



Roj: **STS 1090/1997** - ECLI: **ES:TS:1997:1090**

Id Cendoj: **28079110011997101565**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/02/1997**

Nº de Recurso: **828/1993**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **ANTONIO GULLON BALLESTEROS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Febrero de mil novecientos noventa y siete.

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 Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santander, con fecha 17 de febrero de 1993, como consecuencia de los autos de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Laredo, sobre obligación de contra; cuyo recurso ha sido interpuesto por la entidad Construcciones Santiago Santisteban, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Rafael Rodríguez Muñóz; siendo parte recurrida D^a Diana , representada por el también Procurador D. José Luis Ferrer Recuero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Laredo fueron vistos los autos de juicio declarativo de menor cuantía, sobre obligación de contrato, instados por la Entidad Construcciones Santiago Santisteban, S.A., contra D^a Diana .

Por la parte actora se formuló demanda con arreglo a las prescripciones legales, alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicando se dictase sentencia "por la que se declare: a) La existencia del contrato privado de compraventa otorgado por las partes en litigio, en Laredo, de fecha 22 de abril de 1989.- b) El derecho de mi principal a hacer uso, ejercitando, la opción b) de la Estipulación Séptima del mentado contrato privado. Y, que se condene a la demandada D^a Diana a que otorgue escritura pública de compraventa de la finca objeto del dicho contrato privado a favor de Construcciones Santiago Santisteban, S.A. en el precio de veinte millones de pesetas, que deberá ser reconocido por la vendedora y ahora demandada, se procederá por el Sr. Juez a otorgar en su nombre la correspondiente escritura pública; y, en el cualquier caso, imponer a la demandada el pago de todas las costas de este procedimiento".- Admitida a trámite la demanda y emplazado el mencionado demandado, su representante legal la contestó oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente y terminó suplicando se dictase sentencia "por la que se desestime íntegramente la demanda absolviendo libremente de la misma a D^a Diana , y con expresa imposición de costas a la parte actora".

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 30 de diciembre de 1991, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO.- Que estimando la demanda formulada por la representación de Construcciones Santisteban, S.A. contra D^a Diana debo declarar y declaro: a) La existencia del contrato de compraventa otorgado por las partes en litigio en escritura privada y en Laredo el día 22 de abril de 1989. b) El derecho de la Sociedad demandante a hacer uso, ejercitando la opción b) de la estipulación séptima del mentado contrato privado transcrito en el "Antecedente de Hecho" primero de esta Resolución, condenando en consecuencia a D^a Diana a que otorgue escritura pública de compraventa de la finca objeto de dicho contrato privado en favor de Construcciones Santiago Santisteban, S.A. en el precio de Veinte Millones de pesetas, el que deberá ser reconocido por la vendedora aquí demandada como abonado íntegramente por la demandante compradora, bajo apercebimiento



de que no hacerlo, se procederá a otorgar dicha escritura por el Juzgador en su nombre, y al pago, por imperativo legal, de las costas causadas en este procedimiento".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de 1ª Instancia por la representación de la Entidad Construcciones Santiago Santisteban, S.A. y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santander, dictó sentencia con fecha 17 de febrero de 1993, con la siguiente parte dispositiva: "FALLAMOS.- Que revocando la sentencia recurrida, y desestimando la demanda formulada en nombre de Construcciones Santiago Santisteban, S.A., debemos absolver y absolvemos de las pretensiones de la misma a la demandada Dª Diana , imponiendo a la demandada las costas de la primera instancia y sin expresa imposición de este recurso".

TERCERO.- El Procurador D. Antonio Rafael Rodríguez Muñoz, en representación de la entidad Construcciones Santiago Santisteban, S.A., interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santander de fecha 17 de febrero de 1993, con apoyo en los siguientes motivos.- Primero: Al amparo del art. 1692.3º LEC . Infracción del art. 24.1 de la CE.- Segundo: Al amparo del art. 1692.4º LEC. Por infracción del art. 1281, párrafo primero y sentencias que se citan.- Tercero: Al amparo del art. 1692.4º LEC. Infracción del art. 1255 C.c."

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido para impugnación, el Procurador D. José Luis Ferrer Recuero, en representación de la parte recurrida presentó escrito con oposición al mismo.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 4 de febrero de 1997, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son antecedentes necesarios para la resolución de este recurso de casación los que a continuación siguen, que configuran en realidad el tema de este litigio, que no es otro si saber si entre la actora y la entidad demandada se había concertado un pacto comisorio en la constitución de garantía hipotecaria en favor de la segunda.

