



Roj: **STS 6347/2008** - ECLI: **ES:TS:2008:6347**

Id Cendoj: **28079110012008101069**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/11/2008**

Nº de Recurso: **2280/2002**

Nº de Resolución: **1127/2008**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP IB 1606/2002,**  
**STS 6347/2008**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinte de Noviembre de dos mil ocho.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados al margen indicados, el recurso de casación interpuesto por D. Carlos Miguel , representado en la Audiencia Provincial por el Procurador de los Tribunales don Miguel Armengual Sanso y no personado en este Tribunal, contra la sentencia dictada en grado de apelación con fecha 12 de junio de 2002 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca dimanante del juicio de menor cuantía seguido en el Juzgado de Primera Instancia número Seis de los de Ibiza. Son parte recurrida en el presente recurso la entidad "Finca Clara, S.A.", representada por el Procurador de los Tribunales D. Antonio Sánchez Jáuregui Alcaide, y la entidad mercantil "Solinter Balear, S.A.", representada por la Procuradora de los Tribunales doña Laura González Fortes.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia Nº 6 de Ibiza, conoció el juicio de menor cuantía nº 336/99 , seguido a instancia de la entidad mercantil "Finca Clara, S.A.", contra la entidad mercantil "Solinter Balear, S.L." y D. Carlos Miguel .

Por la representación procesal de la mercantil "Finca Clara, S.A." se formuló demanda en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado: "...dicte sentencia por la que estimando la demanda que interpongo se declare: A) Que el contrato de préstamo suscrito por mi principal, en escritura pública de fecha 14 de febrero de 1998, ante la Notario de Ibiza Doña María Eugenia Roa Nonide (núm. 294 de su orden), es radicalmente nulo, por ser usuario el mismo y leoninos sus pactos.- B) Que se condene a mi mandante a que abone a los demandados la cantidad de cincuenta y nueve millones (59.000.000.-) de pesetas, que se ofrecen reintegrar, por ser la suma realmente debida, sin devengo alguno de intereses, el plazos prudencialmente establecidos por el órgano jurisdiccional.- C) Que se declare que el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, autos 347/98 , que se sustanció ante el Juzgado de Primera Instancia Número Cuatro de Ibiza es nulo de pleno derecho.- D) Que, como consecuencia de la declaración de nulidad del préstamo y del procedimiento hipotecario, se declare nula también la cesión del crédito litigioso, realizada por la mercantil "Solinter Balear, S.L." a favor de Don Carlos Miguel , escritura otorgada ante la Notario de Ibiza Doña María Eugenia Roa Nonide, en fecha 7 de mayo de 1999, núm. 1293 de su orden.- E).- Que se declare la nulidad de pleno derecho de los asientos registrales de constitución de hipoteca que ampara el préstamo usuario del que se insta su nulidad, procediéndose a la cancelación registral de la hipoteca, de sus notas marginales y de las anotaciones e inscripciones resultantes del procedimiento judicial sumario citado, y de todos los asientos posteriores de los que traiga causa.- F) Que se ordene a los co-demandados, "Solinter Balear, S.L." y Don Carlos Miguel , a estar y pasar por todas las declaraciones



