



Roj: **STS 312/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:312**

Id Cendoj: **28079110012020100083**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/02/2020**

Nº de Recurso: **2830/2017**

Nº de Resolución: **77/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 585/2017,**  
**STS 312/2020**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 77/2020**

Fecha de sentencia: 04/02/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2830/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/01/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. **Juan María Díaz Fraile**

Procedencia: AUD. PROVINCIAL DE SEVILLA SECCION 5.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: IS

Nota:

CASACIÓN núm.: 2830/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. **Juan María Díaz Fraile**

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 77/2020**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. **Juan María Díaz Fraile**



En Madrid, a 4 de febrero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia, de 17 de abril de 2017, dictada en grado de apelación por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 697/2014 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Marchena, sobre derechos reales.

Son parte recurrente D. Sabino y D.ª Olga, representados por el procurador D. Joaquín de Diego Quevedo y bajo la dirección letrada de D.ª María Nieves Monteserin Arias.

Son parte recurrida D.ª Rafaela y D. Luis Pedro representados por el Procurador D. José María Hidalgo Sevillano y bajo la dirección letrada de D. Enrique González Gutiérrez.

Es también parte recurrida D. Juan Luis y D. Pedro Antonio, representados por el procurador D. José María Hidalgo Sevillano y bajo la dirección Letrada de D. José Carlos Peña García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Juan María Díaz Fraile**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Manuel Aguilar Morales, en nombre y representación de D. Sabino y D.ª Olga, interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Juan Luis, D. Pedro Antonio, D. Luis Pedro y D.ª Rafaela, en la que solicitaba se dictara sentencia:

"[...] con los siguientes pronunciamientos:

"1.- La declaración de existencia de un contrato de préstamo garantizado mediante la compraventa formal o aparente del inmueble sito en la CALLE000, NUM000 de Marchena, inscrita en el Registro de la Propiedad de Marchena número NUM001, al tomo número NUM002, libro NUM003 del término de Arahal, folio NUM004, finca NUM005, formalizado en escritura pública otorgada el día nueve de diciembre de 2009 ante el Notario Miguel Ángel del Pozo Espada, con n.º de protocolo 4695.

"2.- La declaración de que los intereses moratorios pactados en los contratos de préstamo son usureros y abusivos, por lo que el actor adeuda el principal prestado, que se fija en la cantidad de treinta y seis mil cuatrocientos cincuenta y cinco euros y setenta y seis céntimos de euro (36.455,76).

"3.- La declaración de nulidad de la escritura por la que se elevó a documento público dicha compraventa autorizada en fecha de nueve de diciembre de 2009 por el Notario don Miguel Angel del Pozo Espada, con n.º de protocolo 4695.

"4.- La declaración de nulidad de la escritura por la que se elevó a documento público la compraventa autorizada con fecha de ocho de febrero de 2010 por el Notario don Victoriano Valpuesta Contreras, con el n.º 235 de su protocolo, relativa al inmueble inscrito en el Registro de la Propiedad de Marchena número NUM001, al tomo número NUM002, libro NUM003 del término de Arahal, folio NUM004, finca NUM005.

"5.- La declaración de nulidad de las inscripciones registrales a que dichas escrituras dieron lugar, debiéndose comunicar la misma al Registro de la Propiedad n.º 1 de Marchena para la práctica de los asientos que correspondan, en su virtud de lo establecido en el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

"6.- La condena a los demandados a otorgar escritura pública de compraventa para transmitir la titularidad formal de la vivienda a doña Olga y a don Sabino en el mismo momento en el que se le restituya por los prestatarios de la cantidad adeudada.

"7.- La condena a abono de las costas procesales causadas".

2.- La demanda fue presentada el 15 de diciembre de 2014 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Marchena, fue registrada con el núm. 697/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. José María Hidalgo Sevillano, en representación de D. Juan Luis y D. Pedro Antonio, contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- El procurador D. José María Hidalgo Sevillano, en representación de D. Luis Pedro y D.ª Rafaela, contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Marchena dictó sentencia n.º 145/2015, de 28 de diciembre, con la siguiente parte dispositiva:



"Desestimar íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Aguilar Morales en nombre y representación de D. Sabino y de D.<sup>a</sup> Olga frente a D. Juan Luis, D. Pedro Antonio, D. Luis Pedro y D.<sup>a</sup> Rafaela, debiendo absolverse a los demandados de todos los pedimentos ejercitados frente a los mismos, con expresa condena en costas a la parte actora".

**SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Sabino y D.<sup>a</sup> Olga. La representación de D. Juan Luis y D. Pedro Antonio se opuso al recurso. La representación de D. Luis Pedro y D.<sup>a</sup> Rafaela también se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 5.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Sevilla, que lo tramitó con el número de rollo 6326/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia, de 17 de abril de 2017, cuyo fallo dispone:

"Que estimando en parte el recurso interpuesto por la representación procesal de D. Sabino y D.<sup>a</sup> Olga, actualmente representados por la Procuradora D.<sup>a</sup> Marta Muñoz Martínez, contra la sentencia dictada el día 28 de diciembre de 2015 por el Sr. Juez de Primera Instancia n.º 2 de Marchena, debemos revocar y revocamos dicha resolución en el sólo extremo de no hacer especial imposición de las costas procesales de la primera instancia, manteniendo los demás pronunciamientos de dicha resolución en lo que no se opongan a lo anterior, sin hacer tampoco especial imposición de las costas procesales de esta alzada".

