



Roj: **STS 3144/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3144**

Id Cendoj: **28079110012018100491**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/09/2018**

Nº de Recurso: **3800/2015**

Nº de Resolución: **497/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 497/2018

Fecha de sentencia: 14/09/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3800/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/07/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE CANTABRIA. SECCION 4.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3800/2015

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 497/2018

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 14 de septiembre de 2018.



Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por la mercantil Koromandel S.L., representada por el procurador D. Ludovico Moreno Martín-Rico bajo la dirección letrada de D. Carlos Mendiguchía Magro, contra la sentencia n.º 392/2015 dictada en fecha 28 de octubre por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Cantabria en el recurso de apelación n.º 97/2015 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 598/2013 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de Torrelavega, sobre acción declarativa y reivindicatoria de dominio y de nulidad de asientos registrales. Ha sido parte recurrida Caixabank S.A., representada por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter y bajo la dirección letrada de D.ª María Luz Gutiérrez Morlote y D. Marcos y D.ª Claudia representados por la procuradora D.ª Carmen Moreno Ramos y bajo la dirección letrada de D. José Manuel García-Oliva Mascarós. Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Angeles Parra Lucan.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La mercantil Koromandel S.L. interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Marcos , D.ª Claudia y la Caixa D'Estalvis i Pensions de Barcelona en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«1.- Se estime la demanda en cuanto a la acción declarativa de dominio a favor de mi representada Koromandel S.L.

»2.- Se estime la demanda en cuanto a la acción reivindicatoria de dominio a favor de mi representada Koromandel S.L.

»3.- Se estime la demanda en cuanto a la inscripción en el Registro de la Propiedad n.º 3 de Torrelavega, finca registral NUM000 de Miengo, de la escritura otorgada a favor de Koromandel el día 10 de febrero de 2012, n.º de protocolo 77, otorgada ante el notario D. Ricardo Nieto Aldea en virtud y de conformidad con la medida cautelar inscrita con anterioridad a la compraventa e hipoteca de los hoy codemandados.

»4.- Se estime la demanda en cuanto a la nulidad o cancelación de las inscripciones existentes en el mencionado Registro (inscripciones 4.ª y 5.ª de la finca registral NUM000 de Miengo), a favor de los hoy codemandados (dominio y cargas); así como cualquier otra inscripción que pudiera anotarse con posterioridad a las ya inscritas.

»5.- Se condene a los codemandados al pago de las costas procesales».

2.- La demanda fue presentada el 24 de septiembre de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Torrelavega y fue registrada con el n.º 598/2013 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

3.- Caixabank, S.A., sucesora a título universal de la Caixa D'Estalvis i Pensions de Barcelona, así como D. Marcos y D.ª Claudia contestaron a la demanda mediante escritos en los que solicitaban la desestimación íntegra de la demanda con imposición de costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de Torrelavega dictó sentencia de fecha 9 de enero de 2015 , con el siguiente fallo:

«Que desestimando íntegramente la demanda, debo absolver y absuelvo a D. Marcos , D.ª Claudia y a la Caixa D'Estalvis i Pensions de Barcelona de las pretensiones formuladas en su contra.

»Cada parte abonará sus costas y las comunes por mitad».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Koromandel S.L.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Cantabria, que lo tramitó con el número de rollo 97/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 28 de octubre de 2015 , con el siguiente fallo:

«Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Koromandel S.L. contra la citada sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 4 de Torrelavega, la cual debemos confirmar íntegramente, imponiendo las costas procesales de esta alzada a la parte apelante».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- Koromandel S.L. interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo del art. 469.1.2.º LEC por infracción del art. 218.1 LEC : Incongruencia.

»Segundo.- Al amparo del art. 469.1.2.º LEC por infracción del art. 218.2 LEC : Motivar la sentencia infringiendo un auto firme que es cosa juzgada.

»Tercero.- Al amparo del art. 469.1.2.º LEC por infracción del art. 218.2 LEC : Falta de motivación o fundamentación jurídica de la sentencia.

»Cuarto.- Al amparo del art. 469.1.4.º LEC por infracción del art. 217 LEC y art. 24 CE : Error en la valoración de la prueba que conlleva una valoración irracional, ilógica y arbitraria: La buena fe de los compradores.

»Quinto.- Al amparo del art. 469.1.4.º LEC por infracción del art. 217 LEC y el art. 24 CE : Error en la valoración de la prueba que conlleva una valoración irracional, ilógica y arbitraria: El notario les hizo las advertencias legales de la posible discordancia entre la información registral y los libros del Registro, y por tanto no son compradores de buena fe.

»Sexto.- Al amparo del art. 469.1.4.º LEC por infracción del art. 217 LEC y el art. 24 CE : Error en la valoración de la prueba que conlleva una valoración irracional, ilógica y arbitraria: El valor probatorio que le dan a la medida cautelar acordada e inscrita en el Registro de la Propiedad».

