

Id Cendoj: 28079110012010100291  
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
 Sede: Madrid  
 Sección: 1  
 Nº de Recurso: 699/2005  
 Nº de Resolución: 273/2010  
 Procedimiento: Casación  
 Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS  
 Tipo de Resolución: Sentencia

**Resumen:**

Interpretación de los contratos.

**SENTENCIA**

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

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 699/2005, que ante la misma pende de resolución, interpuesto por la entidad Almacenaje y Distribución de Mercancías, S.L., (**ALDIMESA**) representada por la procuradora D.ª María Salud Jiménez Muñoz, contra la sentencia de 7 de junio de 2004 , dictada en grado de apelación por la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, rollo número 666/2003, dimanante del procedimiento de menor cuantía número 1114/97 del Juzgado de Primera Instancia número 16 de Madrid. Habiendo comparecido en calidad de recurrida la entidad ACS, Actividades de Construcción y Servicios, S.A., representada por el procurador D. Federico Pinilla Romeo. No ha comparecido TECSA.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Primera Instancia número 16 de Madrid dictó sentencia de 7 de febrero de 2003 en el juicio declarativo de menor cuantía número 1114/97, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que desestimando la demanda interpuesta en nombre de Almacenaje y Distribución de Mercancías, S.L., (**ALDIMESA**), absuelvo de ella a OCP Construcciones, S.A., e INVESAN, S.A., actualmente, ACS Actividades de Construcción y Servicios, S.A., y a Técnicas Especiales de Construcción, S.A., (TECSA)».

**SEGUNDO.-** La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero.- Interpone la actora, en su condición de persona jurídica constituida bajo la denominación social de Almacenaje y Distribución de Mercancías, S.L., (**ALDIMESA**), demanda contra las mercantiles OCP Construcciones, S.A., INVESAN, S.A. y Técnicas Especiales de Construcción, S.A., en petición de que se efectúen una serie de declaraciones y condenas, (las ya mencionadas al antecedente de hecho primero), con fundamento en los documentos suscritos con fecha 31 de julio de 1990 y 2 y 12 de julio de 1991, peticiones éstas, a las que se opone la codemandada comparecida quien con carácter previo viene a alegar las excepciones de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje prevista en el *art. 533.8 LEC* , falta de personalidad en el actor por carecer de las cualidades necesarias para comparecer en juicio a tenor del *art. 533.2 LEC* , y falta de legitimación pasiva de ACS Actividades de Construcción y Servicios, S.A.

»Segundo.- Respecto de esta ultima excepción, tanto desde el punto de vista procesal como material, obvio es decir que la misma no puede ser apreciada por cuanto que es la propia demandada ACS, quien se reconoce así misma tal legitimación al afirmar en su contestación que ... TERCERA.- ... "debe explicarse que la entidad OCP Construcciones, S.A., anteriormente OCISA, S.A., se ha fusionado recientemente, entre otras, con la mercantil también codemandada INVESAN, S.A., cambiando a su vez de denominación social que ha pasado a ser ACS Actividades de Construcción y Servicios, S.A.". A lo que hay que añadir, en relación a la supuesta falta de representación de OCISA por TECSA, para suscribir los documentos base de

este pleito, que tal representación viene acreditada conforme a lo expresado al documento obrante al folio 181, pues siendo INVESAN, S.A., el accionista único de TECSA, es claro que una y otra mercantil son lo mismo, conforme a la doctrina del levantamiento del velo, la cual por sobradamente conocida se excusa su definición, de modo que al haberse fusionado INVESAN, S.A., con OCISA, S.A., y ambas con ACS, surge por disposición del *art. 142 LSA*, la legitimación discutida.

»Tercero.- Por el contrario si concurre la excepción de falta de legitimación activa de la demandante, (al igual que la de sumisión de la cuestión a arbitraje), por cuanto que la entidad que acciona en su propio nombre y derecho, no deriva de ninguna sucesión que haya podido producirse como resultado de la fusión-absorción de las entidades, personas jurídicas, y físicas que fueron parte en los compromisos suscritos los días 31 de julio de 1990, y 2 y 12 de julio de 1991, que vendrían a dar justificación a la petición de la actora. Es decir, al día de los acuerdos anteriores y también al día de interposición de la presente demanda, según la prueba obrante en autos, principalmente constituida por el acta de requerimiento notarial consignada a los folios 249 a 265, la entidad **ALDIMESA**, coexiste en el mundo jurídico y empresarial como entidad independiente, junto con todas las que con su nombre y personalidad independiente contrataron el 31 de julio de 1990 y el 2 y 12 de julio de 1991 con TECSA, esto es, con Transportes Ibarra, S.A., Transportes Iruña, S.A., Soluciones al Transporte, S.A. y D. Aquilino, por lo que no siendo estos últimos los que como verdaderos titulares de la relación jurídico-material que se quiere hacer valer, actúan la pretensión derivada de ella, procede estimar la excepción de falta de legitimación activa propuesta de conformidad con lo establecido en el *art. 1257 del Código Civil*.

»Cuarto.- A mayor abundamiento, y por si se entendiera que el análisis de la excepción propuesta de falta de personalidad en el actor por carecer de las cualidades necesarias para comparecer en juicio a tenor del *art. 533.2 LEC*, es de posterior análisis a la que ahora le sigue por ser, pese a la forma dilatoria en que se propone, cuestión mas propia de legitimación *ad causam* que *ad processum*, y por ello de análisis sobre el fondo, baste decir que concurre según se decía, la señalada excepción de sumisión de la cuestión a arbitraje, por cuanto que según las reglas de interpretación de los contratos principalmente contenidas en los *arts. 1281 y 1283 CC*, *no puede entenderse que los acuerdos de fecha 2 y 12 de julio de 1991*, de revisión del protocolo suscrito en fecha 31 de julio de 1990, afecten a la *cláusula de sumisión a arbitraje contenida a la estipulación octava*. Y ello por cuanto que: 1º.- Quedó patente en el citado protocolo (no novado, sustituido o dejado sin efecto en su totalidad, sino solo revisado), la voluntad de pactar la jurisdicción o fuero por el que debían de solucionarse cualesquiera cuestiones relativas a ejecución o cumplimiento de lo previsto en el citado protocolo, pactándose por ello un arbitraje de equidad (1281 CC). 2º.- Los acuerdos de revisión presentan un contenido puramente material u obligacional sin relación ni conexión alguna con la jurisdicción o competencia arbitral que pudiera suponer un cambio de voluntad en lo que a los tribunales competentes se refiere (*art. 1283 CC*). Y 3º.- La *cláusula séptima de ambos acuerdos de revisión que establece que las "cláusulas séptima y siguientes del contrato principal, quedan sin efecto por haberse cumplido lo pactado por las partes"*, no puede nunca venir referida a la estipulación octava de sumisión a arbitraje por cuanto que esta *cláusula, al contrario que la séptima*, no puede entenderse cumplida por las partes, por cuanto que según se reitera no tiene contenido material ni obligacional, refiriéndose la expresión y "siguientes", a las obligaciones derivadas de la estipulación adicional referida al procedimiento de adquisición de títulos así como a la veracidad y existencia de otros documentos y su contenido, con obligación de su incorporación y cotejo una vez obren en poder de los firmantes (*arts. 1281 y 1283 CC*). En definitiva, siendo así que el pacto e intención de sometimiento de la cuestión a arbitraje, no aparece desdicho por ningún otro criterio de interpretación preferente, procede estimar, además la citada excepción propuesta conforme a los *arts. 1281, 1283 CC y 533.8 LEC*.

