



Roj: **STS 5821/2007 - ECLI:ES:TS:2007:5821**

Id Cendoj: **28079110012007100932**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/07/2007**

Nº de Recurso: **2817/2000**

Nº de Resolución: **905/2007**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA ENCARNACION ROCA TRIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP GR 2175/1999,**
STS 5821/2007

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintitrés de Julio de dos mil siete.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto, por D. Rogelio , representado por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Angel Sánchez Jauregui Alcaide contra la Sentencia dictada, el día 4 de octubre de 1999 , por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número Dos, de los de Granada. Es parte recurrida BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S. A. representada por el Procurador de los Tribunales D. Francisco José Abajo Abril.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Granada, interpuso demanda de juicio ordinario de menor cuantía, D. Rogelio contra BANCO EXTERIOR DE ESPAÑA, S.A. . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "... se dicte sentencia por la que estimando la demanda se condene al Banco Exterior de España. S.A. a resarcir a mi representado por los daños y perjuicios expresados en el punto sexto de este escrito y cuyo quantum se determinará en el trámite de ejecución de sentencia, condenándolo asimismo a las costas del presente procedimiento".

Admitida a trámite la demanda fue emplazada la demandada, alegando la representación del BANCO EXTERIOR DE ESPAÑA, S.A. como hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "...dicte una Sentencia absolviendo a mi mandante de la demanda, con imposición de las costas al actor".

Contestada la demanda y dados el oportuno traslado, se acordó convocar a las partes a la comparecencia prevista en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y celebrada ésta en el día y hora señalado, y habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes, fue declarada pertinente y con el resultado que obra en autos.

El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia, con fecha 23 de junio de 1998 y con la siguiente parte dispositiva: " FALLO: Desestimando la demanda formulada por la Procuradora D/ña. MARIA ANGUSTIAS GONZÁLEZ BUENO en nombre de su representado D.. Rogelio contra BANCO EXTERIOR DE ESPAÑA, S.A. debo absolver y absuelvo al demandado de la pretensión deducida en su contra. Sin hacer expresa imposición de costas".

SEGUNDO. Contra dicha Sentencia interpuso recurso de apelación D. Rogelio . Sustanciada la apelación, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada dictó Sentencia, con fecha 4 de octubre de 1999 , con



el siguiente fallo: " Se confirma la sentencia apelada. Se condena a la parte apelante al pago de las costas del recurso" .

TERCERO. D. Rogelio , representado por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Angel Sánchez Jauregui Alcaide, formalizó recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, con fundamento en los siguientes motivos:

Primero: Con fundamento en el número 3º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Segundo: Con fundamento en el número 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción del artículo 1251, párrafo 1º del Código Civil .

Tercero: Con fundamento en el número 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción del artículo 164 de la Constitución Española, desarrollado por el artículo 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial ,

Cuarto: Con fundamento en el número 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción del artículo 1218 del Código Civil .

Quinto: Con fundamento en el número 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción de la jurisprudencia de esta Sala.

Sexto: Con fundamento en el número 3º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción del artículo 690, párrafo 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Séptimo: Con fundamento en el número 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción de la jurisprudencia de esta Sala.

Octavo. Con fundamento en el número 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , infracción por inaplicación del artículo 164 de la CE , desarrollado por el art. 40 de la LOTC , y el artículo 5.1 de la LOPJ .

CUARTO. Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador D. Francisco Abajo Abril, en nombre y representación de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A. , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.

QUINTO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el diez de julio de dos mil siete, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sra. D^a. ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Los hechos relevantes para resolver el presente recurso son:

1º El Banco Exterior de España otorgó un préstamo en escritura pública a MANUPLAST, S.A. Uno de los avalistas solidarios era el demandante, D. Rogelio . Como consecuencia del impago, el Banco declaró rescindido el préstamo y autorizó el ejercicio de las acciones correspondientes mediante juicio ejecutivo, despachándose ejecución contra el avalista ahora recurrente.