**TERCERO.-** *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- El procurador D. Manuel Aguilar Morales, en representación de D. Sabino y D.<sup>a</sup> Olga, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Indebida aplicación del artículo 1 de la Ley de 23 de julio de 1908, de Represión de la Usura.

"Se denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 1 de la Ley de 23 de Julio de 1908, de Represión de la Usura.

"Segundo.- Infracción de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo del artículo 1275 del Código Civil y en relación con la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en cuanto al "pacto comisorio".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 11 de septiembre de 2019, que admitió el recurso y acordó dar traslado a las partes recurridas personadas para que formalizaran su oposición.

3.- D. Juan Luis y D. Pedro Antonio se opusieron al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 23 de enero de 2020, en que ha tenido lugar.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

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

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

1.- El día 10 de marzo de 2009, D. Sabino y D.<sup>a</sup> Olga, como prestatarios, y D. Juan Luis y D. Pedro Antonio, como prestamistas, suscribieron una escritura de préstamo con garantía de hipoteca sobre determinado inmueble (finca registral NUM005 del Registro de la Propiedad de Marchena núm. 1), vivienda habitual de los prestatarios, por importe de 51.346,14 euros, que confiesan recibidos en metálico, con un único plazo de amortización que vencía el día 10 de septiembre de 2009. En la estipulación decimotercera tasaron la finca para que sirviera de tipo para subasta en la suma de 600.000 euros.

2.- El día 15 de septiembre de 2009, las mismas partes otorgaron una escritura de novación del anterior préstamo hipotecario con un doble objeto: ampliaban el capital del préstamo en 17.176,48 euros y también su plazo de duración, prorrogando la fecha del vencimiento previsto para su amortización en tres meses. Como consecuencia de la ampliación del capital quedó fijada la cantidad total pendiente de amortizar en 70.920 euros.



**3.-** El día 9 de diciembre de 2009 las mismas partes, esto es, los Sres. Sabino y Olga , como vendedores, y los Sres. Juan Luis y Pedro Antonio , como compradores, otorgaron escritura de compraventa de la misma finca hipotecada. El precio de dicha compraventa se fijó en 165.920 euros, especificando la escritura en cuanto a su modo de pago lo siguiente:

"Dicha cantidad se integra: 1. Por la suma de 70.920 euros, importe actual de la hipoteca que a favor de los aquí compradores grava la finca transmitida, suma esta que es retenida por los compradores para cancelar dicha deuda, ... y el resto, o sea 95.000 euros, confiesa la parte vendedora haberlos recibido a día de hoy".

En dicha escritura manifiesta la parte transmitente que la finca "está libre de arrendamientos y no ocupada".

**4.-** El día 8 de febrero de 2010 los Sres. Juan Luis y Pedro Antonio , adquirentes del inmueble en virtud de la compraventa antes reseñada, venden la misma finca a favor de los codemandados Sres. Juan Luis Olga Luis Pedro y Rafaela , que la adquieren por el precio de 200.000 euros. Dicho precio consta en la escritura pagado en la siguiente forma:

"la cantidad de 100.000 euros han sido satisfechas mediante transferencia ... con fecha el 4 de enero de 2010 ... la cantidad de 40.000 han sido satisfecha mediante transferencia ... con fecha 4 de enero de 2010 ... la cantidad de 60.000 han sido satisfechas mediante transferencia bancaria ... con fecha 28 de enero de 2010".

En la indicada escritura, entre otras manifestaciones relativas a la finca vendida, se incluye la siguiente:

"ARRENDAMIENTOS.- Según manifiesta la parte vendedora bajo pena de falsedad en documento público, libre de ellos, así como de ocupantes o precaristas de ningún tipo".

Y en la estipulación cuarta se pacta lo siguiente:

"La parte vendedora transmite la posesión en este acto, conforme al artículo 1462 del Código civil; pero la parte vendedora continuará en el uso de la vivienda hasta el día nueve de agosto de dos mil diez, en concepto de precario".

**5.-** Los Sres. Sabino y Olga interpusieron demanda contra los Sres. Juan Luis y Pedro Antonio , y también contra los Sres. Juan Luis Olga Luis Pedro y Rafaela , compradores en la primera y segunda compraventa reseñadas, solicitando, en lo que ahora interesa, la declaración de existencia de un contrato de préstamo garantizado mediante la compraventa formal o aparente del inmueble antes referido, la declaración de nulidad de las escrituras por las que se elevaron a documento público las dos citadas compraventas, la declaración de nulidad de las inscripciones registrales a que dichas escrituras dieron lugar, así como la condena a los demandados a otorgar escritura pública de compraventa para transmitir la titularidad formal de la vivienda a los demandantes en el mismo momento en el que se les restituya por los prestatarios de la cantidad adeudada, y al abono de las costas procesales causadas".

