



Roj: STS 278/2012  
Id Cendoj: 28079110012012100027  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 1660/2008  
Nº de Resolución: 34/2012  
Procedimiento: CIVIL  
Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ  
Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Enero de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados los recursos por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de la misma ciudad, cuyos recursos fueron preparados ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personaron en concepto de parte recurrente la Procuradora doña Consuelo Rodríguez Chacón, en nombre y representación de la entidad mercantil RESIDENCIAL EL RACÓ, S.A; siendo partes recurridas el Procurador D. Manuel Márquez de Prado Navas, en nombre y representación de DON Candido y otros y el Procurador D. Gabriel María de Diego Quevedo, en nombre y representación de la entidad mercantil ECOVI, S.A.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- 1.- La Procuradora doña Consuelo Rodríguez Chacón, en nombre y representación de la entidad mercantil RESIDENCIAL EL RACÓ, S.A interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Candido D. Edemiro , D. Eulogio y Ecovi S.A. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que: A) *Se declare la nulidad del contrato de compraventa con pacto de retro, otorgado en escritura pública de 14 de enero de 1993 ante D. Gonzalo Franco Vázquez, Notario del Ilustre Colegio de Madrid, nº de, su protocolo 89 volviéndose las cosas al estado en que se encontraban antes de su celebración, por constituir un contrato simulado, siendo su verdadera causa y naturaleza jurídica la de préstamo, y por tanto como consecuencia inevitable se reconozca la titularidad de mi mandante respecto de los bienes objeto del mismo y declarándose la mala fe de los sucesivos adquirentes de los bienes objeto del contrato anteriormente mencionado, se restituya a mi mandante en la posesión de los mismos, cancelando las inscripciones llevadas a cabo en el Registro de la Propiedad desde el contrato cuya nulidad se suplica incluido el mismo, y procediendo a la inscripción de la sentencia que se dicte en que se reconozca la titularidad de mi mandante.* B) *Que subsidiariamente y para el caso de no accederse a la anterior petición, se declare que el contrato anteriormente descrito constituye una fiducia cum creditore, y por tanto un contrato de préstamo con garantía real, pudiendo mediante el pago de las cantidades que tras el correspondiente período probatorio se consideran adeudadas al prestamista comprador, reintegrarse mi mandante en la titularidad y posesión de los bienes en los términos descritos en la petición* C) *Que en el caso de no ser posible restituir en cualquiera de los casos a mi mandante en la posesión de los bienes, se indemnice al mismo en el valor de los mismos o subsidiariamente caso de entenderse el negocio como fiduciario, se indemnice a mi mandante en el valor de dichos inmuebles descontando el de las cantidades que tras el correspondiente período probatorio se consideraran adeudadas al prestamista-comprador objeto del contrato nulo.* D) *Se condene a los demandados a satisfacer las costas que se devenguen en el presente pleito.*

2.- La Procuradora Dª Mª ROSARIO VILLANUEVA CAMUÑAS, en nombre y representación de "ECOVI, S.A", contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que 1º.- *Estime la excepción de caducidad de la acción de nulidad ejercitada por "Residencial El Racó, S.A.", sin necesidad de entrar en el fondo del asunto.* 2º.- *Subsidiariamente, para el supuesto de no estimar la excepción indicada, decrete no haber lugar a lo*

solicitado en la demanda respecto a ECOVI, S.A. absolviendo a mi representada de todos sus pedimentos. 3º.- Impongan en todo caso a la parte actora el pago de las costas causadas en el juicio, con expresa declaración de temeridad y mala fe.

3.- El Procurador D. Luis Alfaro Rodríguez, en nombre y representación de D. Candido , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestimen las pretensiones de la demandante declarando no haber lugar a la nulidad del contrato ni a su consideración como contrato de préstamo ni al pago de indemnización alguna, condenándola al pago de las costas causadas.

4.- El Procurador D. Manuel Marquez de Prado Navas, en nombre y representación de D. Eulogio y D. Edemiro , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia declarando no haber lugar a la demanda frente a D. Eulogio y desestimándola, absuelva al mismo de ella, resuelva sobre las costas y todo lo demás que sea procedente.

