



Roj: **STSJ CAT 1858/2011 - ECLI: ES:TSJCAT:2011:1858**

Id Cendoj: **08019310012011100007**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **28/02/2011**

Nº de Recurso: **197/2010**

Nº de Resolución: **12/2011**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **MARIA EUGENIA ALEGRET BURGUES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Sala Civil y Penal

R. Casación y extraordinario por infracción procesal nº 197/2010

SENTENCIA Nº 12/11

Presidente:

Ilmo. Sr. D. José Francisco Valls Gombau

Magistrados:

Ilma. Sra. D^a. M^a Eugènia Alegret Burgués

Ilmo. Sr. D. Carlos Ramos Rubio

Barcelona, 28 de febrero de 2011.

La Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, integrada por los magistrados que se expresan mas arriba, ha visto el

recurso de casación y extraordinario por infracción procesal núm. **197/2010** contra la sentencia dictada en grado de apelación

por la Sección 17^a de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación núm. 517/09 como consecuencia de las

actuaciones de juicio ordinario núm. 107/08 seguidas ante el Juzgado de 1a Instancia núm. 48 de Barcelona. EL BANCO DE LA

PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA SA ha interpuesto este recurso representado por el Procurador Sr. Xavier Ranera Cahis y

defendido por el Letrado Sr. Gabino . Es parte recurrida la Sra. Susana , representada por el

Procurador Sr. Angel Joaniquet Tamburini y defendida por el Letrado Sr. José María Valentín Requena.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Procurador de los Tribunales Sr. Angel Joaniquet Tamburini, actuó en nombre y representación de Doña. Susana formulando demanda de juicio ordinario núm. 107/08 en el Juzgado de Primera Instancia núm. 48 de Barcelona. Seguida la tramitación legal, el Juzgado indicado dictó sentencia con fecha 12 de diciembre de 2008, la parte dispositiva de la cual dice lo siguiente:

"Que debo estimar la demanda interpuesta por D^a. Susana , representada por el Procurador D. Ángel Joaniquet Tamburini y defendida por el Letrado D. José M^a Valentín Requena contra el Banco de la Pequeña y Mediana



Empresa, S.A., representado por D. Gabino , y D. Melchor , representado por la Procuradora D^a. Karina Sales Comas y defendido por el Letrado D. Xavier Espina Sayol y en consecuencia 1º) Se declara la nulidad de las hipotecas constituidas por D. Juan Ignacio a favor del Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S. A. sobre el Piso 3º, Puerta 4ª, de la Avenida Paralelo, nº 87, de Barcelona, los días 25 de mayo y 24 de agosto del año 2006, ante los Notarios D. José Luis Perales Sanz y D. Raúl González Fuentes, respectivamente, bajo nº 1.503, y 3.100 de sus protocolos, en garantía de sendos préstamos concedidos a su hijo, D. Melchor , que figuran inscritas en el Registro de la Propiedad nº 18 de Barcelona, al tomo NUM000 , Libro NUM001 , Sección NUM002 , Folios NUM003 y NUM004 , finca NUM005 , inscripciones NUM006 y NUM007 . 2º) Se ordene la cancelación de las inscripciones causadas por dichas hipotecas en el Registro de la Propiedad. No se hace especial imposición de costas".

Segundo.- Contra esta Sentencia, la parte demandada interpuso recurso de apelación, que se admitió y se sustanció en la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona la cual dictó Sentencia en fecha 25 de mayo de 2010, con la siguiente parte dispositiva:

"DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad BANCO DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA S.A., contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 48 de Barcelona en fecha 12 de diciembre de 2008, que debemos confirmar y confirmamos íntegramente la misma, con expresa imposición a la parte apelante de las costas causadas por el presente recurso de apelación".

Tercero.- Contra esta Sentencia, el Procurador Sr. Xavier Ranera Cahis en nombre y representación de Banco de la Pequeña y Mediana Empresa SA, interpuso recurso de casación y extraordinario por infracción procesal que por auto de esta Sala, de fecha 11 de noviembre de 2010, se admitió a trámite dándose traslado a la parte recurrida y personada para formalizar su oposición por escrito en el plazo de veinte días.