que se hagan en virtud de cuanto se solicita.- G) La indemnización de los daños y perjuicios causados a mi principal, cuyo importe se determinará en período de ejecución de sentencia.- H) La expresa condena en costas procesales a los codemandados por su evidente temeridad y mala fe, así como por ser dispuesto por la Ley de Usura en su art. 8 .- Y Subsidiariamente, y para el improbable caso de desestimación de la pretensión de mi principal por considerarse la falta de litisconsorcio pasivo necesario, se dicte resolución por la que se condene o bien a Don Carlos Miguel o bien a la mercantil "Solinter Balear, S.L." a lo siguiente: A) Que el contrato de préstamo suscrito por mi principal, en escritura pública de fecha 14 de febrero de 1998, ante la Notario de Ibiza Doña María Eugenia Roa Nonide (núm. 294 de su protocolo), es radicalmente nulo, por ser usurario el mismo y leoninos sus pactos.- B) Que se condene a mi mandante a que abone al demandado la cantidad de cincuenta y nueve millones (59.000.000.-) de pesetas, que se ofrecen reintegrar, por ser la suma realmente debida, sin devengo alguno de intereses, en plazos prudencialmente establecidos por el órgano jurisdiccional.- C) Que se declare que el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria , Autos 347/98, que se sustancia ante el Juzgado de Primera Instancia Número Cuatro de Ibiza es nulo de pleno derecho.- D) Que, como consecuencia de la declaración de nulidad del préstamo y/o del procedimiento hipotecario, se declare nula también la cesión del crédito litigioso, realizada por la mercantil "Solinter Balear, S.L." a favor de Don Carlos Miguel , escritura otorgada ante la Notario de Ibiza Doña María Eugenia Rosa Nonide, en fecha de 7 de mayo de 1999, núm. 1293 de su orden.- E) Que se declare la nulidad de pleno derecho de los asientos registrales de constitución de hipoteca que ampara el préstamo usurario del que se pretende su nulidad, procediéndose a la cancelación registral de la hipoteca, de sus notas marginales, y de las anotaciones e inscripciones resultantes del procedimiento judicial sumario citado, y de todos los asientos posteriores de los que treiga causa.- F) Que se ordene al demandado, a estar y pasar por todas las declaraciones que se hagan en virtud de cuanto se solicita.- G) La indemnización de los daños y perjuicios causados a mi principal, a determinar en ejecución de sentencia.- H) La expresa condena en costas procesales al demandado por su evidente temeridad y mala fe, así como por ser dispuesto por la Ley de Usura en su art. 8 .".

Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada, "Solinter Balear, S.L.", se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: "...dicte en su día sentencia desestimando íntegramente la demanda formulada por la entidad Finca Clara, S.A. contra mi mandante y otro más, con expresa imposición de costas a la parte actora". Igualmente, por la representación procesal del demandado Don Carlos Miguel , se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado: "...dicte en su día sentencia por la que se desestime la demanda presentada por don Luis Carlos , absolviendo de la misma a mi mandante, con expresa imposición de costas a la actora.".

Con fecha 16 de enero de 2002, el Juzgado dictó sentencia cuyo fallo dice: "Que estimando parcialmente la demanda formulada por la representación procesal de la entidad mercantil "FINCA CLARA, S.A." contra la también mercantil "SOLINTER BALEAR, S.L." y contra DON Carlos Miguel : 1 °.- Debo declarar y declaro que el contrato de préstamo suscrito por la entidad actora, en escritura pública de fecha de 14 de febrero de 1.998, ante la Notario de Ibiza Doña María Eugenia Roa Nonide (núm. 294 de su orden), es radicalmente nulo, por ser usuario el mismo y leoninos sus pactos.- 2 °.- Debo condenar y condeno a la entidad actora a que abone a DON Carlos Miguel la cantidad de 354.597,14.-euros (59.000.000.-pesetas), por ser la suma realmente debida, sin devengo alguno de intereses.- 3 °.- Debo declarar y declaro que el procedimiento judicial sumario del arto 131 de la Ley Hipotecaria, autos 347/98, que se sustancia ante el Juzgado de Primera Instancia Número 4 de Ibiza es nulo de pleno derecho.- 4 °.- Como consecuencia de la declaración de nulidad del préstamo y del procedimiento hipotecario, debo declarar y declaro nula también la cesión del crédito litigioso, realizada por la mercantil "SOLINTER BALEAR, S.L." a favor de DON Carlos Miguel , escritura otorgada ante la Notario de Ibiza Doña María Eugenia Roa Nonide, en fecha de 7 de mayo de 1.999, n° 1.293 de su orden.- 5 °.- Debo declarar y declaro la nulidad de pleno derecho de los asientos registrales de constitución de hipoteca que ampara el préstamo usuario del que se insta su nulidad, ordenando se proceda a la cancelación registral de la hipoteca, de sus notas marginales, y de las anotaciones e inscripciones resultantes del procedimiento judicial sumario citado, y de todos los asientos posteriores de los que traiga causa; en lo que dicha cancelación no perjudique a terceros ajenos al presente procedimiento y protegidos por la fe pública registral.- A tal efecto se librarán los correspondientes mandamientos por duplicado al Registro de la Propiedad, si bien solo una vez la presente resolución adquiera firmeza (art. 5244° de la vigente Ley Procesal).- 6 °.- Debo declarar y declaro no haber lugar a los restantes pedimentos contenidos en el suplico de la demanda origen de las actuaciones.- 7 °.- Debo condenar y condeno a las partes a estar y pasar por el contenido de las anteriores declaraciones.- 8 °.- Se hace expresa imposición a la entidad "SOLINTER BALEAR, S.L." de las costas procesales causadas a la entidad mercantil "FINCA CLARA, S.A." por las actuaciones procesales verificadas en relación a ella. En cuanto al resto de costas procesales, cada parte satisfará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia y tramitado el recurso con arreglo a derecho, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, dictó sentencia en



fecha 12 de junio de 2002 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "En atención a lo expuesto, esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Illes Balears, ha decidido: a) Que se estiman en parte los recursos de apelación interpuestos por los Procuradores don Juan Antonio Landáburu Riera y doña Magdalena Tur Pereyro, en nombre y representación, respectivamente, de las entidades mercantiles Finca Clara, S.A. y Solinter Balear, S.L. y desestimando el interpuesto por el Procurador don César Serra González en nombre y representación de don Carlos Miguel , contra la sentencia de fecha 17 de enero de 2002, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Eivissa, en los autos Juicio de menor cuantía, d e los que trae causa el presente rollo.- 2) Que debemos revocar y revocamos en parte la sentencia de instancia en sus pronunciamientos 2º y 8º, y en su lugar.- 3) El pronunciamiento 2º Que debo condenar y condeno a la actora Finca Clara, S.A. que abone a la codemandada Solinter Balear, S.L. la cantidad de trescientos cincuenta y cuatro mil quinientos noventa y siete Euros con catorce céntimos (354.597,14 €), cantidad que devengará el interés que señala el artículo 921.3 de la LEC de 1881 desde la fecha de esta sentencia hasta su total pago, así como todos aquellos pagos que Solinter Balear, S.L. haya efectuado a Frigoríficos Escandell, S.A. en razón a todas las deudas que con ésa tenía la actora, incluidos los intereses moratorios de haberlos de los préstamos hipotecarios, en tanto no puedan considerarse incluidos en la anterior cantidad de 354.597,14 € (59.000.000 de pesetas) que en su momento retuvo y se acrediten cumplida y documentalmente en ejecución de sentencia.- 4 ) El pronunciamiento 8º de la sentencia de instancia queda redactado así: No se efectúa especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales devengadas en la primera instancia.- 5) Se confirma el resto de la sentencia de instancia.- 6) No se hace especial pronunciamiento sobre costas procesales en esta alzada."

TERCERO.- Por el Procurador Sr. Amengual Sanso, en nombre y representación de don Carlos Miguel , se presentó escrito preparación del recurso de casación y posteriormente de formalización ante la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, con apoyo procesal en los siguientes motivos:

A) Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477-2-2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil :

Primero: "Infracción de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria ".

Segundo: "Infracción de lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley Hipotecaria ".

Tercero: "Infracción de lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Ley de Usura de 23 de julio de 1908 ".

Cuarto: " Infracción de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de Usura de 23 de julio de 1908 ".

B) Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Primero: "Infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo que se citan".

Segundo: "Infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias que se citan"

CUARTO.- Remitidas las actuaciones a este Tribunal Supremo y personadas las partes, por Auto de esta Sala de fecha 3 de mayo de 2007 , se admite a trámite el recurso en cuanto a los motivos primero y segundo y evacuado el traslado conferido, por la representación procesal de la parte recurrida, se presentó escrito de oposición al mismo.

QUINTO.- No habiéndose solicitado, por todas las partes personadas, la celebración de vista pública, por la Sala se acordó señalar, para la votación y fallo del presente recurso, el día trece de noviembre del año en curso, en el que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. IGNACIO SIERRA GIL DE LA CUESTA

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituyen antecedentes del presente proceso, cuyo reflejo resulta conveniente para mejor comprensión de este recurso de casación, los siguientes.

La sentencia recurrida dice literalmente "Se ejercita por la parte actora la entidad mercantil unipersonal Finca Clara, S.A., la acción de nulidad de la Ley de 23 de julio de 1.908, de Represión de la Usura , conocida por Ley Azcárate, contra los demandados Solinter Balear, S.L. y Carlos Miguel . Relata la parte actora que es la propietaria de una finca denominada Can Guillamí, sita en la parroquia de Sant Mateu, término municipal de Sant Antoni de Portmany, de una cabida de 17 ha 17 a y 80 ca. que tal finca se hallaba gravada con dos hipotecas en garantía de dos prestamos mutuos de 26 y 33 millones de pesetas a favor de la entidad Frigoríficos Escandell, S.A., estando próximos a vencer los pagos aplazados del capital, por lo que, Finca Clara, S.A. por medio de su apoderado Jorge , constituyó el 14 de febrero de 1998 hipoteca a favor de la



demandada Solinter Balear, S.L., por importe de 79.000.000 de pesetas, de los cuales 20.000.000 de pesetas se declaran recibidos con anterioridad al acto de firma de la correspondiente escritura notarial, y el resto, esto es, 59.000.000 de pesetas son retenidos por la prestamista para hacer frente al pago de las deudas contraídas por la actora con la entidad mercantil citada Frigoríficos Escandell, S.A., no se pactó el pago de intereses remuneratorios y sí solamente de moratorios al 18% anual; la devolución del capital se pactó por medio de siete plazos con unos vencimientos al 10 y 29 de agosto, 13 y 29 de septiembre, 14 y 29 de octubre y 13 de noviembre, todos, de 1998. Sigue relatando la parte actora que no percibió los 20.000.000 de pesetas, presumiendo que eran los intereses anticipados de la operación que representan más de un tercio de la operación. Que ante el impago por la deudora Finca Clara, S.A. del referido préstamo, por la acreedora hipotecaria Solinter Balear, S.L. se procedió judicialmente a la ejecución de la hipoteca, autos 347/98 Eivissa 4, por el procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria ; Solinter Balear, S.L., cedió el crédito hipotecario al codemandado Carlos Miguel , en escritura pública de fecha 7 de mayo de 1999 y al amparo de la regla 10 del artículo 131 L.H . solicitó éste la adjudicación del bien inmueble, sin embargo se decretó la suspensión del procedimiento debido a seguirse causa penal sobre los mismos hechos a querrela criminal de la actora Finca Clara, S.A. por los delitos de falsedad y estafa. Pretende la actora con el presente procedimiento - cuya tramitación también quedó suspendida por la referida causa penal- que se decrete la nulidad del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de que se ha hecho mención, por motivo de ser usurario y leoninos sus pactos, y que, en consecuencia, se la condene a ella misma a devolver a los demandados 59.000.000 de pesetas, sin devengo alguno de intereses y en plazos que señale el juzgador; que se declare nulo el procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH ; que se declare nula la cesión del crédito hipotecario; que se declaren la nulidad de los asientos registrales correspondientes y se declare la indemnización de daños y perjuicios que le han sido causados. La demandada Solinter Balear, S.L. se opone a las pretensiones de contrario, asegurando que los 20.000.000 de pesetas fueron entregados personalmente a Gastone Bartoloni, administrador único de la actora Finca Clara, S.A. que se encontraba en la notaría al momento de la firma de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, pues había acudido a la misma a firmar una escritura de elevación a públicos de acuerdos sociales precisamente de ratificación del contrato de tal préstamo con garantía hipotecaria; que el destino del préstamo fue el de pagar deudas tanto de la actora Finca Clara, S.A. como de su accionista único Gastone Bartoloni, señalando como pagos efectuados los realizados a Frigoríficos Escandell, S.A., las deudas de la actora con su asesor fiscal Bernardo ; la cancelación registral de la hipoteca constituida a favor de Frigoríficos Escandell, S.A., la inscripción registral de la hipoteca constituida a favor de Solinter Balear, S.L., honorarios de tasación de la finca, prima satisfecha a Solinter Balear por la operación financiera calificada de alto riesgo, honorarios de mediación en la búsqueda y obtención de la financiación; acaba insistiendo en haber prestado la cantidad de 79 millones de pesetas y que la operación fue directa y personalmente intervenida por Gastone Bartoloni. El codemandado Carlos Miguel igualmente se opone a las pretensiones de contrario, alegando de entrada ser un tercero de buena fe que no intervino en la operación y que por lo que desconoce la exactitud de las condiciones pactadas. Que compró el crédito hipotecario que se encontraba en ejecución por el precio de 94.432.986 pesetas, de los que abonó 79 millones de pesetas correspondientes al capital, reteniendo la cantidad de 14. 432.986 pesetas en concepto de intereses de demora y gastos extrajudiciales del procedimiento del artículo 131 LH, y el resto de 1.000.000 de Ptas hasta que esté inscrita a su favor la adjudicación de la finca, señalando una serie de gastos que según tiene entendido se pagaron con los 20 millones de pesetas, señalando pagos no citados por Solinter como el abono de la deuda de Gastone Bartoloni con Roig Planells por el alquiler de habitaciones del Hotel Royal Plaza de Eivissa, alquiler de apartamentos al mismo Roig Planells; y que, finalmente, que se adjudicó la finca Can Guillamí por la regla 10 del art. 131 LH siendo firme el auto de adjudicación. La sentencia con la que se dio por terminada la primera instancia de este procedimiento civil, estima parcialmente la demanda en los términos que se han dejado transcritos ad pedem literam en el antecedente de hecho primero de esta resolución. Las tres partes intervinientes se levantan en apelación contra la sentencia ...".

Continúa la Audiencia diciendo que "procede principiar por hacer relación de los hechos declarados probados que no es otra que la declarada por la sentencia de instancia, así el relato fáctico que se ha acreditado es el de que la parte actora, por compra en escritura pública de fecha 24 abril 1992, es la propietaria de una finca denominada Can Guillamí, sita en la parroquia de Sant Mateu, término municipal de Sant Antoni de Portmany, de una cabida de 17 ha 17 a y 80 ca, inscrita en el Registro de la Propiedad de Eivissa al folio 147, del tomo 809 y libro 143 de Sant Antoni, finca 12.151, inscripción 3a; que tal finca se hallaba gravada con dos hipotecas en garantía de dos préstamos mutuos de 26 y 33 millones de pesetas a favor de la entidad Frigoríficos Escandell, S.A., y estando próximos a vencer los pagos aplazados del capital, Finca Clara, S.A. por medio de su apoderado Jorge , constituyó el 14 de febrero de 1998 hipoteca a favor de la demandada Solinter Balear, S.L., por importe de 79.000.000 de pesetas, de los cuales 20.000.000 de pesetas se declaran recibidos con anterioridad al acto de firma de la correspondiente escritura notarial, y el resto de 59.000.000 de pesetas son retenidos por la prestamista para hacer frente al pago de las deudas contraídas por la actora con la entidad mercantil citada



Frigoríficos Escandell, S.A., no se pactó el pago de intereses remuneratorios y sí solamente de moratorios al 18% anual; la devolución del capital se pactó por medio de siete plazos de 12, 10, 15, 10, 10, 10 y 12 millones de pesetas, con unos vencimientos respectivos a los días 10 y 29 de agosto, 13 y 29 de septiembre, 14 y 29 de octubre y 13 de noviembre, todos, de 1998. La parte actora no percibió los 20.000.000 de pesetas reteniéndolos la prestamista en pago de los intereses anticipados de la operación. Que el préstamo hipotecario a favor de Frigoríficos Escandell, S.A. fue abonado y las hipotecas canceladas, inscribiéndose ello en el Registro de la Propiedad. Que ante el impago por la deudora Finca Clara, S.A. del referido préstamo, por la acreedora hipotecaria Solinter Balear, S.L. se procedió judicialmente a la ejecución de la hipoteca, autos 347/98 Eivissa 4, por el procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria; que Solinter Balear, S.L., cedió el crédito hipotecario al codemandado Victor Manuel, en escritura pública de fecha 7 de mayo de 1999, por el precio de 94.432.986 pesetas, de los que éste abonó 79 millones de pesetas correspondientes al capital, reteniendo de 14.432.986 pesetas en concepto de intereses de demora y gastos extrajudiciales del procedimiento del artículo 131 LH y el resto de 1.000.000 de ptas hasta que esté inscrita a su favor la adjudicación de la finca; que Victor Manuel, una vez acreedor ejecutante, instó y obtuvo la adjudicación de la finca hipotecada Can Guillamí, al amparo de la regla 10ª del artículo 131 de la LH en su redacción anterior".

En cuanto a la situación jurídica del recurrente en casación y codemandado Carlos Miguel, y teniendo en cuenta que el mismo ha alegado que es tercero hipotecario de buena fe protegido por el artículo 34 LH, razona la Sala de apelación que "hay que empezar a definir los hechos para luego calificarlos jurídicamente. Estando en curso el procedimiento sumario del anterior art. 131 de la LH, en el que la acreedora hipotecaria de la actora de ejecutaba la hipoteca que grava la finca Can Guillamí, Carlos Miguel por precio de 94.432.986 Ptas., y en escritura pública de 7 mayo 1999, adquirió de la entidad ejecutante Solinter Balear, S.L. el crédito de ésta con la actora Finca Clara, S.A. "con cuantos derechos le son inherentes", expresándose además en la propia escritura que "La transmisión comprende todos los derechos accesorios, incluido el derecho de cobro de las cuotas de amortización de intereses que en la fecha de hoy estén pendientes de pago", y en la misma escritura, las partes requieren a la notario para que notifique la venta a la sociedad deudora (copia auténtica de tal escritura obra al folio 818 y siguientes, ramo de prueba de la actora). La operación se inscribió en el Registro. Y finalmente que Carlos Miguel, una vez personado como acreedor ejecutante, instó el 8 mayo 1999 y obtuvo la adjudicación de la finca hipotecada Can Guillamí, al amparo de la regla décima del artículo 131 de la LH en su redacción anterior, por auto del Juzgado de 19 de septiembre de 2000 que una vez firme se inscribe en el Registro. Hay un cambio en la relación obligatoria cuando se produce en su desenvolvimiento o desarrollo una alteración en sus elementos estructurales (sujeto, objeto, circunstancias), en su contenido o en su función. Tema éste cuya solución que está íntimamente vinculado a la doctrina de la novación. En nuestro Código se admiten dos clases de novación, la extintiva y la modificativa. En la primera, la novación extintiva, la obligación primitiva se extingue y es sustituida por otra (artículo 1.207 cuando la obligación se extinga), dependiendo ello de la voluntad expresa y terminante de las partes o de la total incompatibilidad entre las obligaciones antigua y nueva (artículo 1.204 sean del todo punto incompatibles). En cambio en la segunda, la novación modificativa, la obligación simplemente se modifica permaneciendo la misma, así según el art. 1.203 las obligaciones pueden modificarse: 1º Variando su objeto o sus condiciones principales, 2º Sustituyendo a la persona del deudor, y 3º Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor. Estaremos pues, en el caso de autos, ante una novación meramente modificativa. Es de destacar en este punto del análisis, que señala el artículo 1.208 que la novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad solo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen. Aquí hace referencia el Código Civil tanto a la obligación absolutamente nula como a la anulable, admitiendo la nulidad de la nueva obligación en el primer caso y la validez en el segundo en tanto la novación suponga una confirmación de la anulable. Así pues, un cambio de acreedor en la relación obligatoria puede acontecer por la cesión o subrogación en el crédito, que -según hemos visto- son casos de novación modificativa, así lo explica la Sentencia del TS de 22 noviembre 1982, mera modificación de un crédito existente sin destruir su identidad, y así lo viene reconociendo en constante doctrina jurisprudencial reflejada, entre otras, en sentencias de 30 de diciembre de 1935, 29 de abril de 1947, 10 de febrero de 1950, 30 de junio de 1969, 6 de noviembre de 1971, 5 de mayo de 1978 y 29 de enero de 1982. La cesión de créditos es la transmisión por el acreedor de la titularidad de su derecho de crédito a otra persona, normalmente como consecuencia de un negocio jurídico en cuya virtud se ha producido ese desplazamiento patrimonial, ya venta, donación cesión solutoria, etc. En el negocio jurídico de cesión entre cedente y cesionario, el deudor cedido no es parte al no tener que manifestar ningún consentimiento para que se produzca. La venta o cesión de un crédito comprende la de todos sus derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio, determina el art. 1.529, en enumeración meramente ejemplificativa. Así pues, en nuestro caso, por medio de una compraventa formalizada en escritura pública entre "Solinter Balear, S.L.", como cedente, y Carlos Miguel, como cesionario, se ha producido una cesión del derecho de crédito, con cambio de acreedor, que ha supuesto la novación modificativa que antes hemos visto, y que comprende la transmisión de la garantía hipotecaria. Producida la cesión, puede el deudor cedido oponer al cesionario todas



las excepciones objetivas o reales que pudiera oponer a su primitivo acreedor, pues son excepciones que están insitas en el mismo derecho de crédito objeto de cesión. La consecuencia de las conclusiones a que hemos ido llegando a lo largo del análisis precedente, es la de que, en nuestro caso, sigue vigente la misma obligación derivada del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, con el solo cambio de la persona del acreedor, de tal manera que en el contrato bilateral entre la parte actora "Finca Clara, S.A." y la codemandada "Solinter Balear, S.L." ha sido sustituido éste acreedor por el codemandado Carlos Miguel . No hay la menor duda de que Carlos Miguel es parte de tal contrato, y como tal parte instó y obtuvo por sucesión procesal por titularidad en la relación jurídica, el lugar de la parte ejecutante, nos referimos al procedimiento especial sumario del artículo 131 LH . Es decir que la actora "Finca Clara, S.A." y don Carlos Miguel son partes del mismo negocio jurídico de préstamo con garantía hipotecaria. Quiere ello decir que no puede ser tercero precisamente porque es parte. Pero hemos dejado consignado que una vez Carlos Miguel obtuvo la calidad de acreedor ejecutante, haciendo uso de la facultad que le concede el artículo 131.10a LH obtuvo la adjudicación de la finca Can Guillamí, que fue aprobada por Auto del propio Juzgado nº 4 de Eivissa, adjudicación ésta que fue inscrita en el registro de la propiedad, con lo cual Carlos Miguel pasó a ser el nuevo propietario de la finca con su derecho inscrito en el registro. La transmisión de dominio se produjo directamente de la actora "Finca Clara, S.A." al codemandado Carlos Miguel , son pues estos dos las partes del negocio jurídico de la transmisión de la propiedad. Todo este simple razonamiento nos lleva a determinar que Don. Carlos Miguel no es tercero, ni tercero hipotecario, por lo que no hace falta analizar toda la argumentación de su apelación sobre su cualidad de tercero hipotecario de buena fe según el artículo 34 de la LH . Carlos Miguel sería tercero si solamente hubiera intervenido para adquirir la finca de otro adjudicatario y ambos hubieran inscrito su derecho. Los adjudicatarios nunca pueden ser terceros respecto del deudor ejecutado".

SEGUNDO.- El motivo primero del actual recurso de casación, denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 34 de la Ley Hipotecaria, y el segundo infracción de lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley Hipotecaria "porque las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias, no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en la Ley Hipotecaria".

Los dos motivos que únicamente han sido admitidos descansan sobre el presupuesto de que el cesionario del préstamo Carlos Miguel tiene la condición de tercero hipotecario, y por tanto está protegido por lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria , discutiendo la fundamentación jurídica de la Sentencia impugnada sobre la base de la aplicación del principio de la fe pública registral, que debe ampararle, no afectándole la posterior declaración de nulidad del derecho del transmitente. Por todo ello su estudio conjunto es lo procedente.

Ambos motivos estudiados de consuno deben ser desestimados.

La fundamentación jurídica contenida en la Sentencia impugnada se ajusta a la doctrina de esta Sala, plasmada en la Sentencia de 28 de octubre de 2004 , que al tratar sobre los efectos de un contrato de préstamo declarado como usurario y cedido por el prestamista posteriormente a otra persona, precisa que resulta ineludible determinar si tal nulidad afecta o no al nuevo negocio jurídico surgido de la subrogación efectuada por una de las partes, pronunciándose por una respuesta absolutamente afirmativa, «ya que es doctrina jurisprudencial emanada de sentencias de esta Sala, la que determina que la nulidad de los contratos a los que se refiere el artículo 1 de la Ley de 1908 , es la radical ya que no admite convalidación sanatoria en cuanto queda fuera de la disponibilidad de las partes y como consecuencia de ello, si la convención inicial que aparece en el contrato en cuestión es radicalmente nula, la novación no puede operar su consolidación por prohibirlo así expresamente el artículo 1208 del Código Civil en relación al artículo 6-3 de dicho Cuerpo legal, por lo que cabe, por tanto, decir, con frase jurídicamente aceptada, que en estos casos la novación opera en vacío, al carecer del imprescindible sustento que dicha figura exige, representado por la obligación primitiva que se pretende novar -por todas las sentencias de 26 de octubre de 1959 y 30 de diciembre de 1.987 -». Añade la citada Sentencia que en el caso no se puede olvidar que ha surgido la figura de la novación subjetiva por cambio de acreedor recogida en el artículo 1203 del Código Civil , por lo que en conclusión hay que proclamar la "nulidad derivada" del negocio jurídico de cesión de crédito efectuada entre las partes.

Tal nulidad derivada, conlleva que el Carlos Miguel no pueda ampararse en la pretendida condición de tercero hipotecario, disponiendo el artículo 33 de la Ley Hipotecaria que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes.

TERCERO.- Al desestimarse el recurso de casación han de imponerse las costas del mismo a la parte recurrente según los artículos 394 y 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

**FALLAMOS**



Que debemos declarar lo siguiente:

1º.- No haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Carlos Miguel contra la Sentencia dictada el 12 de junio de 2002 por la Audiencia Provincial de Las Islas Baleares .

2º.- Imponer el pago de las costas de este recurso de casación a dicha parte recurrente.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Román García Varela.- José Antonio Seijas Quintana.- Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.- Firmado.- Rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO