



Roj: **STS 4416/2008 - ECLI:ES:TS:2008:4416**

Id Cendoj: **28079110012008100701**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/06/2008**

Nº de Recurso: **838/2001**

Nº de Resolución: **526/2008**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **CLEMENTE AUGER LIÑAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Junio de dos mil ocho.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto por D<sup>a</sup>. Marina representada por el Procurador de los Tribunales D. Pedro Antonio González Sánchez, contra la sentencia dictada en grado de apelación con fecha 15 de diciembre de 2000 por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección Quinta) en el rollo número 817/1999, dimanante del Juicio de Menor Cuantía número 19/1998 seguido en el Juzgado de Primera Instancia Número 15 de Palma de Mallorca. Es parte recurrida en el presente recurso D<sup>a</sup>. Ana María y D. Plácido, representados por el Procurador de los Tribunales D. Carlos Jiménez Padrón.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia Número 15 de los de Palma de Mallorca conoció el Juicio de Menor Cuantía 19/1998 seguido a instancia de D<sup>a</sup>. Marina contra D<sup>a</sup>. Ana María, D. Plácido y D<sup>a</sup>. Laura. La demandante formuló demanda en fecha 2 de octubre de 1998, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado que dicte sentencia por la que «se declare:

A) Que doña Marina, actora, ha quedado subrogada, como compradora, en la compraventa de la vivienda, ático, ubicada en CALLE000, número NUM000 de Palma de Mallorca, referida en la escritura privada de fecha tres de diciembre de mil novecientos setenta y tres, otorgada entre doña Laura y doña Ana María, en cumplimiento todo ello de lo convenido en el PACTO PRIMERO de la escritura privada de fecha treinta de julio de mil novecientos setenta y cinco, concertado entre los cuatro litigantes en este procedimiento.

B) Que doña Laura debe elevar a público, a favor de doña Marina, el documento privado de compraventa de fecha tres de diciembre de mil novecientos setenta y tres, que en su día pactó con doña Ana María.

C) Condenar al pago de las costas a quien se opusiere a esta demanda.

D) Condenar a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones».

Admitida a trámite la demanda, en fecha 2 de marzo de 1999 la representación procesal de D. Plácido y D<sup>a</sup>. Ana María contestó a la misma, suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, que se dictase sentencia por la cual, «se desestime íntegramente la demanda con imposición de costas a la parte actora». La demandada D<sup>a</sup>. Laura no contestó a la demanda, por lo que fue declarada en situación de rebeldía procesal.

Con fecha 8 de noviembre de 1999 el Juzgado dictó sentencia cuyo fallo dice textualmente: «QUE DESESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda formulada por la Procurador de los Tribunales dña. María Luisa Vidal Ferrer, obrando en nombre y representación de dña. Marina, contra dña. Ana María, d. Plácido, y dña. Laura, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a los citados demandados de las pretensiones efectuadas en su contra. Haciendo expresa imposición de las costas causadas a la parte actora».



SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de D<sup>a</sup>. Marina contra la sentencia de primera instancia y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección Quinta), dictó sentencia en fecha 15 de diciembre de 2000 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «QUE DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el RECURSO DE APELACION interpuesto por el Procurador D<sup>a</sup> Luisa Vidal, en nombre y representación de D<sup>a</sup> Marina , contra la sentencia de fecha 8 de noviembre de 1999, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Palma , en los autos de juicio menor cuantía, de los que trae causa el presente rollo, y, en consecuencia, DEBEMOS CONFIRMARLA y la CONFIRMAMOS en todos sus extremos. Se imponen las costas de esta alzada a la parte apelante».

TERCERO.- Por la representación procesal de D<sup>a</sup>. Marina , se presentó escrito de formalización del recurso de casación ante este Tribunal Supremo con apoyo procesal en un único motivo:

«MOTIVO ÚNICO.- Al amparo del art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del art. 1969 del Código Civil y la jurisprudencia de esta Sala recaída en sentencias como la de 10 de marzo de 1989 (Ref. 2034/89), 24 de enero de 1990 (Ref. 39/90), 3 de diciembre de 1993, 7 de marzo de 1994 entre otras».

CUARTO: Por Auto de esta Sala de fecha de 2 de febrero de 2004 , se admitió a trámite el recurso, y, evacuado el traslado conferido, por la representación procesal de D<sup>a</sup>. Ana María y D. Plácido , se presentó en fecha 9 de marzo de 2004 escrito de impugnación del mismo.