»Quinto.- Desestimada la demanda procede imponer las costas a la demandante en aplicación del *art. 523 LEC* ».

**TERCERO.-** La Sección 13.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia de fecha 7 de junio de 2004, en el rollo de apelación número 666/03, cuyo fallo dice:

»Fallamos:

»Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 7 de enero de 2003 y auto de aclaración de 15 de enero de 2003 del Juzgado de Primera Instancia número dieciséis de los de Madrid dictada en el procedimiento del que dimana este rollo, confirmando dichas resoluciones con la sola salvedad de expresar que la absolucón que se pronuncia en la sentencia es por desestimación de las pretensiones de fondo».

**CUARTO.** - La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero. El Tribunal acepta el Fundamento de Derecho Primero de la sentencia recurrida y rechaza los demás.

»Segundo. [-Uno.-] La demanda origen de esta litis la interpone Almacenaje y Distribución de Mercancías S.L. (en anagrama **Aldimesa**, y así se le designará desde ahora), sociedad constituida por las mercantiles Transportes Ibarra, S.A., Transportes Iruña, S.A., Soluciones al Transporte, S.A., y por Don Aquilino, en el marco de la ejecución del Acuerdo-Protocolo de 31 de julio de 1990 (folios 123 al 148 de los autos del Juzgado de Primera Instancia) suscrito por las tres entidades fundadoras de la actora **Aldimesa** y el Sr. Aquilino, de una parte, y, de otra, la sociedad Técnicas Especiales de Construcción, S.A., (en adelante, Tecsa), demandada en el pleito en unión de OCP Construcciones, S.A., e Invesan, S.A.

»[-Segundo.-] En la demanda **Aldimesa** solicita, en razón del expresado Acuerdo-Protocolo, la condena a las demandadas a pagar a la actora cien millones de pesetas en concepto de cumplimiento por equivalencia de la prestación al hallarse al tiempo de la demanda incumplida la Estipulación Tercera del Acuerdo-Protocolo de 1990.

»[-Tercero.-] Eran objeto del expresado Acuerdo-Protocolo una serie de compromisos en orden a la adquisición de acciones de Ribes Exprés Madrid, S.A., y Ribes Exprés Barcelona, S.A., con el fin de conseguir la toma de control de la organización de transporte urgente Ribes Exprés.

»En los términos del Acuerdo-Protocolo (Exponiendo V): "Que el Grupo industrial (en el contrato se designa así al formado por Transportes Ibarra, S.A., Transportes Iruña, S.A., Soluciones al Transporte, S.A., y Don Aquilino) ha llegado a un acuerdo con el Grupo OCISA, representado por la entidad TECSA, para compartir con éste sus participaciones y derechos en la organización RIBES, cuyo objeto es la toma de control progresiva de partes esenciales del conjunto, actualmente conectado vía decisiones asamblearias, de RIBES EXPRES. A través de adquisiciones y medidas de gestión, el objetivo final es el desarrollo de una empresa líder de transporte urgente, de ámbito nacional español, con control centralizado de la totalidad de la organización, con participación mayoritaria la más alta posible en las Sociedades de las plazas centrales, con delegaciones donde se juzgue adecuado y corresponsales obligados con contrato de franquicia, con suficiente garantía para la organización central en el resto de las plazas."

»[-Cuarto.-] En el suplico de la demanda se pide sea declarado en la sentencia que el carácter de demandada de Invesan, S.A., deriva de su adquisición de la compañía Tecsa como consecuencia de su venta por parte de la compañía Ocisa y que el carácter de demandada de OCP Construcciones, S.A., deriva del proceso de fusión por absorción que con posterioridad a los acuerdos afectó a las compañías Obras y Construcciones Industriales, S.A., (Ocisa) y Construcciones Padrós, S.A.

»[-Quinto.-] Contestó la demanda ACS Actividades de Construcción y Servicios S.A., nueva denominación que se dio en 1997 a la demandada OCP Construcciones S.A., sociedad absorbente de Invesán S.A. y sucesora de Ocisa.

»Fue declarada en rebeldía la demandada Tecsa.

»[-Sexto.-] La sentencia dictada en primera instancia desestima la demanda acogiendo la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje y falta de legitimación activa de la demandante, **Aldimesa**, "por cuanto que la entidad que acciona en su propio nombre y derecho no deriva de ninguna sucesión que haya podido producirse como resultado de la fusión-absorción de las entidades, personas jurídicas y físicas, que fueron parte en los compromisos suscritos los días 31 de julio de 1990 y 2 y 12 de julio de 1991".

»Recorre la actora dicha sentencia en apelación.

»Tercero. La Estipulación Octava del Acuerdo-Protocolo de 1990 (recordemos que suscrito entre Transportes Ibarra, S.A., Transportes Iruña S.A., Soluciones al Transporte, S.A., y Don Aquilino -denominados en el Acuerdo-Protocolo Grupo industrial-, de una parte, y Tecsa, de otra) era comprensiva de una cláusula de sometimiento a arbitraje en los términos siguientes:

»"OCTAVA. Las partes, con renuncia expresa a cualquier fuero que pudiera corresponderles, se someten al arbitraje de equidad en los términos de la *Ley 36/1988, de 5 de diciembre*, para resolver cualquier cuestión relativa a la ejecución y cumplimiento de lo previsto en este Protocolo, mediante la designación de un Árbitro de mutuo acuerdo y, en su defecto, por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje".

»En los acuerdos de 2 y 12 de julio de 1991, de Revisión de Protocolo suscrito en fecha 31 de julio de

1990 (folios 229 al 243), que firmaron Transportes Ibarra, S.A., Transportes Iruña, S.A., Soluciones al Transporte, S.A., actuando sus representantes por las expresadas mercantiles y en nombre y representación, en su calidad de accionistas, de **Aldimesa**, de una parte, y Tecsca y Ribes Holding, S.A.-sociedad de la que se hablará luego-, de otra, se acordó:

»"SÉPTIMO y siguientes.- Las cláusulas séptima y siguientes del contrato principal quedan sin efecto por haberse cumplido lo pactado por las partes".

»No hay ninguna duda -no ha sido tampoco suscitada por la demandada comparecida que defiende la vigencia del sometimiento a arbitraje- de que el "contrato principal" a que se refiere el texto transcrito de los pactos de revisión de 1991 es el Acuerdo- Protocolo de 1990. De otra parte, los pactos de revisión van recorriendo, una por una, las Estipulaciones del Acuerdo-Protocolo, haciendo las consideraciones oportunas, y, al llegar a la Estipulación Séptima, establecen esa privación de efectos a lo convenido en las Estipulaciones Séptima y siguientes del Acuerdo-Protocolo. El Acuerdo-Protocolo consta de cinco Exponendos, ocho Estipulaciones y una Estipulación Adicional. No puede existir confusión. Si se acuerda eliminar del contrato principal lo establecido en las Estipulaciones Séptima y siguientes, las partes convienen en eliminar las Estipulaciones Séptima, Octava y Adicional, en consecuencia, también el convenio arbitral establecido en la Estipulación Octava. "Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas" (*artículo 1281 del Código Civil*).

