

Roj: **STS 442/1995** - ECLI: **ES:TS:1995:442**Id Cendoj: **28079110011995100063**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **01/02/1995**Nº de Recurso: **3092/1991**Nº de Resolución: **31/1995**Procedimiento: **RECURSO DE CASACIÓN**Ponente: **EDUARDO FERNANDEZ-CID DE TEMES**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Febrero de mil novecientos noventa y cinco.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de San Sebastián, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía; seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº.1 de San Sebastián ; cuyo recurso fue interpuesto por D<sup>a</sup>. Amelia , representado por el Procurador de los Tribunales D. Julián del Olmo Pastor y asistido del Letrado D. Ignacio Ferrer Millet; siendo parte recurrida Banco Zaragozano, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Fernando Aragón Martín y asistido del Letrado D. Francisco Tuduri Esnal.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-La Procurador de los Tribunales D<sup>a</sup>. Beatriz Lizaur Suquía, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Amelia , formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía de **Tercería de Dominio** contra Banco Zaragozano, S.A., D. Miguel Ángel y D<sup>a</sup>. Lidia , estableciendo los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando sentencia: "En la que, con total estimación de la presente demanda declare que el bien inmueble, inventariado en el expositivo fáctico primero de esta demanda y embargado en el juicio ejecutivo número 392-86 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº Uno de San Sebastián, es de la única y exclusiva propiedad de D<sup>a</sup>. Amelia , ordenando que se alce el embargo trabado sobre dicha finca en el juicio ejecutivo referenciado, condenando a los demandados a estar y pasar por dichas declaraciones, y acordandose remitan los mandamientos y órdenes precisas al Registro de la Propiedad de Tolosa para la eficacia registral de todo ello, con expresa condena en costas a los demandados".

2.- Admitida la demanda y emplazados los demandados, compareció el Procurador D. Ramón Olazabal y Vedruna, en nombre y representación de Banco Zaragozano, S.A., quien contestó a la demanda estableciendo los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando sentencia: "declarando no haber lugar a la estimación de la demanda y consiguientemente no proceder el alzamiento del embargo inscrito a favor de mi parte sobre el bien inmueble que ha quedado reseñado en los presentes autos, todo ello con expresa imposición de costas a la parte actora". D. Miguel Ángel y D<sup>a</sup>. Lidia fueron declarados en rebeldía".

1.- Recibido el pleito a prueba se practicaron las que propuestas por las partes fueron declaradas pertinentes y figuran en los autos.

4.- Tramitado el procedimiento, el Juez del Juzgado de Primera Instancia nº.1 de San Sebastián dictó sentencia de fecha 18 de julio de mil novecientos noventa, cuyo fallo dice literalmente: FALLO.-Que desestimando la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Beatriz Lizaur Suquía en nombre de D<sup>a</sup>. Amelia contra el Banco Zaragozano, S.A., representado por el Procurador Sr. D. Ramón Olazabal y Vedruna y D. Miguel Ángel y D<sup>a</sup>. Lidia en situación de rebeldía, debo de absolver y absuelvo a estos de las peticiones contra ellos deducidas con expresa imposición de costas a la parte actora.



SEGUNDO.- Apelada la anterior sentencia por la representación de D<sup>a</sup> Amelia , la Sección Primera de la Audiencia Provincial de San Sebastián dictó sentencia con fecha 4 de octubre de 1991, cuyo fallo dice literalmente así: FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación formulado por D<sup>a</sup>. Amelia frente a la sentencia dictada el día 18 de julio de mil novecientos noventa por el Juzgado de Primera Instancia, número Uno, de los de San Sebastián, debemos confirmar y confirmamos en todos los extremos la referida resolución y condenar como condenamos a la recurrente al pago de las costas procesales devengadas en esta segunda instancia.

TERCERO.- Notificada la resolución anterior a las partes, se interpuso recurso de casación por la representación de D<sup>a</sup>. Amelia con amparo en los siguientes motivos: MOTIVOS DE CASACION.- Primero: Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, al amparo del ordinal 5º del art. 1692 de la LEC. La sentencia recurrida, y se dice con el debido respeto y en trámite de recurso, infringe por aplicación indebida, el art. 604 del Cc., que cita de forma expresa para justificar que el **dominio** de mi mandante sobre la finca en litigio solo se consolidó con el otorgamiento de escritura pública a favor del anterior propietario, Doria y Cía. S.A. Segundo: Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, al amparo del ordinal 5º del art. 1692 de la LEC. La sentencia recurrida, y se dice con el debido respeto y en trámite de recurso, infringe, por inaplicación, los arts. 1505 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con los arts. 1445 y siguientes del Cc. Tercero: Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, al amparo del ordinal 5º del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida se dice con el debido respeto y en trámite de recurso infringe, por inaplicación, los artículos 1216 y 1218 del Cc. Cuarto: Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, al amparo del ordinal 5º del art. 1692 de la LEC. La sentencia recurrida, y se dice con el debido respeto y en trámite de recurso infringe, por aplicación indebida, los arts. 605, 606 y 609 del Cc.; y arts. 32, 38 y 1 párrafo 3º, de la Ley Hipotecaria.