En dicha demanda los actores afirman que con ocasión de la primera compraventa, formalizada el 9 de diciembre de 2009, se estipuló verbalmente entre vendedores y compradores que la vivienda era vendida en garantía de la devolución del préstamo, que se acordaba un plazo de "rescate" del inmueble con un término de nueve meses, con vencimiento el 9 de agosto de 2010, y que la reiterada compraventa fue una compraventa simulada, puesto que nunca se pretendió vender y comprar el derecho de propiedad, sino que la finalidad de esa venta no era otra que la de garantizar el préstamo encubriendo un pacto comisorio prohibido por el art. 1859 del Código Civil.

En cuanto a la segunda compraventa, afirman que los Sres. Luis Pedro y Rafaela son adquirentes a *non domino* sin buena fe, al realizar la compraventa por un precio vil, sin visitar la propiedad, ni ponerse en contacto con los actores pese a que seguían ocupando la vivienda.

**6.-** La representación procesal de los Sres. Juan Luis y Pedro Antonio se opuso a la demanda alegando en síntesis lo siguiente: (i) el demandante D. Sabino es constructor y no consumidor, sabía perfectamente lo que firmaba, teniendo conocimientos en el sector inmobiliario por dedicarse profesionalmente a ello; (ii) no es cierto que en la compraventa escriturada en fecha 9 de diciembre de 2009 se acordase un pacto de rescate del inmueble con vencimiento el 9 de agosto de 2010, pacto que no se recogió en la escritura pública de venta; (iii) que los citados demandados se limitaron posteriormente a vender el inmueble en cuestión con la intención de recuperar su inversión [en referencia al préstamo concedido y su ampliación].

**7.-** La representación procesal de los codemandados Sres. Luis Pedro y Rafaela se opuso igualmente a las pretensiones ejercitadas de contrario manifestando que: (i) desconocían los hechos anteriores a la fecha de la adquisición de la finca por parte de los mismos; (ii) que han actuado siempre y en todo momento de buena fe, adquiriendo el inmueble de quienes eran sus legítimos propietarios por precio satisfecho de 200.000 euros, estando amparados por la buena fe registral; (iii) niegan que de los documentos públicos aportados



se desprendiese un pacto comisorio oculto, habiendo afirmado los demandantes en un previo procedimiento penal seguido por razón de estos hechos que vendieron el inmueble con un pacto de retroventa, sin que conste, sin embargo, que se realizara o se intentara realizar esa supuesta devolución del préstamo y retroventa; y (iv) que el precio de 200.000 euros por el que compraron la finca era acorde con la absoluta falta de referencias objetivas en cuanto a la fijación de precios a la vista de la gravísima crisis inmobiliaria existente [en la fecha de la compraventa] y a la imposibilidad de visitar la finca al saber que estaba ocupada.

**8.-** La sentencia de primera instancia desestima íntegramente la demanda, en base, en síntesis, a los siguientes argumentos centrados fundamentalmente en el análisis de la prueba practicada, de los que colige que lo acordado entre las partes no fue un contrato de préstamo con pacto comisorio encubierto bajo un contrato simulado de compraventa.

a) En cuanto a las declaraciones del actor: (i) declaró que le comentó al notario y al oficial [de la notaría] que los compradores le daban un plazo de seis meses para ejercitar la retroventa, pero que no se recogió en la escritura pública porque confiaba y todos estaban de acuerdo; (ii) que el oficial le dijo que la escritura pública era algo simbólico porque se iba a llegar a un acuerdo; (iii) sin embargo, pese a que el actor intenta probar que la voluntad de las partes era otra distinta de la reflejada en el otorgamiento de la escritura pública de venta, no se propuso la testifical ni del notario ni del oficial, que, según se afirma, tenían conocimiento de un supuesto pacto de retroventa alcanzado verbalmente por las partes al margen de lo escriturado.

b) En cuanto a la testifical de D. Inocencio : (i) consta que el testigo es pareja sentimental de la hija de los actores; (ii) carece de utilidad para acreditar los hechos en los que se basa la demanda (en particular el pretendido pacto verbal de retroventa) pues manifestó no haber acompañado al Sr. Sabino a la Notaría con ocasión del otorgamiento de la escritura de compraventa que se pretende anular.

c) En cuanto a la testifical de Don Lucio : (i) afirma ser amigo de los actores desde hace mucho tiempo, así como que acompañó a D. Sabino en dos ocasiones a la notaría, una primera en la que se pactaba la renovación [novación] del préstamo anterior, y una segunda en la que firmaron la venta de la finca; (ii) en relación con esta última operación entiende el Juez de Primera Instancia que dicho testimonio no resultó clarificador en cuanto a lo verdaderamente pactado por las partes, no precisándose si lo que se acordó antes de la firma de la escritura fue un simple pacto de retroventa, válido al amparo de los arts. 1507 y siguientes del Código Civil, o si lo que se acordó supuestamente de manera verbal fue un nuevo préstamo encubierto garantizado con la venta de la finca en cuestión, con posibilidad de recuperarla por el prestatario, que si estaría prohibido al amparo del art. 1859 del Código Civil; (iii) en relación con la manifestación de que en el otorgamiento de la escritura pública de venta de 9 de diciembre de 2009 no se entregó cantidad alguna ni en efectivo ni mediante cheque al vendedor, pese a lo que se recoge en la escritura pública de compraventa, en la que la parte vendedora confiesa haber recibido en el día del otorgamiento 95.000 € del precio de la venta en efectivo metálico de la parte compradora, entiende el juez de instancia que este testimonio nada añade a lo debatido puesto que en la escritura tan solo se recoge que el vendedor reconocía haber recibido en metálico los 95.000 €. en ese mismo día, sin precisar que fuese en el acto del otorgamiento de la escritura.

