivar de la resolución que solicita, formula reclamación de los daños y perjuicios que manifiesta se le han irrogado a consecuencia de la prohibición de construir en el terreno litigioso, impuesta a raíz de la admisión de la demanda origen de esta litis, a la entidad denominada "Agrupación Cruz Blanca para Viviendas Subvencionadas".

Segundo. CONSIDERANDO: Que tal como quedó planteada la litis, la primera cuestión a resolver versa sobre la personalidad como contratante de la entidad demandante denominada en el escrito inicial del pleito "Agrupación de Viviendas San Cristóbal". Dicha cuestión se desdobra en dos: por un lado, el problema de si dicha entidad tiene existencia legal; por otro, si en caso afirmativo tuvo capacidad para concertar el contrato de 5 de octubre de 1961 con el demandado, contrato cuyo original obra a los folios 91 y 92 de los autos. Respecto del primer punto, los hechos que derivan suficientemente acreditados en autos son los siguientes: A) Certificado del Acta de Agrupación actora sobre la asamblea celebrada el día 1 de enero de 1961 para tratar de constituir una agrupación que tenga por finalidad la construcción de un bloque de viviendas de renta limitada subvencionadas, a la que concurrieron cuarenta socios del "Montepío San Cristóbal de Chóferes de Navarra", se nombró una Junta Rectora que represente a la Agrupación y se acordó gestionar la adquisición de un solar para construir las viviendas (folio 5 de los autos y 18 y 19 del apuntamiento). El hecho que deriva del mencionado documento no ha sido negado por la parte demandada, sino corroborado por la misma al observar silencio sobre el mismo en su escrito de contestación a la demanda.

B) En las sesiones de la Agrupación actora celebradas en los días 9 de enero y 18 de septiembre de 1961, concurriendo a esta última ciento diez socios, se da cuenta de los tratos precontractuales con el demandado Sr. Zaratiegui sobre adquisición de terrenos propiedad de este para la construcción de las viviendas y se discuten las condiciones del futuro contrato (folios 6 y 8 de los autos y 20 y 21 del apuntamiento). En la segunda se anuncia a la asamblea la inminencia de la celebración del contrato con el Sr. Zaratiegui, por estar ambas partes conformes en las condiciones.

C) Después de celebrado el contrato de fecha 5 de octubre, la Agrupación actora celebra una nueva reunión el día 11 del mismo mes para dar cuenta la Junta Rectora de haberse firmado el susodicho contrato (folio 8 de los autos y 26 Y 27 del apuntamiento). En la misma Asamblea (hecho corroborado por la absolució de posiciones del demandado, posición 21) se anunció haber concertado un acuerdo accesorio del contrato por el que el Sr. Zaratiegui recibió un millón de pesetas en concepto de cerrar por su cuenta las bajas que los demandantes se comprometían a cederle.

D) La Agrupación demandante ha ostentado autonomía patrimonial a partir de su constitución en el mes de enero de 1961. Así lo demuestran los pagos verificados al Ayuntamiento de Pamplona (posición 8.^a de las absueltas por el señor Barber Moriones, Presidente del Montepío de Chóferes –folio 240 vuelto del apuntamiento- y resguardo número 27.656 de la Caja de Ahorros de Navarra, testimoniado al folio 346 de los autos); pagos hechos en el mes de julio de 1962; los verificados a los técnicos como el

Arquitecto Sr. Urmeneta (preguntas a la 16, 18, 20 y 21, folios 20 a 26 de los autos y 28 vuelto y 29 del apuntamiento) y la entrega de un millón de pesetas verificada por transferencia a la cuenta del demandado Sr. Zaratiegui en el Banco Hispano Americano (hechos VI a VIII del escrito de contestación formulado por la representación del demandado "Montepío de Chóferes de Navarra", no desvirtuados por prueba alguna ni negados y documentos obrantes a los folios 328 a 337 de los autos, en donde figura al folio 337 un reintegro de un millón de pesetas verificado por cuenta de la actora el 23 de octubre de 1961, mediante talón número 13.188 pagado con abono al Banco Hispano Americano de Pamplona).

Tercero. CONSIDERANDO: Que de los hechos expuestos deriva que la entidad demandante se constituyo como Agrupación de personas físicas para perseguir el fin específico de construir viviendas para sus asociados con fecha muy anterior a la celebración del contrato con el demandado Sr. Zaratiegui, actuando desde un principio con independencia del "Montepío de Chóferes de Navarra", con fondos propios y fines también propios, toda vez que no figuran entre los del Montepío la construcción de viviendas para los mutualistas (folio 21 vuelto de la adición al apuntamiento). La forma de constitución de la actora arranca de la reunión del 1 de enero de 1961, en la que con precisión se evidenció la intención de constituir sociedad (*affectio 0 Animus contrahendi societatis*), considerada como elemento distinto del consentimiento por las sentencias de 3 de diciembre de 1959 y 27 de junio de 1960, se dotó a la entidad naciente de una representación legal bajo el nombre de "Junta Rectora" y con no menos precisión se perfilaron los fines, las aportaciones de los socios y el elemento humano que la constituye, que habían de ser personas pertenecientes previamente como socios al Montepío; lo cual revela, por otra parte, la distinción entre ambas entidades; pues el solo hecho de ser socio de este Montepío no lleva consigo el serlo de la Agrupación actora. De estos datos de hecho derivan con nitidez los dos elementos esenciales que la doctrina jurídica exige para el nacimiento de una persona moral: la reunión de personas físicas constituyendo una entidad superior dotada de órganos representativos y una finalidad supraindividual para la cual se requiere el concurso de muchas personas físicas. La persona moral a que se alude, permitida por las disposiciones particulares sobre construcción de viviendas (Ley de 15 de julio de 1954, artículo 5, y Reglamento de 26 de junio de 1955, artículo 15), cuyo es el fin de la discutida, es sobradamente defendible a la luz de las disposiciones sustantivas civiles. En efecto, no cabe dudar de la vigencia del sistema espiritualista de la contratación, reflejada en el artículo 1.255 del Código civil, en cuanto a la constitución de agrupaciones como la actora, máxime cuando los pactos de su constitución fueron notoriamente públicos y su actuación también notoriamente se verificó en interés común de los agrupados, por lo que su personalidad jurídica viene declarada implícitamente en el artículo 1.669 del Código civil y calificada con arreglo al mismo de sociedad con fines particulares, de las comprendidas en el artículo 1.678. Su capacidad se describe igualmente en el artículo 35, número 2, del mismo Código civil, en relación con el 38. Nada obsta a estas conclusiones la escritura de constitución de la "Agrupación de Viviendas San Cristóbal" que figura a los folios 27 y siguientes de los autos (folios 29 y siguientes del apuntamiento), pues a esta escritura, respecto de cuanto se aleje de los documentos que reflejan la constitución anterior y privada de la entidad actora, le es plenamente aplicable, ya directamente o ya por una clara razón de analogía, la disposición del artículo 1.224 del Código civil, que preceptúa que "las escrituras de reconocimiento de un acto o contrato nada prueban contra el documento en que estos hubiesen sido consignados, si por exceso u omisión se apartaren de él, a menos que conste expresamente la novación del primero". Y es claro

que no constando ni aun tácitamente esta novación no pudo en la citada escritura darse origen a una entidad que ya tenía tan clara existencia como revelan los hechos que se dejan expuestos, máxime cuando con toda evidencia no fue voluntad de los interesados dar nacimiento a una nueva entidad.

Cuarto. CONSIDERANDO: Que resuelto como queda razonado el problema de la existencia legal de la entidad actora, no cabe dudar de su capacidad para celebrar el contrato de fecha 5 de octubre de 1961 con el demandado Sr. Zaratiegui, ni de su intervención en el mismo en concepto de adquirir el derecho a construir sus viviendas en los terrenos que el demandado dicho cedía. Su finalidad al constituirse fue, como se expone en la asamblea inicial, construir viviendas para sus socios, luego es indudable su capacidad para celebrar contratos con ese fin al no existir ninguna prohibición legal al respecto, sino al contrario, leyes especiales como la citada de 15 de julio de 1954, que tratan de estimular a los individuos y a las agrupaciones para construir viviendas. La alegación tan reiterada por el demandado de que contrató con el "Montepío San Cristóbal de Chóferes de Navarra" y no con la entidad actora no puede sostenerse, no sólo porque el citado Montepío, que fue también demandado en este pleito, lo niega rotundamente, sino además porque nada convincente figura en autos en orden a una actuación propia de dicho Montepío para construir viviendas, no compareció este Montepío a la celebración del contrato con el Sr. Zaratiegui, sino la Junta Rectora de la Agrupación demandante, como consta expresamente en el contrato, y esta comparecencia no paso desapercibida para el demandado, ya que el contrato se redactó por el mismo en unión de su contraparte y se firmó en sus oficinas (posiciones 17 y 18 de las que absolvió), y las alusiones que en el documento se hacen al Montepío son evidentemente erróneas al no figurar el mismo como contratante, pero errores subsanados fácilmente por la repetida alusión a la Agrupación contratante y sobre todo por su escasa entidad en atención a la finalidad del contrato y en especial porque la conducta posterior de los dos contratantes evidenció que quien contrató fue la Agrupación actora y no el Montepío, como se razona a continuación.