CUARTO.- Traídos los autos a la vista con citación de las partes, se solicitó por las mismas celebración de vista pública que se realizó el día 17 de enero de 1995.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. EDUARDO FERNÁNDEZ-CID DE TEMES

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Constituye base fáctica pacífica que el Banco Zaragozano planteó juicio ejecutivo nº 392/86 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de San Sebastián contra D. Miguel Ángel y D<sup>a</sup>. Lidia , en el cual , con fecha de 6 de octubre de 1986, anotó embargo en el Registro de la Propiedad de Tolosa sobre la finca "Piso NUM000 , letra NUM001 , número uno, destinada a vivienda, de la casa número NUM002 del PASEO000 ", inscrita al tomo NUM003 , libro NUM004 , folio NUM005 , finca NUM006 . D<sup>a</sup>. Amelia , madre de D<sup>a</sup>. Lidia y suegra de D. Miguel Ángel , planteó **tercería de dominio**, alegando, respecto al título, que en juicio ejecutivo nº 101/74 del Juzgado de Tolosa, seguido por Doria y Cia., S.A., contra otra y D. Miguel Ángel , se dictó auto adjudicando dicha vivienda, el 27 de enero de 1977, a dicha compañía, la cual, mediante documento privado de fecha 22 de febrero de 1978, la vendió a D<sup>a</sup>. Amelia entregándole el auto referido, pues que se pactó que sería de cuenta y cargo de la compradora la inscripción de la adjudicación en el Registro, debiendo abonar todos los gastos, impuestos y arbitrios que se devengasen, incluso el de plusvalía, otorgándose la escritura pública en la notaría que designase la compradora, que se hacía cargo de las cargas o gravámenes a que estuviese afecta la vivienda. D<sup>a</sup>. Amelia no inscribió tal auto, por lo que siguió figurando como titular registral D. Miguel Ángel y el bien como ganancial. Así las cosas, se anotó el embargo a favor del Banco Zaragozano (6 de Octubre de 1986) y D<sup>a</sup>. Amelia interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Pamplona (autos 792/87) demanda contra Doria y Cia., S.A., que fue declarada rebelde, terminando el Juicio por sentencia de 4 de noviembre de 1987 en la que se declara "perfeccionado el contrato de compraventa suscrito entre las partes con fecha 22 de febrero de 1978 y debo condenar y condeno a la demandada a otorgar en favor de la actora la correspondiente escritura pública notarial de venta de la vivienda sita Tolosa.... bajo apercibimiento de que, de no otorgarse libremente tal escritura, se otorgará de oficio.....". Tal escritura pública la otorgó el Juzgado a favor de D<sup>a</sup>. Amelia el 24 de mayo de 1988.

Ante tales hechos, el juzgado desestimó la **tercería** y su sentencia fue confirmada por la Audiencia de San Sebastián en la suya de 4 de octubre de 1991, que es la recurrida en casación por D<sup>a</sup>. Amelia .

SEGUNDO.- Los cuatro motivos se amparan procesalmente en el nº 5º del art. 1692 LEC. (redacción anterior ala Ley 10/92, de 30 de mayo). El primero acusa aplicación indebida del art. 604 del Cc., que la sentencia recurrida cita de forma expresa para justificar que el **dominio** de la hoy recurrente sobre la finca litigiosa solo se consolidó con el otorgamiento de la escritura pública, sin que dicho precepto tenga nada que ver con el objeto litigioso. El segundo denuncia inaplicación de los arts. 1505 y 1445 y siguientes del Cc., afirmando que Doria y Cía., S.A., adquirió la finca en 26 de enero de 1977 y que fue puesta a su disposición, enajenándola



posteriormente a la recurrente. El Tercero estima también inaplicados los arts. 1216 y 1218 del Cc., pues el auto de adjudicación es documento público y hace prueba frente a terceros. Y el cuarto dice que existe aplicación indebida de los arts. 605, 606 y 609 del Cc., y de los arts. 32, 38 y 1, párrafo 3º, de la Ley Hipotecaria, achacando a la sentencia recurrida que considera la inscripción en el Registro como requisito constitutivo para la adquisición del **dominio**, pues niega a Doria y Cía., S.A., el derecho de propiedad, cuando adquirió mediante título y tradición, transmitiendo después a la recurrente y no figurando el bien dentro del patrimonio del ejecutado al momento del embargo. Prácticamente se ha recogido cuanto exponen los motivos; no se razona más.