Los motivos del recurso de casación fueron:

Primero.- Al amparo del art. 477.2.3.º LEC por infracción del art. 1473 CC .

Segundo.- Al amparo del art. 477.2.3.º LEC por infracción del art. 34 LH .

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 21 de febrero de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Koromandel S.L. contra la sentencia dictada con fecha 28 de octubre de 2015 por la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección Cuarta), en el rollo de apelación n.º 97/2015 , dimanante del procedimiento ordinario n.º 598/2013 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de Torrelavega».

3.- Se dio traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición al recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

4.- Por providencia de 11 de junio de 2018 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 18 de julio de 2018, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El litigio causante de este recurso de casación versa sobre la propiedad de un inmueble vendido por la promotora a dos compradores diferentes.

La primera venta se otorgó en documento privado a favor de una sociedad el 22 de julio de 2002, cuando la construcción solo estaba proyectada.

La declaración de obra nueva y constitución del régimen de propiedad horizontal tuvo lugar en 2004 y la promotora otorgó el 11 de octubre de 2005 una escritura pública de venta a favor de dos personas físicas, que inscribieron en el Registro de la Propiedad, gravaron el inmueble con una hipoteca para garantizar el préstamo obtenido para financiar la compra de la vivienda e instalaron en ella su residencia habitual.

En la nota simple informativa remitida a la notaría por vía electrónica el día en que se firmó la escritura pública no se hacía referencia a una nota marginal que, cuatro días antes, se había extendido en el Registro de la Propiedad. La nota marginal había sido ordenada por auto judicial en las medidas cautelares previas a la demanda instadas por la primera compradora. En la nota constaba, sin más precisión, la existencia de un «litigio» entre la primera compradora y la promotora, entonces titular registral.

El 13 de septiembre de 2005, la sociedad que había comprado en primer lugar interpuso contra la promotora una demanda de elevación a público del documento privado de compraventa celebrado en 2002, que fue finalmente estimada por sentencia de 9 de mayo de 2007 , que desestimó todas las alegaciones de la



demandada referentes al incumplimiento de la compradora y a la venta, conocida por la demandante, a un tercero. Cuando en 2012 la sociedad compradora pidió la ejecución de la sentencia y se elevó a pública su compraventa, la escritura no pudo inscribirse en el Registro de la Propiedad, por estar la finca inscrita a favor de los segundos compradores.

La demanda la interpone la primera compradora contra los segundos compradores y contra la entidad financiera que les concedió el préstamo hipotecario. En primera y segunda instancia se han desestimado todos los pedimentos de la demanda y es la sociedad demandante quien interpone recurso por infracción procesal y recurso de casación alegando, fundamentalmente, que los demandados no están de buena fe y que debe declararse su derecho de propiedad sobre la finca, que se le entregue la posesión, que se inscriba en el Registro de la Propiedad su escritura de compraventa y se cancelen los asientos posteriores.

2.- La sentencia de primera instancia contiene la siguiente enumeración de hechos probados ordenados cronológicamente, que no han sido modificados por la sentencia de apelación:

«1) 22-07-2002 Koromandel S.L. compró mediante documento privado a Sodyco S.L. la finca NUM001 en la cual la sociedad vendedora proyectaba la construcción de una urbanización, transmitiendo a la sociedad compradora la vivienda situada en el Bloque NUM002 , planta NUM003 .", vivienda número NUM004 , y la plaza de garaje n.º NUM005 ;

»2) 12-08-2004 Sodyco S.L. otorga escritura de declaración de obra nueva y constitución en régimen de propiedad horizontal; la vivienda n.º NUM004 quedó inscrita como finca NUM000 ;

»3) 14-07-2005: se dicta auto en las medidas cautelares previas a la demanda 560/2005 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Santander , en el que se alude a que se podrían "producir situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela judicial que se pretende, pues existe la posibilidad de que por la mercantil demandada se proceda a la venta de las viviendas y plazas de garaje objeto de esta litis", acordando, literalmente, "anotación registral y consiguiente publicidad al margen de las fincas registrales... en la que conste la existencia de litigio entre la sociedad directora y coordinadora de estudios inmobiliarios S.L. y la compañía mercantil Koromandel S.L.".

»Según resulta de la testifical del Sr. Registrador, cuando llegó el mandamiento al Registro de la Propiedad, tras examinar la documentación, concluyó que no se podía extender otra cosa que una NOTA MARGINAL innominada, por cuanto allí no había demanda interpuesta (no podía por tanto ser una ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA), ni siquiera se pedía eso sino una "anotación registral al margen" siendo así -alega el Sr. Registrador- que las anotaciones preventivas de demanda no van al margen sino en el cuerpo del folio. No se hablaba en el mandamiento ni del litigio ni de su contenido, por lo que no constaba al Registrador que tuviera trascendencia real.

