



Roj: **SAP M 2833/2005 - ECLI:ES:APM:2005:2833**

Id Cendoj: **28079370212005100067**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **21**

Fecha: **15/03/2005**

Nº de Recurso: **685/2003**

Nº de Resolución: **132/2005**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **RAMON BELO GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 21

MADRID

SENTENCIA: 00132/2005

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 21

1280A

Tfno.: C/ FERRAZ, 41 Fax: 913971838-39-41-42

-

N.I.G. 28000 1 7010141 /2003

Rollo: RECURSO DE APELACION 685 /2003

Proc. Origen: MENOR CUANTIA 620 /1998

Órgano Procedencia: JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 53 de MADRID

Ponente:ILMO. SR. D. RAMON BELO GONZÁLEZ

M.P.

De: GRUPO ALMERIA SOL, S.A., GRUPO AZ 87, S.A.

Procurador: LUIS GARCÍA BARRENECHEA, JOSE RAMON CERVIGON RUCKAUER

Contra: Inocencio , Jose Francisco INDALICA DE GESTION, S.L.

Procurador: JOSE CARLOS PEÑALVER GARCERAN, SIN PROFESIONAL ASIGNADO , SIN
PROFESIONAL ASIGNADO

Derecho real de prenda. Terceras personas pignoran sus propios bienes. En posesión de un
tercero. Contrato de prenda: acción personal para exigir la entrega de la prenda. Pacto Comisorio.

SENTENCIA

MAGISTRADOS Ilmos Sres.:

D. RAMON BELO GONZÁLEZ

Dª ALMUDENA CANOVAS DEL CASTILLO PASCUAL

D. JOSÉ MARÍA SALCEDO GENER



En Madrid a quince marzo de dos mil cinco. La Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Señores Magistrados expresados al margen, ha visto en grado de apelación los autos de juicio de menor cuantía número 620/1998, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 53 de Madrid, seguidos entre partes, de una, como apelantes-demandados Grupo AZ 87 s.a. y Grupo Almería Sol s.a., y de otra, como apelado-demandante don Inocencio y como apelados-demandados Indalica de Gestión s.l. y Jose Francisco. VISTO, siendo Magistrado Ponente ILMO. SR. D. RAMON BELO GONZÁLEZ.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

La sala acepta y da por reproducidos los antecedentes de hecho de la resolución recurrida.

PRIMERO.- Por el Juzgado de 1ª Instancia nº 53 de Madrid, en fecha 31 de diciembre de 2002, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda promovida por el Procurador D. Jose Carlos Peñalver Garcerán en nombre y representación de D. Inocencio contra Indalica de Gestión S.L., D. Jose Francisco, Grupo AZ 87 S.A., declarados en rebeldía por su incomparecencia en autos y contra Grupo Almería Sol S.A. representado por el Procurador D. Luis García Barrenechea, debo:

-declarar y declaro vencido y no cancelado en contrato de préstamo concertado el 30 de enero de 1993 entre D. Inocencio como prestamista y D. Jose Francisco en su propio nombre y como legal representante de Indalica de Gestión S.L. por un importe de 38.175.550 pesetas en concepto de capital y otros 7.444.232 pesetas en concepto de intereses, en ambos casos ha de entenderse su equivalente en euros

-requerir y requiero a todos los demandados a que en cumplimiento de la estipulación 3ª del contrato citado depositen en la persona de D. Gabriel las pólizas y los vendís de las acciones que posee D. Jose Francisco en Residencial Las Laderas y las acciones que poseen Grupo A 87 S.A. y Grupo Almería Sol S.A. en la Sociedad Grupo Daca S.A.

-declarar y declaro que el actor, conocida la valoración de esas acciones pueda ejercitar el derecho de opción que el contrato le reconoce, entre, aceptar la transmisión (sin perjuicio de motivos de oposición que no han podido ser objeto de resolución en los presentes autos al tratarse de una mera probabilidad) o seguir con el préstamo por un nuevo plazo.

Se impone el pago de las costas procesales causadas a la parte demandada."

SEGUNDO.- Notificada la mencionada sentencia, contra la misma, después de preparado, se interpuso recurso de apelación por la parte demandada Grupo AZ 87 s.a. y Grupo Almería Sol s.a., mediante escrito del que se dio traslado a las demás partes, de las que don Inocencio presentar escrito de oposición al recurso, remitiéndose las actuaciones a esta Sección, ante la que no se ha practicado prueba alguna.

TERCERO.- Por providencia de esta Sección, de 3 de marzo de 2004, se acordó que no era necesaria la celebración de vista pública, señalándose para deliberación, votación y fallo el día 14 de marzo de 2005.

CUARTO.- En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas en ambas instancias las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De la sentencia apelada solo se aceptan y se dan ahora por reproducidos aquellos fundamentos jurídicos que coincidan con los que se expresan a continuación, rechazándose todos los demás.

SEGUNDO.- Partimos de un contrato de préstamo del que es prestamista don Inocencio y prestatario la persona jurídica denominada Indalica de Gestión s.a. y fiador o avalista don Jose Francisco, que ya se encontraba vencido antes de la presentación de la demanda y en base al que se adeuda 38.175.550 pesetas en concepto de principal y 7.444.232 pesetas en concepto de intereses.

Cuando se renueva el préstamo el día 30 de enero de 1993 y en el mismo escrito de renovación se pacta: "...3.-Para garantizar el pago se entregan debidamente firmados la póliza y los vendís de las acciones que posee don Jose Francisco en Residencial Las Laderas s.a. y que representan el 1,5% del capital de dicha sociedad. Asimismo se entregan la póliza y los vendís de las acciones que Grupo AZ 87 s.a. y Grupo Almería Sol s.a. poseen en la sociedad Grupo Daca s.a. y que representan cada una de dichas participaciones el 12,5% del capital de dicha sociedad. 4.-Todos los vendís antes mencionados se entregan a don Gabriel, el cual, si cumplido el plazo del préstamo, no hubiera sido cancelado, procederá a valorar las participaciones en las sociedades antes descritas y a efectuar dichas transmisiones a favor del señor Inocencio, aceptando ambas partes desde este momento la valoración que el señor Gabriel efectúe y comprometiéndose a firmar cuantos



documentos públicos o privados fueren necesarios a tal efecto. 5.-El señor Inocencio una vez conocida la valoración que efectúe el señor Gabriel , podrá, a su elección, aceptar la transmisión de dichas acciones a su favor o seguir con el préstamo por el plazo que se acuerde en ese momento." Documento que aparece firmado por Indalicia de Gestión s.a., Grupo AZ 87 s.a., Grupo Almería Sol s.a., don Jose Francisco , don Inocencio y don Gabriel .

TERCERO.- En el último párrafo del artículo 1.857 del Código Civil se dice que: "Las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar esta pignorando sus propios bienes". A estas terceras personas se las denomina "fiadores reales" y gravan sus bienes en seguridad de la obligación de otro, lo que se explica como una manifestación de responsabilidad sin deuda o como una fianza real limitada.

Se dice en el artículo 1863 del Código Civil que: "... se necesita, para constituir el contrato de prenda, que se ponga en posesión de ésta al acreedor, o a un tercero de común acuerdo". Realmente el precepto, redactado con equivocada terminología jurídica, se refiere al derecho real de prenda. Pues bien, junto al supuesto ordinario de constitución de la prenda mediante la entrega de la cosa al acreedor de la obligación principal, el precepto autoriza su constitución mediante la entrega de la cosa a un tercero ajeno a la obligación garantizada. Ambas partes contratantes, acreedor y el que constituye la prenda, han de estar de acuerdo en la persona que como tercero ha de recibir la cosa entregada en prenda. La función de este tercero es semejante a la de un depositario limitándose a custodiar la cosa entregada en garantía hasta el cumplimiento de la obligación principal por parte del deudor o hasta la realización del derecho de prenda, con entrega de la misma a la persona que resulte adjudicataria que puede ser el propio acreedor u otra persona.

Nos encontramos ante una obligación principal consistente en la devolución del capital pactado, de la que es deudora como prestataria la persona jurídica denominada Indalicia de Gestión s.l. y acreedor don Inocencio .

Don Jose Francisco y las personas jurídicas denominadas Grupo AZ 87 s.a. y Grupo Almería Sol s.a., como terceras personas extrañas a la obligación principal, conciertan un contrato con el acreedor don Inocencio , por el que aseguran la obligación principal pignorando sus propios bienes. En concreto, las acciones que tiene don Jose Francisco en Residencial Las Laderas s.a. (que representan el 1,5% del capital de la sociedad), las acciones que tiene Grupo AZ 87 s.a. en Grupo Daca s.a. (que representan el 12,5% del capital de la sociedad) y las acciones que tiene el Grupo Almería Sol s.a. en Grupo Daca s.a. (que representan el 12,5% del capital de la sociedad). Pactándose la entrega de los títulos acreditativos de la titularidad de las acciones sobre las que se constituye la prenda a un tercero que es don Gabriel .

A la fecha de celebración del contrato, el día 30 de enero de 1993, no se hizo entrega de las prendas, y, a la fecha del vencimiento de la obligación principal garantizada, el día 30 de julio de 1994, continuaban sin ser entregadas las prendas a don Gabriel .

El día 18 de septiembre de 1998 el acreedor presenta demanda para que se haga entrega de las prendas a don Gabriel .

CUARTO.- Nuestro Código Civil regula, en sus artículos 1857 a 1.875 , el derecho real de prenda cuando tiene su origen en el contrato denominado de prenda, pero lo cierto es que puede tener otros orígenes distintos, aunque lo normal o usual es que lo tenga en el contrato de prenda. Pues bien, ciñéndonos a este supuesto normal o usual, para la constitución y adquisición por el acreedor del derecho real de prenda, no basta con la celebración de un contrato de prenda con la concurrencia de todos los requisitos exigidos en el artículo 1.261 del Código Civil para su existencia, sino que, además, es imprescindible que el contratante que constituye la prenda ponga en posesión del otro contratante acreedor o de un tercero (artículo 1.863 del Código Civil). Pudiendo suceder que, habiéndose celebrado el contrato de prenda, el contratante que constituye la prenda no la hubiera puesto en posesión del otro contratante acreedor o del tercero. En este caso, no habría nacido el derecho real de prenda pero el contratante acreedor tendría una acción personal, contra el contratante que constituye la prenda, para exigirle que se la entregue (a él o al tercero), es decir que cumpla con las restantes formalidades necesarias para el nacimiento del derecho real de prenda. Pues así se desprende del artículo 1.862 del Código Civil ("La promesa de constituir prenda... sólo produce acción personal entre los contratantes..."). Precepto, por lo demás superfluo ya que no es más que una aplicación concreta de la doctrina general de los contratos. El dato de que, al ejercitarse esta acción personal derivada del contrato, la obligación principal para cuya garantía se constituye la prenda ya estuviera vencida y fuera exigible, no impide la prosperabilidad de la acción personal, ya que, a estos efectos, lo determinante no es la fecha en la que se hará entrega de la prenda sino la del contrato, pues era en esta fecha, la del contrato, cuando tenía que haberse hecho entrega de la prenda, y su incumplimiento, en ese momento, no puede beneficiar, con el paso del tiempo, al incumplidor.

En consecuencia, el segundo de los pronunciamientos de la sentencia ("Requerir y requiero a todos los demandados a que en cumplimiento de la estipulación 3ª del contrato citado depositen en la persona de D. Gabriel las pólizas y los vendís de las acciones que posee D. Jose Francisco en Residencial Las Laderas y las



acciones que poseen Grupo A 87 S.A. y Grupo Almería Sol S.A. en la Sociedad Grupo Daca S.A.) es correcto y ajustado a derecho, por lo que debe ser confirmado.

QUINTO.- Se define la prenda como un derecho real de garantía que recae sobre una cosa mueble propiedad de quien constituye el derecho, cuya posesión se entrega al acreedor de la obligación principal o a un tercero y que concede al acreedor la facultad de proceder a su enajenación para el caso de que la obligación principal se incumpla. De tal manera que, en caso de incumplimiento de la obligación principal garantizada, al acreedor no se le atribuye más que el "ius distrahendi", es decir la facultad de instar la venta de la cosa entregada en prenda, no pudiendo apropiársela y debiendo acudir a los procedimientos legalmente establecidos para la venta de la prenda.

Se denomina pacto comisorio a aquella estipulación por la que, para el caso de que se incumpla la obligación principal garantizada, se faculta al acreedor para hacer suya, apropiándose, la cosa entregada en prenda, prescindiendo de su venta por los procedimientos legalmente establecidos.

El pacto comisorio ya fue prohibido y considerado radicalmente nulo por el Derecho romano (prohibición establecida por Constantino).

La prohibición del pacto comisorio también aparece en Las Partidas que lo consideraba inmoral e injustamente lesivo para el deudor.

En el artículo 1.775 del Proyecto de Código Civil de 1851 se reitera la prohibición absoluta de pacto comisorio al decir expresamente que: "El acreedor no puede apropiarse la cosa recibida en prenda, ni disponer de ella aunque así se hubiera estipulado".

El Anteproyecto de actual Código Civil introduce el criterio contrario a la prohibición del pacto comisorio, al disponer que: "No puede el acreedor apropiarse la cosa recibida en prenda, ni disponer de ella, salvo pacto en contrario".

En la redacción definitiva del actual Código Civil se dice en el artículo 1.859 que: "El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas". Precepto que no contiene una prohibición clara, expresa y categórica del pacto comisorio, de ahí que se han suscitado dudas acerca de su subsistencia.

La jurisprudencia actual entiende que, en base a lo dispuesto en el artículo 1.859 del Código Civil, el pacto comisorio es nulo en todo caso no debiendo desplegar eficacia alguna (sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo número 1130/1995 de 26 de diciembre de 1995; 22 de diciembre de 1988; 25 de septiembre de 1986; 25 de mayo de 1971; 3 de marzo de 1932 y 3 de noviembre de 1902 y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de junio de 1986, 3 de junio de 1987 y 16 de noviembre de 1987). Pero la nulidad del pacto comisorio se agota en sí misma sin acarrear la ineficacia de la garantía pignoratícia que continuará subsistente disponiendo el acreedor de su facultad de instar la venta de la cosa entregada en prenda a través de los procedimientos legalmente establecidos.

En ausencia de un precepto específico que prohíba el pacto comisorio se dan las siguientes razones para fundamentar esta prohibición:

La tradición histórica basada en el criterio de considerar el pacto comisorio moralmente condenable e injustamente lesivo para los intereses del deudor.

Porque el pacto comisorio es innecesario para que la garantía en que consiste el derecho real de prenda despliegue correctamente su función.

Sería absolutamente ilógico, por contradictorio, resolver un mismo problema con soluciones distintas para instituciones de idéntica naturaleza, resultado que tendría lugar si se admitiera la validez del pacto tratándose de prenda y se declarara su nulidad por imperativo del artículo 1884 del Código Civil para la anticrisis ("El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble, por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido; Todo pacto en contrario será nulo...").

En principio si la cosa entregada en prenda interesa al acreedor, que concurra a la subasta y puje; con lo que se consigue evitar el riesgo de que se la quede por una deuda inferior y se evita ese riesgo sin impedir que la adquiera, si lo considera oportuno pagando lo que pagaría otro.

La prohibición del pacto comisorio tiene su fundamento o se asienta en la consideración de que incumplida y no satisfecha la obligación principal garantizada, la realización de valor de la cosa entregada en prenda, con la observancia de los requisitos procedimentales que aseguran la obtención del mejor precio en la venta, representa una solución suficiente para el acreedor y es la menos perjudicial para el deudor, así como para los restantes acreedores de este. Lo que se trata de evitar son aquellas situaciones en las que el acreedor,



aprovechándose de determinadas circunstancias que concurren en el deudor, se beneficie a costa de éste, al apropiarse de la cosa entregada en prenda por valoraciones inferiores a la verdadera, con el consiguiente enriquecimiento sin causa, lo que excedería de una estricta finalidad de garantía a la que responde la prenda. Y, en base a estas consideraciones, se plantea, por una parte, la cuestión de determinar si la sanción de nulidad debe extenderse a otros acuerdos que, sin ser el estricto y propiamente como comisorio y, por tanto, prohibido, pueden dar lugar al mismo resultado que éste o a otro también injustificadamente perjudicial al deudor; y, por otra, la de la validez de posibles convenios que, no obstante su apariencia dudosa o semejanza con el comisorio, no entrañan el riesgo que se pretende evitar. Pues bien, dada la variedad de formas que pueden revestir tales acuerdos, no puede darse un criterio general que sirva para resolver todos estos casos, debiendo resolverse cada uno en base a sus concretas circunstancias concurrentes. Debiendo, eso sí, atender a la naturaleza de garantía que ostenta el derecho real de prenda y al motivo o la razón de la prohibición del pacto comisorio (evitar un enriquecimiento injusto del acreedor).

En el presente caso se pacta que la realización de la prenda no se hará a través de los procedimientos legalmente establecidos (el judicial regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil o el extrajudicial previsto en el artículo 1872 del Código Civil -enajenación ante Notario- y, cuando la prenda recaer sobre valores cotizables, el extrajudicial previsto en el artículo 323 del Código de Comercio -enajenación en Bolsa-al que se remite el párrafo segundo del artículo 1.872 del Código Civil). Con alejamiento de estos procedimientos, se conviene que, tras la valoración de la prenda por un tercero (don Gabriel), el acreedor pueda optar por hacer suya apropiándose la prenda. Y, aunque no se trate de un puro y estricto pacto comisorio, si es un acuerdo asimilable, con el que se logra la misma finalidad y al que debe extenderse la sanción de nulidad de pacto comisorio. Y son circunstancias concurrentes en el presente caso que aconsejan la extensión de la sanción de nulidad el que esta tercera persona que debería hacer la valoración de la prenda previa a su apropiación por el acreedor sea una persona de su confianza con el que ha mantenido una relación de dependencia laboral. Y sin que ello puede desvirtuado por las relaciones comerciales que el señor Pozas ha mantenido con los demandados. En consecuencia procede revocar el tercero de los pronunciamientos de la sentencia apelada ("Declarar y declaro que el actor, conocida la valoración de esas acciones pueda ejercitar el derecho de opción que el contrato le reconoce, entre, aceptar la transmisión -sin perjuicio de motivos de oposición que no han podido ser objeto de resolución en los presentes autos al tratarse de una mera probabilidad- o seguir con el préstamo por un nuevo plazo"). Pero con la necesaria aclaración de la subsistencia de la prenda, plenamente válida y eficaz, y la posibilidad que tiene el acreedor de acudir a los procedimientos legalmente establecidos para realizar su valor.

SEXTO.- Las costas ocasionadas en la primera instancia deberán ser abonadas por cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad al estimarse parcialmente la demanda y no haber méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad (párrafo segundo del artículo 523 de la ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 de aplicación en base a la primera frase de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

II. Las costas ocasionadas en esta segunda instancia deberán ser abonadas por cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad al estimarse el recurso de apelación (número 2 del artículo 398 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil , de aplicación al presente recurso por mor de lo dispuesto en la segunda y última frase de su disposición transitoria segunda).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

III.- F A L L A M O S

Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por Grupo AZ 87 s.a. y el interpuesto por Grupo Almería Sol s.a. debemos revocar y revocamos la sentencia dictada el día 31 de diciembre de 2002 por el Magistrado-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número 53 de Madrid en el juicio declarativo de menor cuantía número 620/1998 del que esta apelación dimana y, en su lugar, estimando, parcialmente la demanda presentada por don Inocencio contra don Jose Francisco , Indalica de Gestión s.l., Grupo AZ 87 s.a. y Grupo Almería Sol s.a. debemos hacer y hacemos los siguientes pronunciamientos:

1º Declarar y declaramos vencido y no cancelado el contrato de préstamo concertado el 30 de enero de 1993 entre D. Inocencio como prestamista y D. Jose Francisco en su propio nombre y como legal representante de Indalica de Gestión S.L. por un importe de 38.175.550 pesetas en concepto de capital y otros 7.444.232 pesetas en concepto de intereses, en ambos casos ha de entenderse su equivalente en euros.

2º Requerir y requiero a todos los demandados a que en cumplimiento de la estipulación 3ª del contrato citado depositen en la persona de D. Gabriel las pólizas y los vendís de las acciones que posee D. Jose Francisco en Residencial Las Laderas y las acciones que poseen Grupo A 87 S.A. y Grupo Almería Sol S.A. en la Sociedad Grupo Daca S.A..



Se absuelve a los demandados de la tercera de las pretensiones deducidas en la demanda.

Las costas ocasionadas en la primera instancia deberían ser abonadas por cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Las costas ocasionadas en esta apelación deberán ser abonadas por cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Al notificarse esta sentencia indíquesele a las partes que contra la misma podrá interponerse recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, de los que conocerá la Sala Primera del tribunal Supremo, los cuales deberán prepararse presentado un escrito ante esta sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Madrid, dentro del plazo de 5 días computados desde el siguiente a aquél en el que se le notifique esta resolución.

De no presentarse, en el plazo de los días, escrito preparatorio del recurso de casación o extraordinario por infracción procesal, por alguna de las partes litigantes, la presente sentencia deviene firme y se devolverán los autos originales, con certificación de esta sentencia, al Juzgado de Primera Instancia número 53 de Madrid, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.