Quinto. CONSIDERANDO: Que una detenida lectura del contrato en litigio, de fecha 5 de octubre de 1961 (folios 91 y 92 de 105 autos), suscita en el interprete, en principio, la duda de la persona contratante con el Sr. Zaratiegui, circunstancia ésta que al menos en cuanto a las personas intervinientes, punto debatido en esta litis, obliga a declarar que los términos del contrato no son claros y que en ese punto dejan duda sobre la intención de los contratantes; por tanto, el supuesto no es el del párrafo primero del artículo 1.281 del Código civil, sino que, como se induce de su párrafo segundo, la Sala ha de investigar la intención evidente de los contratantes; para juzgar de lo cual deberá atenderse principalmente, según añade el artículo 1.282, a los actos de los contratantes coetáneos y posteriores al contrato, sin excluir los anteriores, según sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1951, confirmatoria del criterio de otras anteriores. Por otra parte, en la interpretación de contratos como el que ocupa a la Sala debe tenerse en cuenta que una de las partes contratantes se integra de más de cien asociados (folio 318 de los autos) en una agrupación para construcción de viviendas, dato que sin imponer un estricto criterio de objetividad en su interpretación ha de influir al determinar la intención evidente de los contratantes como influyó en su conducta posterior al contrato. Todo lo que abona en esta función interpretativa la doctrina del Tribunal Supremo en que sentencias de 20 de abril de 1944 y 14 de enero de 1964, acordes en sostener que la interpretación no puede detenerse en el sentido riguroso o gramatical de las palabras y ha de indagar fundamentalmente la intención de las partes y

el espíritu y finalidad que hayan presidido el negocio, infiriéndose de las circunstancias concurrentes y de la total conducta de los interesados y entre esos elementos puede tener muy relevante importancia la conexión del contrato con otros actos que le hayan servido de antecedente o base legal, siempre que la parte contra la cual se esgrime esta norma interpretativa haya tenido o debido tener oportuno conocimiento de ello.

Sexto. CONSIDERANDO: Que según la doctrina expuesta y dados los antecedentes del contrato de 5 de octubre de 1961, preparado por varias reuniones de la entidad demandante, la finalidad de ésta, no desconocida por el demandado, la circunstancia de ser el Presidente de la misma el Sr. Munuce, a la sazón también Presidente del Montepío cuando se celebró el contrato litigioso y tuvieron lugar las gestiones posteriores, el hecho de que para ser socio de la Agrupación actora era requisito previo serlo del Montepío, la utilización por aquélla de las instalaciones de éste y la protección que dispensaba a la entidad demandante como promotora de un fin social (viviendas para los asociados) no comprendido en los específicos del Montepío, todo ello explica la aparente confusión surgida en la actuación posterior de la Agrupación y las trabas que primero el Ayuntamiento de Pamplona le opuso para subrogarse en unas obligaciones de construir erróneamente señaladas al Montepío, circunstancia que dio ocasión al demandado para, antes de concluir el plazo de cumplimiento del contrato, oponerse a su cumplimiento por la entidad actora, al tratar de exigir al Montepío el cumplimiento de un contrato que él no había concertado. Constancia en autos de esa actuación de aparente confusión, pero no suficiente para desviar la verdadera personalidad y los fines de la Agrupación actora son: 1) Las alusiones en el contrato de 5 de octubre de 1961 al Montepío, que mal pudo recibir unos terrenos que el demandado ponía a su disposición, cuando el propio demandado contribuyó a la redacción del documento del contrato y en que le constaba que quienes comparecieron representaban, no al Montepío, sino a la entidad actora. 2) El hecho del recibo por el demandado de un millón de pesetas al concertarse días después del contrato una variación en el mismo, hecho convenido, según se deja expuesto, durante una reunión de la entidad actora y reconocido por el demandado (posición 21 de las que absolvió), siendo ficticio que la entrega la hacía el Montepío, pues lo niega éste y se acredita que se hizo por transferencia a la cuenta del demandado a cargo de la entidad actora (folios 328 a 337); lo mismo que la actora de igual forma, satisfizo la cuota urbanística al Ayuntamiento (folio 346 de los autos). 3) La solicitud dirigida al Ayuntamiento solicitando permiso para realizar obras (folios 87 vuelto y 88 del apuntamiento), con fecha 26 de marzo de 1962; otra solicitud para dar mayor altura a la futura edificación, y la aceptación del convenio con la misma Corporación para liquidar gastos de urbanización (folios 89 vuelto al 93 del apuntamiento), escritos todos que el Sr. Munuce presentó como Presidente del "Montepío de Chóferes de Navarra" con relación a la construcción de Viviendas que proyectaba la Agrupación, por estar en la errónea creencia de que dicha Agrupación no estaba aun legalmente constituida, y que quedan desmentidos por otra solicitud del propio Sr. Munuce (folios 93 y siguientes del apuntamiento), en que con fecha 26 de noviembre de 1962, y como Presidente de la entidad actora solicita del Ayuntamiento se le subrogue en las obligaciones que a consecuencia de sus anteriores solicitudes había contraído indebidamente el Montepío, petición ésta que, previa audiencia del demandado Sr. Zaratiegui, fue denegada por el Ayuntamiento (folios 108 a no y 346 de los autos). 4) El demandado Sr. Zaratiegui, después de haber contratado en 5 de octubre de 1961 con la Junta Rectora de la Agrupación demandante, y yendo contra sus propios actos, intenta negar esa entidad y su personalidad al poco tiempo, ya que primero niega en el Ayuntamiento haber

contratado con la actora y después, en acto de conciliación celebrado a su instancia el 13 de febrero de 1963, continua la obstaculización al cumplimiento del contrato por la otra parte, demandando para ese acto al Montepío, al que con anterioridad había dirigido sendos requerimientos notariales, con fechas 15 de octubre y 21 de noviembre de 1962. En el acto de conciliación expresado comparece el Sr. Munuce hablando en nombre de la Agrupación actora, e insistiendo en que ésta es la verdadera interesada y no el Montepío (folio 83 del apuntamiento), a lo que nada objetó en dicho acto el demandado.

5) El demandado obtuvo nuevos datos del aparente confusionismo de personalidades contratantes a través del cumplimiento que por el Presidente del Montepío, D. Santos Liras, se dio al acuerdo de la Asamblea del mismo celebrada el día 16 de marzo de 1963. En esta Asamblea se insistió convincente y categóricamente en la independencia de personalidades del Montepío y Agrupación (folio 289 vuelto del apuntamiento) para poner fin al confusionismo que se había creado, principalmente a consecuencia del acto de conciliación que formuló el Sr. Zaratiegui, referido en el apartado anterior de este considerando, y se insistió en lo acordado en la asamblea del 3 de marzo de 1962, en el sentido de que el Montepío no podía tratar de viviendas y de anular los contratos que el mismo pudiera haber concertado en esa materia, pero sin referirse al concertado por la entidad con el Sr. Zaratiegui, que fue leído, añadiendo que ello era cuestión de la Agrupación, constituida al margen del Montepío y sin comprometer a éste para nada. Por ello el acuerdo de anulación de los compromisos que el citado Montepío pueda tener en materia de viviendas no afecta en modo alguno al de la entidad actora con el demandado. Sin embargo, ese acuerdo fue tergiversado al ponerlo en conocimiento del Ayuntamiento y de los técnicos que intervinieron en las gestiones previas a la construcción de las viviendas de la Agrupación actora, pues se dijo en las comunicaciones (folios 447 y 449 de los autos, 277 vuelto, 278 y 280 del apuntamiento), fechadas el 4 de abril de 1963, siendo Presidente del Montepío, que las firmó, D. Santos Liras, dependiente, según declaró, del demandado (pregunta 48 y folio 326 de los autos), que quedaba anulado el contrato que el Montepío tenía con el Sr. Zaratiegui. Que la tergiversación del verdadero sentido del acuerdo de la Asamblea del Montepío fue evidente lo demuestra que, enterados los socios de la Agrupación actora de aquella invasión de las atribuciones de la Agrupación por una errónea interpretación de acuerdo ajeno, provocaron otra asamblea del Montepío, del cual aquellos son también socios, que se celebró el día 4 de abril de 1964, en la cual para muchos de ellos, no obstante el tiempo transcurrido, se puso de relieve el confusionismo aludido, hasta entonces no penetrado por la mayoría, insistiéndose (folio 296 vuelto del apuntamiento) en que la verdadera interesada en el proyecto de viviendas es la "Agrupación de Viviendas San Cristóbal", demandante en esta litis, y se dice expresamente que "el confusionismo se ha producido tanto en la esfera municipal como con el Sr. Zaratiegui, por existir algunos documentos en los que aparece relacionado el Montepío como si fuera éste parte interesada en ese proyecto, cuando se ha limitado a ejercer una función patrocinadora de la idea ayudando a dicha Agrupación a conseguir sus objetivos en la medida de lo posible". En la misma sesión del 4 de abril se procedió a la expulsión de los socios Sres. Liras y Lizarraga, que ostentaban, respectivamente, los cargos de Presidente y Secretario de la entidad y que dieron lugar a la tergiversación de acuerdos que se deja referida, expulsión que se acordó después de un debate en que se mostró la indignación de la mayoría de los asistentes por la actuación y conducta de los expulsados (folio 300 del apuntamiento).