Por escritura pública de 22 de abril de 1989, Dª Diana hipoteca el inmueble que se describe en favor de Construcciones Santiago Santisteban,, S.A. para garantizar la devolución de un préstamo que hace a la susodicha propietaria de veinte millones de pesetas, obligándose la misma a su devolución en un año desde la fecha de la escritura, devengando la suma antedicha un interés del dieciocho por ciento anual, pagadero al final de la anualidad. Esta escritura de constitución de hipoteca se inscribió oportunamente en el Registro de la Propiedad. En la misma fecha del otorgamiento de la escritura de constitución de hipoteca, las mismas partes celebran un contrato privado con posterioridad, en el cual se pacta:

1º. La venta por la Sra. Diana a Construcciones Santiago Santisteban, S.A. del edificio que antes se había hipotecado. La sociedad compradora recibe la posesión material del mismo. Se estipula que el precio a pagar la compradora sería un veintidós cincuenta por ciento de lo que obtuviese por la venta del edificio, una vez obtenida la Licencia Municipal que permitiese su rehabilitación o adaptación para viviendas, oficinas, locales comerciales, garages, etc., o cualquiera de esos fines. Si no se aprovechasen en la nueva construcción las estructuras del edificio existente, la participación sería del veinte por ciento. Se señalaron las formas de pago de la cantidad en que quedasen el precio, pero estableciéndose que ante todo se recuperaría la sociedad compradora de los veinte millones de pesetas prestadas y garantizadas con la hipoteca constituida con anterioridad, que ahora se dicen dados "en concepto de anticipo o adelantamiento del precio total de esta compraventa".

Si la Administración no concedía en el plazo de un año la recalificación urbanística de la finca y la oportuna Licencia Municipal de obras, contado a partir de la fecha del contrato privado, la sociedad compradora se reservó la siguiente opción en la estipulación séptima de dicho contrato: "Si la Administración, a pesar de la petición y gestiones que haga el Sr. Marcos , en la representación que ostenta, no le concediese la recalificación urbanística de la finca y, en su consecuencia la oportuna Licencia Municipal de Obras, a los fines expuestos en este documento, transcurrido que sea un año, contado a partir de la fecha de este contrato Don. Marcos , en la representación ostentada, podrá optar, entre: a) Dar por resuelto el presente contrato, con la exigencia de devolución de parte de la Sra. Diana , de las cantidades recibidas de Construcciones Santiago Santisteban, S.A. y las abonadas por ésta en nombre de aquella, más los intereses correspondientes al diez y ocho por ciento anuales, pudiendo ejercitar las acciones pertinentes, en caso de impago, entre ellas las correspondientes a la hipoteca a que se refiere la manifestación IV del presente contrato.- b) Exigir a la Sra. Diana a que verifique de inmediato, si ya no lo hubiese efectuado, escrituras públicas de compraventa a



nombre de la Sociedad aquí compareciente o de la persona o personas físicas o jurídicas que esta designe, considerando que el precio de la mentada compraventa es el valor del préstamo de 20.000.000 de pesetas concedido a que se refiere la manifestación IV del presente contrato, y que ya estaría desembolsado por Construcciones Santiago Santisteban, S.A. por la cantidad que en este mismo acto recibirá la Sra. Diana y por los pagos que Construcciones Santiago Santisteban, S.A. hará en su nombre y para los que más adelante será convenientemente autorizado".

Finalmente, aclarando -se dice en el contrato privado- la escritura de hipoteca constituida en escritura pública, la Sra. Diana manifiesta que, pese a lo que allí dijo, no había recibido absolutamente nada, pero que recibe y recibirá los veinte millones de pesetas mediante un talón que Construcciones Santiago Santisteban le entrega en ese acto por importe de doce millones ochocientos mil pesetas, extendido a su nombre, y con los pagos que dicha sociedad hará por cuenta y orden suya, y para los cuales autoriza expresamente a aquélla, pagos que se recogen en otras partes del contrato, y que en total ascenderán a siete millones doscientas mil pesetas.

Con fecha 19 de julio de 1990, Construcciones Santiago Santisteban, S.A. interpone demanda, tramitada por las normas del declarativo de menor cuantía, contra D^a Diana, en la que solicita que se condene a la demandada a otorgar escritura pública de compraventa de la finca o inmueble, haciendo la actora uso de la opción b) de la estipulación séptima del contrato privado de compraventa de 22 de abril de 1989. La actora se opone a la demanda, estimando que lo que se exige es la efectividad de un pacto comisorio prohibido por la ley, y pide su absolución.

El Juzgado de 1^a Instancia considera que las partes, con el contrato privado posterior a la escritura pública de hipoteca, cesaron en la condición de prestamista y prestatario para devenir, respectivamente, en la de comprador y vendedor, por lo que no puede invocarse la prohibición del pacto comisorio. Por todo ello da lugar a lo que la demanda solicita en ejercicio de la opción b) de la estipulación séptima del contrato privado.