»4) 7-10-2005: se extiende una NOTA MARGINAL en el folio de la finca, en la que se dice que se ha acordado por auto de 14-07-2005 , ordenando practicar "nota al margen" de esta finca, "haciendo constar la existencia de litigio entre la citada titular registral de la finca y la compañía Koromandel S.L."

»El Sr. Registrador practicó este asiento al entender que puede un Juez adoptar medida cautelar al amparo del art. 727 LEC cuando menciona "otras anotaciones registrales" que el Juez considere pertinentes. A su juicio, no siendo una anotación preventiva de demanda, es inocua a los efectos de que pudiese enervar el principio de fe pública registral, no impide que un tercero esté protegido por la fe pública y choca con el principio de especialidad registral.

»5) 11-10-2005 Sodyco S.L. vende mediante escritura pública a los Sres. Marcos - Claudia esta finca, y mediante otra escritura de idéntica fecha se constituye hipoteca a favor de La Caixa en garantía de una cuenta de crédito. Ese mismo día, el Notario recabó nota simple informativa sobre el estado de la finca en el Registro, y se expidió la misma por vía electrónica, sin que en ella constase la nota marginal.

»6) 10-11-2005: queda inscrita la compraventa a los Sres. Marcos - Claudia en el Registro de la Propiedad (inscripción 4.ª)

»7) 23-11-2005: extensión de la inscripción 5.ª, hipoteca a favor de la entidad Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona, en garantía de una cuenta de crédito hasta el límite de 162.500 euros.

»De esa misma fecha es una nota simple expedida por el Registro de la Propiedad en la que se hace constar la propiedad a favor de los Sres. Marcos - Claudia de la finca por mitad e iguales partes señalando entre las "cargas propias de esta finca" la existencia de una "nota de fecha 7 de Octubre de 2005" practicada en virtud de mandamiento judicial para hacer constar "la existencia de un litigio" entre Sodyco y Koromandel.



»8) 19-05-2006: se dicta sentencia en el juicio entablado con posterioridad a las medidas cautelares previas, el ordinario 803/2005 del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Santander , desestimando la pretensión de Koromandel S.L. de elevación a escritura pública de los dos contratos de compraventa suscritos entre Koromandel S.L. como compradora y Sodyco S.L. como vendedora, en fecha 22-07-2002, que tuvieron por objeto las viviendas NUM006 y NUM004 , con sus dos garajes, de la Urbanización Residencial " DIRECCION000 ", en la localidad de Cuchía, dentro del término municipal de Miengo, razonando que las viviendas habían sido ya vendidas a terceros, y no se había instado la nulidad de esas compraventas.

»9) 9-05-2007: La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación, entendiéndolo que no es preciso demandar a los segundos compradores para que se obligue al vendedor a otorgar escritura pública, razonando "de suerte que el segundo comprador (en principio dueño, por la unión de título y modo, y en principio protegido con la fuerza del tercero hipotecario, arts. 34 y 32 LH , sabiendo que la prioridad que otorgan esos preceptos en relación con el art. 1373 CC presuponen que haya habido buena fe en el segundo comprador (...) no se va a ver directamente afectado ni en su título ni en su posesión ni en las presunciones registrales por una posible sentencia que condene al comprador a cumplir con su obligación. Sucederá, en su caso, que no podrá cumplir con su obligación. Pero las obligaciones-en concreto las de hacer- no se extinguen por la imposibilidad de ser cumplidas por un acto consciente del obligado (art. 1156 y ss. CC). La imposibilidad física o jurídica dará lugar al cumplimiento de la obligación no in natura sino en su equivalencia. (...) En definitiva no cabe desestimar la demanda ni por una especie de litisconsorcio pasivo necesario, ni porque un tercero haya adquirido lo comprado por el actor en propiedad, y el vendedor no pueda ya (en principio) entregar lo que dejó de ser suyo". Se señala que no es obstáculo el que se deba una cantidad de "ínfima importancia económica (751,26 euros en total) en una operación de más de 200.000 euros". Se dice en la sentencia que la parte actora "ha de abonar al tiempo de la escritura pública las dos cantidades - en metálico y mediante obtención de préstamo hipotecario (o sin préstamo)- a que se refieren los contratos de 22.7.2002; y la demandada ha de otorgar la escritura pública".

»10) 21-06-2007: auto despachando ejecución, con la sentencia de la Audiencia Provincial como título.

»11) 19-12-2007: auto desestimando la oposición de los segundos compradores de la otra vivienda, ya que no fueron parte en el pleito y estima parcialmente la de Sodyco S.L. sustituyendo la obligación de hacer por la de proceder a abonar a la ejecutada el importe total por el que fueron escrituradas las viviendas y garaje a favor de los terceros adquirentes, considerando que las viviendas fueron adquiridas por terceros.

»12) 24-06-2009: auto dictado por la sección 2.ª en apelación de esa pieza separada de oposición a la ejecución. Estima el recurso y desestima la oposición y alude, como obiter dicta, a una "anotaciones registrales como bienes litigiosos (folios 325 y 328 de las actuaciones) de 7 de octubre de 2005", recordando después los efectos de la anotación preventiva de demanda.

»13) 22-12-2010: se dicta auto por el Juzgado de Primera Instancia teniendo por emitida la declaración de voluntad que recoge la sentencia de 9 de mayo de 2007 dictada por la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 4.ª en Rollo 605/06 dimanante de los autos de juicio ordinario 803/05.

»14) 10-02-2012: Elevación a público del contrato privado de compraventa otorgado a favor de Koromandel S.L.

»15) 22-03-2012: Calificación del registrador de la propiedad n.º 3 de Torrelavega denegando la inscripción de la anterior escritura pública, por constar la propiedad de la finca inscrita a nombre de terceros diferentes del vendedor».

3.- El 24 de septiembre de 2013, Koromandel interpone demanda contra los Sres. Marcos - Claudia y la Caixa. Solicita que se declare su propiedad sobre la mencionada finca NUM000 del Registro de la Propiedad n.º 3 de Torrelavega, que se le entregue la posesión, que se inscriba en el Registro de la Propiedad la escritura pública de compraventa de la finca de fecha 10 de febrero de 2012 y que se cancelen todas las inscripciones posteriores a la medida cautelar. Alega que compró a Sodyco la finca antes que los Sres. Marcos - Claudia y que tomó posesión de la vivienda, amueblándola, que la medida cautelar estaba inscrita en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la compra e hipoteca de los codemandados, por lo que su titularidad tiene preferencia.

Los Sres. Marcos - Claudia , en su contestación a la demanda, alegan que la demandante no adquirió la propiedad conforme a la teoría del título y el modo (art. 609 CC) porque no tomó posesión de la vivienda cuando la compró, que la vivienda no estaba amueblada cuando la adquirieron ellos y que es su residencia habitual; que en la nota simple expedida por el Registro de la Propiedad y remitida a la notaría el día de firma de la escritura de compraventa no constaba la nota marginal y no tenían posibilidad de conocer ningún litigio sobre la vivienda, y que las consecuencias de la omisión del Registro de la Propiedad y la omisión de la publicidad de la medida cautelar a favor de la demandante no pueden recaer sobre terceros de buena fe (art. 34 LH).



La Caixa se opone alegando, en síntesis, que en la nota simple que consta unida a la escritura de compraventa celebrada el 11 de octubre de 2005 entre Sodyco y los Sres. Marcos - Claudia se hace constar en «observaciones» que los datos consignados en la nota se refieren al mismo día 11 de octubre y en esa nota solo consta la existencia de una anterior hipoteca constituida por la promotora a favor de Banesto, pero ninguna otra carga ni advertencia. Razona que tanto los codemandados como ella misma son terceros de buena fe protegidos por el art. 34 LH .

4.- La sentencia de primera instancia desestima la demanda en su integridad. Basa su decisión en las siguientes razones: i) se trata de un supuesto de doble venta, porque la demandante no ha acreditado que tomara posesión del inmueble cuando lo compró, de modo que cuando el 11 de octubre de 2005 Sodyco otorgó escritura de venta a favor de los Sres. Marcos - Claudia la demandante no había adquirido la propiedad; ii) el art. 1473 CC otorga preferencia al adquirente que inscriba primero en el Registro de la Propiedad, lo que no excluye las acciones que puedan corresponder al comprador defraudado contra su vendedor; iii) la medida cautelar practicada no es una anotación preventiva de demanda porque cuando se solicitó la demandante no había interpuesto demanda alguna; iv) en la nota marginal que se practicó sólo se informaba de la existencia de un litigio entre el propietario de la finca y un tercero, pero no del objeto del mismo, ni de qué forma podría afectar, si es que afectaba, a un derecho real sobre el bien inmueble y no todo asiento se refiere a modificaciones en la titularidad de los derechos reales; v) la demandante pretende que la nota marginal extendida tenga los efectos de una anotación preventiva de demanda, pero no es ese tipo de asiento y, por lo tanto, no puede evitar que se aplique el art. 1473 CC .

5.- Frente a la sentencia de primera instancia, Koromandel interpone recurso de apelación. En primer lugar, denuncia incongruencia de la sentencia, por basar su decisión en una cuestión que no fue objeto de debate. Alega que lo que fue objeto de debate es quién debe soportar las consecuencias de la omisión en el telefax (que tiene el valor de nota simple informativa, conforme al art. 222.9 LH) de no hacer constar la carga y/o publicidad de la existencia de un litigio sobre la finca entre la que era titular registral y Koromandel y que sin embargo la sentencia analiza algo que no fue discutido por las partes en sus escritos, la idoneidad de la medida cautelar practicada. En segundo lugar, mantiene que la medida cautelar era idónea, se adoptó por un órgano judicial conforme a lo previsto en los arts. 726 y 727.6.^a LEC , que permiten la práctica como medidas cautelares de otras anotaciones registrales distintas de la anotación preventiva de demanda en casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución. Añade, en tercer lugar, que la medida cautelar se inscribió el 7 de octubre de 2005 con efectos desde el 21 de julio de 2005 (fecha de presentación del título), esto es, con anterioridad a la compra e hipoteca de los demandados y otra cosa es que, por error del registrador, no constase en el telefax remitido para el otorgamiento de la escritura de compra. Argumenta que, en caso de discordancia entre la información registral y los libros del Registro, prevalecen estos (art. 226 LH) y que el notario, conforme al art. 175 RN así debe advertirlo al otorgar la escritura, por lo que los codemandados no pueden ampararse en su supuesta buena fe. Dice también que, en el caso, la nota daba publicidad precisamente de la existencia de un litigio sobre la finca, por lo que es irrelevante el tipo de asiento que se hubiera practicado. Finalmente, alega que sí es la propietaria aunque no sea la titular registral porque no pudo practicarse la inscripción de la escritura pública.

6.- El recurso de apelación es desestimado. La sentencia de segunda instancia tiene en cuenta, en síntesis, las siguientes razones: i) puesto que lo que se discutía era la buena fe de los demandados es lógico que el juez de primera instancia analizara la medida cautelar adoptada así como su idoneidad para destruir la buena fe registral, por lo que no hay incongruencia; ii) es la propia recurrente quien da origen a que la medida cautelar sea en unos términos absolutamente genéricos, sin concretar cómo se ve afectada la finca registral a cuyo margen se anota; la medida adoptada es la solicitada por ella y no fue una anotación preventiva de demanda, por ello no produce los efectos que produciría la anotación preventiva de demanda; presentada la demanda, con posterioridad a la adopción de la medida cautelar, no se solicita la sustitución de la medida cautelar, por otra más concreta; en consecuencia, sólo la actora puede sufrir las consecuencias de que la medida solicitada, adoptada y anotada en el Registro de la Propiedad sea en los términos de publicar simplemente la existencia de un litigio, pero sin concretar en qué consiste el litigio y cómo afecta a la propiedad de la finca registral; iii) por lo que se refiere a la existencia de publicidad que desvirtúa la buena fe registral de los demandados, dice la sentencia: «Debemos presumir que cuando los demandados compran la finca registral n° NUM000 , conocen la medida cautelar anotada. Aunque al firmar las escrituras de compraventa, el registrador les informase que carecía de cargas, en el préstamo hipotecario, donde también interviene, se hace constar la existencia de una medida cautelar, consistente en la publicidad de la existencia de un litigio entre Sodyco S.L. y Koromandel S.L. Ahora bien, dicha publicidad y conocimiento no es suficiente para destruir la buena fe registral de los demandados. No conocían en qué consistía el litigio, ni cómo afectaba el litigio a la propiedad de la finca. Ellos compran a quien figura como titular registral y no existe dato alguno que acredite que dicha titularidad estaba

afectada por la medida cautelar. Los demandados compraron de buena fe e inscribieron su propiedad en el Registro de la Propiedad, siendo de aplicación el art. 1473 Código civil ».

7.- Koromandel (la parte demandante) interpone recurso extraordinario por infracción procesal, fundado en seis motivos, y recurso de casación fundado en dos motivos.

SEGUNDO.- Recurso extraordinario por infracción procesal

1.- *Formulación del primer motivo.* El motivo denuncia, al amparo del art. 469.1.2.º LEC , infracción del art. 218.1 LEC .

En el desarrollo del motivo se razona que, tal y como se denunció en la apelación, ya la sentencia de primera instancia desestimó la demanda con apoyo en una razón que no fue debatida por las partes, la eficacia de la medida cautelar, cuando lo que se discutía era quién debía soportar las consecuencias de que en el telefax solicitado por el notario al Registro de la Propiedad para incorporarlo a las escrituras de compra e hipoteca no se hiciera constar la medida cautelar solicitada. Añade que también se produce incongruencia porque no se resuelve el verdadero objeto de la controversia que fue discutida por las partes.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2.- *Desestimación del motivo primero* . La sentencia recurrida, que al igual que hizo la de primera instancia, desestimó la demanda, no puede ser incongruente por desestimar las peticiones de la demandante (parecidamente, entre otras, sentencia 370/2011, de 9 de junio), pues resuelve la cuestión propuesta, desestimándola, sin necesidad de que se pronuncie sobre todos los argumentos utilizados por la parte demandante. La recurrente denunció ya el vicio de incongruencia al recurrir en apelación y la sentencia razonó por qué, para decidir sobre lo pedido, consideraba preciso pronunciarse sobre la eficacia del asiento practicado en el Registro de la Propiedad a efectos de enervar la buena fe, presupuesto de la adquisición de la propiedad por los demandados y de la existencia de poder de disposición para la ulterior constitución de la garantía. La demanda razonó ampliamente sobre la eficacia de la medida cautelar inscrita en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la compra e hipoteca de los codemandados, por lo que es razonable que las dos sentencias se pronunciaran sobre esta cuestión que ahora la propia demandante dice que no fue objeto del pleito. Por ello, con independencia del acierto del razonamiento jurídico, que es susceptible de ser revisado en casación, la sentencia no es incongruente (sentencia 179/2014, de 11 de abril).

3.- *Formulación del motivo segundo.* El motivo denuncia, al amparo del art. 469.1.2.º LEC , infracción del art. 218.2 LEC .

En el desarrollo del motivo se razona que, al decidir que la nota registral practicada no era idónea para la finalidad pretendida de destruir la buena fe registral, la sentencia recurrida resuelve de manera contraria al auto firme que acordó como idónea la medida cautelar y que es cosa juzgada.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

4.- *Desestimación del motivo segundo* . No produce cosa juzgada el auto que ordena la práctica de un asiento registral en el proceso posterior en el que se discute la eficacia del asiento practicado. El efecto de la cosa juzgada lo producen las sentencias firmes, de acuerdo con el art. 222 LEC precepto que, por lo demás, la recurrente, a pesar de denunciar infracción de la cosa juzgada, ni siquiera menciona. Además, no puede denunciarse la infracción legal denunciada porque no es el mismo objeto el del procedimiento en el que se solicita la adopción de una medida cautelar y el declarativo en el que se ejerce una acción declarativa de propiedad y una acción reivindicatoria.

5.- *Formulación del motivo tercero.* El motivo denuncia, al amparo del art. 469.1.2.º LEC , infracción del art. 218.2 LEC .

En el desarrollo del motivo se razona que la sentencia recurrida adolece de falta de motivación, pues no fundamenta las razones por las que, contra el criterio del juzgado que acordó la medida cautelar, considera que no es idónea para cumplir la finalidad pretendida.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

6.- *Desestimación del motivo tercero* . La parte recurrente no comparte la motivación de la sentencia, pero no puede afirmarse que la misma no explicita las razones por las que considera que el asiento practicado no es idóneo para enervar la buena fe y las razones por las que considera que las consecuencias de la medida solicitada y practicada son imputables a la misma parte demandante: su carácter genérico, al no explicitar a qué clase de litigio se refería, que podía carecer de trascendencia real, no ser una anotación preventiva de demanda, que produce sus propios efectos y va precedida de una calificación para permitir el acceso únicamente a los litigios que tengan trascendencia real, o que la demandante no promoviera una anotación

preventiva después de presentar la demanda. Con independencia de que la recurrente considere desacertada la motivación y de que esta sea o no acertada, la sentencia no adolece de falta de motivación (sentencias 260/2015, de 20 de mayo , y 330/2016, de 19 de mayo).

7.- Formulación del motivo cuarto. El motivo denuncia, al amparo del art. 469.1.4.º LEC , infracción del art. 217 LEC y del art. 24 CE .

En el desarrollo del motivo se razona que la sentencia recurrida incurre en error en la valoración de la prueba que conlleva una valoración irracional, ilógica y arbitraria. Explica que la sentencia, tras declarar que los compradores conocían la medida cautelar anotada, concluye que estaban de buena fe.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

8.- Desestimación del motivo cuarto . Es reiterada la doctrina de que en el recurso por infracción procesal, la valoración de la prueba impugnada debe afectar a la fijación de los hechos, no puede alcanzar a la propia valoración jurídica (sentencia 615/2016, de 10 de octubre , con cita de otras). En el caso, lo que se impugna realmente es el criterio jurídico de la sentencia recurrida para determinar si los compradores estaban o no de buena fe a efectos de que su adquisición de la propiedad quedara protegida, lo que no es objeto de ese recurso sino del recurso de casación. Otra cosa es que, como se dirá al resolver ese recurso, la frase a que se refiere ahora el recurrente contenga inexactitudes y que, para comprender su sentido verdadero, deba ponerse en relación con lo dicho previamente por la propia sentencia.

9.- Formulación del motivo quinto. El motivo denuncia, al amparo del art. 469.1.4.º LEC , infracción del art. 217 LEC y del art. 24 CE .

En el desarrollo del motivo se razona que la sentencia incurre en error en la valoración de la prueba que conlleva una valoración irracional, ilógica y arbitraria. Explica que el notario hizo a los compradores las advertencias legales de la posible discordancia entre la información registral y los libros del Registro (art. 174 del Reglamento Notarial), que en el Registro de la Propiedad figuraba la nota marginal y, por tanto, no son compradores de buena fe.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

10.- Desestimación del motivo quinto . Tal y como hemos dicho para desestimar el anterior motivo, no es objeto de este recurso una impugnación de la valoración de la prueba que no afecte a hechos y la impugnación de la valoración jurídica por la que la sentencia considera que hubo buena fe en los compradores debe ser revisada en el recurso de casación.

11.- Formulación del motivo sexto. El motivo denuncia, al amparo del art. 469.1.4.º LEC , infracción del art. 217 LEC y del art. 24 CE .

En el desarrollo del motivo se razona que la sentencia incurre en error en la valoración de la prueba que conlleva una valoración irracional, ilógica y arbitraria por el valor probatorio que le otorga a la medida cautelar acordada e inscrita en el Registro de la Propiedad. Explica que no se le puede reprochar que después de la presentación de la demanda no sustituyera el asiento practicado por una anotación de demanda que indicase qué tipo de litigio afectaba a la finca puesto que la practicada, que era la única posible en ese momento porque todavía no se había interpuesto la demanda, ya advertía a los compradores de la existencia de un litigio.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

12.- Desestimación del motivo sexto. Tal y como hemos dicho para desestimar los dos anteriores motivos, no es objeto de este recurso una impugnación de la valoración de la prueba que no afecte a hechos y la impugnación de la valoración jurídica por la que la sentencia considera que hubo buena fe en los compradores y es la demandante recurrente la que debe soportar las consecuencias de que no se practicara una anotación preventiva debe ser revisada en el recurso de casación.

TERCERO.- Recurso de casación

1.- Formulación de los motivos. Al amparo del art. 477.2.3.º LEC , el primer motivo denuncia infracción del art. 1473 CC y el segundo infracción del art. 34 LH .

En el desarrollo de ambos motivos la parte recurrente alega que tanto la preferencia que otorga el art. 1473 CC al primer comprador que inscribe como la aplicación del art. 34 LH requieren buena fe. Argumenta que, en el caso, los demandados no estaban de buena fe, pues la sentencia recurrida considera como hecho probado que podía presumirse que los compradores conocían la medida cautelar anotada; que, si tenían la más mínima duda, debieron resolverla con la normal y adecuada diligencia; que, en todo caso, debe prevalecer lo inscrito en el Registro de la Propiedad.



2.- Desestimación del recurso.

Dada la íntima conexión entre ambos motivos procede analizarlos conjuntamente y, por las razones que exponemos a continuación, desestimarlos.

1.ª) El art. 609 CC dispone que la propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten, además de por donación y por sucesión testada e intestada, «por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición». En el sistema del Código civil, la compraventa es uno de los contratos que constituye un título que, si va unido a la tradición (entrega de la cosa, a la que equivale como regla el otorgamiento de la escritura, art. 1462 CC), produce la transmisión de la propiedad al comprador.

2.ª) En el caso, contra lo afirmado por la primera compradora en su demanda acerca de que tras la compra en documento privado tomó posesión del inmueble y lo amuebló, la sentencia de primera instancia declaró expresamente, y no fue rebatido en la apelación, que no acreditó su posesión de la finca tras la compra. Este pronunciamiento no ha sido impugnado por la demandante, que en sus recursos por infracción procesal y de casación reitera la preferencia de su adquisición con apoyo en que su compraventa fue anterior y que los segundos compradores (demandados ahora recurridos) no estaban de buena fe, para lo que se basa de modo exclusivo en la existencia de la nota marginal, sin referencia alguna a la existencia de actos de posesión del inmueble por su parte.

Por lo demás, la valoración de que la demandante no recibió la posesión del inmueble que compró es perfectamente coherente con los datos aportados por la propia demandante, tales como que cuando celebró la compraventa en documento privado la obra de construcción de la urbanización no se había iniciado, sin que haga referencia a ningún tipo de acto posesorio por su parte o de actuación material sobre la cosa, que cuando se terminó la obra y se procedió a la división de propiedad horizontal más de dos años después, la constructora se negó a otorgar escritura pública a favor de la ahora demandante, que hubo de iniciar un pleito con ese fin, de modo que cuando se otorgó la escritura ya se había celebrado la venta a favor de los ahora demandados y, en fin, que la primera compradora, una sociedad, ejercita contra aquellos, una pareja que ha instalado su residencia en el inmueble, no solo una acción declarativa, sino también una acción reivindicatoria dirigida precisamente a que se le entregue la posesión.

3.ª) El conflicto de quién adquiere la propiedad cuando el mismo vendedor con inicial poder de disposición vende el inmueble a varios compradores es abordado en los párrafos segundo y tercero del art. 1473 CC , cuya aplicación invoca la sociedad demandante ahora recurrente.

Este precepto debe interpretarse en el marco de la vigente ley hipotecaria, que presume la exactitud de la titularidad dominical inscrita, pero admite la prueba en contrario. En consecuencia, el comprador no inscrito que hubiera adquirido la propiedad por tradición (art. 609 CC) puede ejercitar la acción declarativa o la reivindicatoria contra quien hubiera inscrito su escritura de compraventa otorgada por el mismo vendedor, solicitando al mismo tiempo la nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente (art. 38 LH). Este adquirente solo mantendrá la condición de dueño que resulta de su inscripción si reúne la buena fe que exige el art. 34 LH , mientras que si le falta la buena fe se mantiene en la propiedad el poseedor que hubiera adquirido antes la finca por tradición. De la misma manera, en estas circunstancias, el comprador no inscrito que posee también puede ejercer una acción declarativa frente al comprador que ha inscrito su escritura pública de compraventa.

4.ª) En el presente caso, la sociedad demandante pretende que se reconozca su propiedad porque su título de compra es anterior y porque entiende que los demandados no están de buena fe. Prescinde, sin embargo, de que ella no adquirió la posesión, no hubo tradición, por lo que falta el primer presupuesto exigible para que se reconozca su derecho de propiedad. Como ha quedado dicho, partiendo de que cuando compró en documento privado no hubo entrega de la finca a favor de la demandante, esta no llegó a adquirir la propiedad y, cuando se elevó a público su documento privado de compraventa, los demandados no solo habían celebrado su contrato de compraventa en escritura pública e inscrito en el Registro de la Propiedad, sino que además habían adquirido la posesión del inmueble por tradición. Ante esta realidad no puede prevalecer la posición de la demandante frente a los demandados. La sociedad demandante basa su preferencia en la mala fe de los demandados que, según dice, la sentencia recurrida declara como un hecho probado. Este argumento no puede aceptarse.

5.ª) Con independencia de la escasa fortuna de la frase de la sentencia recurrida en que se apoya la demandante ahora recurrente, lo cierto es que la sentencia no afirma la mala fe de los demandados y, por lo demás, esa sería una valoración jurídica que no se sustenta a partir de los hechos probados.

No pueden perjudicar a los demandados las inexactitudes de la sentencia hechas de pasada sin alterar los hechos probados declarados en la sentencia de primera instancia. Es evidente que el registrador, contra lo que



afirma la sentencia recurrida, no intervino en el otorgamiento de las escrituras de venta y préstamo hipotecario; el notario que las otorgó, más allá de la información genérica de prevalencia del Registro no pudo informar de algo que él mismo no podía conocer puesto que no aparecía en la nota remitida electrónicamente; finalmente, es en la nota simple proporcionada después de la inscripción de la hipoteca a favor de la entidad financiera codemandada donde aparece la referencia a la nota marginal del litigio entre la demandante y la vendedora, pero no en la nota simple emitida en día que se firmaron las escrituras.

La misma sentencia recurrida, antes y después de esa frase, expresamente declara la buena fe de los demandados y, para rebatir los argumentos de la demandante-apelante sobre la eficacia de la nota marginal, argumenta de manera razonable acerca de la falta de idoneidad del asiento practicado para enervar la buena fe exigida por el art. 34 LH, por no ser una anotación preventiva de demanda, que sí produce efectos en relación con la fe pública registral, sino una nota marginal que informaba genéricamente sobre un litigio entre la titular registral y la demandante, pero sin especificar el tipo de litigio, sin concretar si se trataba de una acción personal o real.

6.ª) En atención a todas las circunstancias, esta sala considera que cuando celebraron su contrato, otorgaron las escrituras e inscribieron en el Registro de la Propiedad, los demandados ni conocían ni pudieron conocer que la sociedad demandante hubiera celebrado un contrato privado de compraventa de la misma finca ni que tuviera un conflicto con la vendedora que acabó desembocando en un proceso que finalmente dió lugar a la condena de esta última a otorgar escritura pública.

7.ª) Pero, por lo dicho anteriormente, la razón decisiva para rechazar el recurso de casación de la demandante es que no llegó a adquirir la posesión del inmueble litigioso, sin que el otorgamiento de la escritura posterior como *ficta traditio* le permita prevalecer frente a la propiedad adquirida por los demandados que se habían convertido en propietarios, no solo por adquirir por escritura pública seguida de inscripción, sino por tradición.

CUARTO.- Costas y depósitos

1.- Desestimados los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, se imponen a la parte recurrente las costas generadas por ambos recursos.

2.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos, de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto Koromandel S.L. contra la sentencia dictada con fecha 28 de octubre de 2015 por la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección Cuarta), en el rollo de apelación n.º 97/2015, dimanante del procedimiento ordinario n.º 598/2013 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de Torrelavega.

2.º- Imponer las costas de ambos recursos a la parte recurrente con pérdida del depósito constituido para recurrir.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.