

Id Cendoj: 28079110012006101303  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1119/2000  
Nº de Resolución: 1300/2006  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: RAFAEL RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES  
Tipo de Resolución: Sentencia

#### Resumen:

\* CONTRATO DE PROMESA DE VENTA DE INMUEBLE Y DE CONCESION DE PRESTAMO HIPOTECARIO (bancario), para obtener dicha adquisición: Promesa de ceder el remate del inmueble (Hotel) a obtener en subasta a celebrar en procedimiento de ejecución hipotecaria (art. 131 LH), una vez producido el tal remate, al instar dicho proceso el mismo Banco demandado, y fijándose un plazo para celebrar el contrato definitivo, dependiendo de la adjudicación en tal subasta, pudiéndose aplazar por otro periodo el establecido, y pactándose una indemnización en el caso de incumplimiento por el Banco.No adjudicación total del inmueble al Banco en la subasta, pues previamente se dividió el inmueble en cuatro fincas, y se subastaron y adjudicaron al mismo sólo dos de ellas.Contactos y conversaciones entre las partes para solucionar tal situación, que acabaron en otro contrato, en el que el Banco transmitió al actor las dos fincas que se le adjudicaron, cediéndole los demás créditos que mantenía sobre el resto (2 fincas) de la finca matriz.Reclamación del actor por incumplimiento del primer contrato, al interesarle sólo la adquisición total del Hotel. Negativa a que el segundo contrato fuera una "novación", no explicitada, del anterior, ni a que se declarara que fueran incompatibles el uno y el otro.

### SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Diciembre de dos mil seis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria de fecha 20 de enero de 2000, como consecuencia del juicio declarativo de menor cuantía seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria, sobre reclamación de cantidad, cuyo recurso fue interpuesto por la entidad mercantil "HOSTELERIA CANARIA INTERNACIONAL S.A." (HOCISA), representada por el Procurador, D. Antonio Pujol Varela, siendo parte recurrida la entidad "CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA" ("LA CAIXA"), representada por la Procuradora, D<sup>a</sup>. Paz Santamaría Zapata.

### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Las Palmas de Gran Canaria, la entidad mercantil "HOSTELERIA CANARIA INTERNACIONAL S.A." -HOCISA-, promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra "CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA" ("LA CAIXA") sobre reclamación de cantidad en la que, tras alegar los hechos y fundamentos que tuvo por conveniente, terminó suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: "Se condene a la demandada al abono a la actora de la cantidad de 39.801.453 ptas., más los intereses legales desde la fecha de interposición de la demanda, incrementados en dos puntos desde la fecha de la Sentencia.- Para el hipotético supuesto de que no fuere posible determinar el importe de la indemnización por lucro cesante, que se determine en ejecución de sentencia.- En cualquier caso, las costas del presente juicio han de ser impuestas a la demandada."

Admitida a trámite la demanda y comparecida la demandada, su defensa y representación procesal la contestó, oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos jurídicos que tuvo por conveniente, y terminó suplicando se dictase sentencia por la que "se desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas a la parte demandante; o subsidiariamente, aplicando la cláusula penal reseñada,

debidamente moderada; o, en su defecto, la limitación del *art. 1107 C.c.*."

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 6 de mayo de 1998 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO: Que debía desestimar, como desestimo, íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales, Dña. Dolores Moreno Santana, en nombre y representación de la mercantil HOSTELERIA CANARIA INTERNACIONAL, S.A. y, en consecuencia, debo absolver y absuelvo a la entidad "CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA" (LA CAIXA) de las pretensiones formuladas de contrario; todo ello con expresa condena en costas a la parte actora."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido y, sustanciada la alzada, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia en fecha 20 de enero de 2000 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLAMOS: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Hostelería Canaria Internacional S.A., contra la sentencia dictada en el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de esta Capital, con fecha 6 de mayo de 1998 , la cual se confirma, con imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante."

TERCERO.- Por el Procurador de los Tribunales, D. Antonio Pujol Varela, en nombre y representación de "HOCISA", se formalizó recurso de casación que fundó en los siguientes motivos, todos ellos bajo el amparo del *art. 1692-4º LEC* .: Primero.- Por infracción de los *arts. 1203 y 1204 del C.c.* y de la jurisprudencia citada en el motivo. Segundo.- Por infracción de los *arts. 1089 y 1124, en relación con el 1183 del C.c.* Tercero.- Por infracción del *art. 1101 del C.c.*

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido para impugnación, la 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 28 de noviembre y hora de las 10,30, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. RAFAEL RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A) a) El JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA NUM. DOS (2), en autos de Juicio declarativo de Menor Cuantía nº 113/1997, seguidos ante el mismo en virtud de demanda interpuesta por la representación procesal de la Compañía Mercantil demandante, "HOSTELERIA CANARIA INTERNACIONAL, S.A." -"HOCISA"-, frente a la demandada, "CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA" ("LA CAIXA"), sobre reclamación de cantidad, en contrato de Promesa de Compraventa, dictó aquél SENTENCIA, con fecha 6 de mayo de 1998 , por la que desestimó la demanda, absolviendo de ella a la demandada, y con condena en Costas a la parte actora.

b) Recurrida en APELACION, la anterior Resolución, por la parte actora, ante la ILTMA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE (GRAN CANARIA) -LAS PALMAS-, por su "Sección 2ª" se resolvió dicho Recurso, mediante su SENTENCIA de fecha 20 de enero de 2000 , por la que se desestimó el mismo, confirmando la recurrida, y con imposición de las Costas de la alzada, a la parte apelante.

B) 1º. En la SENTENCIA del Juzgado, se hacen constar las pretensiones ejercitadas en demanda, y los HECHOS PROBADOS, que le sirven de base para la decisión adoptada, de la siguiente manera:

1.- En el F.J. 1º, se dice, escuetamente, sobre el primer aspecto: <<Que se ejercita (en demanda), por la actora acción de reclamación de cantidad, por incumplimiento de promesa de compraventa ...>>.

2.- En el F.J. 2º se concretan los HECHOS: <<Que de la documental presentada junto al escrito de demanda, expresamente reconocida por la demandada, queda acreditado:

-Que en el mes de junio de 1986 se concierta contrato de promesa bilateral recíproca de compraventa y préstamo entre el "BANCO DE LAS ISLAS CANARIAS, S.A." -"ISBANC"- (cuyos derechos y obligaciones corresponden en la actualidad a "LA CAIXA") y "HOSTELERIA CANARIA INTERNACIONAL, S.A." -"HOCISA"-, en virtud del cual, y por lo que aquí interesa, "ISBANC" se comprometía a licitar en pública subasta y adquirir los bienes objeto de hipoteca constituida sobre la finca (registral) nº 4.056, (inscrita) al folio 125, del Libro 499 del Registro de la Propiedad de las Palmas (objeto del Juicio Hipotecario del *art. 131 LH* , seguido ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Las Palmas en Procedimiento número 1748/81 ), obligándose "HOCISA" a aceptar la cesión de remate por precio de 165.000.000 de ptas.

-Para hacer frente a dicho pago se acuerda el compromiso de Préstamo Hipotecario por dicho importe, a conceder por "ISBANC" en plazo de 15 años, al tipo anual del 12%, y en amortización de 180 cuotas iguales mensuales.

-Igualmente se pactó que, de no realizarse la cesión antes del 31 de diciembre de 1986 -fecha que podría ser prorrogada por otros 6 meses de común acuerdo- por causa no imputable a "HOCISA", "ISBANC" indemnizará a HOCISA" en la cantidad de 15.000.000 de ptas. ...

-Queda igualmente acreditado que la referida finca registral, con fecha 16 de febrero de 1982, fue objeto de división horizontal, pasando a formar 4 fincas independientes (núms. 1598, 1599, 1600 y 1601, al Libro 18, Sección 2ª, Tomo 980), fincas sobre las que pesaban ... las cargas hipotecarias a que se refieren las inscripciones 6ª, 9ª, 14ª y 17ª de la finca matriz nº 4056 a favor de "ISBANC" (bien por *constitución -la 17ª-, bien por cesión -las 7ª, 9ª y 14ª*), tal como refleja la inscripción 20ª. ...

-Llegado el día 31 de octubre(debe decir: diciembre) de 1986, no pudo tener lugar el cumplimiento del contrato de promesa, pues, a tal fecha, aún no se había producido la subasta hipotecaria (que lo fue el 9 de enero de 1987. ...

-Ni la finca nº 1598, ni la 1600, anteriormente referidas, fueron objeto de subasta en el señalado procedimiento hipotecario: la primera de ellas, por pertenecer a un tercero, y la segunda (número 3 de Propiedad Horizontal), al haber sido liberada de hipoteca en fecha 21 de marzo de 1983. ...

-Así las cosas, ambas partes entran en negociaciones, con pleno conocimiento de la situación registral y real, tanto de la finca matriz, como de las cuatro fincas en que fue dividida (así lo reconoce la propia actora ...), materializándose nuevo acuerdo en fecha 1 de abril de 1987, en virtud del cual "ISBANC" cedía (se comprometía a ceder) a favor de "HOCISA" el remate en cuantía de 16.037.813 ptas., del procedimiento hipotecario nº 1748/81, antes reseñado (y que comprendía las fincas 1599 y 1601, también ya reseñadas) ..., cediendo igualmente los créditos hipotecarios que ostentaba sobre la finca matriz nº 4056, por precio de 148.962.187 ptas. ... y otorgando a su favor contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, en garantía de 165 millones de ptas., a un tipo del 8% anual y en amortización de 5 años ...>>.

2.- La Sentencia termina con la INTERPRETACION que deduce de tales HECHOS, en el F.J. 2º de la misma:

-Ap. 1º: <<De lo anterior resulta que la hoy parte actora, con pleno conocimiento del estado jurídico de las fincas, y con conocimiento de la imposibilidad de cumplimiento del contrato de promesa de junio de 1986, lejos de exigir responsabilidad por incumplimiento y hacer efectiva la cláusula penal acordada, continuó en negociaciones con "ISBANC" (hoy, "LA CAIXA"), por seguir interesada en la adquisición del "HOTEL ASTORIA">>.

-Ap. 2º: << ... ante la imposibilidad del cumplimiento del contrato de promesa de junio del 86, sin culpa del deudor ("ISBANC") ..., (las partes) dieron por resuelto el dicho contrato, pero por intereses comunes, en el marco de la anterior negociación, (por) imposibilidad de aplicar las anteriores bases, se concertó el nuevo contrato con distintos pactos en abril del 87. Así resulta que el nuevo contrato, con prestaciones y contraprestaciones diversas al resuelto, en el que, ante la plena conformidad, ningún reparo se objetó respecto al previo incumplimiento de la promesa. ..., procede la desestimación íntegra de la demanda>>.

2º. En la Sentencia de la Audiencia, y en relación con las mismas cuestiones antes referidas, se establece:

1.- Sobre las pretensiones de las partes en el Recurso:

-F.J. 1º: <<La parte apelante basa su recurso en que cumplió con lo que se había comprometido en el mes de junio de 1986, y no lo hizo así el Banco demandado. Entiende el recurrente que el contrato de junio de 1986 es un contrato de promesa de venta, pues así se dice en la Sentencia recurrida, y es admitido por la otra parte. Entiende que este contrato no quedó resuelto, puesto que si ésta hubiera sido la intención de las partes, lo hubieran hecho constar por escrito, pero que además no cabe la resolución tácita, puesto que "HOCISA" cumplió íntegramente los compromisos adquiridos ..., y como quiera que no se dan, en el presente caso, ninguna de las causas de extinción de la obligación, el contrato de junio de 1986, se encontraba en vigor en el momento de suscribirse los contratos y documentos en abril de 1987. Considera el recurrente ... que no existe novación ... (e) insiste ... (en) que "HOCISA" cumplió con sus compromisos, que eran idénticos, tanto en junio de 1986, como en abril de 1987>>.

-F.J. 2º: <<La parte apelada considera que el contrato de junio de 1986, no es un contrato de promesa de compraventa ... y que la obligación esencial de la demandada era una obligación de hacer y que a lo único que se comprometía "ISBANC" era al pago de una indemnización de 15 millones de ptas., para el supuesto de que por cualquier causa no imputable a "HOCISA" no se podrá (pudiera) realizar la transmisión en el plazo establecido o prorrogado. Mantiene la apelada que la demandante, pese a conocer que la finca registral 4056 había sido objeto de división posterior en régimen de propiedad horizontal y que dos de las fincas resultantes se hallaban ocupadas por terceros que esgrimían titularidades no inscritas, mantuvieron el interés por el "HOTEL ASTORIA" que se concretó en el contrato privado de 1 de abril de 1987 y la escritura de cesión de créditos y escritura de apertura de crédito en cuenta corriente. Entiende la parte apelada que el dolo esgrimido por la recurrente en esta segunda instancia no lo alegó en (la) primera, tratándose, por tanto, de una "cuestión nueva", extemporánea y tardía su alegación. Por último, alega que el Banco demandado no estaba obligado a adquirir y transmitir a "HOCISA" la propiedad de las fincas números 1 y 3. Por último, entiende que en el supuesto de que se considere que existía esa obligación, el incumplimiento de la misma, a lo único que daría lugar, sería a una indemnización de 15.000.000 de ptas., que, como cláusula penal se fija en el contrato de junio de 1986, y en todo caso considera que la demandante no ha acreditado el "lucro cesante" que reclama>>.

## 2.- Respecto a las cuestiones planteadas en el Recurso:

-F.J. 3º: <<Procede analizar las tres cuestiones planteadas por el recurrente, es decir: a) si el contrato de fecha junio de 1986, es una promesa de venta; b) si se celebró un nuevo contrato; y c) si el de junio de 1986, se resolvió. La parte apelante, considera que no se ha producido la resolución del primer contrato>> (ap. 1º).

-En el ap. 2º, tras calificar el primer contrato de promesa bilateral de compraventa y préstamo, sigue diciendo que <<este contrato no puede subsistir, como pretende la parte apelante, (juntamente) con el de abril de 1987, pues ambos son incompatibles, por serlos sus objetos y sus condiciones. No coincide el objeto, puesto que en la subasta no se produjo la adjudicación de toda la finca matriz, sino (de) dos de las fincas resultantes tras la división horizontal, hecho perfectamente conocido por la apelante, ya aceptado al firmar el contrato de 1987. A su vez, las condiciones del préstamo, son también diferentes, en el primer contrato se trata de un préstamo hipotecario por un plazo de 15 años, a un tipo de interés anual del 12%, y la amortización del préstamo es por cuotas mensuales; en el segundo contrato, se trata de un crédito en cuenta corriente, con un interés del 8%, por un tiempo de 5 años>>.

-Se sigue diciendo en el ap. 3º, que <<La demandante, una vez conocidas las circunstancias que se daban, y que la adjudicación de la subasta no era de toda la finca matriz, sino de dos de las cuatro fincas resultantes, y que por tanto el contrato ... de 1986, no se podía cumplir, lejos de accionar contra la demandada y exigirle la indemnización fijada en concepto de cláusula penal, firmó un nuevo contrato ..., (el) de 1987, (y) éste es el contrato que cumplió la actora, y (es) el que tiene que exigir que cumpla la demandada, pues aquél se extinguió, bien por novación, que no es preciso que se declare terminantemente ...; o bien, como se dice en la Sentencia apelada, por (la) imposibilidad de cumplimiento del primer contrato de promesa, dieron (las partes), por resuelto dicho contrato, y continuaron en negociaciones hasta concertar un nuevo contrato, con distintos pactos, en abril de 1987, y en el que no se hace ningún reparo al previo incumplimiento de la promesa>>.

## 3. Sobre HECHOS PROBADOS:

-F.J. 4º: <<..., aún en el supuesto de que se considerara que el contrato de junio de 1986 subsiste, la parte apelante sería la primera que no lo ha cumplido, puesto que cumplió con lo estipulado en el contrato de abril de 1987 y no con el de junio de 1986, y en todo caso, el incumplimiento del contrato por parte de la demandada a lo que daría lugar sería a lo estipulado en *cláusula 2ª del anexo a este contrato de 1986*, es decir, a la indemnización de la *cláusula penal, de 15.000.000 de ptas.*>> (ap. 1º).

-<<No tiene ningún sentido que se considere subsistente el contrato de fecha junio de 1986, y que la demandada ceda la totalidad de los créditos hipotecarios a la demandante, trasmitiéndole por tanto la posición jurídica en relación a las fincas gravadas, lo que ocurrió mediante escritura pública de fecha 1 de abril de 1987, y en cuya *cláusula 4ª*, la cesionaria (... recurrente), hace constar que conoce el estado procesal en que se encuentran los procedimientos judiciales contra "HORCASA" originados por el impago de los créditos cedidos, habiéndose precisamente adjudicado el "BANCO ISLAS CANARIAS" (hoy, la demandada), en calidad de ceder, a la hoy apelante, un inmueble subastado en el proceso judicial sumario tramitado ante el Juzgado ... nº 1 ...>> (ap. 2º).

C) La parte demandante (y apelante), "HOCISA", plantea, ante esta Sala, Recurso de CASACION contra la anterior Sentencia, en petición de que, previa estimación del mismo, se anule y case dicha Resolución, y se dicte otra conforme a lo solicitado en la demanda, condenando a la demandada a pagarle 39.801.453 ptas., más sus intereses legales desde la interposición de la demanda, y dos puntos más desde la fecha de la Sentencia, y subsidiariamente, se fije en ejecución de Sentencia, el importe de la indemnización por "lucro cesante" y con condena en todas las Costas, incluidas las del Recurso actual y las de ambas instancias, a la demandada; proponiendo para ello 3 motivos, los que conduce casacionalmente por la vía del nº 4º del *art. 1692 LEC* . (infracción de las normas jurídicas, o de la jurisprudencia, que sirvan para decidir los puntos objeto del debate), describiéndolos (de lo que se hace un resumen aquí) de este modo:

1º. Por infracción de los *arts. 1203 y 1204 C.c* . pues entendía, en contra de lo recogido en la Sentencia recurrida, que no se había dado la novación extintiva sino la modificativa entre los contratos, de acuerdo con la jurisprudencia, pues no se declaraba así terminantemente en el último contrato y no eran incompatibles ambos, no pudiendo presumirse dicho instituto, y no poder derivarse el mismo de conjeturas o meras suposiciones.

2º. Por infracción de los *arts. 1089 y 1124, en relación con el 1183, todos del C.c* ., dado que la facultad de resolver la obligación no puede pertenecer al que la incumple, y, por contra, es sólo el cumplidor el que puede pedir del otro la indemnización de daños y perjuicios, que no ha sido tenida en cuenta en la Sentencia, ya que en la reunión de las partes, antes de la escrituración pública, nunca se trato de extinguir extintivamente el contrato de promesa de venta, y al no cumplirlo la otra parte, se le podía exigir la indemnización de daños procedente.

3º. Infracción del *art. 1101 C.c* ., con exigencia de la indemnización a la otra parte de los daños y perjuicios por incumplimiento, conforme a los motivos anteriores, motivo que no tendría sentido si la Sala entendiera que se había producido la novación entre uno y otro contrato, y sí sólo en el caso de acogerse aquéllos, pues en todo caso, habría quedado clara la voluntad del recurrente de adquirir en su totalidad el "HOTEL ASTORIA", mediante el pago de los 165 millones de pesetas estipulado.

SEGUNDO.- Si bien la parte recurrente, en su Recurso, plantea ante esta Sala tres motivos, son dos (los primeros) los principales, pues el 3º es subsidiario de ellos, y su mantenimiento depende en su tratamiento sólo para el caso de que se acoja alguno de los otros dos, como así se especifica en él al desarrollarlo.

En cuanto, por otro lado, a los dos primeros, son ambos coincidentes en el mismo tema, y único, relativo, sin discusiones, a que, según el recurrente no existe novación por falta del requisito de tener que ser explícita, y no tácita, entre los dos contratos existentes, aunque la Audiencia, en su Sentencia, según dice, la da por existente, y dice también que el contrato de promesa de venta, con el de préstamo, accesorio, para su financiación, sólo se podía cumplir con la venta, y ésta lo debía ser en la totalidad de su objeto, que era lo explícitamente acordado en él, y como no se cumplió, por ello era por lo que procedía la indemnización de daños y perjuicios, a que se refería (*art. 1101 C.c* .) el tercer motivo, cuyo éxito, como se ha explicado antes, depende del de los precedentes.

TERCERO.- Ambos primeros motivos, con idéntica pretensión, deben ser desestimados, sin entrar ya al examen, pues, del último, y ello por las siguientes razones:

A) Aunque se pretenda en el motivo 1º del Recurso, y por eso se hace en él la crítica de la acogida de la novación extintiva en la Sentencia, en ésta no se basa el éxito, frente al primero de los dos contratos celebrados (que han sido suficientemente explicitados en el F.J. 1º de esta Resolución), de la existencia de su expresada "novación" por el segundo de ellos, pues aunque esa sea la tesis prácticamente única de la Sentencia del Juzgado, la de la Audiencia, si bien la cita, no la eleva a esa categoría, ya que, tras su mera referencia indicada, abunda más bien en la incompatibilidad de prestaciones entre los dos convenios, con expresión de hacerse la opción deliberada del accionante por el cumplimiento del segundo.

B) Si bien, ciertamente, el *art. 1204 C.c* . aplicado por el Juzgador "a quo", aunque parezca en definitiva que, al tratar del instituto jurídico de la "novación", y en su determinación inicial exija, como dice el motivo que se estudia, que la misma, por deber sustituirse un contrato por otro, sea declarada terminantemente, en cuanto opera como causa extintiva del contrato inicial, y por ello no se admite la tácita o meramente supuesta, no obstante, en el final del precepto, se adiciona a tal regla general, la de que la extinción también se producirá, "cuando la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles", lo que nos lleva a contemplar este segundo supuesto, que es el que más propiamente propone (decide) el Tribunal de

instancia.

C) Efectivamente, el primer contrato, en sí, no se podía cumplir, tras la celebración de la subasta de la finca matriz (contando con su división en cuatro inmuebles, que fueron lotes separados a efectos del remate), pues quedaron, fuera de ella, dos de las fincas que en ese momento, con las otras dos (sí subastadas) la componían (o en las que aquella se subdividía), dado que tal reparto y las vicisitudes de cada uno de sus componentes, lo impedían, y no habría tampoco lugar a la indemnización de los 15 millones establecidos como pena, pues el deudor (el Banco) en ese contrato inicial, no era incumplidor, y por eso no se le exigió tal pago de la penalidad establecida.

D) En lugar de llegar las partes a tal extremo (abandono del contrato inicial), ambas tuvieron conversaciones, para "salir" de (o superar) tal situación, y actuando en beneficio de ambas, es por ello que se llegó al 2º contrato, que en otro caso resultaba inútil, y en él las partes cedieron (transaccionaron) lo posible en interés de cada una.

y E) De acuerdo con ello, y no por otra causa o motivo esencial, no existentes ni explicados, el segundo contrato (de 1 de abril de 1987), "recompone" la situación con el "objeto" entonces existente, sobre el que recaía el primer contrato, y se transmite la parte rematada (y adjudicada al Banco) en la subasta, por el importe obtenido en ella, y en cuanto al resto, recomponiendo con él todo el precio inicialmente pactado (es decir, hasta llegar a los 165.000.000 de ptas.), se sustituye la mitad original, derivada de la subdivisión, por la cesión de los créditos hipotecarios que el propio Banco ostentaba, en cuanto a las partes referidas, en la finca matriz, para que el actor pueda componer la totalidad; y a partir de ahí, como compensación, y por necesidad, "suaviza" el préstamo de financiación, pasando, de uno hipotecario sobre la finca, a otro en cuenta corriente, con menor interés anual (del 12%, se rebaja al 8%), y también con un menor plazo de amortización (de 15 años se pacta a 5). Con ello queda claro que un contrato sustituyó a otro, siendo consciente el actor de la situación hipotecaria y real de las fincas, y de las incidencias habidas, pues así se hace constar, como premisa fundamental, en el nuevo pacto. Por lo cual, caen por su base los argumentos aducidos en los 2 motivos examinados, y dado que ese "iter" contractual, nos lleva a la sustitución, por novación (extintiva) entre ambos contratos, dada la incompatibilidad de todo punto entre ellos, según lo querido y pactado por las partes, no se puede pretender por ello la efectividad jurídica de los dos.

CUARTO.- Al desestimarse todos los motivos, y con ello el Recurso, corresponde condenar al pago de las COSTAS procesales derivadas del mismo, a la parte recurrente, que perderá también el DEPOSITO al efecto por ella constituido (*art. 1715-3 L E C.*).

VISTOS los preceptos legales citados y de general y pertinente aplicación al caso.

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

## FALLAMOS

Debemos desestimar y DESESTIMAMOS el Recurso de CASACION, interpuesto en las presentes actuaciones, ante esta Sala, por la representación procesal de la parte recurrente (demandante y apelante), la Compañía Mercantil, "HOSTELERIA CANARIA INTERNACIONAL, S.A." -"HOCISA"-, contra la SENTENCIA dictada en las mismas por la ILTMA. AUDIENCIA PROVINCIAL DE GRAN CANARIA -LAS PALMAS-, de fecha 20 de enero de 2000, en autos de Juicio declarativo de menor Cuantía nº 113/1997 procedentes del Juzgado de Primera Instancia de Las Palmas de Gran Canaria nº Dos (2), declarando NO HABER LUGAR al mismo; y con expresa imposición de las COSTAS procesales derivadas del presente Recurso, y pérdida del DEPOSITO constituido, a y por la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-FRANCISCO MARIN CASTAN.-ENCARNACION ROCA TRIAS.-RAFAEL RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES.- Firmado y Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares, 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.