En grado de apelación, la Audiencia revoca, no sólo por la prohibición de pacto comisorio, sino por ser dudosa la licitud y eficacia de la condición, la recalificación de la finca, que de no conseguirse permite hacerse propietario por precio pactado de veinte millones de pesetas de una finca que vale mucho más según los informes periciales. También alega el art. 1255 C.c., por darse lugar "a un enriquecimiento sin causa". Con fundamento en todas estas consideraciones, al revocar desestima la demanda.

Construcciones Santiago Santisteban, S.A. ha interpuesto recurso de casación por los motivos que se pasan a examinar, a los cuales se les dará respuesta por un orden lógico que aflora por sí mismo, dada la naturaleza de los problemas planteados.

SEGUNDO.- El motivo segundo, al amparo del art. 1692.4 LEC, denuncia infracción por inaplicación del art. 1281, párrafo 1º, del Código civil, y la jurisprudencia interpretativa del mismo que cita, porque a juicio de la recurrente, "ya que siendo claros los términos del contrato privado de compraventa, de fecha 22 de abril de 1989, sin dejar alguna duda sobre la intención de los contratantes,, ha de estarse al espíritu de sus cláusulas". Desarrolla el motivo haciendo hincapié en la intención común de los contratantes, afirmando textualmente: "Es evidente que el contrato principal y querido por las partes contratantes era el mentado contrato privado entre ellos suscrito en fecha 22 de abril de 1989 y no la escritura pública de hipoteca suscrita con anterioridad, aunque el mismo día, ya que ésta el único fin que tenía era el de garantizar realmente la devolución de parte de la vendedora de la cantidad ya desembolsada por mi principal (20.000.000 ptas.) más los intereses pactados, para el caso que éste decidiese la resolución del contrato. Es decir para el caso de que optase por la letra a) de la Estipulación Séptima. Por tanto la hipoteca constituida no era otra cosa que un contrato accesorio de garantía y, tanto es así, que como se dice en la Estipulación Novena del meritado contrato privado, la Sra. Diana no recibió ni una sólo peseta en concepto de préstamo, sino que los 20.000.000 ptas. los recibe como consecuente del contrato privado y en la forma y manera que en dicha Estipulación Novena se dice".

El motivo se desestima pues su falta de consistencia real es patente. Aparte de no combatir las razones por las cuales la Audiencia llega al fallo desestimatorio de sus pretensiones, y aparte de calificar el contrato privado sometido a debate judicial como de una claridad meridiana cuando su denso y largo contenido lo desmiente inmediatamente, bastaría con detenerse en lo que la recurrente dice en defensa de su motivo para coincidir con el fallo de la Audiencia. Dice que la hipoteca no tenía como fin más que garantizar a la sociedad compradora la devolución de los veinte millones de pesetas y los intereses pactados para el caso de que optase por ejecutar la hipoteca constituida el mismo día, si decidía la resolución del contrato. Pero esa opción de la estipulación séptima entraña un pacto comisorio (arts. 1858 y 1859 C.c.), porque a través de la instrumentación de una compraventa en la que el objeto es el inmueble gravado y el precio es el importe de la deuda insatisfecha, el acreedor hipotecario persigue el mismo fin prohibido legalmente; que se apropie de la cosa dada en garantía en satisfacción de su crédito. Se comete un fraude de ley, porque, al amparo del texto de una norma que lo permite (art. 1445 C.c.), resulta vulnerada la norma prohibitiva del pacto comisorio, por lo que, descubierto



el fraude, hay que aplicar ésta por ordenarlo el art. 6º.4 del Código civil. Frente a ello no puede alegarse que el acreedor de restitución tenía la opción de ejecutar la hipoteca o la de exigir la transmisión de la propiedad de la finca, independizando así dos consecuencias jurídicas del incumplimiento. El artificio fraudulento reside precisamente en esa disociación de tal manera que parezca que la apropiación de la cosa dada en garantía no es una consecuencia de la hipoteca, sino de exigir el cumplimiento de un simple contrato de compraventa. Pero se articule más o menos ingeniosamente, lo cierto es que el acreedor hipotecario, pues esa cualidad no la quiere perder, satisface de una manera forzosa para su deudor el interés que tiene pasando a ser propietario, por el importe de la deuda garantizada, del inmueble gravado.

A todo lo expuesto, la Sala ha de agregar también que no puede entrar a examinar las consecuencias jurídicas que se derivan del contrato privado en relación con la escritura de hipoteca anterior, por vedarlo el principio dispositivo y la prohibición de introducir y resolver cuestiones nuevas de oficio, que no son derivadas de normas de orden público. Así, pues, únicamente ha sido objeto de consideración en este motivo las infracciones legales denunciadas expresamente.

