



Roj: STS 3867/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3867  
Id Cendoj: 28079110012014100481

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 2346/2012

Nº de Resolución: 541/2014

Procedimiento: Casación

Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ

Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Octubre de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 37 de la misma ciudad cuyo recurso fue interpuesto por el procurador D. Aníbal Bordallo Huidobro en nombre y representación de Dª Covadonga ; siendo parte recurrida el procurador D. Jorge Pérez Vivas en nombre y representación de "Inmobiliaria Nasezen, S.L."

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** .- 1.- El procurador D. Aníbal Bordallo Huidobro en nombre y representación de Dª Covadonga interpuso demanda de juicio ordinario contra "Intorre, S.L", y contra la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 nº NUM000 de Madrid e "Inmobiliaria Nasezen, S.L." y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado dicte sentencia 1.- *DECLARE que Doña Covadonga es propietaria por título de compra a la mercantil INTORRE S.A., de una participación indivisa de cinco enteros veinte centésimas por ciento de la totalidad de la Finca NUM001 del Registro de la Propiedad 27 de Madrid, inscrita al folio NUM002 , del tomo NUM003 del archivo, que da lugar derecho al uso y disfrute exclusivo de la plaza de garaje número NUM004 .- DECLARE que el título invocado por INMOBILIARIA NASEZEN S.L. es ineficaz para transmitir el dominio respecto de la cuota de cinco enteros veinte centésimas por ciento del total de la finca NUM001 , inscrita en el Registro de la Propiedad 27 de Madrid, al folio NUM002 , del tomo NUM003 del archivo que da lugar al uso y disfrute en exclusividad de la plaza de garaje número NUM004 , por cuanto con consta su embargo ni adjudicación en el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia 1 de Madrid, de fecha 31 de enero de 2.008 . 3.- DECLARE que la inscripción de la hoja registral correspondiente a la finca NUM005 del Registro de la Propiedad 27 de Madrid, inscrita al folio NUM006 del tomo NUM007 del archivo, de adjudicación, es nula de pleno derecho, por carecer de contenido al ser contraria al auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia 1 de Madrid, aprobando el remate del bien inmueble embargado y adjudicación al mejor postor, de fecha 31 de enero de 2008 respecto de la plaza de garaje número NUM008 , correspondiente a una cuota indivisa de tres enteros ochenta y una centésima por ciento del total de la Finca. ACUERDE librar mandamiento al Registro de la Propiedad número 27 de Madrid, ordenando la cancelación de la inscripción registral 37ª de la Finca registral NUM005 , inscrita al folio NUM006 del tomo NUM007 del archivo, ordenando su cancelación. ACUERDE librar mandamiento al Registro de la Propiedad número 27 de Madrid, ordenando la inscripción a favor de Covadonga del dominio sobre una cuota indivisa de cinco enteros veinte centésimas por Ciento del total de la Finca, por título de compra a la mercantil INTORRE S.A, y que da el derecho al uso y disfrute en exclusividad de la plaza de garaje número NUM004 . Se condene a los demandados conjunta y solidariamente a indemnizar a mi representada por los daños y perjuicios ocasionados por la usurpación de su propiedad de que ha sido víctima, en la cuantía que se señale en ejecución de sentencia conforme a las bases señaladas en los hechos de la demanda.*

2.- La Procuradora Dª Mª Dolores de la Plata Corbacho, en nombre y representación de en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios de la CALLE000 nº NUM000 de Madrid, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó

suplicando al Juzgado dictase sentencia a) *desestimando íntegramente la demanda interpuesta de contrario, por estimación de la excepción de falta de legitimación pasiva articulada, y subsidiariamente. b) Teniendo por allanada parcialmente a esta parte, estimando la demanda en los términos reseñados en el hecho 13º de esta contestación desestimando en consecuencia la petición de condena de la Comunidad de Propietarios al pago de daños y perjuicios. Con expresa condena de la actora al pago de las costas, en cualquiera de los casos.*

3.- El procurador D. Jorge Pérez Vivas en nombre y representación de "Inmobiliaria Nasezen, S.L.", contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia dando lugar a 1º.- *Al archivo la demanda sin más trámite conforme a las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por defecto en el modo de proponer la demanda, no subsanado por la parte actora a pesar de los reiterados requerimientos efectuados por el juzgado al efecto y la consiguiente condena en costas por la acreditada mala fe y temeridad del demandante. 2º.- En cualquier caso además, que se proceda a la notificación previa de los escritos de fecha 2 junio 2009 y de fecha 29 junio 2009, en unión de la demanda inicial a la codemandada INTORRE, S.L.U, con el fin de evitar la indefensión de la misma y la consiguiente nulidad de actuaciones que posteriormente pudiera derivarse como consecuencia de la falta de comunicación en forma del contenido íntegro de la demanda a dicha codemandada.*

4.- Por providencia de 23 de diciembre de 2009 se declaró en rebeldía al codemandado INTORRE, S.L.U por haber transcurrido el plazo sin haber comparecido en autos.

5.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma Sra. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 37 de Madrid, dictó sentencia en fecha 26 de julio de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: *Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por Dª Covadonga contra INTORRE, SL, contra la COMUNIDAD DE PROPIETARIOS CALLE000 Nº NUM000 MADRID y contra INMOBILIARIA NASEZEN, SL: 1.- Declaro que Dª Covadonga es propietaria por título de compra a INTORRE, SL. el 18-8-1987 de una participación indivisa del 5,20% de la finca NUM005 del Registro de la propiedad nº 27 de Madrid, inscrita al folio NUM002 , tomo NUM003 del archivo, que da derecho al uso y disfrute exclusivo de la plaza de garaje nº NUM004 . 2º. Declaro que el título invocado por INMOBILIARIA NASEZEN,SL de adjudicación en el juicio ejecutivo 1057/2003 del juzgado de primera instancia nº 1 de Madrid es ineficaz para transmitir el dominio antes señalado respecto de la cuota de 5,20% de la finca NUM005 que da derecho al uso y disfrute exclusivo de la plaza de garaje nº NUM004 , por cuanto no consta su subasta, avalúo ni adjudicación en el citado procedimiento. 3- Declaro que la inscripción 37ª de la hoja registral correspondiente a la finca registral NUM005 del Registro de la Propiedad 27 de Madrid, inscrita al folio NUM006 del tomo NUM007 del archivo, de adjudicación, es nula de pleno derecho solo en lo referente al uso exclusivo de la plaza de garaje nº NUM004 , correspondiente a una cuota indivisa de 5,20% del total de la finca, manteniéndose la adjudicación e inscripción a favor de INMOBILIARIA NASEZEN, S.L. de una participación indivisa del 3,81% que da derecho al uso y disfrute exclusivo de la plaza de garaje nº NUM008 . 4.- Acuerdo librar mandamiento al Registro de la Propiedad inscripción 37ª de la finca registral NUM005 , inscrita al folio NUM006 del tomo NUM007 del archivo en los términos señalados en el apartado anterior. 5º.- Acuerdo librar mandamiento al Registro de al Propiedad de Madrid ordenando la inscripción a favor de Dª Covadonga del dominio sobre una cuota indivisa del 5,20% del total de la finca registral NUM005 , por título de compra a INTORRE, SL, y que da derecho al uso y disfrute exclusivo de la plaza de garaje nº NUM004 . 6.- Desestimo la pretensión de declaración responsabilidad de las demandadas, absolviendo a las mismas de tal pretensión y del deber de indemnizar a la actora por los daños y perjuicios ocasionados por la desposesión de su propiedad. 7º.-Sin imposición de las costas de esta instancia a ninguna de las partes*

**SEGUNDO** .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de INMOBILIARIA NASEZEN, S.L., la Sección 10ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dictó sentencia con fecha 30 de mayo de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: *Que con ESTIMACIÓN del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil «Inmobiliaria Nasezén, SL» frente a la sentencia dictada en fecha 26 de julio de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de los de Madrid en los autos de proceso de declaración seguido ante dicho órgano por los trámites del procedimiento ordinario con el núm. 1033/2009, procede: 1.º REVOCAR la expresada resolución y, en su lugar, dictar la siguiente: «Con DESESTIMACIÓN de la demanda interpuesta por la representación procesal de doña Angelica interpuso demanda de proceso de declaración frente a las entidades mercantiles «Intorre, SL», «Inmobiliaria Nazesen, SL» y a la Comunidad de Propietarios del inmueble núm. NUM000 en la CALLE000 en Madrid, procede: 1.- ABSOLVER a las expresadas demandadas de las pretensiones formuladas frente a las mismas. 2.- CONDENAR a la parte demandante vencida al pago de las costas procesales ocasionadas en la sustanciación de la primera instancia». 2.º NO HABER LUGAR a especial pronunciamiento respecto*

de las costas procesales ocasionadas en la sustanciación de esta alzada. 3.º ACORDAR la restitución a la recurrente del depósito constituido.

**TERCERO .- 1.-** El procurador D. Aníbal Bordallo Huidobro en nombre y representación de D<sup>a</sup> Covadonga , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVO DE CASACION: UNICO .-** Al amparo del artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por violación del artículo 1473 del Código civil ,. por oponerse a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

2.- Por Auto de fecha 5 de noviembre de 2013, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3 .- Evacuado el traslado conferido, el procurador D. Jorge Pérez Vivas en nombre y representación de "Inmobiliaria Nasezen, S.L." presentó escrito de oposición al recurso interpuesto.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 23 de septiembre de 2014, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .- 1.-** Los hechos que han llevado este asunto a casación son los siguientes:

1) La actual recurrente en casación que fue la demandante en la instancia, doña Covadonga el 18 agosto 1987 había comprado una plaza de garaje en el edificio en construcción situado en la CALLE000 NUM000 , de Madrid. La plaza quedó identificada con el número NUM004 .

2) La Comunidad de propietarios del mencionado edificio, codemandada en la instancia y allanada a la acción principal, ejercitó demanda de proceso monitorio frente a la entidad propietaria (que había sido la promotora del edificio) de la plaza de garaje número NUM008 , por el pago de las cuotas de la comunidad, que tenía inscrita en el Registro de la Propiedad la porción indivisa de tres enteros ochenta y una centésimas por ciento del 100% de la propiedad horizontal. Por incomparecencia de dicha demandada, "INTORRE, S.L.", fue declarada en rebeldía y se dictó auto de conclusión de 8 septiembre 2003.

3) Se promovió por la Comunidad proceso de ejecución contra dicha sociedad por el impago referido. El juzgado de 1 instancia nº 1 de Madrid dictó auto de 3 noviembre 2004 acordando el embargo de la plaza de garaje mencionada, número NUM008 , practicándose la anotación preventiva de embargo en el Registro de la Propiedad.

4) Por diligencia de ordenación de 18 octubre 2007 se acordó sacar a pública subasta la plaza de garaje embargada número NUM008 . Y el auto del juzgado mencionado de 31 enero 2008 aprobó *el remate del bien inmueble embargado al ejecutado...*" es decir, la plaza número NUM008 propiedad de INTORRE, S.L".

5) Pero al inscribir el remate se practicó la inscripción en el Registro de la Propiedad 27 de Madrid la titularidad no sobre 3,81% proindiviso del garaje plaza número NUM008 subastada, sino sobre 9,01% de que era titular INTORRE, S.A. y que correspondía a dos plazas de garaje, una de las cuales no había sido subastada ni adjudicada, la número NUM004 , a la sazón propiedad de la recurrente.

Notificada doña Covadonga por parte de la administradora de la mercantil INMOBILIARIA NASEZEN, S.L. del hecho de que la plaza de garaje número NUM004 había sido inscrita a su favor en el Registro de la Propiedad 27 de los de Madrid, se interpuso ante el propio Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Madrid incidente de nulidad de actuaciones.