2º D. Rogelio se opuso a la ejecución por entender que la escritura pública no era un título ejecutivo, ya que no era una primera copia y ello a pesar de que la cláusula novena decía que las posteriores copias "podrán tener idénticos efectos ejecutivos que la primera , haciéndose constar así por el Notario" y lo mismo se decía al final de la misma: "es copia de su matriz, que expido, con carácter ejecutivo a instancia de la Entidad acreedora".

3º La sentencia del Juzgado nº 1 de Granada dictada en los autos del Juicio ejecutivo seguido a instancias del Banco Exterior declaró la nulidad del juicio ejecutivo porque la autorización genérica a favor del acreedor contenida en la escritura de préstamo, "que, eliminando las garantías legalmente establecidas, deja a su solo arbitrio la obtención del privilegio de la ejecutividad, con el consiguiente riesgo de inicio de vías ejecutivas paralelas, de idéntica o dispar naturaleza, de forma independiente de la voluntad del ejecutado y en contra de lo que establece el artículo 1256 del Código civil , que impide que la validez y el cumplimiento de las obligaciones pueda quedar al arbitrio de una de las partes". Y continúa la sentencia: "Y así, en el presente caso, habiendo sido despachada la ejecución en virtud de ulterior copia expedida por el Notario "con carácter ejecutivo" no se ha justificado por la parte actora en periodo probatorio, ante la oposición del motivo de nulidad estudiado, la concurrencia del correspondiente mandamiento judicial, o al menos la conformidad de la parte deudora en documento fehaciente, habilitadora para el inicio de la vía ejecutiva sin la intervención judicial, previa citación



del interesado en los términos que establece el citado precepto LEC [1429,1º]. Por lo que en consecuencia, procede la estimación del motivo de oposición aludido".

4º D. Rogelio demandó al Notario autorizante de la escritura, reclamando la responsabilidad extracontractual por los daños materiales y morales que le había ocasionado a su parecer la expedición con efectos ejecutivos, de la copia de la escritura de préstamo. La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia, nº 6 de Granada desestimó la demanda por no considerar probada la relación de causalidad entre los daños alegados y la intervención del Notario (sentencia de 2 febrero 1998).

5º Al mismo tiempo, D. Rogelio demandó al Banco pidiéndole la indemnización de los daños y perjuicios causados por el procedimiento ejecutivo, ya que entabló una demanda ejecutiva en base a un título que el demandado sabía que no llevaba aparejada ejecución, tal como resultaba de la sentencia dictada en el juicio ejecutivo y que aquí se ha transcrito en lo principal y ello, a sabiendas de que la escritura no tenía tal carácter y, además, porque el certificado del saldo deudor no recogía la realidad contable. El Banco Exterior se opuso por entender que había actuado de acuerdo con su propio derecho como acreedor, que el demandante se había personado en el ejecutivo y había obtenido la declaración de nulidad de las actuaciones y que no se le habían producido daños, dado que el Banco había actuado legítimamente ejerciendo su derecho.

La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 Granada, de 23-6-1998 , desestimó la demanda alegando, como argumentos, que la actuación del Banco demandado había sido correcta y legítima y amparada en la copia que en su día expidió el notario de acuerdo con la cláusula 9ª de la escritura de préstamo. Del ejercicio de las acciones, con defectuosa articulación de los medios legales que eventualmente puedan dar lugar a la desestimación de la demanda, no se sigue culpa extracontractual alguna.

Apelada dicha sentencia, la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Granada acordó, para mejor proveer y con suspensión del término para dictar sentencia, que se trajeran a la vista los autos 487/1997, de Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Granada , en la demanda interpuesta por D. Rogelio contra el Notario autorizante, tal como se ha reseñado en el punto 4º de este primer fundamento. A la vista de ello, dictó sentencia el 4-10-1999, considerando que la resolución dictada por dicho Juzgado en 1 diciembre 1998 proyecta sobre la presente causas sus efectos accesorios o indirectos, aunque las partes sean distintas, por lo que debía entenderse que se habían producido los efectos de la cosa juzgada y por ello, desestimó el recurso y con ello, la demanda.

Contra esta sentencia se formula el presente recurso de casación.

