



Roj: **STS 6894/2003** - ECLI: **ES:TS:2003:6894**

Id Cendoj: **28079110012003102617**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/11/2003**

Nº de Recurso: **4404/1997**

Nº de Resolución: **1012/2003**

Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**

Ponente: **JESUS EUGENIO CORBAL FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a cinco de Noviembre de dos mil tres.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz, Sección Primera, como consecuencia de autos de Tercería de Dominio, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Vitoria; cuyo recurso fue interpuesto por la entidad INMOBILIARIA ESPIOLLA, S.L., representada por el Procurador D. Saturnino Estevez Rodríguez; siendo parte recurrida la entidad BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO, S.A., representada por el Procurador D. Victor Requejo Calvo. Autos en los que también ha sido parte la entidad METALES, HIERROS Y CARGAS, S.A., que no se ha personado ante este Tribunal Supremo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- El Procurador D^a. Mercedes Botas Armentia, en nombre y representación de la entidad "Inmobiliaria Espiolla, S.L.", interpuso demanda de juicio de tercería de dominio, dimanante del juicio ejecutivo núm. 497/92, ante el Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Vitoria, siendo parte demandada la entidad Banco Central Hispano Americano y la Compañía Metales Hierros y Cargas, S.A.; alegó a continuación los hechos y fundamentos del derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "por la que se declare que el inmueble descrito en el hecho primero de esta demanda es propiedad de mi mandante mandando alzar el embargo trabado por el Banco demandado sobre el mismo cancelando su anotación en el Registro de la Propiedad con expresa imposición de las costas causadas a la parte demandada".

2.- La Procurador D^a. Ana Rosa Frade Fuentes, en nombre y representación de la entidad Banco Central Hispanoamericano, S.A., contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia "por la que se desestime íntegramente la demanda formulada por la Sociedad actora, con expresa imposición de costas a la misma".

3.- Por Providencia de fecha 2 de enero de 1.997, se declaró en situación procesal de rebeldía a la entidad "Metales, Hierros y Cargas, S.A.", al haber transcurrido el término concedido para contestar a la demanda sin haberlo efectuado.

4.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos las partes evacuaron el trámite de resumen de prueba en sus respectivos escritos. El Juez de Primera Instancia Número Dos de Vitoria, dictó sentencia con fecha 13 de mayo de 1.997, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que desestimando la demanda formulada por Inmobiliaria Espiolla, S.L. representada por la procuradora Sra. Botas contra la entidad Banco Central Hispanoamericano S.A. representada por la procuradora Sra. Frade y la mercantil Metales, Hierros y Cargas, S.A., no ha lugar a los pedimentos en aquella contenidos, imponiendo las costas a la parte actora".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación por la representación de la entidad Inmobiliaria Espiolla, S.L., la Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz, Sección Primera, dictó sentencia con fecha 12 de noviembre de 1.997,



cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Desestimar el recurso de apelación dirigido por Inmobiliaria Espiolla, S.L. frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de esta ciudad en los autos de menor cuantía correspondientes a tercería de dominio 869/96 en fecha 13/5/97, confirmando la misma, con imposición a la apelante de las costas de esta alzada."

TERCERO.- 1.- El Procurador D. Saturnino Estevez Rodríguez, en nombre y representación de la entidad Inmobiliaria Espiolla, S.L., interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz, Sección Primera, de fecha 12 de noviembre de 1.997, con apoyo en los siguientes motivos, MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Al amparo del nº 4º del art. 1.692 de la LEC de 1.881, se alega infracción del art. 359 del mismo Texto Legal. SEGUNDO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción de los arts. 1.859 y 1.884 del Código Civil. TERCERO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción del art. 38 de la Ley Hipotecaria, art. 1.257 en relación con el 1.225 del Código Civil y aplicación indebida del art. 7 de Código Civil. CUARTO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1.996, 3 octubre de 1.985, 12 diciembre de 1.988. QUINTO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción de los arts. 1.256 y 1.121 del Código Civil. SEXTO.- Bajo el mismo ordinal se alega infracción por aplicación indebida de la regla 6ª del art. 175, y regla 9ª del art. 275 (sic), ambos del Reglamento Hipotecario e infracción por inaplicación de los arts. 1442 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Procurador D. Víctor Requejo Calvo, en nombre y representación de la entidad Banco Santander Central Hispano, S.A., presentó escrito de impugnación al recurso planteado de contrario.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 17 de octubre de 2.003, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JESÚS CORBAL FERNÁNDEZ

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por Inmobiliaria Espiolla, S.L., se dedujo demanda de tercería de dominio, incidental del juicio ejecutivo nº 497 de 1.992 del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Vitoria-Gasteiz, en el que eran partes el Banco Central Hispanoamericano, S.A., como ejecutante, y la Compañía Metales, Hierros y Cargas, S.A., como ejecutada, solicitando se declare que el bien inmueble descrito en el hecho primero de la demanda -finca registral nº 8.256 del Registro de la Propiedad de Vitoria- era propiedad de la actora, mandando alzar el embargo trabado por el Banco demandado sobre el mismo y cancelar su anotación en el Registro de la Propiedad. Los hechos básicos de la demanda son los siguientes: a) El 2 de junio de 1.992 las entidades Hierros, Metales y Cargas, S.A. y Promociones Tarazona S.L. celebraron en escritura pública un contrato de opción de compra a favor de la segunda respecto de la finca registral 8.256, que se inscribió en el Registro de la Propiedad el 4 de agosto de 1.992; b) El 1 de febrero de 1.995, Promociones Tarazona, S.L. cedió a Inmobiliaria Espiolla S.L. su derecho de opción de compra, a lo que prestó su pleno consentimiento la sociedad optataria Hierros, Metales y Cargas, S.A.; c) El 8 de febrero de 1.995 se ejercitó el derecho de opción de compra que se inscribió en el Registro de la Propiedad, no entregándose la cantidad del precio de la compraventa, que ascendía a veinte millones de pesetas, porque al ser mutuamente acreedoras y deudoras la vendedora y compradora las cantidades se compensaron; y, d) Cuando se anotó el embargo a favor del Banco ya estaba inscrito el derecho de opción, el cual por esta razón, tiene efectos "erga omnes". Se alegan las Sentencias de 30 de noviembre de 1.988 y 9 de junio de 1.990; y se añade que el ejercicio de la opción acarrea la cancelación automática de las inscripciones posteriores a la del derecho de opción.

En el escrito de contestación de la entidad Banco Central Hispanoamericano S.A. se cuestiona únicamente la posibilidad de cancelar la anotación preventiva. Explícitamente se manifiesta que "ninguna oposición mostramos a la condición dominical del actor, más nos oponemos frontalmente a que su título sea apto para levantar el embargo, es decir, que su simple inscripción por el optante enerve el derecho personal representado por la anotación preventiva practicada con anterioridad". En la relación de hechos, después de consignar el particular expresado (I), se recogen (II) los datos ya referidos a propósito de la demanda relativos a la constitución del derecho de opción y su ejercicio, y se indican (III) los correspondientes al juicio ejecutivo y embargo, expresando que el crédito del título ejecutoriado (Sentencia de 26 de febrero de 1.993) asciende a 7.274.400 pts. de principal y 2.000.000 pts., para intereses, costas y gastos, y que la anotación preventiva de embargo tuvo lugar el 22 de septiembre de 1.992 con la letra J, posteriormente prorrogada con la letra Q. En el hecho IV se afirma: "Dejado bien sentado lo anterior, la cuestión queda reducida a términos estrictamente jurídicos, es decir, dilucidar que efectos tiene la ejecución de una opción de compra inscrita en el Registro de la Propiedad, frente a los titulares de cargas anotadas con anterioridad a dicho ejercicio". En los fundamentos de derecho se plantea el problema litigioso exclusivamente desde la perspectiva del tratamiento



de las cargas, anotadas con posterioridad a la inscripción del derecho de opción de compra, en el momento de ejercitar ésta, y después de contemplar la posible aplicación de tres sistemas: cancelación automática de las cargas posteriores a la inscripción de la opción, liquidación de cargas preferentes y subsistencia de cargas preferentes, defiende la aplicación del sistema de liquidación por analogía con la regulación del apremio sobre bienes inmuebles, y cita en apoyo de tal criterio la Sentencia de esta Sala de 9 de octubre de 1.987. Con arreglo a la solución defendida "el optante podría ejercitar su opción, destinando el importe de la misma a pagar a los acreedores anotantes. Sería indiferente si el importe del ejercicio de la opción cubre o no el de los créditos anotados. En este supuesto, el optante cumpliría pagando, hasta donde alcanzase el precio de la opción, por el orden de preferencia de cargas según aparecen en el Registro. El optante adquiere la finca libre de cargas, por el importe señalado en la opción, siendo indiferente que con el mismo no se cubrieran los créditos anotados. En otras palabras la inscripción de la opción de compra no afectaría al optante pero sí a los anotantes".

La Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Vitoriz-Gasteiz de 13 de mayo de 1.997 (autos nº 869 de 1.996) desestimó la demanda de tercería con fundamento en que cuando se practicó la anotación preventiva de embargo, y por lo tanto se trabó el embargo sobre la finca litigiosa, la actora no había ejercitado el derecho de compra, y, en consecuencia, no se había perfeccionado la compraventa, ni al no haberse producido su efecto traslativo de dominio se había incorporado al patrimonio de aquella, por lo que la pretensión no podía ser acogida; sin que el procedimiento de tercería sea apto para la declaración de propiedad pretendida.

La Sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 1ª, de la misma Capital de 12 de noviembre de 1.997, Rollo 230/97, desestimó el recurso de apelación formulado por INMOBILIARIA ESPIOLLA, S.L.. La "ratio decidendi" de esta sentencia se resume en la apreciación de simulación con instrumentalización de la opción como garantía atípica prohibida por la ley que altera el sistema legal de garantías, además de infringir la prohibición del denominado pacto comisorio que, en relación con derechos reales de garantía típicos, prohíbe el Código Civil en los arts. 1.859 y 1.884.

El recurso de casación interpuesto por la Compañía INMOBILIARIA ESPIOLLA, S.L. se articula en seis motivos, en lo que respectivamente se denuncia: infracción del art. 359 LEC por incongruencia (primero); aplicación indebida de los arts. 1.859 y 1.864 por no existir pacto comisorio alguno (segundo); no aplicación de los arts. 38 de la Ley Hipotecaria y 1.257 en relación con el 1.225 ambos del Código Civil y aplicación indebida del art. 7 de este último Cuerpo Legal (tercero); infracción de la doctrina jurisprudencial representada por las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1.996, 3 de octubre de 1.985 y 12 de diciembre de 1.988 (cuarto); no aplicación de los artículos 1.256 y 1.121 del Código Civil (quinto); e infracción por aplicación indebida de la regla sexta del art. 175 y la regla 9ª del art. 235, ambos del Reglamento Hipotecario, y por no aplicación de lo dispuesto en los arts. 1.442 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativos al embargo y vía de apremio en el juicio ejecutivo (sexto).

SEGUNDO.- En el motivo primero se denuncia infracción de lo dispuesto en el art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque la sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial viola el deber de congruencia que debe guardar con las pretensiones deducidas por las partes en el procedimiento.

El motivo se formaliza al amparo del número cuarto del art. 1.692 LEC, cuando procedía hacerlo por el cauce de la infracción de las normas reguladoras de la sentencia del inciso primero del número tercero. Sin embargo, y a pesar de constituir una incorrección casacional, procede examinar el motivo por no ser discutible la incardinación, por la necesidad de evitar formalismos enervantes y la conveniencia de agotar la efectividad de la tutela judicial, y, singularmente, porque, se actúe por una u otra vía de casación, la consecuencia de la estimación es la misma, dado que las hipótesis del nº 4º y del primer inciso del 3º tienen, según el ordinal 3º del apartado 1 del art. 1.715 LEC, idéntico efecto procesal, debiendo la Sala, en tal caso de estimación, "resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate".

En el cuerpo del motivo, aparte razones relativas al fondo del asunto totalmente ajenas a la congruencia, se razona que los temas de la simulación y del pacto comisorio aparecen por primera vez en la Sentencia de apelación, y que la parte demandada no ha invocado ninguno de ellos en ninguno de sus actos procesales (contestación, resumen de pruebas, y vista de la apelación), por todo lo que no solo se infringió el deber de congruencia, sino que además se colocó a la recurrente en situación de auténtica indefensión, pues de haberse alegado en primera instancia se habría tratado de demostrar determinados hechos y circunstancias que echarían por tierra la argumentación de la resolución recurrida.

El escrito de impugnación del recurso se opone a la estimación con base en que: las sentencias desestimatorias no son incongruentes; no se estima ninguna excepción no aducida, ni existe alteración de la causa petendi; y es aplicable el principio "iura novit curia", el cual autoriza al juzgador a emitir su opinión crítica y jurídicamente valorativa sobre los componentes fácticos presentados por las partes, habida cuenta el principio "da mihi factum, dabo tibi ius" que permite aplicar normas distintas, e incluso no invocadas por



las partes, a los hechos por los mismos establecidos, según, Sentencias 17 octubre y 5 noviembre 1.997, y 13 febrero y 27 junio 1.997 en lo que se refiere al pacto comisorio.

El motivo se estima porque, aunque la resolución recurrida es absolutoria, se fundamenta en hechos distintos de los que constituyen el soporte fáctico de las pretensiones de las partes, y la "ratio decidendi" viene determinada por cuestiones no planteadas (alegadas y debatidas en el proceso) que determinan indefensión, además de estimarse de oficio la existencia de una simulación que no era susceptible de ello por no afectar al "orden público".

La Sentencia de instancia infringe el principio de aportación con arreglo al que corresponde a las partes el monopolio de las alegaciones fácticas ("da mihi factum, dabo tibi ius"). El juzgador puede tener o no por probados los hechos alegados, -salvo los admitidos, que le vinculan-, pero no puede ignorarlos, ni considerar hechos distintos de los aportados, como tampoco puede desvirtuar la finalidad con que fueron aducidos utilizándolos como soporte de un planteamiento distinto del que determinó su invocación. Se hace referencia a los hechos jurídicos relevantes, los que sirven de sustento básico a la pretensión actora -causa petendi- (SS. 24 febrero 1.993, 10 diciembre 1.996, 23 octubre 1.997), o a las defensas, objeciones o excepciones de la demandada (SS. 7 marzo 1.990; 20 diciembre 1.994). No se comprenden los accesorios, secundarios o complementarios; y no se desconoce la posibilidad de que el propio planteamiento jurídico suponga implícitamente el de los hechos históricos cuya concurrencia es necesaria para integrar el supuesto de la norma cuya aplicación se invoca. En el caso sólo se pueden considerar aportados los que sirven de base al planteamiento formulado por la entidad ejecutante en el escrito de contestación a la demanda, el cual se expuso con anterioridad. Los tomados en cuenta por la resolución recurrida en el fundamento jurídico segundo, aunque consten en las pruebas obrantes en autos, no forman parte del objeto del proceso. Los Tribunales, como reitera la jurisprudencia de esta Sala (por todas, S. 31 diciembre 1.999), deben atenerse a las cuestiones de hecho y derecho que las partes les hayan sometido, las cuales acotan los problemas litigiosos y han de ser fijadas en los escritos de alegaciones -"iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium"-.

Por otro lado, la respuesta judicial de la instancia no guarda coherencia con los temas suscitados y debatidos, y sustituye la cuestión sometida a debate -"res de qua agitur"- por otra distinta, con lo que contradice la doctrina de esta Sala representada, entre otras, por las Sentencias de 25 mayo y 17 octubre 1.995, 28 noviembre 1.996, 27 abril y 21 diciembre 1.998 y 27 marzo 1.999. Además recoge argumentos completamente ajenos al planteamiento de las partes que evidentemente produce indefensión (SS. 4-4-1.991; 28-9-1.992, 8 y 10-6-1.993; 2-7-2.002; 6-2-2.003), pues la parte demandante-tercerista fue sorprendida con una respuesta judicial que no pudo refutar, ni le fue posible articular defensa alguna. El principio del "iura novit curia" (alegado por la parte recurrida) permite un cambio de punto de vista jurídico y resolver las cuestiones suscitadas con razones jurídicas distintas de las contenidas en los escritos expositivos del pleito, pero no autoriza para variar dichas cuestiones, ni, en ningún caso, producir indefensión.

Finalmente se acoge una simulación que no ha sido invocada como excepción, lo que también supone incongruencia (SS. 27 marzo y 27 abril 1.998; y 8 julio 2.003), produciéndose una clara indefensión para la parte actora que no pudo contradecir, ni fáctica, ni jurídicamente, tal apreciación.

La estimación del motivo primero del recurso conlleva la declaración de haber lugar al mismo, la casación y anulación de la Sentencia recurrida y la asunción de la instancia. Como consecuencia de esta asunción: a) se revoca la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia, porque, por un lado, resulta incongruente cuestionar una transmisión del dominio que la parte demandada no solo no discute, sino que incluso expresamente reconoce -"ninguna oposición mostramos a la condición dominical del actor", dice el hecho primero del escrito de contestación al folio 49v.-, y por otro, no resulta acertada la argumentación jurídica que se hace sobre la relación entre la anotación preventiva de embargo y el ejercicio del derecho de opción (la que será objeto de examen más adelante); y, b) se debe proceder a resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, de conformidad con lo establecido en el art. 1.715.1.3º LEC, lo que se hará seguidamente con la advertencia previa de que resulta innecesario analizar los motivos dos a seis del recurso de casación, sin perjuicio de tomar en cuenta las razones en ellos expuestas así como las correspondientes en sentido contrario del escrito de impugnación.

TERCERO.- Examinadas las alegaciones de las partes -tanto las que obran en los autos, como en el Rollo de Casación-, que prácticamente reducen el "thema decidendi" a una cuestión jurídica pura, por no existir discrepancia sobre los hechos básicos que permiten resolverla, procede acordar la estimación de la demanda de tercera entablada por Inmobiliaria Espiolla S.L. porque la opción de compra inscrita tiene eficacia real, claudicando, una vez ejercitada, los derechos posteriores no preferentes, con cancelación de las inscripciones y anotaciones registrales que los publican, sin que la anotación preventiva de embargo, -que tuvo lugar en el interregno habido entre la constitución y el ejercicio de la opción-, otorgue ninguna preferencia con incidencia en el ejercicio de ésta, y sin que tampoco quepa supeditar su cancelación a que por el optante se consigne,



a disposición del procedimiento de apremio en que está acordado el embargo, el importe, el precio de la compraventa perfeccionada al consumarse la opción de compra.

Para fundamentar dichas conclusiones y dar respuesta satisfactoria en la perspectiva de la motivación a las alegaciones de las partes resulta necesario exponer las siguientes consideraciones.

Como expone doctrina autorizada, por virtud del contrato de opción una de las partes, concedente de la opción -optatario-, atribuye a la otra, beneficiaria de la opción -optante- un derecho -el llamado derecho de opción, o mejor "facultad de configuración" en cuanto que se trata de una facultad que permite a quién la ostenta configurar en el futuro una relación jurídica a su favor- que permite decidir, dentro de un determinado periodo de tiempo y unilateralmente, la celebración de un contrato, que en el caso de la opción de compra, es obviamente el de compraventa. Puede tener acceso al Registro de la Propiedad cuando concurren los requisitos del art. 14 del Reglamento Hipotecario - que consisten, además de las circunstancias necesarias para la inscripción, en el convenio expreso de las partes para que se inscriba, precio estipulado para la adquisición de la finca, y plazo para el ejercicio de la opción que no podrá exceder de cuatro años-, y tal opción inscrita es oponible y eficaz frente a terceros con el enérgico efecto publicitario que le otorga el Registro de la Propiedad. Antes del ejercicio, el beneficiario tiene una facultad preferente de adquisición, que supone la posibilidad de adquirir la cosa en la misma situación jurídica que se encontraba al tiempo de la constitución de la opción, todo ello sin perjuicio de la modulación jurídica -en relación con asunción de gravámenes posteriores- que resulte del título constitutivo en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes. La inscripción de la escritura pública que concede la opción de compra da lugar, según un sector doctrinal, a un derecho real y, según otro sector a un "ius ad rem", y aquel carácter ha sido reconocido en algunas Sentencias aisladas de este Tribunal y también se lo atribuyen, para cuando así se establezca, en algunos Cuerpos Legales del Derecho Autonómico (Leyes 460 y 461 de la Compilación de Navarra; arts. 20 y 25.1 Ley 22/2.001, de 31 de diciembre, de Cataluña). Sin embargo, ante la falta de una norma sustantiva específica en el Derecho Común o General, resulta discutible pueda catalogarse entre los "iura in re aliena" con base en la doctrina del "numerus apertus", porque el acceso al Registro de la Propiedad (art. 14 RH) no afecta a la esencia de los derechos y por lo tanto no trasmuta su naturaleza, y, por otro lado, la característica de la oponibilidad "erga omnes" -absolutividad- no parece suficiente para generar el "ius in re", cuando, como ocurre con el derecho de opción, falta el elemento de la inmediatez -señorío directo e inmediato sobre la cosa-. Comoquiera que sea, resulta incuestionable que la opción inscrita tiene eficacia o trascendencia real en el sentido genérico de producir efectos respecto de terceros, por lo que convierte en claudicantes los derechos (no preferentes) que accedan al Registro de la Propiedad con posterioridad, los cuales sin embargo se consolidan en el caso de no ejercicio de la opción en tiempo o forma. Ejercitada la opción de compra se consuma el contrato por el que se concedió y se perfecciona la compraventa, de tal manera que si ésta se formaliza en escritura pública, su otorgamiento opera como modo para la transmisión del dominio, y si se inscribe en el Registro se produce el cierre registral para los títulos que contravengan el principio del "tractu sucesivo" (art. 20 LH). La eficacia "erga omnes" aludida implica que, al ejercitarse correctamente la opción, se extinguen todos los derechos y gravámenes establecidos con posterioridad a la inscripción de la opción, pues no otra cosa significa la trascendencia real, y como consecuencia la cancelación de los asientos registrales (art. 79.2º LH).

Planteado el tema de la relación de la opción de compra con una anotación preventiva de embargo debe señalarse desde ya que tal anotación preventiva no inviste por sí de privilegio o preferencia a los créditos que cubre cautelarmente respecto a los anteriores o preferentes (S. 9 abril 2.003), no altera la naturaleza del crédito al que se refiere, y no produce preferencia alguna sobre derechos nacidos con anterioridad sobre las cosas embargadas (S. 19 abril 2.000), y sólo tiene eficacia respecto a terceros adquirentes posteriores y actos dispositivos realizados con posterioridad a la anotación (S. 4 diciembre 2.000), lo que constituye doctrina jurisprudencial consolidada mencionándose las anteriores resoluciones a efectos meramente indicativos. Como consecuencia, al ser, en el caso, la anotación preventiva [no se suscitó en el pleito ninguna cuestión respecto a la fecha del embargo] posterior a la inscripción de la opción, se ve perjudicada por el ejercicio de ésta. Le afecta plenamente la eficacia real de la opción (SS. 11 de abril de 2.000 y las que cita), sin que obste que el ejercicio sea posterior, porque el mismo no hace más que efectivizar la trascendencia real de la inscripción, claudicando el derecho objeto de anotación. Y a lo dicho resulta oportuno añadir que es cuestión ajena al tema, y al pleito (tercería de dominio), la problemática que pueda suscitar el conflicto preferencial entre el derecho de crédito objeto de apremio judicial [al que se refiere el embargo] y el que se pueda generar por el precio de la compraventa, de ahí que resulte irrelevante la alusión al art. 1.923.4º CC.

Sentados los dos aspectos anteriores, se suscita el problema de si cabe condicionar la cancelación de la anotación preventiva de embargo a que por el optatario se consigne a disposición del apremio el importe del precio de la compraventa. La respuesta debe ser negativa. Dejando a un lado que no se ha hecho ninguna notificación al titular del derecho de opción que pudiera dar lugar a la aplicación del principio de prioridad, y que tampoco consta se haya embargado el derecho de crédito sobre el precio de la compraventa para el



caso de claudicar el embargo sobre la cosa comprada, por lo que se trata de cuestiones sin ningún interés dialéctico en este proceso, con carácter prioritario debe rechazarse la pretendida aplicación del art. 1.923.4º CC (según interesa el Banco ejecutante-demandado), y ello es así porque, como se dijo, no nos hallamos ante un conflicto de preferencia de créditos, y por otro lado la anotación preventiva de embargo resulta borrada por la opción inscrita ejercitada en tiempo y forma. Lo razonado es aplicable "mutatis mutandis" a la pretendida aplicación analógica del art. 235.9ª, párrafo segundo, RH (actualmente derogado) con arreglo al que "el exceso que hubiere después de cubiertas las atenciones anteriores [en el procedimiento ejecutivo extrajudicial] se entregará por el Notario al dueño de la finca, si no hubiera otras personas que pudieran tener derecho a él, y si las hubiere, se depositará a su disposición en un establecimiento público destinado al efecto", pues no se da ninguna cuestión de derecho preferente, ni tampoco de situación analógica. Tampoco resulta relevante el argumento de la entidad ejecutante (Banco) basado en la cita de dos Sentencias, una de esta Sala y otra de una Audiencia Provincial, pues ni una ni otra tienen trascendencia alguna, por diversas razones, bastando aquí decir, dada la innecesidad de alargar el razonamiento, que, aunque se atribuye al derecho de opción el carácter de derecho personal, resulta incuestionable la trascendencia real de la opción inscrita como ya se expuso ampliamente con anterioridad.

Aparte los planteamientos antes desestimados, se suscitan dos perspectivas jurídicas más tendentes a justificar la pretensión del Banco ejecutante, que consisten en la aplicación analógica del art. 175.6ª del Reglamento Hipotecario -en el cual se establece que "las inscripciones de venta de bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias podrán cancelarse, si resulta inscrita la causa de la rescisión o nulidad, presentando el documento que acredite haberse rescindido o anulado la venta y que se ha consignado en un establecimiento bancario o Caja oficial el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto. Si sobre los bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias se hubieren constituido derechos reales, también deberá cancelarse la inscripción de éstos con el mismo documento, siempre que se acredite la referida consignación"-, y en la aplicación de la doctrina de la subrogación real -"pretium succedit in locum rei"-. Estas soluciones jurídicas cuentan con una cierta base, porque, aunque cabría ya de entrada introducir algunos matices, han sido sostenidas de una u otra manera por la Sentencia de esta Sala de 10 de septiembre de 1.998 (la cual, obviamente, no constituye jurisprudencia) y por diversas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado -7 diciembre 1.978; 28 septiembre y 29 diciembre 1.982; 2 y 4 febrero 1.988; 8 junio 1.998; 18 abril y 11 junio 2.002- (cuyo valor jurídico doctrinal resulta indiscutible). Sin embargo ninguna de dichas conclusiones jurídicas puede ser acogida. No se estima posible la aplicación analógica del art. 175.6ª del RH porque los supuestos regulados en el precepto son disímiles respecto de la situación jurídica que se contempla, por lo que falta la semejanza determinante de la identidad de razón (art. 4.1 CC). Y, además, en la doctrina se aducen otras varias razones en contra de tal aplicación, entre las que cabe citar los problemas relativos a la valoración (caso de concurrencia) de los varios derechos de garantía o gravámenes ulteriores; la imposibilidad de aplicación caso de existir compensaciones o precio aplazado (en el supuesto que se enjuicia la propia resolución recurrida dice en el fundamento tercero que no sería posible la aplicación dada la compensación alegada); la falta de utilidad porque, al no poderse impedir la inscripción de la escritura pública de ejercicio de la opción y perfección simultánea de la compraventa, se produce un cierre registral para la transmisión que pudiera resultar del apremio; la incompatibilidad con el art. 79.2 LH; y la existencia de Resoluciones con soluciones diferentes (vs. 10 abril 1.987 y 6 mayo 1.998). Y el mismo criterio negativo es aplicable al argumento de la subrogación real. Esta modificación objetiva del derecho subjetivo, consistente, -en armonía con su derivación etimológica de "subrogatio" (ocupar el puesto) "rei" (de la cosa)-, en el cambio del objeto inicial por uno nuevo que pasa a ocupar el lugar de aquel, sólo es aplicable, en las hipótesis de bienes singulares, [no interesa aquí la temática de las "universitates iuris", ni de las masas patrimoniales con peculiares regímenes jurídicos sobre los que ostentan derechos una misma persona, o patrimonios con afectación especial por su procedencia o su destino], cuando la transferencia de la cualidad jurídica de un bien al que le sustituye se halla expresamente prevista en la ley (art. 486, 517 y 518; 1626 y 1627; 1897, todos del Código Civil; 109 y 110.2º LH; 40 Ley del Contrato de Seguro 50/1.980, de 8 de octubre; entre otras) -ficción legal-. Para el caso que se enjuicia no hay previsión legal, ni de autorregulación; e incluso cabría añadir, desde una perspectiva doctrinal, que no se plantea la necesidad de conservar la identidad del derecho subjetivo (a pesar de cambiar el objeto) porque no se da la situación jurídica consistente en que el "objeto sea el mismo para dos derechos subjetivos, conectados entre sí", como exige un importante sector doctrinal.

CUARTO.- En virtud de lo razonado procede acordar la estimación de la demanda de tercería formulada por INMOBILIARIA ESPIOLLA S.L. el 6 de noviembre de 1.996, sin hacer especial condena en las costas de la primera instancia por versar el pleito sobre una cuestión jurídica compleja, como lo revelan las diversas soluciones dadas en las resoluciones de instancia y en la presente, y con una cierta dosis de incertidumbre jurídica al no existir un precedente criterio seguro para su decisión, por lo que se hace uso de la facultad concedida por el art. 523, párrafo primero, "in fine" LEC. Tampoco se imponen las de la apelación ni de la



casación, de conformidad con los arts. 710, párrafo segundo, y 1.715.2 LEC. Asimismo debe acordarse la devolución del depósito (art. 1.715.3 "a contrario sensu").

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

FALLAMOS

Que declaramos haber lugar al recurso de casación entablado por el Procurador Dn. Saturnino Estévez Rodríguez en representación procesal de la Compañía mercantil INMOBILIARIA ESPIOLLA, S.L. contra la Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz el 12 de noviembre de 1.997, en el Rollo nº 230 de 1.997, y ACORDAMOS:

Primero: Casar y anular la Sentencia recurrida en casación y revocar la dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Vitoria-Gasteiz el 13 de mayo de 1.997, autos de tercería de dominio nº 869/1.996;

Segundo: Estimar la demanda de tercería de dominio interpuesta por la representación procesal de la Compañía mercantil INMOBILIARIA ESPIOLLA, S.L. contra HIERROS, METALES Y CARGAS S.A. y el BANCO CENTRAL HISPANOAMERICANO mandando alzar el embargo trabado por el Banco demandado sobre el bien propiedad de la actora descrito en el hecho primero de la demanda (finca registral nº 8.256 del Registro de la Propiedad de dicha Ciudad) cancelando la anotación preventiva correspondiente;

Tercero: No se hace expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias y cada parte debe satisfacer las suyas en cuanto a las de la casación; y

Cuarto: Devuélvase el depósito constituido por la parte recurrente.

Publíquese esta resolución con arreglo a derecho, y devuélvanse a la Audiencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. - CLEMENTE AUGER LIÑAN.- ROMAN GARCIA VARELA.- JESUS CORBAL FERNANDEZ.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jesús Corbal Fernández, 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.