

Roj: **STS 1264/2009** - ECLI: **ES:TS:2009:1264**Id Cendoj: **28079110012009100188**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **17/03/2009**Nº de Recurso: **1515/2003**Nº de Resolución: **186/2009**Procedimiento: **Casación**Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP B 866/2003,**
STS 1264/2009

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Marzo de dos mil nueve

. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados los recursos de casación y por infracción procesal contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 32 de Barcelona, cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personó la Procuradora Dª Mª Irene Bueno Arnes, en nombre y representación de "KS Consultance S.L."; siendo parte recurrida el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de "Caja de Ahorros del Mediterráneo"

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- **1.-** El Procurador de los Tribunales D. Jordi Enric Ribas Ferre en nombre y representación de "Habitatge Entorn, S.C.C.L.; Proha, S.C.C.L." y "Raiding, S.A." interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía contra "Zangano Better, S.L.", "Caja de Ahorros del Mediterraneo (CAM)" y "KS Consultance, S.L." y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando se dictara sentencia mediante la que declararon el derecho de mis poderdantes a tener inscrito derecho de propiedad a título de compraventa derivado del ejercicio de la opción de compra constituido a su favor sobre la finca 132-N del Registro de la propiedad numero dos de Santa Coloma de Gramanet descrita en el presente escrito. Condene al titular registral actual a otorgar la escritura de compraventa y a recibir la cantidad que resulte del precio convenido, una vez deducidos los importes que deban ser aplicados para la cancelación de las cargas y gravámenes que figuren en el Registro de la Propiedad o, alternativamente declare el Juzgado otorgada dicha escritura y ordene al Registro de la Propiedad la inscripción de la titularidad dominical a favor de mis poderdantes, por terceras partes indivisas, previa consignación en este Juzgado del saldo diferencial del precio obtenido en la forma indicada y que en cualquiera de ambos casos, será determinado en ejecución de sentencia. Asimismo, declare que la cesión de crédito hipotecario formalizada entre las demandadas Caja de Ahorros Mediterráneo (CAM) y KS CONSULTANCE, S.L. no se halla ajustada a Derecho, declare la nulidad de la misma y la de las que de ella trajeran causa, condene a la CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO a devolver a KS CONSULTANCE, S.L. y a ésta a recibir la cantidad realmente satisfecha en concepto de precio por dicha cesión. Alternativa o subsidiariamente y en méritos del derecho preferente de cancelación de cargas y gravámenes que ejercitaron en su día mis mandantes, los actores, declare el derecho a que a los mismos, se trasmita la titularidad de dicho crédito previa consignación judicial o pago del precio que resulte comprobado a través del presente juicio, con intereses y gastos computados únicamente entre el momento de la transmisión a KS Consultance, S.L. y el ejercicio del derecho preferente por parte de mis poderdantes. Condene a cedente y cesionaria a pasar por dicha declaración o transmisión y otorgar la escritura correspondiente o en su defecto en



período de ejecución de sentencia dese por formalizada la transmisión y ordene al Registro de la Propiedad la correspondiente inscripción a favor de los aquí actores. Procédase a determinar para su consignación judicial el importe a satisfacer por los actores en período de ejecución de sentencia. Declare igualmente la anulación y cancelación registral de todos los asientos, anotaciones e inscripciones sobre la finca de autos, posteriores al ejercicio d *el derecho de opción por parte de los actores v ordene lo procedente a tal fin al Registro de la Propiedad. Finalmente, declare el derecho solidario de los actores a ser indemnizados por los daños y perjuicios irrogados y que puedan seguir siéndole producidos hasta el momento de la definitiva ejecución de sentencia firme y condene, también solidariamente, a todos los demandados a indemnizar a mis poderdantes por los daños y perjuicios a estos últimos causados, en la cuantía que resulte del período probatorio o de los trámites de ejecución de sentencia. Condene, en forma solidaria a los demandados al pago de las costas por su manifiesta temeridad y mala fe así como los intereses legales que se deriven, desde el momento de la presente interposición de esta demanda, también a concretar en ejecución de sentencia.*

2.- El Procurador D. Francisco Javier Manjarín Albert, en nombre y representación de "Zangano Better, S.L.", contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se *desestime íntegramente la demanda, absolviendo a su representada de sus pedimentos e imponiendo expresamente las costas del juicio a la actora.*

3. - El Procurador D. Isidro Marín Navarro, en nombre y representación de "Caja de Ahorros del Mediterraneo (CAM)" contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia *desestimando íntegramente la demanda, absolviendo a su representada, con expresa imposición de las costas a las actoras.*

4.- El Procurador D. Angel Joaniquet Ibarz, en nombre y representación de "KS Consultance, S.L." contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se *absuelva a su representada con imposición de costas a las actoras.*

5.- Las partes evacuaron los traslados que para réplica y dúplica les fueron conferidos. Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas a los autos las pruebas practicadas, se entregaron los mismos a las partes para conclusiones. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 32 de Barcelona, dictó sentencia con fecha 10 de julio de 2002 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: "FALLO: Estimando íntegramente la demanda formulada por Don Jordi-Enric Ribas Ferré en nombre y representación de "HABITATGE ENTORN", "RAIDING S.A." Y "PRONA, SCCL" contra ZANGANO BETTER, 3.L." y desestimando la reconvenición de "ZANGANO BETTER, S.L." y la acción ejercitada por "HABITATGE ENTORN", "RAIDING, S.A" Y "PRONA SCCL", contra "CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO" y "KS CONSULTANCE, S.L." por falta de legitimación pasiva, sobre otorgamiento de escritura pública de compraventa e indemnización de daños y perjuicios: 1) DECLARO debidamente ejercitada por las actoras la opción de compra recogida en la escritura pública de 12 de febrero de 1997. 2) CONDENO a la Entidad demandada "ZANGANO BETTER, S.L." a otorgar escritura pública de venta del inmueble litigioso a favor de las actoras, contra simultánea entrega del precio de la misma conforme a lo estipulado literalmente en la cláusula quinta y octava del contrato de opción de compra a concretar en ejecución de sentencia, es decir deduciendo del precio la cantidad necesaria para el levantamiento de la carga o cargas subsistentes en dicho momento y que resulten precedentes. 3) CONDENO A "ZÁNGANO BETTER, S.L." a indemnizar a "HABITATGE ENTORN" "RAIDING, S.A." Y "PRONA SCCL" en la cantidad que en ejecución de sentencia se determine derivada del mantenimiento de los avales entregados a la actora desde el 4 de Marzo de 1998 hasta que se hubiesen cancelado los mismos o se proceda a la firma de la escritura de compra y de los intereses devengados por el crédito actualmente titularidad de "KS CONSULTANCE, S.L." desde el 4 de Marzo de 1998 y que fuere necesario abonar para levantar la carga subsistente. 4) absuelvo a "CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO" Y "KS CONSULTANCE, S.L.". 5) Todo ello con expresa imposición de las costas de "HABITATGE ENTORN", "RAIDING, S.A." Y "PRONA SCCL" a "ZÁNGANO BETTER, S.L.", y de las de "CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO" y "KS CONSULTANCE, S.L." a "HABITATGE ENTORN", "RAIDING, S.A." Y "PRONA SCCL". Desestimando íntegramente la demanda. ejercitada contra "ZÁNGANO BETTER, S.L.", "CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO", "KS CONSULTANCE, S.L." sobre nulidad de contrato de cesión de crédito, absuelvo a "ZÁNGANO BETTER, S.L.", "CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRÁNEO" Y "KS CONSULTANCE, S.L." de los pedimentos contenidos en la demanda relativos a la citada acción. Todo ello con expresa imposición de las costas de los codemandados a "HABITATGE ENTORN", "RAIDING, S.A." Y "PRONA, SCCL".*

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la parte actora y la parte codemandada ZÁNGANO BETTER S.L. , la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 31 de enero de 2003 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS: Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por HABITATGE ENTORN, S.C.C.L., PROHA., S.C.C.L. y RAIDING, S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Barcelona en los autos de que este rollo dimana,*



revocamos parcialmente dicha resolución, únicamente en el extremo relativo a las cargas que deben cancelar las actoras con cargo al precio retenido, que serán todas aquéllas a las que alcance dicho precio, confirmándola en todos los restantes, en cuanto no se hallen afectados por la transacción a que han llegado las partes, sin hacer pronunciamiento sobre las costas de la alzada.