Cuarto.- Por providencia de fecha 13 de enero de 2011 se tuvo por formulada oposición al recurso de casación y de conformidad con el art. 485 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se señaló para su votación y fallo que ha tenido lugar el día 14 de febrero de 2011.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. D^a. M^a Eugènia Alegret Burgués.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada en fecha 25 de mayo de 2010 por la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, confirmatoria de la de primera instancia, declara la nulidad de los actos de constitución de hipoteca en favor del Banco de la Pequeña y Mediana Empresa SA (Bankpyme) llevados a cabo por el Sr. Juan Ignacio en fecha 25 de mayo y 24 agosto de 2006. El gravamen fue constituido sobre el domicilio familiar para garantizar sendos préstamos concedidos por Bankpyme al Sr. Melchor , hijo nacido de un anterior matrimonio del Sr. Juan Ignacio .

La demanda se interpone por la última esposa del Sr. Juan Ignacio al amparo del art. 9 del Código de Familia de Cataluña aprobado por Ley 9/1998 (en adelante CF) aplicable por razones temporales.

La Sentencia impugnada declara que no es aplicable el párrafo 3 del art. 9 de dicho Código por haber adquirido el Banco la hipoteca a título gratuito y por no apreciar buena fe en la adquisición.

A combatir ambos extremos se dirige el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por al defensa de Bankpyme admitidos en función de la cuantía del procedimiento.

SEGUNDO.- De conformidad con la Disposición Final 16ª de la LEC 1/2000, aunque el recurso extraordinario se desarrolla en el escrito de recurso en último lugar debe la Sala resolverlo en forma previa.

En el único motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, supuestamente sobre la base de lo dispuesto en el art.469, 1, 2º y 4º de la LEC, se aduce que la Sentencia infringe el artículo 24 de la Constitución en su vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva en cuanto que se habrían vulnerado las normas reguladoras de la Sentencia sobre el principio de congruencia que debe presidir las mismas, aduciendo como infringido en el escrito de preparación del recurso el art. 218,2 de la LEC.

En el enunciado del motivo contenido en el escrito de interposición del recurso, se dice literalmente: "*infracción del deber de congruencia de la Sentencia conforme establece el art. 218 de la vigente LEC en cuanto establece dicha Sentencia la ausencia de buena fe de esta parte, la gratuidad del contrato de hipoteca accesorio de uno de préstamo y el deber de esta parte de indagar la posible calificación de una vivienda familiar al otorgar un préstamo con garantía hipotecaria sin fijar en que consiste dicha indagación, deviniendo la misma en imposible realización*".



El supuesto de incongruencia parece que lo residencia la recurrente en el hecho de que la Sentencia de segunda instancia, a su criterio, atribuye de oficio al banco la obligación de indagar mas allá del aspecto meramente formal sobre la cotitularidad de la finca que resultaba del certificado del catastro pues según se dice *"ni en la demanda ni en las actuaciones nunca se había planteado la indebida indagación de mi principal sobre el estado civil de hipotecante ni sobre la particularidad de ser vivienda familiar la finca hipotecada."*

Pues bien, el motivo debe decaer por su defectuosa formulación.

El recurrente no distingue entre el principio de congruencia establecido en el art. 218, 1 de la LEC y el deber de motivación que recoge el número 2, que es el que se cita como vulnerado. El recurso por infracción procesal no deja de ser un recurso jurídico de carácter extraordinario que requiere del empleo de una adecuada técnica procesal pues en el mismo deben plantarse con la debida claridad y precisión las infracciones de normas adjetivas que en su caso se habrían cometido en la sentencia con el fin de que pueda conocerse realmente lo que se discute y la otra parte tenga oportunidad de defenderse de ello.

Pues bien, en el desarrollo del motivo se realizan afirmaciones que no corresponden a la realidad de lo ocurrido en la litis como que la Sentencia declara el deber genérico de indagar sobre el estado civil del disponente o sobre el carácter de vivienda familiar de la misma -cosa que la sentencia no dice-, o bien que existe en autos un informe encargado a una tasadora oficial que la Sala no ha podido encontrar en ellos. De igual forma se invocan presunciones judiciales no realizadas ni denunciadas en el escrito de preparación o se combate, incluso, el carácter oneroso o gratuito de la disposición que es una cuestión sustantiva o de fondo, por lo que es claro que no reúne los requisitos mínimos exigidos por la doctrina del Tribunal Supremo para superar el trámite de admisibilidad que en este trámite se convertiría en causa de desestimación.

Con todo, realizando un especial esfuerzo interpretativo en aras agotar el principio de tutela judicial efectiva, y estimando que el motivo se centra en la vulneración del principio de congruencia contenido en el número 1 del art. 218, lo cierto es que la Sentencia no infringe en modo alguno dicho principio.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2002: "la incongruencia tiene lugar cuando los Tribunales se apartan de las cuestiones de hecho y de derecho que les hayan sometido las partes, a las que les corresponde acotar los problemas litigiosos en los escritos de alegaciones rectores del proceso (iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium) y en los recursos (pendente appellatione nihil innovetur: Sentencias de 19 de julio de 1989, 21 de abril de 1992 y 9 de junio de 1997)".

De esta forma existe incongruencia cuando en la decisión se otorga una cosa diferente de la que se ha pedido lo que exige una comparación entre el suplico del escrito de demanda y la decisión de la Sentencia - Sentencias de 18 de noviembre de 1996, 29 de mayo, 28 de octubre y 5 de noviembre de 1997, 11 de febrero, 10 de marzo y 24 de noviembre de 1998, 4 de mayo y 21 de diciembre de 1999 y 22 de marzo de 2000 -. Hay incongruencia si se concede mas de lo que se ha pedido (*ultra petita*) o se pronuncia sobre determinados aspectos al margen de lo que las partes han interesado (*extra petita*) o bien se dejan incontestadas algunas pretensiones sostenidas por los litigantes (*citra petita*) siempre que tal silencio judicial no pueda ser interpretado como desestimación tácita. Si se otorga menos de lo pedido no se incurre en incongruencia y la congruencia tampoco exige un acomodamiento literal a la redacción del suplico de la demanda, sino una adecuación racional de la decisión a lo solicitado, de manera que la Sentencia pueda ser ejecutada sin problema.

Pues bien, interesando la actora al amparo del art. 9 del CF la nulidad de las escrituras de constitución de hipoteca otorgadas por su esposo en el año 2006 sobre la vivienda familiar contra el hijo favorecido con el préstamo hipotecario y contra la entidad bancaria concedente, y acordando la sentencia tal nulidad, no vemos como puede resultar incongruente en la medida, además, que la Sentencia se ha ajustado a los hechos y cuestiones que se adujeron en los respectivos escritos expositivos.

Así, es de ver que en la demanda principal la demandante indica con toda claridad en el párrafo 2º del hecho 5º, adelantándose a lo que en puridad debía ser una excepción a oponer por la entidad bancaria, que la misma *"no puede pretender acogerse al apartado 3 del citado art. 6 (sic) del Código de Familia por no ser un adquirente (fue concedente de un crédito); no haber actuado de buena fe en cuanto no empleó la diligencia exigible para verificar quien era doña Susana hoy actora- que en los certificados catastrales telemáticos que se protocolizaron en ambas escrituras de hipoteca, figuraba como titular de un 50% de la propiedad del piso,- ni su domicilio y circunstancias personales, y además la constitución de dichas hipotecas lo fue a titulo gratuito pues Don Juan Ignacio no recibió compensación alguna por el riesgo que asumía"*.

Mal puede de este modo argumentarse que la diligencia del Banco en la averiguación de la existencia de la actora en el domicilio hipotecado a raíz de lo consignado en los certificados catastrales fue un hecho no discutido en el procedimiento.



Podrá o no compartirse la motivación contenida en la Sentencia acerca de la cuestión relativa a la buena o mala fe, declaración por demás innecesaria en el caso en la medida en que tanto la Sentencia de primera instancia como la de segunda declararon la gratuidad del acto de disposición, lo que por si solo excluiría la aplicación de la excepción contenida en el nº 3 del art. 9 del Código de Familia, sin necesidad de ninguna otra consideración, pero lo cierto es que la motivación existe pues deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la "ratio decidendi" que ha determinado aquélla, o razón causal del fallo a la que se refiere el nº 2 del art. 218.

De este modo la motivación implica como indica la sentencia de STS de 27-9-2005: "... dar los argumentos correspondientes al fallo, es decir, la explicación jurídica de la resolución acordada, sin necesidad ni de una especial extensión, ni de dar respuestas a cada una de las razones que en apoyo de sus pretensiones da la parte. Así se expresa en la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencias 187/2000, de 10 de julio y 214/2000, de 18 de septiembre) y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 2 de noviembre de 2001 , 1 de febrero de 2002 y 8 de julio de 2002)...".

En consecuencia el recurso extraordinario se desestima con imposición de costas del mismo a la recurrente (art. 394 y 398 LEC).

TERCERO.- Recurso de casación

En el escrito de preparación del recurso de casación se citaron como infringidos el art. 9 del Código de Familia así como los artículos 111-1, 111-2, 111-6, 111-7, 111-8 y 111-9 de la Llei primera del Código Civil de Catalunya (CCCat).

En el primer motivo del recurso de casación, sin la debida claridad, precisión y separación de argumentos en relación con los distintos apartados que contiene del art. 9 del Código de Familia, lo que de por si ya debería comportar la inadmisión del motivo - el art. 1320 del CC no fue denunciando como infringido en el escrito de preparación y además no fue aplicado ni resulta de aplicación según indicamos en la STSJ de 28-2-2008- se da a entender, en primer lugar, que la Sentencia ha dispensado un blindaje total a la vivienda familiar en contra de la seguridad del tráfico lo que resultaría contrario a lo consignado en la STSJC de 28-2-2008 que así mismo cita; que la nulidad no produce ningún beneficio a la Sra. Susana en tanto que como heredera que ahora es de su esposo ha adquirido todos sus bienes y también sus obligaciones entre ellas, según su criterio, las derivadas de los préstamos hipotecarios; que el negocio jurídico fue a título oneroso por garantizar un contrato de préstamo con interés y que la Sentencia ha declarado una nulidad radical siendo como es un caso de anulabilidad que requería la existencia de una actuación fraudulenta por parte del Banco en complicidad con el hipotecante, siendo este último el que actuó de mala fe al faltar a la verdad por dos veces sobre su estado civil y la condición de familiar de la vivienda hipotecada.

Analizaremos estas alegaciones en el marco del sistema de protección de la vivienda familiar establecido en el Código de Familia.

CUARTO.- La protección de la vivienda familiar, como elemento de soporte y estabilidad de la propia familia, empieza en el año 1981 cuando la Ley 11, de 13 de mayo, introduce, entre otros, el art. 1320 en el Código Civil de 1889 por el que se establece que para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno sólo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial. Este principio protector se recogió en el CC como régimen económico primario -aplicable fuese cual fuese el régimen económico que rigiese el matrimonio- para adaptar la legislación a la Constitución de 1978 y a los principios de protección a la familia derivados de la misma.

Este tipo de disposiciones reflejan la preocupación del legislador por solucionar el derecho a la vivienda con carácter general y particularmente por adaptar la regulación del mismo a las necesidades e intereses del individuo en su grupo familiar. Se pretende armonizar el derecho personal a la vivienda que corresponde a los miembros de la familia particularmente de los cónyuges con los intereses que uno de ellos pueda tener como titular de un derecho sobre la vivienda con el fin de evitar que el cónyuge con una posición jurídica más fuerte pudiese dejar sin hogar al más débil por actos de disposición no consentidos por ambos, incluso en situaciones de normalidad matrimonial.

En el derecho catalán se introdujo la acción de anulabilidad a través del art. 9 de la Compilación, según reforma efectuada por Llei 8/1993, de 30 de septiembre, viniéndose a resolver la dudas suscitadas por la eventualidad de la aplicación en Catalunya del art. 1320 C.C. Con la promulgación del Codi de Família por Llei 9/1998, de 15 de julio, quedó definitivamente configurado el principio por el también art. 9, en forma detallada y completa, disponiéndose en su apartado primero que, con independencia de cual sea el régimen económico matrimonial



aplicable, el cónyuge titular, sin el consentimiento del otro o, en su defecto, sin la autorización judicial producida por razones de interés de la familia o por otra causa justa, no puede llevar a cabo ningún acto de enajenación, gravamen o, en general, de disposición de su derecho en la vivienda familiar o en los muebles de uso ordinario que comprometa el uso, aunque se refiera a cuotas indivisas. El acto efectuado en contravención a esta exigencia de consentimiento o autorización es anulable a instancia del otro cónyuge o de los hijos menores que convivan en la vivienda en el término de cuatro años.

Sin embargo esta protección no fue establecida en forma plena ya que, de un lado, quedó limitada a los actos de naturaleza dispositiva realizados por uno de los cónyuges y, de otro, otorgó en el párrafo 3º una especial protección a los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso siempre que el disponente hubiese realizado formal declaración de no constituir el inmueble domicilio familiar ("... el titular ha manifestado que el inmueble no tenía la condición de vivienda familiar, aunque sea manifestación inexacta"). En estos casos prevalece el principio en la seguridad del tráfico sobre el de protección de la vivienda familiar. Valga decir, no obstante, que para que la excepción a la nulidad como regla general pueda operar, es necesario que concurren acumuladamente los tres requisitos, esto es, que el adquirente lo haga a título oneroso, de buena fe y que, además, el transmitente manifieste en forma expresa que la vivienda no es la de la familia. O dicho de otro modo, la buena fe no puede sustentarse únicamente en la declaración inexacta del transmitente.

QUINTO.- La Sentencia combatida no ha dado a la vivienda conyugal, posteriormente hipotecada por la sola voluntad del esposo, carácter inexpugnable sino que se ha limitado a aplicar la norma que permite que los actos dispositivos unilaterales que puedan comportar una eventual pérdida de la vivienda -los de gravamen sobre estar expresamente contemplados en el art. 9 CF a diferencia del art. 1320 CC tienen carácter de actos de disposición según reiterada jurisprudencia - sean anulados a instancia de la esposa.

El caso nada tiene que ver con el resuelto en la sentencia TSJC de 28-2-2008 por cuanto en aquella lo que se pretendía era subsumir el embargo entre los actos de disposición anulables, lo que no fue aceptado por no poder ser interpretado el art. 9 del C.F en forma extensiva.

Tampoco se comparte que el acto de disposición realizado no perjudique los intereses de la Sra. Susana por haber fallecido el esposo posteriormente y haber heredado la vivienda, puesto que, no combatida la legitimación activa de la demandante, lo cierto es que, por un lado, el perjuicio se presume y por otro es real cuando con el ejercicio de la acción hipotecaria -ya iniciada por la entidad recurrente- se incide directamente sobre la vivienda, con el fin de hacer efectiva, con su venta, la total satisfacción del crédito garantizado.

Sin perjuicio de que no es este el procedimiento adecuado para establecer las responsabilidades de la Sra. Susana en relación con el préstamo concedido al hijo del Sr. Juan Ignacio, lo cierto es que en relación con el primero -no así respecto del segundo en la que el hipotecante se constituyó en fiador solidario del hijo- la única vinculación de la vivienda con la operación crediticia se deriva precisamente de la constitución de la hipoteca, de lo que se infiere que su liberación beneficia a la Sra. Susana al no tener que responder ya de las obligaciones del préstamo, y también se protege la vivienda familiar liberando la vivienda de la segunda hipoteca por más que el afianzamiento solidario realizado por su causante pueda comportar una responsabilidad patrimonial general de la Sra. Susana ex. art. 1911 del CC, que le permitiría hacer uso de otros bienes para pagar la deuda, sin sujeción directa por tanto de la misma para la satisfacción del préstamo.

SEXTO.- Tampoco pueden ser acogidas las restantes alegaciones del recurrente contenidas en el motivo del recurso de casación analizado.

La Sentencia declara que la hipoteca fue constituida a título gratuito por el difunto Sr. Juan Ignacio al garantizar una eventual deuda ajena.

La constitución de la hipoteca debe considerarse gratuita cuando quien la presta se expone a un riesgo -la reclamación del acreedor contra un determinado bien- sin retribución u otra contraprestación sea dada por el acreedor o bien por el principal obligado, o bien sin la obtención de un beneficio directo o indirecto en función de las relaciones económicas o intereses de esta índole que tenga el garante en el negocio.

De esta forma puede decirse, con carácter general, que la gratuidad u onerosidad no depende de como sea la obligación garantizada ya que se trata de dos actos o negocios jurídicos diferentes. La constitución de la hipoteca asegura por medio de una acción real el cumplimiento de la obligación asumida por el prestatario sin perjuicio de la responsabilidad universal del deudor derivada del art. 1911 CC. Se trata pues de reforzar la posición jurídica del acreedor constituyendo un nuevo derecho subjetivo o una nueva facultad.

La accesoriedad significa que el derecho subordinado -en este caso la hipoteca- depende en cuanto a su existencia y su subsistencia del derecho principal -el préstamo- pero no que se trate de negocios jurídicos iguales (art. 1823 CC).



La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha proclamado reiteradamente el carácter oneroso de la hipoteca concedida por el dueño de los bienes para hacer frente a préstamos bancarios a él concedidos así en las STS de 17-10-1989, 29 de enero y 20 de noviembre de 1997.

Por el contrario también ha declarado - STS de 24-5-2005, 8-3-2010 y 13-12-2010 - el carácter gratuito de la concedida en garantía de una deuda ajena al no resultar beneficiado de la constitución del gravamen el disponente y sí por el contrario favorecido con ella el prestamista que sin contraprestación alguna directa ni indirecta al hipotecante -al menos nada se ha alegado en este caso en tal sentido- se ha visto beneficiado con una garantía de efectividad real.

Y en relación con la supuesta connivencia de la entidad bancaria en el fraude perpetrado por el Sr. Juan Ignacio que manifestó hallarse judicialmente separado y que la vivienda no constituía vivienda familiar, indicar, únicamente, que sentado que el negocio fue gratuito, ninguna trascendencia tiene como antes hemos advertido, la cuestión relativa a la buena o mala fe de la entidad bancaria, pero que en todo caso esta última la residencia la Audiencia -el juzgado no se pronunció coherentemente al respecto- en la falta de diligencia en la averiguación de ciertos datos que surgían de la certificación catastral.

Al respecto hay que tener en cuenta, como se razonaba en la STS de 7 de diciembre de 2004, que si bien la buena fe consiste en un estado psicológico determinado por el desconocimiento o equivocado conocimiento de la realidad (SS de 16 de marzo de 1981, 10 de febrero de 1983 y 6 de febrero de 1984) y, más concretamente en un error del adquirente acerca de la disponibilidad del derecho por parte del transmitente, no es menos cierto que ese estado psicológico tiene también un componente objetivo consistente en el comportamiento exigible según el modelo socialmente admitido y, en definitiva, en la diligencia con la que ha de actuar el sujeto para merecer amparo del ordenamiento y para que, en el conflicto suscitado, prevalezcan sus intereses. La buena fe obliga por tanto al adquirente a una conducta activa, extendida incluso a no omitir circunstancias o diligencia alguna para el logro de averiguar si existen o no vicios en la titularidad del transferente (STS de 30-1-1060).

SÉPTIMO.- En el segundo motivo del recurso de casación se cita en el escrito de interposición como vulnerados " el art. 111-7 en relación con los art. 111-1 ; 111-2, y 111-9 del libro 1º del CCCat, en referencia a la buena fe de las partes y la accesoriedad de la hipoteca en concordancia con el art. 1528 y 1857,1º del CC ello respecto de la onerosidad del préstamo, art. 1740 del CC ".

Pues bien el motivo se encuentra deficientemente formulado, pues: a) se citan preceptos heterogéneos (ATS por todos de 17-7-2007); b) tanto en el enunciado como después se dicen vulnerados preceptos que no se habían denunciado como tales en el escrito de preparación del recurso de casación, lo que no resulta admisible (ATS de 15-1-2008 o 5-2-2008 entre otros muchos...); c) no se relacionan en párrafos separados cada una de las supuestas infracciones de los artículos del Libro primero del CCCat que constaban en el escrito preparatorio.

Cabe recordar al efecto la doctrina sentada por el Tribunal Supremo que en Auto de 17-7-2007 ha declarado que "... constituye inobservancia del mismo la falta de claridad manifiesta en la motivación del recurso, o el confusionismo en su exposición, que puede venir dado por la cita acumulada en un solo motivo de preceptos legales heterogéneos (SSTS 29-6-93 , 21-7-93 , 11-3-96 , 28-5-96 , 22-1-97 , 26-2-99 , 16-3-99 , 25-1-2000 y 23-2-2000), por la mezcla indiscriminada de cuestiones de hecho (ahora ajenas al recurso de casación y propias del extraordinario por infracción procesal), u otras procesales, y de derecho en un mismo motivo (SSTS 27-11-91 , 27-2-92 , 22-10-92 , 29-6-93 , 12-9-96 , 18-4-97 , 11-5-2000 y 29-5-2000) o, en fin, por la falta de separación entre los motivos invocados, a cada uno de los cuales deben corresponder unos razonamientos diferentes sobre su pertinencia y fundamentación (SSTS 9-12-94 , 17-11-95 y 6-10-2000), doctrina que bajo el nuevo régimen de la casación ha de aplicarse al desarrollo en la interposición de cada una de las infracciones legales expresadas en el escrito de preparación, siendo igualmente doctrina constante y reiterada de esta Sala que la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, ajena a lo que sería una tercera instancia, no permite la cita masiva de preceptos en un mismo motivo, o apartado en que se articule el recurso, como cuando se utiliza la fórmula "... y siguientes", ni fundar el recurso en la infracción de preceptos heterogéneos (SSTS 2-6-95 , 11-3-96 , 28-5-96 , 22-1-97 , 16-3-99 , 25-1-2000 y 23-2-2000), no siendo tarea de esta Sala, sino obligación del recurrente, la perfecta identificación de la norma o normas supuestamente vulneradas, sin que en absoluto proceda, so pena de originar un riesgo de indefensión para la parte contraria, subsanar de oficio las manifiestas deficiencias del motivo, y puesto que el recurso de casación no es una tercera instancia el escrito de interposición no puede equipararse a un escrito de alegaciones (SSTS 16-5-95 y 5-3-97 , entre otras muchas), traducándose la exigencia de claridad en la formulación del recurso de casación en una obligación insoslayable del recurrente (SSTS. 17-3 , 25-4 , 24-5 y 9-12-85) sin que quepa ignorar el rigor formal que es exigible en vía casacional, dado el carácter extraordinario del recurso de casación, e incluso, a tal respecto, ha de señalarse que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 19 de diciembre de 1997 (caso Brualla Gómez de la Torre contra España), se pronunció sobre



la supuesta violación del Convenio por un Auto de inadmisión de esta Sala, rechazando que tal violación se produjera, y también declarando admisible un especial formalismo del recurso de casación."

En todo caso el motivo incide de nuevo en aspectos ya tratados en el anterior, sea respecto del carácter oneroso o gratuito de la hipoteca, sea respecto de la buena fe.

Indicar, en lo que a esta última se refiere, lo ya expuesto en el anterior fundamento ya que: (a) declarado el carácter gratuito del acto de constitución de la hipoteca el tema referido a la buena o mala fe de la entidad bancaria resulta irrelevante, al conducir al mismo resultado: la prevalencia de la protección del domicilio familiar sobre la seguridad del tráfico; (b) La jurisprudencia engloba en este concepto no solo el dolo directo o conciencia de la ilicitud de la operación sino también la culpa por falta de la diligencia exigible que es el concepto utilizado por la Audiencia puesto que la presunción de buena fe contenida en el art.434 del CC (ahora art. 521,7 CCCat) que sería el aplicable ya que el art. 111-7 CCat se refiere a la conducta que con carácter general debe presidir las relaciones jurídicas privadas, puede quedar destruida mediante prueba en contrario.

Además conforme a reiterada doctrina legal, por todas STS 14-5-2008: *"la existencia o no de buena fe en favor del adquirente...constituye una cuestión de hecho que debe ser apreciada por el tribunal de instancia y que no puede ser examinada de nuevo en casación, salvo que se aprecie falta de lógica o arbitrariedad en la conclusión probatoria obtenida (SSTS de 27 de septiembre de 1996 , 30 de diciembre de 2005 y 30 de marzo de 2006)"* pues la apreciación sobre la *"...creencia de que el transferente es el titular real y puede disponer del derecho"*, o al menos crear una racional duda acerca de las mismas o de la exigible diligencia normal o adecuada al caso que hubiera permitido formar el conocimiento preciso, corresponde a los tribunales de instancia *"primera instancia y apelación"* (SS. entre otras, de 23 mayo y 28 junio 2002, 17 febrero y 25 octubre 2004), y la revisión de su juicio en casación sólo es posible mediante la denuncia de la conculcación de las normas que rigen la actividad probatoria. En el mismo sentido las STS de 21 enero 2008, 13 noviembre y 15 diciembre 2009.

De otro lado el artículo 111-9 CCCat no ha podido ser infringido en tanto no fue aplicado en la Sentencia al no basarse la misma en equidad alguna sino en el mandato del art. 9 del C. F; ni tampoco el art. 111-8 relativo a los actos propios, pues siendo claro que el Sr. Juan Ignacio actuó dolosamente al consignar en la escritura que estaba separado judicialmente y que el domicilio no era familiar sus intenciones son irrelevantes pues es la Ley la que ordena, frente a los actos propios del cónyuge titular de la vivienda familiar que hagan peligrar su utilización por la familia, que se anule el acto a petición del otro cónyuge o de los hijos menores que en él convivan.

En consecuencia el motivo de desestima.

OCTAVO.- Los siguientes motivos del recurso de casación hacen referencia a la supuesta infracción que de jurisprudencia de la Sala de casación habría incurrido la sentencia de apelación, suponemos que en relación con el art. 9 del C.F., así como a la inexistencia de doctrina del TSJC sobre las cuestiones objeto del procedimiento en relación con la diligencia requerida a las entidades financieras prestamistas con garantía hipotecaria.

Pues bien, baste leer las sentencias que se citan para observar que nada tienen que ver con las cuestiones que aquí se debaten.

La STSJC de 28-2-2008, como ya se ha dicho anteriormente, trataba de la imposibilidad de asimilar el embargo trabado sobre la vivienda conyugal por deudas del propietario de la misma, a los actos de disposición realizados por uno de los cónyuges, amen que mal podría constituir doctrina legal la existencia de una sola sentencia (art. 1,6 CC); la STSJC de 5-6-2008 relativa a un derecho de censo recoge la doctrina del Tribunal Supremo sobre el retraso desleal en el ejercicio de las acciones correspondientes que puede hacer pensar razonablemente que los derechos ya no se actuarán, mientras que en el caso, la acción se ha ejercitado dentro del plazo de 4 años prevista por la ley. Por último la STSJC de 29-9-1993, referida a un problema de accesión, y al principio de publicidad registral, no ha podido ser vulnerada por la Sala de apelación al aplicar el art. 9 del CF, pues de un lado la inscripción de los derechos en el Registro de la propiedad no convalida los actos nulos y de otro no nos hallamos ante la protección registral que dispensa el art. 34 de la Ley hipotecaria a los terceros hipotecarios, al discutirse en el presente caso la validez del propio acto de adquisición que, además, se ha declarado fue gratuito.

Por último en lo que se refiere a la inexistencia de doctrina legal en relación con la exigencia o diligencia requerida a las entidades financieras prestamistas con garantía hipotecaria, baste decir que no caben consultas a los Tribunales (STS de 2-3-1994) que han de limitarse tratándose además de un recurso de carácter extraordinario a dirimir cuestiones jurídicas respecto de la interpretación del derecho positivo con pronunciamientos que puedan servir para una generalidad de casos análogos.



En el supuesto que nos ocupa ya hemos declarado que la Sentencia de instancia califica correctamente, según la doctrina del Tribunal Supremo que hemos relacionado, el carácter gratuito de la hipoteca constituida en favor de deudas ajenas, lo que basta para rechazar el recurso pues ninguna operancia tiene aquí el art. 34 de la Ley Hipotecaria tanto porque lo que se discute es el propio acto de adquisición (al tercero hipotecario se le protege de los actos anulatorios o rescisorios del acto de adquisición de su transmitente partiendo de que el posterior contrato sea válido) como por el carácter gratuito del acto de adquisición ni se advierte jurisprudencia menor contradictoria cuando en el caso citado por el recurrente (SAPB Sección 12ª de 1-12-2003, cuyo texto no se aporta) se trataba de hipotecar bienes por deudas propias.

NOVENO.- Las costas del recurso de casación no se imponen al existir dudas de derecho en el caso planteado dado que la doctrina legal sobre el carácter gratuito de la hipoteca constituida para garantizar deudas ajenas se ha consolidado recientemente (art. 394 y 398 LEC).

Por todo lo expuesto

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUNYA, ha decidido:

DESESTIMAR el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por la representación procesal de BANCO DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA SA, contra la Sentencia de fecha 25 de mayo de 2010 dictada por la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación núm. 517/09, la cual se confirma íntegramente. Con expresa imposición de las costas causadas a la recurrente respecto del recurso extraordinario por infracción procesal y sin imposición de las costas generadas por el de casación, y pérdida de los depósitos constituidos.

Notifíquese la presente a las partes personadas y con su testimonio remítase el Rollo y las actuaciones a la Sección indicada de la Audiencia.

Así por ésta, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN. La sentencia se ha firmado por todos los Magistrados que la han dictado y publicada de conformidad con la Constitución y las Leyes. Doy fe.