Roj: **STS 794/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:794**

Id Cendoj: **28079110012017100148**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**
Sede: **Madrid**
Sección: **1**
Fecha: **02/03/2017**
Nº de Recurso: **389/2015**
Nº de Resolución: **148/2017**
Procedimiento: **CIVIL**
Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 2 de marzo de 2017

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 850/2014 por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Jaén , como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 417/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Jaén, cuyo recurso fue interpuesto ante la citada Audiencia por el Abogado del Estado en nombre y representación del Ministerio de Empleo y la Seguridad Social, compareciendo en calidad de recurrente y el procurador doña Rosario Gómez Lora en nombre y representación de doña Custodia , don Patricio , don Sebastián , don Jose Antonio y Juan María , en calidad de recurrido.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador don Miguel Bueno Malo de Molina, en nombre y representación de doña Custodia , don Patricio , don Sebastián , don Jose Antonio , don Juan María interpuso demanda de juicio ordinario, asistido del letrado don Francisco Quiñones García contra el Ministerio de Empleo y Seguridad Social (antiguo Ministerio de Trabajo e Inmigración) y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que:

« Se estime la presente demanda y se acoja la prescripción de la acción de contrario ejercitada en el ámbito del procedimiento de referencia y la consecuente improcedencia de la ejecución verificada en el ámbito del mismo, dejándola sin efecto, mandando así al Registro de lo Propiedad de Cazorla la cancelación de las hipotecas identificadas en el cuerpo del presente escrito, interesándose subsidiariamente, para el supuesto de no estimarse lo anterior, que se estime, conforme a lo expresado en el hecho sexto de la presente demanda, la prescripción de los intereses reclamados en el ámbito de la ejecución hipotecaria o, en su defecto, de proceder la reclamación de los intereses, solo proceda el abono de los devengados en cuantía superior a los cubiertos por la hipoteca, declarándose la no obligación de mis patrocinados de asumir el exceso, con expresión, en cualquiera de los anteriores supuestos, de que cada finca y/o su correspondiente hipotecante no deudor responderá ateniéndose al débito estricto -cantidad máxima- garantizado por la hipoteca, de la que responderá individualmente cada una de las fincas hipotecadas por los actores, todo ello con expresa imposición de las costas devengadas a la parte demandada».

SEGUNDO.- El Abogado del Estado, en nombre y representación del Ministerio de Trabajo e Inmigración, 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:

« Desestimatoria de la demanda con expresa condena en costas a la parte demandante».

TERCERO .- Previos los trámites procesales correspondientes y la práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Jaén, dictó sentencia con fecha 23 de abril de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

« Que estimando sustancialmente como estimo la demanda interpuesta debo declarar y declaro la improcedencia de la ejecución iniciada en el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de esta ciudad, y que dio lugar al procedimiento de ejecución 343/10, debiéndose de cancelar las hipotecas que constan en la escritura de préstamo firmada entre las partes el 19 de abril de 1985.

» Cada parte abonará las costas causadas a su instancia siendo las comunes satisfechas por mitad».

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación por el Abogado del Estado, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Jaén, dictó sentencia con fecha 22 de diciembre de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

« Que desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Jaén, con fecha 23 de abril de 2014 , en autos de juicio ordinario, seguidos en dicho Juzgado con el n.º 417 del año 2012, debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente, declarándose la pérdida del depósito constituido para recurrir».

QUINTO .- Contra la expresada sentencia interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El recurso extraordinario por infracción procesal lo articuló en el siguiente motivo: Único.- Artículo 469.1.2 LEC , por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia y por infracción del artículo 218.1 LEC en relación con el artículo 24 CE . El recurso de casación lo argumentó en un único motivo.- Infracción del artículo 7.1 del Código Civil .

SEXTO.- Remitidas las actuaciones a la **Sala de lo Civil** del Tribunal Supremo, por auto de fecha 5 de octubre de 2016 , se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, la procuradora doña Rosario Gómez Lora, en nombre y representación de doña Custodia y otros presentó escrito de impugnación al mismo.

SÉPTIMO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 12 de enero del 2017, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la valoración del retraso desleal en el ejercicio de una acción de ejecución hipotecaria instada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

2. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

I) Mediante resolución, de 14 de diciembre de 1984, la Administración General del Estado, a través del entonces «Fondo Nacional de Protección al Trabajo», prestó a la entidad Piscifactoría Pozo Alcón S.A.L. la cantidad de 60.101,21 euros por 10 años amortizables en ocho anualidades, con dos años de carencia de principal y a un interés simple del 10% anual. La escritura pública del préstamo con garantía hipotecaria fue otorgada el 19 de abril de 1985.

