

Roj: **STS 1668/2010 - ECLI:ES:TS:2010:1668**Id Cendoj: **28079110012010100191**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **16/03/2010**Nº de Recurso: **494/2006**Nº de Resolución: **121/2010**Procedimiento: **Casación**Ponente: **JUAN ANTONIO XIOL RIOS**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP TF 1289/2005,**  
**STS 1668/2010**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Marzo de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación que con el número **494/2006**, ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D. Eloy , aquí representado por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo número 122/2005 por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de fecha 18 de julio de 2005, dimanante del procedimiento ordinario número 80/2002 del Juzgado de Primera Instancia número 2 del Puerto de la Cruz. Habiendo comparecido en calidad de recurridos D. Rodolfo , D.<sup>a</sup> Carolina , Consulting Empresarial Canario S.L., D. Juan Pedro , Gestión Patrimonial Sierra Nevada, S.L., y Grupo de Inversiones y Explotaciones Acuario, S. L. , representados por la procuradora D.<sup>a</sup> Matilde Marín Pérez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** . - El Juzgado de Primera Instancia N.º 2 del Puerto de la Cruz (Santa Cruz de Tenerife) dictó sentencia de 26 de mayo de 2003 en el procedimiento ordinario n.º 80/2002, cuyo fallo dice:

«Fallo

»Acuerdo: Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda formulada por D.<sup>a</sup> Isabel Estelle Afonso, procuradora de los Tribunales; en nombre y representación de D. Eloy , contra D. Rodolfo ; D.<sup>a</sup> Carolina ; Consulting Empresarial Canario S. L.; Grupo de Inversiones y Explotaciones Acuario S. L.; D. Juan Pedro ; Gestión Patrimonial Sierra Nevada S. L.; D.<sup>a</sup> Valle y D. Iván , quienes, junto con D.<sup>a</sup> Carolina , son los herederos de D. Jose Enrique ; y Construcciones Domingo Méndez S. L.; absolviéndoles de todos los pedimentos de condena, con imposición de costas a la parte actora».

**SEGUNDO** . - La sentencia contiene los siguientes FFDD:

«Primero: La parte demandante solicita, en primer lugar, que "se declare que la escritura de compraventa e hipoteca, de fecha 27 de abril de 1992, otorgada entre las sociedades demandadas Construcciones Domingo Méndez, S. L., y Consulting Empresarial Canario, S. L., es nula de pleno derecho, e inexistente..."».

»Fácticamente basa la actora dicho pedimento en los hechos primero a tercero, inclusive, de la demanda; concluyendo que "D. Rodolfo , abogado de mi mandante, adquirió el complejo hotelero propiedad de éste, conocido por Hotel Gardenia Park -en el día de hoy Hotel Acuario- en 27 de abril de 1992, y desde entonces, mediante dos sociedades interpuestas - Consulting Empresarial Canario y Patrimonial Melián- de su absoluto control, lo ha estado explotando, y lo sigue haciendo al día de hoy." Alegando vulneración del artículo 1.459, 5.º, último párrafo, CC , que dice: "No podrán adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí



ni por persona alguna intermedia: 5.º Los Magistrados, Jueces, individuos del Ministerio Fiscal, Secretarios de Tribunales y Juzgados y Oficiales de justicia, los bienes y derechos que estuviesen en litigio ante el Tribunal, en cuya jurisdicción o territorio ejercieran sus respectivas funciones, extendiéndose esta prohibición al acto de adquirir por cesión.

»La prohibición contenida en este núm. 5; comprenderá a los Abogados y Procuradores respecto a los bienes y derechos que fueren objeto de un litigio en que intervengan por su profesión y oficio. "

»Tal pretensión de la actora, a la que se ha opuesto la adversa, debe ser desestimada por no concurrir los presupuestos exigidos por el precepto del CC que se dice ha sido vulnerado:

»A. Tiene dicho el Tribunal Supremo, Sala 1.ª, que "la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que un bien es litigioso, desde la fecha del emplazamiento para contestar a la demanda (SSTS de 25 de enero de 1913 y 15 de febrero de 1965 )" [STS. N.º 811, de 8 de septiembre de 1998 - El Derecho 1998/17477 ]. Se aclara por el Tribunal Supremo cuál es el término inicial para considerar como litigioso a un bien o derecho. El término final, es obvio, coincide con la conclusión del procedimiento judicial donde aquéllos hayan resultado su objeto. En consecuencia, la adquisición de bienes o derechos que hayan sido litigiosos en un procedimiento judicial, pero que no lo son cuando son adquiridos, no se contempla entre las prohibiciones del apartado 5.º del citado artículo del CC. Y ese es el caso que nos ocupa, por cuanto que el contrato de compraventa entre Construcciones Domingo Méndez S. L. y Consulting Empresarial Canario, S. L., cuya nulidad radical y de pleno derecho se interesa, tiene por objeto fincas no litigiosas al momento de celebrarse ese contrato. Al menos no se ha probado lo contrario por la actora, a quien correspondía hacerlo.

»B. Si bien con lo anterior ya basta para resolver sobre el particular que ahora nos ocupa; resulta que tampoco se cumple el requisito de la compra por sí o por persona intermedia, igualmente exigido por dicho precepto de la ley civil común. El Sr. Rodolfo no adquirió para sí tales fincas, ni personalmente ni por medio de tercera persona, sino que fue la mercantil Consulting Empresarial Canario, S. L., quien las adquirió para su propio patrimonio. Es cierto que el Sr. Rodolfo es uno de los socios de la mercantil compradora, como también lo son otros demandados, pero la mercantil tiene respecto de todos ellos personalidad jurídica propia e independiente, y que el Sr. Rodolfo sea uno de los socios no es suficiente para considerar que él es persona intermedia para la adquisición por la mercantil de las fincas, ni que la mercantil dicha sea el intermediario para la adquisición de las fincas por el Sr. Rodolfo , que es, en definitiva, lo que se plantea por la parte actora.

»Termina la demandante, en el primero del suplico de la demanda, interesando que se declare: "nula de pleno derecho la subasta y la adjudicación del remate a favor de la entidad vendedora, Construcciones Domingo Méndez, S. L.", con apoyo fáctico en los hechos segundo, punto 2; quinto y sexto de la demanda, y jurídicamente en igual vulneración del artículo 1459, 5.º, párrafo tercero, CC ; concluyendo en el hecho quinto que el Sr. Rodolfo "actuó como abogado de mi mandante, en diferentes procedimientos, y concretamente lo hizo en el procedimiento hipotecario instado por la sociedad aquí demandada, Construcciones Domingo Méndez, S. L., interviniendo en dicho procedimiento como abogado y, aparentemente en defensa de los intereses de mi mandante".

»No obstante, lo que en realidad hizo fue algo muy distinto: Se puso en contacto con el administrador único de la cía. acreedora, D. Melchor , y le propuso comprar las fincas embargadas, y entregar como precio la total deuda pendiente, pagando una cantidad en efectivo, y el resto mediante hipotecar las mismas fincas embargadas y objeto de la futura subasta, que el propio Sr. Rodolfo se proponía controlar; y cuya escritura de compraventa e hipoteca se formalizaría una vez la cía. acreedora se las hubiera adjudicado; como así sucedió, utilizando para tal fin dos personas interpuestas, la propia cía. del acreedor Construcciones Domingo Méndez S. L., y la cía. del propio abogado, Consulting Empresarial Canario. Con tales "filtros", el Sr. Rodolfo se consideró, desde el primer momento, a salvo de cualquier sospecha."

»En el hecho sexto, párrafo cuarto, se reitera que "el Sr. Rodolfo , abogado de mi mandante desde, por lo menos, 16 meses, antes de la subasta del complejo hotelero de su propiedad, intervino en el procedimiento en el que estaba embargado el hotel, y se puso en contacto con el acreedor; pero, no para liberar a mi mandante de la pérdida de su propiedad, sino para adjudicársela él, que era su abogado y que estaba interviniendo como tal en el procedimiento..."

»Lo que debe relacionarse con lo que se manifiesta en el n.º 2 del hecho segundo: "Que Don Rodolfo era el Administrador Único de la cía. en el momento de la compraventa; y ello, pese a que en la escritura (documento n.º 2), comparece un tal Juan Antonio , quien dice ser administrador, asegurando, falsariamente, la vigencia de su cargo. Pero, por si quedara alguna duda al respecto, acompañamos de documento n.º 4 fotocopia de la escritura de elevación a público de acuerdos sociales otorgada en 23 de julio de 1992 por D. Rodolfo en su calidad de Administrador Único de Consulting Empresarial Canario, y en la que se lee textualmente lo siguiente: "Su nombramiento (el de D. Rodolfo ) resulta de acuerdo alcanzado en Junta General universal de la entidad



celebrada el 3 de abril del corriente año de 1992, el cual fue elevado a público en escritura por mi autorizada en esta ciudad el día 27 de Abril del corriente año de 1992 con el número 692 del protocolo."

»Es decir, el día 3 de abril de 1992, 24 días antes de la escritura de compraventa y 5 días antes de adjudicarse el remate la cía. Construcciones Domingo Méndez, D. Rodolfo , aquí demandado, es nombrado Administrador Único de la cía. compradora; pero, al otorgamiento de la escritura comparece el administrador cesado, asegurando la vigencia de su cargo... "

»Debe partirse de una indiscutible realidad fáctica y jurídica por todos reconocida, cual es que se siguió contra el demandante proceso ejecutivo que concluyó con auto de 8 de abril de 1992 , recaído en procedimiento judicial sumario con arreglo a lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria , seguido contra D. Eloy en el Juzgado de Primera Instancia n.º Dos de La Orotava (autos n.º 243/1990 ), a instancia de la mercantil Construcciones Domingo Méndez S. L. con título en reconocimiento de deuda por cantidad de 45 593 043 pesetas, resultándoles adjudicadas en remate a esta mercantil las fincas embargadas al ejecutado en dicho procedimiento.

»De haber concurrido alguno licitador a las subastas públicas habidas en dicho procedimiento, y de habersele adjudicado tales fincas, se me antoja que si ese tercero las hubiera vendido luego a Consulting Empresarial Canario, S. L., habría en esta causa otro demandado más a quien se imputarían acuerdos con el Sr. Rodolfo , previos a la adjudicación en subasta para su adquisición posterior por este demandado. Dicho eso, que no deja de ser un pensamiento en voz alta de quien suscribe tras la valoración en conciencia del material probatorio; debe decirse que no existe "maniobra de ocultación", tal y como refiere la actora, en el hecho de que la finca del contrato de 27 de abril de 1992 (por el cual las mercantiles citadas formalizan la compraventa dicha) fuera suscrito por el administrador único cesante o saliente de la compradora, por cuanto que si bien se acordó su cese por acuerdo social de fecha 3 de abril de 1992, fue elevado a público el mismo día de ese contrato (27-IV-1992), y no se ha acreditado cuándo se inscribió su cese en el Registro Mercantil, fecha ésta a partir de la cual es oponible frente a terceros de buena fe y les es exigible responsabilidad a los administradores. Pero es más, considerando lo anterior y que ambos actos se formalizaron el mismo día 27 de abril de 1992, resulta lógico que fuera el administrador entrante quien procediera a otorgar la escritura elevando a público los acuerdos sociales de 3 de abril de 1992; y que el saliente, con el consentimiento de la sociedad y siendo todavía el administrador único frente a terceros de buena fe -no se ha probado que Construcciones Domingo Méndez, S. L., no lo fuera-, quien suscribiera dicho contrato de compraventa.