»La sentencia recurrida sostiene y razona que los acuerdos de revisión presentan un contenido puramente material u obligacional sin relación ni conexión alguna con la jurisdicción o competencia arbitral que pudiera suponer un cambio de voluntad en lo que a los tribunales competentes se refiere, y cita al respecto el *artículo 1283 del Código Civil* (no inclusión en el contrato de cosas distintas y casos diferentes de aquéllos sobre que los interesados se propusieron contratar). Pero aquí falla el presupuesto, pues no se entiende por qué las partes no pudieron querer en los pactos de 1991 revisar la forma pactada de resolución de conflictos.

»Dice también la sentencia apelada que como en los pactos de revisión se expresa que las cláusulas séptima y siguientes del contrato principal quedan sin efecto "por haberse cumplido lo pactado por las partes", esa privación de efectos nunca puede venir referida a la Estipulación Octava de sumisión a arbitraje por cuanto que esta cláusula no puede entenderse cumplida por las partes, de forma que los pactos de revisión sólo cabe referirlos a las Estipulaciones Séptima y Adicional. Pues bien, en razón de lo que significa cumplir o incumplir una cláusula de arbitraje (no puede decirse que los contratantes sometidos a arbitraje que nunca acudieron al procedimiento arbitral incumpliesen la *cláusula*) y de la literalidad de la exclusión ("*las cláusulas séptima y siguientes del contrato principal quedan sin efecto*"), es lo propio entender que ese cumplimiento de lo pactado por las partes ("por haberse cumplido lo pactado por las partes") está referido a lo pactado en el Acuerdo-Protocolo, no a lo pactado en las cláusulas excluidas. Y en este sentido ha de repararse en que la finalidad del Acuerdo-Protocolo (conseguir la toma de control de la organización Ribes Exprés) estaba lograda en julio de 1991, según resulta de la prueba del proceso y de los Exponendos de los pactos de revisión.

»Por lo demás, aduce la parte recurrida que el *artículo 11 de la Ley de Arbitraje de 1988* impone renuncia al convenio arbitral para que quede expedita la vía judicial, mas los términos vistos de los pactos de revisión de 1991 equivalen, sin ninguna violencia interpretativa o forzamiento argumental, a una renuncia.

Una cuestión, por último, no suscitada por la apelada -que mantiene la vigencia del convenio arbitral-, cual es que los pactos de revisión de 1991 no fueron suscritos por Aquilino . Pero resulta que los otros tres miembros del llamado, en el Acuerdo-Protocolo, Grupo industrial, excluyeron el arbitraje como medio de dirimir discordias y que en este proceso es demandante **Aldimesa**, no los cuatro miembros del Grupo industrial o algunos de ellos.

»Debe rechazarse la excepción de sumisión a arbitraje.

»Cuarto. En orden a la legitimación (ad causam) de la actora **Aldimesa**.

»En el Acuerdo-Protocolo se estableció que

»"los miembros del Grupo industrial (esto es, Transportes Ibarra, S.A., Transportes Iruña, S.A., Soluciones al Transporte, S.A. y Don Aquilino ), con el fin de articular sus relaciones con el Grupo OCISA,

constituirán una Sociedad Anónima, que será la titular de sus respectivos intereses y a la que, en consecuencia, deberán entenderse referidos los derechos y deberes que se le imputan a aquellos en el presente protocolo" (Estipulación Sexta).

»A tal fin, los cuatro miembros del llamado Grupo industrial adquirieron, en iguales partes, la totalidad de las acciones de una compañía inactiva, Almacenaje y Distribución de Mercancías, S.A. (**Aldimesa**), que luego se transformó en sociedad de responsabilidad limitada. **Aldimesa**, ya con su capital en poder de los nuevos socios, actuó como la sociedad de conjunción de los intereses de los cuatro miembros del Grupo industrial en las relaciones derivadas del Acuerdo-Protocolo de 1990, y fue la sociedad que participó en un 33 por ciento en NSRE, S.A. (constituida, conforme al Acuerdo-Protocolo, para que recibiese los títulos que se adquiriesen de Ribes Exprés Madrid, S.A. y Ribes Exprés Barcelona, S.A., de acuerdo con la finalidad del Acuerdo-Protocolo, ya expuesto) y a ella se refiere el Exponiendo II de los pactos de revisión de 1991 en estos términos:

»"Que Transportes Ibarra, S.A., Transportes Iruña, S.A., D. Aquilino y SOLUTRANSA han canalizado sus intereses relativos a su participación conjunta con el Grupo Ocisa a través de la Sociedad Almacenaje y Distribución de Mercancías, S.A. (en adelante **ALDIMESA**) manteniendo sin embargo su autonomía como corresponsales de la Organización explotando independientemente sus plazas".

»En el presente procedimiento se reclaman cien millones de pesetas, por equivalencia a la cantidad igual que el Grupo industrial recibiría del Grupo Ocisa en forma de suscripción y desembolso del 49 por cien de las acciones de una nueva sociedad (Estipulación Tercera, letra f, del Acuerdo- Protocolo), ello en el marco de la operación del tan citado Acuerdo-Protocolo, luego, en tal situación jurídica, la sociedad **Aldimesa** tiene legitimación para formular la reclamación judicial de autos, como titular del derecho, si éste existe.

»QUINTO. La Estipulación Tercera, apartado f, del Acuerdo-Protocolo de 1990, en la que se funda la reclamación de autos, determinaba, en lo que a la litis concierne, lo siguiente:

»"TERCERA.....

»".....

»"f).....

»"Adicionalmente, el Grupo OCISA pagará al Grupo industrial (denominación aceptada para designar a Transportes Ibarra S.A., Transportes Iruña, S.A., Soluciones al Transporte, S.A. y Don. Aquilino ) en el plazo de un mes desde la compra de los porcentajes en REMSA y REBSA (Ribes Exprés Madrid, S.A. y Ribes Exprés Barcelona, S.A.):

»"-a) Cien millones (100 000 000) de pesetas, se entregarán al Grupo industrial, a fin de que se destinen a las inversiones que libremente decidan en sus respectivas corresponsalías, pero que serán notificadas, con detalle, al Grupo OCISA.

»"-b) Cien millones (100 000 000) de pesetas en forma de suscripción y desembolso del 49 por 100 de las acciones de una nueva sociedad a constituir a que se refiere la Estipulación siguiente."

»Sin embargo, por error, no es la Estipulación siguiente (Cuarta) la que fija la constitución de esa nueva sociedad, sino la Estipulación Quinta, del siguiente tenor:

»"QUINTA. El Grupo industrial y el grupo OCISA constituirán una sociedad (en adelante NSRI) participada respectivamente en un 49 por cien y un 51 por cien con unos recursos propios de 200 millones de pesetas, que permita las respectivas cuotas, cuyo objeto será el negocio inmobiliario con el fin de ser propietarios de las naves industriales destinadas a las funciones de trasbordo y otros servicios comunes de la organización RIBES EXPRÉS y prioritariamente las naves de REMSA. El desembolso del capital se llevará a cabo de mutuo acuerdo en la forma fiscalmente más favorable para ambas partes."

»En los pactos de revisión de 1992 se consignaba que de los primeros cien millones de pesetas de los de la letra f de la Estipulación Tercera del Acuerdo-Protocolo, transcrita parcialmente antes, se habían pagado ya (por Ribes Holding, S.A., sociedad cuyo accionista único era Tecsa) 85 millones, quedando pendiente la cantidad restante "a resultas de la situación que las partes acuerden en relación con el socio de **Aldimesa**, firmante asimismo del protocolo principal, Don Aquilino ". Esos 15 millones de pesetas de diferencia serían abonados más tarde, según se reconoce en la demanda (folio 25).

»Y, en cuanto a los segundos cien millones:

»"Respecto al subapartado b) las partes dejan postergado el cumplimiento de este compromiso hasta aclararse el objeto de la sociedad N.S.R.I. S.A. y encajado su proyecto."

»Hay que traer a colación determinados particulares de hecho antes de decidir si en 1997 (fecha de la demanda y de la reclamación extrajudicial hecha a Invesan, S.A. y a OPC Construcciones, S.A., folios 251 al 263) subsiste el derecho del Grupo industrial del Acuerdo-Protocolo (**Aldimesa**) a esos cien millones de pesetas por equivalencia de la suscripción y el desembolso de acciones no realizados.

»Estos particulares son;

»[-Primero.-] El objetivo del Acuerdo-Protocolo de que Tecsa o entidades vinculadas a Tecsa llegasen a controlar la organización de transporte Ribes Exprés estaba cumplido cuando los pactos de revisión de 1991, habiendo ejecutado tanto los miembros del llamado Grupo industrial (asociados luego en **Aldimesa**) como Tecsa por sí o entidades de su grupo lo comprometido a tal fin en el Acuerdo-Protocolo, como se expresa en los pactos de revisión del mismo.

»[-Segundo.-] Conforme al Acuerdo Protocolo, los títulos adquiridos de Ribes Exprés Madrid, S.A. y Ribes Exprés Barcelona, S.A. fueron transferidos a NSRE, S.A., sociedad constituida por **Aldimesa** y Ribes Holding, S.A. (sociedad titularidad de Tecsa). La definitiva participación en la sociedad llegaría a ser de un 33 por ciento **Aldimesa** y de un 67 por ciento Ribes Holding, S.A. A través de la nueva entidad NSRE, S.A., convertida en accionista mayoritario de Ribes Exprés Madrid, S.A. y Ribes Exprés Barcelona, S.A., fue controlada la organización de Ribes Exprés.

»[-Tercero.-] La primitiva organización de Ribes Exprés contaba con una sociedad coordinadora, Ribes Exprés Ibérica, S.A., con sede en Barcelona. En la nueva organización, controlada desde NSRE, S.A., Ribes Exprés Ibérica, S.A. será sustituida en su actividad por Ribes Exprés Transporte Urgente, S.A. (en lo sucesivo Retusa), sociedad constituida en febrero de 1991 por NSRE, S.A., con la función de ser cabecera de toda la organización con quien se vincularían los corresponsales a través de contratos bilaterales.

»[-Cuarto.-] En junio de 1993 se disuelve por imperativo legal la sociedad NSRE, S.A., por acumulación de pérdidas y no llegar sus accionistas (**Aldimesa** y Riber Holding, S.A.) a un acuerdo de ampliación de capital (véase a los folios 825 al 829 acta de la Junta General Extraordinaria de NSRE, S.A. del 20 de noviembre de 1992 a la que no acudió **Aldimesa**).

»[-Quinto.-] En enero de 1995 la organización de transporte urgente Ribes Exprés queda inoperante y son presentadas solicitudes de quiebra voluntaria por Retusa y Ribes Exprés Madrid, S.A.

»En 1997, cuando se presenta la demanda, el proyecto Ribes, fraguado en el Acuerdo-Protocolo de 1990, ya no existe, según confirman los representantes de Transportes Iruña, S.A. y de Transportes Ibarra, S.A., que depusieron como testigos en el juicio (respectivas pregunta decimosexta, folios 1.327, 1.339, 1.352 y 1.409) y según se infiere de la documentación y de las alegaciones y admisiones de autos. La obligación asumida por Tecsa en el Acuerdo Protocolo que ahora se reclama fue el pago de cien millones de pesetas en forma de suscripción y desembolso del 49 por 100 de las acciones de una nueva sociedad (NSRI) cuyo objeto será el negocio inmobiliario con el fin de ser propietarios de las naves industriales destinadas a las funciones de trasbordo y otros servicios comunes de la organización Ribes Exprés y prioritariamente las naves de Ribes Exprés Madrid, S.A.

»Esa finalidad ya no puede ser cumplida. Tecsa y las sociedades que intervinieron en el proyecto o creadas en función del proyecto y los cuatro transportistas que formaron el Grupo industrial del Acuerdo-Protocolo de 1990 son, ahora, completamente ajenos al proyecto de transporte urgente Ribes diseñado en 1990. Ningún sentido tiene la exigencia de cien millones de pesetas para la suscripción y desembolso de acciones de una nueva sociedad con funciones en el proyecto Ribes pero sin ninguna significación fuera de él. De ello es consciente la actora que pide en el proceso un cumplimiento por equivalente mediante el pago a **Aldimesa** de la cantidad de cien millones de pesetas, al ser ese el importe que Tecsa (o, a sus instancias, el Grupo Ocisa) se comprometió a entregar a Adimesa para la suscripción del 49 por ciento de la sociedad NRSI.

»Pero nos faltan las claves precisas para fijar la equivalencia, incluso para determinar si la tal equivalencia puede ser establecida. El compromiso de Tecsa se situaba en una situación de expansión de

la organización Ribes Exprés en la que iba a ser beneficioso para las dos partes del Acuerdo-Protocolo (el Grupo industrial, luego **Aldimesa**, por exigencias del Acuerdo- Protocolo, y Tecsa y sus empresas afines, participadas y participantes) contar con naves propias destinadas a las operaciones del transporte que iba a desarrollarse a través de NSRE, S.A. y Retusa, y en este entendimiento Tecsa (o, a sus instancias, el Grupo Ocisa) efectuó el compromiso de suscripción y desembolso de acciones de la nueva sociedad.

»Mas las circunstancias cambiaron y en 1997 (año del requerimiento a Invesan, S.A. y a OPC Construcciones, S.A. y de presentación dela demanda) ya no existía el presupuesto de la obligación, la base negocial. Obsérvese que la prestación comprometida de Tecsa no tuvo por qué hacerse en consideración a la previa prestación de los futuros socios de **Aldimesa**, y no en razón de un posterior desenvolvimiento favorable del negocio en común, de forma que esos cien millones de pesetas, en forma de suscripción y desembolso de acciones de una sociedad aún no constituida, no constituyese un beneficio directo para **Aldimesa**, sino un beneficio esperado para el proyecto común. Obsérvese también que cuando en los pactos de revisión de 1991 se acuerda, como hemos visto, que

»"Respecto al subapartado b) las partes dejan postergado el cumplimiento de este compromiso hasta aclararse el objeto de la sociedad N.S.R.I. ,S.A. y encajado su proyecto."

»y esto es aceptado por los miembros de **Aldimesa** que suscriben los pactos de revisión, se está poniendo de manifiesto que tras esa entrega comprometida de cien millones de pesetas en forma de suscripción y desembolso de nuevas acciones se halla no una contraprestación debida a los miembros de Aldimensa, sino la sucesión pautada de un proyecto en la que han de darse pasos medidos que deben, a veces, aplazarse en interés del negocio emprendido.

»En definitiva, en 1997, al tiempo de interponerse la demanda, era imposible el cumplimiento específico del compromiso objeto de reclamación. Y la fractura de la base del negocio hace ilusorio cualquier intento de determinación de una equivalencia que puede ser inexistente, pues la contraprestación no constituía un valor en sí mismo, sino una expectativa de beneficios a través de una nueva empresa. En 1.997 faltaba el presupuesto negocial para la reclamación de la actora: ya en forma específica, por imposibilidad (*artículo 1.182 del Código Civil*), ya en forma sustitutiva, al no mostrarse su acogimiento incardinado en las exigencias de la buena fe y reciprocidad (*artículos 1.258, 1.124, 1.274 y 1.289 del Código Civil*). Falta la constatación de la causa en el actual estado de cosas de la reclamación por equivalencia que se pretende.

»Sexto. La demanda debe, pues, desestimarse por razones de fondo. Ya carece de trascendencia práctica determinar si la eventual responsabilidad reclamada hubiese debido recaer en los tres demandados o sólo en Tecsa. Deben, sin embargo, fijarse los hechos delimitadores de la responsabilidad -si se hubiese considerado existente- de cara a que tal fijación pueda ser revisada en un posible pronunciamiento casacional. A juicio de este Tribunal, no hay, en los términos de la demanda, responsabilidad de Invesan, S.A., porque la demanda le atribuye la condición de demandado sólo por haber adquirido esta sociedad de Ocisa las acciones de Tecsa con posterioridad a la firma del Acuerdo-Protocolo de 1990, lo que no justifica su eventual atribución obligacional. Sin embargo, sí podemos hallar una actuación directa -no encubierta- de Ocisa en la negociación, aunque no haya firmado papel alguno. No es preciso acudir a la teoría del levantamiento del velo, desarrollada por el Tribunal Supremo, en sus Sentencias de 28 de mayo de 1984, 8 de abril de 1991, 12 de febrero de 1993, 26 de abril de 1999 y 7 de abril de 2001, entre otras, sino hallar la condición de deudora de Ocisa en el proceso de actuación directa en la operación de esa sociedad a través de Tecsa, como sociedad meramente instrumental, y que esa actuación de Ocisa no se encubre en el Acuerdo-Protocolo, sino que se proclama.

»En el Acuerdo-Protocolo de 1990 Tecsa es la única entidad que suscribe el contrato con el llamado Grupo empresarial, pero deja claro que no se trata de una operación autónoma, sino amparada por un grupo de sociedades, presentes en todo el texto como interesadas en la operación. Así:

»En el Exponiendo V. "Que el Grupo industrial ha llegado a un acuerdo con el Grupo OCISA, representado por la entidad TECSA..."

»En la Estipulación Primera. "... se obligan a ceder en la forma que se indica en las estipulaciones posteriores, a favor del Grupo OCISA, que por medio de D. Evaristo, en la representación que ostenta de TECSA, los acepta..."

»En la Estipulación Segunda. "Dicha prenda tendrá como función garantizar los anticipos a efectuar por el Grupo OCISA hasta que se produzca el control de la mayoría de REMSA y REBSA..."

»En la Estipulación Tercera. "... se procederá a la transmisión de los mismos a favor de una nueva Sociedad (en adelante 'NSRE'), constituida por el Grupo OCISA previamente..."

»También en la Estipulación Tercera. "El Grupo OCISA suscribirá con el Grupo industrial un contrato de promesa de compra de las acciones..."

»También en la Estipulación Tercera. "Adicionalmente, el Grupo OCISA pagará al Grupo industrial..."

»En la Estipulación Cuarta. "Los miembros del Grupo industrial se comprometen, una vez la mayoría de REMSA y REBSA en poder de NSRE, a analizar con el Grupo OCISA..."

»En la Estipulación Quinta. "El Grupo industrial y el grupo OCISA constituirán una sociedad (en adelante NSRI) participada respectivamente en un 49 por cien y un 51 por cien..."

»En la Estipulación Sexta. "Los miembros del Grupo industrial, con el fin de articular sus relaciones con el grupo OCISA, constituirán una Sociedad Anónima..."

»En la Estipulación Séptima. "...las partes presentes habrán de proceder a la reconsideración de los acuerdos contenidos en el presente Protocolo. Durante el plazo de un mes el Grupo OCISA podrá decidir continuar con el proyecto..."

»Es claro que Tecsa no actúa sola al suscribir el Acuerdo-Protocolo de 1990. Podría decirse que se establece indebidamente compromisos en nombre de otro, pero esto no puede admitirse cuando Ocisa era en julio de 1990, la única accionista de Tecsa y la podía controlar por completo. Y un indicio para considerar a Tecsa sociedad instrumental es que pese al nivel de sus inmovilizaciones financieras en los balances de 1990 y 1991 (memorias, balances, cuentas e informes a los folios 433 a 469 y 157 a 183) no tuviese esos años personal contratado a su servicio (folios 449 y 179).

»De haberse declarado la existencia de una deuda, hubiese debido responder, pues, además de Tecsa, ACS, Actividades de Construcción y Servicios, S.A. como sucesora de Ocisa.

»Séptimo. La resolución del recurso hará que la absolución en la instancia de la primera instancia se transforme en absolución de fondo. Mantendremos la condena al pago de las costas de la primera instancia y, considerando nuestro pronunciamiento como de estimación parcial del recurso, no haremos expreso pronunciamiento sobre las costas de esta alzada (*artículo 398, apartado dos, de la Ley de Enjuiciamiento Civil* »).

**QUINTO.-** En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de Almacenaje y Distribución de Mercancías, S.A., (**ALDIMESA**) se formulan los siguientes motivos de casación:

Motivo primero.- «Infracción por inaplicación del *artículo 1281, párrafo 1º del Código Civil respecto de la interpretación de lo dispuesto en la Estipulación Tercera del Acuerdo Protocolo de julio de 1990* ».

Dicho motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente: alega una interpretación errónea de lo dispuesto en la Estipulación Tercera del Acuerdo Protocolo de 31 de julio de 1990, conforme a las previsiones del *artículo 1281.1º CC* .

Dicho precepto obliga a seguir la literalidad del contrato, según el sentido gramatical de las palabras empleadas para redactarlo, cuando, como se dice que acontece en este caso, sus términos están claros y no dan lugar a dudas en cuanto a lo que se quiso decir.

Del tenor literal de las cláusulas Tercera, que fijó la causa del contrato, y Quinta del Acuerdo Protocolo de 1990, resulta incuestionable que el grupo OCISA se obligó a pagar a **ALDIMESA** en el plazo de un mes desde la compra de los porcentajes en REMSA o REBSA la cantidad de 100 millones de pesetas mediante suscripción y desembolso de acciones de una nueva sociedad, obligación que no fue modificada en los acuerdos de revisión posteriores, que sólo introdujeron modificaciones en cuanto al plazo.

La interpretación de la Audiencia es errónea porque confunde objeto del contrato y motivos que llevaron a las partes a celebrarlo, de manera que el pago no dependía del desenvolvimiento favorable del



negocio sino que era únicamente consecuencia de la entrega de títulos.

La interpretación correcta sería la gramatical, que permitiría concluir que los acuerdos de revisión no modificaron ni el objeto ni la causa del protocolo del año 90 y que lo que se modifica es sólo el plazo inicial un mes, postergando su realización hasta aclararse el objeto de la sociedad y encajado su proyecto.

