

Roj: **STS 581/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:581**Id Cendoj: **28079110012017100108**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **21/02/2017**Nº de Recurso: **3179/2014**Nº de Resolución: **111/2017**Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 21 de febrero de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 595/2013 por la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 140/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 43 de Madrid, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el procurador don David García Riquelme en nombre y representación de doña Adelaida, compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don David García Riquelme en calidad de recurrente y el procurador don Carlos Plasencia Baltes en nombre y representación de don Donato, Eloy y doña Belen, en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno**

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El procurador don Carlos Plasencia Baltes, en nombre y representación de don Donato, don Eloy y doña Belen interpuso demanda de juicio ordinario, asistido del letrado don David González Salinero contra doña Adelaida y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

« Se condene a la demandada a otorgar la escritura pública de Transmisión de la propiedad de la vivienda sita en Madrid, en la CALLE000, n.º NUM000; NUM001, a favor de don Eloy y doña Belen, determinando por el Juzgado día y hora; siendo dicho otorgamiento en la misma notaría donde se firmó el compromiso de la transmisión; y así se transmita la propiedad de la vivienda en favor de don Eloy y doña Belen, que se seguirán haciendo cargo de los pagos de las cuotas de la hipoteca que grava la vivienda, corriendo la demandada y don Donato con los gastos de dicho otorgamiento y con la correspondiente imposición de costas a la parte demandada».

**SEGUNDO.-** El procurador don David García Riquelme, en nombre y representación de doña Adelaida, y asistido del letrado don José Luis Moreno Cela contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que:

« Se desestimen íntegramente las pretensiones deducidas por los demandantes, con expresa condena en costas a los mismos».

**TERCERO.-** Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 43 de Madrid, dictó sentencia con fecha 27 de junio de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

« Que desestimo la demanda interpuesta por la representación procesal de don Donato, don Eloy y doña Belen contra doña Adelaida, absolviendo a la demandada de las pretensiones ejercitadas de contrario. Las costas del presente procedimiento se imponen a los demandantes».



**CUARTO.-** Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 1 de septiembre de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue:

« Que ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por el Procurador don Carlos Plasencia Baltes, en nombre y representación de don Donato , don Eloy y doña Belen contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 43 de Madrid, de fecha 27 de junio de 2013, debemos revocar y revocamos la misma para en su lugar acordar lo siguiente:

» Que con estimación de la demanda promovida por don Donato , don Eloy y doña Belen contra doña Adelaida , DEBEMOS CONDENAR y CONDENAMOS a la demandada a que cumpla la obligación plasmada en acta notarial y en consecuencia a que otorgue escritura pública de transmisión de la vivienda sita en la CALLE000 n.º NUM000 , NUM001 de Madrid, a favor de don Eloy y doña Belen , como indemnización por el importe de las cuotas ya pagadas como fiadores a fecha de dicha escritura y las que falten por pagar según certificación de la entidad financiera, con imposición de las costas causadas en la primera instancia a la parte demandada, y sin hacer expresa condena de las de esta alzada».

**QUINTO.-** Contra la expresada sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de doña Adelaida con apoyo en los siguientes motivos: Primero.- Infracción del artículo 1859 del Código Civil. Pacto comisorio. Segundo.- Infracción del artículo 7 del Código Civil en cuanto se produce abuso de derecho. Tercero.- Infracción del artículo 6.4 al existir fraude de Ley. Cuarto.- Don Donato carece de acción frente a doña Adelaida . Quinto.- El acta de manifestaciones es un acto unilateral hecho en un momento determinado, circunstancia que ahora no se dan. No es un pacto. Por tanto se da una infracción sobre la consideración de los documentos.

**SEXTO.-** Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto de fecha 29 de junio de 2017 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, el procurador don Carlos Plasencia Baltes, en nombre y representación de don Donato , don Eloy y doña Belen presentó escrito de impugnación al mismo.

**SÉPTIMO.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 11 de enero del 2017, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la validez de un compromiso obligacional de los deudores hipotecarios otorgado a los fiadores en garantía de la indemnización que les pudiera corresponder por hacerse cargo del pago total o parcial de la deuda hipotecaria. Todo ello con relación a la prohibición de pacto comisorio ( artículo 1859 del Código Civil).

2. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en instancia.

I) El 11 de agosto de 2005, don Donato y doña Adelaida adquieren por compraventa un piso en Madrid por el precio de 430.000 euros, que la parte vendedora confiesa haber recibido con anterioridad a la formalización de la escritura pública de compraventa.

II) En la misma fecha, y sin solución de continuidad, los compradores suscriben con la Caixa un préstamo con garantía hipotecaria. Dicho préstamo se instrumentaliza en una escritura de crédito abierto hasta un límite de 400.000 euros que los compradores reciben en concepto de primera disposición. Cantidad que se debe amortizar mediante el pago de cuotas mixtas de periodicidad mensual, con un vencimiento final que no puede exceder del día 31 de agosto de 2035.

III) En dicha escritura de préstamo hipotecario aparecen como fiadores solidarios don Eloy y doña Belen , padres de don Donato .

En la misma fecha, esto es, el 11 de agosto de 2005, a instancia de los compradores se otorga un acta de manifestaciones con el siguiente tenor:

«[...] Hacen constar los comparecientes que si a consecuencia del impago total o parcial del crédito, tuviesen que hacerse cargo de éste los referidos fiadores, se comprometen a transmitir a los mismos la finca hipotecada, siendo de su cuenta todos los gastos que con ello se originen».



IV) En el mes de octubre de 2012, los prestatarios dejan de abonar las cuotas del préstamo hipotecario, y la entidad bancaria exige el cumplimiento de las mismas a los fiadores que, a la fecha de la interposición de la demanda del presente pleito, han abonado cuatro cuotas.

3. Don Donato y sus padres, los fiadores don Eloy y doña Belen, demandantes y aquí recurridos, presentaron demanda contra doña Adelaida en la que solicitan su condena a otorgar la escritura pública de transmisión de la propiedad de la vivienda a los fiadores por haberse cumplido la condición pactada, de acuerdo con el tenor del compromiso adquirido por los deudores hipotecarios.

Doña Adelaida se opuso a la demanda poniendo de manifiesto que, tras la ruptura de la convivencia de hecho con el codemandante don Donato en el año 2008, la vivienda está sujeta a un procedimiento de división de cosa común con objeto de ser subastada. Y que, en todo caso, el acta de manifestaciones es una declaración de voluntad unilateral que no fue aceptada y constituye un pacto comisorio prohibido en nuestro ordenamiento jurídico.

4. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. En este sentido, consideró que la referida acta de manifestaciones constituía un auténtico pacto comisorio, resultaba claramente abusiva por cuanto los fiadores adquirirían el inmueble abonando únicamente cuatro cuotas del préstamo hipotecario y, además, el deudor era codemandante.

5. Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la sentencia de la Audiencia, con estimación del recurso, revocó la sentencia de primera instancia y estimó la demanda. A los efectos que aquí interesan declaró:

« [...] En este caso no estamos en presencia de un préstamo donde los acreedores pretenden hacer suya la cosa en propiedad si la parte deudora incumple su obligación de pago, sino ante un supuesto que responde mucho más a la realidad de las cosas, esto es cuando los avalistas son requeridos por el Banco para el pago de la cantidad que no abonan los deudores principales, quienes se comprometen a transferir la propiedad a aquellos. Supuesto que no es ajeno al contenido del artículo 1838 del CC en virtud del cual el fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por este en la cantidad total de la deuda (más intereses, gastos etcétera). Aquí los deudores principales frente al Banco, titulares de la vivienda hipotecada, vienen a fijar mediante dicha acta de manifestaciones ante Notario la concreción de esa indemnización a los fiadores, que se hacen cargo del crédito o préstamo hipotecario, a la sazón padres de don Donato. Se trata por tanto de una obligación asumida libre y voluntariamente por los compradores de la vivienda, que vienen obligados a su cumplimiento».

6. Frente a la sentencia de apelación, la demandada interpone recurso de casación.

#### **Recurso de casación.**

**SEGUNDO.-** *Prohibición de pacto comisorio ( artículo 1859 del Código Civil ). Garantía atípica. Compromiso unilateral de los deudores hipotecarios de transmitir la vivienda hipotecada a los fiadores en caso de incumplimiento total o parcial de la deuda. Doctrina jurisprudencial aplicable.*

1. La recurrente, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC, interpone recurso de casación que articula en cinco motivos. De los que han resultado admitidos el primero y el quinto.

