



Roj: **SAP H 543/2008 - ECLI: ES:APH:2008:543**

Id Cendoj: **21041370022008100105**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Huelva**

Sección: **2**

Fecha: **16/05/2008**

Nº de Recurso: **94/2008**

Nº de Resolución: **94/2008**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANDRES BODEGA DE VAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA Nº 94

AUDIENCIA PROVINCIAL HUELVA

Sección Segunda

PRESIDENTE:

D. FRANCISCO MARTÍN MAZUELOS

MAGISTRADOS:

D. FLORENTINO G. RUIZ YAMUZA

D. ANDRÉS BODEGA DE VAL

REFERENCIA:

ROLLO DE APELACIÓN Nº **94/200894/2008**

JUZGADO DE PROCEDENCIA: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1 DE HUELVA

JUICIO Nº 1156/2006

En la Ciudad de Huelva, a dieciséis de mayo de dos mil ocho.

Visto, por la Audiencia provincial de Huelva Sección 2ª la apelación de juicio ordinario sobre acción declarativa de dominio procedente del Juzgado de Primera Instancia referenciado, donde se ha tramitado a instancia de Alonso que en el recurso es parte apelante, contra TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, BANCO SANTANDER S.A. y Hugo y Jose Luis , que en el recurso son parte apelada.

I.-ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia el día 31 de enero de 2008, en el juicio antes dicho, cuya parte dispositiva es como sigue:" Que en la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales don Juan Manuel Gómez García en nombre y representación de DON Alonso , contra DON Hugo Y DON Jose Luis , Y BANCO SANTANDER CENTRAL HISPANO S.A.

1º Desestimo íntegramente la demanda absolviendo a los demandados de los pedimentos formulados en su contra.

2º Con expresa imposición a la actora de las costas causadas en el presente juicio."

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación y admitido a trámite, el Juzgado realizó los preceptivos traslados y una vez transcurrido el plazo elevó los autos a esta sección de la Audiencia, donde se formó rollo y turnó la ponencia, haciéndose cargo de la misma finalmente el Ilmo. Sr. D. ANDRÉS BODEGA DE VAL, por discrepar del parecer mayoritario el ponente original, Ilmo. Sr. FLORENTINO- GREGORIO RUIZ YAMUZA., quien formula voto particular.



TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

II.-FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.-Sentencia de primera instancia y motivos de recurso

La sentencia de primera instancia desestima íntegramente la demanda interpuesta por D. Alonso al considerar, en esencia, que la transmisión del bien inmueble objeto de este litigio por parte de los señores Jose Luis Hugo se realizó antes de que éstos cumplieran los 25 años de edad, incumpliendo así la condición interpuesta en el legado y siendo por tanto tal acto de disposición nulo. De lo que se sigue que, derivando el derecho del actor de la mencionada transmisión, éste no adquirió el bien inmueble objeto de la controversia.

Frente a tal decisión apela el Sr. Alonso alegando que, en todo caso el contrato por el que se trasmite la propiedad quedó convalidado, conforme a los arts.1309 , 1311y demás concordantes del Código Civil ; igualmente invoca la aplicación para este supuesto del art. 799 del Código Civil y no del art. 759.

Por el Banco de Santander se presentó escrito de oposición al recurso fuera de plazo.

SEGUNDO.- Hechos probados

Considera la Sala que conviene a una mayor claridad expositiva la enumeración de aquellos hechos que se consideran expresamente probados.

1/ El 23.12.1988, D. Alonso adquiere de D. Jose Luis y D. Hugo , mediante escritura pública, la finca urbana sita en Huelva, en calle DIRECCION000 , núm. NUM000 (hoy NUM001), finca inscrita bajo el núm. NUM002 en el Registro de la Propiedad numero 2 de Huelva.

2/ Los Sres. Jose Luis Hugo habían adquirido la mencionada finca, por mitades indivisas como legado de su abuela, con la condición de que no pudieran enajenarlo hasta haber alcanzado ambos la edad de 25 años, edad que ninguno de los dos tenía en 1988. Jose Luis nació el 13.05.1964 y Hugo el 27.04.1966, por lo tanto cumplirían 25 el 13.05.1989 y el 27.04.1991, respectivamente.

3/ El repetido inmueble estuvo afectado por un expediente de expropiación, sin que conste de lo actuado que la misma se llevara a efecto.

4/ El 18.09.1996 el Banco de Santander se adjudicó la mitad indivisa de la finca en el expediente de juicio ejecutivo 599/91 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Huelva contra D. Jose Luis . La otra mitad se la adjudicó la misma entidad el 05.07.1999 en el juicio ejecutivo 599/01 seguido contra D. Hugo .

Del mismo modo la finca se encuentra gravada desde mayo de 1990 por un embargo trabado a instancia de la Tesorería General de la Seguridad Social, en procedimiento de apremio 749/1988 y desde marzo de1992 por otro embargo trabado en autos de juicio ejecutivo 43/02 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huelva, a favor del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla (declarada rebelde en este expediente), por deudas contraídas por D. Hugo .

5/ La posesión del actor sobre la finca ha sido pública y pacífica hasta el inicio del expediente expropiatorio referido más arriba.

TERCERO.- Del contrato de compraventa y la prohibición de disponer infrigida.

A) El debate objeto del presente contencioso se centra en la posible nulidad de la compraventa en la que D. Alonso adquirió la finca objeto del pleito a D. Jose Luis y D. Hugo , que es el Título que invoca para pretender ser dueño en detrimento de la demandada que adquirió su derecho en pública subasta. La sentencia de instancia argumenta sobre la eficacia de la disposición testamentaria de la que deriva el dominio de los causantes de los derechos del actor, y concluye denegando eficacia a su compraventa. Este Tribunal está conforme con el resultado del pleito, pero no así con los argumentos en que se apoya, al menos no del todo como ahora explicaremos .

B) Una interpretación lógica de la cláusula testamentaria pone de manifiesto que el legado en favor de los embargados no es condicional, sino que se les transmitió el dominio desde luego y definitivamente(sin hacerlo depender en su nacimiento o en su resolución de un hecho futuro e incierto, ya positivo ya negativo, ajeno al propio contenido del derecho), incluyendo simplemente una prohibición de disponer durante cierto plazo. Cuando el legado es condicional suspensivo, el legatario no se hace dueño de lo legado sino cuando la condición llega a darse (y puede no darse); y si es resolutivo pierde retroactivamente su eficacia en caso de darse la condición. Pero en el establecimiento de la prohibición de disponer se limita (temporalmente por mandato del artículo 785.2º del Código Civil , que es el rector de esta materia, junto al artículo 26.3 de la Ley hipotecaria) la facultad dispositiva que está implícita en el derecho transmitido. El empleo del vocablo