d) Otros argumentos de la valoración probatoria del Juzgado de Primera Instancia: (i) por la parte actora se niega la recepción de esa cantidad de 95.000 €, si bien atendiendo al carácter de constructor de D. Sabino y atendiendo a lo declarado por el mismo en el acto del juicio (al exponer que había tenido una sociedad y que había llevado a cabo obras de cierta entidad como la construcción de carreteras y puentes), al que por el por tanto se le presuponen conocimientos en el sector inmobiliario, resulta difícil entender que firme una escritura pública de compraventa en la que manifestaba haber recibido una cantidad tan elevada por la venta del inmueble que constituye el domicilio habitual del matrimonio sin ser cierto y sin recogerse mención alguna de un posible pacto de "retrocompra", máximo constando que en las tres operaciones que llevó a cabo notarialmente siempre lo hizo acompañado de otras personas de su confianza, entre ellas un abogado, su yerno y su amigo el Sr. Lucio , careciendo de toda lógica que no hiciera ninguno de los presentes la más mínima referencia a la supuesta discrepancia entre el contenido de la escritura pública de compraventa que se firmaba y lo verdaderamente acordado por las partes; (ii) se aprecian notables contradicciones entre la declaración del testigo Sr. Lucio y la del actor, entre otros extremos en cuanto al plazo del supuesto pacto de retro; contradicciones que, a criterio del juzgador de instancia, restan fuerza probatoria a la declaración de los mismos; (iv) tampoco está fuera de toda duda que con anterioridad al vencimiento del pretendido plazo de seis meses se intentase la supuesta retroventa por el precio convenido; (v) en cuanto al precio pactado de la compraventa del inmueble (165.000 €) y la posterior venta del mismo inmueble a unos terceros (los codemandados Sres. Inocencio y Carmelo ) por la cantidad de 200.000 €, consta en las actuaciones un informe de perito judicial en el que se expone que "ha aumentado el tiempo que los inmuebles permanecen en oferta, esto supone la existencia de mayor número de viviendas de estas características disponibles; [...] por lo que se esperan dificultades para la venta debido a la situación actual en la que se encuentra el mercado





inmobiliario". De donde se colige una posible disminución del precio de venta del inmueble; (vi) no ha resultado acreditado una previa relación o connivencia entre los codemandados (compradores en la primera y en la segunda compraventa respectivamente).

Con base en todo lo anterior, el Juzgado concluyó que no había quedado probado que la venta escriturada el 9 de diciembre de 2009 ocultase un préstamo con pacto comisorio contrario a la voluntad manifestada por las partes ante notario; no pudiendo declararse la nulidad de la primera venta y, en consecuencia, tampoco la de la posterior venta escriturada el día 8 de febrero de 2010 a favor de los Sres. Luis Pedro y Rafaela, quienes adquirieron válidamente la propiedad.

9.- Recurrida la sentencia de primera instancia por los demandantes, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, a excepción de no hacer especial imposición de las costas procesales de la primera instancia, al considerar, aceptando los antecedentes de hecho de la sentencia de primera instancia, que: (i) no existen pruebas que aporten la certeza que exige el artículo 217 de la LEC de que la compraventa es fiduciaria ni de la existencia un pacto verbal comisorio o de uno de retroventa; (ii) todas las conversaciones al respecto fueron verbales, de contenido impreciso; (iii) no han declarado testigos imparciales y objetivos que estuvieran presentes en las mismas y conocieran por ello el alcance concreto de lo que supuestamente se pactó; (iv) los indicios señalados por los demandantes sobre la existencia del pacto comisorio son insuficientes para llevar a la plena convicción de la certeza sobre los hechos alegados en la demanda; (v) dichos indicios aparecen, además, desvirtuados por otras circunstancias tales como la falta de constancia de que se intentara por los actores realmente llevar a cabo el pacto de retroventa antes de la fecha señalada como límite; (vi) fuera cual fuese el valor de tasación del inmueble lo cierto es que se vendió por los actores a un precio no demasiado lejano al que posteriormente revendieron los prestamistas; (vii) no existen pruebas claras del concierto en una operación fraudulenta por parte de los compradores que finalmente quedaron como propietarios del inmueble.

**SEGUNDO.-** *Recurso de casación. Prohibición del pacto comisorio. Compraventa con pacto de retroventa simulada en función de garantía.*

#### 1.- *Formulación del motivo.*

De los dos motivos del recurso sólo se ha admitido el segundo que se encabeza del siguiente modo: "Infracción de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo del artículo 1275 del Código civil y en relación con la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en cuanto al "pacto comisorio".

En el desarrollo del motivo, la parte recurrente concreta la referencia a la jurisprudencia a que se refiere mencionando las sentencias de esta sala 413/2001, de 26 de abril, y 34/2012, de 27 de enero, que considera infringidas por la sentencia recurrida por cuanto no aprecia el pacto comisorio encubierto en la fiducia *cum creditore* simulada bajo la apariencia de un contrato de compraventa, unido al pacto verbal de retroventa, cuya nulidad se interesa por la infringir la prohibición legal del pacto comisorio, en relación con el art. 1275 CC, conforme al cual "los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral".

