



Roj: **STS 6489/2003 - ECLI:ES:TS:2003:6489**

Id Cendoj: **28079110012003102493**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/10/2003**

Nº de Recurso: **4390/1997**

Nº de Resolución: **957/2003**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **JOSE MANUEL MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Octubre de dos mil tres.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 21 de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 28 de octubre de 1997, como consecuencia del juicio declarativo de menor cuantía seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Madrid sobre cumplimiento de obligación contrato mercantil, cuyo recurso fue interpuesto por el BANCO DE SANTANDER S.A., representado por el Procurador, D. Cesáreo Hidalgo Senén, siendo parte recurrida la entidad G&W Financial Engineering Rotterdam Services B.V., representada por el Procurador, D. Santos de Gandarillas Carmona.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Madrid, la entidad G&W Financial Engineering Rotterdam Services B.V. promovió demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra el Banco de Santander S.A. sobre cumplimiento de obligación contrato mercantil en la que, tras alegar los hechos y fundamentos que tuvo por conveniente, terminó suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: "Que, con estimación íntegra de la demanda, se declare que G&W Financial Engineering Rotterdam Services, B.V. ha cumplido con la obligación establecida en el contrato de préstamo mercantil de 02.08.93 y en el documento adicional de igual fecha objeto de esta litis, habiendo complementado, en tiempo y forma las garantías de dicho préstamo debiendo el Banco de Santander S.A. estar y pasar por dicha declaración.- Se condene expresamente al Banco de Santander S.A. al pago de las costas del presente litigio".

Admitida a trámite la demanda y comparecido el demandado, su defensa y representación legal la contestó, oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos jurídicos que tuvo por conveniente, y terminó suplicando se dictase sentencia por la que "se desestime íntegramente las pretensiones articuladas en la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora".

Las partes evacuaron los traslados que para réplica y dúplica les fueron conferidos, insistiendo en los hechos, fundamentos de derecho y súplica de sus escritos de demanda y contestación. Recibido el pleito a prueba, se practicó la que, propuesta por las partes, fue declarada pertinente. Unidas a los autos las pruebas practicadas, se entregaron los mismos a las partes para conclusiones.

Por el Juzgado se dictó sentencia con fecha 13 de junio de 1995, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO: Estimando en parte la demanda interpuesta por el Procurador Santos Gandarilla Carmona, en nombre y representación de G&W Financial Engineering Rotterdam Services BV, contra Banco de Santander, debo declarar y declaro que la entidad actora ha ofrecido e intentado cumplir las garantías pignoratias presuntamente idóneas y suficientes en la prestación establecida a su cargo en el contrato de préstamo mercantil del dos de agosto de 1993 y en el documento adicional de igual fecha, en tiempo y forma; y sin que fueran constituidas tales garantías pignoratias al ser rechazada la oferta por la entidad bancaria demandada.



Absolviendo a ésta del resto de la parte del pedimento articulado en la demanda. Abonando cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido y, sustanciada la alzada, la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia en fecha 28 de octubre de 1997, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Banco de Santander debemos de confirmar y confirmamos la sentencia dictada el día 13 de junio de 1995 por el Magistrado Juez titular del Juzgado de 1ª Instancia nº 38 de Madrid en el juicio de mayor cuantía nº 171/1994 del que la presente apelación dimana y cuya parte dispositiva se transcribe en el primer antecedente de hecho de la presente y se da aquí por reproducida.- Se imponen las costas ocasionadas en esta apelación a la parte apelante."

TERCERO.- Por el Procurador de los Tribunales, D. Cesáreo Hidalgo Senén, en nombre y representación del BANCO DE SANTANDER S.A., se formalizó recurso de casación que fundó en los siguientes motivos: Primero.- Al amparo del art. 1692,3º LEC. denuncia el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio con resultado de indefensión, con infracción de los arts. 565, 566 y 506, este último en relación con el art. 504, todos ellos de la LEC. Segundo.- Por el cauce del art. 1692,3º LEC., se denuncia la infracción de las normas reguladoras de la sentencia y, en particular, del art. 24 de la C.E. y del art. 359 LEC., por incongruencia de la sentencia recurrida. Tercero.- Con apoyo procesal en el art. 1692,4º LEC., por infracción de las normas de hermenéutica contractual por no aplicación del art. 57 del Código de Comercio, en relación con los arts. 1283, en conexión con el 1282 del C.c.; y con el art. 1284 también del C.c.; y por ser irracional e ilógica la interpretación de la cláusula 3ª del "documento adicional" a la "póliza de préstamo" de 2/8/93 realizada por la Audiencia en la sentencia recurrida. Cuarto.- Al amparo del art. 1692,4º LEC., por infracción, por inaplicación, del art. 1167 del C.c. Quinto.- Por el cauce del art. 1692,4º LEC., por infracción, por inaplicación, del art. 1132,1º del C.c. y de la doctrina jurisprudencial de esta Sala 1ª citada en el motivo. Sexto.- Con base en el art. 1692,4º LEC. se denuncia la infracción, por no aplicación, de los arts. 1857,3º del C.c. en conexión con el art. 1858 del mismo Cuerpo legal.