TERCERO.- El motivo primero, al amparo del art. 1692.3º LEC, acusa infracción del art. 24.1 de la Constitución y 359 LEC por incongruencia y contradicción de la sentencia recurrida. Argumenta que la misma hace descansar el fallo desestimatorio, esencialmente, en la ineficacia de la cláusula del contrato privado en que se fundamenta la pretensión. Sin embargo, la Audiencia dice que no puede declarar la nulidad de esa cláusula (la séptima) porque no ha sido pedida. Entonces, se pregunta el recurrente, ¿cómo se basa en la nulidad de la cláusula que no puede declarar nula?

El motivo se desestima. La sentencia recurrida desestima la demanda por tres razones; se opone a la prohibición legal del pacto comisorio; posible ilicitud de la condición a que se sometió el contrato (concesión de la recalificación del inmueble por el Ayuntamiento); prohibición del enriquecimiento injusto. Después de exponerlas, el fundamento jurídico segundo dice: "todo lo cual impide la eficacia de la cláusula fundamento de la pretensión, aun cuando su nulidad no pueda ser expresamente declarada, por razones de congruencia con la petición de la demandada, limitada a la absolución de la demanda". De lo transcrito se deduce que ha dado lugar a la petición de desestimación de la demanda, y como no se pedía nada más, no declara la nulidad de la cláusula. No se ve por ello motivo de incongruencia alguna con el fallo desestimatorio.

En realidad, a lo que el motivo parece apuntar con técnica defectuosa, es a que esta desestimación se produce por razones que no se han controvertido en la demanda, y desde este punto de vista también es rechazable porque en su contestación, la demandada alegó la nulidad de la cláusula por entrañar pacto comisorio en la hipoteca prohibido legalmente (folio 177 y 178 de los autos). Sí es cierto, en cambio, que las otras dos razones que da la Audiencia no responden a temas controvertidos, y que en esa contestación a la demanda exclusivamente se solicita la desestimación de la misma con absolución de sus peticiones.

Pero tratándose de una norma legal imperativa como es la de la prohibición del pacto comisorio (arts. 1858 y 1859 C.c.) no es necesario reconvenir para que se decrete su nulidad porque no se trata de la defensa de ningún interés privado sino del interés público, que no puede consentir que se deje en manos de los acreedores la facultad de apropiarse de los bienes de los deudores que dieron en garantía para satisfacer las deudas impagadas.

En consecuencia, dada la naturaleza de la prohibición, estamos ante una nulidad radical y absoluta, apreciable de oficio por los tribunales, y así debió declararla la Audiencia. En este caso, se alegó por la demandada para destruir la base en que la actora fundamentaba su acción, por lo que no hubiera existido el más mínimo obstáculo legal para que la declaración de nulidad se hubiera producido; fue alegada extensamente, es decir, fue excepción esgrimida, y precisamente como fundamento de la petición de absolución de la demanda.

CUARTO.- El motivo tercero, a amparo del art. 1692.4º LEC, alega infracción del art. 1255 del Código civil, por no respetarse el principio de la autonomía de la voluntad. En su fundamentación se insiste en la legalidad de la estipulación séptima del contrato privado, por ser libremente querida por las partes, y no es atentatoria contra las leyes, la moral o el orden público.

El motivo se desestima. Reiteradamente tiene declarado esta Sala el art. 1255 C.c. es un precepto tan genérico que no puede sustentarse en él exclusivamente ningún motivo de casación. Además, es de todos conocido que la autonomía de la voluntad tiene, entre otros, el límite de lo dispuesto en las leyes, y la estipulación cuya validez se controvierte es contraria a la prohibición legal del pacto comisorio.

QUINTO.- El motivo quinto, al amparo del art. 1692.4º LEC, cita como infringido el art. 10991, en relación con los arts. 1258 y 1278, todos del Código civil, "ya que -dice- lo convenido en la letra b) de la Estipulación Séptima del contrato privado suscrito entre las partes litigantes, en fecha 22 de abril de 19989, tiene fuerza de Ley y su cumplimiento es obligado".



El motivo se desestima por obligada consecuencia de la desestimación de los anteriores.

SEXTO.- La desestimación del recurso lleva consigo la condena en costas del recurrente (art. 1.715.2 LEC).

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

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación interpuesto por Construcciones Santisteban, S.A. contra la sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Santander, con fecha 17 de febrero de 1993. Con condena en las costas de este recurso a la parte actora. Sin hacer declaración sobre el depósito al no haberse constituido. Comuníquese esta resolución a la mencionada Audiencia con devolución de los autos y rollo que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.-Luis Martínez-Calcerrada Gómez.-Antonio Gullón Ballesteros.- Rubricado PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Gullón Ballesteros, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CIJ 2003