5.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Madrid, dictó sentencia con fecha 13 de junio de 2006 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** Que desestimando la demanda interpuesta por Residencial El Racó S.A. contra D. Candido D. Edemiro , D. Eulogio y Ecovi S.A.: 1.- Debo absolver y absuelvo a dichos demandados de los pedimentos formulados contra los mismos. 2.- Debo condenar y condeno a la parte actora al pago de las costas causadas.

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de RESIDENCIAL EL RACÓ, S.A., la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 20 de mayo de 2008 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:** Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por Residencial El Racó, S.A., representada por la Procuradora doña María Consuelo Rodríguez Chacón, contra la sentencia dictada en fecha 13 de junio de 2006 por el Juzgado de Primera Instancia número 15 de los de Madrid (juicio ordinario 559/02) debemos revocar como revocamos en parte dicha resolución para, estimando parcialmente la demanda interpuesta por Residencial El Racó, S.A., contra D. Candido y desestimándola en cuanto dirigida contra D. Edemiro , D. Eulogio y Ecovi, S.A., declarar como declaramos: a) que la escritura pública de compraventa celebrada el 14 de enero de 1993 por Residencial El Racó, S.A. y D. Candido , es absolutamente nula como tal compraventa, al igual que el pacto de retroventa, pero válida por lo que respecta al negocio de transmisión formal de la propiedad de las fincas en garantía de la devolución de los préstamos realizados por el segundo a la primera; b) que la deuda garantizada con tales fincas ascendía, a fecha 14 de enero de 1994, incluidos los intereses calculados hasta esa fecha, a 73.300.000 pesetas; c) que las fincas sucesivamente adquiridas por los codemandados D. Edemiro , D. Eulogio y Ecovi, S.A., lo fueron de buena fe y gozaron y gozan, respectivamente, de la protección de los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y, por tanto, Ecovi, S.A., actual titular registral y propietaria, ha de ser mantenida en su adquisición; d) que no procede fijar indemnización alguna a cargo de D. Candido y a favor de Residencial El Racó, S.A., como consecuencia de la nulidad de la compraventa y del pacto de retro y validez del negocio de transmisión formal de la propiedad de las fincas en garantía de la devolución de los préstamos realizados por D. Candido a Residencial El Racó, S.A., al no constar que el valor de mercado de las fincas a la fecha en que debía haber devuelto los 73.300.000 de pesetas -14 de enero de 1994- era superior a esta deuda, que quedó saldada; y absolver como absolvemos a los codemandados D. Edemiro , D. Eulogio y Ecovi, S.A., de las pretensiones deducidas en su contra en la demanda. No procede hacer expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia a D. Candido . Se condena a la actora al pago de las costas causadas en la primera instancia a los tres codemandados absueltos. No se hace expresa imposición de las costas causadas en esta alzada.

**TERCERO** .- 1 .- La Procuradora doña Consuelo Rodríguez Chacón, en nombre y representación de la entidad mercantil RESIDENCIAL EL RACÓ, S.A, interpuso recursos por infracción procesal y de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DEL RECURSO POR INFRACCION PROCESAL: PRIMERO** .- Infracción de las normas reguladoras de la sentencia, artículo 469.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se alega infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . **SEGUNDO** .- Infracción de los artículos 317 , 319 , 324 y 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 335 y 348 de la misma ley y aplicación de lo dispuesto en los artículos 301 , 302 , 308 , 309 y 316 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . **MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACION: PRIMERO** .- Interés casacional por vulneración de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo acerca del llamado "pacto comisorio". **SEGUNDO** .- Vulneración de la

Ley de represión de la usura, de 23 de julio de 1908. **TERCERO** .- Inexistencia de buena fe en la actuación de los codemandados. No es de aplicación el artículo 34 de la Ley Hipotecaria .