»Tal pedimento también debe perecer, por cuanto no se ha practicado prueba alguna, salvo la subjetiva de la parte actora - interesada-, que prueben esos supuestos contactos "desleales" del Sr. Rodolfo antes de la adjudicación de las fincas en remate a Construcciones Domingo Méndez, S. L. -cuando todavía no se sabía si iba o no a concurrir algún licitador a las subastas públicas-. El abogado demandado reconoció que mantuvo contactos con el representante legal de esa mercantil, pero lo fueron para buscar una solución extrajudicial mediante la refinanciación de la deuda, lo que no fue aceptado por la empresa acreedora, que recurrió al dicho procedimiento judicial, con el consabido resultado. Probó, y tal cosa corrobora lo anterior, que había realizado gestiones anteriores a esos contactos, tendentes también a solucionar los problemas cuya resolución le fue solicitada por su cliente, el hoy actor. Lo hizo mediante la prueba documental aportada al respecto y la testifical de D. Alfonso , quien fuera apoderado del Banco Santander-Central-Hispano en la sucursal de Puerto de la Cruz (vide apartado I del Antecedente de Hecho Cuarto); y de D. Ildefonso , a cuyo despacho financiero acudió D. Rodolfo interesándoles gestiones para la financiación de las deudas de su cliente. El Sr. Ildefonso dijo que tanto a nivel local como extranjero se negaron los créditos por las cuantiosas deudas existentes a esa fecha.

»Segundo: La parte actora prosigue sus pedimentos solicitando, en el segundo del suplico de la demanda, que "se declare que la escritura de compraventa de participaciones sociales de fecha 19 de febrero de 1998 (documento n.º 7 de esta demanda), es nula de pleno derecho, e inexistente, al concurrir simulación absoluta entre los otorgantes." Se refiere a la venta del 100% de las participaciones sociales de la mercantil Patrimonial Melián, S. L., realizada por D. Rodolfo , su único socio fundador y administrador único, a D. Juan Pedro y a la mercantil Gestión Patrimonial Sierra Nevada, S. L., por éste representada (vide párrafo segundo del apartado V del Antecedente de Hecho Cuarto). Basa la parte actora la alegada "simulación absoluta", según relata en el hecho cuarto de la demanda, en que mediante esa operación "D. Rodolfo 'se vende' nuevamente, a sí mismo, el complejo hotelero, que en su día había adquirido, de su cliente, mi mandante, D. Eloy , mediante "sociedades interpuestas, e interviniendo subasta pública." "Pero, esta vez, para darle una mayor apariencia de autenticidad a la transmisión a favor de la Patrimonial Melián, además de cambiarle el nombre por el de Grupo de Inversiones y Explotaciones Acuario, S. L., D. Rodolfo , vende, "aparentemente", la totalidad de sus acciones de la Patrimonial Melián, es decir el 100%..."

»Por la actora se mantiene en que todo es un entramado urdido por D. Rodolfo , quien, dice, nunca ha dejado de tener el control absoluto del hotel que fuera del actor, que le fue embargado por deudas y adjudicado, en remate,



a Construcciones Domingo Méndez S. L.; lo que ha hecho ese demandado a través de personas interpuestas, y, se insiste, que dichas operaciones de venta de participaciones y de cambio de mercantil y denominación no son más que una forma de disfrazar la realidad. Al respecto, los trabajadores del hotel, que lo habían sido con el demandante, luego con Consulting Empresarial Canario, S. L., también con Patrimonial Melián, S. L., luego denominada Grupo de Inversiones y Explotaciones Acuario, S. L., y que siguen, algunos, trabajando para los actuales propietarios, han mantenido, todos ellos, la seguridad absoluta de que no tenían duda de quienes eran sus jefes en cada momento; siéndolo el actor, primero; luego Consulting Empresarial Canario, S. L., a través de las personas que ésta designó para los puestos de máxima responsabilidad en la dirección del hotel; luego el Sr. Juan Pedro , como propietario de la empresa; y en la actualidad el Sr. Gregorio y su esposa. Y si bien tales afirmaciones de terceros no tienen valor absoluto para demostrar que el Sr. Rodolfo no estaba detrás de quienes en cada momento afirmaron los trabajadores fueron sus jefes, es un indicio probatorio más que coadyuva a concluir que el Sr. Rodolfo , como resulta de la documental pública aportada a los autos, sí que se desvinculó (como socio que era, no como propietario ya que nunca lo fue) de la propiedad que se reclama cuando por Consulting Empresarial Canario, S. L. se transmitió a Patrimonial Melián, S. L., actualmente Grupo de Inversiones y Explotaciones Acuario, S. L. De igual forma, el Sr. Juan Pedro se desvinculó de la propiedad cuando transfirió todas las participaciones a los actuales propietarios de Grupo de Inversiones y Explotaciones Acuario S. L., los esposos Don. Gregorio y Sra. María Antonieta .

»Por los demandados afectados en este apartado, Sr. Rodolfo y Juan Pedro , se explicó la razón de esa compraventa del 100% de las participaciones sociales en razones de urgencia; toda vez que, ofrecida por el Sr. Rodolfo al demandante la posibilidad de recuperar lo que había sido suyo, éste se negó precisamente por las deudas que gravaban la propiedad a esa fecha (vide la declaración del Sr. Maximo , a preguntas del letrado Sr. Molina). El Sr. Juan Pedro , que estaba presente en esa oferta -cuya naturaleza trataremos más adelante-, es un empresario del sector turístico y gran conocedor de ese mercado, con ideas propias sobre esa explotación que creyó aún con posibilidades, por lo que adquirió de Consulting Empresarial Canario, S. L., esa propiedad como queda dicho en párrafo tercero del apartado V del antecedente de hecho cuarto. Se dijo que esa operación fue por razones de urgencia, y así consta en la propia escritura pública cuya nulidad se interesa: "No me acredita el compareciente en forma documental la representación alegada -se está refiriendo a la representación por el Sr. Juan Pedro de la mercantil Gestión Patrimonial Sierra Nevada, S. L., por lo que yo, el Notario, autorizo este instrumento exclusivamente a instancia de los otorgantes, que aducen razones de urgencia, quedando supeditada su validez, con su conformidad, a la acreditación posterior o a la ratificación en forma de la representación alegada." Y la razón de esa urgencia se explicó suficientemente en el juicio, tanto por el Sr. Rodolfo , primero, como por el Sr. Juan Pedro , después. Aquel había constituido tiempo atrás esa mercantil (el día 7 de diciembre de 1988 el Sr. Rodolfo constituye Patrimonial Melián, S. L. El mismo día constituye junto con otros socios Consulting Empresarial Canario S. L.), y el Sr. Juan Pedro no quería usar para esa operación la mercantil Gestión Patrimonial Sierra Nevada S. L., que representa como administrador único y que pertenece a sus dos hijos. El Sr. Rodolfo le ofreció la que él tenía constituida y el Sr. Juan Pedro la aceptó, evitándose así la espera temporal necesaria por la propia tramitación que conlleva la constitución de una nueva sociedad. Ninguna ilicitud hay en tal proceder. Poco tiempo después el adquirente le cambió la denominación por otra que era de su gusto, aumentó el capital social y cambió su domicilio, prosiguiendo con la explotación del complejo hotelero.

»En el juicio no se ha practicado prueba de cargo alguna que no sea la escritura pública constitutiva de dicha transacción, reconocida de contrario, y de cuya interesada interpretación construye la actora una defensa de la tesis acusatoria tomando lo que le sirve y obviando aquello que cae por su peso, como lo es que se presume cierto el contenido de las escrituras públicas y, siendo esa presunción *iuris tantum* , quien pretende acreditar otra cosa debe hacerlo, no bastando para ello meras presunciones hiladas con la versión que de los hechos ofrece el actor, por nadie más ratificada de forma objetiva, por cuanto que sus testigos refieren lo que él les dijo al respecto, siendo insuficiente como prueba de lo que se mantiene.

»Tercero: Se ha insistido por el actor -y es uno de los tres pilares de su demanda (los otros dos son, de una parte, el ataque al auto de 8 de abril de 1992 y a la subasta de adjudicación en remate; y, de otra, el ataque al contrato de compraventa de 27 de abril de 1992 entre Construcciones Domingo Méndez, S. L., y Consulting Empresarial Canario, S. L.; sobre los que ya se ha resuelto)-, que el Sr. Rodolfo se "obligó" a devolver, libre de cargas, el hotel al demandante, lo que se dijo que haría tras tres años de su explotación por Consulting Empresarial Canario, S. L., que luego fueron cinco y que, finalmente, incumplió ese compromiso. Al respecto, ninguna prueba se ha presentado que acredite tal compromiso obligacional, más que la versión del demandante que, aunque ha sido corroborada por su hijo y otros testigos propuestos por esta parte, resulta que los testigos se limitaron a reproducir lo que el actor les dijo, sin más conocimiento sobre este particular, por lo que carecen de valor probatorio, como ya se dijo.



»El Sr. Rodolfo ha negado ese compromiso obligacional por su parte, que dijo inexistente, por cuanto que no dependía de él, ya que las fincas no eran de su propiedad, sino de la mercantil dicha. Si tenía para con el actor una obligación moral, que le imponía sus propios sentimientos y humanidad por la situación que atravesaban el actor y su familia; así: 1. Aceptó al hijo del actor como socio en dicha sociedad, para que de esa forma la familia del demandante siguiera vinculada a la propiedad que había sido suya durante mucho tiempo. Tal decisión la adoptó el Sr. Rodolfo sin contar con el consentimiento del resto de los socios, quienes se opusieron a la incorporación como socio del hijo del demandante, por lo que, finalmente, no se formalizó. 2. Se comprometió el Sr. Rodolfo a ofrecerle al actor, con preferencia a cualquier otro, la compraventa de la propiedad en el caso de que Consulting Empresarial Canario, S. L., deseara desprenderse de ella. Cumplió ese compromiso -moral- y el demandante rechazó la adquisición porque estaba gravada con múltiples deudas. 3. El Sr. Rodolfo propuso, y se aceptó por el resto de los socios de Consulting Empresarial Canario S. A., permitir al actor y a su familia vivir en un apartamento propiedad del hotel que había sido del demandante, luego adquirido por esa mercantil. Cuando se vendió la propiedad a Patrimonial Melián, S. L., tras haber sido rechazada por el actor, aquél pidió al Sr. Juan Pedro que mantuviera dicha situación, lo que hizo, continuando el actor y su familia residiendo en dicho lugar. Al igual que sigue haciéndolo ahora por consentirlo los actuales propietarios de Grupo de Inversiones y Explotaciones Acuario, S. L.

»Cuarto: En definitiva, ninguna prueba se ha practicado que acredite los hechos denunciados en la demanda, por lo que rechazados los dos primeros pedimentos de su suplico, deben desestimarse también el resto por tener su razón de ser en aquellos.

»Quinto: En los procesos declarativos las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho (artículo 394.1 LEC). En el presente caso no se han apreciado serias dudas de hecho o de derecho, por lo que debe imponerse las costas a la parte que ha sido vencida».

**TERCERO** .- La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia de 18 de julio de 2005 en el rollo de apelación n.º 122/2005, cuyo fallo dice:

«Fallo

»Por todo lo anteriormente expuesto, vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, la Sala decide:

»1.º Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. Eloy, confirmando la sentencia recurrida.

»2.º No hacer pronunciamiento sobre las costas del recurso».

**CUARTO** .- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

«Primero. El origen de la controversia que da lugar a las presentes actuaciones está en la adquisición, por parte de la entidad Consulting Empresarial Canario S. L., de dos fincas que habían sido propiedad del actor, ahora apelante, hasta que se dictó el auto de remate de 8 de abril de 1992, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de La Orotava en virtud del cual fueron adjudicadas en pago a la entidad acreedora Construcciones Domingo Méndez S. L. El actor, ejecutado en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH seguido ante el citado Juzgado bajo el n.º 243/1990, adeudaba a Construcciones Domingo Méndez S. L. la cantidad de 45 593 043 pesetas, según escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca sobre aquellos bienes y a favor de quien resultó luego adjudicatario. Sobre tales fincas -que han sido identificadas en las actuaciones como la n.º 8707, inscrita al folio 133 del libro 126 del Registro de la Propiedad de Puerto de la Cruz, y la n.º 4750, inscrita al folio 50 del libro 84 del mismo Registro de la Propiedad-, y otras que quedaron al margen de la ejecución hipotecaria, se encontraba edificado en aquel momento y se encuentra todavía hoy el establecimiento hotelero que venía explotando el actor, entonces conocido como Hotel-Residencia Gardenia Park y más tarde como Hotel Acuario. Tras ser ambas fincas adjudicadas el 8 de abril de 1992, fueron inmediatamente después vendidas, el 27 de abril siguiente, a la entidad Consulting Empresarial Canario, S. L. Transcurridos unos años, esta entidad las vendería a su vez a Patrimonial Melián, S. L. el 19 de febrero de 1998, entidad que unos meses después, el 24 de julio de 1998, pasaría a denominarse Grupo de Inversiones y Explotaciones Acuario S. L.

»Segundo. Sobre esta apretada enumeración de las sucesivas titularidades dominicales de las fincas controvertidas puede entenderse sin dificultad la tesis que sostiene el actor y en la que funda sus pretensiones. Conforme a ella, quien en realidad adquiere materialmente las fincas objeto de la ejecución hipotecaria es el letrado D. Rodolfo, uno (por no decir el principal) de los demandados en este proceso y bajo cuya dirección letrada estuvo D. Eloy en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de La Orotava con el n.º 243/1990, y que como se ha dicho culminó con la adjudicación de las fincas hipotecadas a Construcciones Domingo Méndez, S. L. De manera que, según esta tesis, D. Rodolfo habría sido el verdadero y real adquirente de dichos bienes, pues concertadamente



con Construcciones Domingo Méndez, S. L., consigue que se transmitan a una sociedad intermedia de la que es administrador único y socio, Consulting Empresarial Canario S. L., quien las vendería años después a la Sociedad Patrimonial Melián, S. L., de la que el propio Sr. Rodolfo fue socio único y administrador hasta que transmitió la totalidad de las participaciones en que se dividía su capital social a otros dos de los codemandados, D. Juan Pedro (socio y amigo suyo) y Gestión Patrimonial Sierra Nevada, S. L. (de la que el Sr. Juan Pedro era a su vez administrador único), que las asumieron en la proporción que luego se señalará. Planteadas así las cosas, y siempre a tenor de la tesis mantenida por el actor, la subasta y adjudicación del remate a favor de Construcciones Domingo Méndez, S. L., es nula de pleno derecho por haberse realizado contraviniendo la prohibición al artículo 1459.5.º III CC. Para el actor, el demandado D. Rodolfo "actuó como abogado [suyo], en diferentes procedimientos, y concretamente lo hizo en el procedimiento hipotecario instado por la sociedad [Construcciones Domingo Méndez S. L.], interviniendo en dicho procedimiento como abogado y, aparentemente en defensa de los intereses [de su cliente, D. Eloy ]". En otros términos, y siempre según su versión, lo que el Sr. Rodolfo hizo fue algo bien distinto: "se puso en contacto con el administrador único de la cía. acreedora, D. Melchor , y le propuso comprar las fincas embargadas, y entregar como precio la total deuda pendiente, pagando una cantidad en efectivo, y el resto mediante hipotecar las mismas fincas embargadas y objeto de la futura subasta, que el propio Sr. Rodolfo se proponía controlar; y cuya escritura de compraventa e hipoteca se formalizaría una vez la cía. acreedora se las hubiera adjudicado; como así sucedió, utilizando para tal fin dos personas interpuestas, la propia cía. del acreedor Construcciones Domingo Méndez, S. L., y la cía. del propio abogado, Consulting Empresarial Canario. Con tales "filtros", el Sr. Rodolfo se consideró, desde el primer momento, a salvo de cualquier sospecha".

»Tercero. Para la Sala, sin embargo, ni los hechos así relatados ni las consecuencias jurídicas que pretende el actor que se anuden a ellos, pueden aceptarse sin serias reservas. Debe señalarse, a este respecto, que la prohibición invocada por el actor al amparo del artículo 1459.5.º III CC es la de adquirir por compra, "aunque sea en subasta pública o judicial, por sí [o] por persona alguna intermedia", que afectando a "los Magistrados, Jueces, individuos del Ministerio fiscal, Secretarios de Tribunales y Juzgados y Oficiales de justicia, [sobre] los bienes y derechos que estuviesen en litigio ante el Tribunal, en cuya jurisdicción o territorio ejercieran sus respectivas funciones, extendiéndose esta prohibición al acto de adquirir por cesión", el legislador ha extendido a los abogados y procuradores "respecto a los bienes y derechos que fueren objeto de un litigio en que intervengan por su profesión y oficio". Según el criterio de la Sala -concordante con el expresado en la STS de 8 de septiembre de 1998 (R. 6396), y en otras del alto tribunal por ella citadas-, en la aplicación de la norma al presente caso puede apreciarse, en distintos planos, una falta de los presupuestos necesarios para que, como pretende el actor, la inobservancia de aquella prohibición pueda fundar la nulidad de la adjudicación: (i) en primer lugar, la inexistencia en las actuaciones de prueba alguna que permita sostener que D. Rodolfo pactó con la adjudicataria Construcciones Domingo Méndez S. L., antes del auto de remate, la transmisión de las fincas a la sociedad Consulting Empresarial Canario S. L.; (ii) en segundo lugar, el carácter no litigioso que presentan tales bienes tras su adjudicación al acreedor, Construcciones Domingo Méndez S. L.; (iii) y en tercer lugar, la dificultad de reputar sociedad intermedia a Consulting Empresarial Canario, S. L., con la sola base de que uno de sus socios, al propio tiempo que su administrador único, fuera D. Rodolfo .

»Cuarto. Planteadas así las cosas, no hay en el presente caso dos sociedades intermedias (o mejor, "interpuestas") que se encadenen en orden a conseguir la deseada transmisión, pues la primera, Construcciones Domingo Méndez, S. L., al no haberse acreditado que estuviera concertada a tal fin con el Sr. Rodolfo no podría alcanzar tal consideración, habiendo actuado por lo tanto como verdadero y real *dominus negotii* de la primera transmisión, que acaba individualizándose como materialmente autónoma y desligada de la segunda. El razonamiento ha de completarse añadiendo que si la primera sociedad no puede ser considerada "sociedad intermedia", podría no obstante mantenerse tal calificación (al menos en abstracto y sin descender por el momento a otros detalles) respecto a la segunda, Consulting Empresarial Canario, S. L., pero ello resultaría inútil a los efectos de la aplicación de la norma invocada por el actor, toda vez que los bienes adquiridos por la supuesta sociedad intermedia a Construcciones Domingo Méndez, S. L., abandonaron su cualidad de litigiosos con la consumación del remate. Es necesario insistir en la importancia que tienen las coordenadas temporales para la recta interpretación del precepto [ *odiosa sunt restringenda* ] pues como tiene declarado el Tribunal Supremo, "para que la prohibición de comprar bienes litigiosos [...] pueda provocar la nulidad del negocio jurídico concertado[...] es indispensable no solo que las cosas y derechos sobre los que recaiga "fueren objeto de un litigio" [...] sino también que aquella contienda judicial y esta intervención existan precisamente en el momento de celebrarse el contrato y no en otro posterior" [STS de 29 de octubre de 1964 (R. 4742); y luego, en igual sentido, STS de 13 de febrero de 1967 (R. 660)]. Sin que por otra parte pueda olvidarse que la norma resultará inaplicable en aquellos casos en que (como el presente) el abogado ha cesado en sus funciones respecto al litigio al tiempo de la transmisión [STS de 13 de febrero de 1967 (R. 660)].



»Quinto. A todo lo anterior debe añadirse, finalmente, la circunstancia, de extraordinaria importancia en el presente litigio, que relata el propio actor en su escrito de demanda: "Días antes de la subasta el demandado Sr. Rodolfo le dijo a mi mandante que "buscara donde fuera" cinco millones de pesetas, ya que los precisaba para intervenir en la licitación; y que con dicha cantidad, y las sumas que el propio demandado y su familia pondrían, se adjudicarían los inmuebles..." (f. 11). Y lo refiere en su escrito de contestación a la demanda, D. Rodolfo , al decir que "no niega ni negará en absoluto" que se produjera esa entrega de dinero, si bien "cuando el Sr. Rodolfo manifestó al demandante que no era posible que el mismo participara en la sociedad que se proponía comprar los inmuebles, fue este último quien hizo la propuesta [al Sr. Rodolfo ] de que aceptase un préstamo a Consulting Empresarial Canario S. L., por importe de cinco millones de pesetas, con lo que se posibilitaría aún más la adquisición de los inmuebles..." (ff. 301-302). Resulta, pues, en resumidas cuentas, que uno entregó y el otro recibió una cantidad cierta de dinero para la readquisición de las fincas ejecutadas. Y siendo ello así, lo que no puede aceptarse es que quien contribuye de esta manera a la readquisición de las fincas ejecutadas, concertadamente con su abogado, pueda hacer luego reproche (en este concreto aspecto de la sola readquisición) a la conducta de éste ("venire contra factum proprio non valet"), que de aquella manera cumplió, como después se razonará, una de las obligaciones dimanantes del pacto que le ligaba con el actor.

»Sexto. La pretensión que, en razón a lo argumentado por la Sala, ha quedado ya desestimada, se conecta en el escrito de recurso, como antes lo hizo en el suplico de la demanda, con la pretensión de nulidad de la transmisión de participaciones de la entidad Patrimonial Melián S. L. U. que operó su socio único, D. Rodolfo , a favor de D. Juan Pedro (socio y amigo suyo) y de Gestión Patrimonial Sierra Nevada S. L. (de la que el Sr. Juan Pedro era a su vez administrador único). Debe señalarse que, tal y como consta acreditado en las actuaciones (ff. 107-112), Patrimonial Melián S. L. U. (hoy denominada Grupo de Inversiones y Explotaciones Acuario S. L.) fue constituida como unipersonal por D. Rodolfo en escritura pública otorgada el 11 de marzo de 1997, quedando dividido su capital social en cien participaciones, que se transmitirían el 19 de febrero de 1998, al precio de sus valores nominales, a los nuevos socios: noventa participaciones a Gestión Patrimonial Sierra Nevada S. L., por quien actúa en la compraventa Juan Pedro , y diez participaciones a D. Juan Pedro , que las adquiere para sí. En la propia escritura que documenta la transmisión de participaciones, consta que los nuevos socios se constituyeron en Junta Universal, acordando por unanimidad cesar al actual administrador único de la compañía, D. Rodolfo , nombrando en su lugar a Juan Pedro , que acepta el cargo. Tras la entrada de los dos nuevos socios, y la pérdida de la cualidad de unipersonal por la compañía, Patrimonial Melián, S. L., adquirió las dos fincas de quien era entonces su titular, la entidad Consulting Empresarial Canario, S. L. Esta última transmisión se llevó a efecto el mismo 19 de febrero de 1998, fecha de la transmisión de las participaciones de la compradora Patrimonial Melián, S. L., que unos meses después, el 24 de julio de 1998, pasaría a denominarse Grupo de Inversiones y Explotaciones Acuario, S. L.

»Séptimo. Pues bien, sobre esta descripción de hechos probados puede entenderse sin dificultad la tesis que sostiene ahora el actor y en la que funda su segunda pretensión. Conforme a ella, esta transmisión de participaciones y cambio de socios funcionaría como una "última maniobra de dispersión" por parte de D. Rodolfo , quien, en palabras del propio actor, "se vende" nuevamente, a sí mismo, el complejo hotelero, que en su día había adquirido, de su cliente, [...] D. Eloy , mediante sociedades interpuestas, e interviniendo subasta pública" (f. 4). Añade el actor, además, que "esta vez, para darle una mayor apariencia de autenticidad a la transmisión a favor de la Patrimonial Melián, además de cambiarle el nombre [...], D. Rodolfo , vende, "aparentemente", la totalidad de sus acciones de la Patrimonial Melián [...]" (f. 4), concluyendo por tanto que esa transmisión fue "absolutamente simulada" y debe anularse. Sin embargo, para la Sala no es verosímil que seis años después de producidas la primera y la segunda transmisiones (a Construcciones Domingo Méndez, S. L., primero, y a Consulting Empresarial Canario, S. L., después) se diseñe una tercera transmisión, simulada según la versión huérfana de prueba que ofrece el actor, como maniobra de dispersión, y sí lo es, por el contrario, que el administrador de la vendedora, D. Rodolfo , ofreciera al comprador una sociedad que había constituido y mantenía inactiva para que articulara de forma ágil la adquisición. La demostración de la anomalía negocial denunciada no se ha logrado por medio alguno, y el ordenamiento, que como es sabido parte de la normalidad y la mantiene en tanto no se pruebe que no lo es, traslada la carga de la prueba al demandante (artículo 217 LEC).

»La recta interpretación de estos hechos debe contextualizarse en este sentido, como debe igualmente situarse en su contexto el cambio de denominación posterior, que se acuerda junto con el cambio de domicilio, la reelección del administrador único y la ampliación del objeto social; y debe, en fin, unirse todo ello, con una mayor perspectiva temporal, al cambio operado en la titularidad del órgano de administración el 7 de enero de 2000, que dejó de estar en manos de D. Juan Pedro para pasar a las de D. Juan Francisco , como consecuencia de una nueva transmisión de participaciones y cambio de socios producida en la misma compañía (el Sr. Juan Pedro y su esposa venden la totalidad de las participaciones Don. Gregorio y esposa), en paralelo a otra producida, como contrapartida a aquélla, en Gestión Patrimonial Sierra Nevada, S. L. ( Don. Gregorio y su



esposa venden la totalidad de las participaciones al Sr. Juan Pedro y esposa). Así contextualizados, todos estos datos y circunstancias permiten alcanzar la conclusión de que unas veces en virtud de la transmisión de las dos fincas, y otras por la transmisión de las participaciones sociales de las compañías propietarias de las mismas, lo que en este caso se consigue es la circulación del Hotel Acuario y su actividad empresarial, lo que nos lleva a afirmar que los distintos negocios que a lo largo del tiempo y de la intrincada cronología la hacen posible presuponen verdadera circulación o tráfico inmobiliario y, por esa vía, la de la misma empresa hotelera. Así lo corroboran las declaraciones de los trabajadores del Hotel Acuario, desde de la época en que lo explotaba el actor hasta la actualidad, quienes no tuvieron duda de los cambios en la titularidad real y efectiva del Hotel en cada circunstancia y sabían quiénes eran sus jefes en cada momento. A juicio de la Sala, pues, como el actor no logra probar la simulación de la referida transmisión, quien pretende adquirir y adquiere lo hace como verdadero y real comprador, habiendo actuado por lo tanto como verdadero y real *dominus negotii* de la tercera adquisición, que acaba individualizándose como materialmente autónoma y desligada de la que hiciera Consulting Empresarial Canario, S. L., a Construcciones Domingo Méndez, S. L. Esta segunda pretensión del actor debe por lo tanto ser igualmente desestimada, en razón a lo argumentado, y a que, además, articulada como accesoria de la primera ya desestimada, tampoco podría prosperar aisladamente y al margen de aquélla.

»Octavo. Para el caso de que las dos primeras pretensiones formuladas por el actor en su demanda, y reiteradas en el recurso, no fueren estimadas, como no lo fueron en la primera instancia ni lo son en esta alzada, el recurrente articula otra subsidiaria consistente en la devolución del complejo hotelero como consecuencia del incumplimiento de ciertas obligaciones contractuales asumidas por D. Rodolfo frente a él. La manifestación externa de la existencia de estas obligaciones contractuales del demandado son los cinco millones de pesetas que le entregó el actor antes de que Consulting Empresarial Canario, S. L., adquiriese de Construcciones Domingo Méndez, S. L., las dos fincas, tal y como se anticipó en el fundamento jurídico quinto de esta resolución. Ahora bien, si el hecho mismo de la entrega y la recepción de dicha cantidad de dinero resulta indubitado, ni la finalidad de la entrega ni el contenido del pacto entre partes aparecen tan claros. Según la versión del actor, esa aportación contribuiría a satisfacer el precio de adquisición de las fincas que habría de pagar Consulting Empresarial Canario, S. L. (compañía participada, entre otros, por D. Rodolfo, su esposa D.ª Carolina y D. Juan Pedro), para que luego la compradora explotara el Hotel durante tres años, procediendo a su término a restituirlo al actor "libre de cualquier deuda o gravamen" (f. 11). Aparte de no haber sido probado nada de ello por quien lo alega (artículo 217 LEC), la versión es en sí misma inverosímil e inconcebible desde la lógica que, en el mundo de los negocios, preside el llamado "riesgo de empresa", y no necesita de mayores consideraciones. Frente a dicha versión del actor, la que ofrece el demandado D. Rodolfo parte de la consideración de la entrega de los cinco millones de pesetas como "préstamo" que le hizo voluntariamente el actor para facilitar la adquisición de ambas fincas, que ya estaría sobradamente restituido con varias contraprestaciones realizadas a favor de aquél (señaladamente por el abono al actor de un sueldo mensual a cargo de Consulting Empresarial Canario, S. L., pero "sin trabajar en absoluto": ff. 301-304), entendiéndolo por lo demás que el "compromiso verbal de devolución del Hotel" no existió jurídicamente como tal, sino únicamente la expresión de un compromiso "moral" en virtud del cual le ofrecería, llegado el caso, la adquisición preferente de las fincas cuando la propietaria Consulting Empresarial Canario, S. L., deseara desprenderse de ellas. Al igual que la del actor, esta versión del demandado es igualmente inverosímil, pues no se concibe que alguien reciba un préstamo sin necesidad y casi en contra de su voluntad, ni que un empresario que ha perdido buena parte de su patrimonio en ejecuciones judiciales se convierta en financiador prestando lo que le queda, como tampoco que el cliente que aún debe a su abogado una sustanciosa minuta (como era el caso: ff. 170-175) le entregue en préstamo determinada cantidad para que la aplique a los exclusivos negocios de aquél.

»Noveno. A juicio de la Sala, la única manera de explicar coherentemente la naturaleza del pacto al que sirve la entrega de aquella cantidad de dinero es contextualizarlo al tiempo de la ejecución hipotecaria de las fincas. Antes de ese momento, consta acreditado que la relación entre D. Rodolfo y D. Eloy era la propia de un abogado con su cliente, apreciándose no obstante un giro radical en la naturaleza y alcance de dicha relación cuando la subasta de los bienes controvertidos se vislumbró próxima. A partir de ese momento comienza a unirles una relación auténticamente mercantil por el objeto, pues el abogado decide arriesgarse, junto con otros, en la adquisición de las fincas para poder seguir explotando el Hotel, y el cliente decide contribuir a ese propósito entregándole su personal aportación. La suma de dinero que el actor le entrega al demandado no puede tener la consideración de préstamo, pues al someterse al mismo "riesgo de empresa" que él conoce se cualifica como aportación de naturaleza societaria. Es cierto que, con su aportación, D. Eloy no ingresa como socio en la compañía adquirente de las fincas, Consulting Empresarial Canario, S. L., algo que había ya descartado D. Rodolfo según reconoce en su escrito de contestación a la demanda: "[el actor] se mostró interesado en participar [en la operación de readquisición por parte del grupo de personas agrupadas en Consulting Empresarial Canario, S. L.] aportando una cantidad de dinero, a lo que [Don. Rodolfo] le contestó que no era posible acceder debido, por una parte, a que el vendedor no accedería a la venta si [él] tenía algo que ver con la adquisición del hotel, y por otra parte por cuanto la sociedad se vería dificultada con su presencia





por causa de la morosidad que mantenía con múltiples acreedores", aparte de que D. Rodolfo y su esposa no ostentaban en aquel momento la mayoría del capital social de Consulting Empresarial Canario S. L. (f. 299). Sin embargo, la relación societaria existiría entre D. Eloy y D. Rodolfo, por cuanto el primero se asocia en la parte de socio del segundo, que es la figura que tipifica el artículo 1696 CC. La "asociación en la parte de socio" (también llamada "subparticipación") se produce, como ha ocurrido a juicio de la Sala en este caso, cuando un socio (D. Rodolfo) consigue interesar a un tercero (D. Eloy) en su participación en la sociedad (Consulting Empresarial Canario S. L.), sin que ello suponga transmisión de la parte de socio y sin que el tercero asociado devenga socio de la sociedad principal ("socii mei socius meus socius non est"). La del artículo 1696 CC se califica doctrinalmente como "sociedad civil interna", pero dado que en este caso su objeto se adscribe nítidamente al tráfico mercantil, y dado además que la figura presenta importantes afinidades estructurales con las cuentas en participación, habría que aplicarle el régimen del los artículos 239 a 243 CCom. Así calificada y disciplinada, la configuración del título jurídico de que disponía D. Eloy (socio partícipe) para fundamentar una reclamación contra D. Rodolfo (socio gestor) le hubiera permitido ejercitar otros derechos (información y control, liquidación y rendición de cuentas...), pero en ningún caso la devolución del Hotel Acuario que finalmente ha pedido, pretensión ésta que debe ser igualmente desestimada por cuanto el tribunal ha de decidir congruentemente con la demanda y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el proceso, sin apartarse de la causa de pedir de la que se vale el actor y en la que no se incluye, como elemento normativo de la misma, el referido título de la subparticipación societario bajo régimen de cuentas en participación. No puede olvidarse, a este respecto, que las dudas interpretativas que a estos efectos podría suscitar el artículo 218.1 LEC cuando establece, en su párrafo primero, el principio *iura novit curia*, quedan completamente disipadas estableciendo la oportuna conexión de significado con el párrafo segundo, de manera que aquella proposición se halla referida, más que a las normas legales que hayan podido citarse, al elemento normativo que sirve de sustrato jurídico a la *causa petendi*; esto es, a la relación jurídica que sirve de base a los hechos alegados como causa de pedir.