condición no influye en la naturaleza de la institución y las dudas en su calificación reafirman que nos hayamos ante una disposición pura, no condicionada. Y es que cuando de la condición pende la definitiva eficacia de la atribución patrimonial gratuita es porque el hecho futuro e incierto es de tal importancia para el transmitente (el testador en nuestro caso) que puede dar lugar a que el favorecido pierda o no llegue a ganar el objeto legado; mientras que en la prohibición de disponer la esencia de lo querido es que el bien permanezca en el patrimonio de los favorecidos por el legado, reteniéndolo durante cierto tiempo en su patrimonio. Por eso las consecuencias de la venta aquí examinada son absolutamente diversas según la naturaleza de la cláusula testatoria: si se tilda de incumplimiento de condición el objeto legado habría de restituirse a la masa hereditaria (y si no indemnizar a dicha masa en su valor, si ha pasado a ser irreivindicable); mientras que si es infracción de la prohibición de disponer impuesta por el testador, se entiende que quien quiso transmitir el bien carecía de derecho para hacerlo (caso análogo a quien pretende enajenar sin ser dueño) y que el negocio intentado es plenamente ineficaz y ha de dejarse sin efecto, con restitución de las contraprestaciones y vuelta del bien legado la patrimonio de sus vendedores (no a la masa de la herencia) del que, en puridad, nunca ha llegado a salir. Sólo así se consigue dar verdadera eficacia al testamento. Además, como otra diferencia esencial, el fallecimiento de los legatarios antes de llegar su plena disponibilidad transmite el bien, que es de su pertenencia desde le día de su aceptación del legado (y sin sujeción a condición ni plazo en esa adquisición), a sus propios herederos; al contrario de lo que ocurre de fallecer sin cumplirse la condición suspensiva o tras cumplirse la resolutoria, en que nada transmiten. Nada hay en el testamento que invite a pensar que la testadora sólo quiso favorecer a los legatarios si llegaban vivos a cierta edad. Añadamos que el artículo 800 del Código Civil , al señalar como efecto del incumplimiento de la condición de no hacer la devolución de lo recibido (se entiende de lo recibido por sucesión) pone de manifiesto que ese hecho futuro e incierto negativo no puede ser el propio acto dispositivo prohibido sobre el objeto heredado o adquirido por legado, ya que no cabría su devolución sino previa reclamación al tercero que lo hubiera recibido como efectos de ese acto dispositivo que, además, podría quedar amparado por ser adquirente oneroso de buena fe.

C) La prohibición además, no es de efectos meramente personales sino que, por respetar los límites temporales del artículo 785 CC y por constituirse en documento público y hallarse inscrita en el Registro de la Propiedad, tiene trascendencia real, y afecta a terceros. No es tampoco un caso de incapacidad en los vendedores, pues tienen capacidad de obrar pero no poder de disposición del bien. Y esa falta de poder dispositivo no se sana por el transcurso del tiempo (a salvo el instituto de la usucapión). En ese sentido, resultaría que las consecuencias de enajenar sin respeto a la prohibición de disponer no encajan en caso de anulabilidad relativa o rescisión, sino en total ineficacia por carecer el transmitente de facultad dispositiva sobre el derecho transmitido, equivalente la nulidad radical, apreciable de oficio y no sometida a término de prescripción extintiva ni de posible convalidación.

El alegato de la apelante se centra, aunque remitiéndose a normas de disposiciones testamentarias condicionadas, a la posible convalidación del negocio de venta por transcurso del tiempo, ya que el embargo trabado y del que deriva la adjudicación en subasta que da derecho a la entidad demandada, fueron posteriores a llegar el plazo señalado como límite de la prohibición de disponer. Pero ya hemos dicho que ni hay caso de caducidad de acciones de nulidad relativa, ni el hecho de que los vendedores afectados por la prohibición nada reclamen una vez llegado el plazo fijado da a entender que confirma tácitamente una voluntad de enajenar que podrían ya entonces haber ejecutado con plena disponibilidad de derechos, porque, de hacerlo así, las prohibiciones de este tipo serían siempre meramente ilusorias y podrían quedar en nada a pura voluntad de los afectados por ella, anticipando la venta y dándola por buena una vez llegado el plazo. Además, la escritura de venta en que se apoya el actor hubiera precisado de un acto de venta nuevo en escritura de fecha posterior a la finalización de la vigencia de la prohibición de disponer para acceder al Registro; nunca una de fecha inmersa en ese plazo prohibitivo hubiera sido inscrita aunque se presentara a ello pasado ese tiempo; lo que significa, en definitiva, que una eventual convalidación tácita, de admitirse, no podría afectar a terceros.

D) Procesalmente, el actor que hoy apela ejercita acción declarativa de dominio frente a un adquirente del bien en subasta que se hizo dueño de quien aparecía como tal en el Registro de la Propiedad y a su vez inscribió su derecho: la nulidad de su adquisición habría de fundarse (de aceptar la postura de la parte demandante) en un título hábil y definitivo de dominio previo al embargo y subasta, y no en un endeble y sólo tácitamente convalidado (como hemos dicho en todo caso sin eficacia frente a terceros) que no accedió al Registro porque la inscripción se hubiera denegado al traer causa de unos titulares que en ese Registro no aparecían aún con facultades para transmitirlo al no haber alcanzado la edad suficiente. Al final la comparación de títulos adquisitivos hace ver que el de la entidad que es dueña y demandada es de superior valor al que pretende hacer valer el demandante, de eficacia meramente personal como mucho. Es de plena aplicación la Sentencia de Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2007 , que fija la doctrina jurisprudencial en el supuesto de adquisición en procedimiento de apremio de una finca embargada de la que con anterioridad al embargo hubiera dispuesto el titular registral: no impide la adquisición de aquella a consecuencia del



procedimiento de apremio si no consta en el Registro esa otra transmisión aunque el adquirente no inscrito ya hubiera entrado en posesión material de la finca. Resuelve el conflicto protegiendo al adquirente que confía en la titularidad registral conforme al artículo 34 de la Ley Hipotecaria .

CUARTO.- Costas. Por aplicación de lo dispuesto en los art. 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no procede efectuar especial pronunciamiento respecto de las causadas ni en primera instancia ni en la alzada, habida cuenta de la complejidad jurídica que planteaba el contencioso.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación.

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación de Alonso , contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 1 DE HUELVA de fecha de 31 de enero de 2008 , y debemos CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS dicha resolución, excepto en lo relativo a costas procesales, que no se imponen a la actora en ninguna de las dos instancias.

Así por nuestra Sentencia, juzgando definitivamente en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Conforme a lo dispuesto en los arts. 206.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , habiendo declinado la redacción de la sentencia cuya ponencia le correspondió por turno de reparto al disentir del parecer mayoritario de la Sala, el Ilmo. Sr. D. FLORENTINO G. RUIZ YAMUZA formula el siguiente

VOTO PARTICULAR

1/ Alcance de la discrepancia. Muestro mi expresa conformidad y asumo, por remisión, el contenido íntegro de los fundamentos de derecho primero, segundo y cuarto de la sentencia. No estando de acuerdo con el resto de las consideraciones que en la misma se contienen, por las razones que a continuación se exponen.

2/ Planteamiento del litigio. Resulta necesario abordar el examen del litigio en los términos en que viene planteado desde la primera instancia (sin perjuicio de lo que más abajo se dirá en relación con la aplicación del principio iura novit curia).