Utilizando idéntica concisión, los cuatro motivos han de ser desestimados por lo siguiente: el tercerista tiene que probar la existencia del **dominio** a su favor a la fecha del embargo que quiere levantar, sin que sea suficiente que lo demuestre a favor de quien dice haberle transmitido, pues no se puede ejercitar la **tercería** por otro; y la acreditación de que D<sup>a</sup>. Amelia no adquirió el **dominio** por el contrato de compraventa de 22 de febrero de 1978, que a su favor otorgó Doria y Cía., S.A., se encuentra en que en el declarativo que siguió contra la vendedora se declaró perfeccionado tal contrato (título), condenando a la vendedora a otorgar la escritura pública (modo), de manera que hasta que ésta no se suscribió en 24 de mayo de 1988 la Sra. Amelia no adquirió el **dominio** (derecho real), siendo ese momento muy posterior al embargo anotado en favor del Banco Zaragozano e incluso cuando se otorga tal escritura pública la finca seguía inscrita a nombre de D. Miguel Ángel y D<sup>a</sup>. Lidia, quienes, según está declarado y no contradicho, seguían viviendo en el piso embargado a pesar de haber transcurrido más de catorce años desde la adjudicación a Doria y Cía., lo que también prueba que no hubo entrega a la tercerista a la fecha del documento privado.

Es reiterada y uniforme la jurisprudencia interpretativa en el sentido de referir el momento de la justificación dominical del tercero a una fecha anterior a aquella en que se realizó la diligencia de embargo, causante de la decisión restrictiva del tercero, que en la **tercería** se combate (SS. de 25 de marzo de 1969, 26 de febrero y 30 de octubre de 1980; 3 de noviembre de 1982; 8 de mayo de 1986; 5 de junio y 31 de julio de 1989; 6 de marzo de 1990); el **dominio** sobre la cosa, necesario para ejercitar la **tercería**, solo nace cuando concurren título y modo, consumándose el contrato con la entrega del precio y de la cosa (S. de 6 de febrero de 1990); la demostración cumplida y patente de la propiedad que al tercerista corresponde en virtud de la distribución del "onus probandi" entre los litigantes no puede basarse en documento privado que por sí solo no acredite la efectiva transmisión patrimonial pretendida, y para concluir que hubo entrega en el acto del otorgamiento del documento privado, de la posesión de la cosa vendida, no puede partirse de suposiciones y deducciones, pues la acción de **tercería de dominio** requiere para su viabilidad y acogimiento que el tercerista acredite el **dominio** pleno y excluyente (SS. de 14 de febrero de 1989; 26 de mayo, 21 de junio y 31 de octubre del propio año); al tercerista corresponde la prueba de la antigüedad en el negocio transmisivo, especialmente si consta en documento privado y además no basta para acreditar la propiedad que se pruebe dicho negocio, sino que haya sido seguido de tradición (S. de 25 de octubre de 1988); lo que hay que tener en cuenta en orden a la **tercería de dominio** es la situación de éste existente al tiempo en que el embargo se efectuó y no a las situaciones dominicales que pueden surgir con posterioridad (S. de 14 de diciembre de 1984); la normativa contenida en el art. 1214 del Cc. determina que en **tercería de dominio** sea el tercerista quien haya de acreditar el **dominio** que invoca como soporte de su pretensión. Finalmente, si los bienes embargados han sido objeto de disposición con anterioridad (cumplida la traditio, se entiende), haya tenido acceso al Registro o no la transmisión, no pueden ser objeto de agresión, debiéndose levantar el embargo que se hubiese decretado indebidamente; el acreedor embargante no goza de la protección del art. 34 de la LH., porque nada adquiere del titular registral, al no modificar el embargo la naturaleza de su derecho convirtiéndolo en real; la presunción de exactitud registral, que sienta el art. 38 de la L.H., no es más que una presunción iuris tantum que admite prueba en contrario; y la anotación preventiva de embargo traslada la carga a éste al nuevo adquirente cuando el deudor embargado le transmite el bien, pero no cuando antes de la anotación ha efectuado la disposición con título y modo (ver S. de 30 de diciembre de 1993).

Pero nada de cuanto ha dicho esta Sala favorece a la recurrente porque, en definitiva, predomina el sistema del título y el modo, que exigen los arts. 609 y 1095 del Cc. para que se opere la transmisión del **dominio**; y como la sentencia recurrida respeta la doctrina jurisprudencial, no existe ninguna de las infracciones que se denuncian, pues la cita del art. 604 constituye un mero error de transcripción, entendiéndose por cualquier iniciado en derecho que la referencia se realiza al art. 609, los arts. 1505 y 1445 solo pueden entenderse en el contexto señalado y lo mismo ocurre con los arts. 1216 y 1218 del Cc., 605, 606 y 609, así como los arts. 32 y 38 de la LH.

TERCERO.- Por imperativo legal (art. 1715, párrafo último, de la LEC.), al no haber lugar al recurso, han de imponerse las costas del mismo a la recurrente, con pérdida del depósito constituido, que se se dará el destino legal.

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

**FALLAMOS**

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el Procurador D. Julián del Olmo Pastor, en nombre y representación de D<sup>a</sup>. Amelia , contra la sentencia dictada, en 4 de octubre de 1991, por la Audiencia Provincial de San Sebastián; condenamos a dicha recurrente al pago de las costas; decretamos la pérdida del depósito constituido; y a su tiempo, comuníquese esta resolución a expresada Audiencia, devolviéndole los autos y rollo de Sala que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos EDUARDO FERNANDEZ- CID DE TEMES; ANTONIO GULLON BALLESTEROS, MATIAS MALPICA GONZALEZ-ELIPE.- Rubricados.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDO