

**TRIBUNAL SUPREMO**  
**Sala de lo Civil**

***Presidente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos***

**SENTENCIA**

***Sentencia N°:*** 309/2013

***Fecha Sentencia:*** 26/04/2013

**CASACIÓN**

***Recurso N°:*** 155/2011

***Fallo/Acuerdo:*** Sentencia Estimando

***Votación y Fallo:*** 17/04/2013

***Ponente Excmo. Sr. D.:*** Xavier O'Callaghan Muñoz

***Procedencia:*** A.P. GRANADA

***Secretaría de Sala:*** Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

***Escrito por:*** AEA

Nota:

**CONTRATO DE COMPRAVENTA. Plazo de entrega y subrogación en el préstamo hipotecario: incumplimiento; jurisprudencia.**

**HECHO NOTORIO: crisis económica. DOCTRINA DE LA BASE DEL NEGOCIO. Jurisprudencia.**

**CASACIÓN Num.: 155/2011**

**Ponente Excmo. Sr. D.: Xavier O'Callaghan Muñoz**

**Votación y Fallo: 17/04/2013**

**Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo**

## ***TRIBUNAL SUPREMO***

***Sala de lo Civil***

***SENTENCIA N°: 309/2013***

**Excmos. Sres.:**

**D. Francisco Marín Castán**

**D. José Antonio Seijas Quintana**

**D. Francisco Javier Arroyo Fiestas**

**D. Francisco Javier Orduña Moreno**

**D. Román García Varela**

**D. Xavier O'Callaghan Muñoz**

---

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Abril de dos mil trece. 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 Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Granada, como consecuencia de autos de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 11 de la misma ciudad, cuyo recurso fue preparado ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personó en concepto de parte recurrente la Procuradora Dª Rosalía Rosique Samper en nombre y representación de la entidad "BARNETO BORRALLO P.Y.C. S.L."; siendo parte recurrida la Procuradora Dª. Pilar Rami Soriano, en nombre y representación de la mercantil "INONSA S.L.U".

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** 1.- El Procurador Don José Gabriel García Lirola, en nombre y representación de "BARNETO BORRALLO P.Y.C. S.L." interpuso demanda de juicio ordinario contra INONSA. S.L.U. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, *terminó suplicando se dictara sentencia por la que: se decrete la resolución del contrato de 21.06.06 celebrado entre los litigantes, por incumplimiento de la vendedora de las condiciones de la operación, y en particular, por causa de la entrega extemporánea de la cosa y/o alternativamente por no haber mantenido la financiación que ofreció, mediante subrogación de la adquirente en el préstamo hipotecario concertado con la Caja de Madrid; y que, por tales motivos conjuntamente, o por cualquiera de ellos en particular, se condene a la demandada a la devolución de la cantidad de 114.554,20 € (CIENTO CATORCE MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO EUROS CON VEINTE CÉNTIMOS) recibida a cuenta del precio, y al pago de los intereses legales generados por la misma desde la interpelación judicial, con expresa imposición a aquélla de las costas del procedimiento, por estimarse procedente.*

2.- La procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Carmen Giménez Carrión, en nombre y representación de INONSA, S.L.U., contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que *desestimando en su integridad la demanda formulada de contrario, absuelva a mi representada de todas las pretensiones contenidas en la misma, todo ello con expresa condena al pago de las costas causadas en el presente procedimiento.* Y formulando demanda reconventional, alegó los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que: A) *Se declare la validez y eficacia del contrato de compraventa suscrito en fecha 21 de junio de 2.006, entre la mercantil INONSA, S.L.U. y la demandada reconvenida BARNETO BORRALLO S.Y.C., S.L.* B) *Se condene a la*

