



Roj: STS 4408/2012
Id Cendoj: 28079110012012100383
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1538/2009
Nº de Resolución: 369/2012
Procedimiento: CIVIL
Ponente: ANTONIO SALAS CARCELLER
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Junio de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Vigésima de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 837/06, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 48 de Madrid; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de la **Asociación de Empresarios Mayoristas de Frutas y Hortalizas de Madrid**, representados ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Jaime Pérez de Sevilla y Guitard; siendo parte recurrida **Mercamadrid, Mercados Centrales de Abastecimiento de Madrid, S.A.**, representada por la Procuradora de los Tribunales doña María del Carmen Ortíz Cornago.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio ordinario, promovidos a instancia de Mercados Centrales de Abastecimiento de Madrid, S.A. (Mercamadrid) contra la Asociación de Empresarios Mayoristas de Frutas y Hortalizas de Madrid.

1.- Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dicte "*... Sentencia estimatoria íntegra de las pretensiones ejercitadas por la parte actora, en cuya virtud: a) declare la extinción de derecho de superficie cedido en favor de la Asociación de Empresarios Mayoristas de Frutas y Hortalizas de Madrid por parte de Mercamadrid, en virtud de la escritura de cesión de derecho de superficie otorgada con fecha de 5 de junio de 2003 ante el Notario de Madrid D. Francisco Javier Cedrón López-Guerrero, al núm. 1.481 de su protocolo, como consecuencia de la concurrencia de la causa de resolución extintiva prevista en su estipulación Undécima 1., sin indemnización ni compensación alguna en favor de la Asociación de Empresarios Mayoristas de Frutas y Hortalizas de Madrid, acordando todo lo necesario para la inscripción en el Registro de la Propiedad de esta Sentencia; y, como consecuencia. b) condene a la Asociación de Empresarios Mayoristas de Frutas y Hortalizas de Madrid a estar y pasar por dicha declaración, y a desalojar la parcela D.2.2. del polígono alimentario de Mercamadrid, restituyendo a Mercamadrid en la posesión de la misma; y, por ende, c) condene a la Asociación de Empresarios Mayoristas de Frutas y Hortalizas de Madrid al pago de la totalidad de las costas de este proceso.*"

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la Asociación de Empresarios Mayoristas de Frutas y Hortalizas de Madrid contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que, "*... dicte Sentencia por la que desestime íntegramente la demanda y las pretensiones que se deducen de contrario y expresamente declare: 1.- No haber lugar al incumplimiento contractual imputado a esta parte.- 2.- No haber lugar a la pretensión de reversión de la parcela D.2, objeto de la escritura de constitución de derecho de superficie instrumentado en la escritura pública de 5 de junio de 2002 autorizada por el Notario de Madrid Don Francisco Javier López-Cedrón Guerrero y con el número de orden de su protocolo.- 3.- Con expresa condena en costas a la actora...*"; al tiempo que formulaba reconvenición, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado "*... dicte Sentencia por*

la estime esta demanda y expresamente declare que: 1.- Que mi mandante ha cumplido diligentemente y en tiempo con las obligaciones relativas a: a. Encargar la redacción del Proyecto de Construcción sobre la Parcela D.2 sobre la que se constituyó el derecho de superficie.- b.- De presentación de tal Proyecto a la demandada para su aprobación.- c.- De solicitud de Licencia Urbanística al Ayuntamiento de Madrid.- 2.- Que la obtención de la Licencia Urbanística constituye un trámite necesario para realizar una edificación, cuya obtención no depende de la voluntad de mi mandante.- 3.- La imposibilidad de iniciar la construcción en el plazo establecido en la estipulación del contrato de derecho de superficie.- 4.- La mala fe y consiguiente abuso del derecho de la demandante al negarse a modificar la escritura de constitución de derecho de superficie instrumentado en la escritura pública de 5 de junio de 2002 autorizada por el Notario de Madrid Don Francisco Javier López-Cedrón Guerrero y con el número de orden de su protocolo, relativa a los plazos de inicio y finalización de la edificación.- 5.- La mala fe procesal de la demandante por ocultar hechos propios consistentes en la modificación del Proyecto constructivo y la solicitud de paralización del expediente administrativo.- 6.- Que la demandante no puede ir contra sus propios actos, en relación a la modificación del Proyecto de construcción.- 7.- Consecuentemente con los anteriores pronunciamientos, la validez y vigencia del contrato de constitución de derecho de superficie instrumentado en la escritura pública de 5 de junio de 2002 autorizada por el Notario de Madrid Don Francisco Javier López-Cedrón Guerrero y con el número de orden de su protocolo.- 8.- Condene a la mercantil demandante reconvenida Mercados Centrales de Abastecimiento de Madrid, S.A. a que comparezca ante Notario, junto con mi mandante y otorgue Escritura modificativa de la estipulación Primera, punto 3 del contrato de constitución de derecho de superficie instrumentado en la escritura pública de 5 de junio de 2002 autorizada por el Notario de Madrid Don Francisco Javier López-Cedrón Guerrero y con el número de orden de su protocolo, con el siguiente contenido; «El plazo de inicio de la construcción será de dos meses, contados desde el día siguiente a la inscripción de la presente escritura en el Registro de la Propiedad correspondiente, que modifica la estipulación Primera, punto 3, de la escritura pública de 5 de junio de 2002 autorizada por el Notario de Madrid Don Francisco Javier López-Cedrón Guerrero y con el número de orden de su protocolo.- El plazo de finalización de la construcción será de 12 meses, contados desde el día siguiente al de inicio de la construcción, que modifica la estipulación Primera, punto 3, de la escritura pública de 5 de junio de 2002 autorizada por el Notario de Madrid Don Francisco Javier López-Cedrón Guerrero y con el número de orden de su protocolo.»- 9.- Con expresa condena en costas a la demandante reconvenida Mercados Centrales de Abastecimiento de Madrid, S.A."

3.- Dado traslado de la reconvenición a la parte actora, por la representación de la misma se contestó, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó aplicables, y terminó suplicando al Juzgado que: "... dicte Sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda reconvenicional interpuesta de contrario contra mi representada, y todo ello con expresa condena en costas a la parte demandante reconviniente."

4.- Convocadas las partes a la audiencia previa, las pruebas propuestas y declaradas pertinentes fueron practicadas en el juicio, quedando los autos conclusos para sentencia.

5.- El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 21 de junio de 2007 , cuya parte dispositiva es como sigue: "Que estimando la demanda formulada por Mercados Centrales de Abastecimiento de Madrid representada por la Procuradora D^a M^a del Carmen Ortíz Cornago contra Asociación de Empresarios Mayoristas de Frutas y Hortalizas de Madrid representada por el Procurador D. Jaime Pérez de Sevilla y Guitard debo desestimar y desestimo la demanda reconvenicional formulada por el Procurador D. Jaime Pérez de Sevilla y Guitard absolviendo a la actora reconvenida de los pedimentos de la demanda reconvenicional y expresa imposición a ésta de las costas causadas."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la Asociación de Empresarios Mayoristas de Frutas y Hortalizas de Madrid, y sustanciada la alzada, la Sección 20 de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 1 de junio de 2009 , cuyo Fallo es como sigue: "Se Desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad "Asociación de Empresarios Mayoristas de Frutas y Hortalizas de Madrid", contra la sentencia de fecha veintiuno de junio de 2007, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 48 de los de Madrid , en los autos de Juicio Ordinario nº 837/2006, la cual se confirma íntegramente.- Todo ello con imposición de las costas procesales causadas en esta alzada a la parte apelante."

TERCERO.- El Procurador de los Tribunales, don Jaime Pérez de Sevilla y Guitard, en nombre de la **Asociación de Empresarios Mayoristas del Mercado Central de Frutas y Hortalizas de Madrid** formalizó recurso extraordinario por infracción procesal y de casación.

CUARTO .- Por esta Sala se dictó auto de fecha 9 de diciembre de 2010 , aclarado por otro de 18 de enero de 2011 , por el que se acordó no admitir el recurso por infracción procesal y admitir el de casación, que se formula por los siguientes motivos:

I.- Por infracción del artículo 1280.1, en relación con el 1279 del Código Civil y los artículos 1857.2 y 3 , y 1875 del mismo código .

II.- Por infracción del artículo 7.2 del Código Civil .

III.- Por inaplicación de la cláusula "rebus sic stantibus" en relación con los artículos 82.2 de la Ley Hipotecaria y de los artículos 1255 , 1256 y 1258 del Código Civil

QUINTO .- Dado traslado del recurso a la parte recurrida, Mercados Centrales de Abastecimiento de Madrid S.A., se opuso al mismo mediante escrito presentado en su nombre por la Procuradora doña María del Carmen Ortiz Cornago.

SEXTO.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 23 de mayo de 2012.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Antonio Salas Carceller** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La entidad Mercados Centrales de Abastecimiento de Madrid S.A. (Mercamadrid) formuló demanda de juicio ordinario solicitando declaración de extinción del derecho de superficie cedido a la demandada, Asociación de Empresarios Mayoristas de Frutas y Hortalizas de Madrid, mediante escritura pública de fecha 5 de junio de 2002, sobre una cuota indivisa del 47,51 % de la parcela propiedad de la demandante que se identifica urbanísticamente dentro del polígono alimentario de Mercamadrid como parcela D.2.2.

El objeto del contrato era la constitución del derecho a favor de la superficiaria para la construcción de un edificio industrial dedicado a almacenamiento, manipulación y distribución de toda clase de productos hortofrutícolas, estableciéndose en el apartado 3 de la estipulación primera que "el plazo máximo para iniciar la construcción del edificio es de dos años contados desde la fecha de la escritura" y "el plazo máximo para finalizar la construcción del edificio no podrá exceder de cuatro años desde la fecha de esta escritura".

La demandada se opuso a dicha pretensión y formuló reconvencción interesando que se declarara que había cumplido diligentemente y en tiempo las obligaciones nacidas del contrato de 5 de junio de 2002. Seguido el proceso por sus trámites, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia de fecha 21 de junio de 2007 por la que estimó la demanda y desestimó la reconvencción, con imposición de costas a la parte demandada.

Recurrida dicha sentencia en apelación, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20) dictó sentencia de fecha 1 de junio de 2009 por la que desestimó el recurso con imposición de costas de la alzada a la parte apelante, ahora recurrente en casación.

SEGUNDO.- La Audiencia pone de manifiesto en la fundamentación jurídica de la sentencia hoy recurrida cómo la parte demandada admite incluso haber incumplido el plazo de inicio de las obras. Se destaca que dicha demandada se comprometió a construir, por su cuenta y riesgo, un edificio industrial, cuya ejecución y realización se debía llevar a cabo en los términos convenidos en la escritura pública de 5 de junio de 2002, tanto en lo que se refiere al proyecto de ejecución como a los plazos de inicio y finalización, obligaciones que han sido incumplidas por la demandada -titular del derecho de superficie- y dicho incumplimiento es a ella imputable "por cuanto, después de la firma del contrato, las partes mantuvieron negociaciones, tal como se refleja en el documento de fecha 29 de diciembre de 2003 y en las diferentes comunicaciones que se remitieron entre sí, las cuales revelan una actitud flexible de Mercamadrid en relación a la exigencia de los plazos concertados contractualmente, como se pone de manifiesto en las comunicaciones remitidas a la apelante en fechas 11 de marzo de 2004,- folio 108-, 11 de enero de 2005 - folio 118-; a diferencia de la Asociación apelante la cual, si bien manifestaba y se comprometía a ejecutar el proyecto una vez obtuviera la licencia oportuna (comunicaciones de fechas 17 de marzo de 2004 -folio 110-, de fecha 21-12-04 -folio 112), una vez obtenida la misma, en fecha 18 de febrero de 2005, incumplió nuevamente el compromiso adquirido, exigiendo a partir de ese momento una modificación unilateral del contrato sin base legal alguna para interesarlo". A ello añade que Mercamadrid "en todo momento ha solicitado el cumplimiento de lo convenido, adoptando una actitud flexible y proclive al acuerdo, lo que excluye que pueda considerarse la misma como incurso en abuso del derecho, tal como se configura en el artículo 7.2 del Código Civil , mientras que la verdadera voluntad de

la Asociación, ha sido pretender imponer una modificación de los términos acordados inicialmente sin base legal alguna para ello".

Niega la Audiencia que deba aplicarse al caso la doctrina de la cláusula "rebus sic stantibus", remitiéndose a los argumentos de la sentencia de primera instancia en cuanto refiere su aplicación a los supuestos de concurrencia de hechos extraordinarios que supongan un desequilibrio en las prestaciones, debiendo aplicarse de modo restrictivo por afectar al principio general "pacta sunt servanda" y al de seguridad jurídica. Del mismo modo la sentencia ahora recurrida sostiene que no se ha producido la cancelación en el Registro de la Propiedad del derecho de superficie por lo que no pueden ser atendidas las alegaciones de la demandada referidas a que, producida dicha cancelación, no pudo obtener la adecuada financiación para la realización de la obra.

TERCERO.- La parte recurrida, Mercamadrid, opone al contestar al recurso la concurrencia de ciertas causas de inadmisión del mismo (artículo 485, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil), que han de ser rechazadas. La primera se refiere a la inexistencia de cuantía fijada para el proceso (artículo 487.2.3º) pues afirma que se ha seguido como de cuantía indeterminada, lo que le priva de acceso a la casación por la vía del artículo 477.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , cuando es lo cierto que, con independencia de los argumentos que cita la parte, el propio auto de admisión refleja que el asunto alcanza la cuantía necesaria teniendo en cuenta para ello que, formulada reconvencción, se asignó a la misma una cuantía de 508.767 euros, por lo que no procede ahora reproducir la misma cuestión. La segunda de las causas de inadmisión que se alega hace referencia a que en la formulación de los motivos del recurso no se respeta la base fáctica de la sentencia impugnada y se hace supuesto de la cuestión; circunstancia que excede del ámbito de la causa prevista en el artículo 483.2.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que, en el caso, habrá de ser considerada en el momento de examinar concretamente cada uno de los expresados motivos.

CUARTO.- El primer motivo del recurso de casación se refiere a la infracción del artículo 1280.1 del Código Civil , en relación con los artículos 1279 , 1857.2 y 1875 del mismo código .

El motivo se desestima ya que carece de fundamento. Es cierto que deben constar en documento público los actos y contratos que tengan por objeto la creación de derechos reales sobre bienes inmuebles (artículo 1280.1 del Código Civil) y que los contratantes pueden compelerse recíprocamente para el cumplimiento de dicha formalidad (artículo 1279); así como que para constituir una garantía hipotecaria se ha de ostentar la titularidad del derecho objeto de hipoteca (artículo 1857.2º) y que para que la hipoteca quede válidamente constituida es necesario que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad (artículo 1875). Pero en el presente caso el derecho de superficie se constituyó mediante el otorgamiento entre ambas partes de la escritura pública de fecha 5 de junio de 2002, que tuvo acceso al Registro de la Propiedad, posibilitando así la constitución de garantía hipotecaria sobre tal derecho, sin que pueda sostenerse la infracción de tales normas por el hecho de que la Audiencia haya considerado -acertadamente- que las mismas no pueden aplicarse al supuesto planteado por la parte recurrente en el cual pretende forzar a la contraria a otorgar escritura pública de modificación de la anterior -que habría de tener acceso al Registro de la Propiedad- variando el plazo de ejecución de la obra cuando no ha existido acuerdo de las partes sobre ello.

QUINTO.- El segundo motivo se refiere a la infracción de lo dispuesto por el artículo 7.2 del Código Civil al no haber apreciado la sentencia recurrida abuso de derecho en la actuación de la entidad demandante derivado del hecho de no haber accedido a modificar las condiciones del contrato celebrado.

Como señalan, entre otras, las sentencias de esta Sala de 20 de junio de 2008 y 22 de junio de 2010 , «en cuanto al abuso del derecho se debe destacar, con la sentencia de 21 de septiembre de 2007 , que constituye un límite al derecho subjetivo, y de ahí su carácter de remedio extraordinario, su índole excepcional y su alcance singularmente restrictivo. Sólo procede invocarlo y, consiguientemente, apreciarlo, como institución de equidad, cuando el derecho se ejercita con intención bien definida de causar daño a otro o utilizándolo de modo anormal o contradictor de la armónica convivencia social. Su apreciación exige, pues, que la base fáctica ponga de manifiesto las circunstancias objetivas (anormalidad en el ejercicio) y las subjetivas (voluntad de perjudicar o ausencia de interés legítimo) que caracterizan su existencia, que viene determinada por la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima en el ejercicio del derecho, y por la objetiva de exceso en su ejercicio (Sentencia de 14 de diciembre de 2007 , que cita las de 14 de octubre de 2004 y 8 de mayo de 2006 , entre las más recientes)».



De ahí que difícilmente pueda sostenerse la existencia de abuso del derecho cuando, en el cumplimiento de un contrato sinalagmático, una de las partes se resiste a modificar en su perjuicio lo previamente convenido, que es la situación que se encuentra presente en el caso, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

SEXTO.- El tercer motivo se refiere a la inaplicación por la sentencia recurrida de la cláusula "rebus sic stantibus", en relación con los artículos 82.2 de la Ley Hipotecaria y los artículos 1255 , 1256 y 1258 del Código Civil .

Basta para rechazar el motivo la cita de la sentencia de esta Sala núm. 336/2009, de 21 mayo , que señala como condiciones exigidas para la "siempre excepcional" aplicación de la llamada "cláusula rebus sic stantibus", la «*alteración extraordinaria de las circunstancias originales, desproporción exorbitante y fuera de todo cálculo entre las prestaciones de las partes e imprevisibilidad de la alteración sobrevenida (SSTS 1-3-07 , 21-2-90 y 17-5-86)*», circunstancias no presentes en el caso ya que la demora en la obtención de la licencia urbanística no es un hecho imprevisible, la sentencia impugnada parte de que tal demora se debió a la propia actuación de la ahora recurrente e incluso la licencia se obtuvo en fecha 18 de febrero de 2005 mientras que el plazo de ejecución se extendía hasta junio de 2006 y, no obstante, ni siquiera se inició la ejecución de la obra.

SEPTIMO.- La desestimación del recurso lleva consigo la imposición de costas a la parte recurrente de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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 casación interpuesto por la representación procesal de **Asociación de Empresarios Mayoristas del Mercado Central de Frutas y Hortalizas de Madrid** contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20ª) de fecha 1 de junio de 2009, en Rollo de Apelación nº 75/2008 dimanante de autos de juicio ordinario número 837/2006, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 48 de dicha ciudad, en virtud de demanda interpuesta por la entidad **Mercados Centrales de Abastecimiento de Madrid S.A. (Mercamadrid)** contra la hoy recurrente, la que **confirmamos** y condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas el presente recurso y por el de infracción procesal que no fue admitido.

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.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- **Antonio Salas Carceller**.- Encarnacion Roca Trias.- Ignacio Sancho Gargallo.- Rafael Gimeno-Bayon Cobos.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Antonio Salas Carceller** , 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.