TERCERO .- 1 .- El Procurador de los Tribunales D. Ángel Joaniquet Ibarz en nombre y representación de "KS Consultance S.L.", interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVOS DEL RECURSO de CASACION: PRIMERO .-** Al amparo del ordinal 2º del artículo 477.2 de la LEC, invoca la infracción de los artículos 1257, 1281, 1923.4º del C.Civil, así como los artículos 17, 32, 34, 38, 107,7º y 131.17º de la Ley Hipotecaria y el artículo 14 del Reglamento Hipotecario. **POR INFRACCION PROCESAL:** Al amparo del número 2º y 4º del artículo 469 L.E.C., alegando la infracción 218 de la L.E.C. y 24 de Constitución.

2.- Por Auto de esta Sala de fecha 22 de julio de 2008 se acordó NO ADMITIR EL RECURSO POR INFRACCIÓN PROCESAL y de CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de "Habitatge Entorn C.C.L.", "Proha S.C.C.L.", y "Raiding S.A." y ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN Y POR INFRACCIÓN PROCESAL interpuesto por la representación procesal de "KS Consultance S.L."

3.- Evacuado el traslado conferido al procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de "Caja de Ahorros del Mediterráneo", presentó escrito de impugnación al mismo.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 3 de marzo del 2009, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- El proceso que hoy se somete a casación tuvo una extraordinaria complicación tanto material como procesal. Sin embargo, en el curso del trámite de la apelación de la sentencia de primera instancia las partes actoras (las tres sociedades) y la codemandada " ZANGANO BETTER, S.L." celebraron contrato de transacción, de fecha 1 de marzo de 2002 que fue homologado por la Audiencia Provincial, Sección 17ª, de Barcelona, en auto de 9 de abril de 2002, aclarando la Providencia 14 de junio del mismo año que sólo afectaba al ejercicio del derecho de opción y a una concreta reclamación de daños y perjuicios, entre las partes contratantes.

Tras ello, la sentencia dictada por dicha Audiencia Provincial, de 31 de enero de 2003 confirmó la de primera instancia, revocando un extremo con dicho texto literal del fallo: revocamos parcialmente dicha resolución, únicamente en el extremo relativo a las cargas que deben cancelar las actoras con cargo al precio retenido, que serán todas aquéllas a las que alcance dicho precio, confirmándola en todos los restantes, en cuanto no se hallen afectados por la transacción a que han llegado las partes.

La cuestión que plantea la única de las partes codemandadas, " KS CONSULTANCE S.L." que ha recurrido ante esta Sala se refiere a su titularidad de un crédito garantizado con hipoteca. Esta se constituyó en escritura pública de 24 de marzo de 1994 por la propietaria de una finca, " ZANGANO BETTER, S.L." la citada demandada, para responder de un préstamo contraído con la CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRANEO (CAM). Posteriormente, el 12 de febrero de 1997 se otorga escritura de opción de compra a favor de los demandantes en la instancia, que no intervienen en esta alzada, que se ejerce en plazo, exactamente el 11 de febrero de 1998 y que se concreta en el contrato de transacción referido y simultáneamente, la compraventa. La acreedora hipotecaria CAM cede el crédito hipotecario el día 26 de febrero de 1998 a la sociedad recurrente en casación, " KS CONSULTANCE S.L. ".

Solventada la cuestión litigiosa relativa al ejercicio de la opción, la cuestión que llega a esta Sala, como se ha apuntado, es la virtualidad del derecho real de hipoteca en relación con el crédito hipotecario y los intereses generados. La sentencia de primera instancia condenó a celebrar compraventa derivada de la opción de compra y, conforme a lo previsto en ésta, "*deduciendo del precio la cantidad necesaria para levantamiento de la carga o cargas subsistentes en dicho momento y que resulten procedentes*". La de la Audiencia Provincial contiene una parcial revocación con el texto del fallo que ha sido transcrito.

SEGUNDO .- La entidad " KS CONSULTANCE S.L. ", como titular del crédito hipotecario, se aquietó ante la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. Sin embargo, ante el único extremo objeto de la revocación por la sentencia de la Audiencia Provincial, ha formulado recurso por infracción procesal y de casación.

Ambos recursos plantean la cuestión que debe ser resuelta por esta Sala, consistente en la relación entre el precontrato de opción y el derecho real de hipoteca inscrita con anterioridad al mismo. Este es el más típico precontrato unilateral que permite al optante decidir, dentro del plazo previsto, la puesta en vigor del contrato de



compraventa (sentencias de 11 de abril de 2000 y 5 de junio de 2003): es un derecho personal, cuya inscripción en el Registro de la Propiedad le da trascendencia real en el sentido de que afecta a terceros, a efectos de que su ejercicio y la inscripción de la compraventa da lugar a la adquisición de la propiedad, derecho real pleno.

Al ejecutarse la hipoteca, se cubren los intereses pendientes conforme a lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley Hipotecaria y aquéllos que no estén garantizados con la hipoteca podrán ser reclamados en todo caso al deudor, como crédito personal derivado del préstamo.

Sin embargo, el derecho real de hipoteca, inscrita con anterioridad, despliega todos sus efectos y así se reconoció en la sentencia de primera instancia, en que la juzgadora previó y condenó a la deducción del precio para levantar las cargas subsistentes.

Cuando la de segunda instancia añadió en el fallo el texto que ha sido transcrito y que se deduce del fundamento cuarto, introduce una confusión que produce el vicio de *falta de claridad* que contraviene lo dispuesto en el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, confusión en gran parte debida a la complejidad de los distintos temas discutidos, la complicada apelación y la presencia de la transacción que no afectó, evidentemente, a quienes, como la actual sociedad recurrente, no fueron parte.

Lo que es claro es que el ejercicio del derecho de opción sobre la finca que está hipotecada con anterioridad, no priva al acreedor hipotecario de su derecho al cobro de los intereses del crédito hipotecario. Lo cual, el fallo de la sentencia recurrida en relación con el fundamento cuarto, provoca una falta de claridad, proscrita por la citada norma. Incluso tampoco puede obviarse que la opción de compra, objeto del contrato de transacción, no alcanza ni afecta al acreedor hipotecario.

Todo lo cual no había sido objeto del recurso de apelación, que había absuelto de la demanda a la actual recurrente codemandada y al entrar en este extremo, la sentencia recurrida se extralimita al referirse a cantidades pendientes respecto al ejercicio del derecho de opción, que había sido objeto de transacción y no objeto de la apelación: no podía dicha sentencia concretar las cargas subsistentes y las que no lo estaban, al haber quedado fuera del recurso de apelación por haber sido resuelto transaccionalmente. Lo que significa que se ha producido una extralimitación, que implica una incongruencia *extrapetita*, proscrita por el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

TERCERO .- Las infracciones expuestas, ambas del artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil han sido denunciadas en los dos motivos primeros del recurso por infracción procesal fundado, uno y otro, en el artículo 469.1.2º de la misma Ley, que, por lo dicho hasta ahora, deben ser estimados, sin entrar en el tercero que no es sino una consecuencia de los dos anteriores.

De conformidad con lo dispuesto en la regla 7ª de la disposición final décimosexta, esta Sala debe dictar nueva sentencia, teniendo en cuenta también lo alegado como fundamento del recurso de casación. La nueva sentencia no será otra, como así solicita la parte recurrente, sino la confirmación de la de primera instancia.

Al confirmar la de primera instancia, hay que tener en cuenta que los pronunciamientos sobre la opción han quedado solventados por la transacción posterior. O lo que es lo mismo: la sentencia de la Audiencia Provincial confirma la de primera instancia, con un añadido que ahora se casa; al confirmar la de primera instancia tiene presente que las partes se han aquietado y han transigido en lo concerniente a la opción de compra. Lo que se mantiene, como no podía ser menos, incólume.

Tal como dispone el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no procede condena en las costas de estos recursos a ninguna de las partes.

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 POR INFRACCIÓN PROCESAL, interpuesto por el representante procesal de "KS Consultance S.L.", contra la sentencia dictada por la sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha 31 de enero de 2003, que CASAMOS y ANULAMOS.

Segundo .- En su lugar, confirmamos la dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 32 de Barcelona, en autos de juicio de mayor cuantía nº 365/1998, de fecha 10 de julio de 2001.

Tercero .- No se hace condena las costas causadas en este recurso.

Cuarto .- 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.- **D. Xavier O'Callaghan Muñoz.-D. Jesús Corbal Fernández.-D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.-D. Antonio Salas Carceller.-D. José Almagro Nosete.-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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