*demandada, a dar cumplimiento al contrato de compraventa de 21 de junio de 2006 abonando a INONSA, S.L.U., el importe total pendiente de pago del resto del precio (más I.V.A. ) de TRESCIENTOS VEINTICINCO MIL CIENTO OCHO EUROS CON OCHENTA CÉNTIMOS (325.108'80 €), tomando posesión de los inmuebles objeto de contrato mediante el otorgamiento de escritura pública. C) Se declare que, si no cumpliera la demandada con la obligación de acudir al otorgamiento de escritura pública de compraventa en el día y hora que al efecto se señale en fase de ejecución de sentencia, por el Juzgado será suplida la voluntad rebelde de la demandada compareciendo en su nombre a tal otorgamiento. D) A abonar a INONSA, S.L.U., en concepto de cláusula penal, los intereses calculados al 16% anual sobre 325.108'80 €, devengados desde el día 20 de mayo de 2008, hasta el momento de otorgamiento de escritura pública de compraventa. E) Al pago de las costas causadas a mi representada en el presente procedimiento.*

**3.-** El Procurador Don José Gabriel García Lirola, en nombre y representación de "BARNETO BORRALLO P.Y.C. S.L.", contestó a la demanda reconvencional oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia *con la íntegra desestimación de la misma, con imposición a la actora de las costas producidas.*

**4.-** Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Granada dictó sentencia con fecha 12 de enero de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Desestimando la demanda presentada en nombre de "BARNETO BORRALLO P.Y.C. SOCIEDAD LIMITADA", absuelvo a "INONSA S.L.U." de los pedimentos deducidos en su contra, declaro no haber lugar a la resolución del contrato de compraventa celebrado entre las partes, y condeno a la actora al pago de las costas causadas con la demanda. 2º. Estimando parcialmente la reconvención formulada de contrario, condeno a "BARNETO BORRALLO P.Y.C. SOCIEDAD LIMITADA" a que, en cumplimiento del contrato de fecha 21 de junio de 2006 pague a "INONSA S.L.U" TRESCIENTOS VEINTICINCO MIL CIENTO OCHO EUROS Y*

*OCHENTA CÉNTIMOS en concepto de precio pendiente, y comparezca al otorgamiento de escritura de elevación a público de dicho contrato. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia con la reconvención .*

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de la parte demandante, la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Granada, dictó sentencia con fecha 29 de octubre de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Se desestima el recurso de apelación y se le imponen a la apelante las costas de la alzada; con pérdida del depósito constituido.*

**TERCERO.-** **1.-** El procurador D. José Gabriel García Lirola, en nombre y representación de "BARNETO BORRALLO P.Y.C. S.L.", interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DE CASACION: PRIMERO.-** Al amparo del artículo 477.2.3º en relación con el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 1124 del Código civil, en relación con el artículo 8:103 de los principios del derecho europeo de contratos (PECL) y doctrina jurisprudencial de la Sala 1ª del Tribunal Supremo. **SEGUNDO.-** Al amparo del artículo 477.2.3º en relación con el nº 1 del indicado artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 1101 en relación con el artículo 1124 y 1258 y 1288 todos ellos del Código civil y jurisprudencia emanada en torno a los mismos.

**2.-** Por Auto de fecha 4 de octubre de 2011, se acordó ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

**3.-** Evacuado el traslado conferido, la Procuradora Dª. Pilar Rami Soriano, en nombre y representación de la mercantil "INONSA S.L.U", presentó escrito de impugnación al recurso interpuesto.

**4.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de abril del 2013, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**,

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO**.- La cuestión jurídica que se plantea en este proceso, hoy en casación, está fuera de la cuestión fáctica que no se discute, por más que se alude a ella; así, la parte recurrida se refiere a la prueba en su escrito de oposición al recurso de casación, lo que está fuera de lugar pues no se trata de hechos sino de aplicación de la normativa jurídica.

La cuestión es el *plazo de entrega de la vivienda* objeto del contrato de compraventa del 21 junio 2006, todavía en construcción, que estaba previsto para marzo de 2007, cuya entrega -aviso para otorgar escritura pública- se ofreció en abril de 2008. Cuestión enlazada con la *subrogación en el préstamo hipotecario*, prevista en el contrato, que no se produjo por la negativa de la entidad bancaria a aceptarla.

Por ello, la sociedad compradora BARNETO BORRALLO P.Y.C. S.L. presentó demanda solicitando la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de las obligaciones de la vendedora por razón del plazo de entrega y por la falta de subrogación en el préstamo hipotecario, que le había sido ofrecida; además, interesó la devolución de la cantidad pagada a cuenta del precio. La sociedad vendedora, INONSA, S.L.U. se opuso a la demanda y, asimismo, formuló demanda reconvencional en la que solicitó el cumplimiento del contrato, con el pago del precio y otorgamiento de la escritura pública; además, la aplicación de la cláusula penal. Ambas sentencias de instancia -de primera instancia, del Juzgado número 11 de Granada, de 12 enero 2010 y las de segunda, de la Audiencia Provincial, Sección 3ª, de la misma ciudad, de 29 octubre 2010- desestimaron la demanda y estimaron parcialmente la reconvención.

La sociedad demandante ha interpuesto el presente recurso de casación en el que ha planteado la relación entre el retraso en el plazo de entrega -previsto para 2007 y se produjo el 2008- y la negativa de la entidad bancaria a la

subrogación del préstamo hipotecario, por razón de la crisis económica que se produjo en este lapso de tiempo, a partir del 2008, como hecho notorio; subrogación que estaba prevista en el contrato.

El hecho notorio lo contempla el artículo 281.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al disponer que *no será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general*. Es la determinación de hechos, sin necesidad de prueba, como cualidad relativa, según el tiempo y el lugar, de un conocimiento general que razonablemente es conocido por todos, incluyendo los que son parte en el proceso. Yendo al caso concreto, es hecho notorio que la crisis económica que alcanzó a nuestro país, se produjo entre 2007 y 2008, lo que tuvo consecuencias en el ámbito jurídico, especialmente en la concesión de préstamos con garantía hipotecaria y en la aceptación de subrogaciones en los que habían sido concedidos con anterioridad.

**SEGUNDO**. - Lo anterior se plantea con todo detalle en el *motivo primero del recurso de casación*, que se formula por infracción del artículo 1124 del Código civil, en relación con los principios del Derecho europeo de contratos y la doctrina jurisprudencial, con una serie de sentencias que se citan en el desarrollo del motivo.

Ante todo, debe precisarse que los principios del Derecho europeo no son normativa vigente y no pueden motivar un recurso de casación, por más que sean ilustrativos. La jurisprudencia que se cita no es coincidente con el presente caso, aunque sí se refiere a principios que han sido reiterados por esta Sala, cuáles son que los pactos de un contrato pueden ser esenciales o no, según cada caso concreto; casuismo que en muchas ocasiones se aplica al plazo de cumplimiento del contrato. Así, un simple retraso -como cumplimiento defectuoso- puede dar lugar a la resolución cuando en el caso concreto implica un incumplimiento que provoca la frustración del fin del contrato.

Esta es la alegación fundamental de este motivo del recurso. El plazo fue esencial en el caso, en cuanto coincidió con el hecho notorio de la crisis económica, que impidió la aceptación bancaria en la subrogación del préstamo hipotecario.

**TERCERO**.- Ante tal cuestión, la Sala acepta esta argumentación de la parte recurrente, basándose en el hecho del contrato, en la doctrina de la base del negocio jurídico y en la jurisprudencia.

En el contrato de compraventa, celebrado en documento privado, en Granada, el 21 junio 2006 se vende un piso con anexos, por un precio cierto, pactándose que *la terminación de las obras se producirá aproximadamente en el mes de marzo de 2007* y que en el préstamo hipotecario que ha obtenido la vendedora (INONSA) *se subrogará la parte compradora (BARNETO) en el momento del otorgamiento de la escritura de compraventa, en el caso en que opte por tal subrogación*. Ciertamente, como dicen las sentencias de instancia, la vendedora no se podía obligar a la conducta de otro, la entidad bancaria, pero lo que también es cierto es que en el contrato se daba por supuesto que en el préstamo hipotecario *se subrogará la parte vendedora*.

No es baldío reproducir las cláusulas del contrato en que aparece tal subrogación. La condición particular introductoria dispone:

*Hipoteca: La parte compradora sabe y conoce, que la vendedora ha obtenido un préstamo hipotecario de 303.840,00 euros en garantía ha sido grabado el inmueble objeto del presente documento. En el citado préstamo hipotecario se subrogará la parte compradora en el momento del otorgamiento de la escritura de compraventa, en el caso que opte por tal subrogación.*

Y en las condiciones de la promoción, prevé:

*Séptima: Datos del préstamo hipotecario. En relación al préstamo hipotecario que ha gestionado el promotor, se hace constar, que el interés para el caso de subrogación de la compradora, es el que se reseña en la escritura de constitución de préstamo hipotecario. A tal efecto y si así lo dispone el préstamo hipotecario otorgado por el promotor, la parte compradora podrá optar, según sus circunstancias personales, por el interés que expresamente se determina en dicha escritura de préstamo al momento del otorgamiento de la escritura de compraventa.*

No se cumplió ni el plazo ni la subrogación. Separadas ambas cuestiones, pueden parecer que no da lugar a la resolución del contrato, como han entendido las sentencias de instancia. Pero puestas en relación una y otra, es claro que el comprador ha quedado sin posibilidad material (económica) de adquirir el objeto de la compraventa, por lo que demanda su resolución.

Resolución que procede acordar, aplicando la *doctrina de la base del negocio*, a que ya aludieron, especialmente en relación con la cláusula *rebus sic stantibus*, las sentencias de 14 diciembre 1940, 14 junio 1943, 30 junio 1948, 12 junio de 1956, 23 noviembre 1962; esta última rechaza la aplicación de aquella cláusula y toma en consideración el desequilibrio entre las prestaciones en cuanto *"afectando a la base del negocio"*. Esta se ha considerado como el conjunto de circunstancias cuya concurrencia impide que se obtenga el resultado que se propone el negocio jurídico. Se ha distinguido la base del negocio subjetiva, como la representación común o lo que esperan ambos contratantes, que les ha llevado a celebrar el contrato y objetiva, como las circunstancias cuya presencia sea objetivamente necesaria para mantener el contrato en su función o causa (concepto objetivo). Todo ello se funda en el principio de la buena fe, que permite la resolución del negocio si desaparece la base del negocio.

Lo anterior se apoya también en la jurisprudencia de esta Sala, en casos muy semejantes al presente y bien recientes. La sentencia de 16 enero 2013 contempla el contrato en que se efectuó *una oferta de gran atractivo comercial*, cual era la subrogación en el préstamo hipotecario, no lo obtuvo y dice, al respecto, esta sentencia:

*La conducta que podía estar al alcance de la vendedora era haber pactado con el banco una subrogación que eludiese la responsabilidad universal (art. 1911 del C. Civil), limitando la responsabilidad al valor del inmueble, con lo que la subrogación no dependería de la solvencia del comprador, y esto no lo hizo, frustrando esencialmente las expectativas del comprador, por lo que no se infringen los preceptos citados, sino que el vendedor deja de respetar lo pactado con el adquirente.*

Y la de 12 de abril de 2013 expresa, contemplando la situación fáctica:

*Alega la sociedad recurrente que tan solo tenía obligación de facilitar a la compradora información sobre el préstamo y ninguna otra más y dicho compromiso fue cumplido, pero sin que ese compromiso supusiese garantizar a la compradora la subrogación en el préstamo hipotecario, pues ello dependía del consentimiento de un tercero ("la entidad acreedora"). Analizada la cláusula tercera del contrato, antes transcrita observamos que en la misma se dice que "...estará a disposición de la COMPRADORA, en el domicilio de la VENDEDORA, la información sobre las condiciones del préstamo obtenido como oferta vinculante durante dicho plazo, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a ésta".*

Puede parecer que esta doctrina jurisprudencial reiterada está en contradicción con lo que declaró la de 1 de octubre de 2012. No es así; en ésta se plantea sólo, aislada, la cuestión de subrogación en el crédito hipotecario que no constaba en el contrato sino en el folleto publicitario, que forma parte del mismo conforme a reiterada jurisprudencia. Respecto al cumplimiento de la supuesta obligación de obtener dice la sentencia:

*Dicha obligación incumplida lo era de mera gestión o de actividad, pero nunca de resultado. Es decir, la promotora debió ofrecer la subrogación, pero como establece el contrato y la práctica mercantil, es la entidad de crédito la que tiene la última palabra a la vista de la solvencia del deudor, lo que difícilmente habría aceptado el banco, pues el propio demandado reconoce que intentó gestionar directamente financiación y no lo consiguió por el elevado importe de la compra. A ello cabe añadir, que el incumplimiento de la vendedora no era trascendental, pues el propio afectado podía acudir a las correspondientes entidades financieras, no acreditando que esa posibilidad le fuese más gravosa económicamente que la hipotética subrogación.*

**CUARTO.-** Todo lo expuesto se proyecta, como se ha apuntado, en el motivo primero del recurso de casación. En éste se alega la infección del artículo 1124 del Código civil al no aplicarlo la sentencia de instancia, que no aceptó la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de la parte vendedora; incumplimiento -como se expresa en el desarrollo del motivo- que viene dado por la correlación del incumplimiento del plazo de entrega y la no

obtención de la subrogación en el préstamo hipotecario que gravaba la vivienda y anexos objeto del contrato.

En definitiva, se estima este primer motivo del recurso de casación, se declara haber lugar al mismo conforme al artículo 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin necesidad de entrar en el análisis del segundo motivo. Esta Sala asume la instancia y, en ello, como se desprende de lo declarado hasta ahora, se debe estimar la demanda principal que interesaba la resolución del contrato de compraventa de 21 junio 2006 y la devolución de la cantidad que se ha abonado a cuenta del precio, con el interés legal desde la interpelación judicial (como así se pide en el suplico de la demanda) y el mismo, elevado en dos puntos, desde esta sentencia.

Por el contrario, al estimarse la demanda, se desestima la reconvención que pretendía lo contrario de aquélla, es decir, la validez de la compraventa.

Si condena en costas, conforme al artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## **FALLAMOS**

**Primero.-** QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por la representación procesal de "BARNETO BORRALLO P.Y.C. S.L.", contra la sentencia dictada por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Granada, en fecha 29 de octubre de 2010, que SE CASA y ANULA.

**Segundo.-** En su lugar, se estima la demanda de esta sociedad recurrente: se decreta la resolución del contrato de compraventa de 21 de junio de 2006 y se condena a la demandada INONSA, S.L.U. a la devolución de la cantidad de 114.554,20 € que había recibido a cuenta del precio, con los

intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda y los mismos, elevados en dos puntos, desde la notificación de la presente sentencia hasta su efectivo pago.

**Tercero.-** Se desestima la demanda reconvencional que ha formulado la sociedad demandada INONSA, S.L.U. frente a la actual recurrente.

**Cuarto.-** No procede la condena en costas en las de este recurso, ni en ninguna de las sentencias.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-**Francisco Marín Castán.-José Antonio Seijas Quintana.-Francisco Javier Arroyo Fiestas.-Francisco Javier Orduña Moreno.-Román García Varela.-Xavier O'Callaghan Muñoz.- Rubricados.-** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz**, 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.