

Roj: **STS 2967/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:2967**Id Cendoj: **28079110012015100359**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **10/06/2015**Nº de Recurso: **2732/2013**Nº de Resolución: **359/2015**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP BI 2429/2013,**
STS 2967/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Junio de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por D^a Maribel y D^a Adelina , en su propio nombre y en beneficio de la comunidad de herederos de Juan Ramón , representados ante esta Sala por la procuradora D^a Paula Basterreche Arcocha contra la sentencia dictada el 10 de octubre de 2013 por la Sección 4^a de la Audiencia Provincial de Vizcaya en el recurso de apelación núm. 53/2013 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 651/2011 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Bilbao. Ha sido parte recurrida BANKINTER, S.A., representada ante esta Sala por la procuradora D^a María del Rocío Sampere Meneses; KUTXABANK, S.A., representado ante esta Sala por el procurador don Ángel Rojas Santos; D. Eloy y D^a Natividad , representados ante esta Sala por el procurador D. Francisco Fernández Rosa; CAIXABANK, S.A., representada ante esta Sala por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter; D. Pio y D^a Clara , representados ante esta Sala por la procuradora D^a María del Carmen Azpeitia Bello.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

PRIMERO .- La procuradora D^a Paula Basterreche Arcocha, en nombre y representación D^a Maribel , D^a Pilar y D^a Adelina , actuando cada una en nombre propio y todas en beneficio de la herencia yacente de D. Juan Ramón , interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Pio , D^a Clara , BANKINTER, SA., BBK, LA CAIXA, D. Eloy , D^a Natividad y D. Aurelio , en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

« [...] A.- se declare la nulidad de los siguientes contratos otorgados entre DON Pio , DOÑA Clara y LA CAIXA

- Crédito abierto NUM000 con LA CAIXA de 488.000 ? de 2 de Diciembre de 2008, en el que DOÑA Maribel y su difunto esposo figuran como prestatarios, junto al demandado Pio

- Préstamo NUM001 con LA CAIXA por valor de 209.000 ? de 2 de Diciembre de 2008, en el que DOÑA Maribel y su difunto esposo vuelven a aparecer como prestatarios con el demandado

- Préstamo personal NUM002 de 18 de Marzo de 2008, de 16.000 ? con LA CAIXA a nombre de Juan Ramón , padre y DOÑA Maribel

- Préstamo NUM003 de 180.000 ? de 2 de Diciembre de 2008, a favor del demandado y sus padres con LA CAIXA, pignorando imposiciones a largo plazo de Don Juan Ramón padre, del mismo importe. A consecuencia, se declare la nulidad



- Operación de cancelación de Ahorro a Plazo de 80.000 ? de 21 de Setiembre de 2010 de LA CA oficina 0732, en la cuenta NUM004 de Juan Ramón y Maribel
- Operación de cancelación de Ahorro a Plazo de 57.000 ? de 21 de Setiembre de 2010, de LA CAIXA oficina 0732, en la cuenta NUM004 de Juan Ramón y Maribel
- Operación de cancelación de Ahorro a Plazo de 27.000 ? de 4 de Octubre de 2010, de LA CAIXA, oficina 0732, en la cuenta NUM004 de Juan Ramón y Maribel
- Operación de cancelación de Ahorro a Plazo de 16.000 ? de 4 de Octubre de 2010, de LA CAIXA, oficina 0732 en la cuenta NUM004 de Juan Ramón y Maribel

B.- se declare la nulidad de los siguientes contratos en que intervienen DON Pío Y DOÑA Clara con las entidades bancarias y personas físicas que se indican, y como consecuencia, se acuerde la cancelación de los asientos correspondientes a las inscripciones de escrituras hipotecarias y de compra-venta en el Registro de la Propiedad, en los casos de hipoteca y venta de los bienes inscritos a nombre de DOÑA Maribel y de DON Juan Ramón , que específicamente se reseñan:

- Hipoteca a favor de la entidad BANKINTER,S.A constituida el 3 de Octubre de 2.006 sobre el piso NUM005 NUM006 de la PLAZA000 n° NUM007 de Bilbao, en garantía de un préstamo de 270.000 ?. Referencia registral: Registro de la Propiedad de Bilbao n° 7.- Finca de Casco Viejo n° NUM008 . inscripción 2ª al tomo NUM009 , libro NUM010 , folio NUM011 .
- Hipoteca a favor del entidad BANKINTER, S.A de 16 de Marzo de 2009 en garantía de un préstamo de 80.000 ? sobre el apartamento NUM012 - NUM013 , portal letra NUM014 , planta NUM015 de Residencial DIRECCION000 en Laredo. Referencia registral: Registro de la Propiedad de Laredo. Finca de Laredo n° NUM016 . Inscripción 2ª al tomo NUM017 , libro NUM018 , folio NUM019 .
- Hipoteca a favor de la BBK del piso de la CALLE000 n° NUM020 , NUM015 NUM014 de Bilbao, constituida el 30 de Marzo de 2.009, en garantía de saldo de la cuenta especial n° 1388/09 de la mercantil Alkantara Sukaiki Restauración S.L., hasta un límite de 180.000 ?. Referencia registral Registro de la Propiedad n° 6 de Bilbao.- Finca de Begoña n° NUM021 . Inscripción 2ª al tomo NUM022 , folio NUM023 , folio NUM024 .
- Hipoteca derivada de la escritura de préstamo personal por importe de 10.000 ? a favor de DON Aurelio otorgada el 1 de Junio de 2.010, hipotecando la lonja izquierda de la Plaza Ernesto Erkoreka n° 8 (bar Oleaga). Referencia registral: Registro de la Propiedad n° 7 de Bilbao.- Finca n° 37595B. tomo 1832 ,libro 1067, folio 7.
- Escritura de compra-venta del garaje sito en la CALLE001 NUM025 ; DIRECCION000 en Laredo, por precio de 20.000 ? a favor de de DOÑA Natividad Y DON Eloy Referencia registral: Registro de la Propiedad de Laredo. - Finca de Laredo n° NUM026 . Inscripción 2ª, al tomo NUM027 , libro NUM028 , folio NUM029 .

C.- que se reintegre por el demandado DON Pío las cantidades que retiro, por poderes, de las cuentas que eran titulares SUS padres, DON Juan Ramón Y DONA Maribel de las siguientes entidades:

- de LA CAIXA, 18.000 ?
- de BBVA 45.754,37 ?

D.- que se reintegre por los demandados DON Pío Y DOÑA Clara , porque son cantidades transferidas a cuentas conjuntas de los dos:

- de LA CAIXA 7.500 ?
- de BANKINTER: 28.945,29 ?

E.- que se reintegre por DON Pío , DOÑA Clara Y LA CAIXA, las siguientes imposiciones de ahorro a plazo fijo de los titulares, DON Juan Ramón Y DOÑA Maribel : a) Plazo NUM030 de interés fijo, de 16.000 ?, constitución de 18 de Marzo de 2008, b) Plazo NUM031 de interés fijo de 57.000 ?, constitución de 1 de Diciembre de 2008, c) Plazo NUM032 de interés fijo de 27.000 ?, constitución de 1 Diciembre de 2008, d) Plazo NUM033 Estr. Capital garantizado de 80.000 ?, constitución de 29 de Agosto de 2008.

Y todo ello, con expresa imposición de costas a los demandados.

OTROSI DIGO se interesa que se adopten las siguientes MEDIDAS CAUTELARES 1) SUSPENSIÓN DE CUALQUIER ACTUACIÓN JUDICIAL (Juicios Ejecutivos contra los bienes hipotecados de Doña Maribel y D. Juan Ramón , derivados de las operaciones realizadas por el demandado abusando de los poderes y en su propio beneficio e interés) O EXTRAJUDICIAL que afecte a los bienes y derechos de la demandante, respecto a los cuales se interesa la nulidad de todos los contratos y escrituras de los que han sido objeto por parte del demandado en el ejercicio abusivo de los poderes que le fueron otorgados por ella y su difunto marido. En concreto:



1. Juzgado de Primera Instancia nº 1 Laredo, ejecutivo nº 301 /10 por hipoteca de BANKINTER del piso DIRECCION000 nº NUM012 - NUM013 Laredo
2. Juzgado de Primera Instancia nº NUM005 de Bilbao, ejecutivo nº 372/10 por hipoteca de BANKINTER del PLAZA000 nº NUM007 , NUM005 NUM006 .
3. Procedimiento concursal 143/10 Alcantara Sukalki en el Juzgado de lo Mercantil nº 1 Bilbao por hipoteca del piso de CALLE000 nº NUM020 , NUM015 .

SUPLICO AL JUZGADO que se acuerde las medidas cautelares que se han solicitado [...]».

SEGUNDO.- La demanda fue presentada el 20 de abril de 2011 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Bilbao y fue registrada con el núm. 651/2011 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

TERCERO.- La procuradora D^a Rosa San Miguel Adalid, en representación de D^a Natividad y D. Eloy , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba *«se acuerde la desestimación íntegra de la demanda formulada de contrario, absolviendo a mis representados de todos los pedimentos formulados por la actora, y todo ello con expresa condena en costas a la parte demandante»* .

CUARTO.- El procurador D. Javier Ortega Azpitarte, en representación de CAJA DE AHORROS Y PENSIONES DE BARCELONA "LA CAIXA", contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba *«se desestimen completamente las pretensiones de la demandante en lo que respecta a la "la Caixa", con expresa imposición de las costas a aquella»*.

QUINTO.- La procuradora D^a Iratxe Pérez Sarachaga, en representación de BILBAO BIZKAIA KUTXA, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba *«se desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora, en forma solidaria, [...]»*.

SEXTO.- El procurador D. Rafael Eguidazu Buerba, en representación de BANKINTER, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba *«se dicte sentencia desestimatoria en todos su puntos con expresa imposición de las costas a la parte actora»* .

SÉPTIMO.- El procurador D. Jaime Villaverde Ferreiro, en representación de D. Pio y D^a Clara , contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba *« se dicte sentencia en el fondo por la que, desestimando en su integridad la demanda interpuesta contra mis mandantes, imponga las costas a las actoras»*.

OCTAVO.- Tras seguirse los trámites correspondientes, Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Bilbao dictó sentencia de fecha 17 de octubre de 2012 , con el siguiente fallo:

« Desestimar la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Dña. Paula Basterreche Arcocha, en nombre y representación de Dña. Maribel , Dña. Pilar y Dña. Adelina contra D. Pio , Dña. Clara , D. Eloy , Dña. Natividad , D. Aurelio , Kutxabank, Bankinter, S.A. y Caixabank, S.A., con imposición de las costas» .

Tramitación en segunda instancia

NOVENO.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D^a Maribel , D^a Pilar y D^a Adelina .

La resolución de este recurso correspondió a la Sección 4^a de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que lo tramitó con el número de rollo 53/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 10 de octubre de 2013 , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por Maribel , Pilar y Adelina contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de los de Bilbao en el procedimiento ordinario nº 651/11 del que este rollo dimana, confirmamos íntegramente dicha resolución con imposición de las costas del recurso a la parte apelante» .

Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

DÉCIMO.- La procuradora D^a Paula Basterreche Arcocha, en representación de D^a Maribel y D^a Adelina ,, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

« Primero.- Al amparo del art. 469.1.2º LEC (infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia), por infracción de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 218.1 LEC , puesto que la Sentencia de la Audiencia Provincial ha resuelto el debate, apartándose de la causa de pedir, y más concretamente, de los hechos y fundamentos en que la parte actora fundó su pretensión, alterando los términos del debate procesal.

Segundo.- Al amparo del art. 469.1.4º de la LEC , por vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE , por vulneración del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, por cuanto la Sentencia recurrida omite completa y absolutamente una valoración de los medios de prueba» .

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Por infracción (inaplicación) del art. 1275 del CC , referente a LA CAUSA ILICITA DEL CONTRATO (móviles ilícitos del mandatario) e infracción de la doctrina jurisprudencial sobre dicho precepto legal.

Segundo.- Por infracción (inaplicación) de los arts. 7.1 ª y 1719 del CC (ausencia de BUENA FE EN EL MANDATARIO) y la doctrina jurisprudencial sobre dichos preceptos legales.

Tercero.- Por infracción (inaplicación) del art. 7.2º del CC (ABUSO DE DERECHO en el ejercicio de la facultad de autocontratación) y la doctrina jurisprudencial sobre dicho precepto legal.

Cuarto.- Por infracción (inaplicación) del art. 1303 del CC (CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD) y la doctrina jurisprudencial sobre dicho precepto legal.

Quinto.- Por infracción (inaplicación) de los arts. 1726 y 1727.2º del CC (RESPONSABILIDAD DEL MANDATARIO FRENTE A TERCEROS Y DESVINCULACIÓN DEL MANDANTE como consecuencia de la nulidad) y la doctrina jurisprudencial sobre dichos preceptos legales.

Sexto.- Por infracción (inaplicación) de los arts. 1261.3 º, 1275 y 1276 , art. 1303 del CC (NULIDAD POR SIMULACIÓN ABSOLUTA DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO con el Sr. Aurelio) y del art. 6.3º del C.C . (NULIDAD APRECIABLE DE OFICIO) y la doctrina jurisprudencial sobre dicho precepto legal» .

UNDÉCIMO.- 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 25 de febrero de 2015 cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º) Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Dª Maribel y de Dª Adelina , en nombre propio y en beneficio de la comunidad de herederos de D. Juan Ramón , contra la sentencia dictada, con fecha 10 de octubre de 2013, por la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección Cuarta), en el rollo de apelación nº 53/13 , dimanante del juicio ordinario nº 651/11 del Juzgado de Primera Instancia de Bilbao.

2º) Entréguese copias de los escritos de interposición del recuso extraordinario por infracción procesal y de casación formalizados por la parte recurrente, con sus documentos adjuntos, a las partes recurridas personadas ante esta Sala, para que formalice su oposición por escrito en el plazo de veinte días» .

DUODÉCIMO- Se dio traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición a la admisión del recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

DÉCIMO TERCERO.- Por providencia de 5 de mayo de 2015 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el día 3 de junio de 2015, a las 10:30 horas, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Antecedentes del caso

1.- Las demandantes, Dª Maribel , Dª Adelina y Dª Pilar , interpusieron demanda contra D. Pio (hijo de la primera y hermano de las dos últimas demandantes), su esposa Dª Clara y contra tres entidades bancarias (BBK, La Caixa y Bankinter) y tres particulares (D. Eloy , Dª Natividad y D. Aurelio) con los que el Sr. Pio contrató utilizando el poder de representación que le había sido otorgado por sus padres (la codemandante Dª Maribel y su difunto marido), en la que solicitaban que se declarara la nulidad de los negocios jurídicos concertados utilizando dicho poder de representación por ser su causa ilícita, ya que el apoderado los realizó con la intención de dañar y perjudicar a sus poderdantes y por autocontratación en la que concurría un conflicto de intereses, con manifiesto abuso de derecho, y que se reintegrara al patrimonio de los poderdantes el dinero del que se había dispuesto en virtud de tales contratos. Al hilo de dicha solicitud, pedían, como medida cautelar, que se paralizaran todas las ejecuciones contra el patrimonio de los poderdantes que fueran consecuencia de los contratos cuya nulidad solicitaban.



2.- Tanto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia como la de la Audiencia Provincial, ante la que apelaron las demandantes, han desestimado plenamente la demanda.

3.- Las demandantes han interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal basado en dos motivos y recurso de casación basado en seis motivos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- Formulación del primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal

1.- El primer motivo del recurso extraordinario por infracción procesal se encabeza con el siguiente título: « *Al amparo del art. 469.1.2º LEC (infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia), por infracción de lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 218.1 LEC, puesto que la Sentencia de la Audiencia Provincial ha resuelto el debate, apartándose de la causa de pedir, y más concretamente, de los hechos y fundamentos en que la parte actora fundó su pretensión, alterando los términos del debate procesal* » .

2.- Los argumentos que se alegan para fundamentar el motivo son, resumidamente, que en la demanda se había ejercitado una acción de nulidad absoluta de una serie de actos concretos realizados por el mandatario por tener una causa ilícita al haberse celebrado con abuso de poderes, mientras que la sentencia de la Audiencia Provincial señala que la parte demandante tenía que haber ejercitado otras acciones por lo que entra a resolver cuestiones de derecho que no han sido planteadas por la demandante, con lo que se altera la causa de pedir.

TERCERO.- Decisión de la Sala. Inexistencia de incongruencia

1.- La sentencia de la Audiencia Provincial no incurre en incongruencia "extra petita" [fuera de lo pedido]. Desestima el recurso de apelación formulado, y lo hace porque considera carente de fundamento la acción ejercitada. Además de ello, y coherentemente con las razones por las que considera que la acción ejercitada carece de fundamento, argumenta que las acciones pertinentes habrían sido en todo caso otras.

2.- Podría haber existido incongruencia, por modificación sustancial de los términos del debate, si la Audiencia Provincial hubiera desestimado el recurso por no concurrir los requisitos de acciones que no han sido ejercitadas. Pero si se desestima la demanda por razones que afectan a la acción efectivamente ejercitada, como se ha hecho en este caso, y además se argumenta que serían otras las acciones que podrían haberse ejercitado con base en esos mismos hechos, no se incurre en incongruencia alguna, sin perjuicio de la falta de eficacia prejudicial de esas consideraciones sobre otras acciones posibles, si pudieran ser entendidas como una especie de reserva de derechos a la parte demandante, puesto que carecen de virtualidad jurídica, como ha afirmado esta Sala en ocasiones anteriores (sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1981 y núm. 591/2013 , de 15 de octubre).

CUARTO.- Formulación del segundo motivo de recurso extraordinario por infracción procesal

1.- El segundo motivo lleva el siguiente epígrafe: « *Al amparo del art. 469.1.4º de la LEC, por vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE, por vulneración del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, por cuanto la Sentencia recurrida omite completa y absolutamente una valoración de los medios de prueba* » .

2.- En este extenso motivo la parte demandante alega que existe una absoluta ausencia de valoración de la prueba practicada por la parte demandante tanto en primera instancia, pues la sentencia del Juzgado de Primera Instancia se limitó a valorar algunas pruebas practicadas por los demandados, como en apelación, pues la Audiencia Provincial estimó que la demandante había errado en la acción ejercitada. A continuación, realiza una extensa exposición del relato fáctico que, a su juicio, debería haber resultado fijado con base en la valoración de las pruebas practicadas, explicando cómo dicho relato sustenta sus pretensiones, incluyendo referencias a los escritos de contestación a la demanda, valoraciones jurídicas de los hechos que considera probados, así como consideraciones de carácter sustantivo.

QUINTO.- Decisión de la Sala. Improcedencia del motivo

1.- La parte recurrente, pese a reconocer formalmente que la Sala Primera del Tribunal Supremo no puede convertirse en una tercera instancia y que las partes no pueden imponer sus propias valoraciones sobre la prueba, desconoce en la práctica esa afirmación y formula una especie de nueva demanda, donde a la extensa narración de su relato fáctico se añaden algunas referencias a las pruebas practicadas e incluso valoraciones jurídicas.

2.- El Juzgado de Primera Instancia seleccionó los hechos y las pruebas que consideró más relevantes para la decisión del litigio. Consideró que determinadas pruebas, que valoró, desvirtuaban algunos de los hechos en que se fundaba la demanda, y que en todo caso la acción ejercitada no podía tener éxito por razones



sustantivas. La Audiencia Provincial asumió tácitamente la valoración probatoria realizada en la primera instancia, y desestimó asimismo la demanda por razones sustantivas, al considerar que las acciones de nulidad ejercitadas nunca podrían tener éxito considerando la base sobre la que habían sido formuladas.

Ninguna infracción del art. 24 de la Constitución se ha cometido. Por el contrario, la parte recurrente pretende desvirtuar completamente la función del recurso extraordinario por infracción procesal, realizando unas alegaciones prolijas en las que pretende plantear de nuevo todo el litigio ante esta Sala, en sus aspectos tanto fácticos como jurídicos, de una manera incompatible con la naturaleza y exigencias del recurso extraordinario por infracción procesal.

Recurso de casación

SEXTO.- Formulación del primer motivo del recurso de casación

1.- El primer motivo del recurso de casación se encabeza así: « *Por infracción (inaplicación) del art. 1275 del CC, referente a la causa ilícita del contrato (móviles ilícitos del mandatario) y la jurisprudencia sobre dicho precepto legal* »

2.- Como argumentos que fundamentan el motivo se alega que el mandatario actuó con unos móviles ilícitos, los de despatrimonializar a los mandantes, siendo obvio que estos no otorgaron los poderes con esa amplitud, incluida la autocontratación, para que este y su mujer les despatrimonializasen, por lo que el mandatario hizo un uso desviado de esos poderes formalmente correctos, sus móviles fueron inmorales y contrarios a la ley, y fueron constitutivos de un delito continuado de apropiación indebida, a cuyo efecto citaba varias sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, así como la existencia de un procedimiento penal que se seguía en Bilbao. Por ello consideraba que la causa de los contratos celebrados por el mandatario con los demás codemandados es ilícita y determinaba su nulidad.

SÉPTIMO.- Decisión de la Sala. La ilicitud de los móviles y la nulidad de la causa.

1.- En principio, la jurisprudencia considera como causa del negocio la función económico-social que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico, de modo que la causa será la misma en cada tipo de negocio jurídico. Pero esa conceptualización no permite explicar la posibilidad de que exista una causa ilícita, pues ello es incompatible con el fin típico y predeterminado de cada negocio jurídico. Es por eso que el propósito ilícito buscado por ambas partes ha sido elevado por la jurisprudencia a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad del contrato conforme al art. 1275 del Código Civil (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 760/2006, de 20 de julio , 83/2009, de 19 de febrero , y núm. 265/2013, de 24 de abril), cuando venga perseguido por ambas partes (o buscado por una y conocido y aceptado por la otra) y trascienda el acto jurídico como elemento determinante de la declaración de voluntad en concepto de móvil impulsivo (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 426/2009, de 19 de junio , y las citadas en ella). Por tanto, el propósito perseguido por las partes ha de ser confrontado con la función económica y social en que consiste la causa de cada negocio, de modo que si hay coincidencia, el negocio es reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico, pero si no la hay porque el propósito que se persigue es ilícito, tal protección no se otorgará y ese propósito se eleva a la categoría de causa ilícita determinante de la nulidad de pleno derecho del negocio jurídico.

2.- Los móviles que individualmente pudiera tener el mandatario al celebrar, en nombre y representación de sus mandantes, los contratos con los demás demandados cuya nulidad se pretende, no pueden determinar la existencia de una causa ilícita ni, por tanto, la nulidad de los contratos, en tanto que tales móviles espurios, incluso delictivos, que se atribuyen a dicho mandatario no han sido compartidos o al menos aceptados por las otras partes de los contratos celebrados. Por tanto, tales móviles no pueden elevarse a la categoría de causa ilícita ni pueden determinar la nulidad de los contratos.

OCTAVO.- Formulación del segundo motivo del recurso de casación

1.- El segundo motivo de casación se encabeza así: « *Por infracción (inaplicación) de los arts. 7.1º y 1.719 del CC (ausencia de buena fe en el mandatario) y la doctrina jurisprudencial sobre dichos preceptos legales*».

2.- El motivo se fundamenta, sucintamente, en que el mandatario actuó de mala fe, de forma dolosa, premeditada, fraudulenta y maliciosa, ya que consciente y deliberadamente quiso enriquecerse a costa del patrimonio de sus padres.

NOVENO.- Decisión de la Sala. Desestimación del motivo

1.- El motivo no puede ser estimado. La cuestión relevante para decidir el litigio no es si el mandatario actuó o no de buena fe, o si se atuvo o no a las instrucciones del mandante. Estas cuestiones afectan a la relación interna entre mandante y mandatario, pero no pueden determinar la nulidad de los contratos celebrados entre



el mandatario, en nombre y representación de los mandantes, con terceros, en tanto el mandatario actuó dentro del ámbito de las facultades, amplísimas, que expresamente le habían sido conferidas.

2.- Como afirmó la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida, que el mandatario haya empleado las facultades que le concedieron sus poderdantes para su propio enriquecimiento, en perjuicio de aquellos, tiene relevancia en la relación de mandato a efectos de que los mandantes puedan exigirle que les rinda cuentas y les indemnice los daños y perjuicios que hayan podido derivarse de una conducta ilícita del mandatario, pero no puede perjudicar a terceros que, sin estar confabulados con el mandatario, contrataron con este como representante de sus mandantes en la confianza de la amplitud de las facultades representativas que le habían sido conferidas.

DÉCIMO.- Formulación del tercer motivo del recurso de casación

1.- El epígrafe con que se inicia el tercer motivo del recurso de casación es el siguiente: « *Por infracción (inaplicación) del art. 7.2º del CC (abuso de derecho en el ejercicio de la facultad de autocontratación) y la doctrina jurisprudencial sobre dicho precepto legal* ».

2.- Los razonamientos que se alegan para fundar el recurso son, resumidamente, que el apoderado demandado, haciendo uso de la facultad de autocontratar, abusó de la misma con el fin de hacer negocios en su propio provecho y en perjuicio directo de los mandantes, existiendo un conflicto de intereses.

UNDÉCIMO.- Decisión de la Sala. Desestimación del motivo

1.- La jurisprudencia de esta Sala ha considerado jurídicamente ineficaz la autocontratación cuando se da un conflicto y una contradicción de intereses que haga incompatible la actuación de una persona que obra para sí misma y a la vez en la representación de otra, física o jurídica. En tales casos, al contrato llevado a cabo se le desprovee de causa lícita, entrando así en el campo del abuso del derecho, que siempre lleva consigo intención de dañar y perjudicar.

2.- Pero tal doctrina es aplicable cuando se ha producido una autocontratación propiamente dicha, en la que la coincidencia de los consentimientos necesaria para la perfección del contrato es sustituida por la voluntad de una sola persona, que actúa en nombre propio, como una de las partes del contrato, y en nombre y representación de otra persona, como la otra parte del contrato. Esto es, una sola persona se ha situado en ambas partes de un contrato bilateral, en una actuando en nombre propio, en la otra actuando en nombre y representación de sus poderdantes. En tal caso, cuando concurren los requisitos indicados, los poderdantes que se han visto perjudicados por el autocontrato de su representante pueden accionar contra éste solicitando la nulidad del contrato.

3.- No es ese el caso objeto del recurso. En él lo que ha sucedido es que en algunos contratos una de las partes (bien los prestatarios, bien los prestarios y quienes hipotecaban un bien para garantizar la obligación de los prestatarios) estaba integrada por el demandado que actuaba en su propio nombre, y por los poderdantes, representados por tal mandatario con poder suficiente otorgado al efecto. Pero no se trataba de partes que estuvieran en una relación de bilateralidad o reciprocidad contractual, sino que se alineaban en una de las posiciones contractuales, mientras que en la otra posición contractual se situaba un tercero ajeno a esa relación de mandato representativo.

Es cierto que aun alineados en la misma posición contractual, podía existir un conflicto de intereses entre el representante y sus representados, porque, por ejemplo, los representados ignorasen el negocio que había sido concertado en su nombre, y fuera el representante quien aprovechara para sí la totalidad del dinero obtenido. Pero en tal caso, la existencia de ese conflicto de intereses y de ese abuso de derecho por parte del representante no puede determinar la nulidad del contrato porque la parte situada en la otra posición contractual (el banco que ha concedido el préstamo, que ha hecho el reintegro, o a favor del cual se ha constituido la hipoteca, o el comprador de un bien vendido por los demandantes representados por el apoderado codemandado) resulta ajeno al conflicto de intereses, a la conducta abusiva del representante, y no puede verse perjudicada por hechos que afectan exclusivamente a la relación interna entre los poderdantes, de un lado, y el representante, de otro, cuando dicho representante actuó dentro de las facultades que le habían sido concedidas mediante apoderamiento ante notario.

4.- Por otra parte, no puede obviarse que los poderdantes otorgaron al apoderado facultades para autocontratar, por lo que, frente a terceros, no podría oponerse la nulidad de ese autocontrato en tanto que estaba dentro de las facultades concedidas al apoderado que contrató con ellos.

DUODÉCIMO.- Formulación del cuarto motivo del recurso

1.- El motivo cuarto lleva el siguiente encabezamiento: « *Por infracción (inaplicación) del art. 1.303 del CC (consecuencias de la nulidad) y la doctrina jurisprudencial sobre dicho precepto legal* ».



2.- La infracción se habría cometido porque la conducta del mandatario determina que la causa de los negocios impugnados es ilícita por lo que son nulos de pleno derecho y se debe restituir el patrimonio de los mandantes al estado anterior.

DÉCIMO TERCERO.- Decisión de la Sala. Desestimación del motivo

La desestimación de los anteriores motivos, con el rechazo a la nulidad pretendida por los recurrentes, deja sin base el motivo relativo a la infracción de la norma que regula los efectos de la nulidad

DÉCIMO CUARTO.- Formulación del quinto motivo del recurso de casación

1.- El motivo quinto se encabeza con este enunciado: « *Por infracción (inaplicación) de los arts. 1.726 y 1.727.2º del CC (responsabilidad del mandatario por dolo frente a terceros y desvinculación del mandante) y la doctrina jurisprudencial sobre dicho precepto legal* » .

2.- Argumentan los recurrentes que al haber actuado el mandatario con dolo, debe responder por su actuación y es él, y no los mandantes, quien debe quedar vinculado frente a quienes contrataron con él, pues los contratos realizados por el mandatario son nulos de pleno derecho.

DÉCIMO QUINTO.- Decisión de la Sala. La vinculación de los poderdantes a las obligaciones contraídas por el apoderado en su nombre y representación dentro de las facultades concedidas

1.- El art. 1726 del Código Civil , al establecer que « *[e]l mandatario es responsable, no solamente del dolo, sino también de la culpa, que deberá estimarse con más o menos rigor por los Tribunales según que el mandato haya sido o no retribuido* » , regula la relación interna entre mandante y mandatario, regulando la exigencia por aquel de responsabilidad a este. Por tanto, ninguna repercusión tiene en la vinculación de los mandantes y poderdantes a los negocios celebrados, en su nombre y representación, por el mandatario a quien han apoderado, con terceros.

2.- En cuanto al art. 1727.2 del Código Civil , deben también diferenciarse dos ámbitos. El del mandato propiamente dicho, en el que las instrucciones del mandante son decisivas en las relaciones entre mandante y mandatario. Y el del poder de representación ante terceros, ajenos a la relación de mandato, frente a los que son decisivos los criterios externos, como son las facultades que le han sido otorgadas al apoderado en el documento notarial de apoderamiento. El poderdante, "dominus negotii", que ha provocado esta apariencia al otorgar al apoderado facultades muy amplias para contratar en su nombre, no puede alegar frente a terceros que el apoderado mandatario se excedió de las instrucciones que le habían sido concedidas. para desvincularse de los contratos concertados en su nombre y representación.

Ese supuesto exceso podrá permitirle accionar contra el mandatario en sus relaciones internas con base en el incumplimiento contractual que ello supone, pero no puede invocarlo como base de una pretendida nulidad contractual de los negocios celebrados en su nombre y representación con terceros, dentro de las facultades concedidas al apoderado.

DÉCIMO SEXTO.- Formulación del motivo sexto del recurso de casación

1.- El sexto y último motivo del recurso de casación lleva el siguiente título: « *Por infracción (inaplicación) de los arts. 1261.3 º, 1275 y 1276 , art. 1303 del CC (nulidad absoluta por simulación absoluta del contrato de préstamo) y del art. 6.3º del Código Civil (nulidad apreciable de oficio) y la doctrina jurisprudencial sobre dichos preceptos legales* » .

2.- En el motivo se alega que si bien la demanda se basó en la nulidad de los contratos por abuso de derecho del mandatario, posteriormente, tras el juicio oral, se amplió a la acción de nulidad por simulación absoluta del contrato de préstamo concertado con el Sr. Aurelio , a la vista de lo que este declaró en dicho juicio, extendiéndose el recurso en distintas consideraciones sobre la nulidad por simulación absoluta y en la apreciación de oficio de la nulidad.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Decisión de la Sala. Improcedencia de plantear el recurso de casación sobre cuestiones no resueltas en la instancia. Inadmisibilidad del cambio de demanda.

1.- El carácter revisorio del recurso de casación es incompatible con la pretensión de que se aborden en el mismo cuestiones no resueltas en la instancia.

La sentencia de la Audiencia Provincial (al igual que ocurría con la sentencia del Juzgado de Primera Instancia) no se pronunciaba sobre la procedencia o improcedencia de declarar la nulidad del citado préstamo por simulación absoluta.



Si los hoy recurrentes consideraban que era procedente realizar un pronunciamiento sobre tal pretensión, debían haber solicitado de la Audiencia Provincial la subsanación de la omisión de pronunciamiento y, de no haberla obtenido, haber formulado recurso extraordinario por infracción procesal por incongruencia omisiva.

Lo que en ningún caso es posible es plantear directamente en casación cuestiones no abordadas en la instancia.

2.- Por otra parte, la razón de que en la instancia no se abordara tal cuestión se desprende de las propias alegaciones del recurso: en la demanda, la acción ejercitada fue exclusivamente la de nulidad de los contratos celebrados por el mandatario en nombre y representación de sus mandantes por haber actuado el mandatario de mala fe y extralimitación en el mandato recibido.

Fue tras el juicio cuando la parte demandante pretendió introducir la cuestión de la nulidad por simulación.

La prohibición de cambio de demanda que se contiene en el art. 412.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil impide que puedan admitirse alteraciones como la que pretenden los recurrentes, razón por la cual los órganos de instancia actuaron correctamente al ceñir sus pronunciamientos a las pretensiones oportunamente formuladas en la demanda.

DÉCIMO OCTAVO .- Costas y depósitos

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 de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a la recurrente.

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

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

FALLAMOS

1.- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Dª Maribel y Dª Adelina, en su propio nombre y en beneficio de la comunidad de herederos de Juan Ramón, contra la sentencia de fecha 10 de octubre de 2013 dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Cuarta, en el recurso de apelación núm. 53/2013.

2.- Imponer a las recurrentes las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Ignacio Sancho Gargallo. Francisco Javier Orduña Moreno. Rafael Saraza Jimena. FIRMADO Y RUBRICADO.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Rafael Saraza Jimena**, 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.