6) La evidente conclusión de los anteriores hechos es la existencia de la Agrupación actora y su autónoma trayectoria vital en torno a la finalidad para que se había constituido, corroborado por las declaraciones obrantes en autos de los elementos directivos de la misma y del Montepío (posiciones 8 y 12 al Sr. Barber, 4, 9, 19, 20, 26,

34 y 35 de las absueltas por el Sr. Munuce), de personas ajenas a las dos entidades y sin tacha legal (testigos: Sr. Urmeneta, preguntas y repreguntas 16, 20 Y 21; Sr. Betelu, preguntas 40 y 41, Y Sr. Franco Aspiur, pregunta 57, al cual, según declaró, siendo Vicepresidente del Montepío, le ofreció un piso al Sr. Zaratiegui si llegaba a anular el contrato con la Agrupación) y de la conformidad que el demandado demostró a la actuación de la Agrupación actora cuando solicitó del Ayuntamiento mayor altura para las edificaciones (posición 12) y al gestionar los planos para las obras (posiciones 25 a 27); todo ello concorde con lo manifestado por la representación del Montepío en la contestación a la demanda y en el escrito de duplica.

Séptimo. CONSIDERANDO: Que en la súplica del escrito de contestación a la demanda se contiene la petición reconvenzional subsidiaria de resolución del contrato de 5 de octubre de 1961 concertado entre ambas partes litigiosas, petición que debe ser ahora examinada, una vez que a juicio de la Sala y según lo razonado en los anteriores considerandos debe entenderse que fue la Agrupación actora quien convino con el demandado Sr. Zaratiegui el contrato aludido. Dicha petición de resolución se basa en haber incumplido totalmente la demandante lo concertado. Para resolver sobre esta pretensión reconvenzional es preciso un análisis y apreciación de los hechos probados en autos reveladores de la conducta de ambas partes en cuanto al cumplimiento del contrato básico de 5 de octubre de 1961, siguiendo la sucesión cronológica que se deduce de los autos:

1) Con fecha 5 de octubre de 1961 se concierta entre ambas partes litigantes un contrato de cesión de terrenos, por una parte, y, por la otra, con la obligación de construir determinado número de viviendas entregando al ser concluidas al cedente de los terrenos, como contraprestación, las plantas bajas o bajeras de las edificaciones objeto del contrato. El demandado Sr. Zaratiegui cede en el mismo contrato los terrenos de que es propietario, sitos al pago de la Cruz Blanca, terrenos que aunque se dice que los entregó al "Montepío de Chóferes de Navarra", en realidad los recibió la entidad que compareció como contratante, que es la que aparece como actora en esta litis.

2) La actora comienza la realización de gestiones previas y necesarias a la construcción de las viviendas a que se ha obligado. Para ello se pone en contacto con varias sociedades constructoras (folios 18 y siguientes de los autos), se dirige al Ayuntamiento de Pamplona solicitando licencia para la construcción (folios 105 y siguientes), paga la mitad de la llamada cuota de urbanización al Ayuntamiento (folio 346 de los autos), solicita posteriormente que sus construcciones tengan mayor altura que la originariamente proyectada (folio 108 de los autos) y con anterioridad había accedido a modificar el contrato en cuanto se acordó con el demandado que éste, por su cuenta, cerrase las bajeras que había de recibir, percibiendo a cambio un millón de pesetas (folios 26 y 27 del apuntamiento y 328 a 337 de los autos).

3) Continuando la actora sus gestiones en orden al fin convenido, durante el mismo año 1962 y para evitar posibles confusiones derivadas de haber sido realizadas algunas de las expuestas gestiones indebidamente a nombre del Montepío de Chóferes, en fecha 26 de noviembre acude al Ayuntamiento de Pamplona pidiendo se le subrogue en las obligaciones que como consecuencia de las edificaciones proyectadas contrajo el Montepío, a cuya petición, previa audiencia del Sr. Zaratiegui, se opuso el Ayuntamiento por entender que la entidad actora carecía de existencia legal; declaración ésta sin efecto alguno civil y menos vinculante para los Tribunales, pero que puso de

relieve, ya hacia finales del año 1962, una injustificada conducta del demandado al oponerse al reconocimiento de la entidad que con él había contratado.

4) Persistiendo el Sr. Zaratiegui en su nueva trayectoria de obstrucción a la entidad actora y a su curso natural de cumplimiento del contrato, en el mes de febrero de 1963 insta un acto de conciliación con el "Montepío de Chóferes de Navarra", en el que compareció, no esta entidad, sino la "Agrupación de Viviendas San Cristóbal", sin que a ello objetase nada el demandante en conciliación, pero que originó un confusionismo que trascendió en el Montepío, surgiendo el temor de responsabilidades y pleitos a consecuencia de contrato en el que no intervino y de una finalidad que no era la suya. Por ello se promovió una asamblea de esa entidad, celebrada en 16 de marzo de 1963, en que, sin afectar para nada al contrato objeto de esta litis y menos a la personalidad y fines de la entidad demandante, se declaró que el Montepío no tenía ninguna obligación en materia de viviendas y que si alguna había la declaraba nula. El cumplimiento de este acuerdo fue tergiversado, como ya se deja más arriba indicado, y ello originó para el demandado una base falsa, provocada por su conducta contraria a lo convenido, para creerse desde entonces desligado del contrato concertado con la demandante, a pesar de que bien claro quedó en el acto de conciliación de 13 de febrero de 1963 que la entidad actora se oponía a toda resolución del contrato y que nada manifestó contrario a su cumplimiento por la misma. Su insistencia en cumplir el contrato se manifestó después en la prensa al oponerse a las maniobras promovidas por el demandado para disuadir a la actora del contrato (folios 21 y 22 de los autos); incluso tratando de atraerse a los socios de la Agrupación actora para así dejarla desprovista de su elemento personal y provocar la rescisión del contrato por desaparición o extinción de la entidad actora (folios 118, 220 y 221 de los autos), todo ello en fechas anteriores a la terminación del plazo señalado en la cláusula. 7.^a del contrato para su cumplimiento por la entidad actora.

5) No contento con su anterior conducta obstruccionista del contrato y de la actuación de la demandante, el Sr. Zaratiegui constituye una nueva entidad, en 11 de noviembre de 1963, con la finalidad de construir 120 viviendas en los mismos terrenos afectos al contrato que tenía concertado con la entidad demandante. La nueva entidad, denominada "Agrupación Cruz Blanca para construcción de Viviendas Subvencionadas", también demandada en esta litis, totalmente dominada por el demandado Sr. Zaratiegui, con un notorio desprecio de los derechos de la actora, cuya oposición a esa trayectoria era manifiesta para el demandado, sin más base que una resolución contractual declarada unilateralmente por el mismo demandado, constándole la oposición de la entidad actora como contratante, inicia gestiones y hace gastos para la construcción que proyecta superiores a un millón de pesetas, impidiendo la entidad actora en último termino el comienzo de esas construcciones, porque, al insistir en considerar vigente el contrato que el Sr. Zaratiegui creía resuelto, promovió la presente litis, por medio de su demanda presentada el 17 de diciembre del mismo año, previo intento de conciliación en acto celebrado el día 26 de noviembre de 1963. Con anterioridad había quedado suficientemente claro, en diferentes sesiones del Montepío de Chóferes, el verdadero sentido y alcance del acuerdo del mismo tornado en su asamblea de 16 de marzo de 1963, se habían deshecho todos los equívocos y se había descubierto a los causantes de los mismos, que fueron por esa causa posteriormente expulsados de la Asociación (folios 296 y siguientes del apuntamiento).

