



Roj: STS 4455/2009
Id Cendoj: 28079110012009100506
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 767/2005
Nº de Resolución: 527/2009
Procedimiento: CIVIL
Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Julio de dos mil nueve

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 3ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, como consecuencia de autos de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 5 de San Sebastián, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personó el Procurador Sr. Gandarillas Carmona, en nombre y representación de D. Eladio ; siendo parte recurrida el Procurador Sr. Morales Hernández San Juan, en nombre y representación de Dª Eva María .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- El Procurador D. Ramón Calparsoro Valencia, en nombre y representación de D. Eladio , interpuso demanda de juicio ordinario contra Dª Eva María y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declare *que el piso NUM000 de la casa número NUM001 del PASEO000 de esta ciudad es de la propiedad de mi mandante, por haberlo adquirido mediante compra al BBV, señalando que la escrituración de dicho piso a favor de la demandada constituye tan sólo una medida de garantía para que mi mandante devolviera el préstamo de veintiséis millones de pesetas (156.263,15#), que le hizo la demandada para financiar la adquisición del citado piso, decretando en consecuencia la nulidad de la inscripción registral de dominio de dicho piso a favor de la demandada; condenando a la citada demandada a estar y pasar por esta declaración y a que cambie la titularidad del expresado piso a favor de mi poderdante, previa o coetáneamente a que el mismo devuelva a la demandada la suma de veintiséis millones de pesetas (156.263,15#) cantidad prestada y entregada por la misma; y subsidiariamente a esta pretensión y para el supuesto de que no fuera estimada conforme a derecho, declare la sentencia que la demandada al tiempo de firmar la escritura pública de compraventa del referido piso, otorgó y concedió a mi mandante, derecho de opción de compra del piso por la suma de veintiséis millones de pesetas (156.263,15#), siempre y cuando se ejercitara dentro del plazo de diez años contados a partir de la fecha de la citada escritura pública; condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y en consecuencia a otorgar la escritura pública correspondiente para cambiar la titularidad del citado piso a favor de mi mandante, siempre y cuando previa o coetáneamente al ejercicio de su derecho de opción, satisfaga a la demandada dentro del plazo de diez años pactado la suma de veintiséis millones de pesetas (156.263,15#), precio fijado en la opción de compra; condenando a la demandada en ambos supuestos al pago de la totalidad de las costas de este procedimiento.*

2.- El Procurador Juan Odriozola Sebastián, en nombre y representación de Dª Eva María , 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 desestime la demanda íntegramente, absolviendo de la misma a mi representado, imponiendo las costas a la demandante.*

3.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de San Sebastián, dictó sentencia con fecha 15 de julio de 2004 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** *Con desestimación de la demanda presentada por la representación procesal de Eladio , debo absolver y absuelvo*

a Eva María de las pretensiones contra la misma deducidas, con expresa imposición a la parte actora de las costas del presente procedimiento.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de D. Eladio , la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, dictó sentencia con fecha 30 de diciembre de 2004 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación formulado por D. Eladio , contra la resolución dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de San Sebastián de fecha 15 de julio de 2004 y; debemos confirmar la resolución recurrida, con imposición de las costas de la alzada al apelante.*

TERCERO .- 1.- El Procurador D. Ramón Calparsoro Valencia, en nombre y representación de D. Eladio , interpuso recursos por infracción procesal y de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DEL RECURSO POR INFRACCION PROCESAL: PRIMERO** .- Al amparo del *art. 471 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* . Infracción de las normas sobre valoración de la prueba. **SEGUNDO** .- Errónea aplicación del principio de incongruencia. **MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACION.- UNICO** .- Al amparo del *art. 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* . Vulneración de los *arts. 1091, 1255, 1258 y 1261 del Código civil* y jurisprudencia sobre los contratos atípicos. Infracción de los *artículos 1281 a 1289 del Código civil* sobre interpretación de los contratos y jurisprudencia que los interpreta y aplica. Infracción por no aplicación del *artículo 1128 del Código civil* y jurisprudencia que los interpreta y aplica.

2 .- Por Auto de fecha 15 de abril de 2008 , se acordó admitir los recursos 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 Sr. Morales Hernández San Juan, en nombre y representación de Dª Eva María , presentó escrito de impugnación al mismo.

4. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 23 de junio del 2009, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La parte demandante en la instancia y recurrente en casación, D. Eladio formuló en su día demanda contra Dª Eva María , madre de la que había sido su esposa, ejercitando acción declarativa de dominio en interés de que se declarara de su propiedad el piso en el que habitaba, basándose en que la titularidad del derecho de propiedad de la demandada, por compra en escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad era simplemente aparente fruto de un contrato simulado: ella le había prestado el precio de la compra del piso, él pagaba una cantidad mensual no como arrendatario, sino como prestatario, adelantando parcialmente la cantidad prestada, por lo que el verdadero propietario era él y así debía declararse; subsidiariamente, ejercitó acción con objeto de que se declarara que se había celebrado un contrato de arrendamiento con opción de compra, por el plazo de diez años y por el precio mismo de compra del piso.