La argumentación de ambas partes se centra en la posible nulidad contractual de la compraventa en la que D. Alonso adquirió la finca objeto del pleito a D. Jose Luis y D. Hugo .

La sentencia de instancia acoge de forma implícita la tesis de la codemandada Banco de Santander, que luego asumiera la Tesorería General de la Seguridad Social, de que el contrato de compraventa es nulo, con nulidad absoluta, apreciación ésta que no se justifica ni en la que se profundiza y que considero que debe ser objeto de un análisis pausado, puesto que de la determinación de la especie de nulidad (absoluta o nulidad propiamente dicha o relativa, también denominada anulabilidad) depende la resolución del contencioso.

3/ Nulidad contractual. Mientras que la nulidad radical y absoluta por falta de cualquiera de los requisitos que preceptivamente establece el artículo 1.261 del Código Civil , resulta insubsanable e imprescriptible la acción para pedirla (Cfr. SS.T.S. 06.06.1986 , 23.07.1993 ó 03.03.1995 , entre otras muchas) la nulidad relativa o anulabilidad del contrato instada al amparo de los arts. 1300 y 1301 del Código Civil , tiene un plazo de ejercicio de cuatro años, encontrándonos que tal acción habría caducado por el transcurso de dicho plazo desde la consumación de la venta.

Del mismo modo, pudiendo hacerse valer la nulidad absoluta o de pleno derecho tanto por vía de acción como de excepción, art. 408.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la nulidad relativa o anulabilidad sólo puede ser ejercitada accionando, ya sea en vía principal o reconvenzional (Cfr. SS.T.S. de 19.12.1951 , 06.06.1986 , 05.03.1987 06.10.1988 y 16.10.1999 , entre otras muchas)

De lo anterior se sigue que si se califica el incumplimiento de la prohibición de enajenar como nulidad absoluta, las posiciones de la demandada, Banco de Santander, podrían ser tomadas en consideración; mientras que si se califica la nulidad como relativa o anulabilidad habría caducado la acción para pedirla, amén de que no se ha formulado reconvección.

Es mi parecer que el contrato de compraventa suscrito por el actor y los hermanos Toscano Hermosín no puede calificarse como radicalmente nulo, al apreciarse que en el negocio jurídico estaban presentes los tres elementos esenciales y básicos para la validez de los contratos previstos en el art. 1261 del Código Civil .



Desde la óptica de la nulidad sólo podría abordarse el problema si equiparásemos la prohibición de enajenar hasta alcanzar una determinada edad con una inexistencia de la cosa, pero ello supondría una interpretación hiperextensiva del art. 1271 del Código Civil, que no comparto. Incluso enfocando la conducta de los hermanos vendedores como una falta de capacidad (sin perjuicio de lo que más adelante se expondrá sobre las reglas particulares de la institución condicional de heredero o legatario) estaríamos ante un supuesto de anulabilidad.

Curiosamente las contestaciones a la demanda por el Banco de Santander y la Tesorería General de la Seguridad Social, no especifican la causa de nulidad limitándose a su alegación genérica e inconcreta.

Bastando lo anterior para estimar la demanda, rechazando los motivos de oposición esgrimidos; es preciso definir con algo más de detalle la naturaleza jurídica de la imposición con la que la causante configuró el legado que hacía a sus nietos.

4/ Arts. 759 y 799 del Código Civil. Tanto la sentencia impugnada como los alegatos de las partes dedican parte de sus reflexiones al estudio de los arts. 759 y 799 del Código Civil. Quizás analizar en el contencioso la tan estudiada antinomia entre los arts. 759 y 799 del Código Civil, no resulte esencial aunque pueda ser ilustrativo para la comprensión del problema, en cuanto a los efectos del incumplimiento de la condición. El primero de tales preceptos indica que si el heredero o legatario muere antes de que la condición se cumpla no transmite derecho alguno a sus herederos; mientras que el art. 799 establece que la condición suspensiva no impide al heredero o legatario adquirir sus derechos y transmitirlos a sus herederos aun antes de que la condición se cumpla. La conclusión que la Jurisprudencia ha obtenido es que el art. 759 se refiere a condiciones del tipo *incertus an et quando*, en los que la falta de seguridad acerca de la ocurrencia del evento del que depende la sucesión no permite anticipar el momento de adquisición ni la posibilidad de transmisión; mientras que en las condiciones tipo *certus an, incertus quando* a las que se refiere el art. 799 la ocurrencia segura del evento del que se hace depender la efectividad de la sucesión permite anticipar el momento de adquisición y la transmisibilidad a los herederos. Suelen citarse como ejemplo de institución de heredero sujeta a condición de la segunda especie de las antes citada las que hacen depender la adquisición de bienes y derechos por vía hereditaria del hecho de que el heredero o legatario alcance una determinada edad.

Los preceptos del Código Civil citados pueden servirnos como referente, pero no podemos perder de vista que están dedicados a la condición suspensiva que es aquella de cuya ocurrencia se hace depender una consecuencia jurídica, mientras que en el supuesto que nos ocupa estamos ante una condición resolutoria, que en su caso dejaría sin efecto la adquisición *ex testamento* ya verificada.

5/ Posibilidades de interpretación. Pueden existir otras posibilidades de interpretación, como identificar el legado objeto de este juicio como un legado modal o con carga impuesta a los legatarios más que como un legado sujeto a condición. Pero tal hipótesis podría pugnar con el art. 797 del Código Civil que reserva el carácter de condiciones aquellas disposiciones que así expresamente lo determinen o de las que aparezca ser tal la voluntad del testador, quedando como categoría residual la de carga. Y es que, efectivamente, en el supuesto que analizamos se emplea incluso el vocablo condición y tal parece ser la virtualidad que la testadora confirió a la configuración de su voluntad en este punto.

6/ Dificultad de configurar la disposición testamentaria como prohibición de disponer. Varios son los obstáculos que en este punto se interponen a la calificación de lo dispuesto por la testadora en tal sentido.

6.1/ De las prohibiciones de disponer. Con la prohibición de disponer desligada del contexto de la sustitución fideicomisaria (en la que la facultad dispositiva del derecho, que generalmente va implícita en él, se sustrae a su titular sin atribuirle a persona alguna) se puede procurar alguna de estas finalidades. Bien establecer una cautela en relación con la desconfianza respecto a la aptitud del sujeto afectado para el recto gobierno de sus intereses, bien amparar la posición de determinados terceros que, sin embargo, no se considera de entidad suficiente para determinar la atribución, de un verdadero derecho subjetivo. En general se persigue la protección de los intereses del propio gravado, de los parientes o deudos que con él conviven, los de sus sucesores e incluso los de la familia del mismo que los impone, pero sin que esta motivación alcance un valor decisivo en nuestro Derecho. El sistema del Código Civil, diseña al respecto una fórmula de armonía entre principios fundamentales de la ciencia económica, que habían desechado por peligrosa al bien público la inalienabilidad de los bienes y el respeto merecido a la voluntad del testador.