CUARTO.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido para impugnación, la representación de la parte recurrida, presentó escrito con oposición al mismo.

QUINTO.- No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 6 de octubre y hora de las 10,30, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JOSÉ MANUEL MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de casación interpuesto por la representación y defensa del Banco de Santander S.A. contra la sentencia, dictada en apelación por la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de octubre de 1997, se articula en seis motivos de casación y se abre por uno, que amparado en el art. 1692,3º LEC., denuncia quebrantamiento de las formalidades del juicio con resultado de indefensión, ya que la sentencia recurrida ha fundado su fallo en determinados documentos procesalmente inadmisibles con infracción de los artículos 565, 566 y 506 -este último en relación con el art. 504- y todos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se aduce asimismo en el motivo que la actora acompañó determinados documentos en su escrito de conclusiones, fechados en un momento muy anterior a la finalización del término para la proposición de prueba, inadmisibles y que no debieron tenerse en cuenta en la sentencia. Se añade igualmente, que tales documentos resultaban impertinentes y además no encontraban acogida en ninguno de los supuestos del art. 506 LEC. Si bien la sentencia del Juzgado no se basó en ellos para fundamentar su fallo, la de la Audiencia, ahora recurrida en casación, los consideró decisivos para la desestimación de la apelación interpuesta contra la resolución de primer grado.

La hoy recurrente, si bien contestó al traslado de tales documentos, que se hacía en la Propuesta de Providencia de 5 de diciembre de 1994, por tres días respecto de los documentos presentados por la actora, de conformidad con el art. 508 de la LEC. y para que hiciera las alegaciones que estimara convenientes, mediante escrito presentado el 14 de diciembre de tal año, contra el proveído de 15 de diciembre de 1994, que acordó unir a los autos los documentos presentados por el actor, no formuló recurso alguno. Tales documentos presentados con el resumen de pruebas de la actora no fueron impugnados, ya que no se interpuso recurso de reposición contra dicho proveído y en el escrito de conclusiones del Banco de Santander S.A., presentado el 19 de enero de 1995 no se hacía referencia alguna, ni aparecía impugnación alguna. Tampoco en el recurso de apelación hizo ninguna referencia a tal cuestión, ni siquiera en el acto de la vista. En resumen, que el motivo tiene que parecer inexcusablemente, porque pretende ignorar lo prescrito por el art. 1693 LEC., en la redacción operada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, que requiere, en caso de infracción de las normas relativas a los actos y



garantías procesales que produzcan indefensión, "que se haya pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia en que se hubiere cometido y que, de haberlo sido en la primera instancia, se reproduzca en la segunda, con la salvedad, en cuanto a las faltas cometidas en segunda instancia, de que fuere ya imposible la reclamación".

La jurisprudencia de esta Sala ha proclamado que para la estimación de un motivo que aduce infracción del art. 701 LEC. es preciso que en la segunda instancia se hubiere solicitado la subsanación de la falta - sentencias de 23 de marzo, 29 de abril, 28 de mayo, 17 de julio y 17 de septiembre de 1992-. La denuncia requiere la petición de subsanación y el agotamiento de las vías del recurso, como recoge, entre otras muchas, la sentencia de 22 de marzo de 1993, no pudiendo alegar indefensión quien no utilizó los recursos legales - sentencia de 20 de abril de 1993-. Mas recientemente esta Sala ha vuelto a reiterar que el art. 1693 exige que en su momento se hayan agotado las vías de los recursos ordinarios - sentencias de 23 de julio y 21 y 24 de septiembre de 1998, 3 y 10 de diciembre de 1999, 24 de febrero y 29 de diciembre de 2000, 13 de julio de 2001, 8 de noviembre de 2002 y 5 y 27 de junio y 21 de julio de 2003-. El motivo parece inexcusablemente por ello.

SEGUNDO.- El segundo motivo del recurso, también acogido al cauce casacional del art. 1692,3º LEC., denuncia infracción del art. 24 de la Constitución Española y del art. 359 de la LEC. por incongruencia de la sentencia recurrida. Se añade en el motivo, que una de las cuestiones suscitadas por las partes en sus escritos expositivos consistía en determinar, si en relación al Pacto tercero del Documento Adicional de la Póliza de Préstamo de 2 de agosto de 1993, la garantía complementaria ofrecida por la actora de pignoración de acciones de sociedades no cotizadas en ningún mercado oficial podía considerarse o no idónea a tenor de los acuerdos de las partes.

El motivo decae igualmente. La demanda interpuesta por G&W Financial Engineering Rotterdam Services BV. postulaba que "con estimación íntegra de la demanda, se declare que G&W Financial Engineering Rotterdam Services, B.V. ha cumplido con la obligación establecida en el contrato de préstamo mercantil de 02.08.93 y en el documento adicional de igual fecha objeto de esta litis, habiendo complementado, en tiempo y forma las garantías de dicho préstamo debiendo el Banco de Santander S.A. estar y pasar por dicha declaración.- Se condene expresamente al Banco de Santander S.A. al pago de las costas del presente litigio".

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Madrid de 13 de junio de 1995 recogió en su fallo: "Estimando en parte la demanda interpuesta por el Procurador Santos Gandarilla Carmona, en nombre y representación de G&W Financial Engineering Rotterdam Services BV, contra Banco de Santander, debo declarar y declaro que la entidad actora ha ofrecido e intentado cumplir las garantías pignoraticias presuntamente idóneas y suficientes en la prestación establecida a su cargo en el contrato de préstamo mercantil del dos de agosto de 1993 y en el documento adicional de igual fecha, en tiempo y forma; y sin que fueran constituidas tales garantías pignoraticias al ser rechazada la oferta por la entidad bancaria demandada. Absolviendo a ésta del resto de la parte del pedimento articulado en la demanda. Abonando cada parte las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad."

En definitiva, lo solicitado en el escrito inicial era, ni más ni menos, que la actora había cumplido su obligación de completar la garantía prevista en la Disposición Adicional del contrato y el fallo recoge que ha ofrecido e intentado cumplir tales garantías y sin ser constituidas, al ser rechazadas por la entidad bancaria demandada.

Da respuesta el fallo y estima parcialmente el petitum de la demanda, porque, en definitiva, acredita y estima que la actora ha ofrecido tal cumplimiento y si no ha tenido lugar es por oponerse la parte adversa. Tal declaración supone una respuesta congruente a la solicitud del escrito inicial.

Por si ello no fuera ya suficiente, la sentencia de apelación de la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de octubre de 1997, no sólo desestima el recurso interpuesto por el Banco de Santander, sino que en el fundamento jurídico tercero y a partir de su segundo párrafo hace un estudio para rechazar que el fallo de primer grado sea incongruente partiendo de un examen de la totalidad de la demanda y del ejercicio de una acción declarativa y recoge que el fallo no se ha salido de los parámetros del proceso.-

El rechazo del pretendido vicio procesal de incongruencia se fundamenta en que el fallo se ha basado en las peticiones de las partes sobre si las garantías de la prenda debieron referirse o no a valores cotizados en mercado oficial y ha concluido que la actora ha ofrecido garantías idóneas y no llegándose a realizar la prenda por la postura negativa de la demandada. El motivo parece igualmente.