Octavo. CONSIDERANDO: Que el pronunciamiento de esta Sala sobre la acción resolutoria ejercitada con carácter subsidiario por el demandado reconviniente ha de basarse en la expuesta sucesión cronológica de hechos y en la doctrina que dimana de la aplicación al supuesto litigioso del artículo 1.124 del Código civil y jurisprudencia que lo interpreta. Entre los hechos iniciales destaca a este efecto el contrato de 5 de octubre de 1961, y dentro de él su cláusula séptima, en la que se señaló para la terminación de las obras un plazo máximo hasta diciembre de 1963, inclusive; pero en la misma cláusula se previó el caso de prolongación de la ejecución después de aquella fecha y entonces el Sr. Zaratiegui cobraría, en concepto de indemnización de perjuicios, la cantidad de 2.000 pesetas diarias, en que de común acuerdo "y de una manera firme e irrevocable se tima el quebranto que sufrirá el Sr. Zaratiegui por la demora fuera del plazo fijado". Por tanto, con el fin de reforzar el cumplimiento del contrato a favor del demandado, se pactó claramente una cláusula penal, cuya función expresa era y es valuar por anticipado la indemnización de perjuicios que el demandado habría de tener en caso de demora en el cumplimiento del contrato; con ello se prejuzgaba que el plazo señalado "como máximum" no era tal, sino más bien un plazo prorrogable de terminación de las obras. A pesar de la expresión del contrato en el sentido de que la suma por retraso se fija "de una manera firme e irrevocable", el demandado se aparta de esa irrevocabilidad contractualmente fijada por él y en su reconvenición omite toda alusión a la cláusula penal pactada y solicita de forma independiente la reserva de una indemnización de danos, facultad no otorgada en forma alguna en el contrato y que a tenor del principio deducido del artículo 1.153, párrafo 2, no puede serle otorgada. De este modo, la reconvenición manifiesta una evidente desviación de lo pactado.

Noveno. CONSIDERANDO: Que la aplicación del artículo 1.124 del Código civil exige entre otros requisitos no discutidos en esta litis (reciprocidad de prestaciones y exigibilidad de las obligaciones recíprocas) que el reclamante haya cumplido lo que a él le incumbía y que se dé una voluntad rebelde y continuada en el acusado de incumplidor (sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1952, 2 de enero de 1961 y 28 de noviembre del mismo año, entre otras). De estos dos debatidos requisitos, en cuanto al primero, parece en principio que el reclamante reconviniente ha cumplido su prestación, ya que del tan repetido contrato de 5 de octubre de 1961 resulta que puso a disposición de la entidad actora los terrenos objeto de la litis sobre los que se construirían las viviendas proyectadas; pero observemos que el artículo 1.258 del Código civil establece que el contrato obliga no sólo a lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que del mismo deriven conforme a "la buena fe", al uso y a la Ley, y es evidente que la buena fe exigía al demandado no obstruir con sus actos el cumplimiento del contrato por parte de la entidad actora, ya que esos actos demostraron con evidencia que deshizo su anterior prestación de cesión del terreno aludido al insistir reiteradamente en negar la personalidad de quien con él contrató, y al crear una entidad para construir viviendas en el mismo terreno. Por otra parte, resulta contradictorio que se pida la resolución de un contrato ante los Tribunales y que quien la pide considere ese mismo contrato rescindido con anterioridad y conforme a esa creencia actuó mucho antes de terminar, en diciembre de 1963, el plazo concedido a la actora para realizar las obras. Todo ello demuestra que hubo una resolución unilateral extrajudicial, realizada en forma contraria a lo que exige la doctrina legal. En efecto, las sentencias de 16 de noviembre de 1956 y 19 de mayo de 1961, entre otras, permiten la resolución extrajudicial de un contrato, pero exigiendo como requisito esencial de ella que el que no cumplió, reconociendo su infracción, acepte la resolución, pero si no media tal conformidad y se suscita contienda, sólo por vía judicial puede decretarse la resolución

y las responsabilidades de ella derivadas. La contienda de que estas sentencias hablan surgió, sin duda alguna, en el caso debatido de una forma manifiesta en el acto de conciliación promovido por el demandado y que se celebró el 13 de febrero de 1963, en donde la entidad actora se opuso terminantemente a toda resolución del contrato, visto lo cual nunca debió el demandado resolver por sí solo el contrato.

Décimo. CONSIDERANDO: Que otro de los requisitos legales para la resolución, debatidos en esta litis, se refiere a si la entidad actora manifestó la voluntad continuamente rebelde al cumplimiento del contrato que la jurisprudencia reiterada exige para dar lugar a la resolución. Y del examen de los hechos expuestos en anteriores considerandos resulta claramente que no sólo no demostró nunca una voluntad rebelde al cumplimiento del contrato, sino que trató de cumplirlo reiteradamente. Ningún dato de prueba hay en los autos acerca de esa necesaria voluntad rebelde por parte del que se alega que incumplió, máxime cuando lo que consta es que la conducta del demandado Sr. Zaratiegui fue lo que impidió durante todo el año 1963 que la entidad actora emprendiese el cumplimiento del contrato, originando un retraso del que es culpable el mismo demandado. Todo ello aparte de que, según se ha declarado en jurisprudencia reiterada, el incumplimiento que da lugar a la resolución del contrato es un "incumplimiento propio" que signifique la frustración del fin perseguido al estipularse la obligación, sin que baste el incumplimiento simplemente temporal (sentencias, entre otras, de 5 de enero de 1935, 5 de junio de 1944, 12 de abril de 1945); Y en esta litis resulta de los intereses en juego que, dada la estipulación de una cláusula penal notoriamente gravosa para el obligado, el retraso en el cumplimiento del contrato por parte de éste no frustra el fin práctico perseguido en el negocio y priva a la vez a la parte adversa de todo interés jurídicamente protegido en que se decrete la resolución, máxime cuando fue ella misma quien impidió el cumplimiento del contrato (por la entidad demandante, digo) y quien ocasionó, al menos, en parte, el retraso en el cumplimiento del contrato por la entidad demandante. No es de desatender tampoco que en supuestos de retraso en el cumplimiento, aun debidos exclusivamente a la voluntad o conducta del obligado, el criterio jurisprudencial muestra una marcada tendencia al mantenimiento del vínculo contractual, en tanto no se patentice una voluntad deliberadamente rebelde en ejecución de lo pactado, de tal suerte que, en principio, y salvo los negocios a fecha fija (a los que no pertenece el litigioso), el mero retraso temporal justificado compatible con el designio de cumplir lo prometido no es suficiente para romper el pacto, ni puede romperlo el contratante, que primeramente abandona su recíproca prestación (sentencias, entre otras, de 13 de marzo de 1936 y 6 de julio de 1945). De todo lo cual se deduce que no es procedente en Derecho dar lugar a la resolución contractual pedida en la súplica del escrito de contestación-reconvención.

Undécimo. CONSIDERANDO: Que la demanda reconvencional, además de la petición de resolución del contrato con la actora, que debe ser desestimada por las razones expuestas, solicita una reserva de acciones para reclamar daños y perjuicios que se le hayan causado como consecuencia del incumplimiento del contrato por la actora, petición que también ha de ser desestimada, toda vez que, como también se razonó, en la cláusula penal convencional nada se pactó sobre facultar al demandado reconviniendo para ejercitar una acción de daños, mucho más cuando al dejar esta resolución vigente el contrato, queda también subsistente la cláusula penal a favor del Sr. Zaratiegui, tal como se pactó. Todo ello aparte de que no reconoce esta Sala que el retraso en el cumplimiento sea debido más a la conducta de la entidad demandante que a la del demandado. Por último, se solicita también, con el carácter de reconvencional, que se

indemnice al demandado, Sr. Zaratiegui, unos daños y perjuicios que estima se le han ocasionado por la prohibición de construir debida a la iniciación de la presente litis, solicitada y obtenida por la entidad actora, petición que tampoco puede tener éxito, porque la creación de una entidad para construir viviendas en un terreno cedido con anterioridad a la Agrupación actora, creación que se llevó a efecto antes de concluir el plazo para que por la actora se realizasen las obras, es un acto que constituye por parte del demandado un evidente incumplimiento de un contrato subsistente con la actora que no puede extrajudicialmente ser resuelto de forma unilateral, oponiéndose a ello el otro contratante. Por tanto, todos los daños y gastos derivados de esa conducta contraria a lo pactado debe imputárselos a sí mismo el propio demandado.

Duodécimo. CONSIDERANDO: Que no aparecen de los autos méritos suficientes para una condena en costas en ninguna de ambas instancias.»

DECIMOTERCERO

Notificada la sentencia el 17 de marzo de 1965, la representación de D. Juan Zaratiegui Jaurrieta y de la «Agrupación Cruz Blanca» solicitó aclaración de la misma sobre la duda que le suscitaba su lectura acerca de cuál sea la entidad que tiene que cumplir las obligaciones que dimanaban del contrato celebrado con el Sr. Zaratiegui. Y por auto de 22 de marzo de 1965, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona no dio lugar a hacer la aclaración solicitada.

El 29 de marzo de 1965 mis representados presentan escrito ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona preparando el recurso de casación contra la citada sentencia y solicitando la entrega de copia literal certificada de las sentencias de primera instancia y apelación, y la remisión a la Sala Primera del Tribunal Supremo de la certificación de votos reservados o negativa en su caso y el apuntamiento del pleito con sus adiciones.

Por auto de 7 de abril de 1965 se manda entregar al Procurador D. José María Valdés, en representación de D. Juan Zaratiegui Jaurrieta y de la «Agrupación Cruz Blanca», la certificación solicitada. Y, con fecha 3 de mayo de 1965, se entrega dicha certificación a la representación de mis mandantes para formular el presente recurso de casación.

FUNDAMENTOS PROCESALES

1

Procede el recurso que se formula, por cuanto la sentencia que se impugna, dictada por la Audiencia Territorial de Pamplona, es una sentencia definitiva y se encuentra, por tanto, comprendida en el caso 1.º del artículo 1.689 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Se presenta este escrito dentro del término del emplazamiento, o sea, dentro de los cuarenta días hábiles contados desde el día siguiente al de la entrega de la certificación de las sentencias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.716 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Se acompañan a este escrito los documentos exigidos por el artículo 1.718 de la Ley de Enjuiciamiento civil, a saber:

Los poderes que acreditan la legítima representación del Procurador que suscribe.

Certificación de la sentencia que se recurre, así como de la dictada en primera instancia.

Documento acreditativo de haberse hecho el depósito prevenido en el artículo 1.698 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por ser conformes las sentencias de primera y segunda instancias.

La copia del escrito para la otra parte litigante a que se refiere el número 5 del artículo 1.718 de la Ley.

MOTIVOS DE CASACION

MOTIVO PRIMERO

Al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Error de hecho en la apreciación de las pruebas, que resulta de documentos o actos auténticos que demuestran la equivocación evidente del juzgador. El documento autentico es la escritura otorgada ante el Notario de Pamplona D. Juan García-Granero Fernández, de 17 de junio de 1963, bajo el número 1.144 de su protocolo, y que se transcribe a los folios 29 y siguientes del apuntamiento; pues en ella se evidencian estos extremos:

a) Que hasta la fecha -17 de junio de 1963- no se constituyó la «Agrupación de Viviendas San Cristóbal». En efecto, los comparecientes, D. Angel Munuce Iñarregui y 58 personas más, así lo otorgan ante Notario, *constituyendo*; según la cláusula 1.ª, esa Sociedad civil, y reconociendo expresamente en el apartado f) de la cláusula 2.ª que en la fecha en que se dice haber dado comienzo a sus operaciones *no estaba legalmente constituida*.

b) Que aunque en el citado apartado f) de su cláusula 2.^a se diga que comenzó sus operaciones el 1 de enero de 1961, actuando como simple Agrupación, no se dice que sus socios fueran los mismos que la que tiempo antes del otorgamiento se denominó «Segunda Agrupación».

c) Que, por tanto, y según hemos visto que se confiesa en el mismo apartado f), la sociedad *no está constituida legalmente antes del otorgamiento notarial*.

Con estas manifestaciones, hechas en documento auténtico, es incompatible la declaración que se hace en la sentencia recurrida, según la cual la Agrupación actora, en 5 de octubre de 1961, intervino y fue parte en el contrato privado con D. Juan Zaratiegui Jaurrieta.

Porque es evidente que no puede atribuirse la misma personalidad a la Agrupación que se constituyó por escritura pública de 17 de junio de 1963 y a La Agrupación que se dice existía en el año 1961. La primera, es decir, la construida en 1963, se creó mucho después del contrato a que se refiere este litigio, y después incluso de que el «Montepío San Cristóbal» anulara los compromisos que tenía adquiridos con el Sr. Zaratiegui. Basta un examen comparativo de los estatutos de una y otra para percatarse de que no son la misma cosa. Así, para ser socio de la Agrupación de 1961 hacía falta ser socio del Montepío y ahora, en la Sociedad civil, se suprime esta exigencia. Los socios de la Agrupación de 1961 eran, según se dijo de contrario, 150, y ahora son sólo 61. El objeto de la Sociedad civil de 1963 es la obtención de lucro, incluso por la venta de las bajeras de las casas que construya, y en la anterior de 1961 el objeto era tan sólo la construcción de casas para los socios o agrupados. La duración de la antigua Agrupación venía determinada por el tiempo necesario para construir viviendas para los agrupados, y en la Sociedad de 1963 la duración es indefinida. El capital también es diferente, dándose la anomalía de que la Sociedad civil se constituye con 700.000 pesetas de capital y la Agrupación anterior tenía invertidos cerca de 2.000.000 de pesetas. Todas las normas en cuanto a funcionamiento y facultades son también diferentes, de donde resulta que la «Agrupación de Viviendas San Cristóbal» nació, efectivamente, en 1963, cuando se constituye por escritura pública de 17 de junio de aquel año, cuya primera copia obra en autos. No fue, pues, esta Agrupación, constituida en 1963, la que contrato con el Sr. Zaratiegui en 1961, sino el «Montepío de Chóferes de Navarra San Cristóbal».

Cuando se celebró el contrato de 5 de octubre de 1961 con el Sr. Zaratiegui, la «Segunda Agrupación de Viviendas San Cristóbal del Montepío de Chóferes de Navarra» carecía de existencia jurídica propia e independiente del Montepío. No era más que una entidad aneja o dependiente del propio Montepío, creada al amparo del apartado h), artículo 5, de la Ley de 15 de julio de 1954, y del artículo 15, apartado i) de su Reglamento, de 24 de junio de 1955, para administrar las cuotas de los socios y gestionar la construcción de viviendas de las que, según las citadas normas, era «promotor» el Montepío. Así lo corrobora también el Presidente de este organismo, al manifestar al Ayuntamiento, en su escrito de 26 de noviembre de 1962 -posterior a los estatutos de 27 de junio del mismo año-, que cuando se solicitó la licencia de obras «no se hallaba constituida la Agrupación ni tenía personalidad independiente».

En el contrato de 5 de octubre de 1961 se hace constar expresamente que la llamada «Segunda Agrupación de viviendas» es del «Montepío de Chóferes de Navarra

San Cristóbal», o sea, que pertenece al Montepío, que carece de independencia respecto de él. La finca objeto de aquel contrato se pone a disposición *del Montepío*, no de la Agrupación (véase la cláusula 1.^a del contrato). Las viviendas serán edificadas por el Montepío, no por la Agrupación (cláusula 2.^a). Los gastos son por cuenta del Montepío, no de la Agrupación (cláusula 6.^a).

Por estas razones, cuando se solicitó la licencia de obras del Ayuntamiento se hizo por el Montepío, pues la Agrupación carecía de personalidad independiente para ello. Y en 26 de noviembre de 1962, D. Angel Munuce Ilarregui, dirige escrito al Ayuntamiento de Pamplona, en nombre de la «Agrupación de Viviendas San Cristóbal», en el que dice que se inició el expediente en el Ayuntamiento solicitando el permiso de obras para construir viviendas en el solar del Sr. Zaratiegui, «haciendo constar en el aludido escrito como peticionario al firmante, en nombre y representación del "Montepío de San Cristóbal de Chóferes de Navarra", *en razón a que en dicha fecha no se hallaba constituida la Agrupación ni tenía personalidad independiente*». Y solicitaba la subrogación en todas las obligaciones y derechos que puedan existir entre el «Montepío de Chóferes de Navarra» y el Ayuntamiento de Pamplona. Pero el Ayuntamiento acordó que para poderse otorgar esa transferencia *«es preciso que se justifique documentalmente la personalidad jurídica de Las dos entidades interesadas»*. Y como la Agrupación no pudo justificar su personalidad jurídica independiente, el Ayuntamiento no accedió a la solicitud.