En cuanto a su naturaleza jurídica y efectos, existen diferentes apreciaciones ya que en ocasiones han sido estimadas como las de verdaderas condiciones revocatorias, en otras como de anulación del acto realizado contra ellas, a veces se han separado los efectos reales de las mismas obligaciones. Otros autores sostienen que no son verdaderos derechos reales cuya inscripción perjudique a los terceros adquirentes, sino restricciones impuestas por personas capacitadas para ello, que limitan las facultades de un titular sin atribución del correlativo derecho a otras personas.



La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado 1/05, de 13 de octubre, refleja la distinción que técnicamente existe entre prohibición de disponer y sustitución fideicomisaria, con estas palabras "... Es cierto que toda sustitución fideicomisaria implica una prohibición de enajenar pero no es cierto que toda prohibición de enajenar implique una sustitución fideicomisaria. La prohibición no implica un llamamiento sucesivo y de ahí que no pueda ser asimilada a las sustituciones fideicomisarias (confróntese el contenido de los dos primeros números del artículo 785 del Código Civil o el distinto régimen que, en sede de donaciones, otorga el legislador a la donación con reserva de disponer y a la donación con sustitución fideicomisaria en los artículos 639 y 640 del propio código). Y es que hay todo un catálogo de prohibiciones de disponer que no llevan aparejado un llamamiento sucesivo sin que ello implique que no exista un beneficiario o un interés protegido (que puede ser determinado o determinable, sin que este último carácter suponga inexistencia). En definitiva, las prohibiciones de disponer no son derechos reales sino restricciones impuestas a un titular sin atribución de un correlativo derecho a otras personas. La legislación hipotecaria refleja estas diferencias al regular de forma distinta la inscripción de la sustitución fideicomisaria y la de la prohibición de disponer (vide artículos 13 y 26 de la Ley Hipotecaria y artículo 7 en relación al 82 y 145 de su Reglamento)..."

6.2/ Interpretación del testamento. El marco legal de referencia lo constituye el 675 del Código Civil, siendo también de aplicación las normas de interpretación de los contratos (artículos 1.281 y ss. del Código Civil), como complementarias o auxiliares del precepto específico.

El art. 675 establece que "... toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento." Y el art. 1281 prevé que "...si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas."

Por lo tanto, la clave literal es la fase primordial para conocer e interpretar la voluntad del causante, aunque no sea la única. Así, la S.T.S. de 29.12.1997 , citando la de 31.12.1992 recuerda que el proceso interpretativo ha de hacerse con un criterio subjetivista, aspirando siempre a descubrir la voluntad del testador, pues aunque la primera regla del precepto legal sea la literalidad, debe acudir, con el fin de aclarar esa voluntad, al conjunto del documento testamentario, tratando de armonizar en lo posible las distintas cláusulas del mismo, empleando unitariamente las reglas de hermenéutica, e incluso haciendo uso, con las debidas precauciones, de los llamados medios extrínsecos, o circunstancias exteriores y finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta. El testamento constituye una unidad, donde está dada la voluntad del causante en sus distintas disposiciones, siendo necesario interpretarlas integrándolas armónicamente, en el sentido de evitar las posibles contradicciones que puedan presentarse, producto de la separada utilización de una sola vía interpretativa (SS.T.S. 04.01.1981 ; 09.06.1987 ; 30.11.1990 ; 18.07.1991 , 06.04.1992 ó 26.04.1997 entre otras).

En el supuesto que ahora estudiamos, el elemento literal de interpretación no sólo es el primer instrumento de acercamiento a la voluntad del testador, sino que es el único puesto que no disponemos siquiera del texto testamentario íntegro, ni de otra noticia del proceder de la testadora, de los actos anteriores, posteriores o coetáneos a la época en la abuela de los Sres. Jose Luis Hugo redactó el testamento. Pero, por fortuna, tampoco podemos pretender que la dicción del testamento o de la parte que en este pleito se ha transcrito cree oscuridad, ambigüedad, contenga contradicciones o errores, que hicieran necesario acudir a otros elementos de indagación acerca de la auténtica voluntad gestatoria.

No disponemos en autos del testamento íntegro, ni siquiera de un extracto más o menos amplió, sólo existe constancia escrita de la referencia inserta en la inscripción cuarta de la finca, extensa relativa a herencia y la décimo cuarta de inscripción a nombre de los hermanos Jose Luis Hugo como legado en las que se hace referencia a que adquieren el dominio pleno sobre la finca con la condición de que no puedan enajenarlo hasta que ambos cumplan los 25 años de edad.

De todo lo anterior se sigue que existiendo una referencia literal clara, no contradicha por otros elementos de interpretación, no habiéndose asentado registralmente tampoco como prohibición de disponer (arts. 26. 3ª de la Ley Hipotecaria y 145 del Reglamento Hipotecario) y lo que es más importante, no sosteniéndose por ninguna de las partes en litigio ni haber sido contemplado en ningún momento por la Juez a quo la hipótesis de que pudiéramos estar en presencia de una prohibición de disponer en vez de en presencia de una condición, es preciso estar al tenor literal de la disposición testamentaria y concluir que la denominada por la testadora condición es tal y no una prohibición de disponer.

La S.T.S. de 21.01.03 , con cita de la sentencia de la misma Sala de 09.05.1990 , razona, acudiendo en primer término al art. 675 del Código Civil , que "...la voluntad de la testadora apenas deja lugar alguno a la duda, desde el momento en que, ante Notario y por tanto sin poder desconocerse la función de éste en relación



con la expresión de la voluntad de la testadora, se omite por completo la palabra condición...". En aquella ocasión la Sala Primera rechazó apreciar la condición a favor de la carga; pues bien en el caso que ahora estudiamos, a sensu contrario, otorgado el testamento ante Notario también y empleándose expresamente el vocablo condición, la interpretación más llana ha de inclinarse a favor de esta institución.

6.3/ Carácter restrictivo en la consideración de las prohibiciones de disponer. Resulta constante la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo al respecto. Así la S.T.S. de 14.10.1996 enseña que las limitaciones como las prohibiciones de disponer no se presumen, es necesario acreditar su efectiva concurrencia y, de ser así, han de ser objeto de interpretación restringida. La S.T.S. de 11.12.01 , reitera el criterio de interpretación restrictiva, aun admitiendo la posibilidad de prohibiciones de disponer dentro de los límites temporales del art. 785.2 del Código Civil , incluso sin necesidad de constancia de la razón o motivo por el que se establece la prohibición ya que el Código Civil, que no siguió en este punto el derecho histórico. En el mismo sentido, la S.T.S. de 26.07.1993 , diferenciando el origen de las prohibiciones según se establezcan en negocios jurídicos gratuitos u onerosos y su valoración conforme a la regla rebus sic stantibus en este último supuesto. Por último, la S.T.S. de 13.12.1991 recuerda que " al margen de las limitaciones que la Ley imponga, respecto de las cuales ha de estarse a lo que cada una de las normas limitativas del ius disponendi establezcan; proyectando la atención sobre las impuestas por la voluntad del particular o particulares, es de señalar, que el más generalizado criterio doctrinal y dentro de sus escasas manifestaciones también del jurisprudencial, nos indican, que siendo la prohibición de disponer un límite a una de las más normales y generalizadas facultades del dominus, la del ius disponendi, su interpretación ha de realizarse con criterio restrictivo y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por quien establece tal limitación, finalidad que puede ser de carácter social, familiar, etc..."