2 .- Por Auto de fecha 10 de noviembre de 2009, se acordó admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido, el Procurador D. Manuel Márquez de Prado Navas, en nombre y representación de DON Candido y otros y el Procurador D. Gabriel María de Diego Quevedo, en nombre y representación de la entidad mercantil ECOVI, S.A., presentaron sendos escritos de impugnación a los recursos interpuestos.

4. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 18 de enero del 2012, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** .- La acción ejercitada en la demanda formulada por RESIDENCIAL EL RACÓ, S.A, ( actual recurrente ante esta Sala) tiene por objeto esencial, como primer elemento del suplico, la declaración de nulidad del contrato de compraventa de 14 de enero de 1993, de una serie de fincas urbanas, (38 en total) en suelo urbanizable programado, por razón de simulación relativa que disimula el verdadero contrato de préstamo con pacto comisorio. Se traen a colación una serie de documentos y reconocimientos de deuda, que no son objeto de la acción ejercitada y no se plantea la realidad y la cuantía de la cantidad debida, tanto más cuanto no ha habido reconvencción por las partes demandadas.

En dicho contrato de 14 de enero de 1993, RESIDENCIAL EL RACÓ, S.A, vende las fincas por el precio de cincuenta millones de pesetas y se añade el siguiente pacto de retro:

*" La parte vendedora se reserva el derecho de retraer las fincas vendidas durante el plazo de un año a contar desde hoy y la parte compradora se obliga a retrovenderlas a la indicada parte vendedora, o a quien su derecho represente, si en el término expresado le abona el precio de los cincuenta millones de pesetas, en el que están incluidos todos los gastos. "*

El contratante demandado, adquirente de las fincas, D. Candido las vendió a D. Edemiro , éste a D. Eulogio y finalmente, éste a ECOVI S.A. : todos ellos codemandados.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, por entender que concurren todos los elementos del contrato ( "... nos encontramos ante una auténtica escritura de compraventa con pacto de retro..." ) aunque reconoce que el comprador adquiere la propiedad de la cosa vendida "si no se le paga la deuda" ( sic ). Fue revocada por la Audiencia Provincial, Sección 14ª, de Madrid, cuya sentencia de 20 de mayo de 2008 , objeto de los presentes recursos, estimó la demanda en el sentido de declarar la nulidad de la compraventa y del pacto de retro y la validez de la transmisión formal de la propiedad de las fincas en garantía de la devolución del préstamo; fijó el *quantum* de la deuda garantizada y declaró que los demandados D. Edemiro , D. Eulogio y Ecovi S.A. fueron terceros de buena fe protegidos por la fe pública registral y les absolvió de la demanda. Esta sentencia declaró acreditado que la compraventa de 14 de enero de 1993 era un *contrato simulado que encubría un préstamo con pacto comisorio* y declaró asimismo que no había "ningún indicio de mala fe" en los demandados absueltos.

Frente a esta sentencia, la sociedad demandante ha formulado recursos por infracción procesal, en dos motivos y de casación, en tres motivos.

**SEGUNDO** .- El primero de los motivos del recurso por infracción procesal se formula al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 218 de la misma ley y denuncia tres extremos: la falta de exhaustividad, la falta de congruencia y la falta de motivación.

La exhaustividad de la sentencia y la motivación, cuya falta se denuncia y coinciden en su desarrollo en el escrito de recurso, se hallan sobradamente en la sentencia objeto del recurso, extensa, detallada y que plantea y resuelve los puntos esenciales de la acción ejercitada, evidenciando que el fallo es una decisión razonada en términos de derecho, con lo que hace posible el control jurisdiccional de la resolución por medio de los recursos, como dice la sentencia de Tribunal Constitucional 325/2003, de 11 de febrero , que recoge esta Sala en la de 1 de julio de 2011, pero no es preciso que sea pormenorizada, como dicen las sentencias

de 8 de octubre de 2009 y 17 de septiembre de 2010 , ni se exige la respuesta a cada uno los argumentos, como añaden las de 3 de noviembre de 2010 y 13 de mayo de 2011 .

Sin embargo, sí se debe aceptar la denuncia de falta de congruencia, en el sentido de incongruencia interna, que analiza y declara la sentencia de 14 de octubre de 2011 , entendiendo que se da una contradicción entre la fundamentación jurídica y el fallo o *contradicción entre los pronunciamientos de un fallo*, como advierten las sentencias de 18 de diciembre de 2003 y 15 de febrero de 2005 , caso insólito, como expone la de 23 de febrero de 2000 en que *se contradicen pronunciamientos del propio fallo*.

El fallo de la sentencia declara nulo el contrato de compraventa y el pacto de retroventa y declara válida la transmisión de la propiedad, por más que precise que es una transmisión formal en garantía y tanto más cuanto el adquirente transmitió las fincas a tercero y éste a otros más. Con lo cual, queda declarado nulo el título de transmisión y válida ésta: es un contrasentido, que integra la incongruencia interna. No cabe anular el título y mantener la transmisión. El adquirente carecía del título -compraventa- por el que adquiere y, sin embargo, adquiere; a su vez, el transmitente ve anulada la compraventa y, sin embargo, se declara válida la transmisión en virtud de la misma. No tiene sentido. Es una contradicción que evidencia una incongruencia interna.

**TERCERO** .- El segundo de los motivos del recurso por infracción procesal debe ser desestimado de plano. Se denuncia la infracción de los artículos la infracción de los artículos 317 , 319 , 324 y 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al amparo del artículo 469.1.2º de la misma ley y se combate la valoración de las pruebas documental, pericial e interrogatorio de las partes. Todo ello, en una serie de páginas -desarrollo del recurso- que no hacen otra cosa que revisar la prueba, oponerse a la valoración hecha en instancia y defender la propia conforme a sus intereses.

Lo cual no es función de esta Sala. Ha sido muy reiterada la jurisprudencia en el sentido de que no cabe y no se recoge en el artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la revisión de la prueba como motivo de infracción procesal, ya que esta Sala no constituye una tercera instancia, como dicen las sentencias de 25 de junio de 2010 , 14 de abril de 2011 , 5 de mayo de 2011 y 2 de junio de 2011 entre otras muchas, anteriores. Sólo sería posible una revisión de prueba en un caso excepcional, que no se da en el presente supuesto, por más que se citen sentencias en este sentido en el desarrollo del motivo, de que se haya producido una violación del artículo 24 de la Constitución Española como vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y se haya formulado un motivo al amparo del número 4º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . Así se expresa la sentencia de 4 de noviembre de 2011 :

*"La valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal por la existencia de un error patente o arbitrariedad o por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, al amparo del artículo 469. 1. 4.º LEC en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica, no supera conforme a la doctrina constitucional el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE ( SSTS 28 de noviembre de 2008 ; 30 de junio y 6 de noviembre de 2009 ; 26 de febrero y 1 de julio 2011 , entre otras). "*

Las sentencias de 15 de junio de 2009 , 2 de julio de 2009 , 7 de mayo de 2010 , 24 de junio de 2011 dicen, explícita y literalmente:

*" El artículo 469 de aquella ley enumera como numerus clausus los motivos en que puede fundarse el recurso por infracción procesal y ninguno de ellos se refiere a la valoración de la prueba; sólo en caso excepcional en que se diera una clara y hasta grosera desviación del resultado probatorio podría pensarse en vulneración del artículo 24 de la Constitución Española , que contempla el número cuatro de dicho artículo; pero nunca, como se pretende en este motivo, puede llevarse a este recurso el valorar de nuevo la prueba y tampoco nunca cabe mezclar el concepto de motivación de las sentencias con la valoración de la prueba practicada en la instancia "*.

En consecuencia, se estima el primero de los motivos, infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por incongruencia interna y no se estima el segundo. En definitiva, se estima el recurso, sin imposición de costas, conforme dispone el artículo 398.2 de la misma ley .