2.- Dictado auto rechazando la nulidad de actuaciones doña Covadonga formuló la demanda que ha dado origen al proceso que ahora se haya en casación. La demanda fue dirigida contra la Comunidad de propietarios, contra la sociedad embargada y contra la actual titular registral.

La demanda contenía la acción principal, que era la declarativa de dominio sobre la plaza de garaje número NUM004 , por lo que era nula la inscripción a favor de la codemandada INMOBILIARIA NASEZEN, S.L, con las consecuencias registrales pertinentes: interesó también indemnización de daños y perjuicios.

La COMUNIDAD DE PROPIETARIOS se allanó a la acción declarativa y se opuso a los demás pedimentos, alegando en todo caso la falta de legitimación pasiva.

La entidad INTORRE, S.L. fue declarado en rebeldía.

Se opuso a la demanda la actual titular registral INMOBILIARIA NASEZEN, S.L que en este momento procesal es parte recurrida en casación.

3.- El Juzgado de 1ª Instancia nº 37 de Madrid dictó sentencia en fecha 26 julio 2011 en la que estimó la acción declarativa de dominio con las consecuencias registrales, por entender que se dio un primer error al embargarse una plaza de garaje y acordarse la inscripción de ésta y otra más que no era propiedad de la sociedad embargada, sino de la demandante, por lo que, como segundo error, no se pudo transmitir la plaza número NUM004 , de la demandante, por lo que, dice literalmente, tal sentencia:

*En consecuencia, no puede ahora arrogarse INMOBILIARIA NASEZEN, S.L la propiedad de la plaza de garaje número NUM004 porque nunca le fue transmitida tal plaza en el juicio ejecutivo 1057/2003 del juzgado de primera instancia número 1 de Madrid, aunque erróneamente se afirme ello en tal proceso por el propio juzgado, por lo que no concurre el presupuesto de la transmisión que es requisito previo e imprescindible para que actúe la adquisición a non domino del artículo 34 de la Ley Hipotecaria y, conforme los artículos 348 , 609 y 1445 y concordantes del Código civil y a los efectos de cumplirse a favor del titular del dominio el principio de legitimidad registral establecido por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria .*

4.- La anterior sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial, Sección 10ª, de Madrid, en la de 30 mayo 2012 , extensa sentencia que concluye:

*"En definitiva, la adjudicataria en subasta y ahora recurrente puede y debe verse amparada en cuanto el título del que trae causa era válido, al provenir de un embargo en el que se efectúa la traba de un bien global (la urbana), ya dividida en cuotas por segregaciones sucesivas, aunque en una parte con anterioridad pertenecía a un tercero a través de documento privado y no al ejecutado en el procedimiento del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Madrid, y ese amparo del precepto no puede devenir fallido por mor del art. 38 LH ., en cuanto al sancionar el principio de legitimación registral, viene a establecer una presunción "iuris tantum" a favor de los titulares de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, y esa presunción no ha sido plenamente destruida en el presente procedimiento, por lo que dicho principio debe ser aplicado"*

Sin embargo, no se subastó ni se *adjudicó* la plaza número NUM004 , ni nunca se llegó a embargar esta plaza, ni, por tanto, hay *título* de adquisición de esta plaza.

La cuestión no es tanto el principio de legitimación registral el esencial que se discute en el presente proceso, sino el principio de fe pública registral que alega la sociedad demandada, parte recurrida.

**SEGUNDO .- 1.- Concepto de adquisición de dominio.** Son modos de adquirir el dominio los hechos o negocios jurídicos a los que la ley atribuye el efecto de producir la adquisición del dominio. A ella se refiere el artículo 609 del Código civil que, aparte de otros medios que no son del caso, se adquiere el dominio mediante un título y un modo. Así lo exponen, entre otras muchas, las sentencias del 23 marzo 2004 , 10 mayo 2004 , 13 octubre 2004 , 5 octubre 2005 , 14 junio 2007 , 17 noviembre 2008 , 13 noviembre 2009 , 2 diciembre 2009 . Esta última es muy elocuente e interesa en el presente caso al decir, literalmente:

*"la jurisprudencia de esta Sala mantiene toda la virtualidad del art. 609 CC exigiendo algo más que la mera aprobación del remate para la adquisición de la propiedad de la finca subastada por el rematante o el cesionario del remate. Así, la sentencia de 29 de julio de 1999 (rec. 156/95 ), citando extensamente la de 1 de septiembre de 1997 y también las de 16 de julio de 1982 y 10 de diciembre de 1991, declara que "la consumación venía amparada por el otorgamiento de la escritura pública" y que tras la reforma de la LEC de 1881 por la Ley 10/92 "la consumación de la enajenación se produce, conforme al artículo 1514 , con la expedición del testimonio del auto de aprobación del remate y demás requisitos (artículo 1515)"; la sentencia de 4 de abril de 2002 (rec. 3228/96 ) puntualiza que la subasta supone una oferta de "venta" (de la finca embargada) que se perfecciona por la aprobación del remate, operando la escritura pública (en el sistema procesal entonces vigente) como "traditio" instrumental para producir la adquisición del dominio; y en fin, la de 4 de octubre de 2006 (rec. 3905/99) reproduce la anterior, añadiendo que "después de la reforma operada por la Ley 10/1992 el testimonio del auto de aprobación del remate" conforma la operación del acto procesal enajenatorio. Y la misma línea se mantuvo incluso en una tercería de dominio por la sentencia de 1 de septiembre de 1997 (rec. 2423/93 ) y, años más tarde, en un caso de nulidad de un procedimiento administrativo de apremio solicitada por quien fue propietario de la finca embargada, por la sentencia de 11 de febrero de 2003 (rec. 1835/97 ), que reprodujo lo ya declarado por la de 4 de abril de 2002."*

En el caso, no existe título. El embargo no se refirió a la plaza de garaje número NUM004 sino que explícitamente se concretó a la plaza número NUM008 y a esta última alcanzó la subasta y el auto de adjudicación. Respecto a aquélla *no hay título de adquisición* .

En tiempos pasados se planteó el tema de si la inscripción en el Registro de la Propiedad ha sustituido al título y modo en la adquisición del dominio. No es así. El título y modo tienen una órbita de aplicación distinta: aquellos se refieren a la adquisición y la inscripción acredita la adquisición ya realizada, adquisición completa en virtud de título y modo.

Por tanto, lo cierto es que cuando un derecho real sobre un bien inmueble se inscribe en el Registro de la Propiedad, ya se ha producido por entero la adquisición; es decir, si le alcanza el ámbito de la teoría del título y el modo, ya se ha producido tanto el título como el modo. La inscripción, por tanto, no sustituye o equivale al modo.

## 2.- Concepto de tercero

\* *Tercero civil*: El tercero hipotecario base de la protección registral, no es más que el tercero civil, completado con unos presupuestos que para su protección impone el principio de fe pública registral. Y el concepto es esencialmente negativo, el tercero es el que no es parte, al que el Código civil se refiere en numerosas ocasiones (artículos 1091 , 1257 y otros, menos generales) conforme a la regla del Derecho romano: *res inter alios acta tertiis neque nocet neque prodest*, siendo también la base del concepto de *cosa juzgada* en Derecho procesal. También se refiere al tercero, aún sin utilizar la expresión, el artículo 1473 del Código civil que es mencionado expresamente en el recurso de casación.

Así, el tercero es el que no es sujeto de la relación jurídica que se contempla, por estar fuera de ella y no haber participado en su formación.

\* *Tercero hipotecario*. El tercero adquirente es el sujeto que subentra en el derecho del transferente, es decir, en la relación jurídica que es considerada: causahabiente del mismo, bajo el principio *nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habet*. No son terceros los adquirentes *mortis causa* que suceden al titular en sus mismos derechos y obligaciones.

La Ley Hipotecaria de 1861 y las posteriores reformas de 1869 y 1909 definían al tercer hipotecario en estos términos: *se considera tercero a aquél que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito*. La Ley Hipotecaria vigente ha suprimido esta definición, que tanta polémica produjo y responde a la idea de que el ordenamiento tiene que regular y no definir. La ley hipotecaria vigente contempla al tercero esencialmente en el artículo 34 y otros, como el 31 y el 36 y de su normativa es claro que el tercero es el adquirente a título oneroso (por tanto, *inter vivos* ) del titular registral, no este mismo sino el que es ajeno (tercero) respecto a la relación jurídica que consta en el Registro de la Propiedad. Ya una antigua sentencia de 31 mayo 1955 contempla el caso de que en una partición se produce el error de comprender dos fincas que se había vendido una y declara que el comprador era tercero pues *no intervino en las operaciones precedentes en las que se cometió el error*.

La entidad demandada no es tercer hipotecario; es el titular que sí intervino en la subasta y actos subsiguientes, hasta la inscripción a su favor de algo que no se había subastado.

· *Artículo 34 de la Ley Hipotecaria* . Este artículo dice así:

*"El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque .después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro".*

Consagra el principio de fe pública registral, que es la eficacia ofensiva de la inscripción, que alcanza al tercero hipotecario y requiere varios presupuestos que en el presente caso son discutibles, que son:

- adquisición
- de buena fe
- tercero hipotecario

La *adquisición* la contempla la sentencia de esta Sala, tan citada y seguida reiteradamente por otras muchas, de 5 marzo 2007 pero se refiere a otro caso no ya distinto, sino opuesto al presente. Dice literalmente en lo que aquí interesa:

*"la doctrina sobre el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que procede dejar sentada... este precepto ampara las adquisiciones a no domino precisamente porque salva el efecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según él Registro aparezca con facultades para transmitir la finca."*

En el presente caso, no se trata de que el embargado transmitió lo que no era suyo, sino que NO TRANSMITIO LA PLAZA N° NUM004 , que ni se embargó, ni se adjudicó, sino simplemente se inscribió por error. Por tanto, no hubo adquisición que quepa en el artículo 34.

*Adquisición de buena fe.* La buena fe es un concepto jurídico. En este campo, la jurisprudencia destaca que no es un estado de conducta como ocurre en el Derecho de obligación sino de conocimiento: sentencias de 17 julio de 1999 , 23 diciembre 2000 , 18 diciembre 2007 . Tiene su base en hechos que son inamovibles en casación, pero la calificación es jurídica. Así, la Comunidad de propietarios, codemandada, que se ha allanado a la demanda, en la acción declarativa, reclamó por impago de las cuotas respecto a la plaza de garaje número NUM008 y la sociedad demandada alega que ha adquirido no sólo ésta sino también la número NUM004 . Es claro el error y sorprendente que no se haya procedido a la nulidad de actuaciones, pero la entidad codemandada tenía conocimiento que a nada tenía derecho respecto a la plaza número NUM009 .

*Tercero hipotecario.* La entidad codemandada no es tercero hipotecario. El artículo 34 mantiene la adquisición de éste ante el Registro inexacto al tiempo de adquirir. En el presente caso, no hubo adquisición, ya que no adquirió por ningún título la discutida plaza número NUM004 , ni el Registro de la Propiedad era inexacto porque la plaza únicamente embargada era la NUM008 , no la NUM004 .

En conclusión: la entidad demandada *no adquirió* (carece de título) ni quiso adquirir (sólo se dirigió contra la plaza NUM008 cuyo propietario no pagaba los gastos de comunidad). *No tiene buena fe*, pues tenía conocimiento de que se inscribía una plaza que era ajena a su relación jurídica. *No es tercer hipotecario*, porque no es un tercero, es el titular mismo: no es el adquirente de buena fe ajeno a la relación jurídica, que es el título -embargo, subasta y adjudicación- de la plaza equivocada.

**TERCERO . - 1.-** Contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial la demandante en la instancia doña Covadonga formuló el presente recurso de casación, fundado en el artículo 477.2. 3º. El motivo único del recurso se basa en la violación del artículo 1473 del Código civil tal como se expresa en el encabezamiento del recurso, aunque se cita a lo largo del desarrollo del mismo los demás artículos que fundan el recurso: 609, 1025 del Código civil, 34 de la Ley Hipotecaria y las numerosas sentencias de esta Sala que justifican el interés casacional.

La exposición del motivo resalta que la plaza de garaje de la recurrente nunca fue embargada, ni subastada , ni valorada, ni notificado a la recurrente propietaria el embargo preventivo, ni se le dio conocimiento de la subasta. La parte recurrida, INMOBILIARIA NASEZEN, S.L. alegó en su escrito de oposición que se hacía en el recurso "supuesto de la cuestión" pero ésta significa que se parte de hechos no declarados probados o se prescinde de las que sí han sido declarados probados y no es el caso, pues aquí se plantea el conflicto que no es fáctico, sino exclusivamente jurídico, es decir, no se discuten hechos, sino aplicación de normas. También se plantea en la oposición al recurso la importante sentencia dictada por el pleno de esta Sala y seguida por numerosas posteriores, de 5 marzo 2007 . Pero el caso es distinto. En dicha sentencia se trabó embargo de un bien que no era propiedad del embargado y la parte adquirió por título y modo e inscribió su adquisición en el Registro de la Propiedad; lo relacionó con la doble venta del artículo 1473 y la venta de cosa ajena y resolvió en el sentido de que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria sanciona la adquisición *a non domino* . Sin embargo, el caso presente es el no haberse embargado un bien (la plaza de garaje número 2) que no se subasta y no se aprueba su remate ( auto de 31 enero 2008 ) y, pese a ello, se inscribe en el Registro de la Propiedad a favor del no propietario: éste carece de título y de modo, no ha adquirido, lo cual no se plantea en aquella sentencia.

**2.-** De todo lo anterior se desprende claramente que debe ser estimado el motivo único y, por ende, el recurso de casación.

No se ha infringido el artículo 1473 del Código civil que se cita en el encabezamiento del recurso, porque no ha habido doble venta, tampoco venta de cosa ajena, por la razón de que no ha habido venta alguna, ni tampoco la mal llamada "venta forzosa" con que a veces se denomina a la subasta y adjudicación de un bien embargado porque nada de ello se ha producido respecto a la plaza de garaje número NUM004 propiedad de la demandante. Sí ha habido infracción del artículo 609 del Código civil pues la sociedad demandada carece de título (no tiene ningún título de propiedad) y modo. Y se ha producido la infracción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria que protege al *tercero que de buena fe adquiera...*, porque esta codemandada nunca adquirió la plaza de autos. También ha infringido el artículo 38 de la misma ley , pues la presunción que proclama el principio de legitimación registral que recoge esta norma, como presunción *iuris tantum*, cede ante la acreditación de que la sociedad demandada y parte recurrida nunca adquirió la plaza de garaje que finalmente quedó inscrita a su nombre.



3.- Se estima, pues, el recurso de casación y, al considerar que debe acogerse la acción declarativa de dominio y proceder a la rectificación registral, se debe casar la sentencia de la Audiencia Provincial y confirmar la dictada por la juez de primera instancia.

En cuanto a las costas, se mantiene el pronunciamiento de esta última sentencia. Se condena a la sociedad codemandada en las costas causadas en segunda instancia. No procede hacer condena las costas del presente recurso de casación. Todo ello es 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.

## FALLAMOS

**Primero** .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por D<sup>a</sup> Covadonga , contra la sentencia dictada por la Sección 10<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 30 de mayo de 2012 , que SE CASA Y ANULA.

**Segundo** .- En su lugar, confirmamos y hacemos nuestra en todos sus pronunciamientos la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 37 de Madrid, en autos de juicio ordinario número 1033/2009 de fecha 26 de julio de 2011.

**Tercero**.- Se confirma el pronunciamiento sobre costas, de la sentencia de primera instancia. Se condena a la codemandada INMOBILIARIA NASEZEN, S.L., al pago de las costas causadas en el recurso de apelación. No se hace condena en las causadas en el presente 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 .-Francisco Marin Castan.-Francisco Javier Arroyo Fiestas.-Xavier O'Callaghan Muñoz.- Rubricados.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.