7/ Efectos prácticos que acarrearía la conceptualización de la disposición testamentaria como prohibición de disponer. Descartada la existencia de una razón definitiva para inclinar el análisis de la condición como prohibición de disponer, hay que incidir además en la falta de trascendencia que en el orden práctico ello tendría, viniendo a ser el resultado similar al que en minoría se propone, desde luego nunca una declaración de nulidad de la venta que realizaran los hermanos Jose Luis Hugo .

7.1/ Para ello necesitamos partir de las consecuencias que la infracción de una genuina prohibición de disponer, inscrita en el ámbito de la sustitución fideicomisaria, produciría.

Tradicionalmente se ha concebido la obligación del fiduciario de conservar los bienes heredados, para, en el momento de la sustitución, entregarlos al fideicomisario, como un límite casi absoluto a su capacidad de disposición; sin embargo últimamente, sobre todo desde la S.T.S. de 28.02.1996 , han surgido dudas en la comprensión de la intensidad de tales límites. De una lectura de los arts. 781 , 783 y concordantes del Código Civil , pareciera deducirse una prohibición de enajenar los bienes hereditarios, impuesta al fiduciario, con la finalidad de entregar aquéllos al fideicomisario. En la S.T.S. de 17.04.1964 , exponente de la tesis tradicional, puede leerse que " ...la sustitución fideicomisaria supone por esencia una masa de bienes con prohibición de enajenar hasta determinado límite, con la específica obligación de conservarlos para transmitirlos, en todo o en parte, a un tercero..."

Pero, más modernamente la doctrina y Jurisprudencia se cuestionan si la obligación de conservar equivale necesariamente a una prohibición de enajenar. Del tenor literal de los preceptos que acabamos de mencionar no se infiere una prohibición radical de enajenar, sino una obligación de conservar y transmitir al segundo llamado, lo que permite aventurar que el fiduciario puede enajenar el derecho que él tiene sobre aquellos bienes, esto es un derecho de propiedad gravado de temporalidad.

La sentencia de 28.02.1996 da un giro en la doctrina, admitiendo la posibilidad para el fiduciario de enajenar, no tanto los bienes que ha recibido, cuanto el derecho que tiene, esto es, su propiedad temporal o gravada de temporalidad, lo que se traduce en que enajena con tal gravamen. Por ello, es necesario afirmar que, en cumplimiento de su obligación de conservar los bienes para transmitirlos al fideicomisario, el fiduciario debe hacer constancia clara de la existencia de tal gravamen fiduciario, como condición resolutoria, que operaría de forma automática, del negocio jurídico, por el que se realiza la enajenación. De este modo no se quiebra el derecho del fideicomisario, pues quedaría plenamente amparado por la constancia expresa del gravamen de temporalidad, si se tratase de bienes inmuebles, no habría mayor protección del derecho del fideicomisario, que la inscripción del gravamen en el registro de la Propiedad.

7.2/ El excurso que hacemos en el apartado precedente, acerca de una institución como es la sustitución fideicomisaria que presenta perfiles tangentes con el caso que ahora nos ocupa pero que no es equiparable al mismo, sirve para apuntar que la nulidad del acto dispositivo, incluso que contraviene una prohibición de disponer, debe ser examinada con cautela.



Las SS.T.S. 04.03.1952 y 13.12.91 resuelven la cuestión convalidando el acto traslativo y transformando la obligación de entrega de la cosa originaria en su equivalente económico. La sentencia de 1952, relativa a una indebida enajenación de bienes por parte del fiduciario, resuelve el caso condenando a los herederos de éste a entregar el importe de los bienes indebidamente enajenados al fideicomisario. Por su parte, la sentencia de 13.12.1991, estudiando un caso de específica prohibición de disponer para el mantenimiento de los bienes en el seno familiar, reiterando la doctrina de la S.T.S. de 25.06.1945 consigna que " aun admitiendo... la validez de la expresada limitación del derecho a disponer del indicado pozo-noria, por razón de lo precedentemente indicado y con base en la citada sentencia de esta Sala de 25-6-1945, lo que procedería no es la declaración de invalidez o nulidad del contrato de compraventa de las fincas y sexta parte del citado pozo-noria que correspondieron al demandado don Jesús, sino a lo sumo y conforme a lo indicado en dicha Resolución de 1945, la indemnización de daños y perjuicios si se acreditasen..."

7.3/ No sería razonable pretender que si el incumplimiento de la prohibición de disponer por parte del heredero fiduciario que debe transmitir la propiedad a un tercero también heredero o legatario no genera la nulidad de la enajenación llevada a cabo por el obligado a la ulterior transmisión, como vimos en 6.4.1/, el incumplimiento de una prohibición de enajenar pura, es decir no ligada a una ulterior transmisión, acarree tal consecuencia. Parecería incluso más tutelable la prohibición de disponer ligada a la institución fideicomisaria puesto que goza de una finalidad concreta cual es la de mantener la integridad del patrimonio dentro de la línea sucesoria, que aquella otra prohibición que descansa únicamente en el subjetivo parecer de la testadora y que suprime el poder de disposición de sus nietos durante los siete años siguientes a que éstos alcanzaron la mayoría de edad.

Por lo tanto, estamos en condiciones de sostener que el incumplimiento de una hipotética prohibición de disponer no acarrearía la nulidad absoluta y radical del contrato de compraventa, como pretende el banco de Santander y el voto mayoritario de la Sala. En cualquier caso comportaría, al igual que se razona más abajo respecto del incumplimiento de la condición, la anulabilidad de dicho contrato, existiendo reparos insalvables de orden procesal apuntados en el apartado 3 de este voto particular para examinar el problema desde tal punto de vista.

En este sentido alguna resolución como la S.A.P. Madrid Secc.11ª de 01.03.04, llega a anudar la eficacia de la prohibición de disponer con su dimensión teleológica y al causa de su instauración; pudiendo leerse en tal sentencia: "...El fundamento de la prohibición de disponer radica, en su propia esencia, en cuanto condiciona la admisibilidad dispositiva. A pesar de que en principio la facultad de disponer de los derechos subjetivos es algo consustancial en la mayoría de ellos, en ciertas ocasiones puede estar justificado que se prohíba al titular del derecho subjetivo su disposición. Por consiguiente parece lógico que el valor jurídico de la prohibición de disponer se halle supeditado a una causa motivadora, justa y no caprichosa, en la que ella se apoye o funde. Cuando la prohibición de disponer sea establecida por la Ley será eficaz per se, por entender que el legislador se mueve por consideraciones fundadas; cabe lo mismo entender de las prohibiciones de disponer decretadas por resolución judicial o administrativa dentro de los presupuestos legales; en las prohibiciones de disponer voluntarias aparte de otras consideraciones y del requisito de su temporalidad, es cuando la existencia de una razón fundada que justifique la prohibición de disponer es indispensable apreciarla para reconocer a la prohibición eficacia jurídica..."

8/ Aplicabilidad del art. 800 del Código Civil. Quizás la figura que mejor recoge esta estipulación del testamento sea el art. 800 del Código Civil, es decir la de condición potestativa negativa. Precepto éste acerca del que, curiosamente, no hemos encontrado sentencia del Tribunal Supremo o Audiencia Provincial que lo estudie o aplique. Los legatarios adquirieron el bien desde el primer momento ya que es obvio que no se trata de una condición suspensiva sino en todo caso resolutoria, de las que el art. 1114 del Código Civil (precepto inserto en la regulación de las obligaciones condicionales a la que el art. 791 del mismo Código reenvía para integrar la normativa de las condiciones impuestas a herederos y legatarios) configura como aquella en la que la resolución o pérdida de derechos ya adquiridos, depende del acontecimiento que constituya la condición.

Si partimos de que el referido art. 800 puede ser la clave de comprensión del problema, es preciso indagar en las consecuencias que el incumplimiento de la condición llevaría aparejado. Parece ser que no plantea especial problema identificar la condición impuesta por su abuela a los Sres. Jose Luis Hugo con de la especie definida en este artículo, que se refiere a los supuestos en que la condición impuesta al heredero o legatario fuese negativa o de no hacer o dar.

Lamentablemente el Código Civil no contiene una previsión expresa respecto a los efectos que acarrearía incumplir la condición potestativa negativa resolutoria y hemos de integrar esta ausencia de pronunciamiento legal expreso con la exégesis del art. 800 ya citado. Puede leerse en él que cumplirán los herederos o legatarios con afianzar que no harán o no darán lo prohibido por el testador y que en caso de contravención devolverán lo percibido con sus frutos e intereses.



Del último inciso del precepto, acerca del que ciertamente existe poca literatura en la jurisprudencia nacional, podemos extraer la conclusión de que si el heredero o legatario ha de afianzar su conducta conforme a lo dispuesto por el testador al fijar la condición potestativa resolutoria de no hacer o que, en caso de contravención, devolverá lo percibido con sus frutos e intereses; la consecuencia de incumplir la condición debe ser precisamente la devolución de lo percibido más frutos e intereses.

Esta comprensión del art. 800, de tan reiterada cita a lo largo del pleito, nos lleva a considerar que una vez incumplida la condición por los legatarios, que vendieron antes del momento fijado por la testadora como habilitante para poder realizar tal acto, tales legatarios podrían ser, en su caso, demandados por el resto de coherederos para que reintegrasen a la masa hereditaria el bien enajenado, con los frutos e intereses producidos desde la adquisición que se debía resolver. Estaríamos ante un derecho de los coherederos más próximo a la rescisión que a la anulación. Pero, no estando la rescisión expresamente prevista por el art. 800 del Código Civil (norma que por otra parte parece eminentemente diseñada para cubrir los supuestos de un facere diverso a la enajenación del propio bien legado, pero cuya aplicación reiteramos es la más idónea en este caso por ser la que más se aproxima a la realidad estudiada), la tipificación restrictiva de esta institución (arts. 1291.5 , 1293 y 1294 del Código Civil), haría más factible configurar el derecho de los coherederos como la facultad de reclamar en este caso la reintegración a la masa hereditaria del valor de bien enajenado con sus frutos e intereses.

De todo lo anterior se deriva que tras la enajenación de la casa por los hermanos Jose Luis Hugo incumpliendo lo dispuesto por la testadora habría surgido, en todo caso, un derecho para los coherederos a reclamarles la reintegración a la masa hereditaria del valor del bien enajenado. No es este el momento de perfilar las condiciones temporales para el ejercicio de tal acción o la actitud de los coherederos, su conocimiento o aquiescencia acerca de la venta.

Si son los herederos los facultados para accionar tenemos dos opciones finales: o éstos ejercitan su derecho precisamente como consecuencia de una venta perfecta que no resulta anulable, o muestran su aquiescencia respecto del negocio jurídico renunciando al derecho de acrecer contemplado por el art. 800 del Código Civil . Dicho en otras palabras, o bien no están conformes con la venta y en ese caso pueden reclamar el contravalor de la casa a los hermanos vendedores o bien convalidan con su actitud (expresa o tácita) la venta.

Pero no surge para los terceros (Banco de Santander, Monte de Piedad y Tesorería General de la Seguridad Social en este caso) la posibilidad de ejercitar una acción de nulidad de tal venta, sin perjuicio por supuesto de las alternativas que el Derecho le ofrece para la reclamación de sus crédito y en defensa de sus intereses.

9/ Art. 34 de la Ley Hipotecaria . El fundamento de de derecho tercero apartado d) de la sentencia, respecto de cuya redacción y conclusiones se redacta este voto discrepante, plantea la cuestión de la venta de cosa ajena, doble venta y la posición del tercero hipotecario. En mi opinión, la solución al problema acudiendo a este prisma de análisis tampoco es viable, como trataremos de exponer.

9.1/ Statu quo doctrinal. Efectivamente, la S.T.S. de 05.03.07 , fue dictada con propósito unificador de la jurisprudencia sobre el artículo 34 de la Ley Hipotecaria . Conforme a esta nueva doctrina, en palabras de la S.T.S. de 07.09.07 , " no cabe ya sostener que la segunda venta sea nula o inexistente por falta de objeto o de poder de disposición del transmitente, pues lo que dicho precepto purifica o subsana es precisamente esa falta de poder de disposición, y si la finca existe, claro está, además, que la segunda venta de esa finca habrá tenido objeto, la propia finca que se vende.

Como en esa misma sentencia se declara, el artículo 34 de la Ley Hipotecaria ampara las adquisiciones a non domino, y por tanto el artículo 33 de la misma ley podrá impedir la aplicación del artículo 34 si lo nulo es el acto o contrato adquisitivo de quien inscribe, por ejemplo por falta de consentimiento, pero no si el problema consiste en que ha adquirido de quien ya había vendido y entregado anteriormente la finca a otro que no inscribió su adquisición. En definitiva, la nulidad a que se refiere el artículo 33 de la Ley Hipotecaria no tiene que ver con el poder de disposición del transmitente ni desde luego con el más o menos íntegro pago del precio de la primera compraventa, como ya señaló la sentencia de 11 de octubre de 2006, sino con los requisitos propios del título o, en su caso, del procedimiento de apremio que hubiera culminado con la adquisición inscrita.

Además, la sentencia de 20 de marzo del corriente año , que aplica ya expresamente la doctrina de la de 5 de marzo sobre el artículo 34 de la Ley Hipotecaria ,, declara que los autores y la jurisprudencia han admitido la validez de la venta de cosa ajena, "en el sentido de que el vendedor puede adquirirla posteriormente y dejar como definitiva la transmisión, o puede darse la obligación de saneamiento por evicción, o puede dar lugar a la adquisición a non domino" por el juego de los artículos 34 de la Ley Hipotecaria y 464 del Código Civil ..."