No utilizamos la argumentación que antecede con el fin de demostrar el error de hecho con otros documentos distintos del de la escritura notarial de 17 de junio de 1963, sino con el fin de cooperar a la demostración *del error deducido de ésta*. Más bien son razonamientos de *comprobación o robustecimiento* del presente motivo de casación, en cuanto con ellos *se respalda y verifica una situación real* que en el fallo recurrido ha sido desconocida. Hacemos, pues, la salvedad de que los demás documentos -a excepción del documento autentico de 17 de junio de 1963- no son aludidos como tales documentos auténticos y demostrativos del error de hecho.

La escritura pública de 17 de junio de 1963 es un documento auténtico a los efectos del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, porque hace prueba por sí misma y porque, con independencia de sus formalidades intrínsecas, contiene prueba irrefutable de la verdad evidenciadora del error cometido por la sentencia recurrida, pues se encuentran en este documento afirmaciones contrarias a las mantenidas por la Audiencia de Pamplona, y tales afirmaciones, que constan en documento público, no han sido desvirtuadas por el resto de las pruebas obrantes en autos.

En este sentido podemos referirnos a la repetida jurisprudencia de esta Sala. Así la sentencia de 5 de enero de 1955, según la cual «para que un documento auténtico justifique un error de hecho, es forzoso que en el mismo conste de un modo terminante, que no se preste a distintas interpretaciones, lo contrario de lo que se dice en la sentencia»). Y la de 7 de diciembre de 1961: «Documento auténtico es el que por sí mismo hace prueba en juicio y por su valor jurídico contiene el pleno concepto de su validez, y que por sus solemnidades o por los funcionarios que lo otorgan se reputa indubitado.» Y la de 8 de diciembre de 1933: «Son documentos auténticos los que contienen en su texto con claridad, y exentas de toda duda, afirmaciones ciertas, y consentidas por quienes las autorizan, que sean absolutamente contrarias a las que por el

resultado de las pruebas del juicio haya consignado en el ejercicio de su jurisdicción el Tribunal de instancia.»

Al no tener en cuenta la sentencia recurrida las manifestaciones hechas en la escritura pública de 17 de junio de 1963, incurre en el error de hecho que denunciamos por el presente motivo de casación.

MOTIVO SEGUNDO

También al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. *Error de derecho* en la apreciación de las pruebas.

En la valoración de la escritura notarial y de las manifestaciones que en ella se hacen, se infringen los siguientes preceptos sobre valoración de la prueba documental: *el artículo 1.218 del Código civil (por inaplicación) y el artículo 1.224 del Código civil (por aplicación indebida)*. Este último precepto es aplicado, por la sentencia, al final del tercer «considerando».

Dice el artículo 1.218 del Código civil:

«Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste.

También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros.»

Y el artículo 1.224:

-Las escrituras de reconocimiento de un acto o contrato nada prueban contra el documento en que estos hubiesen sido consignados, si por exceso u omisión se apartaren de él, a menos que conste expresamente la novación del primero.»

Pues bien, la sentencia recurrida, al no tener en cuenta las declaraciones contenidas en la escritura de 17 de junio de 1963, otorgada ante el Notario de Pamplona D. Juan García-Granero Fernández, infringe, como decimos, por inaplicación, el artículo 1.218 del Código civil, porque es evidente que allí se manifiesta, en su cláusula 1.ª, que «todos los señores presentes y representados en este instrumento, *constituyen entre sí* una Sociedad civil, bajo la razón social «Agrupación de Viviendas San Cristóbal». Y en el apartado *f)* de su cláusula 2.ª dice así: «Comienzo de operaciones. Dio comienzo a sus operaciones el 1 de enero de 1961, fecha en que empezó a actuar como simple Agrupación, *siquiera sin estar legalmente constituida*. Y, por ella, todos los efectos de la construcción de la Sociedad *se retrotraen* a la expresada fecha. Y la Sociedad ratifica expresamente y hace suyos, a todos los efectos y consecuencias de derecho, cuantos actos, contratos y gestiones han sido realizados desde esa fecha hasta ahora por quienes actuaban en nombre de la Sociedad, *hasta ahora en vías de legal constitución*.»

Se pretende aquí dar apariencia legal a todas las actuaciones realizadas con anterioridad. Y esos esfuerzos de los otorgantes de la nueva Agrupación nacen en su

ánimo porque están convencidos de la falta de personalidad jurídica con que habían procedido hasta aquel momento. Y la apreciación que la sentencia recurrida hace al sostener que el Presidente del Montepío y de la Agrupación, Sr. Munuce, se hallaba en la «errónea creencia» de que la Agrupación no estaba legalmente constituida, está en contradicción con lo declarado por los directivos de la Agrupación a través de todos sus actos y escritos y, fundamentalmente, en contradicción con las manifestaciones que contiene la escritura de 17 de junio de 1963. Ha incurrido el Tribunal sentenciador en error de derecho por inaplicación del artículo 1.218 del Código civil al establecer conclusiones que pugnan con lo establecido en este precepto legal

También se infringe, como decimos, el artículo 1.224 por aplicación indebida. Pues nada tiene que ver el exceso u omisión con que se apartan entre sí la escritura de reconocimiento de un acto o contrato y un documento anterior, con la total divergencia y oposición entre ambos. La sentencia de esta Sala de 28 de octubre de 1944 dice así, a este respecto: «Los términos de este artículo no permiten hacer prevalecer contra los *términos claros de un documento notarial* una posible convención anterior que no sólo no se llevó a la escritura, sino que pugna abiertamente con una de las estipulaciones de la misma.»

Y las diferencias existentes entre la situación jurídica anterior a la escritura pública de 17 de junio de 1963 y la creada por ésta, son notorias y esenciales y no pueden resolverse aplicando las normas del artículo 1.224 del Código civil. Ni el objeto, ni los sujetos, ni la forma, ni el capital social son iguales, aunque la sentencia diga que no hubo novación, pues «con toda evidencia no fue voluntad de los interesados el nacimiento de una nueva entidad».

Procede la casación de la sentencia por este motivo fundado en el *error de derecho* en la apreciación de las pruebas porque se infringen los artículos 1.218 y 1.224 del Código civil, porque constituyen normas probatorias denunciadas al amparo del número 7.º del artículo 1.692, según tiene declarada una constante jurisprudencia en la que se establece que para demostrar el error de derecho es preciso citar la ley referente a la prueba que se haya violado (sentencias de 28 de diciembre de 1935, 31 de mayo de 1936, 22 de noviembre de 1940, 12 de diciembre de 1941 y 16 de mayo de 1942, entre otras).

MOTIVO TERCERO

Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Infracción de ley por *violación* del artículo 1.282 del Código civil.

La violación ha consistido en interpretar que ha sido parte contratante en el documento de 5 de octubre de 1961 y en el documento del día siguiente, la «Agrupación de Viviendas San Cristóbal» y no el «Montepío de Chóferes de Navarra San Cristóbal». De las actuaciones sobre licencia de obras, acuerdos del Montepío, etc., se deduce lo contrario.

Hacemos notar que como lo que se discute no es, en este aspecto, el *contenido* del contrato, sino la intervención en él de una u otra entidad, para no incurrir en el vicio dialéctico de «petición de principio» conviene referir los actos coetáneos y posteriores

no sólo a la Agrupación o al Montepío, sino también a los Sres. Munuce, Rice y Luna, que fueron "las personas individuales que llevaban la representación de la supuesta y equívoca parte contratante.

En la sentencia se ha incurrido en infracción, por violación, del artículo 1.282 del Código civil en el que se contienen reglas de interpretación de los contratos, supuesto que los términos del convenio de 5 de octubre de 1961 -como se dice en el quinto «considerando»- no son claros y, en cuanto a las personas intervinientes, dejan dudas sobre la intención de los contratantes, es decir, no es la hipótesis del párrafo primero del artículo 1.281.

El precepto legal que se denuncia como infringido, en la modalidad de *violación*, dispone: que para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos coetáneos y posteriores al contrato, Conviene hacer notar, en relación con la aplicabilidad de ese precepto legal, que precisamente lo que se trata de indagar en este caso -como materia de duda-, más que la intención de la parte contratante compradora (Agrupación o Montepío) es la intención de la parte vendedora (Sr. Zaratiegui); porque la duda versa, en primer lugar, sobre si fue parte contratante la Agrupación o el Montepío. Y no sólo sobre esa intención hay duda, sino también sobre la intención de las personas individuales que concurrieron al contrato, en nombre de la persona jurídica compradora, puesto que en dichos individuos concurría la cualidad cierta de ser directivos del Montepío.

También hay que dejar nota de que en el sexto considerando de la sentencia recurrida se habla de *aparente confusión* surgida en la actuación de la Agrupación. Es decir, que se establece que las cosas no fueron claras. Esa apariencia de confusionismo resulta de toda la actuación de la Agrupación y de los sujetos individuales que actuaban en su nombre, desde el inicio de las gestiones hasta el planteamiento de la cuestión litigiosa. ¿Y a quien hay que atribuir e imputar la creación de ese clima de confusionismo sino a dichos gestores o representantes y aun a las mismas asambleas de Agrupación y Montepío? Pues el Sr. Zaratiegui, que no era miembro de ninguna de dichas entidades, o pudo ser quien ocasionó la oscuridad a que condujo la aparente confusión. Fue el pasivo sujeto que recibía los impactos, los golpes de la oscuridad y en la oscuridad; hasta que ya al final del plazo en que la obra debía estar terminada creyó ver claro; pero, por lo que la sentencia dice, parece que siguió oscuridad y la confusión.

Finalmente, conviene también observar cómo, en el sexto «considerando», se concede especial relevancia a los actos *anteriores* de la Agrupación y a los posteriores de signo favorable a ella que explícitamente se encaminaban a establecer una interpretación en este sentido (es el favorable a la tesis de que quien contrató fue la Agrupación). Pero se prescinde de los *actos coetáneos y posteriores*, de los que se desprende la otra tesis, la de que quien contrató fue el Montepío como única persona jurídica aparente para el Sr. Zaratiegui.

Estos actos coetáneos y posteriores son:

a) La cláusula de obligación de poner el terreno a disposición del Montepío, no de la Agrupación.

b) La novación, días después, en que se sustituye por la entrega de un millón de pesetas la obligación de cierre de las bajeras, siendo indiferente que la transferencia procediera de una cuenta con titular distinto del Montepío.

c) Las solicitudes de licencia de obras dirigidas por el Montepío al Ayuntamiento.

d) La petición de subrogación de la Agrupación en dicha solicitud de licencia de obras.

e) El consentimiento de la Agrupación respecto a las resoluciones municipales denegatorias de dicha resolución.

f) Los acuerdos de la Agrupación (asamblea de 3 de marzo de 1962) anulatorios de los contratos que el Montepío pudiera haber concertado en materia de viviendas (y que no podía referirse a otros que a los del terreno del Sr. Zaratiegui).

Todos estos actos de los contratantes, y otros varios, coetáneos o posteriores, se pasan por alto en la sentencia, para fijarse sólo en aquellos que no trascendieron oportuna ni eficazmente al conocimiento del Sr. Zaratiegui.

Con todo ello se produce violación del precepto del artículo 1.282, que ordena que para juzgar de la intención de los contratantes deberá atenderse principalmente a los actos de estos coetáneos y posteriores. Esa *atención* ha de ser a *todos* los actos que se aduzcan como relevantes para juzgar correctamente de la intención, y no sólo a los que sirvan para producir confusión o para juzgar *erróneamente* de la voluntad de la contraparte.

El repertorio de actos coetáneos y posteriores ha de ser completo, pues si sólo se atiende a una parte de esa conducta, y precisamente a los actos realizados y a los acuerdos adoptados para rectificar la confusión ya producida en la mente del otro contratante, se corre el riesgo de constatar no la intención de los contratantes *en el momento de la declaración de voluntad*, sino la intención *posterior*, a la que se atribuye un efecto retroactivo en perjuicio de la otra parte contratante.

MOTIVO CUARTO

Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Infracción de ley por *violación* del artículo 1.285 del Código civil.

Se dispone en este artículo que las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

La sentencia incurre en infracción por violación de este precepto legal por cuanto si bien, en el encabezamiento o cláusula de comparecencia del contrato de 5 de octubre de 1961, confusamente figura como parte contratante la representación de la *Agrupación de Viviendas del Montepío de Chóferes*, en la cláusula 1.ª se concreta la obligación de entrega del terreno *con referencia al Montepío* y no a la Agrupación. Y en

las cláusulas 2.^a y 6.^a sigue apareciendo como parte contractual, sujeto de derechos y obligaciones derivados del contrato, el Montepío.

La sentencia se atiene al confuso encabezamiento, interpretándolo del modo más favorable a la tesis de la entidad actora. Pero para mantener esa tesis -según la cual contrato la Agrupación y no el Montepío- ha sido preciso prescindir totalmente de las demás cláusulas contractuales. No se ha tenido en cuenta que el contrato está integrado por una serie de manifestaciones de las partes que deben coordinarse, so pena de incurrir en la *división* de la intención.

Como ha dicho un comentarista del artículo 1.285 del Código civil (el profesor BONET), proclama este precepto la interpretación *sistemática*, resultante del conjunto, ya que la intención, que es el espíritu del contrato, es indivisible, no pudiendo encontrarse en una cláusula aislada de las demás, sino en el todo orgánico que constituye.

Es tanto más de apreciar, en el fallo recurrido, la violación de ese precepto, cuanto que la ruptura de esa unidad de espíritu se funda en la ruptura aparente de la unidad de la parte compradora y en la *ambivalencia* que resulta de la doble alusión -en la cláusula de encabezamiento- a la *Agrupación* y al *Montepío*, sin precisar quien de los dos prevalece sobre el otro. Las demás cláusulas contractuales deshacen esa ambivalencia y la reducen a la unidad, ya que si el derecho de adquisición (la obligación de *entrega* de la cosa) se refiere al Montepío, la Agrupación sólo ha podido ser mencionada como porción del Montepío o *suma de individuos dentro del Montepío*, a quienes éste, más adelante, entregará las viviendas que se construyan. Pero sin que, de momento, intervenga ni pueda intervenir otra entidad intermedia entre el Sr. Zaratiegui y los futuros titulares de la vivienda que no sea el Montepío, ya que éste aparece implicado, desde el primer momento, en el contenido y desarrollo de la operación contractual.

La sentencia viola esa regla de interpretación sistemática del contrato e incide por ello en ese motivo de casación por infracción de ley. En la doctrina de los autores esta regla de interpretación de los contratos -fundada en la teoría *de la voluntad* frente a la teoría *de la declaración*- constituye un criterio complementario: el de la interpretación *interdependiente*, para llegar a reconstruir el significado del contrato mediante una apreciación objetiva y de buena fe, prescindiendo de los puntos de vista subjetivos de las partes.

MOTIVO QUINTO

Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Infracción de Ley por violación del artículo 1.288 del Código civil.

Dispone el artículo 1.288 del Código civil que la interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberán favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad.

Es evidente que la cláusula de encabezamiento en que comparecen los Sres. Munque, Erice y Luna, en representación de la Agrupación de Viviendas del Montepío

de Chóferes, no ha sido redactada por el Sr. Zaratiegui, sino por los otros comparecientes. Es un hecho notorio, y casi diríamos que una máxima de experiencia, que los datos para extender la cláusula de comparecencia en los contratos, incluso cuando interviene fedatario, los suministra la respectiva parte contratante, es decir, cada una da y redacta los términos para expresar la concurrencia de sujetos, en cuanto le afecta a cada cual. Por consiguiente, la yuxtaposición de Agrupación-Montepío, en ese período inicial del documento de octubre de 1961, no ha podido ser causada por el Sr. Zaratiegui, persona individual ajena a cualquiera de las dos entidades mencionadas – Agrupación y Montepío-. La oscuridad fue ocasionada por los representantes del Montepío que no acertaron a expresar -en esa cláusula-, de modo inequívoco, cual era la persona jurídica en cuyo nombre contrataban. A la hora de sufrir las consecuencias de esa oscuridad, es injusto que recaigan sobre la otra parte.

Se viola así ese precepto legal en el cual se recogen las directrices generales interpretativas que la doctrina denomina *de la confianza y de la responsabilidad*. Son criterios con función subsidiaria, particular aplicación del principio que impone la *carga de hablar claro* a quien lleva la iniciativa de una declaración contractual.

Este principio se recoge en el artículo 1.370 del Codice Civile de MUSSOLINI para las cláusulas insertas en las condiciones generales del contrato o en los modelos o formularios previamente redactados por uno de los contratantes (contratos de adhesión); y conforme a él se interpretan en la duda a favor del otro. Pero existe la misma razón para aplicar tal precepto a todo género de negocios jurídicos en cuanto a los incisos que, como los de comparecencia, son datos suministrados por el respectivo contrayente. El criterio de la autorresponsabilidad correlativa a la carga de hablar claro, hallándose coordinado -como dice BETTI- a la tutela de la confianza fundada sobre el común significado de las declaraciones contractuales, tiene, lógicamente, un alcance general.

MOTIVO SEXTO

Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Este motivo se formula *subsidiariamente* para el caso de que no prosperasen los motivos anteriores.

Infracción de ley por *violación* del artículo 1.124 del Código civil (en relación con la reconvención).

El artículo 1.124 del Código civil faculta a cada uno de los obligados para resolver las obligaciones recíprocas en el caso de que uno de ellos no cumpliera lo que le incumbía.

Esta *resolución por incumplimiento* es una defensa destinada a tutelar la condición de respectiva igualdad de las partes, no en el acto de la celebración del contrato, sino en el desenvolvimiento de la relación contractual; no se dirige contra el negocio, sino contra la relación jurídica a que éste ha dado vida. Es cierto que una reiterada jurisprudencia viene exigiendo que, para invocarse esta causa de resolución por uno de los contratantes, es necesario que el haya cumplido o haya estado dispuesto a cumplir lo que le incumbía. Y es también cierto que, en muchas sentencias, se ha

denegado la aplicación de este precepto porque en el demandado o reconvenido no había voluntad rebelde o contumaz, una resistencia contra el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Por lo que se refiere al primer extremo no puede negarse que el Sr. Zaratiegui pudo invocar la aplicación del precepto legal, ya que él tenía cumplidas las obligaciones dimanantes del contrato, a saber, poner el terreno a disposición del otro contratante.

No se diga que la posición que el Sr. Zaratiegui adoptó en el expediente de licencia municipal obstaculizaba a la otra parte el cumplimiento de sus obligaciones. En primer lugar, no se trataba de una actividad coactiva, sino de evacuar un trámite de audiencia del cual no dependía la resolución administrativa; el «parecer» de un «interesado» no vincula al órgano administrativo que ha de decidir. Y, en segundo lugar, la parte actora fue quien con su tardanza en legalizar su situación originó que transcurriera el plazo de cumplimiento de la obligación de construir, sin que estuvieran empezadas las obras.

Esto nos lleva a ocuparnos del otro aspecto en que se funda la sentencia recurrida para desestimar la reconvención: la falta de resistencia o rebeldía de la Agrupación en cuanto al incumplimiento de la obligación contractual. La más reciente jurisprudencia admite la aplicación del artículo 1.124 del Código civil, no sólo en casos en que el incumplimiento de la obligación no obedezca a conducta dolosa, sino cuando obedece a conducta negligente. La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1964 razona así:

«Que la acción resolutoria regulada en el artículo 1.124 del Código civil y derivada de la antigua *condictio causa data, causa non secuta*, precisa para su viabilidad y eficacia, según ha declarado la jurisprudencia de esta Sala en numerosas sentencias, entre otros requisitos, los de que el negocio jurídico que se presenta a resolver contenga obligaciones bilaterales o recíprocas (sentencias de 6 de julio de 1952 y 30 de marzo de 1960), que se patentice en el oportuno litigio, bien una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido por parte de uno de los contratantes, ya un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irrefutable lo impida (sentencias de 5 de julio de 1941, 22 de junio de 1959 y 2 de enero de 1961), y que no sea aplicable al supuesto controvertido condición resolutoria alguna expresamente pactada (sentencia de 18 de diciembre de 1956), específicamente determinada por la ley (sentencia de 29 de octubre de 1929, 30 de noviembre de 1948 y 4 de marzo de 1950), circunstancias todas ellas que concurren en el presente caso; la primera, porque la impermeabilización a que se alude en los razonamientos precedentes no constituyó una obligación meramente accesoria o complementaria del convenio contraído por los litigantes, que pudiera quedar sustraída al ámbito de aplicación del artículo 1.124, conforme al criterio mantenido por la sentencia de 5 de mayo de 1953, sino la prestación verdaderamente querida por ellos, como equivalente del precio estipulado (sentencia de 30 de octubre de 1957 y 5 de enero de 1935); la segunda, porque el factor etiológico subjetivo del incumplimiento puede obedecer no sólo a la conducta dolosa de su agente productor, sino también a su actuación negligente, imprudente o culposa, siempre que de ella surja el acto obstativo a que se refieren las sentencias antes enunciadas.»

Es incuestionable que en el presente caso, en el supuesto (que sólo admitimos subsidiariamente) de que la Agrupación fuera la parte contratante obligada a edificar, fue ella la responsable por negligencia -haber causado el equivoco Agrupación-Montepío-, por tardanza en legalizar su personalidad y en acreditar su legitimación en los expedientes administrativos, la que causa el obstáculo al cumplimiento de la obligación de tener terminado el edificio en una fecha cierta y la que por desidia dio lugar a que caducase la calificación de viviendas de renta limitada que había obtenido provisionalmente el proyecto.

Es contrario a los más elementales principios de igualdad de posición de las partes contratantes (que el artículo 1.124 del Código civil trata de tutelar) el que el Sr. Zaratiegui, que cumplió lo que le incumbía, sufra las consecuencias del incumplimiento culposo en que incurrió la otra parte. La sentencia infringe ese precepto por violación al entenderlo de otro modo.

MOTIVO SEPTIMO

Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

También se formula *subsidiariamente* para el caso de que no prosperasen los cinco primeros motivos.

Infracción de ley por *violación* de los artículos 1.152 y 1.153 del Código civil, sobre cláusula penal, pues la sentencia entiende que la cláusula de multa por demora en la terminación dispensa de la obligación de cumplir el plazo.

El pacto de cláusula penal en sustitución de indemnización de daños y perjuicios por *demora en la terminación de la obra*, es compatible con la acción de resolución del artículo 1.124 por incumplimiento, no de la obligación de tener terminada la obra en un plazo fijo, sino por incumplimiento de la obligación de comenzar la obra en tiempo hábil para terminarla en el plazo convenido.

Nótese que cuando se formula la reconvencción se ha producido ya la imposibilidad metafísica del cumplimiento de la obligación en los términos pactados. Es lo que se llama la *frustración* del contrato.

El artículo 1.153 del Código civil está bien claro: el deudor no puede eximirse de la obligación pagando la pena. La cláusula penal no se pacta para el supuesto de incumplimiento total y absoluto de la obligación (que es lo acaecido), sino para tardanza de algunos días (la multa se calculó por «días») en la terminación, supuesto que la obra estaba hecha en su mayor parte.

No es que la prestación se demora en su total consumación, es que la prestación quedó totalmente incumplida.

En su virtud,

SUPLICO A LA SALA que, teniendo por presentado este escrito con los poderes que se acompañan y sus respectivas copias, los resguardos acreditativos de

haber constituido el depósito prevenido en el artículo 1.698 de la Ley de Enjuiciamiento civil y la certificación de las sentencias de primera y segunda instancias, se sirva admitirlo; tener por formalizado en tiempo y forma recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal a nombre de D. Juan Zaratiegui Jaurrieta y de la «Agrupación Cruz Blanca para Viviendas Subvencionadas», contra la sentencia dictada con fecha 16 de marzo de 1965 por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona de que queda hecho mérito; acordar se sustancie este recurso de casación por los trámites legales y, en su día, dictar sentencia por la cual, dando lugar al mismo, se case y anule la sentencia recurrida y se dicte otra en cuyos pronunciamientos se acojan los pedimentos de la súplica de nuestra contestación a la demanda, o bien, subsidiariamente, se acojan los pedimentos que se formulan en la reconvencción, estimando la súplica de la contestación a la demanda o, en su caso, la de la reconvencción, en sus propios términos.

Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandante y apelada, hoy recurrida.

OTROSI DIGO: Que a los efectos de lo prevenido en el artículo 1.721 de la Ley de Enjuiciamiento civil, solicito se libre y me sea entregado el testimonio acreditativo de haber formalizado ante esta Sala el presente recurso de casación dentro del plazo legal.

SUPLICO A LA SALA: Se sirva acordar se libre y me sea entregado el testimonio de referencia.

OTROSI SEGUNDO: Necesitando los poderes para otros usos,

SUPLICO A LA SALA: Su desglose y devolución previa testimonio en autos.

Madrid, 21 de junio de 1965.