



Roj: **STS 4118/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4118**

Id Cendoj: **28079110012018100670**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/12/2018**

Nº de Recurso: **1722/2016**

Nº de Resolución: **690/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TE 13/2016,**
STS 4118/2018

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 690/2018

Fecha de sentencia: 05/12/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1722/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 28/11/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE TERUEL. SECCIÓN 1.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1722/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 690/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan



En Madrid, a 5 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Bankinter S.A. e Intermobiliaria S.A., representadas por la procuradora D.^a Rocío Sampere Meneses bajo la dirección letrada de D. David Tresaco Lobera, contra la sentencia n.º 17 dictada en fecha 29 de febrero de 2016 por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Teruel en el recurso de apelación n.º 109/2015 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 743/2009 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Teruel, sobre derechos reales. Ha sido parte recurrida Autotransportes Teruel S.L., representada por el procurador D. Manuel Infante Sánchez-Torres y bajo la dirección letrada de D. Manuel Gómez Palmeiro.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La mercantil Autotransportes Teruel S.L. interpuso demanda de juicio ordinario contra Construcciones Moneva SA., Bankinter SA. e Intermobiliaria SA. en la que solicitaba se dictara sentencia por la cual:

"1. **A.** Se declare resuelto por incumplimiento contractual de las obligaciones contraídas por Construcciones Moneva S.A. con mi mandante el contrato de permuta especial contenido en la escritura de fecha 17 de marzo de 2003 otorgada por ambas partes ante el notario de Zaragoza D. Jesús Martínez Cortes, número 1251 de su protocolo.

" **B.** Se declare que como consecuencia de dicha resolución las tres fincas que mi mandante transmitía en dicha escritura:

"A) Registral número 1754: Inscrita en el Registro de la Propiedad de Teruel, Tomo 351, Libro 104, Folio 21.

"B) Registral número 12858: Inscrita en el Registro de la Propiedad de Teruel, Tomo 485, Libro 163, Folio 189.

"C) Registral número 3225: Inscrita en el Registro de la Propiedad de Teruel, Tomo 209, Libro 48, Folio 109.

"Deben volver a ser propiedad de mi mandante.

" **C.** Que como consecuencia de dicha resolución se acuerde la cancelación de las inscripciones practicadas en el registro a favor de Construcciones Moneva S.A. y que son:

"La inscripción 9.^a respecto a la finca 1754, la inscripción 3.^a respecto de la finca 12858 y la inscripción 5.^a respecto de la finca número 3225.

" **D.** Que se declare que por constar la causa de la resolución en el Registro y no ser ni Bankinter S.A. ni Intermobiliaria S.A. terceros adquirentes de buena fe, dicha resolución debe surtir efectos frente a ellos, condenándoles a estar y pasar por esa declaración acordándose la cancelación de las inscripciones efectuadas:

"- La inscripción 10.^a de hipoteca a favor de Bankinter y la inscripción 11.^a de dicha finca de compraventa con asunción de deuda a favor de Intermobiliaria S.A., ambas respecto de la finca registral número 1754.

"- La inscripción 4.^a de hipoteca a favor de Bankinter SA. y la inscripción 5.^a de compraventa con asunción de deuda a favor de Intermobiliaria S.A., ambas respecto de la finca registral 12858.

"-La inscripción 6.^a de hipoteca a favor de Bankinter y la inscripción 7.^a de compraventa con asunción de deuda a favor de Intermobiliaria S.A., ambas respecto de la finca registral 3225.

"2.- Subsidiariamente, a la petición de resolución que hemos hecho en el punto 4, solicitamos se declaren rescindidos por haberse efectuado en fraude de acreedores las dos operaciones de préstamo hipotecario y compraventa con asunción de deuda y se cancelen las inscripciones señaladas antes en el punto 4 de este suplico.

"3.- Subsidiariamente, si no se estimara la acción de resolución extendiendo sus efectos a Bankinter S.A. e Intermobiliaria S.A. o no se estimara la acción de rescisión del punto 5, solicitamos se condene a Construcciones Moneva S.A. al cumplimiento de la obligación pactada en la escritura entregando de inmediato los elementos constructivos pactados o el equivalente en metálico de aquellos elementos constructivos que no se entreguen.

"4.- Se impongan las costas de este procedimiento a los demandados".



2.- La demanda fue presentada el 14 de octubre de 2009 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Teruel y fue registrada con el n.º 743/2009. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

3.- Bankinter S.A. e Intermobiliaria S.A. contestaron a la demanda mediante escrito en el que solicitaban la desestimación íntegra de dicha demanda con expresa condena en costas a la actora.

Construcciones Moneva S.A. en su escrito de contestación alegó la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario sin entrar en el fondo del asunto y en todo caso, si no fuere acogida, la desestimación de la demanda en cuanto al fondo con imposición de costas a la actora.

4.- Autotransportes Teruel S.L. admitió la concurrencia de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario ampliando la demanda a la entidad mercantil Desarrollos Inmobiliarios Artal S.L. solicitando su condena a todas y cada una de las pretensiones del suplico de la demanda.

5.- Una vez emplazada la nueva demandada Desarrollos Inmobiliarios Artal S.L., esta contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda con imposición de costas a la actora.

6.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Teruel dictó sentencia de fecha 10 de junio de 2015, con el siguiente fallo:

"Primero: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora sra. Cortel Vicente en representación de Autotransportes Teruel S.L. contra Construcciones Moneva S.A., Desarrollos Inmobiliarios Artal S.L., Intermobiliaria S.A. y la entidad Bankinter S.A.,

"1.- Debo declarar y declaro resuelto por incumplimiento contractual de las obligaciones contraídas por Construcciones Moneva S.A. con mi mandante el contrato de permuta especial contenido en la escritura de fecha 17 de marzo de 2003 otorgada por ambas partes ante el notario de Zaragoza D. Jesús Martínez Cortés, número 1251 de su protocolo.

"2.- Consecuencia de lo anterior, debo condenar y condeno a Construcciones Moneva S.A., a que abone a Autotransportes Teruel S.L. en el equivalente metálico de los elementos constructivos no entregados, y que se fija en la cantidad de 1.202.024,20 euros, siendo de aplicación sobre esta cantidad el interés legal del dinero desde la fecha de interposición de la demanda.

"Segundo: Que debo absolver y absuelvo a Construcciones Moneva S.A., Desarrollos Inmobiliarios Artal S.L., Intermobiliaria S.A. y la entidad Bankinter S.A., del resto de pretensiones formuladas contra ellos.

"Tercero: En cuanto a las costas, lo que sigue:

"a) Respecto de la acción ejercitada contra Construcciones Moneva S.A. y conforme al art. 394.1 LEC se imponen a Construcciones Moneva S.A.

"b) Respecto de las acciones ejercitadas contra el resto de codemandados (Bankinter, Intermobiliaria S.A. y Desarrollos Inmobiliarios Artal S.A.) se imponen a la parte actora por aplicación igualmente del art. 394.1 LEC y al haber visto rechazadas totalmente dichas pretensiones".

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Autotransportes Teruel S.L.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Teruel, que lo tramitó con el número de rollo 109/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 29 de febrero de 2016, con el siguiente fallo:

"Debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la procuradora D.ª Pilar Cortel Vicente en representación de Autotransportes Teruel S.L. contra la sentencia de fecha 10 de junio de 2015 dictada en el procedimiento civil n.º 743/2015 procedente del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de los de Teruel y, consecuentemente, revocamos en parte la misma, cuyo fallo queda redactado de la siguiente manera:

"Estimando la demanda interpuesta por la procuradora D.ª Pilar Cortel Vicente en representación de Autotransportes Teruel S.L. contra Construcciones Moneva S.A., Desarrollos Inmobiliarios Artal S.L., Intermobiliaria S.A. y Bankinter S.A.:

"1.º/ Debo declarar y declaro resuelto por incumplimiento contractual de las obligaciones contraídas por Construcciones Moneva S.A. con la actora el contrato de permuta contenido en la Escritura Pública de fecha 17 de marzo de 2003 otorgada por ambas partes ante el notario de Zaragoza D. Jesús Martínez Cortés, número 1.251 de su protocolo.



"2.º/ Debo declarar y declaro que, como consecuencia de dicha resolución, vuelven a ser propiedad de Autotransportes Teruel S.L. las tres fincas que transmitió en dicha Escritura Pública: A/ Registral número 1.754 inscrita en el Registro de la Propiedad de Teruel, Tomo 351, Libro 104, Folio 21. B) Registral número 12.858 inscrita en el Registro de la Propiedad de Teruel, Tomo 485, Libro 163, Folio 189. C) Registral número 3.225, inscrita en el Registro de la Propiedad de Teruel, Tomo 209, Libro 48, Folio 109.

"3.º/ Como consecuencia de dicha resolución, acuerdo la cancelación de las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad a favor de Construcciones Moneva S.A. y que son: A) La inscripción 9.º respecto a la finca 1.754; B) La inscripción 3.ª respecto de la finca 12.858 y C) La inscripción 5.ª respecto de la finca número 3.225.

"4.º/ Declaro que la resolución acordada debe surtir efectos frente a Bankinter S.A. e Intermobiliaria S.A. por no ser terceros de buena fe, y acuerdo la cancelación de las siguientes inscripciones: A) Respecto de la finca registral número 1.754, la inscripción 10.ª de hipoteca a favor de Bankinter y la inscripción 11.ª de dicha finca de compraventa con asunción de deuda a favor de Intermobiliaria S.A. B) Respecto de la finca registral 12.858, la inscripción 4.ª de hipoteca a favor de Bankinter S.A. y la inscripción 5.ª de compraventa con asunción de deuda a favor de Intermobiliaria S.A. C) Respecto a la finca registral 3.225, la inscripción 6.ª de hipoteca a favor de Bankinter S.A. y la inscripción 7.ª de compraventa con asunción de deuda a favor de Intermobiliaria S.A.

"5.º/ La codemandada Desarrollos Inmobiliarios Artal S.A. deberá estar y pasar por las declaraciones de la presente sentencia en cuanto avalista solidaria de la demandada Construcciones Moneva S.A. en relación con las obligaciones por ella asumidas en cuanto al crédito hipotecario sobre las fincas litigiosas.

"6.º/ Se imponen a los demandados las costas procesales causadas en primera instancia.

"No se hace especial imposición de las costas procesales causadas en esta alzada".

TERCERO . - *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- Bankinter S.A. e Intermobiliaria S.A. interpusieron recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, por infracción del deber de suficiente motivación de la resolución judicial establecido en el artículo 218.2 LEC, dando lugar a una valoración de las pruebas manifiestamente errónea o arbitraria determinante de efectiva indefensión, con correlativa infracción del derecho a la tutela judicial efectiva - artículo 24.1 CE-, deber constitucional de motivación de las sentencias (art. 120.3 CE) y prescripción de arbitrariedad - art. 9.3 C.E.-.

"Segundo.- Al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, por vulneración en el proceso de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española, por infracción del artículo 386.1 LEC, que regula la prueba de presunciones, en el proceso civil, causando a mis mandantes efectiva indefensión.

"Tercero.- Al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, por vulneración en el proceso de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española, por infracción del artículo 217.1, 2 y 6 en relación con el artículo 385.1 de la LEC, que regulan la carga de la prueba en el proceso civil en supuestos como el que nos ocupa, causando a mis mandantes efectiva indefensión.

"Cuarto.- Al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, por vulneración en el proceso de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24.1 y 2 de la Constitución Española, por indebida aplicación del artículo 281.4 de la LEC que regula los *hechos notorios*, causando a mis mandantes efectiva indefensión".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del artículo 477.1 y 2.2.º, por considerar que la resolución recurrida ha infringido el régimen derivado de los artículos 1124 del Código Civil en relación con los artículos 10, 11, 34 y 37.4 de la Ley Hipotecaria y la jurisprudencia que los interpreta, en relación con la inoponibilidad a terceros de la facultad resolutoria implícita a todo contrato bilateral.

"Segundo.- Al amparo del artículo 477.1 y 2.2.º, por considerar que la resolución recurrida ha infringido el régimen derivado del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y la jurisprudencia que lo interpreta, en relación con el concepto de "*buena fe*" del tercero hipotecario.

"Tercero.- Al amparo del artículo 477.1 y 2.2.º, por considerar que la resolución recurrida ha infringido el régimen derivado del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y la jurisprudencia que lo interpreta, en relación con el concepto de "*buena fe*" del tercero hipotecario, específicamente respecto de la hipoteca constituida Bankinter S.A.".



2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 4 de julio de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de las entidades Bankinter S.A. e Intermobiliaria S.A. contra la sentencia dictada con fecha de 29 de febrero de 2016 por la Audiencia Provincial de Teruel (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 109/2015, dimanante del juicio ordinario n.º 743/2009 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Teruel".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 8 de octubre de 2018 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 28 de noviembre de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes*

La cuestión jurídica que se plantea en este recurso es la eficacia frente a terceros de la resolución por incumplimiento de un contrato de permuta de solar por obra futura.

Son antecedentes necesarios del presente litigio los siguientes:

1.- Mediante escritura de fecha 17 de marzo de 2003, Autotransportes Teruel, S.L. (en adelante, Autotransportes) y Construcciones Moneva S.A. (Moneva en lo sucesivo) suscribieron un contrato de permuta de suelo por obra futura, por cuya virtud Autotransportes transmitía la plena propiedad de tres fincas de su propiedad -n.º 1754, n.º 12858 y n.º 3225 del Registro de la Propiedad de Teruel-, a Moneva, que las aceptaba y adquiriría por su valor en conjunto de 1.562.631,47 euros. En contraprestación o pago de dicha cesión, Moneva, además de entregar la suma de 48.080,97 euros, cuyo efectivo abono se reconocía en la escritura, se comprometía: en cuanto al importe de 1.202.024,20 euros, a la entrega a Autotransportes en pleno dominio de ocho viviendas, ocho plazas de aparcamiento y ocho cuartos trasteros de los edificios que se iban a construir sobre las parcelas objeto de permuta, cuyos gastos de construcción asumía Moneva; y, en cuanto a la suma de 312.526,29 euros, a la entrega de una nave que se debía construir sobre otra finca distinta propiedad de Moneva (n.º 28.549 del Registro de la Propiedad de Teruel). Se preveía que la construcción de la nave se iniciaría en el plazo de tres meses desde la correspondiente licencia de obras y las de los edificios sobre las tres parcelas permutadas comenzarían en el momento en que se hiciera entrega de la nave. Se fijaba un plazo máximo de entrega de las obras de veinticuatro meses a contar desde el día en que se expidiera la correspondiente licencia de obras.

2.- El 17 de julio de 2007, Bankinter S.A. (Bankinter en lo sucesivo) otorgó a Moneva, con aval solidario de Desarrollos Inmobiliarios Artal S.A. -Artal en adelante-, un préstamo hipotecario por importe de 5.000.000,00 euros con garantía, entre otras, de las fincas litigiosas. Se pactó que el préstamo debía quedar totalmente reembolsado a los 24 meses a partir de la fecha de la escritura pública, es decir, el 17 de julio del año 2009, mediante una única cuota por un importe de 5.000.000,00 euros.

3.- Antes del vencimiento del plazo indicado, mediante escritura pública de 28 de noviembre de 2008, ratificada el 1 de diciembre de 2008, Moneva transfirió la plena propiedad de las fincas a Intermobiliaria S.A. por precio de 5.000.000,00 euros que se satisfacían mediante la asunción de la deuda que Moneva tenía con Bankinter por ese mismo importe. Esta escritura pública de compraventa con asunción de deuda fue presentada en el Registro de la Propiedad de Teruel, inscribiéndose el pleno dominio de las tres fincas a favor de Intermobiliaria con fecha 13 de febrero de 2009.

4.- El 14 de octubre de 2009, al considerar que los compromisos asumidos por Moneva en la escritura de 17 de marzo de 2003 habían quedado incumplidos por no haberse iniciado siquiera las obras, Autotransportes presentó demanda contra Moneva, Bankinter e Intermobiliaria. Solicitaba que se declarase resuelto el contrato de permuta y que como consecuencia de dicha resolución las tres fincas transmitidas debían volver a ser propiedad de Autotransportes, por lo que solicitaba también la cancelación de las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad a favor de Moneva así como la de las inscripciones practicadas a favor de Bankinter e Intermobiliaria, por no ser terceros de buena fe. Subsidiariamente ejercitó acción de rescisión por fraude de acreedores de las operaciones de préstamo hipotecario y compraventa con asunción de deuda



y, subsidiariamente, la condena a Moneva al cumplimiento de la obligación de entrega de los elementos constructivos y, subsidiariamente, el pago en metálico del equivalente.

5.- Moneva contestó a la demanda alegando falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido demandada Artal y, en cuanto al fondo, alegó que se habían entregado los 48.080,97 euros iniciales, se había construido la nave y, por lo que se refiere a la falta de entrega de los pisos, que el retraso en la construcción fue debido a causas administrativas, pero el cumplimiento seguía siendo posible, por lo que no procedía la resolución del contrato. Por lo que se refiere a la rescisión por fraude, se remitía a la contestación de Bankinter. A estas mismas consideraciones se remitió Artal una vez que Autotransportes amplió su demanda respecto de ella.

Bankinter se opuso a la demanda alegando que Autotransportes transmitió la propiedad de las fincas libres de cargas a Moneva, que asumió unas obligaciones de carácter personal, no real. Explicó que el préstamo hipotecario otorgado por Bankinter a Moneva se dirigió a permitir que esta última atendiera a sus gastos ordinarios de tesorería e inversión y para reestructurar diversas posiciones deudoras, sin que en el Registro de la Propiedad constara carga alguna. Añadió que la compraventa con asunción de deuda por parte de Inmobiliaria se debió a que Moneva comunicó a Bankinter, antes del vencimiento del plazo de 24 meses previsto para la devolución del capital mediante una única cuota, que no podría atender al pago comprometido, y que Moneva en cuanto propietaria podía vender y, de esa forma, tanto Moneva como su fiadora Artal quedaron liberadas de las obligaciones derivadas del préstamo de 17 de julio de 2007.

Intermobiliaria se opuso a la demanda alegando que no había sido parte en el contrato de permuta, que la demandante transmitió la propiedad de las fincas libre de cargas a Moneva, que asumió una obligación estrictamente personal sin ningún tipo de garantía y que, por tanto, el incumplimiento de Moneva no le era oponible. Añadió que el precio pagado por las fincas era superior al que en su día pagó Moneva, lo que excluía la mala fe de Intermobiliaria y que además de la compra con asunción de deuda las partes pactaron un arrendamiento con opción de compra que permitía a Moneva recuperar la propiedad de las fincas.

6.- El juzgado estimó la demanda en el sentido de declarar resuelto por incumplimiento de Moneva el contrato de permuta de 17 de marzo de 2003 y condenó a Moneva a abonar a Autotransportes la cantidad de 1.202.024,20 euros. Absolvió a Bankinter e Intermobiliaria porque consideró que Moneva adquirió la propiedad de las fincas, tenía capacidad para disponer y no constaba ninguna garantía real a favor de Autotransportes, por lo que no se podía considerar a las demandadas de mala fe. Añadió que, dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria (art. 1294 CC) no podía prosperar porque la demandante no justificaba haber intentado otras vías para obtener la reparación del perjuicio sufrido. Finalmente consideró que, desestimada la demanda frente a Bankinter e Intermobiliaria, la pretensión frente Artal quedaba sin contenido.

7.- La demandante interpuso recurso de apelación argumentando que las demandadas no eran terceros de buena fe, puesto que cuando Bankinter otorgó el préstamo hipotecario más de cuatro años después de la celebración de la permuta, y cuando luego Intermobiliaria adquirió la propiedad de las fincas a cambio de liberar a Moneva de las deudas, sabían que Moneva no había cumplido (pues para conceder el préstamo y tasar las fincas se tuvo a la vista la escritura de permuta, que había sido inscrita). Razonó que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1124 CC, la resolución sí producía efectos contra ambas.

8.- La Audiencia estimó el recurso de apelación y declaró que, como consecuencia de la resolución de la permuta, volvían a ser propiedad de Autotransportes las tres fincas que había transmitido. Tras citar jurisprudencia sobre el deber de respetar los derechos de crédito ajeno, afirmó que:

"En el caso que nos ocupa, a la vista de los datos constatados en el segundo de los fundamentos jurídicos de la presente sentencia resulta que el otorgamiento de la escritura pública de constitución del derecho real de hipoteca en garantía del préstamo concedido para la construcción en las fincas adquiridas por Construcciones Moneva, S.A., tuvo lugar más de cuatro años después de la firma de la escritura pública de permuta y, puesto que Bankinter S.A. ha reconocido que *" con carácter previo a la formalización definitiva Bankinter, S.A. adoptó con diligencia las cautelas en este tipo de operaciones"* y que no quería tener *" la más mínima duda acerca de las plenas facultades de disposición que Moneva manifestaba ostentar sobre los terrenos litigiosos, o acerca de la existencia y alcance de esos compromisos personales de entrega de la obra futura asumidos por la promotora y su eventual incumplimiento"* -según refiere textualmente en el escrito de oposición-, no ofrece duda que la entidad financiera tenía en su poder toda la documentación para la evaluación de los riesgos, siendo lógico, por tanto, su conocimiento del contrato de permuta celebrado por su prestataria con la parte actora y del contenido del mismo. Es un hecho notorio que la formalización pública de un préstamo hipotecario va precedida de una previa tramitación durante la cual la entidad crediticia resulta singularmente exhaustiva a la hora de analizar la corrección de toda la documentación requerida; pero es que, además, antes del vencimiento del plazo previsto para la amortización del préstamo, una de las sociedades filiales de Bankinter, Intermobiliaria, S.A., adquirió



las fincas que nos ocupan asumiendo la deuda que Construcciones Moneva, S.A. tenía con Bankinter, S.A. No cabe duda de que Bankinter, S.A. no era ajena al contrato de permuta celebrado y era conocedora de que el deudor hipotecario (Construcciones Moneva, S.A.) había contraído la obligación de entregar las viviendas, trasteros y plazas de garaje futuros a cambio de las fincas, y con su actuación -propia y a través de su sociedad filial facilitó al obligado el incumplimiento contractual.

"A partir de esta consideración el motivo de apelación debe prosperar por cuanto aun partiendo de que la hoja de inscripción registral supone un ámbito de publicidad que no puede ser ignorado por nadie, es doctrina jurisprudencial, anteriormente expuesta, que ello no agota el elenco de circunstancias, gravámenes, cargas y derechos que puedan afectar a quien contrate con su titular, si se prueba que las conoce y consiente, probanza que ha tenido lugar en este caso, acreditándose el conocimiento por todos los demandados del compromiso de entregar al cedente la obra futura libre de toda carga, así como que todos ellos de consumo y con ausencia de buena fe favorecieron el incumplimiento de dicho compromiso. El proceso deductivo llevado a cabo para llegar a esta conclusión se ajusta a las reglas de la lógica a partir de los hechos acreditados que previamente se han hecho constar. Por todo ello, la aplicación al caso presente 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; más aún 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.

"La codemandada Desarrollos Inmobiliarios Artal, S.A. deberá pasar por las declaraciones de la presente sentencia en cuanto avalista solidaria de la demandada Construcciones Moneva, S.A. en relación con las obligaciones por ella asumidas respecto al crédito hipotecario sobre las fincas litigiosas".

9.- Bankinter e Intermobiliaria interponen recurso por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia.

SEGUNDO.- *Recurso por infracción procesal. Formalización de los motivos*

El recurso por infracción procesal se funda en cuatro motivos.

1.- El primer motivo del recurso denuncia, al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, infracción del deber de suficiente motivación de la resolución judicial establecido en el art. 218.2 LEC, lo que se dice da lugar a una valoración de las pruebas manifiestamente errónea o arbitraria determinante de efectiva indefensión, con correlativa infracción del derecho a la tutela judicial efectiva - art. 24.1 CE-, deber constitucional de motivación de las sentencias (art. 120.3 CE) y proscripción de arbitrariedad - art. 9.3 CE-.

En su desarrollo alega que no se sabe la razón por la que la sentencia recurrida considera acreditada la mala fe y que, contra lo que sugiere la sentencia, el tiempo transcurrido entre la permuta que se resuelve y el préstamo hipotecario y ulterior venta con asunción de deuda muestra que ni Bankinter ni Intermobiliaria tenían ninguna relación con aquel primer contrato. Argumenta que los hechos notorios no admiten prueba en contrario, por lo que se hace imposible probar la buena fe, que no debe excluirse la buena fe de las entidades financieras, que la sentencia no explica qué documentos habría tenido a la vista para conocer el incumplimiento, y que el mismo no estaba garantizado.

2.- El motivo segundo denuncia, al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, vulneración en el proceso de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24.1 y 2 CE, por infracción del art. 386.1 LEC, que regula la prueba de presunciones en el proceso civil.

En su desarrollo razona que la mala fe la basa la sentencia en presunciones y que no existe un enlace directo y preciso entre los hechos probados y la mala fe que se presume. Reitera que las afirmaciones de la Audiencia sugieren que, por el hecho de serlo, a las entidades financieras no les es aplicable la presunción de buena fe. Argumenta sobre el contenido de los arts. 10 y 11 LH y la falta de garantía real, sobre la falta de relación de las recurrentes con el contrato de permuta. Reitera sus razonamientos sobre la falta de concreción de los documentos que según la sentencia habrían obrado en poder de Bankinter y permitirían afirmar su mala fe, añade que en los informes de tasación no se hacía referencia a la permuta ni a las consecuencias de su eventual incumplimiento.

3.- El motivo tercero, al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, denuncia vulneración en el proceso de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24.1 y 2 CE, por infracción del art. 217.1, 2 y 6 en relación con el art. 385.1 LEC, que regulan la carga de la prueba en el proceso civil.

En su desarrollo reitera que la mala fe se deduce exclusivamente del carácter de entidad financiera de Bankinter y del hecho notorio de que estas entidades analizan toda la documentación antes de conceder un préstamo hipotecario, lo que supone negar a las entidades financieras la aplicación del principio de presunción de la



buena fe, en contra de las reglas de la carga de la prueba. Reitera que la motivación y la valoración de la prueba es ilógica y arbitraria.

4.- El motivo cuarto, al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC, denuncia vulneración en el proceso de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24.1 y 2 CE, por indebida aplicación del art. 281.4 de la LEC que regula los hechos notorios, causando efectiva indefensión.

En su desarrollo reitera que la apreciación de la mala fe se basa en el hecho notorio de que la formalización de la hipoteca va precedida del análisis de la corrección de la documentación requerida y que de esta forma se niega que las entidades financieras puedan confiar en la presunción de veracidad y plenitud del Registro de la Propiedad.

TERCERO.- Decisión de la sala. Desestimación del recurso por infracción procesal

1.- Todos los motivos plantean la misma cuestión, la apreciación por parte de la sentencia recurrida de la mala fe de las recurrentes, y lo hacen reiterando ideas en los diferentes motivos y mezclando argumentos procesales con argumentos de fondo acerca de los efectos de la resolución por incumplimiento frente a terceros que no han sido parte en el contrato y que han confiado en que el Registro de la Propiedad no publicaba una resolución por incumplimiento.

Por lo que se refiere a esto último, el recurso no puede ser estimado, pues es doctrina de la sala la de que, conforme a la regulación de estos recursos, no cabe plantear cuestiones sustantivas en el recurso por infracción procesal (sentencia 330/2016, de 19 de mayo). El acierto de la valoración que lleva a cabo la sentencia recurrida para enjuiciar la buena fe de las recurrentes es una cuestión jurídica que debe ser revisada en casación. Las propias recurrentes, de hecho, vuelven a reiterar argumentos sobre la buena fe en su recurso de casación, donde denuncian la infracción de los arts. 1124 CC y 10, 11, 34 y 37 LH.

2.- Por lo que se refiere a los argumentos que denuncian infracciones procesales, aparte de que son reiterativos, tampoco pueden ser atendidos, por lo que decimos a continuación.

a) En primer lugar, contra lo que denuncian las recurrentes, la sentencia exterioriza las razones de su decisión y los razonamientos sobre los que se asienta el fallo de la sentencia, con independencia de que las recurrentes consideren tal motivación desacertada. Como dice la sentencia 29/2016, de 4 de febrero, no cabe confundir la falta de motivación con el desacuerdo de la misma.

b) Además, sólo una motivación ilógica o arbitraria, porque en la sentencia no se expresen o no se entiendan las razones por las que sientan las conclusiones del litigio o su fallo, podría ser revisada a través de este recurso (sentencia 790/2013, de 27 de diciembre).

c) Tampoco hay infracción de las reglas de la carga de la prueba por la valoración contenida en la sentencia acerca de que las recurrentes no estaban de buena fe, pues la sentencia considera acreditada la mala fe, y solo se infringen las reglas de la carga de la prueba cuando el tribunal considera que un determinado hecho no está probado y yerra al decidir a qué parte debe perjudicar la ausencia de prueba adecuada sobre tal hecho (sentencia 313/2015, de 21 de mayo, con cita de otras).

d) Finalmente, las recurrentes, tanto al referirse al juego de las presunciones como a lo que es o no notorio que realizan las entidades de crédito cuando analizan la concesión de un préstamo hipotecario, están impugnando la valoración jurídica sobre su buena o mala fe y, de acuerdo con la doctrina de esta sala, la valoración de la prueba que puede impugnarse a través del recurso por infracción procesal debe afectar a la fijación de los hechos (sentencia 613/2015, de 10 de noviembre, con cita de otras).

e) De manera previa a todos los motivos, sin formular un motivo expreso, la parte recurrente alega que la sentencia ha tergiversado una frase de su escrito de oposición al recurso de apelación en el que decía que, en el caso de que Bankinter hubiera tenido la más mínima duda acerca de las plenas facultades de disposición de Moneva sobre las fincas litigiosas hubiera exigido otras garantías hipotecarias. Ciertamente que la sentencia transcribe, entrecorrida, una frase que no coincide con el tenor literal del escrito de Bankinter de oposición a la apelación, pero esta sala considera que este error material de la sentencia no es decisivo a efectos de alcanzar la valoración realizada sobre su mala fe.

f) En definitiva todos los motivos de este recurso deben ser desestimados porque la sentencia motiva las razones de su fallo, la valoración realizada no es arbitraria, ni invierte la carga de la prueba. La sentencia entiende que Bankinter conocía las obligaciones de Moneva y que conocía el contenido de la permuta porque Bankinter concedió un préstamo a Moneva y la garantía hipotecaria recayó sobre las fincas que Moneva había adquirido en la permuta, y este razonamiento no es absurdo, habida cuenta de que la sentencia parte del hecho de que la escritura de permuta estaba inscrita y considera lógico, como así parece, que la entidad financiera la tuviera en cuenta en la previa tramitación que precede a la formalización de un préstamo hipotecario con



una entidad bancaria. Puesto que en esta previa tramitación la propia Bankinter admite haber contado con informes de tasación no es ilógico pensar que sabía que la obra a la que se había comprometido Moneva no estaba construida cuando se concedió la hipoteca, y nada de esto había cambiado cuando a los pocos meses fue Bankinter, como reconoce en su recurso (folio 12), quien participó en las negociaciones para que fuera Inmobiliaria, una empresa de su grupo, quien adquiriera las fincas alcanzando, como dice ella misma, una solución equivalente a la dación en pago. Tampoco es ilógico tener en cuenta el tiempo transcurrido entre la permuta y las operaciones concertadas por las recurrentes para considerar probado que cuando Bankinter concedió el préstamo a la cesionaria e Inmobiliario compró la finca a cambio de asumir la deuda de Moneva con Bankinter, ya sabían que se había producido el incumplimiento de la cesionaria y las obras no se habían iniciado.

En consecuencia, todos los motivos del recurso por infracción procesal son desestimados.

CUARTO.- Recurso de casación. Formalización de los motivos

1.- El recurso de casación se funda en tres motivos.

a) El motivo primero, al amparo del art. 477.1 y 2.2.º LEC, denuncia infracción del art. 1124 CC en relación con los arts. 10, 11, 34 y 37.4 LH.

En su desarrollo la parte recurrente razona que la sentencia atribuye a los compromisos de naturaleza obligacional una oponibilidad frente a terceros y unos efectos limitadores del dominio que solo son predicables de los derechos reales.

b) El motivo segundo, al amparo del art. 477.1 y 2.2.º LEC, denuncia infracción del art. 34 LH y la jurisprudencia que lo interpreta, en relación con el concepto de "buena fe" del tercero hipotecario.

En su desarrollo, la parte recurrente razona que la buena fe se presume mientras no se pruebe la inexactitud del Registro de la Propiedad y que en el caso no había inexactitud porque el Registro publicaba la realidad jurídica extrarregistral, que Moneva tenía la plena propiedad y plenas facultades de disposición de las fincas que había adquirido por la permuta.

c) El motivo tercero, al amparo del art. 477.1 y 2.2.º LEC, denuncia infracción del art. 34 LH y la jurisprudencia que lo interpreta, en relación con el concepto de "buena fe" del tercero hipotecario, específicamente respecto de la hipoteca constituida por Bankinter.

En su desarrollo se explica que en la escritura de permuta de 17 de marzo de 2003 Autotransportes autorizó a Moneva a solicitar préstamos hipotecarios con el fin de llevar a feliz término la ejecución de la obra por lo que, aun en el caso de que se considerara que Bankinter conocía el contenido de la permuta, en la misma se autorizaba expresamente la constitución de una hipoteca.

Este motivo se circunscribe a Bankinter y a la hipoteca que se constituyó a su favor, y se corresponde con el contenido subsidiario del suplico del recurso en el que se solicita que, si no se confirma íntegramente la sentencia del juzgado, se desestime la demanda frente a Bankinter, de modo que Autotransportes vuelva a adquirir la propiedad de las fincas que transmitió por permuta pero gravadas con el derecho real de hipoteca.

2.- En su escrito de oposición, la demandada recurrida solicita la desestimación de todos los motivos y la confirmación de la sentencia de la Audiencia.

QUINTO.- Decisión de la sala. Desestimación del recurso de casación

1.- Para resolver el recurso debemos partir de la resolución por incumplimiento del contrato de permuta celebrado entre Autotransportes y Moneva, que ha quedado firme. Lo que se plantea exclusivamente en casación es la eficacia de tal resolución respecto de los derechos adquiridos sobre la finca por las recurrentes. La Audiencia declara que como consecuencia de la resolución del contrato las fincas vuelven a ser propiedad de Autotransportes y que la resolución surte efectos frente a Bankinter e Inmobiliaria, por no ser terceros de buena fe.

Los tres motivos del recurso de casación de Bankinter e Inmobiliaria impugnan este pronunciamiento. El primer motivo se centra en la explicación de lo que las recurrentes consideran es el sistema legal que, en su opinión, conduciría a negar la eficacia frente a terceros de la resolución contractual si no existe una condición resolutoria inscrita en el Registro de la Propiedad. Los otros dos se dirigen a impugnar la valoración jurídica de la mala fe realizada por la sentencia recurrida.

2.- Todos los motivos van a ser desestimados. Una respuesta adecuada a los mismos requiere, en primer lugar, fijar el régimen normativo en el que debe resolverse el problema de la eficacia frente a terceros de la acción



de resolución por incumplimiento. A continuación, es preciso revisar si la valoración realizada por la sentencia recurrida sobre la mala fe de las recurrentes es o no correcta.

3.- Por lo que se refiere a la eficacia frente a terceros de la resolución por incumplimiento contractual debe estarse al último párrafo del art. 1124 CC, que deja a salvo de la resolución por incumplimiento de un contrato los derechos adquiridos por terceros con arreglo a los arts. 1295 y 1298 CC y a las disposiciones de la Ley hipotecaria.

La remisión del art. 1124 CC a los arts. 1295 y 1298 CC implica que la restitución derivada de la resolución no procederá en especie si el bien se haya en poder de tercero que no haya actuado de mala fe (arts. 1295.II y 1298 CC). La remisión del art. 1124 CC a la Ley hipotecaria implica que la restitución en especie tampoco procederá frente a terceros protegidos por la legislación hipotecaria. Esto último significa que al tercero le alcanza la eficacia de la resolución si ya se hubiese anotado la demanda de resolución en el Registro de la Propiedad en el momento de la adquisición de su derecho, o si estuviera inscrita en el Registro una condición resolutoria expresa (arts. 34 y 37 LH). La simple constancia en el Registro de la Propiedad del aplazamiento de pago del precio o la contraprestación no excluye la buena fe (arg. arts. 11 y 37.4.º LH) pero, sin buena fe, el tercero no queda protegido aunque no se haya inscrito una condición resolutoria expresa.

4.- Para valorar la buena o la mala fe de las recurrentes es preciso partir de los hechos probados y no discutidos, y por lo que se va a decir a continuación, esta sala comparte el criterio de la Audiencia.

Moneva adquirió la propiedad en virtud del contrato de permuta, que expresamente le facultaba para concertar préstamos hipotecarios "con el fin de llevar a feliz término la ejecución de la obra" (cláusula séptima de la escritura de permuta) que debía acometer para entregar a Autotransportes las viviendas como contraprestación de la cesión. La adquisición de la propiedad de las fincas por parte de Moneva se acordaba por tanto en la medida necesaria para que pudiera cumplirse el fin del contrato, la construcción sobre las parcelas objeto de permuta.

La escritura de permuta se otorgó el 17 de marzo de 2003 y el préstamo hipotecario se otorgó el 17 de julio de 2007. En el recurso de casación (folio 8) Bankinter explica algo que ya dijo en su contestación a la demanda y que, a juicio de esta sala, es muy relevante:

"A principios del año 2007, el Grupo Artal -en el que se encuentran integradas Moneva y Artal- se dirigió a Bankinter solicitando financiación por importe de 5.000.000,00 € esencialmente -salvo un pequeño remanente que se le concedió para atender a sus gastos ordinarios de tesorería e inversión- para reestructurar diversos préstamos y créditos que le habían servido para financiar la adquisición de las fincas colindantes a las hoy litigiosas, todas las cuales habrían de quedar agrupadas en un único solar sobre el que realizar una promoción proyectada de 89 viviendas. O dicho en corto, y como se afirma en el Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia de apelación: para la construcción de las fincas adquiridas por Construcciones Moneva. El préstamo solicitado sería a corto plazo (2 años, a amortizar a vencimiento), por tener carácter previsiblemente temporal o de "préstamo puente", hasta su posterior novación o cancelación con un préstamo de mayor importe que permitiera financiar íntegramente la construcción de la promoción, una vez hubiere tenido lugar la comercialización de las viviendas proyectadas y se confirmara, con los correspondientes contratos de reserva de compradores interesados, la viabilidad del proyecto (en definitiva, un "préstamo puente con amortización a vencimiento", habitual en el tráfico inmobiliario)".

Estas afirmaciones de la recurrente son difícilmente compatibles con toda la argumentación que expone en el apartado de su recurso sobre "antecedentes esenciales" en el que, recogiendo la que ha sido su postura en las instancias, trata de demostrar su buena fe razonando que la hipoteca se concedió contando con la nota simple y los preceptivos informes de tasación emitidos por la entidad de tasación homologada por el Banco de España, en los que no se hacía mención alguna a cuestiones relativas a la permuta ni al grado de cumplimiento por parte de Moneva.

Por ello, esta sala comparte el juicio de la sentencia recurrida sobre la ausencia de buena fe de las recurrentes, que constituyeron la hipoteca y luego concertaron una operación equivalente a una dación en pago en perjuicio de los derechos de la demandante. Así se deduce de que Bankinter concediera el préstamo transcurridos más de cuatro años desde la permuta para refinanciar a Moneva, cuando sabía que la contraprestación de Moneva frente a Autotransportes, la entrega de los pisos que Moneva debía construir, no se había cumplido ni se iba a cumplir con el préstamo que se estaba otorgando. La mala fe no procede del hecho de que Bankinter conociera que en el momento en que se otorgó la permuta la contraprestación de Moneva no estaba cumplida, pues este es un dato común a todas las permutas en las que se compromete la entrega de una obra futura. La mala fe resulta de que, cuando otorgó el préstamo hipotecario, ya sabía que no se dirigía a financiar la promoción, razón que en la escritura justificaba la atribución a Moneva de la facultad de hipotecar las fincas. A su vez, como ya ha quedado dicho, fue la propia Bankinter quien negoció que una empresa de su grupo, Intermobiliaria,



adquiriera de Moneva las fincas antes del vencimiento del préstamo, sin pagar precio, a cambio de asumir la deuda de Moneva con Bankinter. Se trataba, evidentemente, de garantizarse el pago del préstamo hecho a Moneva mediante la adquisición de la propiedad de la finca, sorteando una ejecución y tratando de sortear también los derechos de Autotransportes.

5.- En consecuencia, por todo lo razonado, hay que concluir que, producida la resolución de la permuta, los adquirentes de derechos de Moneva no pueden quedar protegidos aunque no se hubiera pactado e inscrito en el Registro de la Propiedad una cláusula expresa de resolución del contrato de permuta por el incumplimiento de Moneva.

La protección de los terceros frente a la resolución y la consolidación a su favor de los derechos constituidos por quien debe restituir las fincas objeto de la permuta con efecto retroactivo requiere buena fe por parte de los terceros, lo que en el caso, por lo dicho, no se da.

Procede por ello desestimar los tres motivos del recurso de casación y confirmar la sentencia recurrida.

SEXTO.- Costas y depósitos

1.- Desestimados los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, se imponen a la parte recurrente las costas generadas por ambos recursos.

2.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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 el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Bankinter S.A. e Intermobiliaria S.A. contra la sentencia dictada con fecha de 29 de febrero de 2016 por la Audiencia Provincial de Teruel (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 109/2015, dimanante del juicio ordinario n.º 743/2009 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Teruel.

2.º Imponer las costas de ambos recursos a la parte recurrente con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.