QUINTO: Por la Sala se acordó señalar para la votación y fallo del presente recurso el día 22 de mayo del año en curso, en el que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. CLEMENTE AUGER LIÑÁN

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El litigio del que trae causa el presente recurso de casación fue promovido por D<sup>a</sup>. Marina , en reclamación del cumplimiento del contrato suscrito el 30 de julio de 1975 entre la actora y los codemandados, por el cual la actora, como avalista de un crédito personal solicitado por los cónyuges D. Plácido y D<sup>a</sup>. Ana María a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de las Baleares para la compra de un piso a la vendedora D<sup>a</sup>. Laura , se subrogaba inmediatamente en el contrato de compraventa en cuanto tuviera que hacer frente a dicho préstamo como garante, con las devoluciones y compensaciones a que hacía referencia el clausulado del contrato. Dicha reclamación se basaba en el hecho de que la actora había tenido que hacer frente a los pagos del préstamo, por no atenderlos los obligados principales. En concreto, al pago el 4 de marzo de 1981 de 134.599 ptas, y al pago liquidatorio del préstamo el 27 de diciembre de 1983, de 443.367 ptas. Terminaba solicitando la compensación de las cantidades que la actora pudiera deber a los demandados. Por ello, solicitaba que se declarase la subrogación de la actora en la posición de compradora y que se obligase a la elevación a público del contrato de compraventa con la vendedora, D<sup>a</sup>. Laura .

La parte demandada comparecida opuso, principalmente, la excepción de prescripción de la acción por el transcurso de más de quince años desde que la acción pudo ser ejercitada el 4 de marzo de 1981, teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el 2 de octubre de 1998 y, por otra parte, que se había producido, en su caso, una prescripción adquisitiva de la propiedad derivada de la posesión del inmueble durante más de 20 años, con justo título, a tenor de lo dispuesto en el art. 1957 CC . Con carácter subsidiario, alegaba el incumplimiento contractual de la actora.

El Juzgado de Primera Instancia resolvió el litigio en el sentido de desestimar la demanda y acoger la excepción de prescripción de la acción opuesta por los codemandados, al entender de que se estaba ejercitando una acción personal -cuyo plazo de prescripción es de quince años, a tenor de lo establecido en el art. 1964 CC - y que «en virtud de la cláusula primera del contrato de fecha 30-7-75 , la acción nace en la fecha en que día. Marina abonó la suma de 134.599 ptas. día 4-4-81 a la entidad bancaria Sa Nostra. Que fue el momento en que al verse obligada a responder del aval prestado, en virtud de la obligación que asumió con la firma de la póliza de préstamo nº NUM001 se operó la subrogación, en su caso, pactada en la cláusula. Quedando asimismo acreditado en autos, que no se ha producido interrupción del plazo prescriptivo (vid confesión en juicio de día. Laura , al absolver la posición nº 23). Habiendo en consecuencia transcurrido el plazo prescriptivo de quince años, establecido en el artículo 1964 del Código Civil. Es por ello que debe concluirse, en el sentido de estimar la excepción de prescripción alegada, y consecuentemente la desestimación de la demanda».

La Audiencia Provincial, además de desestimar el recurso de apelación por cuestiones relativas al fondo de la pretensión al entender que existía una confusión de intereses entre la demandante y la codemandada rebelde y que el peculiar pacto comisorio contenido en el documento de fecha 30-7-75 presentaba dudas sobre su validez, al eludir las consecuencias imperativas del art. 1504 CC aplicable a la venta de inmuebles, entendió,



como ya hiciera la sentencia de primera instancia, que la acción que ejercitaba la actora estaba prescrita por el transcurso de más de quince años desde que la acción pudo ser ejercitada. En concreto estableció que «dado el contexto y los términos muy claros del documento de 30 de julio de 1975, se llega a la conclusión de que cualquier situación de morosidad en el pago del préstamo que provocare que el avalista debiere abonar alguna suma, supondría la "subrogación inmediata" de la avalista en la posición de los compradores, de lo cual se colige que la acción pudo ser ejercitada el día 4 de marzo de 1981 cuando la actora ingresó a favor de la Caja de Ahorros, y por requerimiento de esta última, dado el notable retraso en el pago de las cuotas por los prestatarios (véase lista de pagos del folio 518), la cantidad de 134.599 pesetas; de modo que interpuesta la demanda el día 2 de octubre de 1998, han transcurrido el plazo de quince años previsto en el artículo 1964 del Código Civil, de modo que la concreta acción de subrogación ejercitada en la demanda ha prescrito. No se comparte la argumentación del recurrente de que el dies a quo es la fecha del segundo pago y de amortización anticipada de la póliza por la avalista, el día 27 de diciembre de 1983, pues, como anteriormente se ha resaltado, la actora ya pudo ejercitar la acción de subrogación dados los claros términos del contrato del año 1981. No consta impedimento que impidiera a la actora ejercitar la acción en el citado año ni cláusula contractual que le obligare a esperar a que se abonare el último plazo del préstamo, o se amortizare éste. Tampoco nos hallamos en una situación de duda que suponga la aplicación de la doctrina jurisprudencial antes aludida de interpretación restrictiva».