»Décimo. Consecuentemente con lo anteriormente razonado procede desestimar el recurso de apelación formulado por D. Eloy y confirmar la resolución recurrida. El tribunal no hace pronunciamiento sobre las costas del recurso en cuanto ha apreciado serias dudas de hecho (artículo 398.1 en relación con el artículo 394.1, párrafo primero, LEC) que se justifican por la complejidad de la base fáctica del proceso, en razón fundamentalmente a la existencia de una pluralidad de transmisiones, de personas jurídicas, de titularidades sucesivas de las participaciones en que se divide el capital social de las varias sociedades que protagonizan el supuesto, de titularidades de los respectivos órganos de administración, y de relaciones contractuales no siempre fáciles de tipificar».

**QUINTO** .- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Eloy se formula los siguientes motivos de casación:

Motivo primero y único. «Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.»

Este motivo comprende diversos apartados y se funda, en resumen, en lo siguiente:

«I. Infracción del artículo 1459, apartado 5.º, último párrafo, CC, al extender a los Abogados la prohibición que en dicho precepto se establece.

Existencia de acuerdo previo a la transmisión (primer presupuesto negado por la Sala).

La probabilidad de la concurrencia del primer presupuesto se anunció en la demanda.

1. «... El 3 de abril de 1992, 24 días antes de la escritura de compraventa y 5 días antes de adjudicarse el remate la compañía Construcciones Domingo Méndez, D. Rodolfo, aquí demandado, es nombrado administrador único de la compañía compradora...». (Escritura de compraventa de 27 de abril de 1992, documento núm. 2 de la demanda, folios 30 y siguientes de los autos). Este nombramiento se desprende de la Certificación del Registro Mercantil (documento núm.3 de la demanda).

En esta escritura de compraventa a favor de Consulting Empresarial Canario no comparece el Sr. Rodolfo, sino el anterior administrador, D. Juan Antonio, que había sido cesado 24 días antes por lo que comete una falsedad en documento público al asegurar la vigencia de su cargo. Por ello, no resulta aventurado suponer que el Sr. Rodolfo ocultaba su condición de administrador único y «factotum» de la compañía compradora, Consulting Empresarial Canario porque era consciente de que como abogado del recurrente no podía comprar el bien litigioso y en un procedimiento en que intervenía como abogado en representación y defensa de su cliente. El documento núm.15 de la demanda acredita esa intervención, al devengar el Sr. Rodolfo la cantidad de 2 437 000 pesetas, por su actuación profesional en el procedimiento del que deriva la ilícita transmisión.

Y el hecho de que el procedimiento sea el n.º 343/1990, da a entender o por lo menos hace sospechar que como la adjudicación se produjo dos años después del inicio del pleito, el letrado demandado no sólo



había intervenido «en connivencia con el acreedor», en el momento de la subasta sino que incluso provocó el procedimiento mismo que derivó en la adjudicación del hotel, «aunque sea en subasta pública, por sí, o por persona intermedia», según reza el precepto que se considera violado.

Los documentos núm. 12-A y 13 de la demanda revelan que el Sr. Rodolfo actuaba como abogado en dos procedimientos de 1990 además del hipotecario. Y del documento núm. 15, resulta que en 1993, es decir, un año después de la adjudicación y compra seguía siendo el abogado del recurrente.

2. Al folio 298, último párrafo del escrito de contestación a la demanda de D. Rodolfo, se especifica: «...D. Rodolfo por ser persona muy vinculada al sector turístico, por ser asesor jurídico de asociaciones y diversas empresas de dicho ámbito, y después de comentar el asunto con sus socios, amigos y familiares, y después incluso de que el acreedor hipotecario se adjudicase los inmuebles en pública subasta, comenzó a considerar -con el matiz de la temporalidad al que luego se aludirá- la posibilidad de participar con otras personas en la compra del hotel e iniciar su participación en una actividad empresarial... ».

Es decir, la existencia de acuerdo previo en connivencia con el acreedor y estrategia para la subasta y posterior compra, etc., pues entre el remate y la compra mediaron escasamente 3 semanas. Resulta, por tanto, bastante improbable e inverosímil que todo ello se gestase, incluso, después de la adjudicación en subasta pública.

3. Más adelante en el mismo escrito se lee «D. Rodolfo y para la compra del hotel acordó con otras personas allegadas que todos ellos participasen en la entidad Consulting Empresarial Canario, S.L...».

En el hecho tercero del escrito de contestación a la demanda de Gestión Patrimonial Sierra Nevada y de D. Juan Pedro, se dice, entre otras cosas, que el Sr. Juan Pedro «era conocedor de las circunstancias económicas por las que se había llegado al remate del hotel».

4. Como se desprende de la certificación del Registro de la Propiedad que se acompañó con el recurso de apelación, los inmuebles habían sido hipotecados por el Sr. Rodolfo (a través de Consulting Empresarial Canario, S. L.), con una responsabilidad hipotecaria cercana a los 150 millones; y lo que es aún más significativo, Consulting Empresarial Canario, S. L., posteriormente, consiguió del Banco que esa responsabilidad hipotecaria se trasladara, exclusivamente a uno de los dos inmuebles (tenían, prácticamente, el mismo valor en venta), con lo que nos da una idea, bastante aproximada, del valor total de dichos inmuebles. Ello no casa con el hecho de que la entidad acreedora, Construcciones Domingo Méndez, S. L., vendiera el hotel después de haberlo adquirido unilateralmente y por su cuenta -según se pretende- por la comparativamente ridícula cantidad de 48 050 455 pesetas, es decir, por el importe del crédito más gastos. Si el Banco era capaz de valorar uno de los inmuebles en cerca de 300 millones ¿por qué iba a venderlos el acreedor que ya los había adquirido por menos del 12% de su valor de mercado? Y, además, en la escritura de compraventa aceptó, incluso, un pago aplazado.

Ello nos lleva, a la conclusión de la existencia de una previa connivencia entre el acreedor y todos los demandados en la presente litis dirigidos por D. Rodolfo.

Carácter litigioso de la transmisión (2.º presupuesto negado por la Sala).

El artículo 1459 en su apartado 5.º, último inciso CC ha sido violado por el tribunal «ad quem», pues los abogados no podrán adquirir bienes de sus clientes «por compra, aunque sea en subasta pública o judicial, por sí o por persona alguna intermedia».

Esta compra de los inmuebles propiedad del recurrente fue «gestionada» por los demandados, dirigidos por D. Rodolfo a través de su sociedad Consulting Empresarial Canario, S. L. (sociedad intermedia, puramente instrumental), utilizando un procedimiento de reclamación hipotecaria en el que intervino activamente el abogado (por cuya actuación profesional cobró 2 437 000 pesetas), preparó la subasta con el acreedor, la adjudicación a éste (convenida entre ambos), y la subsiguiente compra por Consulting Empresarial Canario, S. L., por un precio de escasamente el 20% de su valor en mercado. Si el acreedor, por su cuenta, hubiere adquirido el bien en subasta nunca lo habría vendido por un precio tan ridículo. Lo que quería el acreedor -y así se había acordado y preparado- era cobrar su crédito y así lo había negociado el abogado del recurrente con el abogado del acreedor para, en definitiva, quedarse el hotel el Sr. Rodolfo a través de la sociedad intermedia, Consulting Empresarial Canario.

No es lógica la conclusión de la Sala de que los inmuebles ya no eran litigiosos porque fueron vendidos al terminar el pleito ya que no podía ser de otra manera salvo que estuviéramos en presencia de la venta de un bien litigioso del artículo 1291.4.º CC. Cuando el artículo 1459.5 in fine, extiende la prohibición de venta, «incluso mediante la intervención de pública subasta y sociedad intermedia», está dando a entender claramente que el pleito puede haber finalizado y la adquisición prohibida se puede producir luego de la ejecución y remate del bien objeto de la compraventa, como así ha sucedido.



Incongruencia del Tribunal de apelación cuando dice que resulta difícil reputar sociedad intermedia a Consulting Empresarial Canario, S. L., (desarrollo del 3.º presupuesto negado por la Sala). Y, añade que incluso resulta difícil con la sola base de que uno de sus socios al propio tiempo que su administrador único, fuera D. Rodolfo .

Además de ser administrador único de esta sociedad intermedia se reconoce en autos que la tenía inactiva que poseía el 90% con su esposa, que cuando declara dice que no sabe nada y que siempre siguió las instrucciones de su marido; y el restante 10% lo suscribió su íntimo amigo, también demandado posterior supuesto comprador del hotel, el Sr. Juan Pedro , ¿qué condiciones entiende la Sala que debería reunir una «sociedad intermedia» para que incida en la prohibición establecida en el precepto del CC que se considera violado?

Violación por la Sala del artículo 1696 CC al ser totalmente inaplicable.

Es absurdo, el razonamiento de la Sala. No hay en los autos ni una sola referencia a la supuesta sociedad privada entre el recurrente y el Sr. Rodolfo . Es más, de todo lo actuado, se desprende, precisamente, todo lo contrario. Los 5 000 000 de pesetas que supuestamente considera la Sala que fueron parte de una inversión societaria entre el recurrente y el Sr. Rodolfo , fue, en realidad, un préstamo como se desprende de los autos.

Es cierto que el Sr. Rodolfo se contradice varias veces en relación con la finalidad y el momento de la percepción del préstamo pero nunca manifiesta nada que pueda relacionarse con una supuesta sociedad entre él y el recurrente.

En el segundo párrafo al folio 299 de los autos (escrito de contestación a la demanda por el Sr. Rodolfo ), se dice: «Se contó también con un préstamo de 5 millones de pesetas realizado por el ahora demandante... sin que quepa la mayor duda del carácter de préstamo de dicha cantidad».

Y al inicio del hecho sexto del escrito de contestación a la demanda podemos leer: «Sexto. En lo que se refiere a la suma de 5 millones de pesetas que el demandante pretende que fue solicitada por el Sr. Rodolfo al mismo actor para intervenir en la licitación... fue este último (mi mandante) quien hizo la propuesta a mi representado de que aceptase un préstamo a Consulting Empresarial Canario S. L., por importe de 5 millones de pesetas, y a cambio de que se le contratara laboralmente por la sociedad, a fin de poder alcanzar la edad necesaria cotizando a la Seguridad Social, para cobrar la pensión por jubilación».

En su declaración en el juicio, el Sr. Rodolfo «aporta» numerosas contradicciones pero ninguna de ellas puede entenderse como una inversión societaria del artículo 1696 CC entre el recurrente y su abogado. Primero dice que los 5 millones se los entregó el recurrente «con fecha muy posterior a la adquisición o compra del hotel por Consulting». Luego se contradice y llega a decir que los 5 millones se los entregó el recurrente antes de la compra del hotel por Consulting. Posteriormente rectifica y dice que fue uno o dos días antes de la compra del hotel. En esta declaración llega también a decir que cuando Consulting adquiere el hotel el declarante y su esposa «tenían el 90% y el otro 10% lo tenía el Sr. Juan Pedro ».

Violación de determinados preceptos CC sobre las obligaciones y contratos que han quedado señalados en su escrito de preparación del recurso, arts. 1089, 1091, 1094, 1095, 1096, 1100, 1102 ; además, de los arts. 1254, 1256 y 1258 , así como la jurisprudencia que los interpreta. A continuación, transcribe los citados preceptos.

El Sr. Rodolfo y los socios que posteriormente contribuyeron a la explotación del hotel conocían su temporalidad, en el sentido de que existía una obligación de devolverlo a los 3 años. Se trata de un compromiso, de una obligación, de un contrato verbal. Todo lo actuado en la litis «respira» esta obligación incumplida. Se llegan a decir cosas tan peregrinas como que se trata de una obligación «moral», que no «jurídica».

Las citas documentales y las declaraciones en este sentido son abrumadoras, No existe duda de que el recurrente perdió la propiedad del hotel por las malas artes de su letrado asesor que se lo adjudicó pagando al contado al acreedor hipotecario una cantidad que escasamente representaba el 4% de su valor inmobiliario y el resto, hasta completar el precio de 48 050 455 pesetas, que representaba escasamente el 12% de dicho valor inmobiliario ya no significó desembolso alguno de los demandados.

Termina solicitando de la Sala que «teniendo por presentado este escrito, lo admita, juntamente con la preceptiva certificación que se acompaña; tenga por interpuesto recurso de casación contra la sentencia de esta Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de fecha 18 de julio de 2005 , ordenando su elevación a la Sala Primera del Tribunal Supremo; y previa a la sustanciación legal pertinente se dicte por dicho Alto Tribunal la sentencia de casación, en la que, casando y anulando la del tribunal ad quem, dicte otra en la que se recoja íntegramente todo lo interesado por esta parte en el suplico de la demanda, con las peticiones alternativas y subsidiarias que allí se contemplan, y de no considerarlo así el Alto Tribunal, dicte la resolución



que de acuerdo con su superior criterio considere más adecuada en justicia. Con imposición de costas a la parte recurrida si se opone al presente recurso».

**SEXTO.** - Por ATS de 15 de julio de 2008 se admitió el recurso de casación interpuesto.

**SÉPTIMO.** - En el escrito de oposición presentado por la representación procesal de D. Rodolfo , D.<sup>a</sup> Carolina y de Consulting Empresarial Canario, S. L., se formulan, en resumen, las siguientes alegaciones:

Inadmisibilidad del recurso de casación al amparo del artículo 485 LEC en relación con el artículo 483.2 de la misma Ley .

El recurso de casación debería haber sido inicialmente inadmitido por la Sala por incurrir en el evidente defecto de no respetar la base fáctica establecida en la sentencia impugnada. En cuanto a la alegación del recurso de casación en la que invoca la supuesta violación de determinados preceptos CC sobre las obligaciones y contratos, resulta formal y materialmente confuso el recurso ya que parece que la única infracción de norma legal aplicable para resolver las cuestiones objeto del proceso que se denuncia es la del artículo 1459 CC que se numera como -I -, y según el recurrente se desarrolla a través de las alegaciones que a continuación enumera correlativamente de la primera a la octava por lo que entonces no queda claro si esta alegación séptima está en relación con aquella supuesta infracción o bien es un nuevo motivo de casación.

Sin embargo, adolece esta alegación, en primer lugar, del defecto casacional ya denunciado de querer convertir el recurso de casación en una tercera instancia, no respeta los hechos que se han declarado probados en la sentencia recurrida, hace supuesto de la cuestión y se limita a dar una versión subjetiva, interesada y hasta deliberadamente falsa de los hechos e, incluso, inventa o supone los que le convienen por lo que el escrito de interposición es más una nueva demanda que un intento de revisión de la sentencia recurrida con criterios estrictamente jurídicos siendo reiterada la jurisprudencia que declara la inadmisibilidad del recurso de casación que incurre en tal defecto.

Además, también incurre el recurrente en la causa de inadmisión del recurso de casación constituida por la circunstancia de que en el mismo se limita a la invocación de preceptos heterogéneos y genéricos que no son aptos para articular la casación siendo pacífica la doctrina jurisprudencial en este sentido y cita la STS de 22 de mayo de 2008, cuyo FD 2 .<sup>a</sup> se transcribe parcialmente.

La sentencia recurrida asume los hechos declarados como probados en la de primera instancia declara, en definitiva, como tales la práctica totalidad de las afirmaciones del hecho séptimo de su escrito de contestación a la demanda y a tales sentencias se remite, pues así, en el FJ 3.º de la sentencia de primera instancia, se reconoce que no existió jamás negocio jurídico alguno por el cual el Sr. Rodolfo se hubiera obligado con el demandante a entregarle el hotel con o sin cargas y cuando Consulting Empresarial Canario, S. L., decidió vender el hotel efectivamente se ofreció al demandante la posibilidad de adquirirlo preferentemente a cualquier otra persona, lo cual rechazó (consta el reconocimiento expreso del hijo del demandante en su declaración en el juicio, siendo ratificado este extremo por declaración de las demás partes) y reconoce también la sentencia que el Sr. Rodolfo trató en todo momento de amparar al demandante y a su familia exclusivamente por «sus propios sentimientos y humanidad».

El recurrente jamás ha presentado ni el más mínimo indicio de que existiese algún tipo de negocio jurídico por el que la obligación que alega fuese exigible con eficacia jurídica vinculante para el Sr. Rodolfo y ello sencillamente porque sus pretensiones carecen de realidad fáctica.

Por último, respecto a la supuesta infracción del artículo 1459, apartado 5º, último párrafo, CC partiendo de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida de la inexistencia de pacto previo alguno entre el Sr. Rodolfo (aunque en realidad debería referirse a Consulting Empresarial Canario, S. L., por ser el Sr. Rodolfo un socio más y ser dicha entidad la que compró los inmuebles) y Construcciones Domingo Méndez, S. L.; en segundo lugar, que Construcciones Domingo Méndez, S. L., fue la adjudicataria de los bienes en pública subasta en un procedimiento de ejecución hipotecaria instado por dicha entidad para el cobro de un crédito anterior, legítimo, líquido, vencido y exigible y que trasmitió dichos inmuebles posteriormente a Consulting por medio de escritura pública de compraventa por precio cierto; y en tercer lugar, que el Sr. Rodolfo era un socio más de Consulting Empresarial Canario, S. L., aunque también durante algún tiempo también fue su administrador.

La jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que las prohibiciones del artículo 1495 CC han de ser interpretadas restrictivamente; que solamente alcanzan al periodo de litispendencia; incluso que sólo tienen carácter de bien litigioso los que hubieran sido objeto de un procedimiento contencioso pero no el que ha sido «objeto de embargo con la finalidad de atender con el producto de su venta a la extinción total o parcial de un crédito ya declarado por sentencia firme», lo cual obviamente ha de ser extensible por analogía a los bienes inmuebles objeto de un procedimiento de ejecución hipotecaria; y, por último, alega que la norma es



inaplicable en aquellos casos como el presente en que el abogado ha cesado en sus funciones respecto al litigio al tiempo de la transmisión.

No concurren en este caso ninguno de los presupuestos legal y jurisprudencialmente exigibles para la aplicación de la norma, pues ni existía litispendencia al momento de la compra de los bienes por Consulting Empresarial Canario, S. L., ni los inmuebles tenían el carácter de bienes litigiosos, resultando además que el abogado había cesado al tiempo de dicha transmisión en sus funciones al haberse producido el remate de los bienes; que la adquisición en subasta pública se realiza por la acreedora hipotecaria; que Consulting Empresarial Canario, S. L., tiene personalidad jurídica propia y distinta del Sr. Rodolfo y que dicha sociedad adquirió a posteriori aquellos inmuebles por escritura pública de compraventa en la que concurren todos los requisitos para su validez y eficacia.

Y a propósito de la aplicación del artículo 1495.5 CC cita las SSTs de 28 de febrero de 2006 (FJ 2.º), de 19 de mayo de 1998 (FJ 2.º) y de 8 de septiembre de 1998 (FJ 1.º) que se transcribe parcialmente.

En el mismo sentido, cita la STS de 29 de octubre de 1964 cuyo considerando 3.º se transcribe.

Termina solicitando de la Sala «que teniendo por presentado este escrito, con sus copias, admita todo ello y tenga por formalizada la oposición al recurso de casación interpuesto de adverso, y previos los trámites legales dictando finalmente sentencia por la que desestime íntegramente dicho recurso y confirme la sentencia impugnada, imponiendo las costas del recurso a la parte recurrente».

**OCTAVO** . - En el escrito de oposición presentado por la representación procesal de D. Juan Pedro y Gestión Patrimonial Sierra Nevada, S. L., se formulan, en resumen, las siguientes alegaciones:

De forma previa denuncia la sin razón que constituye el hecho de que los recurridos se hayan visto obligados a litigar en los presentes autos - con los perjuicios económicos que un pleito de semejante cuantía provoca y con los perjuicios psicológicos que causa - como consecuencia del ejercicio temerario, malintencionado y sin sustento legal de las pretensiones del actor- recurrente.

Desestimación del recurso de casación por causa de inadmisibilidad de acuerdo con el artículo 485.2.º LEC. De la lectura de las 43 páginas de tergiversaciones interesadas que conforman el escrito de interposición se desprende que no concurren los presupuestos exigidos por el artículo 477.1 LEC y que debe acordarse su desestimación por constituir dicho recurso un nítido intento de utilizar la vía casacional como una tercera instancia.

Inexistencia de infracción del artículo 1459.5.º CC .

El Sr. Rodolfo , ni por si, ni a través de persona intermedia alguna fue que quien adquirió las fincas n.º 8707 y 4750 del Registro de la Propiedad de Puerto de la Cruz ya que fue la propia ejecutante, la mercantil también demandada Construcciones Domingo Méndez, S. L., la que se adjudicó las mismas en tercera subasta celebrada el 9 de enero de 1992 en los autos de procedimiento sumario de ejecución hipotecaria n.º 243/1990 seguidos contra el recurrente ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de La Orotava, habiéndose dictado auto de adjudicación el 8 de abril de 1992, esto es, tres meses después de celebrada la tercera y última subasta a la que al igual que a las dos primeras no acudió postor alguno según consta acreditado en el procedimiento. En consecuencia, no se da el primero de los requisitos del artículo 1459.5º CC , esto es, que la adquisición se produzca directamente por el abogado o por una persona intermedia.

Al respecto el recurrente hace especial hincapié en unos hechos falsos y carentes de cualquier elemento probatorio, en un intento de darle credibilidad a su relato, consistentes en una supuesta connivencia del Sr. Rodolfo con la adjudicataria y ejecutante Construcciones Domingo Méndez, S. L., para que ésta se adjudicara los bienes en subasta. No existe ni el más mínimo elemento probatorio en autos que justifique tal maliciosa conjetura y olvida interesadamente el actor que si cualquier tercero hubiera acudido a las tres subastas celebradas podía perfectamente haberse adjudicado las fincas.