TERCERO.- El correlativo, acogido a la vía casacional del nº 4º del art. 1692 LEC., denuncia la infracción de las normas de hermenéutica contractual por no aplicación del art. 57 del Código de Comercio, en relación con el art. 1283, en conexión con los artículos 1282 y 1284 del Código civil y por irracional e ilógica la interpretación de la cláusula tercera del documento adicional realizada por la Audiencia. Si bien reconoce, como no puede menos el motivo, que la interpretación de los contratos compete en primer lugar a los tribunales de instancia,



cuyo criterio ha de prevalecer a menos que se demuestre que sea ilógica o absurda - sentencias de 17 de marzo y 23 de mayo de 1983- o que sus conclusiones choquen con la más elemental lógica, racionalidad, proporcionalidad de las cosas o supongan perpetración de ilegalidades o lleguen a hacer de la arbitrariedad el abuso o la ignorancia profesional, justicia decisoria en las contiendas litigiosas - sentencia de 11 de febrero de 1993- y más recientemente en la de 31 de diciembre de 1998, así como en las en ella citadas, y en la de 3 de noviembre de 2000, entre otras muchas, pretende hacer prevalecer su interpretación. El motivo parte de estimar disparatada y contraria a la lógica la hermenéutica de la cláusula 3ª del documento adicional.

La recurrente moteja de disparatada e ilógica la interpretación de la cláusula tercera del documento adicional, porque no exigía que la garantía pignoratícia hubiera de ser constitutivamente valores cotizados en mercado oficial. Pero hay que proclamar paladinamente, que el contrato en cuestión no exigía que tal garantía pignoratícia precisara inexcusablemente de valores cotizados en mercado oficial. Que ello es así destaca de la profusa prueba documental y de los propios escritos de las partes. El escrito de contestación a la demanda del Banco de Santander no hacía referencia alguna a que la obligación de la actora consistiera en acciones cotizadas en mercado oficial, sino que puso el acento en que la prestación consistía en constituir garantías complementarias".

Tanto el auto del Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Madrid de 1 de marzo de 1994 como el de 17 de noviembre de 1995 de la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Madrid, mantuvieron la hermenéutica de que la cláusula tercera de dicho documento no requiere que la prenda tenga por objeto acciones cotizadas en un mercado oficial y ello encontraba apoyo, igualmente, en el dato de que la garantía inicialmente constituida no aparecía formada en su totalidad por valores cotizados en mercado oficial puesto que una parte era un crédito. Así resulta del documento 8 de los acompañados con la demanda que se constituyó mediante póliza suscrita el 2 de agosto de 1993, garantía por importe de 207.500.000 pesetas del valor de reembolso de las participaciones en el "Santander divisas", fondo de inversión en activos de mercado monetario. Cantidad que había de concretarse en el crédito frente a la Sociedad Gestora del Fondo en la cuantía del valor de reembolso que resultara conforme a lo previsto en el artículo 42,2 del Reglamento de Instituciones de Inversión Colectiva -Real Decreto 1393/1990, de 2 de noviembre-.

Con acierto la sentencia recurrida, con apoyo en que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de un contratante, que el contrato de prenda es bilateral y requiere el consentimiento de ambos contratantes y que en el mismo se pactó la posibilidad de conceder el prestatario el poder complementar las garantías pignoratícias hasta el 210% del valor del préstamo, evitando con ello el vencimiento anticipado, lo que encuentra su fundamento y apoyo, no sólo en las declaraciones de la hoy recurrente en sus escritos en la primera instancia del pleito y en la vista de la apelación, sino en los propios actos del Banco recurrente que, como recoge la sentencia a quo, no admitió negociación alguna sobre las garantías ofrecidas y actuó con innecesaria celeridad en los requerimientos al prestatario y cuya conducta se aprecia por ello en la resolución recurrida.

El motivo peca por ello inexcusablemente.

CUARTO.- Por el mismo cauce casacional que el precedente, denuncia el motivo correlativo la inaplicación del art. 1167 del Código Civil. Parte para ello de que el Documento Adicional impuso a cargo del prestatario la obligación genérica de completar las garantías prestadas a requerimiento del Banco, en el supuesto que se produjo en febrero de 1994 y entiende por ello que las partes quisieron incluir e incluyeron valores admitidos a cotización en el mercado oficialmente reconocido. Añade que entre el ofrecimiento de pignoración de las acciones de dos sociedades **mejicanas** infracapitalizadas y con unos terrenos de valoración insegura en Chac-Habol y la posible exigencia de la pignoración de más acciones de Banesto o de participaciones en algún otro seguro y rentable fondo de inversión gestionado por el Banco de Santander, requerir la pignoración de activos simplemente con un valor de mercado oficialmente reconocido, se atenía rigurosamente al tenor del citado artículo 1167 del Código Civil.

Con independencia de que la recurrente plantea una cuestión nueva, no discutida en la instancia, pues se trató de la obligación del prestatario de completar las garantías mediante unas cosas muebles cuyo género constaba en el contrato, el motivo no puede ser acogido. El artículo 1167 hace referencia a una obligación que tiene por objeto una cosa genérica, pero sin determinación de su calidad, ni de sus circunstancias. En resumen, hace referencia a prestación de cosa determinada por su género, lo que no acontece en este caso. Los pactos se referían al ofrecimiento de una garantía pignoratícia, pero sin precisar el género de cosa mueble sobre la que tenía que recaer la prenda.

Por otra parte, ya la sentencia recurrida declaró que no son equiparables las relaciones contractuales entre prestamista y prestatario y la adopción de una medida cautelar que se rige por normas procesales como las contenidas en el art. 1428 LEC.



La propia recurrente reconoció que las garantías contractuales complementarias cumplen una finalidad distinta de las garantías exigidas por el Juzgado para la efectividad de las medidas cautelares pedidas por la actora. Y, asimismo, la buena calidad de las acciones ofrecidas en prenda por el prestatario es reconocida por el Juzgado en su auto de 10 de marzo de 1994 y en la propia sentencia.

Por todas las razones señaladas, el motivo decae inexcusablemente.

QUINTO.- Por el mismo cauce casacional que el precedente el motivo denuncia infracción por inaplicación del art. 1132,1º del Código Civil, norma aplicable por analogía, según la jurisprudencia de esta Sala para las obligaciones genéricas -sentencias de 18 de diciembre de 1958, 25 de mayo de 1972, 30 de octubre de 1983, 21 de noviembre de 1987 y 9 de enero de 1995- que establece que el cumplimiento de un contrato no queda al arbitrio de uno de los contratantes, ni si se infringe el art. 1256 del Código Civil cuando dicho contratante se limita a ejercitar un derecho potestativo incluido en el contrato.

Entiende el motivo que, producido el requerimiento autorizado por la cláusula 3ª del Documento Adicional, el prestatario venía obligado a complementar las garantías prestadas en la medida necesaria a juicio del Banco -se subraya para que se perciba más la interpretación pretendida- para que la cobertura no fuese inferior al 210% del monto total del préstamo pendiente. La atribución de tal facultad al Banco resulta autorizada por el art. 1132,1 y resulta aplicable por analogía a las obligaciones genéricas y cuando una parte ejercita un derecho potestativo no se infringe el art. 1256 del Código Civil.

Vuelve a reiterar el motivo que el rechazo de las acciones que se pretendía pignorar encuentra su respaldo en el tenor de la estipulación contractual. El Banco tenía reconocida una facultad de elección contractualmente.

Tal es en síntesis el motivo, que tiene que perecer. En primer lugar, porque la aplicación del art. 1132,1 del Código Civil exige una obligación alternativa que se encuentra ausente en este caso. El motivo aduce asimismo una cuestión nueva, repudiable en casación, pero además es carente de fuerza suasoria, porque lo que se acordó entre las partes fue ni más ni menos que "cumplimentar las garantías pignoraticias en la medida necesaria a juicio del Banco para que la cobertura pignoraticia a favor de éste no fuera inferior al 210% del total de las cantidades adeudadas en razón del préstamo". Al faltar unas determinadas y específicas prestaciones, la obligación del prestatario no puede calificarse de alternativa. Tal obligación alternativa es la determinada por varias prestaciones en la obligación, pero en lo que la relación jurídica entre acreedor y deudor recae sobre una sola de ellas, que será la que se concrete e individualice mediante la llamada concentración. Pero, además, en estas obligaciones alternativas, las prestaciones previstas son específicas y determinadas individualmente, lo que las distingue de las genéricas. En el supuesto litigioso, no se pactaron prestaciones específicas y tampoco individualmente determinadas, sino que aparecía sólo determinado el género sobre el que debía establecerse la prenda. Ello, sin contar que la doctrina jurisprudencial citada en el desarrollo del motivo no es correcta en su cita, al no coincidir las fechas de las sentencias aducidas con la R.J. añadida a continuación, al punto que la sentencia de 18 de diciembre de 1958 con R.J. 4205/58 no es de tal fecha sino de 20 de diciembre y ello, con independencia de que se refiera a tema de retracto, e igual acaece con la R.J. 3020/72, que no tiene fecha de 25 de mayo de 1972, sino de 29 de abril y la de tal fecha se refiere a arrendamiento urbano. Tampoco la de 30 de octubre de 1983 (RJ 5846/1988) tiene nada que ver con el tema debatido. Ello se añade a mayor abundamiento y ya desde la desestimación y pericamiento del motivo.

SEXTO.- El motivo postrero, por el mismo cauce del art. 1692,4º LEC. denuncia infracción por inaplicación del artículo 1857,3º, en conexión con el art. 1858, ambos del Código Civil que establecen para la validez de la prenda la libre disponibilidad y enajenabilidad de la cosa pignorada, cualidades que no concurrían en las acciones cuya pignoración fue ofrecida por el prestatario. Las acciones de las dos sociedades **mejicanas** ofrecidas en prenda no reunían dicho requisito: 1º) Por figurar en los estatutos una prohibición de enajenación a extranjeros de más del 49% del capital, cuya modificación no se elevó a escritura pública hasta después de presentada la demanda. 2º) Los estatutos de estas sociedades **mejicanas** contenían una estipulación recogida en la sentencia que limitaba su disponibilidad.

El motivo tiene que perecer, porque la totalidad de las acciones de las Sociedades "Quiroo S.A. de C.V." y "Quiroocan S.A. de C.V." pertenecían a la entidad que las ofreció en prenda al Banco de Santander y fueron rechazadas por éste sin conocer sus características y así la sentencia a quo en su fundamento de derecho 7º expresa que cuando el prestatario hizo el ofrecimiento al Banco prestamista, el 10% de las acciones de las dos Sociedades **mejicanas** pertenecían a Promotora Calibú -15 de febrero de 1994-. Ello, con independencia de que el 17 de febrero de 1994, el Banco de Santander rechaza la prenda ofrecida sin justificación alguna: "El Banco de Santander S.A. contesta a la Sociedad holandesa prestataria que la prenda ofrecida sobre acciones de sociedades que ignoramos si tienen un valor de mercado oficialmente reconocido, no resulta aceptable a juicio del Banco", lo que supone un evidente rechazo sin justificación y no conocía, según a resolución a quo, las eventuales limitaciones estatutarias de las acciones ofrecidas.



A todo ello debe unirse la libre disposición de sus bienes por Promotora Calibú S.A. entidad extraña a la obligación principal, que se presenta como pagadora real y que no se ha aprobado la no disponibilidad. Pero como las acciones ofrecidas en prenda podían enajenarse libremente a mejicanos y no mejicanos al vencimiento de la obligación y aquí se produce el error del recurso. La prohibición que figura en los estatutos de enajenación a extranjeros de más del 49% y cuya modificación no se elevó a escritura pública hasta después de presentada la demanda. Porque tal prohibición -como se recoge en el fundamento jurídico 7º de la recurrida- fue suprimida por acuerdo de la Asamblea General de 26 de diciembre de 1988 y que alcanzó efecto inmediato pues el mismo día vendieron el 100% de cada una de ellas a la Promotora Calibú S.A. No requiere el art. 1858 C.c. que la fecha en que puede enajenarse la cosa dada en prenda sea antes del día de la presentación de la demanda, como pretende el recurrente en su escrito, sino del día de vencimiento de la obligación principal, que no se produjo hasta el 1º de agosto de 1996. Por ello y al constar que la Sociedad que se ofreció garante real, tenía la libre disposición de sus bienes, eliminada la prohibición estatutaria de los extranjeros por acuerdo de la Asamblea General Extraordinaria de cada una de las Sociedades y el momento de apreciar la enajenabilidad de la casa es el del vencimiento de la obligación y no el de la constitución.

El motivo perece.

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

### FALLAMOS

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don Cesáreo Hidalgo Senén, en nombre y representación procesal del BANCO DE SANTANDER S.A., frente a la sentencia pronunciada por la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de octubre de 1997 en autos de juicio declarativo de mayor cuantía tramitados en el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Madrid (nº171/1994) condenando a la parte recurrente al pago de las costas ocasionadas en este recurso y a la pérdida del depósito constituido. Y en su tiempo, comuníquese esta resolución a la citada Audiencia con devolución a la misma de los autos y rollo de Sala en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- ALFONSO VILLAGOMEZ RODIL.- LUIS MARTINEZ-CALCERRADA Y GOMEZ.- JOSE MANUEL MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ.- Firmado y Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, 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.