



Roj: **STS 2775/1995** - ECLI: **ES:TS:1995:2775**

Id Cendoj: **28079110011995101579**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **17/05/1995**

Nº de Recurso: **3664/1991**

Nº de Resolución: **453/1995**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **JESUS MARINA MARTINEZ-PARDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Mayo de mil novecientos noventa y cinco.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Primera, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia número 1 de Cádiz, sobre nulidad de gravamen hipotecario; cuyo recurso fue interpuesto por D^a. María Inés , representada por el Procurador D. Miguel Angel de Cabo Picazo, y asistida por el Letrado D. Francisco Garrido Valls, que compareció el día de la vista; siendo parte recurrida LA CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE RONDA, CADIZ, ALMERIA, MALAGA Y ANTEQUERA -UNICAJA- representada por la Procuradora D^a. Rosina Montes Agusti y asistido por el Letrado D. Alfonso Jiménez González; D. Jose Pedro , representado por la Procuradora D^a. Ana Prieto Lara-Barahona, y asistido por el Letrado D^a. Felicidad Huidobro Corcuera, que comparecieron el día de la vista. Asimismo son parte recurrida la COOPERATIVA DE VIVIENDAS "SAN ELOY", y D. Enrique que no se han personado en esta alzada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D. Luis Ruiz de Velasco y Linares en nombre y representación de D^a. María Inés , interpuso demanda de juicio de menor cuantía ante el Juzgado de 1ª Instancia número 1 de Cádiz, siendo parte demandada la Cooperativa de viviendas "San Eloy", la entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Cádiz, D. Jose Pedro y D. Enrique , alegando, en síntesis, los siguientes hechos:

Que la demandante adquirió de la Cooperativa de viviendas "San Eloy" unos locales comerciales que iba a construir, dichos locales fueron totalmente abonados y la demandante entró en la posesión de los mismos, posteriormente por la Caja de Ahorros de Cádiz se promueve procedimiento de ejecución de hipoteca contra la Cooperativas de viviendas "San Eloy" y que afectaba a los locales anteriormente mencionados. Alegó a continuación los fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "en la que declarando la nulidad del gravamen hipotecario que afecta a los locales sitios en las plantas NUM000 NUM001 y NUM002 de las casas en esta ciudad C/ DIRECCION000 NUM003 , NUM004 , NUM005 , NUM006 y NUM007 , ordene asimismo la nulidad del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria seguido en el Juzgado de 1º Instancia nº 2 de esta capital, Autos 397/84, ordenando asimismo la cancelación del gravamen hipotecario anulado y consecuentemente ordenando que se expida mandamiento al Sr. Registrador de la Propiedad de Cádiz, para que efectúe dicha cancelación, que caso de no admitirse lo anteriormente solicitado y se considere correcto y válido el gravamen cuya nulidad se solicita, se declare la nulidad parcial del procedimiento judicial del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, autos 397/84 del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Cádiz, por los defectos formales denunciados de: 1.- Defecto en el requerimiento al tercer poseedor. 2.- Defecto en la notificación del señalamiento del día, lugar y hora de la subasta al deudor. 3.- Por el defecto de no haber transcurrido 20 días hábiles entre la publicación del Edicto, señalando lugar, día y hora de la subasta y la celebración de la 1ª subasta; ordenando consecuentemente se



retrotraigan las actuaciones al momento procesal pertinente e imponiendo las costas de este procedimiento al opositor cuya oposición se vea rechazada".

2.- El Procurador D. Antonio Medialdea Wandossell, en nombre y representación de la entidad "Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Cádiz", contestó a la demanda oponiendo a la misma los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos para terminar suplicando al Juzgado dictase sentencia "por la que se declare no haber lugar a la nulidad del gravamen hipotecario constituido a favor de mi mandante por la Cooperativa de Viviendas "San Eloy" sobre los diez locales referidos en el cuerpo de este escrito y, en todo caso, que mi representada está protegida por la fe pública registral como tercer acreedor hipotecario, y declarando -asimismo- no haber lugar a la nulidad, ni total ni parcial, del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria núm. 397/84 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de esta ciudad, por no existir defectos formales que lo invaliden, con expresa condena en costas a la demandante.

3.- El Procurador D. Antonio Medialdea Wandossell, en nombre y representación de D. Jose Pedro , contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase sentencia "en la que se declare no haber lugar y por consiguiente se rechace totalmente la petición de la actora, primeramente por la excepción de falta de legitimación pasiva contra el Sr. DON Jose Pedro y en caso de que dicha excepción no sea aceptada, se rechace igualmente la petición de la actora, por ser válida de pleno derecho la Escritura de Constitución Hipotecaria otorgada por la Caja de Ahorros de Cádiz a la Cooperativa San Eloy de Cádiz, y que fue objeto del procedimiento judicial, sumario seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número dos de Cádiz bajo nº de Autos 397/84. Y a su vez que se declare válido totalmente por haber cumplido fielmente con la legalidad, todo lo actuado en el procedimiento judicial sumario antes referido, e imponiendo la condena en costas a la actora-demandante".

4.- Por Providencia de 2 de noviembre de 1988 se declara en rebeldía a la Cooperativa de Viviendas "San Eloy", por haber transcurrido el término del emplazamiento sin que se haya personado.

5.- Por Providencia de 5 de octubre de 1988 se declara transcurrido el término de emplazamiento del codemandado D. Enrique , sin que se haya personado, dándose por precluido el trámite de contestación a la demanda, declarándole en rebeldía.

6.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de 1ª Instancia número 1 de Cádiz dictó sentencia con fecha 20 de mayo de 1991, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que desestimando la demanda formulada por el Procurador D. Luis Ruiz de Velasco y Linares en nombre y representación de DOÑA María Inés , sobre nulidad de gravamen hipotecaria constituido por la Sociedad Cooperativa "San Eloy" el día 10 de diciembre de 1973, y la nulidad parcial de actuaciones del Procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria seguido bajo el número 397/84 ante el Juzgado de Primera Instancia número Dos de los de Cádiz, demanda dirigida frente la antedicha SOCIEDAD COOPERATIVA "SAN ELOY" Y DON Enrique , ambos en situación de rebeldía en esta causa, y frente a DON Jose Pedro Y CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE CADIZ, representados por el Procurador Don Antonio Medialdea Wandossell, debo absolver y absuelvo a los expresados demandados de la demanda interpuesta en su contra, condenando a la parte actora al pago de las costas procesales".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior resolución por la representación de D^a. María Inés , la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Primera, dictó sentencia con fecha 26 de octubre de 1991, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto a nombre de María Inés contra la sentencia dictada por el Il^{mo}. Sr. Magistrado-Juez de 1ª Instancia nº Uno de Cádiz en los autos principales de los que dimana este rollo, debo confirmar y confirmo íntegramente la expresada resolución sin hacer condena en las costas del recurso".

TERCERO.- 1.- El Procurador D. Miguel Angel de Cabo Picazo, en nombre y representación de D^a. María Inés , interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha 26 de octubre de 1991 por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Primera, con apoyo en los siguientes motivos, MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del artículo 1692, número 5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil se alega infracción de los artículos 138 de la Ley Hipotecaria en relación con el 1857 números 2 y 3 del Código Civil, así como de los artículos 33 y 34 de la Ley Hipotecaria. SEGUNDO.- Bajo el mismo ordinal se denuncia infracción del artículo 131 regla 7 final de la Ley Hipotecaria.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado de instrucción se señaló para la vista el día 28 de abril de 1.995, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JESÚS MARINA Y MARTÍNEZ-PARDO



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La recurrente impugnó en el presente juicio un procedimiento de ejecución hipotecario, con base en dos argumentos; uno sostenía la nulidad de la hipoteca por haberla constituido quien no tenía la libre disposición de los bienes hipotecados y, otro instaba la nulidad del procedimiento por infracción de formalidad consistente en no respetarse el plazo de 20 días desde la publicación de los edictos, y en no haberse practicado requerimiento al tercer poseedor. La sentencia de la Audiencia, confirmando la del Juzgado de instancia, desestimó la nulidad del gravamen hipotecario y la nulidad del procedimiento.

SEGUNDO.- Contra la sentencia se formula un primer motivo al amparo del número 5 del artículo 1692, en el que se denuncia la infracción de los artículos 138 de la Ley Hipotecaria y 1857, números 2 y 3 del Código Civil, conforme a los cuales las hipotecas voluntarias sólo pueden constituirse quienes tengan la libre disposición de los bienes objeto de hipoteca, o quien no teniéndola se halle autorizado a tal fin con arreglo a las leyes.

La infracción la encuentra la recurrente en que la sentencia recurrida, declara que la Cooperativa de Viviendas "San Eloy", que fue la hipotecante, estaba plenamente facultada para hipotecar, ignorando que dicha sociedad había transmitido la propiedad de los bienes litigiosos al Sr. Carlos Jesús, esposo de la recurrente. Añade el motivo, que la sentencia calificó la venta hecha a los esposos como venta de cosa futura, cuando en realidad se trataba de un contrato de aportación de solar, de carácter complejo y que participa tanto de las características de la compraventa, como de la permuta, y que por ello no tenía la hipotecante la plena disponibilidad.

El motivo no puede prosperar porque a la Sala de instancia le corresponde la calificación de los contratos, y su criterio prevalece en casación, salvo que sea arbitrario, absurdo o ilegal, como reiteradamente ha dicho esta Sala en sus sentencias, de las que a título de ejemplo se cita las de 14 de mayo de 1990 y la de 21 de octubre de 1992, y en uso de sus facultades, la Audiencia calificó la adquisición de elementos a construir por la Cooperativa como compraventa de cosa futura, que no transmite, en consecuencia, la propiedad de los mismos por no existir tradición real, ni ninguna otra de las admitidas en derecho, y en consecuencia la titular registral a título de dueño podría hipotecar el inmueble y después distribuir el gravamen entre los distintos pisos, como es "procedimiento usual en la adquisición de solares", para construir con financiación hipotecaria.

Calificado así el contrato, ninguna infracción se ha producido de los artículos invocados. Tampoco de los que en el cuerpo del motivo añade como infringidos, como el artículo 33 y 34 de la Ley Hipotecaria, puesto que se ha protegido a la entidad acreedora, Caja de Ahorros de Cádiz, que no tuvo buena fe, cuando otorgó el préstamo con hipoteca, pues conocía la enajenación de los locales.

Este añadido al motivo es absolutamente rechazable, porque plantea la falta de buena fe de la entidad de crédito y ello es una cuestión de hecho, que debió plantearse en motivo aparte, ignora que la buena fe se presume y que el conocimiento de la venta tampoco se ha acreditado. La Caja contrató con titular registral de asiento vigente y si bien, como dice el artículo 33, las inscripciones no convalidan los actos que sean nulos con arreglo a derecho, mientras no se acredite este carácter de contrato nulo y en autos se ha demostrado que es válido, hay que estar a la presunción de exactitud registral y al principio de publicidad y de protección a los terceros que confían en el Registro.

TERCERO.- El motivo segundo, al amparo del número 5 del artículo 1692, denuncia infracción del artículo 131, regla 7 de la Ley Hipotecaria, en cuanto obliga a notificar con 20 días de antelación al deudor en los edictos el lugar, día y hora de la celebración de la subasta.

El motivo decae porque el edicto se publicó en día 14 de diciembre, y en él constaba que el Juzgado que subastaba era el de Cádiz, el número de los autos el 397/84, el procedimiento judicial sumario del artículo 131 a instancia de la Caja de Ahorros de Cádiz, en reclamación de 3.041.870 pesetas y se señalaba los días de las subasta y las horas, además de las condiciones de la misma y la descripción de las fincas, por lo que nada se añadió en el segundo edicto, publicado como ampliación del anterior, en el que se dice que había omitido el número de procedimiento, la entidad demandante y la cuantía reclamada, cuando la lectura del primer edicto permite conocer todos esos datos que se entienden omitidos. Además, tales supuestos defectos procesales, podría haberlos puesto de manifiesto la ejecutada, Cooperativa de Viviendas "San Eloy" y no el pretendido titular de los locales, a quien la sentencia le niega la condición de propietario.

CUARTO.- Las costas se imponen a la recurrente en cumplimiento del artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como la pérdida del depósito.

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 de D^a. María Inés , respecto de la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Primera, con fecha 26 de octubre de 1991, la que se confirma en todos sus pronunciamientos condenando a dicha parte recurrente al pago de las costas así como a la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesús Marina y Martínez-Pardo, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