Cita la STS de 19 de mayo de 1998 que mantiene la reiterada doctrina de dicha Sala sobre la interpretación restrictiva del artículo 1459.5º CC , plasmada entre otras, en las SSTs de 2 de junio de 1932, 22 de febrero de 1958, 29 de octubre de 1964 y 2 de julio de 1976 . Esta sentencia cuyo FJ 2.º se transcribe no aplica el artículo 1459.5.º CC incluso en un supuesto en el que el letrado interviniente en un procedimiento judicial era administrador solidario y participe en una sociedad mercantil a la que la adjudicataria de una subasta cedió el remate.

Por tanto, si la citada sentencia impide la aplicación del repetido precepto en supuestos en los que el letrado actuante del procedimiento era socio y administrador de una compañía a la que se le cedió el remate por la adjudicataria, esto es, cuando el bien era aún litigioso, no cabe duda de que en el supuesto que nos ocupa resulta inimaginable la aplicación del citado artículo, pues los bienes, en este caso, no eran litigiosos ni se ha



probado convivencia alguna de la adjudicataria de los mismos con nadie y ni tan siquiera fue el Sr. Rodolfo quien adquirió de la adjudicataria sino que lo hizo una compañía mercantil con personalidad jurídica propia e independiente en la que el Sr. Rodolfo al igual que el Sr. Juan Pedro únicamente tenía un porcentaje de participación.

Cita la STS de 28 de febrero de 2006, rec. 2302/1999, cuyo FJ 2º se transcribe parcialmente, según la cual solamente tienen el carácter de bienes litigiosos aquellos que son objeto de un procedimiento judicial por cuestionarse su titularidad, la existencia de derechos reales sobre los mismos o por tratarse en el procedimiento facultades que derivan de su dominio pero no tienen el carácter litigioso aquellos bienes que son objeto de un procedimiento judicial porque con la realización de los mismos se pretende la extinción de un crédito.

Una vez adjudicado lo subastado a Construcciones Domingo Méndez, S. L., nos encontramos con distintos negocios jurídicos celebrados legítimamente por diferentes personas físicas y jurídicas entre las que se hallan los recurridos, cuyos objetos fueron bienes no litigiosos en los que el recurrente interesadamente ha visto una presunta conspiración en su contra y solicita que se le devuelvan libre de cargas determinadas fincas registrales que en el momento en que fueron subastadas además de la carga hipotecaria inscrita a favor de Construcciones Domingo Méndez, S. L., de más de 45 000 000 pesetas, contaban con otras cargas posteriores de más de 120 000 000 pesetas que el recurrente omite, pues la pérdida de las fincas por adjudicación en subasta fue consecuencia lógica e inevitable de su gestión empresarial.

Además, entre las fincas que reclaman hay dos que ni siquiera fueron objeto de la subasta, pues no pertenecían al Sr. Maximo en ese momento y pertenecieron a algunos de los demandados una mitad indivisa de cada una de dichas fincas y las otras mitades, aun hoy, a terceras personas que nada tienen que ver con el presente procedimiento.

Inexistencia de infracción de los arts. 1089, 1091, 1094, 1095, 1096, 1100, 1102, 1254, 1256 y 1258 CC a los que se refiere la alegación séptima del recurso de casación. Los artículos que dice violados el recurrente son invocados de una forma general y heterogénea (lo cual está prohibido en casación y conlleva la desestimación del recurso), para solicitar a través de esta vía casacional como si fuera una tercera instancia nada menos que le sea «donado» (aunque para ello hable de derecho de devolución) libre de cargas un patrimonio inmobiliario y negocial. Interesa la «restitución» al recurrente de las fincas registrales que le fueron subastadas así como la «devolución» de otras fincas registrales que ni siquiera formaban parte de la subasta y ni siquiera eran de su propiedad a la fecha de dicha subasta y todo ello libre de cargas y gravámenes (olvida la carga hipotecaria que gravaba las fincas más de 45 000 000 ptas, y más de 120 000 000 ptas por distintos embargos que sobre las mismas pesaban).

El recurrente basa su «derecho de devolución» en una supuesta obligación contraída por el recurrido Sr. Rodolfo y sin perjuicio de que dicha obligación no haya existido jamás como ha establecido la sentencia recurrida y, en particular, la de primera instancia en base a la apreciación directa por el Juzgador de la prueba practicada, el recurrente pretende que el resto de los demandados respondieran de dicha supuesta obligación.

Termina solicitando de la Sala «que [...] tenga por formulado escrito de oposición al recurso de casación interpuesto de adverso y, previos los tramites legales oportunos, dicte en su día sentencia por la que, estimando todas o alguna de las causas de oposición, confirme la resolución recurrida y acuerde desestimar en su integridad el referido recurso de casación, con expresa imposición de costas al recurrente».

**NOVENO** . - En el escrito de oposición presentado por la representación procesal de Grupo de Inversiones y Explotaciones Acuario, S. L., se formulan, en resumen, las siguientes alegaciones:

Al amparo del artículo 485 LEC invoca como motivo que conlleva la desestimación del recurso, el hecho de que incurre en el vicio casacional de «hacer supuesto de la cuestión» que consiste en partir de un supuesto fáctico contrario al proclamado por la sentencia recurrida (SSTS 20-02-92, 6-11-92, 12-11-92, 2-12-93, 29-12-98, 2889-99 y 5-7-2000) o, lo que es lo mismo, en no respetar los hechos probados y las determinaciones de carácter eminentemente fáctico que pertenecen al ámbito sentenciador de la instancia (SSTS 15-11-95 y 29-3-95) o, también soslayar los hechos probados para a partir de una construcción propia y unilateral extraer consecuencias jurídicas en oposición a lo resuelto de conformidad con aquellos (SSTS 25-2-95, 30-5-95 y 14-7-97), todo ello sin haber desvirtuado previamente la base fáctica de la sentencia recurrida con cita de norma de valoración de prueba que contenga regla legal tasada que se considere como infringida con exposición de la nueva resultancia probatoria (SSTS 2-9-96, 25-2-97, 6-5-97, 15-6-98, 1-3-99, 7-6-99, 26-4-2000, 9-10-2000 y 2-3-2001).

La presunta infracción del artículo 1459.5.º CC se rechaza por lo siguiente:



1. No se trata de bienes litigiosos, pues en el procedimiento hipotecario no se discutía la propiedad o la existencia de derechos reales sobre las fincas sino que tales fincas eran objeto del pleito para la realización de un crédito; además, dicho carácter (el de litigioso) habría cesado en el momento en que con la aprobación del remate se adjudicaron definitivamente los bienes a la ejecutante Construcciones Domingo Méndez, S. L., con lo que cualquier transmisión posterior a dicha adjudicación es perfectamente legítima.

Las fincas dejaron de formar parte del procedimiento judicial en el momento en que éste finalizó y eso sin tener en cuenta que alguna de las fincas cuya devolución reclama el actor ni siquiera fueron objeto de tales autos ni le han pertenecido al recurrente ni al resto de partes demandadas total o parcialmente.

2. No se cumple el requisito de adquisición *per se* o a través de persona intermedia que exige el artículo 1459.5.º CC. No existe en autos prueba alguna de que el Sr. Rodolfo adquiriese para sí directamente o a través de una persona intermedia bienes litigiosos. Por otra parte, el artículo 1495.5.º CC debe interpretarse restrictivamente, en este sentido, cita la SSTS de 19 de mayo de 1998 así como las de 2 de junio de 1932, 22 de febrero de 1958, 29 de octubre de 1964 y 2 de julio de 1976.

Presunta infracción de los arts. 1089, 1091, 1094, 1095, 1096, 1100, 1102, 1254, 1256 y 1258 CC. No existe en autos el más mínimo elemento probatorio que permita no solamente acreditar la obligación del Sr. Rodolfo de devolver algo que ni siquiera le pertenecía y mucho menos existe en autos prueba que imponga dicha obligación al resto de codemandados y, en particular, al Grupo de Inversiones y Explotaciones Acuario, S. L.,

En lo que se refiere a la infracción del artículo 1696 CC, alega que dicho precepto se cita en la sentencia recurrida después de que la Sala haya desestimado las pretensiones del actor en base a cuanto consta en autos y únicamente para expresar un mero parecer de la Sala pero sin que ésta haya aplicado dicho artículo para concluir la desestimación y sin que el mismo haya sido objeto del procedimiento por lo que la infracción que se dice cometida por el recurrente no existe.

Termina solicitando de la Sala «que tenga por presentado este escrito y sus copias, se sirva admitir todo ello, sea unido a los autos de su razón y tenga por formulada oposición al recurso de casación de referencia y, tras los trámites legales de rigor, finalmente dicte en su día sentencia por la que, se acuerde confirmar la resolución recurrida y desestimar íntegramente el recurso de casación interpuesto de adverso, haciendo expresa imposición de costas a la parte recurrente».

**DÉCIMO** . - En el escrito de oposición presentado por la representación procesal de D.ª Valle y D.ª Carolina, se formulan, en resumen, las siguientes alegaciones:

Concorre el defecto casacional de hacer petición de principio o supuesto de la cuestión, pues la parte recurrente se limita a realizar una interpretación personal y subjetiva de los hechos declarados probados, pretende contradecir el valor probatorio de las pruebas documentales y testificales con meras suposiciones, falsedades e interpretaciones arbitrarias de determinados hechos, se escuda en una supuesta infracción normativa inexistente para convertir el recurso de casación en una tercera instancia lo que se prohíbe de forma generalizada por reiterada jurisprudencia, en este sentido cita las SSTS de 8 de julio de 2008, rec. 1542/2005, 18 de junio de 2008, rec. 606/2008 y de 6 de junio de 2008, rec. 2024/2001, que se transcriben parcialmente.

Se alude a una errónea interpretación y violación del artículo 1459.5º último párrafo CC y, sin embargo, tanto el juzgado como la Sala estimaron la inexistencia de los presupuestos contemplados en dicho precepto por no haber prueba en tal sentido y por no concurrir las condiciones recogidas en el mismo. Cita la STS de 28 de febrero de 2006, rec. 2302/1999, cuyo FJ 2.º se transcribe parcialmente sobre la interpretación de la expresión «bienes y derechos que estuviesen en litigio» que emplea el artículo 1459.5.º CC.

En el caso que nos ocupa se trató de una ejecución hipotecaria por lo que el procedimiento en sí no versaba sobre los bienes inmuebles sino sobre un crédito a favor de Construcciones Domingo Méndez, S. L., para cuyo cobro se subastaron las fincas, lógicamente, no se trata de un supuesto de bienes litigiosos.

Si a pesar de ello se entendiera que las fincas subastadas sí que están comprendidas en dicho concepto de bienes litigiosos, no cabe duda de que una vez celebrada la subasta y adjudicadas las fincas con el correspondiente auto a favor de la entidad ejecutante, en ese momento el pleito debe entenderse finalizado y los bienes que han pasado al patrimonio de Construcciones Domingo Méndez, S. L., ya no pueden ser considerados bienes litigiosos siendo libre esta entidad de realizar los actos de disposición que considere pertinentes y, así, decidió enajenarlos a un tercero, la entidad Consulting Empresarial Canario, S. L.

4. Además, tampoco el letrado adquiere tales bienes, pues Consulting Empresarial Canario, S. L., es una entidad mercantil con personalidad jurídica propia y de la que ni siquiera es socio mayoritario a diferencia de lo que se afirma en el recurso. En cuanto a la pretendida violación del artículo 1696 CC, no fue objeto del procedimiento y el recurrente solicita su inaplicación. Se trata de una mera teoría del tribunal de apelación que el recurrente



rechaza pero una eventual estimación de este motivo de casación en nada afecta a la cuestión de fondo ya que no conllevaría la estimación de las pretensiones de la demanda, pues la posible existencia de una sociedad civil no es un presupuesto discutido en el pleito aparte de que se niega también categóricamente.

En lo que se refiere a la supuesta violación de determinados preceptos CC relativos a las obligaciones y contratos no procede su estimación pues son preceptos genéricos o amplios no susceptibles de ser invocados como supuestamente violados o vulnerados a efectos casacionales. Y en tal sentido, cita, entre otras muchas, la STS de 22 de mayo de 2008, rec. 1869/2001, cuyo FD 2º se transcribe parcialmente.

No concurren los motivos de casación alegados por el recurrente. No ha existido vulneración de la normativa del CC, pues ni se dan los supuestos de su artículo 1459.5.º ni se han vulnerados los preceptos citados respecto a las obligaciones y contratos por lo que procede la desestimación del recurso de casación interpuesto por D. Eloy con expresa imposición de las costas causadas al mismo.

Termina solicitando de la Sala que «tenga por presentado este escrito, lo admita y una a los autos de su razón, tenga por evacuado en tiempo y forma el trámite de referencia y por interpuesto escrito de oposición al recurso de casación formulado por D. Eloy, lo admita y, previos los trámites que correspondan, dicte en su día sentencia por la que desestime íntegramente dicho recurso y con expresa condena en costas al recurrente».

**UNDÉCIMO** . - Para la deliberación y fallo del recurso de fijó el día 24 de febrero de 2010, en que tuvo lugar.

**DUODÉCIMO** . - En esta resolución se han utilizado las siguientes siglas:

AP, Audiencia Provincial.

CC, Código Civil.

FD, fundamento de Derecho.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil .

LH, Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

RC, recurso de casación.

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. El actor adeudaba a Construcciones Domingo Méndez, S. L., la cantidad de 45 593 043 pesetas, según escritura de reconocimiento de deuda y constitución de hipoteca sobre dos fincas de su propiedad, en las que se encontraba edificado el establecimiento hotelero que venía explotando.

2. Construcciones Domingo Méndez, S. L., instó un procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH para la ejecución de la hipoteca.

3. El actor entregó a su abogado, D. Rodolfo, 5 millones de pesetas para la readquisición de las fincas.

4. El 8 de abril de 1992 se dictó el auto de remate en virtud del cual dos fincas fueron adjudicadas en pago a la entidad acreedora Construcciones Domingo Méndez, S. L.

5. El 27 de abril de 1992 Consulting Empresarial Canario, S. L., adquirió las dos fincas. Uno de sus socios y el administrador único de esta sociedad era D. Rodolfo .

6. El 19 de febrero de 1998 las fincas fueron vendidas a Patrimonial Melián, S. L. U. D. Rodolfo era socio único y administrador de esta sociedad hasta que transmitió el mismo día 19 de febrero de 1998 la totalidad de las participaciones en que se dividía su capital social a D. Juan Pedro (socio y amigo suyo) y a Gestión Patrimonial Sierra Nevada, S. L. (de la que el Sr. Juan Pedro era a su vez administrador único). Patrimonial Melián, S. L. pasó a denominarse el 24 de julio de 1998 Grupo de Inversiones y Explotaciones Acuario S. L.

7. El actor solicitó en la demanda ( a ) la nulidad de la adjudicación de remate y de la escritura de compraventa de 27 de abril de 1992, alegando que el complejo hotelero fue adquirido por D. Rodolfo mediante dos sociedades interpuestas vulnerando la prohibición impuesta al abogado de adquirir por compra bienes litigiosos; ( b ) la nulidad de la venta de participaciones de 19 de febrero de 1998 por simulación absoluta; (





c ) y que se le devolviese el complejo hotelero libre de cargas, a lo que se había comprometido D. Rodolfo a los cinco años de su explotación.

8. El Juzgado desestimó la demanda.

9. La AP confirmó esta sentencia, considerando, en síntesis, que: ( a ) no existe prueba alguna que permita sostener que D. Rodolfo actuó en connivencia con la sociedad adjudicataria; ( b ) el bien objeto de transmisión no tenía carácter litigioso una vez adjudicado; ( c ) no puede reputarse sociedad intermedia Consulting Empresarial Canario, S. L., con la sola base de que uno de sus socios y administrador único era D. Rodolfo ; ( d ) unas veces en virtud de la transmisión de las dos fincas, y otras por la transmisión de las participaciones sociales de las compañías propietarias de las mismas, hubo verdadero tráfico inmobiliario con cambio de titularidad, según se desprende de la prueba; ( e ) la entrega de los cinco millones de pesetas atribuye la condición de socio partícipe al demandante y únicamente le reconoce el derecho a reclamar el cumplimiento de las obligaciones de información, rendición de cuentas y liquidación que corresponden al socio principal ante el socio partícipe, pero no la devolución de un bien del patrimonio de la sociedad.

10. El demandante interpone recurso de casación contra esta sentencia, el cual ha sido admitido al amparo del artículo 477.2.2.º LEC .

**SEGUNDO** . - *Enunciación del motivo de casación.*

El motivo primero y único se introduce con la siguiente fórmula:

«Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.»

Este motivo comprende diversos apartados y se funda, en síntesis, en ( a ) la infracción del artículo 1459.5.º, último párrafo, CC , al extender a los abogados la prohibición que en dicho precepto se establece por concurrir, a juicio del recurrente, ( i ) existencia de acuerdo previo a la transmisión, ( ii ) carácter litigioso del bien transmitido y ( iii ) actuación de sociedades intermedias; ( b ) la violación del artículo 1696 CC , pues los 5 millones de pesetas no fueron una inversión societaria, sino un préstamo; ( c ) vulneración de los artículos 1089, 1091, 1094, 1095, 1096, 1100, 1102, 1254, 1256 y 1258 CC y jurisprudencia que los interpreta, pues el compromiso de devolver el hotel a los tres años o cinco años era una obligación contraída verbalmente.

El motivo de casación debe ser desestimado.

**TERCERO** . - *La prohibición del artículo 1459.5.º CC y el compromiso de devolución del complejo hotelero.*

Las razones en las que se funda la desestimación del anterior motivo de casación son las siguientes, expuestas siguiendo la enumeración efectuada en el FD anterior:

(a) La alegación de la parte recurrente en el sentido de que concurrían los requisitos para la aplicación del artículo 1459. 5.º III CC no es aceptable por cuanto:

(i) La afirmación de que existió acuerdo previo a la transmisión entre el abogado del recurrente y la sociedad acreedora que se adjudicó los inmuebles en pública subasta es incompatible con los hechos declarados probados por la sentencia recurrida. En efecto, la sentencia recurrida afirma «la inexistencia en las actuaciones de prueba alguna que permita sostener que D. Rodolfo pactó con la adjudicataria Construcciones Domingo Méndez, S. L., antes del auto de remate, la transmisión de las fincas a la sociedad Consulting Empresarial Canario, S. L.» y «no haberse acreditado que estuviera concertada [la sociedad adjudicataria] a tal fin con el Sr. Rodolfo ». De acuerdo con reiterada jurisprudencia, los hechos que considera probados la sentencia recurrida no pueden ser revisados mediante un recurso de casación.

La parte recurrente trata de demostrar la fuerza de los indicios que a su juicio demuestran la existencia de una connivencia del abogado con la sociedad adjudicataria; pero la existencia de estos indicios únicamente hubiera podido plantearse por el estrecho cauce que ofrece el recurso extraordinario por infracción procesal alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por valoración manifiestamente errónea o arbitraria de la prueba (artículo 477.1.4.º LEC ).

(ii) El recurrente impugna, en segundo lugar, la afirmación de la sentencia recurrida en el sentido de que los bienes adjudicados habían perdido su cualidad de litigiosos con la consumación de remate. La interpretación de la sentencia recurrida resulta conforme con la jurisprudencia de esta Sala, según la cual la aplicación del artículo 1459.2.º CC , aun aceptando el fundamento ético de la prohibición impuesta (STS 8 de septiembre de 1998, RC n.º 596/1994 ), cuya infracción determina la nulidad del negocio (STS 25 de marzo de 2002, RC n.º 3132/96 ) exige que la contienda judicial subsista en el momento de celebrarse el contrato (STS 6 de abril de 2006, RC n.º 3555/1999 ).



Cualquiera que sea la opinión que se sustente sobre la naturaleza litigiosa o no del bien sujeto a embargo con la finalidad de atender con su producto a la extinción de un crédito ya declarado por sentencia firme (STS de 28 de febrero de 2006, RC n.º 2302/1999, que se separa de la STS 2 de julio de 1976), en el caso examinado se advierte que, en el momento de la adquisición en que aparece probada la intervención del abogado, la contienda judicial se había extinguido mediante el remate y la adjudicación.

(iii) En atención a lo razonado hasta aquí resulta indiferente que Consulting Empresarial Canario, S. L., fuera o no sociedad intermedia, puesto que los bienes adquiridos por la misma no eran ya bienes litigiosos sujetos a la prohibición del artículo 1459.4.º CC. Por otra parte, también aquí se contraviene la valoración de la prueba realizada por la sentencia recurrida, según la cual no se ha probado, a pesar de las relaciones entre la expresada sociedad y el abogado, que la adquisición estuviera relacionada con la intención por parte de éste de adquirir los bienes en el momento de la subasta.

(b) La calificación del abono de 5 millones de pesetas realizado por el actor en favor de su abogado como pago por la adquisición de una participación en sus derechos como socio -según la sentencia recurrida- o como préstamo -según la tesis del recurrente- es irrelevante, pues, sea una u otra la calificación, lo esencial es que la sentencia declara que no se ha probado que el abogado adquirente contrajera a cambio de la entrega de la expresada cantidad la obligación de devolver el complejo hotelero.

La parte recurrente trata de demostrar que las manifestaciones del abogado en relación con este extremo no se limitaban al terreno de los buenos deseos o del compromiso moral, sino que penetraban en el de las obligaciones jurídicas; pero esta afirmación no puede aceptarse por cuanto resulta incompatible con los hechos que declara probados la sentencia recurrida, según la cual resulta «inverosímil» la versión del actor, al igual que la versión del demandado.

(c) La afirmación del actor de que existía un compromiso verbal de devolución del hotel a los tres años por parte del abogado demandado resulta inaceptable, pues, como se acaba de razonar, la sentencia recurrida, en sus facultades de valoración de la prueba que no puede ser revisada en casación, considera inverosímil esta versión de los hechos.

#### **CUARTO** . - *Desestimación del recurso.*

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el art. 487 LEC y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el art. 394 LEC, en relación con el 398 LEC.

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

#### **FALLAMOS**

1. Se desestima el recurso de casación interpuesto por D. Eloy contra la sentencia de 18 de julio de 2005 dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en el rollo de apelación n.º 122/2005, cuyo fallo dice:

«Fallo

»Por todo lo anteriormente expuesto, vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, la Sala decide:

»1.º Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. Eloy, confirmando la sentencia recurrida.

»2.º No hacer pronunciamiento sobre las costas del recurso».

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas del recurso de casación a 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 Juan Antonio Xiol Ríos, Roman Garcia Varela, Jose Antonio Seijas Quintana, Encarnacion Roca Trias. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Ríos, 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.