

Id Cendoj: 28079110012009100510
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 559/2005
Nº de Resolución: 541/2009
Procedimiento: Casación
Ponente: ROMAN GARCIA VARELA
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Contrato de permuta relativo a la cesión de un solar a cambio de la entrega locales, garajes y viviendas libres de cargas y gravámenes y la suscripción de las correspondientes escrituras de obra nueva y división horizontal. La teoría del título y el modo. Solicitud de la nulidad de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria otorgada por la parte demandada con una Caja de Ahorros. No se ha efectuado en la demanda petición alguna sobre el incumplimiento de sus obligaciones por la permutante constructora.

SENTENCIA

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

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto por don Leonardo y don Nicolas , representados ante esta Sala por la Procuradora doña Esmeralda González García del Río, contra la sentencia dictada, con fecha 11 de enero de 2005, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Ávila, en el rollo de apelación nº 378/04, dimanante de autos de juicio de mayor cuantía seguidos con el nº 233/2000 ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Arenas de San Pedro.

Ha sido parte recurrida "**CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ÁVILA**" , representada ante esta Sala por la Procuradora doña Matilde Marín Pérez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1º.- El Procurador don Carlos Alonso Carrasco, en nombre y representación de don Leonardo y don Nicolas , promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía, turnada al Juzgado de Primera Instancia de Arenas de San Pedro, sobre acción de nulidad de escritura de préstamo con garantía hipotecaria, contra "**CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ÁVILA**" y "**CONSTRUCCIONES EN GENERAL JULIO DE LA FUENTE**" , en la que, tras alegar hechos y fundamentos de derecho, suplicó al Juzgado: " (...) Se dicte sentencia por la que se contengan los siguientes pronunciamientos: 1º.- Que se declare la nulidad de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 15 de noviembre de 1996, otorgada ante el Notario del Ilustre Colegio de Madrid, don Benito Martín Ortega. 2º.- Que se condene a los demandados al pago de las costas del presente procedimiento".

2º.- Admitida a trámite la demanda, el Procurador don Antonio García García, en nombre y representación de "**CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ÁVILA**" , la contestó, suplicando al Juzgado: " (...) En su día, dictar sentencia por la que: Sin entrar a conocer del fondo del asunto se estime la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y se absuelva en la instancia a mi representada, con imposición de costas a los demandantes. Subsidiariamente, si se desestimase la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, se entre a conocer del fondo del asunto, y se desestime completamente la demanda, absolviendo de la misma a mi representada, con imposición de costas a los demandantes".

3º.- El Juzgado de Primera Instancia de Arenas de San Pedro dictó auto, en fecha 16 de enero de 2001 , cuya parte dispositiva dice literalmente: "Acuerdo declarar la inadecuación del procedimiento, acordando que los autos sean tramitados de acuerdo con las normas reguladoras del juicio declarativo de mayor cuantía". (Auto que fue confirmado por la Audiencia Provincial de Ávila, por resolución de fecha 28 de

septiembre de 2001).

4º.- En trámite de réplica el Procurador don Carlos Alonso Carrasco, en la representación acreditada, suplicó al Juzgado: " (...) Dikte sentencia en los términos expresados en el suplico de nuestro escrito inicial de demanda, que damos aquí por íntegramente reproducido".

5º.- Evacuando el traslado conferido para dúplica, el Procurador don Antonio García García, en nombre y representación de "**CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ÁVILA**", suplicó al Juzgado: " (...) Dictar sentencia conforme a los solicitado en el suplico del escrito de contestación a la demanda".

6º.- El Juzgado de Primera Instancia de Arenas de San Pedro dictó sentencia, en fecha 22 de enero de 2004 , cuya parte dispositiva dice literalmente: "Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales don Carlos Alonso Carrasco, actuando en nombre y representación de don Leonardo y de don Nicolas , contra "**CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ÁVILA**" y contra "**CONSTRUCCIONES EN GENERAL JULIO DE LA FUENTE**", y, en su virtud, debo absolver y absuelvo a los demandados de las peticiones contra ellos formuladas, todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora".

7º.- Apelada la sentencia de primera instancia, y, sustanciada la alzada, la Audiencia Provincial de Ávila dictó sentencia, en fecha 11 de enero de 2005 , cuyo fallo se transcribe textualmente: "Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de don Leonardo contra la sentencia de fecha 22 de enero de 2004 dictada por la Sra. Juez de Primera Instancia de Arenas de San Pedro en el juicio ordinario declarativo de mayor cuantía nº 233/2000 del que el presente rollo dimana, y confirmamos íntegramente la misma, con imposición de las costas causadas en esta alzada a la parte apelante".

SEGUNDO.- 1º.- La representación procesal de don Leonardo y don Nicolas , presentó el día 2 de marzo de 2005 escrito de interposición de recurso de casación contra la sentencia dictada, con fecha 11 de enero de 2005, por la Audiencia Provincial de Ávila (Sección Primera), en el rollo de apelación nº 378/04, dimanante de los autos de juicio de mayor cuantía nº 233/2000 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Arenas de San Pedro.

2º.- **Motivos del recurso de casación** . 1º) Al amparo del *artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , por infracción de los *artículos 1857.2 y 1462 del Código Civil* ; 2º) al amparo del *artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , por inaplicación de la doctrina jurisprudencial contenida, en las sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz de fechas 3 de febrero de 1997, 20 de junio de 1997 y 3 de julio de 1998, de la Audiencia Provincial de Baleares de fecha 9 de enero de 2003 y de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de mayo de 1996, interpretativas de los *artículos 609 y 1462.2 del Código Civil* , y, terminó suplicando a la Sala: " (...) Dikte sentencia por la que estimando los motivos consignados en el presente recurso, declare haber lugar al mismo, casando la sentencia recurrida y dictando en su lugar otra más ajustada a Derecho, por la que estimando nuestra demanda inicial, y revocando la sentencia recurrida y la del Juzgado de Instancia, declare haber lugar a lo solicitado en dicha demanda en la forma interesada en el suplico de la misma, que damos por íntegramente reproducido para evitar innecesarias repeticiones".

3º.- Mediante Diligencia de Ordenación de 4 de marzo de 2005 se tuvo por interpuesto el recurso, acordándose la remisión de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, previo emplazamiento de las partes, apareciendo notificada dicha resolución a los Procuradores de los litigantes.

4º.- La Procuradora doña Esmeralda González García del Río, en nombre y representación de don Leonardo y don Nicolas presentó escrito ante esta Sala el día 18 de marzo de 2005 , personándose en concepto de parte recurrente. La Procuradora doña Matilde Marín Pérez, en nombre y representación de "**CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ÁVILA**" presentó escrito ante esta Sala el día 21 de marzo de 2005 personándose en concepto de parte recurrida.

5º.- La Sala dictó auto, en fecha 25 de marzo de 2008 , cuya parte dispositiva dice literalmente: "1º).- Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Leonardo y don Nicolas , contra sentencia dictada, con fecha 11 de enero de 2005, por la Audiencia Provincial de Ávila (Sección Primera), en el rollo de apelación nº 378/04, dimanante de los autos de juicio de mayor cuantía nº 233/2000 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Arenas de San Pedro. 2º) Y entréguese copia del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a las partes recurridas personadas ante esta Sala, para que, en el plazo de veinte días, formalicen su oposición por

escrito, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría".

TERCERO.- Evacuando el traslado conferido, la Procuradora doña Matilde Marín Pérez, en nombre y representación de **"CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ÁVILA"** , se opuso al recurso de casación formulado de contrario mediante escrito de fecha 26 de junio de 2008, suplicando a la Sala: "(...) Se dicte sentencia por la que se declare no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Procuradora doña María Esmeralda González García del Río, en nombre y representación de don Leonardo y don Nicolas , y se condene a dicha parte recurrente al pago de las costas".

CUARTO.- La Sala señaló para votación y fallo del presente recurso, el día 25 de junio de 2009 , en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Roman Garcia Varela,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Leonardo y don Nicolas demandaron por los trámites del juicio declarativo de menor cuantía a la entidad **"CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE ÁVILA"** y la compañía **"CONSTRUCCIONES EN GENERAL JULIO DE LA FUENTE, S.L."** , y solicitaron la nulidad de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria otorgada por la parte demandada, sobre seis viviendas que los actores consideraban de su propiedad en virtud de un contrato de permuta de un solar por esas mismas viviendas libres de cargas, celebrado por éstos y **"CONSTRUCCIONES EN GENERAL JULIO DE LA FUENTE, S.L."** , e inscrito en el Registro de la Propiedad por esta última.

El Juzgado rechazó la demanda y su sentencia fue confirmada en grado de apelación por la de la Audiencia.

La sentencia de la Audiencia se fundamenta principalmente en los siguientes razonamientos: 1º, que, en el caso de autos, el recurrente no adquiriría el derecho sobre la cosa misma hasta la entrega o tradición, con rechazo de la posibilidad de la *"traditio ficta"* respecto de las viviendas con base en el *artículo 1462.2 del Código Civil* , desde una interpretación literal del contrato litigioso, para concluir que la permuta sólo podía conceder título para la inscripción del solar ya existente, propiedad de los actores (finca 6.693), que la constructora efectuó a su favor en el Registro de la Propiedad; y desde entonces, ésta adquirió la propiedad (vid. *artículos. 2, 8, 9 y 10 de la Ley Hipotecaria*); *otra cuestión es si la constructora, cuando otorgó escritura de obra nueva y división horizontal incumplió su obligación de hacer entrega de las viviendas, libres de cargas, a lo que se había comprometido, lo que no es objeto de este procedimiento* ; 2º, la sentencia de instancia ha declarado que no se vulneró el *artículo 1857.2 del Código Civil* , pues al otorgarse la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal de la edificación levantada, todas las fincas resultantes fueron inscritas a favor de **"CONSTRUCCIONES EN GENERAL JULIO DE LA FUENTE, S.L."** , que aparecía como propietaria del solar, y si no ha cumplido su obligación de entregarlas a los demandantes de primer grado, libres de cargas, ello no puede conllevar la nulidad de la escritura de constitución de préstamo con garantía hipotecaria, ya que la permutante demandada tenía facultades para realizar dicha operación.

Don Leonardo y don Nicolas interpusieron recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, con cobertura en el *artículo 477.2 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , que fue admitido por esta Sala mediante auto de 25 de marzo de 2008 .

SEGUNDO.- El motivo primero de casación acusa la inaplicación de los *artículos 1857.2 y 1462 del Código Civil*, por cuanto que el primero de dichos preceptos establece que constituye requisito esencial de los contratos de hipoteca la pertenencia en propiedad de la cosa a quién la hipoteca, y el segundo dispone que la escritura pública de venta equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato.

El motivo se desestima.

La sentencia recurrida, en su fundamento de derecho segundo, integra la siguiente argumentación:

"Hay que comenzar por decir que el artículo 609 del Código Civil dispone que la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición.

Algo parecido se recoge en el artículo 1095 del mismo Texto respecto a los frutos de la cosa.

De lo que se desprende, que: por medio de un contrato (título) se adquiere el derecho (de obligación) a que le sea entregada una cosa, pero no se adquiere el derecho sobre la cosa misma (derecho real, poder directo y exclusivo sobre ella) hasta la entrega o tradición (modo).

El título es el acto por el que se establece la voluntad de enajenación del derecho. El modo es el acto por el que se realiza efectivamente la enajenación por el transmitente y la correspondiente adquisición por el adquirente. En cierto modo está ligado al título, en que se basa y le da su fundamento jurídico. Es decir, nuestro Derecho acoge la teoría del título y el modo, con el sistema de tradición (modo) basada en el negocio jurídico precedente (título) como tradición causal.

La parte recurrente trata de sostener que el contrato de permuta, desde que fue inscrito en el Registro de la Propiedad, tiene ya una eficacia real, suponiendo esta inscripción una "traditio ficta" respecto de las viviendas (artículo 1462.2 del Código Civil).

El motivo del recurso es inconsistente, pues la permuta es un contrato consensual, sinalagmático, oneroso, que sirve de adquirir la propiedad, y tiene efectos obligatorios; y que obliga a cada uno de los permutantes a transmitir la propiedad de la cosa permutada (vid. SSTs de 11 de mayo de 1964, 24 de octubre de 1983, 31 de octubre de 1986 y 18 de diciembre de 1990).

En el presente caso, la parte recurrente no se percata que en la propia escritura de permuta de fecha 27 de febrero de 1996, en su estipulación 3ª se hace constar que la Sociedad << "CONSTRUCCIONES EN GENERAL JULIO DE LA FUENTE, S.L.", se obliga frente a don Leonardo y su esposa doña Gregoria y don Conrado y su esposa doña Ofelia , a hacerles entrega (...) de las seis viviendas (...), en el plazo máximo de treinta meses (...), en el que deberá haberse declarado la terminación de obra y obtenido cédula de habitabilidad o primera ocupación. Dicha entrega se formalizará mediante la correspondiente escritura de adjudicación>>, comprometiéndose a entregar las participaciones indivisas libres de cargas.

Repárese, además, que el pacto suscrito entre las partes es el siguiente: <<La permuta del solar descrito (finca existente, real e inscrita) por una participación indivisa en determinadas fincas integrantes del edificio que la Sociedad adquirente construirá sobre dicho solar (...). La escritura de permuta sólo podía conceder título para la inscripción del solar ya existente, propiedad de los actores, que la constructora inscribió a su favor. Al inscribirse, ésta adquirió la propiedad>>".

Esta Sala acepta los razonamientos de la sentencia de instancia recién expresados.

No ha existido infracción por inaplicación del artículo 1857.2 del Código Civil , toda vez que en el momento de constitución de la hipoteca, las fincas referidas por los recurrentes pertenecían en pleno dominio a **"CONSTRUCCIONES EN GENERAL JULIO DE LA FUENTE, S.L."** , a cuyo favor aparecían inscritas en el Registro de la Propiedad.

Tampoco ha habido transgresión por inaplicación del artículo 1462, ya que el párrafo segundo de este precepto dispone que *"cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario"* .

La sentencia recurrida considera como hechos probados que no existió inicialmente *"traditio"* de la cosa, debido a que en la escritura de 27 de febrero de 1996, se pactó un compromiso de entrega en el futuro y la necesidad de otorgar la escritura pública de adjudicación para que se produjera la transmisión; y en la escritura de subsanación de 1 de marzo de 1996, se previó una *cláusula penal de 1.000.000* de pesetas, por cada mes que se retrasase la entrega de los elementos comprometidos, una vez finalizada la obra en el plazo acordado, que eran treinta meses, lo que supone que la entrega de las viviendas se produciría en fecha posterior, por lo que no tuvo lugar la *"traditio ficta"* , y ello por aplicación de lo dispuesto en el propio artículo 1462 .

La escritura de permuta únicamente facilitaba el título para la inscripción del solar, que la constructora registró a su nombre y, desde ese instante, obtuvo la titularidad dominical del inmueble.

Asimismo, constan como hechos probados en la instancia que, el 14 de julio de 1998, y ante la Notaría de Sotillo de la Adrada doña Almudena Martínez Tomás, con el número 542 de su protocolo, la entidad constructora suscribió escritura de división de fincas y entrega de contraprestación a don Leonardo y don Nicolas , que recibieron los locales, plazas de garaje y trasteros que la constructora debía entregar en virtud del contrato de permuta, pero no otorgó escritura respecto de las viviendas, que, además, estaban

hipotecadas.

Por último, esta Sala tiene declarado, en sentencia de 27 de abril de 2009, que es cierto que en los contratos similares al ahora examinado la posición del transmitente del solar frente a los incumplimientos de su adquirente queda manifiestamente debilitada por la desventaja que supone desprenderse de su propiedad sobre lo transmitido a cambio de un derecho meramente personal o de crédito, sin que algunas de las posibles garantías imaginables para proteger su derecho, como sería la reserva de dominio, resulten idóneas para la mayoría de estos contratos, dado que el adquirente del solar normalmente lo hipotecará para poder financiar la edificación. Sin embargo, esa debilidad de la posición jurídica del transmitente no es razón bastante para alterar nuestro sistema de transmisión del dominio al margen del Código Civil y de la Ley Hipotecaria, y habrá de ser en el ordenamiento jurídico donde se busquen garantías que refuercen el derecho de crédito del transmitente del solar mediante, por ejemplo, seguros de caución o avales bancarios a primer requerimiento.

TERCERO.- El motivo segundo del recurso por interés casacional, con cobijo en el *artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, reprocha la infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz de 3 de febrero de 1997, 20 de junio de 1997 y 3 de julio de 1998, de la Audiencia Provincial de Baleares de 9 de enero de 2003 y de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de mayo de 1996, interpretativas de los *artículos 609 y 1462.2 del Código Civil*.

Es motivo se desestima.

En los recursos de casación de que conozca la Sala Primera del Tribunal Supremo, cabe apreciar el interés casacional en los siguientes casos: 1º, cuando la sentencia recurrida de oponga a la doctrina jurisprudencial de dicho Alto Tribunal, es decir, a un conjunto de dos o más sentencias dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en aplicación de los mismos *preceptos utilizados en la sentencia de segunda instancia* susceptible de casación; 2º, cuando la sentencia recurrida resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, esto es, dos o más resoluciones emanadas de diferentes Audiencias Provinciales que se manifiesten de forma y manera contradictoria sobre unas mismas cuestiones y en aplicación de unos mismos preceptos legales; y 3º, cuando la sentencia recurrida aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que no exista doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

No se ha tenido en cuenta en el motivo la exigencia legal de dichos presupuestos, por lo que el motivo perezca.

SEXTO.- En consecuencia, procede la desestimación del recurso de casación, con la condena a la parte recurrente de las costas causadas en el mismo (*artículos 394 y 398 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 don Leonardo y don Nicolas contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Ávila en fecha de once de enero de dos mil cinco. Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas causadas en este recurso. Comuníquese esta sentencia a la referida Audiencia con devolución de los autos y rollo en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Roman Garcia Varela; Francisco Marin Castan; Jose Antonio Seijas Quintana; Encarnacion Roca Trias; Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Firmado y rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Roman Garcia Varela, 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.