SEGUNDO. El primero de los motivos del presente recurso, al amparo del artículo 1692, 3 LEC denuncia la infracción del artículo 359 de la propia Ley procesal. Entiende el recurrente que se ha producido incongruencia, porque a lo largo del procedimiento, no se había opuesto nunca la excepción de cosa juzgada. Ello produciría la incongruencia denunciada.

Sin perjuicio de lo que luego se dirá con relación a la situación de cosa juzgada que es apreciada por la Sala sentenciadora al considerar coincidentes los procedimientos seguidos contra el Notario autorizante de la escritura de préstamo y el Banco Exterior, demandado en el presente procedimiento, debe recordarse al recurrente que la excepción de cosa juzgada puede apreciarse de oficio, tal como esta Sala ha señalado de manera reiterada, de modo que "la cosa juzgada material, cuando es notoria su existencia, como acontece en el presente supuesto y en cuanto afecta el inmediato fin del proceso, así como a la seguridad jurídica y al prestigio de unos órganos estatales, los judiciales, pertenecientes a la esfera del derecho público, debe ser apreciada de oficio por los tribunales" (STS de 13 mayo 2004, así como las de 13 febrero 1961, 1 julio 1966, 17 diciembre 1977, 10 noviembre 1978, 11 noviembre 1981, 6 diciembre 1982 y 5 octubre 1984).

En consecuencia, la apreciación de oficio de la existencia de cosa juzgada no produce el defecto denunciado de la incongruencia, por lo que debe rechazarse el primer motivo de este recurso.

TERCERO. En el segundo motivo del recurso, D. Rogelio , al amparo del artículo 1692, 4 LEC denuncia la infracción del artículo 1252 del Código civil , regulador en aquel momento, de la denominada presunción de cosa juzgada. El recurrente entiende que se ha vulnerado dicha disposición porque nadie la había invocado en el litigio y además, porque no hay perfecta identidad entre las causas, ni entre las partes.

Con independencia de la primera de las objeciones alegadas por el recurrente en relación a la ausencia de alegación de la concurrencia de cosa juzgada a lo largo del procedimiento, contestada en el anterior Fundamento, debe entrarse a estudiar si lleva o no razón el recurrente al alegar que estaba mal aplicada la denominada presunción de cosa juzgada, ya que no concurren en los dos casos los requisitos exigidos en el antiguo artículo 1252 del Código civil , es decir, la identidad entre las cosas, las causas y las personas de los litigantes.



Analizando los dos procedimientos, se comprueba que no obstante no haber existido identidad en la causa de pedir (Sentencia de 27 octubre 2006), porque en el procedimiento seguido contra el Notario autorizante de la escritura discutida, se ejerció una acción por culpa extracontractual por incumplimiento por parte del demandado de sus obligaciones profesionales en la expedición de una escritura de crédito como copia ejecutiva, cuando no reunía los requisitos exigidos en la Ley procesal para actuar como título ejecutivo mientras que al Banco se le demanda en este procedimiento por los daños y perjuicios causados por el embargo, consecuencia de la demanda ejecutiva y tampoco se produce identidad de los demandados, aunque sí del demandante (STS de 19 octubre 2004), sin embargo este motivo no debe ser apreciado porque debe entrar en juego la llamada doctrina de la equivalencia de resultados o falta de efecto útil de la casación, conforme a la que procede desestimar el motivo cuando, no obstante ser estimable, el fallo deba ser mantenido con otros argumentos (sentencias de 23 de mayo, 14 de junio y 15 de julio de 2.005, 15 de junio, 7 de julio, 6 y 29 de noviembre y 13 de diciembre de 2.006, 2 y 26 febrero y 9 julio 2007).

Ello exime a esta Sala de entrar a examinar el tercero de los motivos del recurso, que, en base en el 1692, 4 LEC denuncia la infracción del artículo 164 Constitución Española, desarrollado por los artículos 40 y 5.1 LOPJ , por no interpretar la sentencia objeto del recurso la legislación conforme a las SSTC y concretamente, la de 12 julio 1989 . La cuestión planteada en el tercer motivo se ha resuelto con los argumentos vertidos en los párrafos antecedentes y ello obliga a esta Sala a entrar a examinar el fondo del asunto.