SEGUNDO.- El único motivo del recurso fue interpuesto al amparo del ordinal 4º del art. 1692 LEC por infracción del art. 1969 CC y de la Jurisprudencia que lo interpreta, contenida en las Sentencias de 10 de marzo de 1989, de 24 de enero de 1990, de 3 de diciembre de 1993 y de 7 de marzo de 1994 , entre otras.

Aduce la parte recurrente que el derecho que tenía en virtud del contrato suscrito con los codemandados no pudo ser ejercitado antes del día 27 de diciembre de 1983, ya que únicamente a partir de esa fecha la demandante consideró que, con garantías de éxito, podía ejercitar su derecho de subrogación, porque con anterioridad sólo había pagado parte del préstamo y el incumplimiento de las obligaciones era sólo parcial. Añade que «el incumplimiento inicial, nimio e intrascendente, aunque permita (ateniéndose al tenor contractual) el ejercicio de la acción tendente a solicitar la declaración de incumplimiento, impide en la práctica la prosperabilidad de la pretensión que se ejercita». Entiende, asimismo, que debe impedirse una interpretación rigorista del dies a quo a efectos de prescripción, por cuanto debe realizarse el cómputo desde el día en que la parte, verosímelmente, pudo ejercitar el derecho.

Como se ha expuesto el pago liquidatorio del préstamo, por importe de 443.367 pesetas tuvo lugar el 27 de diciembre de 1983 y la demanda fue presentada el 2 de octubre de 1998. No puede admitirse la interpretación de la sentencia recurrida sobre que la acción pudo ejercitarse a partir del pago de 134.599 pesetas de fecha 4 de marzo de 1981. Esta interpretación ha determinado la estimación de la excepción de prescripción extintiva, que no hubiera prosperado de tener en cuenta, por el contrario, como fecha a partir de la cual podía ejercitarse la acción el día 27 de diciembre de 1983.

En el citado contrato del que se deriva la acción se contiene el siguiente pacto primero: "habiendo solicitado los consortes Ana María - Plácido un crédito bancario, y siendo necesaria la firma de un avalista que garantice la devolución del mismo préstamo; a petición de dichos consortes Doña Marina , ha accedido a prestar su aval; si bien en el supuesto que dicha señora Marina tuviera que hacer frente a dicho préstamo en cuanto a su garantía; los consortes Plácido - Ana María , se someten expresamente a las siguientes condiciones: a).- subrogación inmediata del reseñado contrato de compraventa a favor de Doña Marina .- y b).- dichos consortes, en dicho supuesto, recibirán de Doña Laura y Doña Marina , las cantidades que ellos hubiesen abonado a Doña Laura , si bien aquélla (Sra. Marina ) se retendrá en concepto de intereses y perjuicios que ello le ocasione, una cantidad estipulada por razón de utilizar dicho piso, igual a la suma de cuatro mil pesetas mensuales, al contar desde la fecha de hoy, hasta el vencimiento del préstamo, cuya garantía avala Doña Marina ".

La lectura completa de la anterior cláusula, desde la literalidad de la previsible subrogación hasta la devolución de las cantidades abonadas por los compradores deudores a la vendedora, solo permiten estimar que la acción hoy ejercitada como demandante por la avalista Doña Marina únicamente nacía desde la íntegra satisfacción del préstamo. Y ello no implica olvidar que la fijación del "dies a quo" para el cómputo de la prescripción pertenece a la competencia exclusiva de la instancia, sino que en este caso no se ha hecho una interpretación razonable de los términos del contrato, y sin perjuicio de lo que haya de declararse sobre su validez o invalidez.

Nuestro Código Civil, superando la teoría de la "actio nata", afirmativa para ser posible la prescripción, de que la acción hubiera nacido, dejando sin resolver la cuestión de cuando debe entenderse que nació, afecta, a través de la normativa del artículo 1969, la teoría de la realización, sosteniéndose del nacimiento de la acción cuando puede ser realizado el derecho que con ella se actúa, o más concretamente al tiempo al que pudiere ejercitarse eficazmente para lograr su total efecto, según tiene reconocido este Tribunal en Sentencias de 26 de noviembre



de 1943, 29 de enero de 1952 y 25 de enero de 1962 , reiterando criterio ya sostenido en otras precedentes, porque, como se proclama en la última de las relacionadas resoluciones, si la prescripción extintiva comenzara a correr antes de que la acción pudiera ejercitarse, se daría el contrasentido de que se castigaba al titular de un derecho por una inactividad que le imponía la Ley o la propia convención, y de ahí que no se pueda reprochar al titular de un derecho el no haberlo actuado en una época en la cual no podía ponerlo normal y eficazmente en ejercicio, por no conocer todavía las bases para actuarlo (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1977 ). Análoga la Sentencia de 29 de enero de 1982 .