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

#### 2.- *Desestimación del motivo.*

2.1. Jurisprudencia de esta sala sobre la prohibición del pacto comisorio. Su extensión a los negocios indirectos (simulados o fiduciarios).

Nuestro ordenamiento rechaza frontalmente toda construcción jurídica (denominadas genéricamente "pactos comisorios") por la que el acreedor en caso de incumplimiento de su crédito, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía ( arts. 1.859 y 1.884 CC). Tales pactos no son admisibles al amparo del artículo 1255 CC, y entrarían en el ámbito del fraude de ley del art. 6. 4º CC.

Como resulta de la sentencia de esta Sala de 5 de junio de 2008, el pacto comisorio, configurado como la apropiación por el acreedor del bien objeto de la garantía por su libérrima voluntad al margen de cualquier procedimiento legal de ejecución o apremio, ha sido siempre rechazado, por evidentes razones morales reflejadas en los ordenamientos jurídicos, a los que el nuestro nunca ha sido ajeno, bien como pacto autónomo, bien como integrante de otro contrato de garantía ya sea prenda, hipoteca o anticresis ( artículos 1859 y 1884 CC), rechazo que se patentiza además en reiterada jurisprudencia de este Tribunal (vid. sentencias que se citan *infra*), en la que se ha declarado reiteradamente que los pactos y negocios que infringen los citados preceptos del Código Civil, en cuanto establecen la prohibición del pacto comisorio, dan lugar a la nulidad radical y absoluta de aquellos, al tratarse de preceptos imperativos y de orden público por afectar a la satisfacción forzosa de obligaciones en que están involucrados no sólo los intereses del deudor, sino también los de sus acreedores.



Dentro del ámbito de la prohibición, este Tribunal ha incluido en diversas ocasiones el negocio de transmisión de propiedad en función de garantía, instrumentada a través de un medio indirecto consistente en la celebración de una compraventa simulada. Y ello es así por cuanto la prohibición del pacto comisorio no se circunscribe a los contratos de garantía típicos, sino que resulta también aplicable a los negocios indirectos que persigan fines de garantía, pues de lo contrario el principio de autonomía de la voluntad reconocido en el artículo 1.255 del Código Civil permitiría la creación de negocios fraudulentos, y en tal caso, descubierto el fraude, habría de aplicarse igualmente la prohibición tratada de eludir, siendo nulas las estipulaciones contrarias al espíritu y finalidad de aquella (cfr. art. 6 núm. 4 CC).

La doctrina jurisprudencial sentada sobre esta cuestión, de directa aplicación a la presente controversia, ha sido recapitulada en la sentencia de esta sala 34/2012, de 27 de enero, citada como vulnerada en el recurso interpuesto contra la sentencia recurrida. Doctrina que ahora mantenemos reiterando que un préstamo o un contrato simulado que disimula un préstamo, que incluye un pacto comisorio, es decir, pacto por el cual si no se devuelve una cantidad determinada (del verdadero préstamo) el contratante (prestamista) hace suya la propiedad de una cosa también determinada, tal pacto incurre en nulidad *ipso iure* conforme al art. 1859 del Código civil.

Un caso típico, incluso históricamente, es la llamada "venta a carta de gracia": es una compraventa simulada (que disimula el préstamo) en que una persona (el supuesto vendedor, realmente el prestatario) vende la cosa al comprador (realmente, el prestamista) con el pacto de retro: si en tal plazo no ejercita el retracto (realmente, no devuelve el dinero, que se fijó como precio) el comprador (prestamista) adquiere la propiedad de la cosa. Estructura negocial que integra un clásico pacto comisorio: el prestamista, que aparece como comprador, adquiere la cosa si no se le devuelve, mediante el retracto, la cantidad prestada. Tal pacto comisorio es nulo: el vendedor (prestatario) está obligado a devolver el dinero, pero el comprador (prestamista) no adquirirá la cosa por el sólo incumplimiento de aquella obligación.

Mencionan la nulidad del pacto comisorio la sentencia de 25 de septiembre de 1986 ("tal acuerdo para quedarse el acreedor pignoraticio con la cosa dada en prenda, ... sería nulo porque el artículo 1859 del Código civil declara..."), y la de 29 de enero de 1996 ("... la prohibición del pacto comisorio que establece el artículo 1859..."). Desarrolla la prohibición del mismo, la de 18 de febrero de 1997, al decir:

"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".

Asimismo, la sentencia de 15 de junio de 1999 declara la nulidad del pacto comisorio en contrato de compraventa simulado, en un caso claro de simulación relativa y en sendos casos de contratos simulados de leasing. Las sentencias de 16 de mayo de 2000 ("... la transmisión de dominio con el fin de responder del incumplimiento de la deuda convierten la simulación relativa en radicalmente nula por vulnerar la prohibición del pacto comisorio") y 10 de febrero de 2005 declaran también la nulidad del pacto comisorio. Las de 26 de abril de 2001 ("también ha de declararse la nulidad absoluta del pacto de retroventa...") y 5 de diciembre de 2001 ("... siguen siendo propietarios reales de los bienes que enajenaron a ... de forma simulada para garantizar el préstamo que les concedió y, a su vencimiento, no puede quedarse como propietario de los bienes; si no pagan, ha de ejecutarlos como cualquier acreedor; de lo contrario se vulneraría la prohibición del pacto comisorio").