CUARTO. Al amparo del artículo 1692, 4 LRC , denuncia el recurrente la infracción artículo 1218 del Código civil , ahora derogado, pero aplicable en el momento en que se formula el recurso. El recurrente entiende que el documento notarial de préstamo era literosuficiente y de ello debe deducirse que la sentencia de 1ª instancia se equivoca al decir que el recurrente era deudor cuando no lo era en realidad, ya que no ha recibido ningún préstamo, ni es fiador.

Este motivo no puede admitirse porque en él se plantea una cuestión nueva, que está vedada en casación, ya que ni en el juicio ejecutivo ni en la demanda que rige el presente litigio el recurrente ha opuesto su condición de no deudor y esta omisión no puede salvarse porque una excepción de este tipo no puede ser propuesta por vez primera en casación, como afirma la sentencia de 7 mayo 2005 (asimismo, SSTC de 4 diciembre 2000, 3 febrero 2005 y 21 julio 2006 , entre muchas otras).

Además, debe recordarse que el recurrente intervino en el documento notarial de préstamo en nombre propio y en calidad de representante de su esposa y de su hijo. En cualquier caso, está vedado entrar a discutir una cuestión no planteada porque altera la función de la casación, que no es una tercera instancia.

QUINTO. Los motivos quinto y séptimo plantean el núcleo central del recurso, en relación al objeto de la demanda presentada, es decir, si existe obligación de indemnizar por los daños causados cuando se ejercita una acción que es desestimada por los tribunales, en este concreto caso, por defecto en los documentos presentados en el juicio ejecutivo. El quinto motivo denuncia la infracción jurisprudencia, que el recurrente identifica en la sentencia del Tribunal Constitucional de 10 febrero 1992 y las sentencias de esta Sala de 20 mayo 1998, 21 octubre 1996 y 27 julio 1994. Se afirma que el juez de 1ª Instancia ha desoído lo que se afirma en la STC de 20 febrero 1992 en relación a la cantidad que debe figurar en el título ejecutivo. En el motivo séptimo, siempre al amparo del artículo 1692, 4 LEC denuncia la infracción de la doctrina contenida en las sentencias de 20 mayo 1998 y 21 octubre 1996 en relación con lo afirmado en la sentencia de 1ª instancia que, al resolver el fondo del asunto, declaraba que no había lugar a la indemnización pedida, porque "en modo alguno el ejercicio de una acción legítima por parte del Banco, ha podido dar lugar a una actuación motivadora de un daño al actor".

En primer lugar debemos examinar la jurisprudencia que se dice vulnerada. La STC 14/1992, de 10 febrero se refiere a diversas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por diversos juzgados españoles en relación a la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento civil, que establecía una redacción del artículo 1435.4 LEC relativo a lo siguiente: "si en los contratos mercantiles otorgados por Entidades de crédito, ahorro y financiación, en escritura pública o en póliza intervenida de conformidad con lo dispuesto en el número 6 del artículo 1429 de esta Ley se hubiese convenido que la cantidad exigible en caso de ejecución será la especificada en certificación expedida por la Entidad acreedora, aquélla se tendrá por líquida siempre que conste en documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en el título ejecutivo y que el saldo coincida con el que aparece en la cuenta abierta al deudor". El Tribunal Constitucional declaró que no había lugar a declarar inconstitucional la disposición transcrita, entre otras razones, porque "[...] Su párrafo cuarto no dispone que la certificación expedida por la Entidad acreedora, en la que se especifica la cantidad exigible de acuerdo con el saldo que aparezca en la cuenta abierta al deudor, sea tenida por verdadera, sino que se limita a declarar que la cantidad exigible, una vez especificada por la Entidad acreedora en la forma pactada en el título ejecutivo, «se tendrá por líquida». Que la Ley establezca que la cantidad reclamada es líquida para poder despachar la ejecución no significa que



presuma que es cierta o verdadera, puesto que, como ya tuvimos ocasión de señalar en el ATC 541/1984, tanto en el juicio ejecutivo como en el juicio ordinario que a éste pueda suceder todas las pruebas documentales dimanantes de cualquiera de los sujetos del proceso tienen igual fuerza y no hay ninguna que merezca la calificación de prueba privilegiada.", añadiendo que "En consecuencia, la norma cuestionada no consagra un privilegio probatorio en favor de las entidades de crédito, que contraría el art. 14 de la Constitución, pues no invierte la carga de la prueba, ni otorga a la contabilidad de las mismas el carácter de documento público. Y tampoco priva al deudor de un proceso con todas las garantías probatorias, ni lo sume en indefensión por exigirle una pretendida prueba diabólica o imposible, lo que, si ocurriera, sería sin duda contrario a los apartados 1 y 2, del art. 24, de la Constitución". De todo ello se deduce que la sentencia que se dice inaplicada no favorece en nada las pretensiones del recurrente, porque se refiere a uno de los aspectos, el relativo a la alegada falta de acreditación del saldo deudor, teniendo en cuenta que, además, el Tribunal Constitucional declara constitucional la disposición cuestionada, por lo que no puede aplicarse al presente recurso.

Las sentencias de esta Sala que se dicen impugnadas tampoco proporcionan al recurrente un apoyo para poder alcanzar el éxito en las tesis planteadas en el recurso. La sentencia de 27 de julio de 1994 resuelve un supuesto de daños morales producidos por un incumplimiento que genera un ataque a la propiedad en el sentido "del sosiego y legítimo disfrute en paz de los bienes adquiridos", como se ve, totalmente distinto del supuesto que ahora es objeto del recurso, referido al ejercicio de un derecho; la sentencia de 21 de octubre de 1996 resuelve un caso de daños producidos por una resolución de contrato. Sólo la de 20 de mayo de 1998 se refiere al caso de embargos que "producen graves daños por sí mismos y por la larga duración del proceso", pero siendo una única sentencia, no constituye jurisprudencia y más si se la compara con las pronunciadas por la Sala en relación a los requisitos exigidos en un tema muy delicado, como es el del daño producido por el ejercicio del derecho al proceso. Por ello, debemos examinar si concurren en el caso estas circunstancias señaladas en el caso resuelto por la última sentencia.

SEXTO. Esta Sala ha tenido ocasión de manifestarse en varios supuestos de derecho abusivo del proceso. La sentencia de 5 diciembre 1980 señala que la doctrina jurisprudencial tiene establecido que para la viabilidad de la petición de resarcimiento ocasionado por actuaciones judiciales de cualquier índole es necesario que la parte que las inició haya actuado dolosamente o cuando menos con manifiesta negligencia por no haberse asegurado el alcance de la acción ejercitada, lo que significa la intención de dañar no existirá "cuando sin traspasar los límites de la equidad y buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias ejecutivas para hacer valer una atribución que el actor estima corresponderle, por oponerse a ello la máxima *qui iure sui utitur neminem laedit salvo*, claro está, que el Tribunal sentenciador hubiera declarado su culpabilidad estimando la inexistencia de justa causa litigantis [...]". La sentencia de 31 enero 1992 señala que en este tipo de procesos la calificación de actuación abusiva ha de ser tomada con exquisito cuidado, para no coartar el ejercicio de acciones; en efecto dice que "el proceso en si es ejercicio de un derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, que no siempre ha de producir el éxito de la acción, no permite en modo alguno extraer y generalizar que el fracaso o abandono de una acción revele el carácter abusivo de un intento de ejercicio" (ver asimismo SSTS de 4 diciembre 1996 y 29 diciembre 2004).

En resumen, ante esta Sala se ha planteado si la interposición de demandas que originan litigios puede ocasionar daños que sean resarcibles. Esta cuestión se integra dentro de lo dicho antes: quien usa el litigio para defender los intereses que cree legítimos, no está obligado a resarcir los daños causados al demandado que gana el pleito, dejando aparte los problemas de la condena en costas, que no debe considerarse como indemnización desde este punto de vista. (Ver las SSTS 4 julio 1988, 14 julio 1989, 20 diciembre 1991 y 17 marzo 1992, entre otras). Por tanto, quien usa de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), no puede decirse que causa daño a otro, a no ser que actúe en franco abuso del derecho. Pero la concurrencia del abuso o de la mala fe en la interposición del litigio debe probarse por el demandante (en cierto sentido, la sentencia de 21 diciembre 2005).

Por lo tanto, para que exista daño que genere una obligación de indemnizar, quien litiga debe hacerlo de forma temeraria o caprichosa (STS de 6 julio 1990), o bien de forma abusiva (SSTS 17 marzo 1992 y 2 febrero 2001), pero no implica abuso del derecho a litigar que interpuesta una acción, no se obtenga la pretensión pedida (STS 21 marzo 1996).

En el presente caso no se puede atribuir a la actuación del Banco una conducta culpable o negligente ni temeraria por las razones siguientes:

1ª Porque el recurrente era avalista solidario, de acuerdo con lo que se deduce de la escritura pública de préstamo y que no ha negado ni en el procedimiento ejecutivo ni la demanda origen del presente procedimiento pone de manifiesto esta cuestión. Por tanto, impagado el crédito, debía soportar las acciones interpuestas por el Banco acreedor, entre las que se encontraban las asegurativas, que pueden también ser utilizadas en un procedimiento declarativo.



2ª Porque ha podido oponer en el procedimiento correspondiente, las causas de oposición a la demanda ejecutiva ejercitada por el Banco acreedor, con el correspondiente éxito, lo que produjo la declaración de nulidad del procedimiento ejecutivo iniciado, lo que no ha implicado en absoluto la lesión de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

3ª Porque no se ha probado en todo el procedimiento la realidad de los daños alegados en la demanda y por los que reclamaba.

Estas razones llevan a la desestimación de los motivos quinto y séptimo del recurso de casación.

SÉPTIMO. El sexto motivo de casación, al amparo del artículo 1692, 3º LEC denuncia la infracción del artículo 690 LEC Considera el recurrente que la sentencia de instancia ha debido estimar si se han causado daños o no; si se han acreditado o no, porque la respuesta del Banco Exterior de España respecto a los daños ocasionados al ahora recurrente es totalmente evasiva

Debe recordarse que el artículo 690 LEC ahora derogado, exigía que los litigantes manifestaran en sus respectivos escritos si estaban o no conformes con los hechos y que el silencio o las evasivas podrán estimarse en la sentencia como adhesión. Esta norma no puede aplicarse al presente supuesto, porque la sentencia del Juez de 1ª instancia no entró a examinar si existían o no daños al considerar directamente que el ejercicio legítimo del derecho por el Banco demandado no generaba per se culpa extracontractual, por lo que no puede aplicarse la norma que se dice infringida por no ajustarse el supuesto de hecho en ella previsto a lo argumentado por el recurrente, en consecuencia de lo cual, se desestima el presente motivo.

OCTAVO. El octavo de los motivos del recurso, al amparo del artículo 1692, 4º LEC denuncia la infracción por inaplicación, del artículo 164 CE , desarrollado por el artículo 40 LOTC y del artículo 5.1 LOPJ , por no interpretar la sentencia objeto de la presente casación la legislación conforme a las resoluciones del Tribunal Constitucional, concretamente la STC de 10 febrero de 1992, así como la STS de 20 mayo 1998 . Insiste aquí en los argumentos ya utilizados en el quinto motivo, que ya han sido contestados en los Fundamentos quinto y sexto de esta sentencia, a los que nos remitimos para contestar este motivo, que por las mismas razones expuestas en los Fundamentos aludidos, debe ser rechazado.

NOVENO. La desestimación de los motivos del recurso de casación formulado por el recurrente D. Rogelio determina la desestimación del recurso. Asimismo, procede la imposición de las costas del mismo, de acuerdo con las disposiciones legales.

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

FALLAMOS

1º Se desestima el recurso de casación presentado por la representación de D. Rogelio contra la sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Granada, de cuatro de octubre de dos mil , dictada en el rollo de apelación número 1148/98.

2º Se confirma el fallo de la sentencia recurrida en todos sus extremos, incluido lo relativo a las costas.

3º Imponer las costas causadas por este recurso a la parte recurrente, y la pérdida del depósito constituido, al que se le dará el destino legal.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- FRANCISCO MARÍN CASTÁN .- ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS .- RAFAEL RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMA. SRA. Dª. Encarnación Roca Trías, 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.