

Roj: STS 2043/2012
Id Cendoj: 28079110012012100200
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2249/2008
Nº de Resolución: 943/2011
Procedimiento: CIVIL
Ponente: JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Marzo de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por don Romulo , representado por el Procurador de los Tribunales don Salvador Alaman Fornies; don Luis María , don Anibal , doña Damaso , don Gerardo , don Lucio , doña Elisa , don Secundino , doña Manuela , don Jesús Carlos , don Aureliano , doña Valle , doña Bibiana y don Erasmo , representados por la Procurador de los Tribunales doña Elena Ferrer Barcelo, contra la Sentencia dictada, el quince de septiembre de dos mil ocho, por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza , que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su día, contra la que había pronunciado el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Zaragoza. Ante esta Sala compareció el Procurador de los Tribunales, don José Pedro Vila Rodríguez, en representación de don Luis María , don Anibal , doña Damaso , don Gerardo , don Lucio , doña Elisa , don Secundino , doña Manuela , don Jesús Carlos , don Aureliano , doña Valle , doña Bibiana y don Erasmo , en concepto de recurrentes y recurridos y don Romulo , representado por el Procurador de los Tribunales don Fernando Gala Escribano, en la misma doble calidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En el procedimiento de concurso voluntario de don Romulo , tramitado por el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Zaragoza con el número 729/2005 , se tramitaron conjuntamente tres demandas incidentales.

I. En una de ellas, registrada por el Juzgado Decano de Zaragoza el día catorce de noviembre de dos mil cinco, la Procurador de los Tribunales doña Elena Ferrer Barceló, actuando en representación de don Luis María , don Anibal , doña Damaso , don Gerardo , don Lucio , doña Elisa , don Secundino , doña Manuela , don Jesús Carlos , don Aureliano , doña Valle , doña Bibiana y don Erasmo , alegó, en síntesis y en lo que interesa para la decisión del conflicto, que sus representados eran, por virtud de contratos celebrados con el concursado y documentados privadamente, compradores de siete viviendas y un local de negocio, sobre los que tenían la propiedad por haber recibido la posesión de los mismos. Que, no obstante lo anterior, los inmuebles aparecían incluidos en el inventario de bienes del concursado, que había dejado de ser dueño de los mismos.

También mostró su discrepancia con el importe de los créditos de los que eran titulares sus poderdantes contra el concursado, ya que el que se les reconocía debía haber resultado incrementado por razón del mayor precio que les había impuesto el vendedor con posterioridad, como consecuencia de haber ampliado la hipoteca que afectaba a los inmuebles, así como por los daños sufridos con la demora en la entrega y por los defectos advertidos en la construcción.

En el suplico de la demanda incidental, la representación procesal de don Luis María , don Anibal , doña Damaso , don Gerardo , don Lucio , doña Elisa , don Secundino , doña Manuela , don Jesús Carlos , don Aureliano , doña Valle , doña Bibiana y don Erasmo , interesó del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Zaragoza que tuviera "*por impugnado el informe de la administración concursal en los términos*

expuestos y previo traslado al resto de partes y a los propios administradores, acuerde resolver, en su día, como en derecho proceda estimando lo interesado en este escrito ".

Dicha demanda fue admitida a trámite, por providencia de quince de diciembre de dos mil cinco, como incidente con el número 196.2.

La administración concursal contestó la repetida demanda, alegando, en síntesis, que no procedía la excluir del activo del concurso los bienes en ella mencionados y que una variación radical en la situación patrimonial del deudor minoraría considerablemente las expectativas de otros acreedores.

En el suplico de su contestación la administración concursal interesó del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Zaragoza que dictara en su día la *"resolución legalmente procedente"* .

El concursado, don Romulo , representado por el Procurador de los Tribunales don Salvador Alamán Fornés, también contestó la demanda, alegando, en síntesis, que los demandantes incidentales no eran propietarios de los inmuebles comprados, pues no los poseían a título de dueños y de buena fe, de modo que el vendedor no les había transmitido el dominio. Por otro lado, afirmó que los créditos de dichos compradores debían ser calificados como subordinados porque no habían sido comunicados a tiempo.

En el suplico del escrito de contestación, la representación procesal de don Romulo interesó, del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Zaragoza, una sentencia que desestimara *" la demanda interpuesta o, subsidiariamente, califique los créditos como subordinados "* .

II. En la segunda de las demandas incidentales, registrada el catorce de noviembre de dos mil cinco, el Procurador de los Tribunales don Fernando Alfaro García, en representación de don Severino y doña Rosaura , alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que sus poderdantes eran compradores de un local de negocio por contrato celebrado con don Romulo , el cual constaba recogido en un documento privado con anterioridad a la declaración del concurso. Que, en otro proceso, habían interesado la declaración de validez y eficacia del contrato, del que habían pagado el precio, sin que el vendedor hubiera cumplido la obligación de entrega, así como la condena del mismo a otorgar escritura de compraventa. Que, en definitiva, procedía la exclusión del referido bien del inventario, ya que no formaba parte de la masa activa.

También alegó que procedía reconocer como créditos contra la masa aquellos de los que sus representados eran titulares y resultaban de las prestaciones y obligaciones pendientes de cumplimiento.

En el suplico de esta demanda, la representación procesal de don Severino y doña Rosaura interesó del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Zaragoza una sentencia que, *" admitiendo a trámite el incidente planteado se emplace al Concurrido y a la Administración Concursal, con entrega de la copia de la demanda, para que dentro del término común de diez días contesten a la misma y previa celebración del juicio correspondiente se dicte sentencia conforme a lo solicitado con imposición de costas a la parte contraria "* .

Admitida a trámite la demanda, por providencia de quince de diciembre de dos mil cinco, conforme a las reglas del incidente concursal y con el número 196.5, se dio traslado de ella a los demandados.

La administración concursal la contestó, interesando del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Zaragoza *" la tramitación del incidente, dictando en su día la resolución procedente "* .

El concursado, don Romulo , representado por el Procurador de los Tribunales don Salvador Alamán Fornés, igualmente contestó la demanda, alegando, en síntesis, que los demandantes incidentales no eran los propietarios de los inmuebles, pues no los poseían a título de dueños y de buena fe, de modo que el vendedor no les había transmitido el dominio.

En el suplico de ese escrito interesó del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Zaragoza que desestimara *" la demanda o subsidiariamente califique subordinados los créditos interesados "* .

III. En la tercera de las demandas incidentales, registrada el quince de noviembre de dos mil cinco, el Procurador de los Tribunales don Salvador Alamán Fornés, en representación de don Romulo , alegó, en síntesis y en lo que interesa para la decisión del conflicto, que el inventario formado por la administración concursal, aunque contenía una relación de los litigios pendientes, no calificaba la viabilidad de las acciones, riesgos, costes y posibilidades de financiación de las actuaciones judiciales pendientes, en contra de lo exigido en el artículo 82, apartado 4, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio , concursal. Que tampoco decía nada el informe sobre la conveniencia o necesidad de entablar acciones de reintegración. También afirmó que, en la lista de acreedores, la administración concursal había incluido los créditos de los compradores por las cantidades entregadas a cuenta, ya que entendía que debían serles reintegradas. Que, además, los administradores

habían valorado esos créditos en mayor medida de la procedente, atendiendo al valor del bien en la fecha de declaración del concurso. Añadió que la administración había dado por supuesto que debía entregar a los compradores los inmuebles objeto de los contratos, sin tener en cuenta que la relación contractual había quedado resuelta a su decisión, comunicada a los compradores oportunamente.

También planteó el concursado cuestión sobre la calificación e importe de los créditos de Agencia Estatal de la Administración Tributaria, de la Tesorería Territorial de la Seguridad Social y de otros acreedores, que en nada afecta a la cuestión a que se refieren los recursos que determinan esta resolución.

En el suplico de la demanda, la representación procesal de don Romulo interesó del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Zaragoza una sentencia que ordenara " *la rectificación del inventario y lista de acreedores en la forma interesada en el cuerpo de este escrito* ".

Por providencia de quince de diciembre de dos mil cinco, se admitió a trámite la demanda, conforme a las reglas de los incidentes concursales, con el número 196.3.

La administración concursal la contestó, alegando, en síntesis, que había cumplido las exigencias del artículo 82, apartado 4, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio , concursal, sin que la omisión denunciada permitiese, en todo caso, la impugnación del inventario. Añadió que los contratos de compraventa no estaban resueltos y debían ser cumplidos.

Por auto de veintitrés de mayo de dos mil seis, el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Zaragoza dio respuesta positiva a la petición de acumulación que le había sido formulada, con la siguiente parte dispositiva: "*1. Se acuerda la acumulación de los incidentes concursales que se relacionan en el hecho primero de esta resolución, que se resolverán conjuntamente. 2. Llévase testimonio de la presente resolución a dichos incidentes que se resolverán conjuntamente a efectos de darlos por terminados a efectos estadísticos, siguiéndose todo lo demás en el 196 nº1* ".

SEGUNDO. Tramitado el incidente, el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Zaragoza dictó sentencia, con fecha catorce de febrero de dos mil siete , con la siguiente parte dispositiva: "*Fallo. A) Que debo declarar y declaro la titularidad de los demandantes don Luis María , don Anibal , doña Damaso , don Gerardo , don Lucio , doña Elisa , don Secundino , doña Manuela , don Jesús Carlos , don Aureliano , doña Valle , doña Bibiana y don Erasmo , sobre los pisos NUM000 , NUM001 , NUM002 , NUM003 , NUM004 , NUM005 , NUM006 y local segundo B del inmueble de la CALLE000 número NUM007 de Zaragoza y, en consecuencia, procede excluir dichos bienes del activo del presente concurso, con la eficacia registral pertinente, siendo sustituidos tales bienes en el inventario por el derecho de crédito del concursal consistente en la parte del precio de compra pendiente pago por parte de los compradores (de acuerdo con la relación que figura en el hecho 2 de la demanda del Sr. Luis María sobre el precio de los inmuebles que figuran en los contratos de venta y las cantidades entregadas a cuenta) y que había quedado aplazado a la fecha de entrega. B) Que debo acordar y acuerdo que los compradores don Luis María , don Anibal , doña Damaso , don Gerardo , don Lucio , doña Elisa , don Secundino , doña Manuela , don Jesús Carlos , don Aureliano , doña Valle , doña Bibiana y don Erasmo sean incluidos en la lista de acreedores con un crédito ordinario en la cantidad diferencial existente entre la carga hipotecaria existente al formalizar su respectivo contrato privado de compraventa de su piso o local y la que concurría al declararse el concurso. C) Que procede mantener en el inventario el local segundo A de la calle Las Vírgenes número Tres, así como el crédito reconocido a don Severino y doña Rosaura por la administración concursal sin adición alguna, no dando lugar a las pretensiones de cumplimiento del contrato de compraventa del citado local instadas por los citados demandantes, debiendo quedar sujetas las obligaciones pendientes de cumplimiento a la normativa de la Ley concursal. D) Que procede desestimar la demanda de impugnación de la lista de acreedores y del inventario formulada por el Concursado en sus dos primeros apartados, estando resueltos los restantes por sentencia de veintiséis de julio de dos mil seis. E) Todo ello sin hacer expresa condena en costas* ".

Por auto de diecisiete de abril de dos mil siete, el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Zaragoza dispuso " *que debo acordar y acuerdo aclarar y subsanar el fallo de la sentencia recaída en los presentes en la forma que queda reseñada en el fundamento de esta resolución* ".

TERCERO. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Zaragoza de catorce de febrero de dos mil siete , fue recurrida en apelación por la representación procesal de don Severino y doña Rosaura , así como por la de don Romulo .

Cumplidos los trámites, las actuaciones se elevaron a la Audiencia Provincial de Zaragoza, en la que se turnaron a la Sección Quinta de la misma, la cual tramitó el recurso, con el número 306/2008 y dictó sentencia

con fecha quince de septiembre de dos mil ocho , con la siguiente parte dispositiva: " *Fallo. Que estimando en parte el recurso de apelación formulado por el concursado y desestimando el recurso formulado por don Severino y doña Rosaura , contra la sentencia de catorce de febrero de dos mil siete, dictada por el Ilmo. Señor Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil en la PS número uno del artículo 96, dimanante de los autos número 729/2005, debemos revocar y revocamos la misma en el sólo sentido de fijar como crédito a favor de doña Bibiana , don Erasmo , don Luis María , don Anibal , doña Damaso , doña Elisa , don Secundino , don Aureliano , doña Valle , don Gerardo , don Lucio , don Jesús Carlos , doña Manuela el que resulte para cada uno de ellos de la fórmula señalada en el auto de aclaración de diecisiete de abril de dos mil siete , pero descontando de las cantidades entregadas por cada uno de dichos compradores las que lo hubieran sido en concepto de mejoras o extras u otro diferente al de entrega a cuenta del precio pactado, y de entender que el pago de éstos han de llevar a cabo por el precio pendiente no puede ser realizado mediante la subrogación en el crédito hipotecario que recae sobre cada uno de los departamentos adquiridos y que fue concertado en su día por el concursado. No hacemos imposición de las costas de esta alzada "*.

Por auto de uno de octubre de dos mil ocho, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza , respondió a las peticiones, al respecto, formuladas por los apelantes: " *No ha lugar a la aclaración solicitada por la Procuradora Sra. Ferrer Barceló por tratarse de obtener mediante ella pronunciamientos no solicitados. En cuanto a la aclaración solicitada por el Procurador Sr. Alaman Forniés ha lugar al punto primero, rectificando el encabezamiento de la sentencia de fecha quince de septiembre en el sentido de que los Ilmos. Sres. que han formado Sala en la presente deliberación son don Javier Seoane Prado, don Antonio Luis Pastor Oliver y don José Alberto Nicolás Bernad; no ha lugar al resto de pedimentos contenidos en el escrito por el mismo motivo del párrafo anterior "*.

CUARTO. Las representaciones procesales de don Romulo y de don Luis María , don Anibal , doña Damaso , don Gerardo , don Lucio , doña Elisa , don Secundino , doña Manuela , don Jesús Carlos , don Aureliano , doña Valle , doña Bibiana y don Erasmo , prepararon e interpusieron contra la sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de quince de septiembre de dos mil ocho , sendos recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación.

Dicho Tribunal de apelación, por providencia de veintiocho de noviembre de dos mil ocho, mandó elevar las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, la cual, por auto de dieciséis de marzo de dos mil diez , decidió: " *1. Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por la representación procesal de don Romulo , contra la sentencia dictada en fecha quince de septiembre de dos mil ocho por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección Quinta), en el rollo de apelación número 306/2008 , dimanante de los autos de juicio ordinario número 729/2005 del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Zaragoza. 2º) Admitir los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuesto por la representación procesal de don Luis María , don Anibal , doña Damaso , don Gerardo , don Lucio , doña Elisa , don Secundino , doña Manuela , don Jesús Carlos , don Aureliano , doña Valle , doña Bibiana y don Erasmo , contra la sentencia dictada en fecha quince de septiembre de dos mil ocho por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección Quinta), en el rollo de apelación número 306/2008 , dimanante de los autos de juicio ordinario número 729/2005 del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Zaragoza."*.

QUINTO. El recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de don Luis María , don Anibal , doña Damaso , don Gerardo , don Lucio , doña Elisa , don Secundino , doña Manuela , don Jesús Carlos , don Aureliano , doña Valle , doña Bibiana y don Erasmo , contra la sentencia la sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de quince de septiembre de dos mil ocho , se compone de dos motivos, en los que los recurrentes denuncian:

PRIMERO . Con apoyo en el ordinal segundo del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la infracción de los artículos 209, ordinal cuarto , y 218, apartado 1, de la misma Ley .

SEGUNDO . Con apoyo en el ordinal cuarto del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la infracción del artículo 24 de la Constitución Española .

SEXTO. El recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de don Romulo , contra la sentencia la sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de quince de septiembre de dos mil ocho , se compone de cinco motivos, en los que el recurrente denuncia:

PRIMERO . Con apoyo en el ordinal segundo del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la infracción del artículo 218, apartado 1, de la misma Ley .

SEGUNDO . Con apoyo en el ordinal segundo del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la infracción del artículo 218, apartado 1, de la misma Ley .

TERCERO . Con apoyo en el ordinal tercero del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la infracción de los artículos 268 en relación con el artículo 325, ambos de la misma Ley .

CUARTO . Con apoyo en el ordinal tercero del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la infracción de los artículos 412 de la misma Ley .

QUINTO . Con apoyo en el ordinal tercero del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la infracción de los artículos 214, apartado 1, de la misma Ley .

SÉPTIMO. El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Luis María , don Anibal , doña Damaso , don Gerardo , don Lucio , doña Elisa , don Secundino , doña Manuela , don Jesús Carlos , don Aureliano , doña Valle , doña Bibiana y don Erasmo , contra la sentencia la sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de quince de septiembre de dos mil ocho , se compone de cuatro motivos, en los que los recurrentes, con apoyo en el apartado 3 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , denuncian:

PRIMERO . La infracción del artículo 1281 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta.

SEGUNDO. La infracción del artículo 1124 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta.

TERCERO. La infracción del artículo 58 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio , concursal.

CUARTO. La infracción del artículo 61 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio , concursal.

OCTAVO. El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don Romulo , contra la sentencia la sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de quince de septiembre de dos mil ocho , se compone de tres motivos, en los que el recurrente, con apoyo en el ordinal tercero del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , denuncia:

PRIMERO . La infracción del artículo 85, apartado 4, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio , concursal.

SEGUNDO . La infracción del artículo 92, apartado 1, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio , concursal.

TERCERO . La infracción del artículo 477 del Código Civil .

NOVENO. Evacuado el traslado conferido al respecto, el Procurador de los Tribunales don José Pedro Fernández Vila. en representación de don Luis María , don Anibal , doña Damaso , don Gerardo , don Lucio , doña Elisa , don Secundino , doña Manuela , don Jesús Carlos , don Aureliano , doña Valle , doña Bibiana y don Erasmo , y el Procurador de los Tribunales don Fernando Gala Escribano, en representación de don Romulo , impugnaron el recurso formulado de contrario, solicitando se declarase no haber lugar a los mismos.

DÉCIMO. Se señaló como día para votación y fallo del recurso el uno de diciembre de dos mil once, en que el acto tuvo lugar. No habiéndose dictado la sentencia en el plazo establecido debido a la complejidad del asunto.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Jose Ramon Ferrandiz Gabriel**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El Juzgado de lo Mercantil acumuló tres impugnaciones del inventario y lista de acreedores formadas por la administración concursal en el concurso de un promotor inmobiliario.

Su sentencia fue apelada y la del Tribunal de apelación ha sido objeto de recursos extraordinarios interpuestos por el concursado y por alguna de las personas que habían comprado al mismo diversas viviendas con anterioridad a la declaración del concurso.

Examinamos en primer término los recursos - extraordinario por infracción procesal y de casación - de dichos compradores, los cuales se refieren a los aspectos procesales y sustantivos de las consecuencias que, sobre las respectivas relaciones contractuales, produjo el concurso del vendedor.

Los hechos en los que hemos de fundamentar nuestra decisión, quedaron fijados en las instancias de la siguiente manera:

1º) Los contratos de compraventa se formalizaron en documentos privados y tuvieron por objeto inmuebles que estaban gravados con hipotecas, en garantía de un préstamo que, al vendedor y entonces dueño, había concedido una entidad financiera.

2º) En todos los contratos de compraventa los ahora recurrentes quedaron expresamente facultados para, como alternativa, pagar el precio ocupando en la relación de préstamo la posición deudora del vendedor frente a la prestamista - claro está, si esta lo admitía -. En la cláusula undécima de dichos contratos se estableció que *"en cuanto al préstamo hipotecario que grave el piso NUM004 enajenado, la parte compradora se compromete a asumir en el momento de elevación a público de la compraventa, bien el pago del importe de dicha hipoteca o bien a la subrogación del mismo y en consecuencia a adquirir la condición jurídica de deudora del mismo y a hacer efectivo su pago en principal, intereses, comisiones, gastos..."*

3º) Los compradores tomaron posesión de los inmuebles, por lo que han sido declarados, en las dos instancias, propietarios de ellos. La consecuencia ha sido que, como pretendieron en la demanda, han quedado los mismos excluidos del inventario de la masa activa que había elaborado la administración concursal.

4º) Los compradores no han cumplido - íntegramente - la obligación de pagar el precio de compra de sus respectivos inmuebles, razón por la que el lugar que estos ocupaban en el inventario corresponde, según la sentencia recurrida, a los créditos de que, contra ellos, es titular el concursado, en cuanto vendedor.

5º) La acreedora hipotecaria aparece en la lista de acreedores del prestatario y vendedor, con la condición de titular del derecho nacido del contrato de préstamo.

Todos los motivos de los recursos de los compradores son consecuencia de que la pretensión que habían deducido para que se declarase que podían liberarse de sus deudas ocupando el lugar del vendedor en la relación nacida del préstamo - garantizado con hipoteca - hubiera sido desestimada por el Tribunal de apelación, que consideró que, admitir esa posibilidad, sería contrario a la regla de igualdad de trato de los acreedores - dado que resultaría de ese modo favorecido el titular del crédito hipotecario, en perjuicio de los demás acreedores del concursado que verían *"desaparecer de la masa el activo principal que la compone"* -, además de a la prohibición de compensación que establece el artículo 58 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio .

SEGUNDO. El supuesto de hecho al que se refieren los compradores no es otro que el descrito en el artículo 118 de la Ley Hipotecaria , al que debemos referirnos.

I. El artículo 118 mencionado, inspirándose en los artículos 416 y 832 de los Códigos alemán y suizo, procura evitar, con apoyo en la regla de autonomía de la voluntad de los interesados, que tenga lugar la dispersión de elementos subjetivos que produce la venta de una finca hipotecada cuando, como normalmente acontece, es hipotecante el propio deudor, ya que este deja de ser propietario del inmueble, pero continúa siendo sujeto pasivo en la relación de obligación garantizada. Dando respuesta a una reclamación del mercado, contempla un mecanismo característico de delegación - *"[...] si el vendedor y el comprador hubieren pactado[...]"* -, que, en el caso de que el acreedor esté de acuerdo - *"[...] prestare su consentimiento expreso o tácito"* -, provoca una asunción de la deuda - *"[...] el segundo se subrogará no sólo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada[...]"* -, con efectos liberatorios para el delegante - *"[...] quedará el primero desligado de dicha obligación [...]"* -.

Tal asunción de deuda, además de admitida - alejándose claramente de la novación romana que inspira la letra de nuestro Código Civil -, resulta favorecida en la medida en que el artículo 118 de la Ley Hipotecaria , no exige que el consentimiento del acreedor se manifieste en el momento de perfección de la compraventa y admite que la aceptación se exteriorice expresa o tácitamente.

II. Como consecuencia de la eficacia vinculante del contrato, desde el momento en que cada una de las compraventas se perfeccionó y generó la reglamentación negocial que cada uno contiene, los compradores quedaron facultados para pagar alternativamente al vendedor, el precio de venta, o a la acreedora hipotecaria, la deuda nacida del préstamo.

El que la elección sólo pudiera tener lugar con posterioridad a la celebración de los contratos y, sobre todo, el que la efectividad - en orden a la asunción de deuda con liberación del prestatario - del ya previsto y convenido *"inter partes"* cambio subjetivo en la relación de obligación garantizada con la hipoteca quedara condicionada - en sentido impropio - a que la acreedora prestamista lo aceptara, no impide entender que, desde que los respectivos contratos se celebraron, los compradores eran titulares de la facultad de elegir, entre dos, al acreedor - al modo de una alternativa de proyección subjetiva -. Y tampoco impide considerar

que el derecho del vendedor al precio se hizo depender, desde entonces, de que los compradores no optaran por pagar a la entidad prestamista y, en otro caso, de que ésta no lo aceptara.

Así lo pactaron unos y otro, al dar vida a los contratos de compraventa, incorporando esas previsiones a la reglamentación o regla de conducta originada -" *lex contractus* "-, con la fuerza de una " *lex privata* " - artículo 1091 del Código Civil -.

III. Es regla que los créditos no satisfechos de que sea titular el concursado ingresan en la masa activa del concurso, sin que la declaración del mismo afecte, por sí, a la vigencia de los contratos que fueron su fuente o causa - artículo 61, apartados 1 y 2, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio -.

Como consecuencia, los créditos del vendedor concursado contra los compradores, ahora recurrentes, siguen siendo, tras la declaración de concurso, los mismos que quedaron definidos en la reglamentación contractual.

De ahí que sea cierto que el derecho del vendedor a percibir de los compradores el precio del inmueble vendido a cada uno de ellos debía ingresar e ingresó en la masa activa del concurso. Pero también lo es que ese derecho estaba ya originariamente condicionado, como se dijo, a que los deudores no optaran - cuando pudieran hacerlo según la cláusula contractual reguladora de la facultad - por convertirse en deudores de la titular de la garantía hipotecaria y, en tal caso, a que esta no se negara a aceptar, expresa o tácitamente, la asunción liberatoria.

Claro que, de producirse el repetido cambio subjetivo en la relación de obligación garantizada, la consecuencia será que el vendedor y concursado deje de ser deudor de la acreedora hipotecaria, con la correspondiente repercusión en el concurso.

En conclusión, la facultad de elegir entre los dos acreedores se atribuyó en los contratos de compraventa a los compradores y no se vio afectada por la declaración de concurso del vendedor, ya que no formaba parte del patrimonio del mismo.

IV. En aplicación de la doctrina expuesta damos respuesta, seguidamente, a los recursos interpuestos por los compradores.

I. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL DE LOS COMPRADORES.

TERCERO. En el primero de los motivos denuncian los recurrentes la infracción de los artículos 218, apartado 1 , y 209, ordinal cuarto, de la Ley de Enjuiciamiento Civil - con fundamento en la norma del ordinal segundo del apartado 1 del artículo 469 de la misma Ley -.

En el segundo la norma que señalan como infringida es la del artículo 24 de la Constitución Española - con apoyo en la del ordinal cuarto del apartado 1 del artículo 469 la Ley de Enjuiciamiento Civil -.

En ambos afirman los compradores que la sentencia de apelación no es congruente y lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva de que son titulares, al imponerles pagar su deuda al vendedor concursado sin permitirles hacerlo directamente a la acreedora hipotecaria.

No queda muy claro si ese defecto lo vinculan a que el pronunciamiento negativo no hubiera sido pedido por nadie o a que han sido condenados a pagar dos veces el precio de compra - una al vendedor concursado y otra, previsible, para liberar los inmuebles de la hipoteca -.

Pero, en todo caso, los dos motivos deben ser desestimados, dado que el fallo de la sentencia recurrida se adecúa a las pretensiones deducidas ante la Audiencia Provincial por los entonces apelantes, en función de lo que había sido decidido en la primera instancia.

En todo caso, la declaración de lo que no es más que una consecuencia lógica de las pretensiones principales estimadas - cual la identificación del titular del derecho a la contraprestación debida por los compradores - no permite hablar de incongruencia - sentencias 874/1992, de 8 de octubre , 935/1992, de 26 de octubre , y 87/1994, de 10 de febrero , entre otras muchas -.

II. RECURSO DE CASACIÓN DE LOS COMPRADORES.

CUARTO. En los motivos primero, tercero y cuarto del recurso - el examen del segundo no es necesario para tomar la decisión - señalan los recurrentes como normas infringidas, respectivamente, la del párrafo primero del artículo 1281 del Código Civil , la del artículo 58 y la del artículo 61, apartado 1, estos dos últimos de la Ley 22/2.003, de 9 de julio .

Alegan que el Tribunal de apelación no había atendido a los claros términos de una de las cláusulas contenida en todos los contratos de compraventa en que habían sido parte - la undécima -, según la que quedaron facultados para optar por pagar el importe del crédito garantizado con la hipoteca y, por tanto, " *subrogándose no sólo en la garantía hipotecaria [...], sino también en la obligación personal [...]*".

También afirman que no tenía sentido negarles la facultad de pagar a la acreedora hipotecaria, en aplicación de una norma que prohíbe la compensación en el concurso.

Y, por último, añaden que el mencionado artículo 61 les facultaba para liberarse de su deuda frente al concursado con el pago de la de éste frente a la acreedora hipotecaria.

Los tres motivos deben ser estimados en aplicación de la doctrina expuesta - y ante la ausencia de constancia de fraude alguno -.

I. La indicada cláusula contenida en los contratos de compraventa que celebraron los ahora recurrentes, perfeccionados antes de la declaración de concurso, atribuyó a los mismos, como compradores de viviendas hipotecadas, la facultad de asumir, " *solvendi causa*", la deuda del prestatario vendedor.

II. Esa facultad, definida en todos los contratos en los que los recurrentes fueron parte, no resultó alterada por la posterior declaración de concurso del vendedor y su ejercicio, con aceptación de la acreedora hipotecaria y delegataria, liberará al concursado de su deuda a favor de esta.

III. La compensación prohibida en el artículo 58 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio, no es otra que la que define el artículo 1195 del Código Civil y consiste en la extinción en la cantidad concurrente que se produce como consecuencia de la neutralización de dos obligaciones cuando el acreedor en una es el deudor en la otra. Y nada tiene que ver dicho subrogado del cumplimiento con el supuesto descrito.

III. RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL DEL VENDEDOR CONCURSADO.

QUINTO. En los dos primeros motivos del recurso denuncia el concursado la infracción del artículo 218, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Afirma que el Tribunal de apelación no había cumplido el deber de exhaustividad que le imponía la citada norma, al no haberse pronunciado en su sentencia sobre determinadas cuestiones litigiosas, por él planteadas.

Las pretensiones que el recurrente señala como no tratadas son las relativas a la calificación de los créditos de los compradores como subordinados, en aplicación de los artículos 85, apartado 4, y 92, ordinal primero, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio - motivo primero - y a la determinación de la posesión ostentada por los compradores sobre los inmuebles, que niega mereciera ser considerada en concepto de dueño - motivo segundo -.

Aunque el recurrente intentó subsanar el supuesto defecto, como le imponía hacerlo la norma del apartado 2 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sirviéndose para ello del trámite previsto en el artículo 215 de la misma Ley - sentencias 721/2010, de 16 de noviembre, y 611/2011, de 12 de septiembre, entre otras -, los dos motivos deben ser desestimados.

El primer motivo, porque el concursado no impugnó en su demanda incidental el informe de la administración concursal por esa causa - aunque sí por otras -. Por ello, el Juzgado de la primera instancia no se refirió a la cuestión en el fundamento de derecho cuarto de su sentencia. Y, por ello, el planteamiento de la misma con posterioridad no merecía otro tratamiento que el de una cuestión nueva.

Y el segundo motivo, por que, en contra de lo en él afirmado, el Tribunal de apelación dió respuesta a la cuestión planteada, al declarar que, por la concurrencia de título y modo, los compradores adquirieron del vendedor el dominio sobre las respectivas viviendas - que es de lo que se trataba con la impugnación del inventario -.

SEXTO. En el motivo tercero denuncia el concursado recurrente la infracción de los artículos 268, en relación con el 325, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil - con apoyo en la norma del ordinal tercero del apartado 1 del artículo 469 de la misma Ley -.

Afirma que el Tribunal de apelación había incurrido en error al expresar en su sentencia que no impugnó determinados documentos aportados por los compradores para demostrar los pagos que decían haber realizado, siendo que en el escrito de contestación lo había hecho.

El motivo se desestima porque - además de que la decisión del Tribunal de apelación sobre la cuantía de los pagos efectuados por los compradores fue una consecuencia de la valoración de la prueba practicada, según se expresa en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida -, la negativa que el recurrente atribuye a la sentencia recurrida no es errónea, a la vista del contenido de su escrito de contestación.

La misma decisión merece el motivo cuarto, en el que denuncia la infracción del artículo 412 de la Ley de Enjuiciamiento Civil - en relación con el 469, apartado 1, ordinal tercero, de la misma Ley -, por haber incurrido en error el Tribunal de apelación al entender que se había conformado en la primera instancia a una alteración del suplico de la demanda, pretendida por los compradores en el acto de la vista, en la primera instancia, siendo ello inexacto.

Insiste el recurrente en traer a esta sede una cuestión procesal suscitada en la primera instancia, pese a que la misma no consta tratada en la sentencia de la segunda, que es la recurrida. Y lo hace sin, previamente, denunciar una incongruencia por omisión.

SÉPTIMO. En el motivo cuarto señala el concursado como norma infringida la del artículo 214, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil - en relación con el 469, apartado 1, ordinal tercero, de la misma Ley -.

Afirma que el Juzgado de lo Mercantil había infringido la primera norma y la regla de invariabilidad que establece, al modificar por medio de un auto de aclaración el sentido de la sentencia que había dictado. Y, en consecuencia, que el Tribunal de apelación debió, en respuesta a su recurso, haber anulado por tales infracciones la sentencia apelada.

El motivo se desestima, dado que los argumentos por los que la Audiencia Provincial desestimó dicha pretensión del entonces apelante y en consideración a los que negó el exceso atribuido al órgano judicial de la primera instancia son totalmente correctos: en el auto de aclaración el Juzgado de lo Mercantil no modificó el fallo de su sentencia, sino que lo aclaró en su regulación del modo de calcular una cantidad de dinero, de conformidad con lo pedido en la demanda por los compradores.

IV. RECURSO DE CASACIÓN DEL VENDEDOR CONCURSADO.

OCTAVO. En el primero de los motivos denuncia el vendedor concursado la infracción del artículo 85, apartado 4, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio. Y, en el segundo, la del artículo 92, apartado 1, de la misma Ley .

Afirma que los créditos de los compradores contra él - causados por haber aumentado el importe de la deuda garantizada con la hipoteca - no debían haber sido incluidos en la lista de créditos concursales por defecto de comunicación y, en todo caso, que debían ser calificados como subordinados.

Ambos motivos deben ser desestimados, dado que en ellos se plantea una cuestión que - como resulta de lo que se expuso al dar respuesta al primero de los del recurso extraordinario por infracción procesal del propio concursado - no había sido propuesta en la segunda instancia.

Incorre el recurrente en el vicio de recurrir en casación una decisión "*per saltum* ", lo que no cabe - sentencias 315/2010, de 1 junio , 761/2009, de 1 de diciembre , 846/2008, de 2 octubre , 477/2011, de 7 de julio , 492/2011, de 13 de julio , y 494/2011, de 30 de junio -.

NOVENO. En el tercer y último motivo señala el recurrente como norma infringida la del artículo 477 del Código Civil .

Alega que la Audiencia Provincial, al haber declarado el dominio de los compradores sobre los inmuebles a ellos vendidos no tuvo en cuenta que la posesión que los mismos ostentaban sobre ellos no era a título de dueño.

El motivo se desestima, dado que en la sentencia recurrida se declaró demostrado - con aceptación de la valoración de la prueba efectuada en la primera instancia - que el cumplimiento de los contratos de compraventa litigiosos se produjo "*ex parte venditore* ", con el modo o "*traditio* ", por virtud de la que los inmuebles se pusieron en poder y posesión de los compradores - artículo 1462 del Código Civil -.

Conforme a dicha declaración y de acuerdo con el artículo 609 del Código Civil , es evidente que los compradores adquirieron el dominio sobre los bienes comprados. Y los hechos en que tal conclusión se basa no pueden ser discutidos en casación.

Ello sentado, no necesitaban los compradores para ser dueños de la usucapción - a la que responde el tenor del artículo 447, señalado en el motivo como infringido -.

DÉCIMO. Las costas de los recursos que desestimamos quedan a cargo de los respectivos recurrentes, en aplicación de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

FALLAMOS

Declaramos no haber lugar a los recurso extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por don Romulo , contra la sentencia dictada, con fecha quince de septiembre de dos mil ocho, por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza .

Las costas de dichos recursos quedan a cargo del recurrente.

Declaramos no haber lugar al recurso extraordinario por infracción procesal que, contra la misma sentencia, interpusieron don Luis María , don Anibal , doña Damaso , don Gerardo , don Lucio , doña Elisa , don Secundino , doña Manuela , don Jesús Carlos , don Aureliano , doña Valle , doña Bibiana y don Erasmo .

Las costas del referido recurso quedan a cargo de los recurrentes.

Estimamos el recurso de casación que interpusieron don Luis María , don Anibal , doña Damaso , don Gerardo , don Lucio , doña Elisa , don Secundino , doña Manuela , don Jesús Carlos , don Aureliano , doña Valle , doña Bibiana y don Erasmo , contra la repetida sentencia, la cual modificamos en el único sentido de declarar que los recurrentes están facultados por los contratos de compraventa que celebraron para cumplir su deuda frente al vendedor concursado asumiendo la deuda del mismo frente a la acreedora hipotecaria, si es que la misma lo acepta o lo hubiera aceptado expresa o tácitamente.

Sobre las costas del mencionado recurso de casación no procede un pronunciamiento de condena.

Líbrese a la mencionada Audiencia la 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 .-Jesus Corbal Fernandez.-**Jose Ramon Ferrandiz Gabriel**.-Antonio Salas Carceller.- Encarnacion Roca Trias.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.-Firmado y rubricado.-

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:07/03/2012

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno-Bayon Cobos a la sentencia de siete de marzo de dos mil doce, recurso de casación nº 2249/2008 en cuya votación y fallo ha participado.

1. Con el máximo respeto a la argumentación de la de la mayoría, emito voto particular concurrente, es decir, muestro mi conformidad con el fallo y mi disconformidad con el fundamento segundo de la sentencia.

2. Ante todo quiero dejar constancia de que estoy de acuerdo en que la realidad demuestra que los compradores de cosa hipotecada tienen interés legítimo en el pago de la hipoteca que grava la cosa adquirida, al extremo de que, como razona la mayoría, el artículo 108 de la Ley Hipotecaria así lo reconoce de forma expresa, lo que, añadido, en nuestro sistema es totalmente superfluo y no era necesario que dijese: que si existe acuerdo entre un acreedor, su deudor y un tercero, cabe la novación subjetiva o asunción por este, con carácter expromisorio, de la deuda -en este caso acreedor hipotecario-prestamista, prestatario-vendedor y comprador de la cosa hipotecada-.

3. Lógicamente, no cuestiono que el comprador de la vivienda hipotecada por el vendedor para garantizar un préstamo, tiene la facultad de subrogarse en la obligación del prestatario garantizada por la hipoteca si el acreedor lo admite.

4. Más aún, sí la subrogación hubiese tenido lugar antes de la declaración de concurso del vendedor, el prestamista cuyo crédito garantiza la hipoteca no debería figurar como acreedor en el concurso de quien ya no sería su deudor, ni los compradores deberían constar como deudores del concursado, ya que lo serían del prestamista.

5. Mi discrepancia se centra exclusivamente en el argumento que permite mantener el pacto de optar entre pagar al acreedor concursado o a un acreedor del mismo al margen de la declaración de concurso, porque así se había pactado inicialmente, ya que, si fuese cierto que la vendedora había cumplido íntegramente su obligación y que, como sostiene la sentencia recurrida *"tan sólo queda como obligación preconcursal pendiente, derivada de los contratos de compra, la de pago del precio no satisfecho"*, el razonamiento de la sentencia recurrida en el fragmento que seguidamente reproduzco sería impecable *"[la obligación de pago] supone un crédito contra los adquirentes integrado en la masa activa y que rige por lo dispuesto en el art. 61.1 LC. Por lo tanto, las reglas del concurso se sobreponen a las del contrato, lo que excluye que el pago pueda ser hecho mediante la subrogación en la posición que el concursado ostenta en créditos concursales integrados en la masa pasiva, pues ello es contrario al principio de par conditio creditorum, al beneficiar a los titulares de los créditos hipotecarios en que se pretende la subrogación, y perjudica al resto de los acreedores que ven desaparecer de la masa el activo principal que la compone, lo que hace ilusoria la posibilidad de que puedan obtener el pago de su créditos..."*.

6. Ahora bien, no estoy de acuerdo con la premisa de la que parte el razonamiento de la Audiencia - y de ahí mi voto concurrente-, ya que hasta que el vendedor haya otorgado escritura de compraventa de la vivienda libre de la hipoteca (en el supuesto de que el comprador haya satisfecho el crédito garantizado) no habrá cumplido íntegramente una de las prestaciones recíprocas esenciales.

7. En efecto, el prestatario-hipotecante-vendedor está obligado a pagar al prestamista-acreedor hipotecario en virtud del préstamo, pero además, si el comprador paga al vendedor-prestatario el crédito garantizado por la cosa hipotecada, tal obligación también dimana del contrato de compraventa, ya que, incluso si no se hubiese pactado de forma expresa, del contrato deriva de forma evidente que está obligado a amortizar el crédito hipotecario en la misma medida en la que el comprador le pague al vendedor y no al acreedor hipotecario.

8. Claro está que el vendedor-concursado puede delegar el cumplimiento de su obligación en el comprador que, en consecuencia, cuando paga al acreedor hipotecario no solo cumple la obligación del concursado frente al tercero -lo que se somete a las reglas concursales- sino también la prestación a la que el vendedor-concursado se obligó frente a él con carácter recíproco, lo que se somete a la regla del artículo 61.2 de la Ley Concursal -*[l]a declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa-*.

9. En definitiva, la razón por la que el comprador de cosa hipotecada deudor del concursado está facultado para pagar directamente al acreedor hipotecario, es porque está cumpliendo la obligación recíproca pendiente asumida frente a él por el vendedor.

10. En consecuencia, la respuesta que propongo coincide básicamente con la de la mayoría, pero la facultad de pagar directamente a un acreedor del concursado no está condicionada a la existencia del pacto preconcursal expreso y a la eventual arbitrariedad del acreedor hipotecario -que puede tener interés en cobrar del deudor concursado o no, y, al mismo tiempo, mantener la garantía-; de lo que depende es de que el pago responda al cumplimiento delegado de la obligación contraída por el concursado con carácter recíproco y aún pendiente de cumplimiento.

CONCLUSION Y FALLO

Como he apuntado anteriormente, la conclusión es el reconocimiento de la facultad de los compradores para pagar directamente a la acreedora hipotecaria y, por supuesto, para pagar mediante la asunción de la deuda del vendedor concursado.

La estimación del recurso de casación por los razonamientos que han sido expuestos determina el presente voto particular concurrente con el fallo de la sentencia de la Sala.

Rafael Gimeno-Bayon Cobos

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Jose Ramon Ferrandiz Gabriel**, 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.