Como recuerda la sentencia antes citada, de 16 de mayo de 2000:

"Esta prohibición, con base en la que el acreedor, en caso de impago de su crédito, no puede pretender hacer suya la cosa dada en garantía, haciendo abstracción de su valor, tiene su origen en un texto del Derecho Romano (Constantino, libro VIII, tít. XXXVI, ley 3, del C.), fue acogida en nuestro Derecho Histórico (Partidas 5ª, Ley 41 del tít. V, y 12 del tít. XIII, y Proyecto de 1851; aunque no por el Proyecto de 1882), y se considera recogida en los arts. 1859 y 1884 CC, respectivamente para la prenda e hipoteca, y la anticresis".

Por último, la sentencia de 20 de diciembre de 2007, reiterada por la 34/2012, de 27 de enero, resume la doctrina jurisprudencial del siguiente modo:

"Por tanto, no se trataba de una fiducia de tipo *cum creditore* (ni mucho menos *cum amico*) sino de una clara simulación, negocio jurídico simulado, compraventa, con simulación relativa, en el sentido de que encubría un préstamo con garantía y la garantía era, nada menos, que el acreedor [...] hacía suyas las fincas si no devolvía el capital prestado y sus intereses, lo cual no es otra cosa que el pacto comisorio, consistente en que el acreedor



hace suya la cosa si se incumple la obligación y el artículo 1859 (y 1884 en la anticresis) dispone que el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas".

No obstante, en otras ocasiones la jurisprudencia de esta sala ha enfocado el caso particular de la llamada "venta en garantía", desde la perspectiva de su asimilación o subsunción en la categoría de los negocios fiduciarios.

Las líneas maestras de la configuración de esta figura jurídica, fueron resumidas por nuestra Sentencia 413/2001, de 26 de abril:

"1.º La transmisión en garantía es un negocio fiduciario, del tipo de la fiducia *cum creditore*. El fiduciante transmite la propiedad formal con el riesgo de que al adquirirla el fiduciario y figurar como tal frente a terceros, pueda éste vulnerar el pacto de fiducia transmitiéndola a su vez, estando los adquirentes del fiduciario protegidos en su adquisición en virtud de la eficacia de la apariencia jurídica, que protege las adquisiciones a título oneroso y de buena fe de quien en realidad no es propietario.

"2.º El fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto fiduciario, con la finalidad de apartarlo de su disponibilidad y así asegura al fiduciario que lo tendrá sujeto a la satisfacción forzosa de la obligación para cuya seguridad se estableció el negocio fiduciario.

"3.º El fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido, salvo el juego del principio de la apariencia jurídica, sino que ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia. El pacto fiduciario lleva consigo esa retransmisión.

"4.º La falta de cumplimiento por el fiduciante de la obligación garantizada no convierte al fiduciario en propietario del objeto dado en garantía; la transmisión de la propiedad con este fin no es una compraventa sujeta a la condición del pago de la obligación.

"5.º El fiduciario, caso de impago de la obligación garantizada, ha de proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor, teniendo la ventaja de que cuenta ya con un bien seguro con el que satisfacerse, pero sin que ello signifique que tiene acción real contra el mismo.

"6.º La transmisión de la propiedad con fines de seguridad, o "venta en garantía" es un negocio jurídico en que por modo indirecto, generalmente a través de una compraventa simulada, se persigue una finalidad lícita, cual es la de asegurar el cumplimiento de una obligación, y no pueda pretenderse otra ilícita, como la de que, en caso de impago de la obligación, el fiduciario adquiera la propiedad de la cosa, pues se vulneraría la prohibición del pacto comisorio, revelándose la "venta en garantía" como un negocio en fraude de ley ( artículo 6.4.º del Código Civil)".

Pero, como se desprende de la sentencia 34/2012, de 27 de enero, que declaró la nulidad no sólo de la compraventa simulada sino también de la titularidad formal (fiduciaria) con ella pretendidamente transmitida, la jurisprudencia de esta sala acude preferentemente a la calificación de la compraventa en los supuestos de "venta en garantía" como negocio simulado, si bien alcanzando resultados prácticos similares en cuanto al efecto de evitar el fraude a la prohibición del pacto comisorio.

Se refiere a esta cuestión (distinta calificación jurídica en la jurisprudencia del negocio indirecto de la venta en garantía) la sentencia 542/1999, de 15 de junio, trayendo a colación las opiniones de la doctrina que cuestionan la autonomía del negocio fiduciario. Decíamos en esta sentencia:

"Ciertamente esta Sala ha mantenido la doctrina del negocio fiduciario, en su consideración del doble efecto, real y obligacional, que fue importado incluso en su terminología de la doctrina alemana, pese a ser distintos los presupuestos básicos del derecho civil en este extremo; pero la doctrina española más especializada discute su autonomía, niega la existencia de la llamada "*causa fiduciae*" y cada vez más lo asimila, en muchos casos, al negocio jurídico simulado, con simulación relativa, cuyo negocio disimulado será válido si reúne los elementos precisos para su validez; la propia jurisprudencia no ha sido ajena a esta evolución y en ocasiones apunta la existencia de la simulación: la Sentencia de 6 de abril de 1992 dice que "la actora, propietaria formal, no puede obtener más que la devolución de lo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio de modo definitivo el derecho de propiedad, al no ser ésa la finalidad perseguida, que sólo quiso la garantía, sin voluntad de comprar o vender"; la de 5 de abril de 1993 dice: "lo que sitúa el caso que nos ocupa en el ámbito jurídico de la simulación (absoluta o relativa) pero no en el de la fiducia"; la de 22 de febrero de 1995 dice, refiriéndose a un negocio fiduciario, que "no puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante" y añade: "el instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia..."; la de 2 de diciembre de 1996 se refiere expresamente a la "simulación de la (compraventa) referente a los recurrentes..."; la de 19 de junio de 1997, tras exponer la doctrina del contrato fiduciario, declara "ineficaz la compraventa que configura el contrato real del negocio jurídico fiduciario contemplado en el mismo".





Como antes se dijo, la prohibición del pacto comisorio no se circunscribe a los contratos de garantía típicos, sino que resulta también aplicable a los negocios indirectos que persigan fines de garantía, incluyendo no sólo la "venta en garantía" sino cualquier otra construcción jurídica o estructura negocial que persiga el mismo efecto elusivo de la prohibición del pacto comisorio. Ejemplos de ello han tenido también presencia reiterada en las Resoluciones de la DGRN, reflejo del tráfico jurídico. En este sentido la Resolución de 18 de octubre de 1994 aplica la prohibición en un supuesto de venta con pacto de retro como garantía de un crédito preexistente, que facultaba al comprador para requerir de pago al vendedor, de forma que la venta con pacto de retro se utilizaba para dar cobertura formal a la constitución de una simple garantía crediticia. Las Resoluciones de 30 de septiembre de 1998, de 26 de marzo de 1999 y de 26 de noviembre de 2008, concluían que la opción de compra examinada en las mismas se concedía en función de garantía (dada la conexión directa entre el derecho de opción y las vicisitudes de la deuda reconocida, de forma que el ejercicio de aquel derecho se condicionaba al impago de ésta), entendiéndose que ello vulnera la tradicional prohibición del pacto comisorio de los arts. 1859 y 1884 del Código Civil. O el caso de la Resolución de 20 de julio de 2012 en un supuesto de una escritura en la que una sociedad reconocía una deuda a favor de otra, sujeta a un plazo de amortización no vencido, y en la misma escritura se convenía una cesión en pago de la deuda asumida sometiendo esta cesión a condición suspensiva, de manera que la cesión quedaría sin efecto en caso de que llegada la fecha de vencimiento de la obligación la deudora cedente hubiera pagado a la acreedora cesionaria el importe adeudado ( *vid.* la estrecha conexión entre la suerte del crédito garantizado y la efectividad de la transmisión).

Repárese en el dato de que a la fecha de la dación en pago no se trataba de una deuda líquida, vencida y exigible, de donde colige la DGRN que la dación no pudo responder a una finalidad solutoria sino de garantía. De tal manera que el efecto consustancial a toda dación en pago de deuda que es la extinción de un crédito preexistente a cambio de la entrega de un bien, no se produce más que de modo indirecto y sólo para el supuesto de incumplimiento de la obligación garantizada.

En definitiva, como señaló la citada Resolución DGRN de 20 de julio de 2012, haciéndose eco de la jurisprudencia de esta sala, no basta la común voluntad de transmitir y adquirir para provocar el efecto traslativo perseguido, pues, "por una parte, rige la teoría del título y modo para la transmisión voluntaria e "intervivos" de los derechos reales (cfr. art. 609 CC) y, por otra, la validez del contrato presupone la concurrencia de una causa suficiente que fundamente el reconocimiento jurídico del fin práctico perseguido por los contratantes (cfr. artículo 1.261-3.º, 1.274 a 1.277 del Código Civil)". En la "venta en garantía" "la verdadera voluntad de las partes no es provocar una transmisión dominical actual y definitiva sino una transmisión provisional y cautelar, en funciones de garantía, a consolidar en caso de incumplimiento de la obligación", propósito no amparado por el ordenamiento jurídico por contrario a la prohibición del pacto comisorio que imponen los reiterados arts. 1.859 y 1.884 del Código Civil, y en consecuencia, conforme a la jurisprudencia ampliamente reseñada *supra*, determina la nulidad plena y radical del negocio que incurre en tal infracción.

## 2.2. La tipología del supuesto de hecho objeto de la Litis. Intangibilidad de la base fáctica.

Una vez expuesta la jurisprudencia relativa a la prohibición del pacto comisorio que el recurrente afirma vulnerada por la sentencia recurrida, procede determinar si el supuesto de hecho de la presente Litis encaja en la caracterización tipológica proscrita por tal prohibición, determinación que arroja un resultado negativo según se adelantó al anunciar la desestimación del motivo.

En el supuesto de hecho litigioso objeto del presente procedimiento se parte de una primera operación de préstamo hipotecario concedido por los demandados, Sres. Juan Luis y Pedro Antonio, a favor de los demandantes con un plazo de vencimiento de seis meses y con pacto de amortización mediante un pago único. Al vencimiento de este plazo, ante la imposibilidad de hacer frente al pago de lo adeudado, las mismas partes convienen en formalizar una novación de dicho préstamo mediante una doble ampliación: de su capital y de su plazo de duración. Al vencimiento de este segundo plazo, y ante el mantenimiento de la incapacidad de pago de los deudores, las mismas partes convienen en la venta del inmueble hipotecado a los prestamistas, que lo adquieren por un precio (165.920 euros) significativamente inferior al previsto en la primera escritura del préstamo hipotecario como valor de tasación a los efectos de subasta (600.000), siendo parte del precio abonado mediante la retención del importe de la deuda hipotecaria pendiente de pago, y el resto en efectivo metálico el día del otorgamiento. Finalmente, en fecha próxima a esa primera venta los entonces compradores venden la finca a los Sres. Luis Pedro y Rafaela por el precio de 200.000, pagado mediante tres transferencias, las dos primeras en fechas anteriores a la formalización documental pública de dicha compra.

La pretensión de los demandantes de caracterizar la primera de las citadas escrituras de compraventa como una venta simulada que disimula un préstamo y en que la venta cumple una simple función de garantía del pago de aquél pasa por una doble afirmación (en ambos casos sin sustento probatorio en la instancia, como veremos): que en la compraventa no se llegó a entregar cantidad de dinero alguna a los vendedores (ausencia de precio) y que simultáneamente (en la misma notaría y de forma inmediatamente previa a la firma de la



escritura de venta) se acordó verbalmente la concesión a los vendedores de un derecho convencional de retracto o pacto de retro, pacto que entraría, según la tesis impugnativa de los recurrentes, en la proscripción del pacto comisorio.

Sin embargo, de la exposición de la prueba practicada en el juicio y de la valoración de la misma hecha en ambas instancias, no puede entenderse acreditada ninguna de dichas circunstancias.

En este sentido, el motivo incurre en el defecto insubsanable de alterar la base fáctica. Como hemos afirmado reiteradamente (por todas, Sentencia 484/2018, de 11 de septiembre), los motivos del recurso de casación deben respetar la valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida, lo que implica: (i) que no se puede pretender una revisión de los hechos probados ni una nueva valoración probatoria; (ii) que no pueden fundarse implícita o explícitamente en hechos distintos de los declarados probados en la sentencia recurrida, ni en la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considere acreditados (petición de principio o hacer supuesto de la cuestión).

El recurso no argumenta sobre la base de los hechos declarados probados por la Audiencia provincial y tomando en consideración la delimitación negativa de aquellos otros que, habiendo sido alegados en la demanda, la Audiencia declara no probados, y cuya carga probatoria correspondía a la actora ( art. 217.2 LEC), en los concretos términos que quedaron reflejados *supra*, sino que alterando dicha base fáctica construye su argumentación insistiendo en la existencia de un pacto verbal de retroventa.

Ni un extremo (existencia de pacto verbal de retro) ni el otro (ausencia de pago del precio que se dice recibido en la escritura) se han tenido por acreditados en la instancia. Y en cuanto al primero si no consta probada su existencia menos puede tenerse por comprobadas sus concretas determinaciones, como el plazo para el ejercicio de la facultad de recompra, que tampoco consta intentado.

Por lo demás, los demandantes no han recurrido contra la sentencia de la Audiencia Provincial a través del recurso extraordinario de infracción procesal, alegando error en la valoración de la amplia prueba practicada. E incluso en el caso de haberlo hecho, habría que recordar que, como hemos señalado reiteradamente (por todas, Sentencia 229/2019, de 11 de abril), para que un error en la valoración de la prueba tenga relevancia para la estimación de un recurso de esta naturaleza, con fundamento en el art. 469.1. 4º LEC, debe ser de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

Finalmente, no puede omitirse que en el presente caso no es solo que no haya llegado a probarse en grado de certeza suficiente la existencia del invocado pacto verbal de retroventa, sino que tampoco se puede vislumbrar en la secuencia comercial descrita en los hechos la figura de la deuda garantizada, que para ser tal, en cuanto objeto de garantía por medio de una compraventa simulada, ha de ser una deuda no líquida, vencida y exigible en la fecha en que se constituye la garantía (mediante el negocio indirecto de la venta simulada), pues en caso de tratarse de una deuda líquida, vencida y exigible (como sucedía en el caso de la dación en pago objeto de la Resolución de DGRN de 20 de julio 2012) la transmisión del inmueble mediante la venta (o a través de una dación en pago) no puede tener una función de garantía sino una finalidad solutoria. Así se desprende también en el caso objeto de la presente Litis, en el que el importe de lo adeudado por razón de un préstamo, que a la fecha de la compraventa estaba ya vencido, constituye por vía de retención o compensación (la escritura de forma técnicamente incorrecta habla de "confusión de derechos") parte del pago del precio de la compraventa (prestación distinta a la que constituía el contenido de la obligación debida *aliud pro alio* con acuerdo para tener por extinguida la obligación).

**TERCERA.- Costas y depósito.**

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

## FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Sabino y D.ª Olga contra la sentencia, de 17 de abril de 2017, dictada por la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, en el recurso de apelación núm. 6326/2016.

2.º- Condenar al recurrente al pago de las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido.



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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