

## EDJ 1995/55

Tribunal Supremo Sala 1ª, S 26-1-1995, nº 34/1995, rec. 3142/1991

Pte: Barcala Trillo-Figueroa, Alfonso

### Resumen

*La compañía de seguros recurrente concertó una póliza en garantía de pago de la suma acordada por la sociedad tomadora con el ahora recurrido, para el caso de que aquella incumpliera el contrato de permuta convenido. Producido el siniestro asegurado y condenadas la compañía aseguradora y la sociedad antes mencionada al pago solidario de la cantidad pactada, el TS desestima el rec. de casación, pues, pese a acoger la calificación del contrato como seguro de caución, tal como propugna la recurrente, no entiende que la condena al pago íntegro de la indemnización vulnere el art. 68 LCS, ya que no se ha producido circunstancia alguna que se traduzca en un aminoramiento de la cantidad a indemnizar. Considera asimismo la Sala que el actor se encontraba legitimado para accionar conjuntamente contra la tomadora y la compañía aseguradora, y en cuanto a las reducciones especificadas en el contrato de permuta, no podían aplicarse al caso de autos, por lo que no es posible atribuir al Tribunal "a quo" violación alguna en el ámbito interpretativo del meritado contrato.*

### NORMATIVA ESTUDIADA

RD de 2 febrero 1912. Reglamento de Seguros  
art.68

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	3
FALLO .....	5

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### FIANZA

##### EFFECTOS

Entre fiador y acreedor

En general

#### PROCESO CIVIL

##### POSTURA DEL DEMANDADO

Excepciones dilatorias

Arraigo en juicio

#### SEGUROS

##### SEGURO DE CAUCIÓN

##### DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ASEGURADOR

Obligaciones

Pago de la indemnización

### FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso de casación

#### Legislación

Aplica art.68 de RD de 2 febrero 1912. Reglamento de Seguros

Cita art.1692.5 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita Ley 10/1992 de 30 abril 1992. Medidas Urgentes de Reforma Procesal

Cita art.68, art.76 de Ley 50/1980 de 8 octubre 1980. Contrato de Seguro

Cita art.1.830, art.1.832, art.1281.1, art.1822, art.1832 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

#### Bibliografía

Citada en "Las operaciones de cirugía estética y la incapacidad temporal. Foro abierto"

Versión de texto vigente null

En la Villa de Madrid, a 26 de Enero de 1.995. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Itma. Audiencia Provincial de La Rioja, como consecuencia de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número CUATRO de Logroño, sobre incumplimiento de contrato, cuyo recurso fue interpuesto por la Compañía Mercantil "F., S.A.", representada por el Procurador de los Tribunales D. Pablo Hornedo Muguero, y asistido del Letrado D. José Francisco Carretero Suelve, en el que es recurrido D. Fernando, representado por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Infante Sánchez-Torres, y asistido del Letrado D. Jesús Zueco Ruiz.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Logroño, fueron vistos los autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía número 176/90, seguido de una parte como demandante, D. Fernando y de otra parte como demandados la Mercantil,"F., S.A.", y "Grupo A., S.A.", declarada ésta última en rebeldía.

Por la representación de la parte actora se formuló demanda en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado lo que sigue:"... y previos los trámites legales correspondientes dictar sentencia por la que:

1º.- Se declare incumplida la cláusula undécima del contrato de permuta firmado el 17 de Junio de 1.987 entre D. Fernando y "Grupo A., S.A.", en el sentido de que la construcción proyectada a favor del primer contratante citado no se ha terminado en el plazo previsto en la expresada cláusula.

2º.- Se declare, en consecuencia, la procedencia de que mi representado sea indemnizado en la suma de 5.000.000 de pesetas prevista para tal evento.

3º.- Se condene a "F., S.A." a pagar directamente a mi representado la suma de 5.000.000 de pesetas al haberse producido el siniestro asegurado en la póliza de caución suscrita por dicha Compañía y "Grupo A., S.A.", con los intereses procedentes, al no haber atendido al requerimiento de pago formulado en los 3 meses siguientes, según la cláusula octava del contrato de seguro concertado, con expresa imposición de costas.

4º.- Subsidiariamente del petitum anterior se disponga la obligación del pago de dicha suma a "Grupo A, S.A." y la ulterior de la Compañía Aseguradora demandada, en cuanto la primera carezca de bienes bastantes para cubrir su responsabilidad, con imposición de costas a los demandados".

Admitida a trámite la demanda, por la representación de la sociedad mercantil "F., S.A." se contestó la misma en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado lo que sigue:"... dictando, tras los trámites legales, sentencia por la que se desestime la acción ejercitada por el demandante, absolviendo a mi representada de sus pretensiones, con expresa imposición de costas al actor; subsidiariamente, se declare agravado el riesgo asumido por mi poderdante en el contrato de caución de 8 de Septiembre de 1.987 unido a la demanda y que, por haber sido ocultada de mala fe tal agravación a la aseguradora, por el tomador y el asegurado, mi representada queda liberada de las prestaciones comprometidas en dicho contrato de seguro, con expresa imposición de costas también al demandante; y con igual carácter eventual, para el supuesto de que se considere eficaz la acción ejercitada, se reduzca la prestación a satisfacer al asegurado, aplicando la escala aminoradora establecida en la estipulación duodécima del contrato de permuta, con expresa imposición de costas al actor".

Por providencia de fecha 2 de Octubre de 1.990, fue declarada la rebeldía de "Grupo A., S.A."

Por el Juzgado se dictó sentencia en fecha 12 de Enero de 1.991, cuyo fallo es como sigue:"FALLO.- Que estimando como estimo la demanda formulada por D. Fernando, representado por la Procurador D<sup>a</sup> Pilar Dufol Pallares, contra la Mercantil "F., S.A." representada por la Procurador D<sup>a</sup> María Teresa Zuazo Cereceda y contra "Grupo A., S.A." debo condenar y condeno a estos demandados, a que solidariamente abonen al actor, la suma de cinco millones de pesetas, intereses pactados y las costas todas del procedimiento".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, que fue admitido y sustanciada la alzada, la Itma. Audiencia Provincial de La Rioja, dictó sentencia en fecha 27 de Mayo de 1.991, cuya parte dispositiva es como sigue:"FALLAMOS.- La Sala Acuerda: Confirmar y confirmamos en todos sus puntos la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 4 de Logroño, en Juicio de Menor Cuantía nº1763/90, Rollo núm. 46/91, no procediendo la nulidad de actuaciones, con imposición de costas de esta alzada. Notifíquese esta sentencia al apelado incomparecido en el Boletín Oficial de la Provincial y en el Tablón de Anuncios de esta Audiencia, si en el término de cinco días no solicita el apelante su notificación personal".

TERCERO.- Por el Procurador de los Tribunales D. Pablo Hornedo Muguero, en nombre y representación de la compañía mercantil "F., S.A.", se formalizó recurso de casación que fundó en los siguientes motivos:

Primero.-"Infracción del artículo 68 de la Ley del Contrato de Seguro EDL 1980/4219 , al amparo del ordinal núm. 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 ".

Segundo.-"Por infracción del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 al amparo del ordinal 5º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 ".

Tercero.-"Por infracción del artículo 1.830 en relación con el 1.832 del Código Civil EDL 1889/1, al amparo del ordinal 5º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 ".

Cuarto.-"Por infracción del artículo 1.281 párrafo 1º del Código Civil EDL 1889/1 al amparo del ordinal 5º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 ".

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado de instrucción, se señaló para la vista el día DIECISIETE DE ENERO, a las 10,30 horas, en que ha tenido lugar.

HA SIDO PONENTE EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. ALFONSO BARCALA Y TRILLO-FIGUEROA.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. Fernando promovió juicio declarativo de menor cuantía contra la Compañía mercantil "F., S.A." y "Grupo A., S.A.", a fin de que la sentencia a dictar contuviera los siguientes pronunciamientos:

1º.- Declarar incumplida la cláusula undécima del contrato de permuta firmado el 17 de Junio de 1.987 entre D. Fernando y "Grupo A., S.A.", en el sentido de que la construcción proyectada a favor del primero no se ha terminado en el plazo previsto en aquella.

2º.- Declarar, en consecuencia, la procedencia de que el actor sea indemnizado en la suma de cinco millones de pesetas.

3º.- Condenar a la Compañía de Seguros demandada a pagar directamente al actor la indicada suma al haberse producido el siniestro asegurado en la Póliza de caución suscrita por dicha compañía "Grupo A., S.A.", con los intereses procedentes, al no haber atendido al requerimiento de pago formulado en los tres meses siguientes, según la cláusula octava del contrato de seguro concertado, con expresa imposición de costas.

4º.- Subsidiariamente del "petitum" anterior, disponer la obligación del pago de dicha suma a "P., S.A." y la ulterior de la compañía aseguradora, en cuanto la primera carezca de bienes bastantes para cubrir su responsabilidad, con imposición de costas.

Las referidas pretensiones tenían como base el mencionado contrato de permuta, suscrito entre D. Fernando y "Grupo A., S.A." o cualquiera de las sociedades incorporadas a ésta, por el que el primero cedió determinados solares a la segunda, a cambio de que una de las viviendas a construir en ellas por "Grupo A., S.A.", la denominada B-1, quedara en pleno dominio del D. Fernando, pactándose que si "Grupo A., S.A." no terminase la construcción dentro del plazo de veinticuatro meses, a contar de la iniciación, y por tanto, no entregase a aquel la vivienda B-1 totalmente construida, le abonaría la cantidad de cinco millones de pesetas, quedando cada sociedad como propietaria de lo que se expresa en la correspondiente escritura de declaración de obra nueva y división horizontal y lo que se haya construido de la vivienda B-1, y pactándose, también, que en garantía de la suma dicha por "Grupo A., S.A.", éste se obliga a constituir aval bancario o de Compañía de Seguros, que entregará al D. Fernando en el momento que le sea otorgada la escritura de permuta, y que garantice el percibo de la cantidad en su caso, cuyo aval tenía una reducción según las obras realizadas que se vayan acreditando y, que se reseñan en el contrato.

En cumplimiento de lo así convenido,"Grupo A., S.A." suscribió Póliza de "Seguro de Garantía del cumplimiento de obligaciones legales o contractuales (caución)" con "F., S.A.", figurando como "tomador","Grupo A., S.A.", como "asegurado", D. Fernando, y como "aseguradora", la expresa Compañía, siendo el objeto del Seguro, la "Garantía de ejecución de la vivienda B-1 según condición undécima del contrato firmado el 17 de Junio de 1.987, aval número 7537", y el capital asegurado, 5.000.000 de pesetas. El Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de Logroño, por sentencia de 12 de Enero de 1.991 y con estimación de la demanda, condenó a los demandados a que, solidariamente, abonasen al actor la suma de cinco millones de pesetas, intereses pactados y las costas, que fue confirmada íntegramente por la dictada, en 27 de Mayo de 1.991, por la Il.ª Audiencia Provincial de La Rioja, acordándose que no procedía la nulidad de actuaciones, e imponiendo las costas a la apelante mercantil "F., S.A.". Y es esta segunda sentencia, la recurrida en casación por "F., S.A." a través de la formulación de cuatro motivos amparados en el ordinal 5º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 , en su redacción anterior a la Ley 10/1.992, de 30 de Abril EDL 1992/15187 .

SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso se alega la infracción del artículo 68 de la Ley del Contrato de Seguro EDL 1980/4219 , razonándose, en síntesis, cuanto sigue:

La sentencia recurrida, si bien reconoce que se ejercita la acción al amparo de un contrato o seguro de caución, regulado en el precepto indicado, no le aplica debidamente pues condena al pago íntegro de la indemnización sin haber justificado la actora cuales han sido los daños y perjuicios producidos.

Del texto legal se desprende que el asegurador se obliga a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos.

Mientras en la fianza, el fiador se obliga a cumplir por el deudor principal en caso de incumplimiento, en el seguro de caución, el asegurador se obliga, no a cumplir por el deudor, sino a resarcir al acreedor de los daños y perjuicios que le hubiera producido el incumplimiento, y estas notas características se ponen de manifiesto en las definiciones de uno y otro contrato por nuestros textos legales, artículo 1.822 del Código Civil EDL 1889/1 y artículo 68 de la Ley del Contrato de Seguro EDL 1980/4219 (Sentencia de 19 de Mayo de 1.990). Del propio contrato de seguro se desprende que la demandada asegura a la hoy actora una cantidad hasta la suma máxima de 5.000.000 de pesetas, lo que no quiere decir que sea la cantidad que deba pagar la compañía, dado que serán los daños patrimoniales que haya sufrido el asegurado la cantidad obligada al pago, siempre dentro del límite contractual indicado.

En el procedimiento, la actora no ha probado cuales han sido dichos daños patrimoniales, con lo que es improcedente la reclamación efectuada.

Sin ánimo de entrar en las valoraciones periciales obrantes en autos, por no ser objeto de casación, sí hacer mención a la estipulación 12ª del contrato de permuta en la que se establecen determinadas minoraciones paulatinas para los supuestos de ejecución parcial de obra.

Del informe pericial se evidencia que se ha realizado el 80% de la estructura y, por tanto, se deben aplicar las minoraciones establecidas a los efectos de cuantificar la indemnización que pudiera corresponder.

TERCERO.- Una vez descartada la calificación del contrato que nos ocupa, como de seguro de caución, en lugar del de fianza, no ya por expresa declaración del Tribunal "a quo", sino también por propia denominación de la Póliza, "de Seguro de Caución", que tuvo por objeto la garantía de ejecución de la vivienda B-1, según condición undécima del contrato firmado el 17 de Junio de 1.987" (el de permuta), y dado que en el seguro de caución, a diferencia de la fianza, el asegurador se obliga, no a cumplir por el deudor principal, sino a resarcir al acreedor de los daños y perjuicios que el incumplimiento le hubiera producido, cuya finalidad, reconocida así en la sentencia de 19 de Mayo de 1.990, viene a coincidir con la definición contenida en el artículo 68 de la Ley 50/1.980, de 8 de Octubre, de Contrato de Seguro EDL 1980/4219 : "Por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato", resulta evidente que el tema planteado en el motivo se centra en la posible vulneración del precitado artículo en razón a que el Tribunal de referencia condenó al pago íntegro de la indemnización sin haber justificado la actora cuales fueron los daños y perjuicios causados. En este orden de cosas, es cierto que la condición duodécima del contrato de permuta previene una paulatina reducción de las cantidades garantizadas con arreglo a concretos baremos o porcentajes:

Del 25%, mediante certificación de obra determinando que el adosado B-1 ha cubierto aguas.

De otro 25%, cuando se certifique el cierre de fachadas del adosado.

De otro 25%, por certificación justificativa del término de la distribución interior del adosado.

Pero no lo es menos que la sentencia de instancia estableció que "no existe circunstancia alguna que se traduzca en un aminoramiento de la cantidad a indemnizar, ya que de la prueba pericial practicada y que obra en autos, no se ha producido ninguna de las relacionadas en el contrato, por lo que el deber de indemnizar debe ser mantenido en su integridad, es decir, en los cinco millones de pesetas", (fundamento de derecho sexto), y la recurrida manifestó: "... en este caso, cinco millones de pesetas, no cabiendo reducción por lo contratado, corroborándolo el dictamen pericial al no estar hecha la cubierta de aguas..." (fundamento de derecho tercero), careciendo, por tanto, de relevancia el particular del informe pericial al que se alude en el motivo: "realización del 80% de la estructura", y de aquí, que las consideraciones que anteceden conducen a estimar claudicado el motivo, al no haber incurrido la sentencia recurrida en la infracción mencionada.

CUARTO.- En el segundo motivo se invoca la infracción del artículo 76 de la Ley de Contratos de Seguro, toda vez que la sentencia recurrida establece en el considerando octavo que existe acción directa contra la sociedad recurrente al amparo del citado artículo, el cual, no se ha aplicado correctamente pues así esa acción se reconoce contra el asegurador pero está referido exclusivamente al seguro de responsabilidad civil, y no se puede aplicar al de caución, que se regula en el artículo 68, sin que quepa una aplicación analógica, y, por tanto, no procede la acción directa contra la Compañía al amparo de dicho artículo 76.

QUINTO.- En el desarrollo argumental del motivo se incurre en la inexactitud de vincular la cita del susodicho artículo 76 a la sentencia recurrida, ya que su mención corresponde al fundamento de derecho octavo de la sentencia del Juzgado, pero con independencia de ello, resulta fuera de duda que, sin necesidad de acudir a tal precepto, en todo contrato de seguro, como acertadamente se observó en el segundo fundamento de la impugnada en casación, el perjudicado-interesado puede ejercitar la acción que le corresponda contra cualquiera de las personas que viniere obligada por el contrato o contra todas ellas, lo que significa, en su proyección al seguro de autos, que el actor se encontraba legitimado, en su condición de asegurado, para accionar conjuntamente contra el tomador y la Compañía aseguradora, máxime, cuando el objeto del seguro fue garantizar la ejecución de la vivienda B-1, según la condición undécima del contrato de permuta, por consiguiente, huelga hablar de la comisión de infracción respecto al tan repetido artículo 76, lo que origina el perecimiento del motivo ahora examinado.

SEXTO.- En el tercer motivo se denuncia la infracción del artículo 1.830, en relación con el 1.832, ambos del Código Civil EDL 1889/1, argumentándose, resumidamente, lo siguiente:

No se ha tenido en cuenta aún a pesar de no recogerse el beneficio de excusión en el aval, este beneficio que ya se opuso por la recurrente antes del inicio de la demanda, el 4 de Enero de 1.990, en carta en la que se detallaban bienes suficientes para el cobro de la cantidad.

Posteriormente, se volvió a señalar bienes que antes se habían reseñado y otros nuevos, por importe superior a la deuda.

La Audiencia no aplica lo establecido en el Código cuando regula la fianza, utilizando como argumento el hecho de encontrarnos ante un seguro de caución y no ante una fianza.

Pero es perfectamente compatible el seguro de caución, regulado exclusivamente en el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro EDL 1980/4219, con la fianza civil, en lo que analógicamente y de forma accesorias pueda ser utilizado con el fin de completar el concepto jurídico de ese seguro, habida cuenta de la idéntica función de garantía que cumplen ambos conceptos, a pesar de las diferencias reseñadas en el primer motivo.

SEPTIMO.- La inviabilidad del motivo que se analiza es consecuencia ineludible de cuanto se reflexionó en el precedente fundamento de derecho tercero y, con mayor amplitud, en el también tercero de la sentencia recurrida, ya que la calificación del contrato cual de seguro de caución y su diferenciación del propio de fianza, regulado en los artículos 1.822 y siguientes del Código Civil EDL 1889/1, suponen, de por sí, la imposibilidad de aplicar al de autos el beneficio de excusión recogido en los artículos supuestamente infringidos, 1.830 y 1.832 del Código Civil EDL 1889/1, y, por ello, son inoperantes los datos fácticos relacionados en el motivo sobre la oposición manifestada por la sociedad recurrente y la existencia de bienes al respecto.

OCTAVO.- En el cuarto motivo, último formulado, se considera infringido el párrafo 1º del artículo 1.281 del Código Civil EDL 1889/1 , y al efecto se aduce cuanto se expone a continuación:

El contrato de seguro de caución celebrado ampara los posibles incumplimientos que pudieran derivarse del contrato de 17 de Junio de 1.987, y el Tribunal "a quo" no ha interpretado con la claridad con que se establece en el contrato la voluntad de las partes, que no fue otra que el cumplimiento de una obligación de ejecución, que se debía realizar paulatinamente, y que como consecuencia de esas ejecuciones parciales, era necesaria la reducción, también paulatina, de la garantía prestada, lo que así se estableció en la cláusula duodécima.

La sentencia no recoge, en absoluto, esa voluntad contractual y condenó por la cantidad máxima figurada en el contrato.

NOVENO.- Asimismo, lo razonado en el fundamento de derecho tercero viene a determinar la inviabilidad del último motivo, puesto que las reducciones especificadas en la condición duodécima del contrato de permuta no podían aplicarse al caso de autos en atención a las consideraciones expuestas en mentado fundamento y que deben darse por reproducidas, por lo que no es posible atribuir al Tribunal "a quo" violación alguna en el ámbito interpretativo del meritado contrato, procediendo reafirmarse, sin necesidad de mayores explicaciones, en la desestimación del motivo en cuestión. Y la improcedencia de los cuatro motivos del recurso de casación formalizado por la Compañía mercantil "F., S.A.", lleva consigo, en virtud de lo dispuesto en el párrafo final del ritual artículo 1.715, la declaración de no haber lugar al mismo, con imposición de costas y la pérdida del depósito constituido.

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

## FALLO

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por la representación de la Compañía mercantil "F., S.A.", contra la sentencia de fecha veintisiete de Mayo de mil novecientos noventa y uno, que dictó la Iltma. Audiencia Provincial de La Rioja, y condenar, como condenamos, a dicha parte recurrente al pago de las costas de este recurso, y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal oportuno. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con remisión de los autos y rollo de apelación recibidos.

ASI POR esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCION LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.- José Almagro Nosete.- Jaime Santos Briz.

RUBRICADOS.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. ALFONSO BARCALA Y TRILLO-FIGUEROA, 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.