**CUARTO** .- Al estimarse un motivo del recurso por infracción procesal fundado en el artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , debe aplicarse la regla 7ª de la disposición final 16ª, que dispone que:

*Cuando se hubiese recurrido la sentencia por infracción procesal al amparo del motivo 2.º del apartado primero del artículo 469 la Sala, de estimar el recurso por ese motivo, dictará nueva sentencia, teniendo en*

*cuenta, en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación. Del mismo modo resolverá la Sala si se alegare y estimare producida una vulneración del artículo 24 de la Constitución que sólo afectase a la sentencia.*

Por lo cual, no procede entrar de forma pormenorizada en el recurso de casación, pero sí tenerlo en cuenta para resolver sobre el fondo. Así, no cabe tomar en cuenta lo que se expresa en los motivos segundo y tercero, porque aquél plantea una cuestión nueva, ajena a la *litis*, ya que en el largo escrito de la demanda no se menciona ni una sola vez la posible usura, cuyos presupuestos no se acreditan en la instancia, ni la ley que la reprime; y porque éste, al defender la existencia de mala fe en los codemandados absueltos de la demanda, no hace sino supuesto de la cuestión, es decir, contravenir lo declarado probado o no probado por la sentencia de instancia, supuesto fáctico que en el presente caso lo proclama expresamente. Supuesto de la cuestión que está vedado en casación, ya que esta Sala no constituye una tercera instancia, como en líneas anteriores se ha recordado. La jurisprudencia ha reiterado en innumerables sentencias la interdicción de hacer supuesto de la cuestión, como las de 2 de julio de 2009 , 25 de junio de 2010 , 13 de octubre de 2010 , 15 de abril de 2011 , 6 de octubre de 2011 y otras muchas. La primera de éstas lo resume así:

*"no cabe en casación hacer supuesto de la cuestión, es decir, partir de hechos distintos a los declarados probados o basarse en los que no ha declarado probados la sentencia de instancia".*

**QUINTO** .- El motivo del recurso de casación, el primero, sí hay que tomarlo en cuenta, pues merece ser estimado, aunque en el presente caso, más que estimarlo, se aprecia al asumir la instancia esta Sala por razón de la aceptación del motivo por infracción procesal de incongruencia interna.

Efectivamente, la sentencia de instancia ha infringido la normativa, desarrollada judicialmente, sobre la *prohibición del pacto comisorio*. La doctrina que ahora se reitera es que un préstamo o un contrato simulado que disimula un préstamo, que incluye un pacto comisorio, es decir, pacto por el cual si no se devuelve una cantidad determinada (del verdadero préstamo) el contratante (prestamista) hace suya la propiedad de una cosa también determinada, tal pacto incurre en nulidad *ipso iure* conforme al artículo 1859 del Código civil . Un caso típico, incluso históricamente, es la llamada "venta a carta de gracia": es una compraventa simulada (que disimula el préstamo) una persona (el supuesto vendedor, realmente el prestatario) vende la cosa al comprador (realmente, el prestamista) con el pacto de retro: si en tal plazo no ejercita el retracto (realmente, no devuelve el dinero, que se fijó como precio) el comprador (prestamista; tantas veces usurero) adquiere la propiedad de la cosa. Lo cual es el clásico *pacto comisorio*: el prestamista, que aparece como comprador, adquiere la cosa si no se le devuelve, mediante el retracto, la cantidad prestada. Tal pacto comisorio es nulo: el vendedor (prestatario) devolverá el dinero, pero el comprador (prestamista) no adquirirá la cosa, si no lo hace.

Mencionan la nulidad del pacto comisorio la sentencia de 25 de septiembre de 1986 ( *"tal acuerdo para quedarse el acreedor pignoraticio con la cosa dada en prenda, el acuerdo sería nulo porque el artículo 1859 del Código civil declara..."*) y la de 29 de enero de 1996 ( *"... la prohibición del pacto comisorio que establece el artículo 1859..."*) y desarrolla la prohibición del mismo, la de 18 de febrero de 1997, al decir:

*"entraña un pacto comisorio ( arts. 1858 y 1859 C.c. ), porque a través de la instrumentación de una compraventa en la que el objeto es el inmueble gravado y el precio es el importe de la deuda insatisfecha, el acreedor hipotecario persigue el mismo fin prohibido legalmente; que se apropie de la cosa dada en garantía en satisfacción de su crédito. Se comete un fraude de ley, porque, al amparo del texto de una norma que lo permite ( art. 1445 C.c. ), resulta vulnerada la norma prohibitiva del pacto comisorio, por lo que, descubierto el fraude, hay que aplicar ésta por ordenarlo el art. 6º.4 del Código civil "*

Asimismo, la sentencia de 15 de junio de 1999 declarada nulidad del pacto comisorio en contrato de compraventa simulado, en un caso claro de simulación relativa y en sendos casos de contratos simulados de *leasing*, Las sentencias de 16 de mayo de 2000 ( *"... la transmisión de dominio con el fin de responder del incumplimiento de la deuda convierten la simulación relativa en radicalmente nula por vulnerar la prohibición del pacto comisorio"*) y 10 de febrero de 2005 declaran también la nulidad del pacto comisorio. Las de 26 de abril de 2001 ( *"también ha de declararse la nulidad absoluta del pacto de retroventa..."*) y 5 de diciembre de 2001 ( *"... siguen siendo propietarios reales de los bienes que enajenaron a... de forma simulada para garantizar el préstamo que les concedió y, a su vencimiento, no puede quedarse como propietario de los bienes; si no pagan, ha de ejecutarlos como cualquier acreedor; de lo contrario se vulneraría la prohibición del pacto comisorio"*).

Como recuerda la sentencia antes citada, de 16 de mayo de 2000 :

" Esta prohibición, con base en la que el acreedor, en caso de impago de su crédito, no puede pretender hacer suya la cosa dada en garantía, haciendo abstracción de su valor, tiene su origen en un texto del Derecho Romano (Constantino, libro VIII, tít. XXXVI, ley 3, del C.), fue acogida en nuestro Derecho Histórico (Partidas 5ª, Ley 41 del tít. V, y 12 del tít. XIII, y Proyecto de 1851; aunque no por el Proyecto de 1882), y se considera recogida en los arts. 1859 y 1884 CC , respectivamente para la prenda e hipoteca, y la anticresis ".

Por último, la de 20 de diciembre de 2007 resume, en un caso altamente semejante al presente, lo siguiente:

" Por tanto, no se trataba de una fiducia de tipo *cum creditore* (ni mucho menos *cum amico*) sino de una clara simulación, negocio jurídico simulado, compraventa, con simulación relativa, en el sentido de que encubría un préstamo con garantía y la garantía era, nada menos, que el acreedor (que fue querellado por usura) hacía suyas las fincas si no devolvía el capital prestado y sus intereses, lo cual no es otra cosa que el pacto comisorio, consistente en que el acreedor hace suya la cosa si se incumple la obligación y el artículo 1859 (y 1884 en la anticresis) dispone que el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas".

Y añade:

" En primer lugar, porque su negocio adquisitivo no es verdadera compraventa, sino el final de una serie de transmisiones bajo la simulación relativa de un negocio jurídico de compraventa que disimula un préstamo con pacto comisorio, es decir, que el verdadero negocio es nulo de pleno derecho bajo la sanción de nulidad absoluta del artículo 6.3 del Código civil por ir contra la mencionada prohibición expresa, de larguísima tradición histórica".

**SEXTO** .- La entidad demandante RESIDENCIAL EL RACÓ, S.A. transmitió las fincas en contrato de 14 de enero de 1993 de compraventa con pacto de retro al primer codemandado don Candido , la que se ha declarado en la sentencia de instancia que es compraventa simulada, con simulación relativa que disimula un contrato de préstamo: ello está declarado en la instancia partiendo de la situación fáctica probada y y no se ha discutido en casación: las partes codemandadas se han aquietado ante ello. A tal contrato de préstamo se ha añadido el *pacto comisorio* a través de un pacto de retro: si no devuelve el dinero prestado en el plazo un año, el supuesto comprador, realmente prestamista, hace suyas las fincas objeto del *pacto comisorio* , bajo la simulación de que no ejercita el retracto convencional.

