

Roj: STS 4426/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4426
Id Cendoj: 28079110012014100557

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 3261/2012

Nº de Resolución: 618/2014

Procedimiento: CIVIL

Ponente: ANTONIO SALAS CARCELLER

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de Noviembre de dos mil catorce.

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 Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 475/09, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de El Prat de Llobregat; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de **Banco Cam, S.A.U.**, como sucesor universal de los derechos y obligaciones de Caja de Ahorros del Mediterráneo, representado ante esta **Sala** por el Procurador de los Tribunales don Ramón Rodríguez Nogueira; siendo parte recurrida **Atices, S.L.U.**, representado por el Procurador de los Tribunales don Víctor García Montés. Autos en los que también ha sido parte Lovipro, Servicios Inmobiliarios, S.L. que no se ha personado ante este Tribunal Supremo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio ordinario, promovidos a instancia de la mercantil Atices, Sociedad Limitada sociedad unipersonal contra Lovipro Servicios Inmobiliarios, S.L. y la Caja de Ahorros del Mediterráneo (CAM).

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 por la que se les condene debiendo Lovipro pasar por otorgar escritura pública de formalización de entrega y adjudicación a favor de mi representada Atices, S.L. de las viviendas sitas en El Prat de Llobregat, calle Enrique Morera nº 64 y 66 identificadas como: Vivienda situada en planta primera alta, Puerta Segunda, Vivienda situada en la planta segunda alta, Puerta Primera, ambas de la escalera A, y plazas de aparcamiento números, Uno, Dos, Tres y Cuatro, libres de toda carga y gravamen así como de arrendatarios y ocupantes y al corriente en el pago de tributos de todas clases y gastos de comunidad, con expreso apercibimiento de que en caso de no hacerlo se procederá por el Juzgado a otorgarla en su nombre y se acuerde la nulidad de pleno derecho de la hipoteca constituida por Lovipro Servicios Inmobiliarios, S.L. a favor de Caja de Ahorros del Mediterráneo, como acreedor hipotecario, en escritura pública de fecha 19 de enero de 2005, sobre dichas fincas, acordándose asimismo la nulidad de la inscripción registral de dicha hipoteca, y ordenándose la cancelación de cuantas inscripciones resulten contradictorias con el derecho de propiedad de mi mandante Atices, S.L., más la cantidad que resulte en concepto de intereses legales que se devenguen a partir de la interposición de la presente demanda aplicados sobre el valor de dichas fincas IVA incluido, con expresa imposición de las costas procesales solidariamente a las demandadas."*

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de Caja de Ahorros del Mediterráneo (CAM), 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 desestimando íntegramente los pedimentos de la demanda y condenando a la actora a las costas del procedimiento."*

Por providencia de fecha 20 de abril de 2010, se acordó declarar en rebeldía a la demandada Lovipro Servicios Inmobiliarios, S.L.

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

4.- El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 8 de octubre de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: *Primero.- Que debo estimar y estimo sustancialmente la demanda formulada por el procurador de los Tribunales Sr. Feixó Bergada, en nombre y representación de Atices SL contra Lovipro Servicios Inmobiliarios SL y en consecuencia debo condenar a Lovipro Servicios Inmobiliarios SL a que entregue mediante escritura pública a Atices SL el pleno dominio de las viviendas sitas en C/ Enrique Morera n 64 y 66 de El Prat de Llobregat identificadas como vivienda situada en planta primera alta, puerta segunda, vivienda situada en la planta segunda alta, puerta primera, ambas de la escalera A y plazas de aparcamiento nº uno, dos tres y cuatro, como resto del precio de venta aplazado en la escritura pública de 15 de junio de 2004, libres de toda carga y gravamen, así como de arrendatarios y ocupantes y al corriente en el pago de tributos de todas clases y gastos de comunidad, debiendo abonar Lovipro Servicios Inmobiliarios SL las costas ocasionadas a la parte actora.- Segundo.- Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por la representación procesal de Atices SL contra Caja de Ahorros del Mediterráneo, absolviendo a dicha demandada de las pretensiones deducidas en su contra, con imposición a la actora de las costas causadas a la codemandada absuelta Caja de Ahorros del Mediterráneo.*"

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación Atices, S.L. sociedad unipersonal, y sustanciada la alzada, la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 19 de septiembre de 2012 , cuyo Fallo es como sigue: "*Estimamos el recurso de apelación interpuesto por "Atices S.L" contra la sentencia de 8.10.10 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de el Prat de Llobregat que revocamos en cuanto absuelve a los demandados de la acción de declaración de nulidad de la Hipoteca y en lugar de tal pronunciamiento emitimos otro por el que se declara la nulidad de la hipoteca constituida por "Lovipro Servicios Inmobiliarios S.L." a favor de "Caja de Ahorros del Mediterráneo" como acreedor hipotecario sobre las viviendas sitas en Prat de Llobregat, C/ Enrique Morera n ° 64 y n ° 66 identificadas como vivienda situada en la planta primera alta , puerta segunda, vivienda situada en la planta segunda alta, puerta primera. ambas escalera A y plazas de aparcamiento uno, dos tres y cuatro, acordándose asimismo la nulidad de la inscripción registral de dicha hipoteca, con expresa imposición de las costas de la primera instancia a Caja de Ahorros del Mediterráneo, sin mención sobre las devengadas en la alzada.*"

TERCERO.- El procurador don **Antonio** María Anzizu Furest, en nombre y representación de **Banco CAM S.A.U. (CAM)**, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación por interés casacional; fundado el primero, como motivo único y al amparo del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva garantizada por el artículo 24.1 de la Constitución Española ; y el de casación, por interés casacional al amparo del artículo 477.1.3º de la misma Ley , por infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con los derechos del acreedor hipotecario, con cita como infringida de la doctrina de esta **Sala** expresada en diferentes sentencias.

CUARTO.- Se dictó auto de fecha 3 de septiembre de 2013 acordando la admisión de ambos recursos, así como que se diera traslado de los mismos a la recurrida, **Atices SL** , que se opuso a su estimación mediante escrito presentado en su nombre por el procurador don Víctor García Montes.

QUINTO.- No habiéndose solicitado la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 21 de octubre de 2014.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos esenciales de los que nace el litigio vienen reflejados en el fundamento de derecho segundo de la sentencia hoy recurrida, siendo en síntesis los siguientes:

A) Mediante escritura pública de 15 de Junio de 2004 Atices SL celebró con Lovipro Servicios Inmobiliarios SL un contrato de compraventa sobre un edificio industrial destinado a derribo, sito en C/ Enrique Morera Nº 64-66 de El Prat de Llobregat por precio de 1.251.518,16 #, recibido por la vendedora a excepción de 350.000 #, quedando aplazada dicha cantidad y pactándose que se pagaría mediante la entrega del pleno dominio de dos viviendas y cuatro plazas de garaje en la futura edificación a construir, figurando en la escritura tanto el valor de cada una de las viviendas como de las plazas de garaje. Se fijó el plazo de treinta meses para finalizar las obras y el de quince días, a contar desde su recepción definitiva, para entregar los elementos fijados como precio en perfectas condiciones de uso y habitabilidad, libres de toda carga y gravamen así

como de arrendatarios y ocupantes y al corriente del pago de tributos de todas clases así como de gastos de comunidad. La CAM, ahora demandada, concurrió al otorgamiento del contrato por medio de representante y constituyó un aval, por importe de 200.000 #, que garantizaba la "entrega libre de cargas y gravámenes de 4 plazas de aparcamiento y dos viviendas en el edificio de la c/ Enric Morera,64". El documento constitutivo del aval se incorporó a la escritura y en el mismo se expresa "Compromiso u obligación garantizada: entrega libre de cargas y gravámenes de 4 plazas de aparcamiento y 2 viviendas en el edificio de la C/ Enric Morera, 64" y lo firma CAM, Lovipro Servicios Inmobiliarios SL y el notario autorizante, incorporándose asimismo los planos del nuevo edificio a construir.

B) El 19 de enero de 2005, Lovipro Servicios Inmobiliarios SL otorgó escritura de declaración de obra nueva en construcción y división en régimen de propiedad horizontal, con descripción de la finca resultante en la que figuran las plazas de aparcamiento y las viviendas litigiosas.

C) En la misma fecha se otorgó por Lovipro Servicios Inmobiliarios SL escritura pública de hipoteca sobre las fincas objeto del contrato (viviendas y plazas de garaje), a favor de CAM en garantía de préstamo hipotecario

D) El 19 de junio de 2007 CAM notifica a Atices SL, en calidad de beneficiario del aval, que la fecha de su vencimiento y caducidad era el 15 de diciembre de 2006, y que se encuentra "cancelado y sin efecto de ninguna clase", habiendo sido devuelto el original.

E) El 29 de julio de 2008 se dicta auto de sobreseimiento en las diligencias penales incoadas a instancia de Atices SL contra el legal representante y demás responsables de Lovipro Servicios Inmobiliarios SL, por considerar que se trata de una cuestión civil sobre incumplimiento de contrato.

SEGUNDO.- Por Atices SL se formula la demanda que da lugar al presente pleito con fecha 20 de octubre de 2009 y el 5 de enero de 2010 la codemandada CAM promueve autos de ejecución de la hipoteca frente a Lovipro Servicios Inmobiliarios SL, suspendiéndose los autos del procedimiento ejecutivo a la espera de resolución firme en el procedimiento ordinario.

En el "suplico" de la demanda se solicitó que se condenara a la promotora a entregar a Atices SL, mediante otorgamiento de escritura pública, las dos viviendas y cuatro plazas de garaje objeto del contrato, libres de toda carga y gravamen así como de arrendatarios y ocupantes, y al corriente en el pago de tributos de todas clases y gastos de comunidad, así como al pago de las costas; e igualmente que se declarara la nulidad de las hipotecas constituidas a favor de CAM, a la que también se demanda, con imposición de costas.

La entidad Lovipro Servicios Inmobiliarios SL fue declarada en rebeldía, mientras que CAM se opuso a la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia de fecha 8 de octubre de 2010 por la cual estimó íntegramente la primera de las pretensiones y rechazó la segunda, haciendo los oportunos pronunciamientos sobre costas.

Dicha sentencia fue recurrida en apelación por la demandante Atices SL y la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª) dictó sentencia de fecha 19 de septiembre de 2012 por la cual estimó el recurso y declaró la nulidad de la hipoteca constituida por Lovipro Servicios Inmobiliarios SL a favor de CAM, como acreedor hipotecario, sobre las viviendas sitas en Prat de Llobregat, C/ Enrique Morera nº 64 y nº 66 identificadas como vivienda situada en la planta primera alta, puerta segunda, vivienda situada en la planta segunda alta, puerta primera, ambas escalera A y plazas de aparcamiento uno, dos, tres y cuatro, acordándose asimismo la nulidad de la inscripción registral de dicha hipoteca, con expresa imposición de las costas de la primera instancia a CAM, sin mención sobre las devengadas en la alzada.

Contra dicha sentencia recurre por infracción procesal y en casación Banco CAM S.A.U.

TERCERO.- La sentencia impugnada, tras hacer referencia al resultado de las diligencias seguidas en vía penal, cuyo resultado no vincula en el caso presente al juez civil, dice que «es abundante la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que concede al acreedor hipotecario la cualidad de tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, siempre que concurra en él la buena fe exigida por dicho precepto, en el caso en el que el titular registral constituya la hipoteca sobre la finca después de haberla enajenado, y para el supuesto en que no exista constancia registral de dicha ulterior transmisión y, por tanto, el Registro publique, sin limitación alguna, la titularidad de quien otorga la hipoteca. Cabe citar así la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 29-9-2003, nº 906/2003, recurso 4070/1997, que, planteada la cuestión, establece empero, que la cuestión no es tan sencilla puesto que la apariencia creada por la inscripción exige ponderar, no obstante que la cosa

hipotecada no fuera propia del otorgante de la hipoteca unilateral al tiempo de la inscripción, si se puede excluir la aplicación saneadora del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (sic) . El tema esencial, por tanto, es advertir de la mala fe del acreedor hipotecario respecto de un derecho real de hipoteca constituido cuando los bienes hipotecados previamente son objeto de un derecho de crédito y ello lo conoce no solamente el hipotecante sino también la entidad de crédito».

Recurso extraordinario por infracción procesal

CUARTO.- El único motivo se formula por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva garantizada por el artículo 24.1 de la Constitución Española denunciando error patente de la sentencia recurrida, que causa indefensión, "al aplicar las consecuencias previstas del artículo 34 LH a un supuesto de hecho totalmente distinto".

El motivo se desestima porque no denuncia un error de hecho en la valoración de la prueba, supuesto en el cual -de modo excepcional- esta **Sala** ha admitido la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española , denunciable al amparo del artículo 469.1.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil siempre que se trate de un error evidente, sino que lo que se denuncia es la improcedencia de aplicar al caso lo previsto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria respecto del "tercero hipotecario" y el requisito de la buena fe en su actuación para que pueda ser de aplicación el beneficio que dicha norma comporta, lo que constituye la cuestión planteada en el único motivo de casación donde, en consecuencia, habrá de ser abordada dicha cuestión.

Recurso de casación

QUINTO.- El único motivo del recurso se refiere a la infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en relación con los derechos del acreedor hipotecario en el caso de constitución de hipoteca por parte de los titulares legítimos del dominio en permutas de solar por edificación futura, por entender la parte recurrente que la aplicación de dicha doctrina jurisprudencial no conduce a la declaración de nulidad de las hipotecas constituidas.

Es cierto que, como sostiene la parte al formular su recurso, son numerosas las sentencias de esta **Sala** que reiteran la aplicación en nuestro derecho de la exigencia de título y de modo para la adquisición del dominio y la posibilidad de quien es dueño de gravar el bien inmueble de su propiedad con una hipoteca, incluso en el caso de que esté obligado a entregarlo en un futuro a tercero libre de cargas y de gravámenes. Por tanto ha de reiterarse la doctrina que en tal sentido ha sostenido la **Sala** en las sentencias de 17 mayo 1995 , 7 febrero y 25 noviembre 2008 , y 6 julio 2009 , citadas por la parte recurrente y en otras muchas.

Pero distinta es la cuestión referida a si la falta de concurrencia de los criterios que fundamentan la protección del tercero según el artículo 34 de la Ley Hipotecaria pueden ser de aplicación a un caso como el ahora enjuiciado.

Esta **Sala**, en sentencia núm. 1083/2008, de 25 noviembre , expresa un criterio que "a sensu contrario" puede conducir a tal solución. Se dice que *«en definitiva, al constituirse la hipoteca la Caja de Ahorros demandada era ajena a los contratos que el promotor hubiera podido celebrar con compradores de viviendas en construcción, ya que no se había producido aún la entrega de ninguna de ellas. Por tanto ninguna consecuencia perjudicial puede sufrir por el hecho de que el promotor ya hubiera celebrado algunos de esos contratos, pues la hipoteca se estaba constituyendo de acuerdo con quien era dueño único de la finca hipotecada. Sólo forzando hasta el extremo las normas citadas puede entenderse que la Caja de Ahorros "facilitaba" o "suministraba" a los consumidores las viviendas en construcción, y sólo prescindiendo del sistema de transmisión del dominio y los demás derechos reales establecido en el art. 609 CC puede sostenerse que la Caja de Ahorros viniera obligada a indagar quiénes habían comprado viviendas en construcción en documento privado para informarles de que el promotor iba a hipotecar la finca y pedirles su consentimiento...».*

En este caso no cabe duda de que la CAM, ahora recurrente, no era ajena al contrato celebrado y era concedora de que el deudor hipotecario-Lovipro Servicios Inmobiliarios SL- había contraído la obligación de entregar las viviendas y plazas de garaje litigiosas "libres de cargas y de gravámenes" ya que incluso se había constituido en garante ante Atices SL del cumplimiento correcto de dicha obligación mediante la constitución de un aval. De ahí que la aplicación del criterio de la falta de buena fe según lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no supone la vulneración de dicha norma, aún más si la misma se conecta con la exigencia general de buena fe contenida en el artículo 7 del Código Civil y la evitación del fraude de ley que supondría el hecho de poder facilitar al obligado el incumplimiento de una obligación precisamente quien se constituyó



en garante de su adecuada satisfacción ante el acreedor de la prestación consistente en la entrega de los inmuebles libres de cargas y gravámenes.

Por ello, el motivo ha de ser desestimado.

SEXTO.- La desestimación de ambos recursos conlleva la imposición a la parte recurrente de las costas causadas por los mismos (artículos 394.1 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y la pérdida del depósito constituido de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional 15ª.9 de la Ley orgánica del Poder Judicial .

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 a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación** interpuestos por la representación procesal de **Banco CAM S.A.U** contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 17ª) de fecha 19 de septiembre de 2012, en Rollo de Apelación nº 478/2011 dimanante de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de el Prat de Llobregat con el número 475/2009, en virtud de demanda interpuesta por **Atices SL** contra la hoy recurrente y otra, la que **confirmamos y condenamos** a la recurrente al pago de las costas causadas por ambos recursos con pérdida del depósito constituido.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jose **Antonio** Seijas Quintana.- **Antonio Salas Carceller**.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Eduardo Baena Ruiz.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jose Luis Calvo Cabello.- 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.