Por todo lo expuesto, el motivo ha de ser estimado.

TERCERO. En virtud de la estimación anterior, incumbe a la Sala la asunción de la instancia para pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de la acción ejercitada en la demanda.

El artículo 1859 del Código Civil dispone: el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas.

Es doctrina de este centro directivo: a) que nuestro Código Civil rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud el acreedor, en caso de incumplimiento de su crédito, puede apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor (artículos 6, 1859 y 1884 del Código Civil ); b) que la admisión de la venta con pacto de retro no contraría la anterior información, pues técnicamente aquélla no implica un préstamo con garantía legal. El que vende con pacto de retro trata ciertamente de obtener un préstamo, pero no queda obligado a devolver la cantidad recibida; no surge ningún derecho de crédito contra él; el vendedor se reserva la facultad de recuperar la cosa vendida y sólo si hace uso de ella es cuando deberá efectuar la devolución del precio; pero en tanto el vendedor no quiera hacer uso de esa facultad recuperatoria, el comprador no puede compelerle a que reintegre cantidad alguna. En cambio, cuando se pretende instrumentalizar la venta con pacto de retro como garantía de un crédito preexistente, sí que se faculta al comprador para requerir de pago al vendedor. Cuando la venta con pacto de retro se utiliza para dar cobertura formal a la constitución de una simple garantía crediticia que vulnera la prohibición del comiso, no hay efectiva y verdadera venta como un contrato debidamente causalizado en el que la trasmisión de la cosa corresponde al precio cobrado (en tal caso el precio solo es aparente, la trasmisión dominical solo obedece a esa final de garantía y eso carece de eventualidad para justificar el efecto traslativo (artículos 1261.3 y 1274 del Código Civil ). Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de octubre de 1994.) Se invoca esta resolución a fin de señalar genéricamente el marco en el que específicamente se ha otorgado el pacto de aval, que literalmente se ha transcrito, y en virtud del cual la avalista pretende la propiedad del piso transmitido a los deudores que avala.

El pacto comisorio configurado como la apropiación por el acreedor de la finca objeto de la garantía por su libérrima libertad ha sido siempre rechazado, por obvias razones morales, plasmadas en los ordenamientos jurídicos, al que el nuestro nunca ha sido ajeno, bien como pacto autónomo -artículo 4.1 del Código Civil , bien como integrante de otro contrato de garantía ya sea prenda, hipoteca o antecresis (artículos 1859 y 1884 del Código Civil ), rechazo que se patentiza además en la reiterada jurisprudencia sobre la materia tanto del Tribunal Supremo como de este Centro Directivo. Resolución de 8 de abril de 1991 .

En Sentencia de esta Sala de 18 de febrero de 1997 se declara que tratándose de una norma legal imperativa, como es la de la prohibición del pacto comisorio, (artículos 1858 y 1859 del Código Civil ,) no es necesario reconvertir para que se decrete su nulidad, porque no se trata de la defensa de ningún interés privado sino del interés público, que no puede consentir que se deje en manos de los acreedores la facultad de apropiarse de los bienes de los deudores que dieron en garantía para satisfacer las deudas impagadas. En consecuencia, dada la naturaleza de la prohibición, estamos ante una nulidad radical y absoluta, apreciable de oficio por los Tribunales, y así debió declararla la Audiencia.

Por todo lo expuesto, procede la desestimación de la pretensión ejercitada en la demanda.

CUARTO. Dado que los términos del debate se han concentrado en la existencia o inexistencia de la prescripción de la acción ejercitada más que en la nulidad del pacto comisorio que subyace en el documento en el que se fundamenta aquélla, parece razonable la no declaración sobre pago de costas causadas en ninguna de las dos instancias, en atención a lo previsto en los artículos 523 y 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Y dada la procedencia del recurso de casación interpuesto, conforme a lo previsto en el artículo 1715 de la misma Ley , no procede declaración alguna sobre pago de costas causadas en el mismo, con devolución del depósito constituido.

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

**FALLAMOS**



Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación formulado por el Procurador Don Pedro Antonio González Sánchez, en nombre y representación de Doña Marina , contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 15 de diciembre de 2000 ; y en su virtud:

1º. Se casa la referida sentencia.

2º. Se desestima la demanda formulada por Doña Marina , contra Doña Ana María , Don Plácido y Doña Laura , tramitada por juicio de menor cuantía número 19/98, seguido en el Juzgado de Primera Instancia número 15 de Palma de Mallorca.

3º. No se hace imposición del pago de las costas causadas en ninguna de las dos instancias ni en este recurso de casación, con devolución del depósito constituido.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Jesús Corbal Fernández. Vicente Luis Montés Penadés. Clemente Auger Liñán. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Clemente Auger Liñán, 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.