Consecuencia de ello es que se aplica la doctrina general de la simulación relativa. En ésta se produce la expresión de una causa que no existe (así, la del contrato oneroso de compraventa ) y si hay otra causa que se oculta, disimula (así, la del contrato de préstamo). Aquél el aparente, no existe, pero si existe el disimulado, siempre que éste reúna los elementos que le son propios. En este sentido se han pronunciado expresamente las sentencias de 11 de febrero de 2005 y han aludido a ella las de 22 de febrero de 2007 y 18 de marzo de 2008 .

En el caso presente, pues, asumiendo la instancia, debe mantenerse, como hizo la sentencia de instancia, la simulación relativa del contrato de compraventa de 14 de enero de 1993 que no es tal, sino un contrato de préstamo y la declaración de nulidad del *pacto comisorio* que se encubre bajo el supuesto pacto de retroventa. Aquel préstamo es válido y la entidad prestataria -demandante en la instancia y recurrente casación- debe devolver la cantidad que le fue prestada (no constan intereses pactados), sin que sea válida la transmisión del derecho de propiedad, por razón del pacto comisorio.

Aquella cantidad no ha sido reclamada en autos, no ha sido objeto de prueba y no cabe ser fijada en el fallo de esta sentencia. Esta transmisión, objeto del pacto comisario, debe ser mantenida en virtud del principio de fe pública registral que proclama el artículo 34 de la Ley Hipotecaria respecto a los subadquirentes cuyos presupuestos la sentencia de instancia ha declarado probados, haciendo hincapié -lo que combate el recurrente- en los que constituyen la base de la concurrencia de la buena fe.

No pudiendo restituir las fincas objeto del pacto comisorio, por razón de la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria , procede dar lugar a la petición subsidiaria del suplico de la demanda, cual es el abono del valor de las mismas, que se computará al tiempo en que se haga efectiva. En virtud de lo cual, se condenará al contratante que hizo suyas indebidamente tales fincas, en virtud del pacto comisorio, prohibido desde tiempos pretéritos. Es decir, el primer adquirente, no los subadquirentes.

Con todo ello, no procede imponer las costas en ninguna de las instancias, ni tampoco en las de este recurso de casación, aplicando en su conjunto el artículo 394 y, asimismo el 398 de la Ley de Enjuiciamiento

Civil . Aunque se deben imponer las de primera instancia a la sociedad demandante, respecto a las causadas por razón de los codemandados subadquirentes , absueltos de la demanda.

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

## FALLAMOS

1.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR A LOS RECURSOS POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACION, interpuestos por la representación procesal de RESIDENCIAL EL RACÓ, S.A. contra la sentencia dictada por la Sección 14ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 20 de mayo de 2008 , que se CASA y ANULA.

2.- En su lugar, estimando parcialmente la demanda formulada por aquella sociedad recurrente, declaramos la nulidad del contrato de compraventa de 14 de enero de 1993, otorgada en escritura pública ante el notario de Madrid don Gonzalo Franco Vázquez, nº de protocolo 89 y su validez como contrato de préstamo y se declara la nulidad del pacto de retroventa como verdadero pacto comisorio; no se condena a la restitución de las fincas, pero sí se condena al codemandado D. Candido al reintegro del valor de las mismas, valor computado al tiempo en que se haga la restitución. Se desestima la demanda y se absuelve de la misma a los codemandados D. Edemiro , D. Eulogio y ECOVI S.A.

3.- No se hace condena en costas en ninguna de las instancias ni en las de que estos recursos. Salvo las de primera instancia, relativas a dichos codemandados absueltos de la demanda, que se imponen a la parte demandante.

4.- Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Francisco Marin Castan.-Jose Antonio Seijas Quintana.-Francisco Javier Arroyo Fiestas.-Roman Garcia Varela.-Xavier O'Callaghan Muñoz.- Rubricados.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , 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.