Tanto la sentencia de primera instancia, del Juzgado nº 5 de San Sebastián, de 15 de julio de 2004 , como la de la Audiencia Provincial, Sección 3ª de la misma ciudad, de 30 de diciembre del mismo año, declararon no probado el título de propiedad, presupuesto ineludible de la acción declarativa de dominio, ni tampoco el precontrato de opción de compra, esencial para el éxito de la acción ejercitada, ciertamente contradictoria con la anterior.

SEGUNDO .- Contra esta última sentencia, de la Audiencia Provincial, ha formulado la parte demandante los presentes recursos por infracción procesal y de casación. El primero, con dos motivos: por infracción de las normas sobre la valoración de la prueba, en el que analiza la practicada y que entiende que no ha sido objeto de apreciación y por infracción del principio de congruencia, pese a tratarse de una sentencia desestimatoria de la demanda. El segundo, recurso de casación, contiene un motivo único, aunque con cuatro alegaciones o verdaderos submotivos: infracción de una serie de artículos del Código civil sobre el contrato, su fuerza de ley y autonomía de la voluntad respecto al contrato simulado que califica como *fiducia cum creditore*, pese a que no se ha probado el mismo; infracción de toda la normativa de interpretación del contrato, aunque no se ha discutido la interpretación, sino que se ha declarado no probada la simulación; infracción del *artículo 1128 del código civil* referido a la opción de compra, que tampoco se ha pedido; y, finalmente, infracción de la doctrina jurisprudencial sobre esta misma opción de compra.

El presente caso se presenta como un simple tema de propiedad, como declaración del dominio o como un ejercicio de opción de compra, pero **presenta un trasfondo del conflicto familiar**, que se vislumbra, pero no aparece con prueba suficiente para decidir sobre una u otra de las dos acciones contradictorias entre sí. **Podría haber algo más que un simple contrato de arrendamiento urbano, que podría llevarse a una mediación, si las partes hubieran querido o una ley lo hubiera previsto, aunque no la hay, si bien todo apunta a una corriente favorable a la misma, como indica la Directiva 2008/52 / CE del Parlamento europeo y del Consejo de 21 mayo de 2008**; este caso se ha llevado al órgano jurisdiccional, cuya solución debe inexorablemente basarse en hechos probados. Y las sentencias de instancia, rotundamente han declarado que no se ha probado el título de propiedad de demandante en la acción declarativa de dominio ni el contrato simulado y tampoco se ha probado la existencia de la opción de compra, por lo que se han desestimado ambas acciones. Y el recurso de casación incide plenamente en la valoración de la prueba, lo que no cabe en casación; prueba a que también se refiere el recurso por infracción procesal. Partiendo de que la prueba queda fuera del ámbito que esta Sala conoce, la desestimación de ambos recursos es clara.

TERCERO .- El primero de los motivos del recurso por infracción procesal, como se ha apuntado, se formula, literalmente, "por infracción de las normas sobre valoración de la prueba" y en el desarrollo del motivo enumera las "pruebas practicadas en el pleito que no han sido objeto de apreciación por la sentencia". En este motivo no se indica en cuál se funda de los cuatro que enumera como *numerus clausus* el artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no lo puede decir porque ninguno de ellos se refiere a la misma, es decir, la valoración o revisión de la prueba ha quedado definitivamente excluida de esta Sala; tan sólo en el caso excepcional en que se quebrantara clara y hasta groseramente la prueba practicada o la no practicada, podría llegarse al caso extremo del motivo cuarto, como vulneración del artículo 24 de la Constitución Española que, desde luego, no es el caso presente. No cabe la revisión de la prueba, ni hay infracción de ella que pueda servir de motivo en el recurso por infracción procesal. Por tanto, debería inadmitirse un motivo que se refiera a la valoración de la prueba, lo que en este momento deviene desestimación.

El segundo motivo del recurso por infracción procesal denuncia la errónea aplicación del principio de incongruencia en relación con la referencia que hace la sentencia de instancia a un supuesto acuerdo que no llegó a plasmarse y a una supuesta preferencia en la adquisición del piso que no se concluyó con la ineludible fijación de un concreto plazo. Esto no es incongruencia; la jurisprudencia de la Sala y la doctrina del Tribunal Constitucional han analizado muy frecuentemente la incongruencia en sus distintas clases y siempre se ha destacado que es la correlación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia (sentencias de 11 de abril de 2000, 10 de abril de 2002, 11 de marzo de 2003, 28 de junio de 2006, 20 de junio de 2007) por lo que, en principio, no cabe en la sentencia desestimatoria de la demanda, ya que resuelve, rechazándolos, todos los pedimentos del suplico (sentencias de 1 de octubre de 2001, 19 de junio de 2003, 14 de octubre de 2004, 27 de junio de 2005). Este es el caso presente, en que no cabe incongruencia, ya que la sentencia, con abundante motivación, ha rechazado la demanda, así como ha negado el acuerdo a que se hace referencia en el motivo respecto al que declara que no llegó a buen término.

