



Roj: **STS 3103/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3103**

Id Cendoj: **28079110012018100483**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/09/2018**

Nº de Recurso: **257/2016**

Nº de Resolución: **499/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 499/2018

Fecha de sentencia: 14/09/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 257/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/07/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

Procedencia: Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.ª

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: L.C.S.

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 257/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Mª Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 499/2018

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**

D. Eduardo Baena Ruiz

D.ª M.ª Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 14 de septiembre de 2018.



Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación, interpuesto contra la sentencia de fecha 2 de diciembre de 2015, dictada en recurso de apelación 567/2015, de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, dimanante de autos de juicio ordinario 691/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alicante; recurso interpuesto ante la citada Audiencia por Dña. Melisa, representada en las instancias por el procurador D. Carlos Roger Belli, bajo la dirección letrada de D. Pedro José Munuera Suances, compareciendo ante este tribunal en su nombre y representación el procurador D. Florencio Aráez Martínez en calidad de recurrente y en calidad de recurrido se persona la mercantil Intermobiliaria S.A. y Bankinter S.A., representado por el procurador D. Ricardo Molina Sánchez Herruzo, bajo la dirección letrada de D. Juan Ramón Calero García.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Arroyo Fiestas**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-1.- Dña. Melisa, representada por el procurador D. Carlos Roger Belli y asistido del letrado D. Pedro José Munuera Suances, interpuso demanda de juicio ordinario contra Intermobiliaria S.A. y Bankinter S.A. y, alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia:

«Por la que:

»Se declare la nulidad -por concurrir dolo o alternativamente por concurrir error sobre la sustancia de la cosa- de la escritura de compraventa de finca urbana con subrogación en préstamo hipotecario, con modificación de hipoteca otorgado ante el notario de Torrevieja D. Miguel Ángel Robles Perea el día 70 de julio de 2012 bajo el número 2.301 de su protocolo, celebrada entre Intermobiliaria, S.A. en calidad de vendedora, Bankinter, S.A. en calidad de acreedor hipotecario y Melisa como compradora.

»Se declare la obligación de restitución de las recíprocas prestaciones y así:

»a) A cargo de Dña. Melisa, la obligación de devolución del local comercial sito en Alicante, calle Roselló núm. 23 bajo izquierda a Intermobiliaria, S.A.

»b) A cargo de Bankinter, S.A., a liberar a la demandante del reconocimiento de deuda por el capital pendiente de amortizar del préstamo que grava el citado inmueble otorgado en la precitada escritura pública.

»c) A cargo de Intermobiliaria, S.A., a devolver a la demandante los 8.000 euros recibidos a cuenta del precio y a indemnizar a Dña. Melisa en la cantidad de 4.903,37 euros satisfechos por gastos de notaría, registro de la propiedad, impuesto de AJD, gestoría y tasación, más el capital del préstamo amortizado por la demandante hasta la efectiva restitución de las prestaciones y los intereses del préstamo hipotecario que se devenguen hasta la efectiva restitución de prestaciones.

»Condenando a las demandadas a estar y pasar por las anteriores declaraciones, con expresa condena en costas.

»Alternativamente, declarando la nulidad por abusiva de la cláusula séptima de la escritura de compraventa de finca urbana con subrogación en préstamo hipotecario con modificación de hipoteca, otorgado ante el notario de Torrevieja D. Miguel Ángel Robles Perea el día 10 de julio de 2012 bajo el número 2.301 de su protocolo, celebrada entre Intermobiliaria, S.A. en calidad de vendedora, Bankinter, S.A. en calidad de acreedor hipotecario y Melisa como compradora, se declare la resolución de la citada escritura, condenándose a la demandada a la devolución de 8.000,00 euros percibidos a cuenta del precio y a asumir personal y exclusivamente la responsabilidad del préstamo hipotecario que grava el local, quedando liberada la demandante de dicha obligación, condenando a la codemandada Bankinter, S.A. a estar y pasar por esta última declaración liberatoria de la responsabilidad de la demandante respecto al préstamo, y condenando a Intermobiliaria a la indemnización por daños y perjuicios en la cantidad de 4.903,37 euros satisfechos por gastos de notaría, registro de la propiedad, impuesto de AJD, gestoría y tasación, más el capital del préstamo amortizado por la demandante hasta la efectiva restitución de las prestaciones y los intereses del préstamo hipotecario devengados hasta la interpelación judicial y aquellos que se devenguen hasta la efectiva restitución de prestaciones.

»Con imposición de intereses desde la interpelación judicial y costas».

2.- Los demandados Intermobiliaria S.A. y Bankinter S.A., representados por el procurador D. Ricardo Molina Sánchez-Herruzo y bajo la dirección letrada de D. Juan Ramón Calero García, comparecieron contestando a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideraron de aplicación y terminaron suplicando al juzgado dictase en su día sentencia:



«Por la que desestime íntegramente la demanda de la parte actora, absolviendo a mis representadas de todas sus pretensiones, y con expresa condena en costas a la demandante».

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Alicante se dictó sentencia, con fecha 26 de mayo de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallo. Que desestimo la demanda interpuesta por el procurador Sr. Roger Belli en nombre y representación de Dña. Melisa contra Intermobiliaria S.A. y Bankinter S.A. Condenando a la actora a abonar las costas procesales».

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandante, la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Alicante dictó sentencia, con fecha 2 de diciembre de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Carlos Roger Belli en representación de Dña. Melisa contra la sentencia 97/15 dictada por el Sr. magistrado juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de la ciudad de Alicante en fecha 26 de mayo de 2015 y en los autos de los que dimana el presente rollo, y en su consecuencia confirmar como confirmamos íntegramente la misma al estar ajustada a derecho, con imposición de las costas de esta alzada a la parte recurrente al ser preceptivas».

TERCERO.- 1.- Por Dña. Melisa se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación por razón de interés casacional, por vulneración de jurisprudencia del Tribunal Supremo al amparo de lo dispuesto en el art. 481 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el 477.2.3 de la misma Ley .

El recurso extraordinario por infracción procesal basado en el siguiente:

Motivo único.- Al amparo del art. 469.1.2 LEC en relación con los arts. 217.6 LEC y 81.1.2 LGDCU . Infracción de las normas relativas a la carga de la prueba, incumbía probar a la mercantil demandada que la cláusula séptima de la escritura de compraventa fue negociada individualmente.

El recurso de casación basado en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Al amparo del art. 477.2.3.º LEC , por inaplicación de lo dispuesto en el art. 1269 del Código Civil . Existencia de interés casacional por desconocimiento u oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia del Tribunal Supremo: sentencias de 26-3-2009 , 30-12-2009 y 5-3-2010 . El conocimiento por parte de la vendedora de la ilegalidad urbanística que sufre el local comercial objeto de la transmisión, sin haberlo puesto en conocimiento de la adquirente constituye un supuesto de aplicación del art. 1269 del Código Civil en su vertiente del dolo negativo o por omisión.

Motivo segundo.- Al amparo del art. 477.2.3.º LEC , por incorrecta interpretación e inaplicación de lo dispuesto en los arts. 1261.1 .º, 1265 y 1300 del Código Civil . Existencia de interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia del Tribunal Supremo: sentencias de 16-5-2014 , 16-5-2014 , 3-11-2014 , 12-11-2014 y 5-3-2015 . La infracción o la ilegalidad urbanística de la que adolece el inmueble transmitido, que es un local fuera de ordenación (por cuanto se había ejecutado el forjado de la entreplanta del edificio donde se ubica la 100%, cuando solamente estaba permitido al 50%), extremo ignorado por la adquirente, constituye causa de anulabilidad del contrato por error vicio, al darse los requisitos de esencialidad e inexcusabilidad.

Motivo tercero.- Al amparo del art. 477.2.3.º LEC , por inaplicación de lo dispuesto en el art. 1124 y 1101 del Código Civil por desconocimiento u oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sentencias de 14-5-2015 y 2-6-2015 , doctrina del *aliud pro alio* . La adquisición de un local comercial con la mayor parte de su superficie fuera de planteamiento, sin posibilidad de obtención de licencia de primera ocupación, constituye un caso de incumplimiento contractual por inhabilidad del mismo.

Motivo cuarto.- Al amparo del art. 477.2.3.º LEC , por existencia de sentencias de las Audiencias Provinciales contradictorias, sobre la nulidad de la cláusula de renuncia de acciones y/o exoneración de responsabilidad en los contratos de compraventa, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.ª de 27-3-2009 y la de 2-12-2015 entienden que dicha cláusula de renuncia no es nula, por el contrario, las sentencias de la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 28-6-2007 y 6-10-2011 reputan nulas dicho tipo de cláusulas, en consonancia con los arts. 82 y 86 de la LGDCU .

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 7 de marzo de 2018 , se acordó admitir los recursos interpuestos y dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el procurador D. Ricardo Molina Sánchez Herruzo, en nombre y representación de la entidad mercantil Intermobiliaria S.A., presentó escrito de oposición al mismo.



3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el día 18 de julio de 2018, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- *Antecedentes* .

Dña. Melisa interpuso demanda contra Intermobiliaria S.A. y Bankinter S.A. por la que solicita que se declare la nulidad de la escritura de compraventa de finca urbana con subrogación en préstamo hipotecario, por dolo o alternativamente por error, con restitución de las prestaciones, y alternativamente que se declare la nulidad por abusiva de la cláusula séptima de la escritura de compraventa de finca urbana y se declare la resolución de la compraventa, con restitución de los 8.000 euros entregados a cuenta del precio e indemnización de daños y perjuicios por valor de 4.903,37 euros.

La citada cláusula séptima del contrato disponía lo siguiente:

«La parte compradora declara conocer y aceptar la situación y estado físico, jurídico y urbanístico actuales de la finca que se transmite, circunstancias que la parte compradora acepta con entera indemnidad para la entidad vendedora.

»La parte compradora renuncia a cualquier reclamación por vicios ocultos o manifiestos de la propia finca, referidos a una falta, defecto o vicio de su construcción, instalaciones y servicios, como por su situación urbanística.

»La finca se transmite como cuerpo cierto, delimitado por los linderos que lo concretan y lo determinan; en consecuencia las partes contratantes renuncian desde ahora en lo menester a las acciones que pudieran corresponderles, en los casos en que hubiera diferencia en más o en menos, entre la realidad física y la superficie registral».

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por no considerar acreditado el dolo ni el error, y porque pese a existir problemas de legalización urbanística del local, no cabe resolución basada en el *aliud pro alio*, al apreciar el juez que el local no es inhábil.

Recurrida la sentencia en apelación por parte de la actora, la Audiencia Provincial desestimó el recurso por entender que no se dan los presupuestos del error ni del dolo como vicio del consentimiento y porque aunque el local presente una ilegalidad urbanística, no ha quedado acreditado si sería posible realizar las correcciones oportunas, o si podría tener otra actividad distinta para la que se pudiera obtener el permiso municipal pertinente.

Se trata de un procedimiento de cuantía inferior a 600.000 euros, por lo que su acceso a la casación habría de realizarse por la vía del art. 477.2.3.º LEC .

La parte recurrente ha presentado recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

En el recurso extraordinario por infracción procesal se alega un único motivo, al amparo del art. 469.1.2 LEC en relación con los arts. 217.6 LEC y 81.1.2 LGDCU por infracción de las normas relativas a la carga de la prueba, al considerar que incumbía a la mercantil demandada que la cláusula séptima de la escritura de compraventa fue negociada individualmente.

El recurso de casación consta de cuatro motivos. En el primer motivo se denuncia infracción por inaplicación del art. 1269 CC por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, atendido el conocimiento por parte de la vendedora de la ilegalidad urbanística que sufre el local comercial objeto de transmisión, sin haberlo puesto en conocimiento de la adquirente, lo que constituye un supuesto de dolo negativo o por omisión. El segundo motivo denuncia la inaplicación de los arts. 1261.1 .º, 1265 y 1300 CC por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo porque la ilegalidad urbanística de la que adolece el inmueble, que es un local fuera de ordenación porque se había ejecutado el forjado en la entreplanta del edificio donde se ubica al 100% cuando solamente estaba permitido al 50%, era un extremo ignorado por la adquirente y constituye causa de anulabilidad del contrato por error vicio, al darse los requisitos de esencialidad e inexcusabilidad. El tercer motivo se basa en la inaplicación de los arts. 1124 y 1101 CC por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo porque la adquisición de un local comercial con la mayor parte de su superficie fuera de planeamiento, sin posibilidad de obtención de licencia de primera ocupación constituye un caso de incumplimiento contractual por inhabilidad del mismo. Y el cuarto motivo se basa en la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales sobre la nulidad de la cláusula de renuncia de acciones y/o exoneración de responsabilidad en los contratos de compraventa, en relación con los arts. 82 y 86 LGDCU .

**Recurso extraordinario por infracción procesal.****SEGUNDO** .- *Motivo único.*

Motivo único.- Al amparo del art. 469.1.2 LEC en relación con los arts. 217.6 LEC y 81.1.2 LGDCU . Infracción de las normas relativas a la carga de la prueba, incumbía probar a la mercantil demandada que la cláusula séptima de la escritura de compraventa fue negociada individualmente.

Se desestima el motivo.

Debe desestimarse el motivo dado que no estamos ante un problema de carga de la prueba sino de una determinada valoración de hechos probados, en virtud de los cuales, la sentencia recurrida y también la del juzgado entienden que la cláusula séptima del contrato (antes transcrita), había sido negociada individualmente, valoración probatoria que no ha sido impugnada (art. 24 de la Constitución).

Recurso de casación.**TERCERO** .- *Motivo primero.*

Motivo primero.- Al amparo del art. 477.2.3.º LEC , por inaplicación de lo dispuesto en el art. 1269 del Código Civil . Existencia de interés casacional por desconocimiento u oposición de la sentencia recurrida a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo: sentencias de 26-3-2009 , 30-12-2009 y 5-3-2010 . El conocimiento por parte de la vendedora de la ilegalidad urbanística que sufre el local comercial objeto de la transmisión, sin haberlo puesto en conocimiento de la adquirente, constituye un supuesto de aplicación del art. 1269 del Código Civil en su vertiente del dolo negativo o por omisión.

Se desestima el motivo.

Se pretende por el recurrente la existencia de dolo en la negociación del contrato y sin embargo se descartó, razonablemente en la instancia dado que:

1. El local se vendió por un precio muy inferior al de mercado.
2. Que cuando se formalizó la compraventa el Ayuntamiento consideraba legalizable toda la superficie del local, cuestión distinta es que luego cambiara de opinión.

Por ello, y por el conocimiento que el comprador tenía de la realidad de la finca, no podemos entender acreditada la existencia de dolo (art. 1269 C. Civil), pretendiendo el recurrente cuestionar los hechos probados que no han sido impugnados, haciendo supuesto de la cuestión.

CUARTO .- *Motivo segundo.*

Motivo segundo.- Al amparo del art. 477.2.3.º LEC , por incorrecta interpretación e inaplicación de lo dispuesto en los arts. 1261.1 .º, 1265 y 1300 del Código Civil . Existencia de interés casacional por oposición de la sentencia recurrida a la jurisprudencia del Tribunal Supremo: sentencias de 16-5-2014 , 16-5-2014 , 3-11-2014 , 12-11-2014 y 5-3-2015 . La infracción o la ilegalidad urbanística de la que adolece el inmueble transmitido, que es un local fuera de ordenación (por cuanto se había ejecutado el forjado de la entreplanta del edificio donde se ubica la 100%, cuando solamente estaba permitido al 50%), extremo ignorado por la adquirente, constituye causa de anulabilidad del contrato por error vicio, al darse los requisitos de esencialidad e inexcusabilidad.

Se desestima el motivo.

Esta sala debe desestimar el motivo, dado que el recurrente parte de que desconocía la situación urbanística de la finca adquirida y, sin embargo, en la sentencia recurrida se declara probado que el comprador «sabía lo que estaba firmando», que «ni se ha acreditado que existiera ánimo de engañar» y que «conocía la realidad física del local adquirido».

Por todo ello no concurre excusabilidad en el error (arts. 1261 y 1265 C. Civil).

QUINTO .- *Motivo tercero.*

Motivo tercero.- Al amparo del art. 477.2.3.º LEC , por inaplicación de lo dispuesto en el art. 1124 y 1101 del Código Civil por desconocimiento u oposición de la sentencia recurrida a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sentencias de 14-5-2015 y 2-6-2015 , doctrina del *aliud pro alio*. La adquisición de un local comercial con la mayor parte de su superficie fuera de planteamiento, sin posibilidad de obtención de licencia de primera ocupación, constituye un caso de incumplimiento contractual por inhabilidad del mismo.

Se desestima el motivo.

En la sentencia recurrida no se declara probada la inhabilidad del local para el uso comercial, pues si bien concurre una merma de extensión al no poder cerrar el forjado de la entreplanta, ello no impide el uso del mismo

si bien con menor extensión (arts. 1101 y 1124 C. Civil). Al no haberse acreditado la actividad a la que se iba a destinar, tampoco podemos comprobar que su uso no se corresponda con las previsiones del comprador.

SEXTO .- *Motivo cuarto.*

Motivo cuarto.- Al amparo del art. 477.2.3.º LEC , por existencia de sentencias de las Audiencias Provinciales contradictorias, sobre la nulidad de la cláusula de renuncia de acciones y/o exoneración de responsabilidad en los contratos de compraventa, las sentencias de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 6.ª de 27-3-2009 y la de 2-12-2015 entienden que dicha cláusula de renuncia no es nula, por el contrario, las sentencias de la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Alicante de 28-6-2007 y 6-10-2011 reputan nulas dicho tipo de cláusulas, en consonancia con los arts. 82 y 86 de la LGDCU .

Se desestima el motivo.

Para invocar la abusividad de la cláusula de exoneración de responsabilidad se alega por el recurrente que no fue negociada individualmente (arts 82 , 86 y 88 de la LGDCU).

Este planteamiento colisiona con los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, que no han sido impugnados por la vía procedente, dado que en la sentencia recurrida se parte de que la cláusula fue negociada individualmente, por lo que ha de rechazarse el motivo de recurso.

En este sentido se declara en el fundamento de derecho segundo de la sentencia de la Audiencia Provincial:

«Pero en el caso concreto de que tratamos, como ya se explicita en la sentencia de instancia, no estamos ni ante un contrato de adhesión ni un contrato en base a condiciones generales, se trata de una compraventa individualizada, con la subrogación en el préstamo hipotecario que gravaba la finca adquirida, y en cuyas estipulaciones contractuales, además de las propias referidas a la garantía hipotecaria, se encuentran las referidas a la propia transacción que se formalizaba. Y, como la propia parte demandante indica en su interrogatorio en el acto del juicio, requerida incluso por la juzgadora *aquo* ella sabía lo que estaba firmando. Por todo lo cuál debemos concluir que no estamos ante una cláusula abusiva y no puede dársele la trascendencia de nulidad que se pretende».

En la referida cláusula, de exoneración de responsabilidad, se declaraba que se conocía el estado urbanístico de la finca, por lo cual si incurrió en error sobre ello, solo a la parte compradora cabe imputarlo al no haber comprobado aquello que decía conocer. La compradora tuvo a su alcance conocer la normativa urbanística sobre edificabilidad de las entreplantas unidas a locales de planta baja y, sin embargo, no extremó el celo necesario.

SÉPTIMO .- Se imponen a la recurrente las costas de ambos recursos (arts. 394 y 398 LEC), con pérdida de los depósitos constituidos.

FALLO

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

1.º- Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por Dña. Melisa , contra sentencia de fecha 2 de diciembre de 2015 de la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Alicante, en apelación 567/2015 .

2.º- Confirmar la sentencia recurrida en todos sus términos.

3.º- Procede imposición en las costas de ambos recursos extraordinario por infracción procesal y de casación a la recurrente, y la pérdida del depósito constituido para ambos recursos.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.