2. En el motivo primero, denuncia la infracción del artículo 1859 del Código Civil que prohíbe el pacto comisorio. En el desarrollo del motivo cita las sentencias de esta sala de 27 de enero de 2012, 4 de mayo de 1988, 18 de febrero de 1997 y 25 de septiembre de 1986

3. El motivo debe ser estimado.

El artículo 1859 del Código Civil contempla, de acuerdo con nuestro Derecho Histórico y antecedentes de nuestra codificación (Partida 5.ª, ley 41 del Tít. V y 12 del Tít. XIII y Proyecto de 1851), la prohibición del pacto comisorio que impide que el acreedor, verificado el incumplimiento del deudor hipotecario o pignoraticio, haga suya la cosa entregada en garantía, bien directamente mediante su apropiación, o bien indirectamente mediante su disposición.

Dos son los presupuestos que caracterizan la aplicación de esta figura. En primer lugar, que el pacto de apropiación o disposición, previo o coetáneo a la garantía, se halle causalmente vinculado al nacimiento del crédito cuyo cumplimiento se garantiza. En segundo lugar, que la apropiación o disposición del bien no esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición, esto es, que se realice haciendo abstracción de su valor.

En este contexto, debe señalarse que la prohibición del pacto comisorio, con los presupuestos de aplicación resaltados, opera igualmente en la configuración y validez de las garantías atípicas con un resultado equivalente ( STS 485/2000, de 16 mayo).



Esto es lo que ocurre en el presente caso, en donde la configuración de la garantía atípica otorgada en favor de los fiadores reúne los presupuestos del pacto comisorio y, por tanto, debe ser asimilada a un auténtico pacto comisorio prohibido por la norma, que prevé a su nulidad absoluta ( STS 141/2013, de 1 de marzo).

En efecto, desde la literalidad del compromiso obligacional asumido unilateralmente por los deudores hipotecarios se observa, con claridad, que la garantía otorgada se halla causalmente vinculada al nacimiento del futuro crédito de los fiadores, cuya indemnidad se garantiza de forma coetánea a la constitución del préstamo hipotecario, en la misma fecha y en unidad de acto. De forma que la disposición de la vivienda en favor de los fiadores opera automáticamente ante el incumplimiento total o «parcial» de los deudores. Sin ningún procedimiento objetivable de realización del bien y con ausencia de todo mecanismo de restitución o compensación por los pagos y gastos ya satisfechos por los deudores con relación al préstamo hipotecario suscrito. Del mismo modo dichos deudores hipotecarios no reciben ninguna contra-garantía por la disposición efectuada en favor de los fiadores, pues para la entidad bancaria continúan sujetos a la relación crediticia y, por tanto, siguen respondiendo de las obligaciones derivadas del préstamo hipotecario.

4. La estimación del motivo primero comporta la estimación del recurso de casación, por lo que resulta innecesario entrar en el examen del motivo quinto del recurso.

**TERCERO.- Costas y depósitos.**

1. La estimación del recurso de casación comporta que las costas causadas por el mismo no se impongan a ninguna de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398. 2 LEC.

2. La estimación del recurso de casación comporta la revocación de la sentencia recurrida y la desestimación del recurso de apelación, por lo que procede hacer expresa imposición de costas de la apelación, artículo 398 .1 LEC .

3. Asimismo, procede ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Adelaida contra la sentencia dictada, con fecha 1 de septiembre de 2014, por la Audiencia Provincial de Madrid, sección 11.ª, en el rollo de apelación núm. 595/2013, que casamos y anulamos, con la desestimación del recurso de apelación, para en su lugar confirmar los pronunciamientos de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, núm. 43, de Madrid, de 27 de junio de 2013, dimanante del juicio ordinario núm. 140/2013. 2. No procede hacer expresa imposición de costas del recurso de casación. Procede hacer expresa imposición de costas de apelación a la parte apelante. 3. Procede ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Castan Ignacio Sancho Gargallo **Francisco Javier Orduña Moreno**  
**Rafael Saraza Jimena Pedro Jose Vela Torres**