II) Dicha garantía hipotecaria se constituyó sobre diversas fincas, todas ellas inscritas en el Registro de la Propiedad de Cazorla, titularidad de los hipotecantes y partícipes de la empresa que recibió el préstamo.

III) El préstamo resultó impagado prácticamente desde su inicio, tan sólo hubo un pago que correspondía a los intereses de la primera anualidad y que se hizo efectivo el 28 de octubre de 1986.

IV) El consejo de administración de la entidad recibió un requerimiento de pago de la Administración con fecha de 9 de febrero de 2007. El 15 de julio de 2008 el Ministerio dio por vencido el préstamo, certificó la deuda existente en 60.101,20 euros de principal, 33.055,68 euros de intereses remuneratorios y 84.741 ,65 euros de intereses de demora. El 9 de abril de 2010, interpuso demanda de ejecución hipotecaria en reclamación de 177.893,53 euros. El 6 de julio de 2010, se dictó auto por el que se despachó la ejecución hipotecaria solicitada. Los ejecutados formularon oposición que fue desestimada por auto de 6 de abril de 2011.

3. Los ejecutados han interpuesto, como pretensión principal, una acción declarativa de prescripción de la acción hipotecaria contra el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. En la demanda alegan que la acción de ejecución hipotecaria estaba prescrita, pues el requerimiento de 9 de febrero de 2007 se había producido fuera de plazo y, en cualquier caso, se había dirigido a una persona que carecía de representación de la sociedad al haber sido disuelta el 1 de enero de 1996. Además, alegaron que dicha acción se había ejercitado de un

modo tardío y desleal, una vez transcurridos 23 años desde que se produjo el vencimiento del primer pago no atendido, por lo que resultaba de aplicación de la doctrina del retraso desleal.

4. El Abogado del Estado, en representación del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, se opone a la demanda. Alega la plena eficacia del requerimiento efectuado el 9 de febrero de 2007 a los efectos de interrumpir el plazo de prescripción de la acción hipotecaria. En relación a los intereses remuneratorios sostiene que tienen un carácter indivisible con la garantía hipotecaria otorgada, por lo que tienen el mismo plazo de prescripción de la acción hipotecaria, esto es, 20 años. En cuanto a los intereses de demora, alega que se hallan sujetos al plazo de prescripción de 15 años (artículo 1964 del Código Civil), por lo que el cálculo realizado de los mismos ha resultado correcto.

5. La sentencia de primera instancia estima, en esencia, la demanda y declara la improcedencia de la ejecución instada, con la correspondiente cancelación de las hipotecas que constan en la referida escritura de 19 de abril de 1985.

En síntesis, argumenta que la acción de ejecución hipotecaria no está prescrita, al menos en parte, pues otorga validez al requerimiento de pago efectuado para interrumpir la prescripción con relación a la reclamación del capital. No obstante, considera que el ejercicio de la misma se ha realizado con un manifiesto abuso del derecho de acuerdo con la doctrina del retraso desleal y el principio de buena fe (artículo 7.1 del Código Civil).

6. Interpuesto recurso de apelación por el demandado, la sentencia de la Audiencia desestima el recurso y confirma la sentencia de primera instancia. A los efectos que aquí interesan, con relación a la impugnación por incongruencia *extra petita* de la sentencia recurrida, declara:

«Pues bien, en el presente caso, y en aplicación de la doctrina expuesta no cabe apreciar la incongruencia invocada en cuanto en el fallo no se otorga algo distinto de lo pedido, sino que existe correlación entre el suplico de los escritos rectores del proceso y el fallo de la sentencia (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de Noviembre de 1997 , 12 de Febrero de 1998 , 21 de Diciembre de 1999 y 27 de Marzo de 2000 entre otras); debiendo de tenerse en cuenta que por los actores ya se alegó en la demanda de manera expresa, como fundamento fáctico y causa de pedir, el ejercicio tardío y desleal del derecho verificado por la recurrente, alegándose en dicha demanda que se ejercitaba de modo tardío su derecho, al ejercitar la referida demanda de ejecución hipotecaria, una vez transcurrido 23 años desde que se produce el vencimiento del primer pago no atendido por la deudora, igualmente se alegaba de forma expresa por la parte actora la aplicación de la doctrina del retraso desleal en el acto de la vista, fase de conclusiones».

Con relación a la cuestión sustantiva de la aplicación de la doctrina del retraso desleal se pronuncia a favor de la misma con la siguiente fundamentación:

«[...] Pues bien, sobre el abuso de derecho, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Diciembre de 2010 , señala que "según la doctrina, la buena fe impone que un derecho subjetivo o una pretensión no puede ejercitarse cuando su titular no solo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que incluso ha dado lugar con su actitud omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitará".

» Esta afirmación se encaja dentro del artículo 7 del Código Civil y se considera sancionada por este precepto aquella conducta contradictoria del titular del derecho que por un lado da a entender a través de la expresión de su comportamiento, que renuncia o abandona determinado derecho y, contraviniendo esa apariencia creada, a su vez reclama su ejercicio. Continúa señalando la resolución citada que ese retraso desleal se configura por las notas siguientes: a) el transcurso de un período de tiempo sin ejercitar el derecho; b) la omisión del ejercicio; c) creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercitará; y en el presente caso, es evidente que la Administración ejecutante durante casi veinte años desde el primer impago ha mantenido una absoluta pasividad e inactividad en el ámbito del préstamo, respecto al cual los demandantes eran hipotecantes no deudores, y por tanto en efecto y conforme concluye el juzgador concurren los requisitos fijados por la doctrina y la jurisprudencia para su aplicación, máxime en este caso en el que la cantidad reclamada por los intereses de demora supone una cantidad importante y que excede en mucho de la cuantía principal e intereses remuneratorios, lo cual no puede encontrar cobijo en la buena fe y ejercicio no antisocial del derecho, siendo además desproporcionados dichos intereses moratorios.

» En cuanto a los intereses remuneratorios, los mismos se hallan en efecto, prescritos conforme a reiterada jurisprudencia, al ser de aplicación el artículo 1966.3 del Código Civil que establece la prescripción quinquenal de los mismos, ya que en el caso que nos ocupa no han sido reclamados judicialmente, ni por tanto declarados procedentes por sentencia alguna con carácter previo a su prescripción, pues la acción para reclamar los intereses remuneratorios ya vencidos que se debieron satisfacer con cada cuota prescribe a los cinco años, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1966 del Código Civil , mientras que el plazo general de

prescripción de quince años contemplado en el artículo 1964 del mismo Código se aplica a los intereses remuneratorios cuyo pago ha de hacerse de una sala vez, y a los moratorios (sentencias del Tribunal Supremo de 3 de Febrero de 1994 y 17 de Marzo de 1998 entre otras)».

7. Frente a la sentencia de apelación, el demandado formula recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- *Incongruencia extra petita.*

1. El recurrente, al amparo del ordinal segundo del artículo 469.1 LEC , interpone recurso extraordinario por infracción procesal que articula en un único motivo.

En dicho motivo, denuncia la infracción del artículo 218.1 LEC , en relación con el artículo 24 CE , por incongruencia *extra petita* de la sentencia recurrida. Argumenta que la pretensión ejercitada se refería a la declaración de la prescripción de la acción hipotecaria ejercitada, mientras que la resolución impugnada apreció, que no estando prescrita la acción, la ejecución era improcedente por la existencia de retraso desleal por parte de la Administración. Cuestión que no fue introducida en el pleito.

2. El motivo debe ser desestimado.

Con carácter general esta sala, entre otras, en su sentencia 602/2016, de 6 de octubre , tiene declarado lo siguiente:

« [...] La congruencia exige una correlación entre los pedimentos de las partes oportunamente deducidos y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta tanto la petición como la causa de pedir. La comparación entre estos elementos de la demanda y la decisión de la sentencia es determinante para decidir si ha existido incongruencia.

» La incongruencia adquiere relevancia constitucional, infringiendo no solo los preceptos procesales (art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sino también el art. 24 de la Constitución , cuando afecta al principio de contradicción, si se modifican sustancialmente los términos del debate procesal, ya que de ello se deriva una indefensión a las partes, que al no tener conciencia del alcance de la controversia no pueden actuar adecuadamente en defensa de sus intereses».

En el presente caso, los demandantes en la petición de su demanda (suplico) interesaron la prescripción de la acción de ejecución hipotecaria. Sin embargo, como acertadamente motiva la sentencia recurrida, en el desarrollo de la demanda (hecho tercero, apartado IV, argumento 4.2), alegaron de forma expresa el retraso desleal en el que había incurrido el Ministerio. Alegación que fue fundamento de la causa de pedir. De modo que debe concluirse que el principio de contradicción no ha resultado vulnerado, ni se ha modificado sustancialmente los términos del debate procesal planteado en la demanda. Por lo que el demandado tuvo claro conocimiento del alcance de la controversia y de su extensión a la posible aplicación de la doctrina del retraso desleal, pudiendo actuar adecuadamente en defensa de sus intereses.

Recurso de casación.

TERCERO.- *Prescripción de la acción de ejecución hipotecaria. El retraso desleal: configuración y presupuestos. Doctrina jurisprudencial aplicable.*

1. El recurrente, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC , por interés casacional por oposición a la doctrina jurisprudencial de esta sala, interpone recurso de casación que articula en un único motivo.

En dicho motivo, denuncia la infracción del artículo 7.1 del Código Civil por considerar que la sentencia recurrida ha apreciado indebidamente la aplicación de la doctrina del retraso desleal al basar su decisión en el mero transcurso del tiempo unido a la falta de ejercicio del derecho. Por lo que ha ignorado que la doctrina jurisprudencial exige, además, que la conducta sea desleal; de forma que cree una confianza en el deudor de que el titular del derecho no va a reclamarlo. En apoyo de su tesis cita las sentencias de esta sala 532/2013, de 19 de septiembre , 352/2010, de 7 de junio , 769/2010, de 3 de diciembre y 872/2011, de 12 de diciembre .

2. El motivo debe ser estimado.

La aplicación de la doctrina jurisprudencial del retraso desleal o verwirkung, como plasmación de un acto típico de ejercicio extralimitado del derecho subjetivo que supone una contravención del principio de la buena fe (artículo 7.1 del Código Civil), requiere de la concurrencia de diversos presupuestos. Así, en el plano funcional, su aplicación debe operar necesariamente antes del término del plazo prescriptivo de la acción de que se trate. En el plano de su fundamentación, su aplicación requiere, aparte de una consustancial omisión del ejercicio del derecho y de una inactividad o transcurso dilatado de un periodo de tiempo, de una objetiva deslealtad

respecto de la razonable confianza suscitada en el deudor acerca de la no reclamación del derecho de crédito. Confianza o apariencia de derecho que debe surgir, también necesariamente, de actos propios del acreedor (SSTS 300/2012, de 15 de junio y 530/2016, de 13 de septiembre).

En el presente caso, de los hechos acreditados en la instancia, se desprende que falta la concurrencia del presupuesto del ejercicio desleal de la reclamación del crédito por parte del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Pues, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, y en contra del criterio seguido por la sentencia recurrida, la mera inactividad o el transcurso dilatado de un periodo de tiempo en la reclamación del crédito no comporta, por sí solo, un acto propio del acreedor que cree, objetivamente, una razonable confianza en el deudor acerca de la no reclamación del derecho de crédito.

Por lo que el recurso de casación debe ser estimado.

3. Una vez estimado el recurso de casación interpuesto, debe señalarse que la Audiencia Provincial no entró a resolver la pretensión principal de los demandantes acerca de la prescripción de la acción de ejecución hipotecaria, ni la pretensión subsidiaria relativa a la prescripción de los intereses reclamados en el ámbito de la ejecución hipotecaria y, en su defecto, que se procediera sólo al abono de los intereses cubiertos por la garantía hipotecaria. Por la singularidad del caso, no procede asumir la instancia y sí devolver las actuaciones a la Audiencia Provincial para que dicte nueva sentencia decidiendo sobre las referidas pretensiones, sin que pueda apreciarse el retraso desleal.

CUARTO.- *Costas y depósitos.*

1. La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal comporta que las costas causadas por el mismo se impongan a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC .

2. La estimación del recurso de casación comporta que las costas causadas por el mismo no se impongan a ninguna de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC .

3. Asimismo, procede ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 15.ª LOPJ .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1. Estimar el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, en representación del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, contra la sentencia dictada, con fecha 22 de diciembre de 2014, por la Audiencia Provincial de Jaén, sección 1.ª, en el rollo de apelación núm. 850/2014 , que casamos y anulamos para que dicte nueva sentencia sin que pueda apreciarse el retraso desleal. **2.** Remitir las actuaciones al Tribunal de instancia para que resuelva el recurso, sin que pueda apreciarse el retraso desleal. **3.** Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por el Abogado del Estado contra la citada sentencia. **4.** Imponer las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente. **5.** No hacer expresa imposición de costas del recurso de casación. **6.** Ordenar la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma. Francisco Marin Castan Ignacio Sancho Gargallo Francisco Javier Orduña Moreno Rafael Saraza Jimena

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