En las transmisiones forzosas a través de los procedimientos de ejecución y las consecuentes adquisiciones judiciales y administrativas, a través del proceso de ejecución se pretende conseguir la realización de los bienes previamente embargados, y así lograr un resultado equivalente al cumplimiento voluntario.

A pesar de que el requisito de pertenencia al ejecutado del bien embargado y enajenado forzosamente tiene una gran importancia, nuestro sistema jurídico no proporciona al ejecutor una total seguridad sobre la titularidad del bien a embargar y enajenar pues, como ocurre en el caso que estudiamos, incluso aunque se encuentre inscrito a nombre del ejecutado en el Registro de la Propiedad, la titularidad material puede corresponder a otro. Esta discordancia provoca que, durante el procedimiento de ejecución, el dueño anterior al embargo pueda ejercitar una tercería de dominio que, de ser estimada, originará el alzamiento de la traba; pero la tercería puede no ser ejercitada a tiempo, y el bien es adjudicado a un tercero, como también ocurrió en el supuesto que nos ocupa. El problema reside en poder determinar si el adquirente tiene condición de tercero protegido por el Registro de la Propiedad o, si por el contrario, el embargo de cosa ajena es un acto cuya nulidad contamina el resto de las actuaciones llevadas a cabo en el procedimiento, en particular el acto transmisivo, lo que impediría la aplicación de las normas de protección del tercero hipotecario.

El Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha consolidado la doctrina jurisprudencial sobre el régimen jurídico de las adquisiciones de bienes inmuebles que tienen lugar dentro de un procedimiento de apremio, cuando concurre la circunstancia de que el bien enajenado no pertenecía al ejecutado al tiempo en que tuvo lugar el embargo, Ha establecido el Alto Tribunal:

1/ "Que el art. 34 LH ampara las adquisiciones a non domino precisamente porque salva el defecto de titularidad o de poder de disposición del transmitente que, según el Registro, aparezca con facultades para transmitir la finca, tal y como se ha mantenido muy mayoritariamente por esta Sala"

2/ "Que el mismo artículo no supone necesariamente una transmisión intermedia que se anule o resuelva por causas que no consten en el Registro, ya que la primera parte de su párrafo primero goza de sustantividad propia para amparar a quien de buena fe adquiera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su propio transmitente."

9.2/ Inconvenientes para resolver el pleito en tal sentido.

Es cierto que la comprensión del contencioso en tales coordenadas pudiera ofrecer una solución rectilínea que evitaría otras disquisiciones, pero a mi parecer existen algunos inconvenientes difícilmente salvables para que pudiéramos operar de tal suerte.

9.2.1/ En primer lugar, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior a la sentencia de 05.03.07 dista de ser firme o unánime al respecto. Hasta tal punto que el Pleno de la Sala Primera refiere la necesidad de una sentencia que fije doctrina y evite la confrontación de argumentos doctrinales en la materia por parte del propio Tribunal Supremo. A título de ejemplo que glosa la posición del Tribunal al respecto, podemos citar la S.T.S. de 10.06.03 en la que puede leerse lo siguiente:

"...El Tribunal de Instancia no tuvo en cuenta la compraventa pública anterior llevada a cabo por los recurrentes y sí la inscripción registral practicada posteriormente por el adjudicatario judicial de la finca litigiosa, al reputarlo amparado por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria .

Se trata por tanto de resolver el conflicto surgido y de prevalencia entre la realidad extrarregistral que representa la compraventa pública que tuvo lugar el 21 de diciembre de 1989, de que se tomó posesión y no fue inscrita y la inscripción registral posterior que interesó el demandado-adjudicatario en fecha 6 de julio de 1995 (inscripción cuarta).

A tales efectos ha de seguirse la orientación marcada por la jurisprudencia de esta Sala de Casación Civil y ya la sentencia de 23 de mayo de 1989 , con apoyo en la de 18 de marzo de 1987 , declara que la condición de tercero hipotecario no la origina el acto o negocio jurídico determinante de la adquisición de un derecho al que no es ajeno o extraño el que lo inscribe en el Registro de la Propiedad en base a tal acto o negocio jurídico, pues si el acto adquisitivo del tercero es inexistente o nulo, la fe pública registral no desempeña función sanatoria, ya que únicamente asegura la adquisición del tercero protegido en cuanto la misma se apoye en el contenido jurídico del Registro, que para dicho tercero se reputa exacto y verdadero, pero este principio no consolida el acto adquisitivo en el sentido de convalidar los vicios de invalidez o nulidad de que adolezca.

La sentencia de 17 de octubre de 1989 proclama que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para que resulte aplicable debe ser válido el título adquisitivo del tercero que lo inscribe y aquí sucede que el título que inscribió el demandado deriva del irregular embargo, subasta y adjudicación llevada a cabo en el juicio ejecutivo referido, pues se trata de actuaciones practicadas sobre finca que no era propiedad de la ejecutada, ya que la había enajenado públicamente con anterioridad a los recurrentes, y como dice la sentencia de 23 de febrero de



1995, cuando se demuestra que el bien vendido en subasta no pertenece a quien figura como titular registral, el propietario efectivo y real está autorizado a peticionar judicialmente que se le reconozca su titularidad dominical, a la que accedió en forma legal e incluso en base a documento privado de compra (S.T.S. de 16.11.1992). Faltó por tanto el objeto de la adjudicación (artículo 1261-2º), y por ello se produjo adquisición nula la que llevó a cabo el demandado..."

El artículo 1442 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que los embargos en los juicios ejecutivos se harán sobre los bienes del deudor, es decir respecto a los incluidos en su disponibilidad patrimonial y el tercero extraño al juicio ejecutivo por no resultar obligado al pago de la cantidad reclamada y que resulte titular legítimo de algún bien que ha sido trabado, está autorizado a instar judicialmente la nulidad de las actuaciones del proceso ejecutivo de embargo, subasta y adjudicación, que procede decretar como así lo decidió la sentencia del Juez de Primera Instancia, por ir en contra de la ley. Esta nulidad determina la del título de adquirente que le priva de la protección que otorga el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y habida cuenta, como declara la sentencia de 8 de marzo de 1993 que la presunción «iuris tantum» que dispensa el artículo 38 de la dicha ley, ha resultado desvirtuada por prueba en contrario practicada en estos autos, conforme a lo que se deja dicho, demostrativa de la inexactitud del Registro al proclamar una titularidad dominical no actualizada, ya que no correspondía a quien como tal figuraba en el Registro..., que había vendido la finca litigiosa a los recurrentes.

Por lo expuesto el adjudicatario no reviste condición de tercero hipotecario y la inscripción que llevó a cabo no convalida la adquisición ineficaz de la finca, conforme a la doctrina jurisprudencial que se deja estudiada. La sentencia de 17 de octubre de 1989 viene a puntualizar que cuando el acto adquisitivo del tercero es nulo se aplicará el artículo 33 de la Ley Hipotecaria, afectando la declaración de nulidad al adquirente como parte que es en un acto no válido jurídicamente. El artículo 34 sólo protege a la nulidad del acto adquisitivo anterior, no del propio (Sentencia de 24 de octubre de 1994).

El referido precepto 34 es una excepción del 33, tal como resulta de su propia finalidad, así como de su primitiva formulación en la Ley Hipotecaria de 1861 y de su colocación sistemática en la Ley vigente. Dice la sentencia de 16 de mayo de 1994 que la coherencia entre los referidos preceptos 33 y 34 determina que la nulidad del acto adquisitivo entre el tercer adquirente y el transmitente hace entrar en juego el artículo 33 y esa nulidad al título adquisitivo ocasiona la ineficacia de la tutela específica que otorga el artículo 34..."

Otras SS.T.S. como las de 08.03.1993, 30.12.05 y 25.05.06, cuyos argumentos se dan por reproducidos y pueden ser fácilmente confrontados por las partes, reiteran y abundan en la misma línea exegética.

9.2.2/ Tampoco se puede obviar el cambio que ha supuesto la referencia legislativa en la materia, desde lo dispuesto en el art. 1442 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 que estudiaba la sentencia del Tribunal Supremo transcrita más arriba, a la regulación que contiene el art. 594 de la 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

Antes de la Ley 1/2000 la nulidad del embargo de cosa no perteneciente al ejecutado fue esgrimida por el Tribunal Supremo en múltiples sentencias para declarar la nulidad de actuaciones a instancia del verdadero dueño en casos semejantes al supuesto de hecho de la sentencia objeto de este comentario. En cambio, el art. 594 de Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 dispone en su primer apartado que " el embargo trabado sobre bienes que no pertenezcan al ejecutado será, no obstante, eficaz ". De conformidad con este precepto, el embargo de bienes no pertenecientes al deudor (pero que se traban porque existe una falsa apariencia de que sí le pertenecen), no es nulo de pleno derecho sino meramente anulable, y para privar de eficacia a este embargo, el interesado deberá impugnarlo por los cauces que el mismo precepto contempla.

9.2.3/ Se presenta como especialmente arduo compatibilizar la aplicación de la nueva jurisprudencia unificada de la Sala Primera del Tribunal Supremo, con la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio iura novit curia. Recordemos que a lo largo de todo el debate en ningún momento se ha tratado la validez de la adquisición a non domino del banco adjudicatario, ni la operatividad del art. 34 de la Ley Hipotecaria, ni el juego de los arts. 1442 ó 594 de la anterior y actual Leyes de Enjuiciamiento, respectivamente. Dicho en otra palabras, las partes no han podido proponer prueba o efectuar alegaciones que hubieran resultado esenciales en relación con:

- a) Vista a fecha de los embargos y adjudicación, la aplicabilidad del art. 1442 de la Ley de 1881 y no del art. 594 de la Ley de 2000.
- b) Vista la fecha de la sentencia de marzo de 2007, posterior a la interposición de la demanda, la aplicabilidad o no de la misma a los hechos objeto de litigio.
- c) Ni siquiera, la condición de adquirente de buena fe del banco, su conocimiento o no de la previa adquisición y posesión de la finca por parte del actor.



El Tribunal Constitucional tiene declarado que el principio *iura novit curia* permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocados por los litigantes; estando el órgano judicial vinculado sólo por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas. No existirá incongruencia *extra petitum* cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aun cuando no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso (Cfr. SS.T.C. 9/1998, de 13 de enero ; 15/1999, de 22 de febrero ; 134/1999, de 15 de julio ; 172/2001, de 19 de julio ; ó 130/2004, de 19 de julio).

Para que la incongruencia por exceso adquiera relevancia constitucional y pueda ser constitutiva de una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución Española se requiere una desviación esencial generadora de indefensión: "...que el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes hayan formulado sus pretensiones, por conceder más de lo pedido (*ultra petitum*) o algo distinto de lo pedido (*extra petitum*), suponga una modificación sustancial del objeto procesal, con la consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes..." (STC 20/1982, de 5 de mayo), de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales (Cfr. SS.T.C. 20/1982, de 5 de mayo ; 29/1987, de 6 de marzo ; 142/1987, de 23 de julio ; 172/1994, de 7 de junio ; 189/1995, de 18 de diciembre ; 60/1996, de 4 de abril ; 182/2000, de 10 de julio).

10/ Sobre la falta de reclamación previa en la vía administrativa. Debemos dedicar un breve apunte a rechazar la excepción de falta de reclamación previa en la vía administrativa formulada por la Tesorería General de la Seguridad Social, aspecto éste al que la sentencia de instancia no dedica reflexión alguna, quizás por la desestimación que hace de la demanda.

Siendo cierto que existen normas de cobertura para tal petición (arts. 120 y ss. de la Ley 30/1992 y 132 y ss. del RD 1415/05), considera el Tribunal que en este supuesto en el que se demandó inicialmente sólo al Banco de Santander, trayéndose luego la litigio a la Tesorería y al Monte de Piedad al acoger la Sra. Juez en la audiencia previa la excepción de litisconsorcio pasivo necesario; no procede estimar la excepción dilatoria formulada por la Tesorería.

La filosofía legal de los preceptos que articulan la necesidad de reclamación previa reside en la posibilidad de que la Administración pueda resolver sin necesidad de acudir a los Tribunales las pretensiones que se le planteen, expresamente en cuanto a las tercerías el RD 1415/05, así como otorgarle la posibilidad de conocer previamente la reclamación. Estas previsiones no deben, en el supuesto que nos ocupa, anteponerse al derecho a la tutela eficaz, económica en lo procedimental y rápida para el actor de sus derechos, llevando a la estimación de la excepción; considerando en todo caso que la Administración ha tenido la posibilidad de defender su posición plenamente.

11/ Conclusión. Como consecuencia de todo lo razonado a lo largo de este voto particular considero que debería ser estimado el recurso de apelación interpuesto por D. Alonso , contra la sentencia dictada por la Illtma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huelva en autos 1156/06; debería ser revocada la sentencia recurrida y:

1/ Ser declarado D. Alonso propietario en pleno dominio del inmueble sito en C/ DIRECCION000 núm. NUM001 , finca registral NUM002 del Registro de la Propiedad núm. 2 de Huelva, por haberla adquirido de D. Hugo y D. Jose Luis , mediante escritura pública de 23.12.1988.

2/ Ser declarado nulo de pleno derecho el embargo y venta en pública subasta del referido inmueble y su adjudicación a favor de Banco de Santander, acordando la cancelación de las inscripciones y anotaciones registrales relativas a tal embargo y adjudicación.

3/ Ser declarada la nulidad de los embargos practicados sobre la mencionada finca a instancias de la Tesorería General de la Seguridad Social y del Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla, acordando la cancelación de las anotaciones registrales relativas a los mismos.