CUARTO .- El primero de los submotivos del recurso de casación denuncia la vulneración de los artículos 1091, 1255, 1258 y 1261 del Código civil y jurisprudencia relativa al contrato atípico conocido como *fiducia cum creditore*. Es preciso observar previamente tres puntos: primero, que se alegan, todos ellos, preceptos genéricos o amplios, que no caben como motivo de casación ya que no permiten apreciar donde se halla la infracción concreta (sentencias de 4 de mayo de 1999 y 8 de marzo de 2000 sobre los artículos 1091 y 1255 ; 24 de enero de 2000 sobre el 1255; 19 de febrero de 2000 sobre el 1091; 6 de julio de 2000 sobre el 1091 y 1258; 22 de diciembre de 2000 sobre el 1261; 13 de septiembre de 2002 sobre el 1258); segundo, que la alegación de una serie heterogénea de preceptos tampoco es admisible en casación, ya que no es función de la Sala averiguar en cuál de ellos se halla la infracción (sentencias de 25 de enero de 2000, 3 de febrero de 2005, 9 de mayo de 2006, 20 de septiembre de 2007); tercero, 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 (sentencias de 19 de mayo de 2005, 21 de noviembre de 2006, 19 de junio de 2007, 11 de junio de 2009). El presente submotivo se basa en la presencia de un negocio simulado por el que se pacta un préstamo con la garantía del piso, pero la propiedad de éste es del demandante; se refiere el motivo a un negocio fiduciario, pero como ya dijo esta Sala (sentencias de 15 de junio de 1999 y 26 de junio de 2004) es realmente un negocio simulado, con simulación relativa que puede disimular un verdadero pacto comisorio. Pero en el presente caso, no se ha probado en absoluto la existencia de tal contrato simulado y, por ende, el título de propiedad del demandante, con lo que se ha desestimado la acción y se desestima este submotivo.

El segundo de los submotivos alega la infracción de los *artículos 1281 a 1289 del Código civil* Sobre interpretación de los contratos relativa al contrato simulado al que se ha hecho referencia. Se desestima por dos razones. La primera porque no cabe en casación, como se ha dicho, la cita heterogénea de preceptos y así lo ha reiterado la jurisprudencia con referencia precisamente a las distintas normas que regulan las clases o elementos de la interpretación del contrato (sentencias de 3 de noviembre de 2000, 29 de diciembre de 2000, 30 de enero de 2008, 8 de mayo de 2009). La segunda, porque no se ha planteado en la *litis* la interpretación, sino la existencia del contrato y ésta ha sido negada en la instancia. Además, la interpretación del contrato supone el documento escrito que debe ser interpretado o, al menos, la constancia exacta de todos los detalles de un contrato verbal.

El tercer submotivo alega la infracción, por no aplicación, del *artículo 1128 del Código civil* que prevé un posible señalamiento judicial de plazo con respecto al precontrato de opción. La razón esencial para el rechazo de este submotivo es que la aplicación de tal norma no ha sido pedida en la demanda; en el suplico de la misma no hay la más mínima referencia a ello y no puede darse lugar sin incurrir en la más clara incongruencia *extra petita* (así lo contempla la sentencia de 15 de junio de 2004 respecto a la aplicación de esta norma y conceder un plazo, que no ha sido pedido). Asimismo, tampoco cabe la aplicación cuando ni siquiera se ha probado que se haya celebrado dicho precontrato.

El cuarto y último de los submotivos del recurso de casación mantiene la infracción de la doctrina jurisprudencia al sobre el precontrato de opción. El motivo cae por su base fáctica. No se ha probado que se haya celebrado dicho precontrato y no cabe la alegación de una jurisprudencia sobre algo que no existe, es decir, que se ha declarado así y sobre la cuestión de hecho derivada de la prueba practicada no cabe volver en casación.

QUINTO .- Por todo ello, debe desestimarse tanto el recurso por infracción procesal (*artículo 476.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*) como el de casación (*artículo 487.2*), con la imposición de costas que establece la *ley* (*artículo 398.1 y su remisión al 394.1*).

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

FALLAMOS

Primero .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN, interpuestos por la representación procesal de D. Eladio , contra la sentencia dictada por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, en fecha 30 de diciembre de 2004 , que SE CONFIRMA.

Segundo .- En cuanto a las costas, deben imponerse a la parte recurrente, por las causadas en ambos recursos.

Tercero. 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 .- **Juan Antonio Xiol Rios.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesus Corbal Fernandez.-D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- 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.