A consecuencia de la errónea interpretación de la Audiencia se han vulnerado normas de procedente aplicación, como los *artículos 1125 a 1130 CC, en particular el 1128 CC* que obliga a los tribunales a fijar un plazo cuando de la naturaleza y circunstancias se dedujere que se ha querido conceder un plazo o cuando éste ha quedado a voluntad del deudor.

Cita STS 30-12-1980 .

Cita la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife de 29 de abril de 2002 .

Motivo segundo.- «Infracción por inaplicación del *artículo 1281 párrafo 2º* , conjuntamente con los *artículos 1282 y 1285 del Código Civil, respecto a lo dispuesto en las Estipulaciones Tercera y Quinta de los Acuerdos de Revisión de 2 y 12 de julio de 1991*».

Dicho motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

Se alega como fundamento del mismo que la Audiencia debió atender al conjunto del contrato, y no al significado aislado de sus cláusulas, siendo necesario interpretar las cláusulas de los protocolos de revisión de 2 y 12 de julio de 1991 en atención al contrato suscrito el 31 de julio de 1990, antecedente necesario. Los referidos acuerdos ponen de manifiesto la actitud incumplidora y obstruccionista de los demandados, que tenían pendiente de pagar 15 millones de los 100 anteriores.

La consecuencia de todo ello es que la constitución de la sociedad N.S.R.I. por la mercantil OCISA y el Grupo Industrial **ALDIMESA** sólo puede entenderse como indisolublemente vinculada al pago del precio por la labor de intermediación en la adquisición de acciones de Ribes Exprés, y no como una condición de la ejecución principal.

La sentencia no tiene en cuenta que la intención de las partes es totalmente indivisible, infringiendo lo dispuesto en los *artículos 1182 y 1185 CC* .

La correcta interpretación sistemática de los acuerdos y sus cláusulas llevan a concluir que **ALDIMESA** acordó con OCISA intermediar en la adquisición de Ribes Exprés, que como contraprestación a esta labor de intermediación se comprometió el pago de 200 millones de pesetas, 100 de los cuales se destinarían a la suscripción y desembolso de las acciones de una sociedad, habiendo cumplido la actora todos sus compromisos a fecha de los acuerdos de revisión de 1991, pero no los demandados, a quienes se concedió un aplazamiento temporal del pago de dicha cantidad de dinero.

Motivo tercero.- «Infracción por aplicación indebida de los *artículos 1182, 1258 y 1277 del Código Civil* ».

Dicho motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

Se aduce, indebida aplicación del *artículo 1182 CC* , porque dicho precepto está previsto para la pérdida de cosas específicas -y no genéricas- sin culpa del deudor y anterior a que éste se haya constituido en mora, requisitos que no concurren en el presente caso al encontrarnos ante una prestación específica, donde la pérdida de la cosa no desemboca en la extinción de la obligación sino en la prestación por equivalencia.

Se aduce la infracción por aplicación indebida del *artículo 1258 CC* en lo relativo a la necesidad de respetar la buena fe, no siendo posible que el contrato quede sin efecto apreciando una alteración de la base del negocio o *rebus sic stantibus* toda vez que el devenir del proyecto Ribes (positivo o negativo) era una situación perfectamente previsible, que, en cualquier caso, tampoco supondría una situación de desequilibrio, al reclamarse una prestación que era consecuencia de un contrato ya perfeccionado antes del fracaso del proyecto.

Se alega finalmente la infracción por aplicación indebida del *1277 CC* porque estamos ante un contrato de mandato donde se fija una contraprestación, siendo el pago de 200 millones la causa del

mismo, ya que en las obligaciones recíprocas causa es la contraprestación que se establezca.

Motivo cuarto.- «Inaplicación de los *artículos 1258, 1124, 1101 y 1106 del Código Civil*, en relación al cumplimiento por equivalente».

Dicho motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

Se argumenta que en el sistema del CC el acreedor que no recibe la prestación prometida sufre un daño que ha de ser compensado por la percepción de la suma a que alcanza el valor de la prestación.

En apoyo de la jurisprudencia sobre el cumplimiento por equivalente cita las SSTS de 27 de febrero de 1995 y 20 de junio de 1994 .

En el caso que nos ocupa, la desaparición de la organización Ribes por pérdidas acumuladas en las distintas sociedades que la integraban y la no constitución de la sociedad NSRI deja sin sentido el cumplimiento específico de la obligación pendiente la cual ha de sustituirse con el pago de esa cantidad de dinero, porque de no ser así se produce un daño para la parte actora- acreedora, y choca frontalmente con el principio de igualdad.

El contenido de los motivos precedentes ha de proyectarse sobre este cuarto.

Termina la parte solicitando de la Sala «que habiendo por presentado este escrito y los documentos acompañados, con sus copias, se sirva tenerme por personado y parte en la representación que ostento, disponiendo se entiendan conmigo las sucesivas actuaciones; por interpuesto en tiempo y forma en nombre de mi mandante el recurso de casación anunciado contra la sentencia dictada en fecha 7 de junio de 2004 por la Sección 13 .ª de la Audiencia Provincial de Madrid; admitir a trámite el recurso; y tras los trámites legales oportunos dictar sentencia dando lugar al mismo y casando la resolución recurrida, con los pronunciamientos que correspondan conforme a derecho».

**SEXTO.** - Mediante auto de fecha 11 de marzo de 2008 se acordó admitir el recurso de casación.

**SÉPTIMO.** - En el escrito de oposición presentado por la representación procesal de Actividades de Construcción y Servicios, S.A., (ACS) se formulan, en resumen, las siguientes alegaciones:

En cuanto al motivo primero se sostiene que, contrariamente a lo que se postula de contrario, la Audiencia no vulnera el *artículo 1281.1º CC* sino que lo sigue escrupulosamente pues en los acuerdos de revisión de 1991 se dice literalmente que los segundos cien millones comprometidos sólo se pagarían cuando estuviera aclarado el objeto de la nueva sociedad y el proyecto tuviera encaje, lo que no tuvo lugar. Se trata de los términos literales, cuyo sentido no entra en contradicción con la verdadera voluntad de las partes como ha demostrado la prueba practicada.

Lo que tuvo lugar en 1991 no fue una novación del protocolo de 1990 sino una revisión del mismo aceptada por todas las partes, que libre y voluntariamente deciden aplazar, o más bien, condicionar, el compromiso de pago de 100 millones para la suscripción y desembolso del 49% de las acciones de NSRI, S.A., a la aclaración del objeto de la nueva sociedad y al encaje de la misma en el proyecto.

Esta situación de no constitución de NSRI por falta de definición de su objeto y falta de encaje en el proyecto RIBES fue aceptada por los socios de **ALDIMESA**, que por ello, entre julio de 1991 (acuerdos de revisión) y el 2 de marzo de 1997, no dirigieron requerimiento ni fue manifestada intención alguna tendente al replanteamiento de la constitución de dicha sociedad.

Por lo anterior no se entiende que se pida el pago de 100 millones de pesetas por la sociedad actora cuando fueron sus socios los que abandonaron el proyecto en 1994 y durante todo ese tiempo no manifestaron otra cosa.

En cuanto al motivo segundo, se dice que no es más que una reproducción de los argumentos vertidos para sostener el primero, por lo que serían de aplicación para su rechazo las razones antes dichas.

Con relación al tercer motivo, se pide su desestimación porque se monta artificiosamente alterando la valoración de la prueba hecha por el tribunal de apelación.

La oposición al cuarto motivo se apoya en que, de nuevo, el planteamiento casacional quiebra la

valoración probatoria de la Audiencia, partiendo de un supuesto de hecho (existencia de un daño indemnizable) que no ha quedado probado que haya tenido lugar.

Termina solicitando de la Sala «que teniendo este escrito por presentado, se sirva admitirlo, tener por impugnado el recurso de casación formulado de contrario contra la sentencia de fecha 7 de junio de 2004, dictada por la Sección 13 .ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo de apelación nº 666/2003 , correspondiente al juicio declarativo de menor cuantía n.º 1114/1997 seguido ante el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 16 de Madrid, para que en su día, y previos los trámites legales oportunos, se sirva dictar sentencia, confirmando en todos sus extremos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, todo ello con expresa imposición de costas a la recurrente».

**OCTAVO.-** Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 21 de abril de 2010, en que tuvo lugar.

**NOVENO.** - En esta resolución se han utilizado las siguientes siglas:

LEC, *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* .

CC, Código Civil.

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

AP, Audiencia Provincial.

FD, Fundamento de Derecho.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** *Resumen de antecedentes.*

1.- La entidad Almacenaje y Distribución de Mercancías, S.L., (**ALDIMESA**) formuló demanda de juicio de menor cuantía contra las también mercantiles OCP Construcciones, S.A., INVESÁN, S.A., y Técnicas Especiales de Construcción, S.A., (TECSA), interesando una serie de declaraciones y condenas, entre ellas, la condena al pago de cien millones de pesetas sobre la base de lo previsto en la Estipulación Tercera del Acuerdo-Protocolo suscrito con fecha 31 de julio de 1990, entre, de una parte, diversas entidades mercantiles las cuales constituyeron el Grupo Industrial **Aldimesa**, S.A, y de otra, el Grupo Ocisa, representado por Tecsa, acuerdo que tenía por objeto la adquisición de la empresa Ribes Espress con el objetivo final de desarrollar una empresa líder de transporte urgente, de ámbito nacional español.

2.- El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda al apreciar falta de legitimación activa de la demandante, y considerar que las partes habían acordado someter sus discrepancias a arbitraje.

3.- La Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, si bien desestimó la demanda por razones de fondo. La sentencia rechaza la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje y de falta de legitimación *ad causam* [legitimación para el proceso] de la actora, y, en lo atinente al fondo de la cuestión litigiosa, la sentencia concluye, en síntesis, que los acuerdos de revisión de 1991 condicionaron la efectividad de la obligación específica contenida en la estipulación tercera b) -consistente en el pago de cien millones de pesetas mediante la suscripción y desembolso del 49% de las acciones de una nueva sociedad cuyo objeto sería el negocio inmobiliario- a que llegara a buen puerto el negocio proyectado -Proyecto Ribes- lo que no tuvo lugar, quedando así sin efecto el contenido de la obligación, señalando que la contraprestación no constituía en sí mismo un valor sino una expectativa de beneficios a través de una nueva empresa.

4.- Recurre en casación frente a la anterior Sentencia la entidad actora y apelante, **ALDIMESA**, articulando su recurso por el cauce del *ordinal 2º del artículo 477.2 LEC, mediante cuatro motivos, el segundo* de ellos planteado con carácter subsidiario respecto del primero.

**SEGUNDO.-** *Enunciación de los motivos primero y segundo de casación.*

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción por no-aplicación del artículo 1281, párrafo 1º del CC respecto de la interpretación de lo dispuesto en la Estipulación Tercera del Acuerdo Protocolo de julio de 1990 ».

En síntesis, la entidad recurrente considera errónea la interpretación que la Audiencia Provincial hace de la estipulación tercera del Acuerdo Protocolo de 31 de julio de 1990, por apartarse de las previsiones del artículo 1281.1º CC., que obliga a estar al sentido literal o gramatical cuando las palabras empleadas son claras y no suscitan dudas sobre la verdadera intención de las partes contratantes, interpretación gramatical que postula como acertada y que permitiría a su juicio concluir que los acuerdos de revisión de julio de 1991 no modificaron ni el objeto, ni la causa del protocolo del año 90, sino que modificaron tan sólo el plazo inicial de un mes, postergando su realización hasta aclararse el objeto de la sociedad y encajado su proyecto, siendo por ello que el tribunal debió aplicar el artículo 1128 CC y fijar un plazo para su cumplimiento.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción por no-aplicación del artículo 1281 párrafo 2º [CC], conjuntamente con los artículos 1282 y 1285 del CC, respecto a lo dispuesto en las Estipulaciones Tercera y Quinta de los Acuerdos de Revisión de 2 y 12 de julio de 1991».

La parte recurrente propugna una interpretación sistemática del contrato y sus cláusulas, que lleve a no obviar en la interpretación de las estipulaciones contenidas en los protocolos de revisión de 2 y 12 de julio de 1991 el antecedente necesario que constituye para aquellas el contrato suscrito el 31 de julio de 1990, siendo consecuencia de todo ello que la constitución de la sociedad N.S.R.I. por la mercantil OCISA y el Grupo Industrial **ALDIMESA** sólo puede entenderse como indisolublemente vinculada al pago del precio por la labor de intermediación en la adquisición de acciones de Ribes Exprés, y no como una condición de la ejecución principal, habiendo cumplido la actora todos sus compromisos a fecha de los acuerdos de revisión de 1991, pero no los demandados, a quienes se concedió un aplazamiento temporal del pago de dicha cantidad de dinero.

Ambos motivos, que serán examinados conjuntamente, deben ser desestimados.

### **TERCERO.-** *La interpretación de los contratos.*

A) Es doctrina constante de esta Sala que la interpretación de los contratos constituye función de los tribunales de instancia, por lo que la realizada por éstos ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación en la medida en que se ajuste a los hechos considerados probados por aquella en el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba, salvo cuando se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario, sin que haya lugar a considerar infringidas las normas legales sobre interpretación de los contratos cuando, lejos de combatirse una labor hermenéutica abiertamente contraria a lo dispuesto en dichas normas o al derecho a la tutela judicial efectiva -por prescindir de las reglas de la lógica racional en la selección de las premisas, en la elaboración de las inferencias o en la obtención de las conclusiones-, el recurrente se limita en su recurso a justificar el desacierto de la apreciación -inherente a la labor hermenéutica- realizada por el tribunal de instancia, con exclusivo propósito de sustituir una hipotética hermenéutica dudosa por sus propias conclusiones al respecto, ya que también se ha dicho reiteradamente por la Jurisprudencia que lo discutible no es lo oportuno o conveniente, sino la ilegalidad, arbitrariedad o contradicción del raciocinio lógico, siendo así que en estos casos deberá prevalecer el criterio del juzgador de instancia por no darse esa abierta contradicción aunque la interpretación plasmada en la sentencia no sea la única posible, o pudiera haber alguna duda razonable acerca de su acierto o sobre su absoluta exactitud (SSTS, entre las más recientes, de 24 de enero de 2006, 12 de febrero de 2006, 8 de febrero de 2006, 8 de marzo de 2006, 13 de junio de 2006, 23 de junio de 2006, 20 de julio de 2006, 14 de septiembre de 2006 y 22 de diciembre de 2006, 6 de febrero de 2007, RC n.º 941/2000, 13 de diciembre de 2007, RC n.º 4994/2000, 21 de noviembre de 2008, RC n.º 2690/2002, 20 de marzo de 2009, RC n.º 128/2004 y 19 de diciembre de 2009, RC n.º 2790/1999).

B) En el presente caso no puede decirse que la interpretación efectuada por la Audiencia Provincial resulte contraria a la lógica, absurda o irracional, ni que haya vulnerado las normas hermenéuticas que se citan, por lo que el criterio del recurrente sobre la, a su juicio, más acertada interpretación del Acuerdo en otros términos no constituye razón jurídica que justifique la revisión en casación de dicha interpretación.

La Audiencia Provincial entiende que el compromiso inicial no puede ser objeto de cumplimiento al no darse la condición impuesta por las propias partes en los acuerdos de 1991, en la medida que en éstos se

fija como presupuesto para que la actora pudiera exigir la prestación convenida en el año 1990 que el objeto de la sociedad a constituir quedara definido y encajase con el proyecto Ribes, lo que la prueba documental y testifical obrante en autos descarta que ocurriese. Dado que el compromiso asumido tiene sentido en una situación de expansión de la organización Ribes Exprés, no puede considerarse manifiestamente errónea o arbitraria la interpretación de que ha desaparecido la base del negocio que impide tener por cumplida la condición a la que se refieren las partes en los acuerdos de revisión de 1991, y, por ende, impide imputar a OCISA cualquier incumplimiento contractual, que es la base de la reclamación de cumplimiento tanto en forma específica como en la forma de cumplimiento por equivalencia que se interesa en la demanda.

**CUARTO.-** *Enunciación del motivo tercero de casación.*

El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción por aplicación indebida de los *artículos 1182, 1258 y 1277 del Código Civil*».

**Aldimesa** defiende que no procedía aplicar el *artículo 1182 CC*, porque dicho precepto está previsto para la pérdida de cosas específicas -y no genéricas- sin culpa del deudor y anterior a que éste se haya constituido en mora, requisitos que no concurren en el presente caso al encontrarnos ante una prestación específica, donde la pérdida de la cosa no desemboca en la extinción de la obligación sino en la prestación por equivalencia. En segundo lugar también como indebidamente aplicado el *artículo 1258 CC* en lo relativo a la necesidad de respetar la buena fe, no siendo posible que el contrato quede sin efecto apreciando una alteración de la base del negocio o *rebus sic stantibus* [estando así las cosas] toda vez que el devenir del proyecto Ribes (positivo o negativo) era una situación perfectamente previsible, que, en cualquier caso, tampoco supondría una situación de desequilibrio, al reclamarse una prestación que era consecuencia de un contrato ya perfeccionado antes del fracaso del proyecto. En tercer lugar, sobre la aplicación indebida del *1277 CC*, se argumenta que estamos ante un contrato de mandato donde se fija una contraprestación, siendo el pago de 200 millones la causa del mismo, ya que en las obligaciones recíprocas causa es la contraprestación que se establezca.

El motivo debe ser desestimado.

**QUINTO.-** *Desestimación del motivo tercero.*

Son razones para desestimar el tercer motivo las siguientes:

A) Tiene dicho esta Sala que el carácter genérico de un precepto lo inhabilita para fundamentar en él un motivo casacional (STS de 22 de enero de 2008, que cita las de 3 de septiembre de 1992, 16 de marzo de 1995, 14 de junio de 1996, 13 de mayo 1997, 29 de julio de 1998, 13 de julio de 1999, 23 de octubre de 2000, 8 de febrero de 2001, 18 de abril de 2002, 23 de septiembre de 2003, 20 de octubre de 2004, 12 de julio de 2006 y 17 de julio de 2007, así como las más recientes SSTs de 23 de mayo de 2008, RC nº 693/2001, y 29 de mayo de 2009, RC nº 2662/2004), lo que cabe predicar de los dos últimos *artículos, 1258 CC y 1277 CC*.

B) El motivo se funda en una contemplación de los hechos distinta a la que tiene reflejo en la sentencia, al fundarse como supuesto en una tesis favorable a la validez y eficacia de la obligación y a la procedencia de sustituir el cumplimiento de la prestación específica por su equivalencia, en la subsistencia de la base del negocio y en el cumplimiento de la condición señalada en los acuerdos de revisión, pues esto resulta incompatible con las afirmaciones de la Audiencia Provincial, que declara el carácter no-exigible del crédito por haber desaparecido la base del negocio por incumplimiento de la condición establecida por las partes en el año 1991.

**SEXTO.-** *Enunciación del motivo cuarto de casación.*

El motivo cuarto se introduce con la fórmula:

«Inaplicación de los *artículos 1258 CC, 1124 CC, 1101 CC y 1106 CC*, en relación al cumplimiento por equivalente»

Sobre la base de la existencia de un daño para el acreedor a consecuencia de no haber percibido la prestación prometida, se dice justificada su petición de que aquel quebranto patrimonial sea resarcido o compensado mediante la percepción de la suma a que alcanza el valor de aquella.

El motivo debe ser desestimado.

**SEPTIMO.- Desestimación del motivo cuarto.**

Las razones esgrimidas para justificar la desestimación del motivo precedente sirven también para desestimar este motivo.

A) Se cita como fundamento del motivo una serie de preceptos de carácter genérico, que no pueden invocarse para fundamentar el recurso de casación salvo que se armonicen con los más específicos que para el caso contiene el Código Civil (Sentencias de esta Sala de 8 de noviembre de 2007 y 4 de diciembre de 2007 recursos nº 3976/2000 y 2939/2000 ).

B) En segundo lugar, la estimación del motivo sólo resultaría posible partiendo de una interpretación diferente a la realizada por la Audiencia Provincial, en relación al objeto de la obligación contractualmente asumida y su subsistencia de cara a un eventual cumplimiento, *in natura* o por equivalencia, lo que no es posible, porque, como ha quedado establecido, ha de prevalecer la interpretación realizada en instancia frente a la que se ofrece como alternativa, en la medida que la de la Audiencia Provincial no se demuestra ilógica, irracional ni arbitraria.

**OCTAVO.- Desestimación del recurso y costas.**

Según el artículo 487.2.º LEC , si se tratare de los recursos de casación previstos en los números 1.º y 2.º del apartado 2 del art. 477 , la sentencia que ponga fin al recurso de casación confirmará o casará, en todo o en parte, la sentencia recurrida.

No estimándose fundado el recurso, procede su desestimación, con imposición de costas a la parte recurrente, por aplicación del artículo 398 LEC .

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

**FALLAMOS**

1. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Almacenaje y Distribución de Mercancías, S.L., contra la sentencia de fecha 7 de junio de 2004 , dictada en grado de apelación por la Sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en el rollo número 666/03 , dimanante del juicio declarativo de menor cuantía número 1114/1997, del Juzgado de Primera Instancia número 16 de Madrid, cuyo fallo dice literalmente:

«Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 7 de enero de 2003 y auto de aclaración de 15 de enero de 2003 del Juzgado de Primera Instancia número dieciséis de los de Madrid dictada en el procedimiento del que dimana este rollo, confirmando dichas resoluciones con la sola salvedad de expresar que la absolució que se pronuncia en la sentencia es por desestimación de las pretensiones de fondo.».

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas de este recurso a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios. Xavier O'Callaghan Muñoz. Jesus Corbal Fernandez. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel. Antonio Salas Carceller. Rubricado PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.