

Roj: **STS 237/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:237**Id Cendoj: **28079110012014100038**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **21/01/2014**Nº de Recurso: **916/2011**Nº de Resolución: **841/2013**Procedimiento: **Casación**Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**Tipo de Resolución: **Sentencia**

D. Francisco Marin Castan

D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Sebastián Sastre Papiol

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintiuno de Enero de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 452/06, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4; cuyo recurso fue interpuesto ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de Ernesto y don Federico, personándose en esta Sala don Ernesto representado por la Procuradora de los Tribunales doña Lourdes Cano Ochoa; siendo parte recurrida **Promociones MCH 2003, S.L.**, representada por el Procurador de los Tribunales don Juan Carlos Estévez Fernández Novoa. Autos en los que también han sido parte doña Tamara, don Ruperto (Rebeldes), y doña María Cristina que no se han personado ante este Tribunal Supremo.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Ante el Juzgado de Primera Instancia fueron vistos los autos, juicio ordinario, promovidos a instancia de Promociones MCH 2003, S.L. contra don Ruperto, doña Tamara, don Ernesto y don Federico.

1.- Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dicte "... sentencia en la que declare lo siguiente: a) Que en el contrato privado de compraventa celebrado entre los demandados el día 12 de Febrero de 1996 se cede parte de un bien del cual no existía plena disposición, pues se integraba éste en una herencia yacente en la que constaban dos coherederos, siendo por ello nulo de pleno derecho, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración.- b) Se condene en costas a la parte demandada."

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de don Ernesto y don Federico contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que, dicte en su día sentencia por la que: "... desestimando íntegramente la demanda, se absuelva a mis patrocinados de las pretensiones en su contra formuladas con expresa imposición

a la actora de las costas de este juicio"; al tiempo que formulaba reconvencción contra la entidad mercantil demandante y contra don Ruperto , doña María Cristina , don Teodoro y don Virgilio , en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado: "... dicte en su día sentencia por la que: a) - Se declare la nulidad de la escritura de partición otorgada por los demandados el día 28 de enero de 2004 ante el Notario de esta capital Don Clemente Esteban Beltrán y que se acompaña por la parte demandada como documento cinco de la demanda.- b) - Se declaren nulos el contrato privado de compraventa otorgado en agosto de 2004, acompañado con la demanda como documento n° uno y escritura de compraventa otorgada de 7 de febrero de 2004 otorgada entre los demandados reconconvencionales ante el Notario Don Bernardo Saro Calamita, n° 361 de su protocolo y acompañada de contrario como documento número dos de la demanda. c) - Se declaren nulas las inscripciones de dominio a que dan lugar los anteriores negocios jurídicos y que se expresan en el hecho Cuarto de esta reconvencción.- d) - Se declare que mis representados en unión de Doña Tamara son propietarios por terceras e iguales partes en común y proindiviso de la planta NUM000 del edificio sito en la CALLE000 n° NUM001 de Santa Cruz de Tenerife, según la descripción de la misma que figura en la división horizontal practicada en la escritura de aceptación, liquidación, división, adjudicación de herencia y entrega de legados otorgada el día 19 de julio de 1988 ante el Notario D. Juan Antonio Pérez Giralda, al n° 2.104 de su protocolo, acompañada a la contestación a la demanda como documento n° tres. e) - Se declare que mi representado Don Ernesto en unión de Doña Tamara son propietarios por mitades e iguales partes en común y proindiviso de la planta NUM002 del edificio sito en la CALLE000 NUM001 de Santa Cruz de Tenerife, según la descripción de la misma que figura en la división horizontal practicada en la escritura de aceptación, liquidación, división, adjudicación de herencia y entrega de legados otorgada el día 19 de julio de 1988 ante el Notario D. Juan Antonio Pérez Giralda, al n° 2.104 de su protocolo, acompañada a la contestación a la demanda como documento n° tres.- f) - Se condene a los demandados reconconvencionales a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos, con expresa imposición a los mismos de las costas de este juicio."

Por resoluciones de fecha 19 de septiembre de 2006 y 15 de enero de 2007, se acordó declarar en rebeldía a los codemandados doña Tamara y don Ruperto , respectivamente.

**3.-** Dado traslado de la reconvencción a la parte actora, por la representación de la misma se contestó, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó aplicables, y terminó suplicando al Juzgado que " ... estimándose la excepción planteada o, subsidiariamente, acogándose la argumentación contenida en esta contestación, sea desestimada la reconvencción a la par que se acojan nuestras pretensiones."

**4-** Convocadas las partes a la audiencia previa, las pruebas propuestas y declaradas pertinentes fueron practicadas en el juicio, quedando los autos conclusos para sentencia.

**5.-** El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 31 de julio de 2009 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que Desestimando la demanda formulada por la demandante entidad mercantil Promociones MCH 2003 SL, representada por el procurador de los tribunales Dña. María Luisa Hernández Bravo de Laguna, contra los demandados D. Ernesto y D. Federico , representados por el procurador de los tribunales Dña. Yolanda Morales Garcia, y asistidos por el letrado Dña. Isabel Pereira León, D. Ruperto y Dña. Tamara , y Desestimando la reconvencción formulada de contrario por D. Ernesto y D. Federico , representados por el procurador de los tribunales Dña. Yolanda Morales Garcia formularon a su vez reconvencción contra los demandados entidad mercantil Promociones MCH 2003 SL, representada por el procurador de los tribunales Dña. Maria Luisa Hernández Bravo de Laguna, D. Ruperto , Dña. María Cristina , en su propio nombre y derecho, y como sucesora de los fallecidos D. Teodoro y D. Virgilio , de las circunstancias personales y de identificación que constan en autos: 1.- Declaro que no procede decretar la nulidad de pleno derecho del contrato privado de compraventa celebrado el día 12 de febrero de 1996, entre los demandados D. Ruperto como vendedor y Dña. Tamara , D. Ernesto y D. Federico como compradores.- 2.- Declaro que no procede decretar la nulidad de pleno derecho del contrato privado de compraventa celebrado en agosto de 2004 y la escritura pública de venta de 7 de febrero de 2004, celebrado entre Promociones MCH 2003 como compradora y Dña. María Cristina , D. Teodoro , D. Virgilio y D. Ruperto como vendedores, como tampoco de las inscripciones registrales dadas como consecuencia de esos negocios jurídicos.- 3.- Declaro que D. Federico , D. Ernesto y Dña. Tamara no son propietarios, por prescripción adquisitiva y por terceras e iguales partes en común y proindiviso de la planta NUM000 del edificio sito en CALLE000 n° NUM001 de esta ciudad.- 4.- Declaro que D. Federico y Dña. Tamara no son propietarios, por prescripción adquisitiva y por mitades e iguales partes en común y proindiviso de la planta NUM002 del edificio sito en CALLE000 n° NUM001 de esta ciudad.- 5.- No se hace condena al pago de las costas de esta instancia a ninguna de las partes."

En fecha 15 de septiembre de 2009, se dictó auto de aclaración de la mencionada sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: "Decido: Ha Lugar a Aclarar la Sentencia dictada en los presentes autos con fecha 31 de julio de 2009 que se mantiene en los términos en que fue dictada excepto el apartado 2 del Fallo que quedará redactado como sigue: "2.- Declaro que no procede decretar la nulidad de pleno derecho del contrato



privado de compraventa celebrado en agosto de 2004 y la escritura pública de venta de 7 de febrero de 2005 celebrado entre Promociones MCH 2003 como compradora y Dña. María Cristina , D. Teodoro , D. Virgilio y D. Ruperto como vendedores, como tampoco de las inscripciones registrales dadas como consecuencia de esos negocios jurídicos".

**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de don Ernesto y don Federico , y sustanciada la alzada, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dictó sentencia con fecha 8 de octubre de 2010 , cuyo Fallo es como sigue: "Se desestima el recurso de apelación formulado por la representación de D. Federico y D. Ernesto .- Se desestima la impugnación formulada por la representación de la entidad Promociones MCH SL.- Se confirma la sentencia recurrida.- Las costas generadas por el recurso se imponen a la representación de los recurrentes.- Las costas ocasionadas por la impugnación de sentencia se imponen a la entidad Promociones MCH SL."

**TERCERO.-** La Procuradora doña Yolanda Morales García, en nombre y representación de **don Ernesto y don Federico** formalizó recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, fundado en los siguientes motivos: 1.- Infracción del artículo 1949 del Código Civil ; y 2.- Infracción de los artículos 1 , **34** , 35 , 36 y 38 de la **Ley Hipotecaria** y 7 , 1940 , 1941 , 1947 , 1949 , 1950 , 1952 , 1953 y 1957 del Código Civil .

**CUARTO.-** Por esta Sala se dictó auto de fecha 22 de noviembre de 2011 por el que se acordó la admisión de dicho recurso, así como que se diera traslado del mismo a la parte recurrida, Promociones MCH 2003 SL, que se opuso a su estimación por escrito que presentó en su nombre el Procurador don Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa.

**QUINTO.-** No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 19 de junio de 2013, acordándose mediante providencia de tal fecha someter el asunto a conocimiento del pleno de la Sala, que decidió sobre el mismo el pasado 18 de diciembre de 2013.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Antonio Salas Carceller** ,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La entidad Promociones MCH 2003 SL interpuso demanda de juicio ordinario contra don Ruperto , doña Tamara , don Ernesto y don Federico , interesando que se dictara sentencia por la cual se declarara que el contrato de compraventa celebrado entre los demandados mediante documento privado de fecha 12 de febrero de 1996, por el cual el primero de ellos vendía a los demás determinadas plantas del edificio sito en la CALLE000 nº NUM001 de Santa Cruz de Tenerife, inscrito en el Registro de la Propiedad al folio NUM003 , del libro NUM004 , finca nº NUM005 , era nulo de pleno derecho pues se cedía parte de un bien sobre el cual no existía plena disposición por parte del vendedor, al estar integrado en una herencia yacente, con imposición de costas a dichos demandados.

Los demandados don Ernesto y don Federico se opusieron a la demanda y, además, formularon reconvenición contra la demandante y contra don Ruperto , doña María Cristina , don Teodoro y don Virgilio , solicitando: a) Que se declare la nulidad de la partición otorgada por estos últimos el día 28 de enero de 2004 ante el Notario don Clemente Esteban Beltrán; b) Que se declaren nulos el contrato de compraventa otorgado en agosto de 2004 y la escritura de 7 de febrero de 2004, por los que se vendía la totalidad del edificio a Promociones MCH 2003 SL; c) Que se declaren nulas las inscripciones de dominio a que han dado lugar tales negocios jurídicos; d) Que se declare que los reconvinientes, junto con doña Tamara , son propietarios por terceras e iguales partes, en común y proindiviso, de la NUM000 baja del edificio sito en la CALLE000 nº NUM001 de Santa Cruz de Tenerife, según descripción que figura en la división horizontal practicada en escritura pública de aceptación, liquidación, división, adjudicación de herencia y entrega de legados, otorgada el 19 de julio de 1988; e) Que se declare que don Ernesto , junto con doña Tamara , es propietario por mitades e iguales partes de la planta NUM002 de dicho edificio, según resulta de la misma división horizontal anteriormente mencionada; y f) Que se condene a los demandados reconconvencionales a estar y pasar por dichas declaraciones y al pago de las costas.

Se opusieron a la reconvenición tanto la demandante Promociones MCH 2003 SL como doña María Cristina y, seguido el proceso, el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia de fecha 31 de julio de 2009 por la que desestimó tanto la demanda como la reconvenición y resolvió no haber lugar a declarar la nulidad de los contratos referidos, sin perjuicio de la determinación que correspondiera sobre la adquisición de propiedad por los respectivos compradores, e igualmente declaró que los reconvinientes no son propietarios de las plantas NUM000 y NUM002 del edificio por prescripción adquisitiva, tal como habían interesado de forma subsidiaria, todo ello sin especial declaración sobre costas.



Recurrieron en apelación los demandados don Ernesto y don Federico y la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia de fecha 8 de octubre de 2010 por la cual desestimó el recurso y condenó a los recurrentes al pago de las costas causadas en la alzada.

Contra dicha sentencia han recurrido en casación estos últimos.

**SEGUNDO.-** El *primero* de los motivos del recurso de casación se formula por infracción del artículo 1949 del Código Civil, mientras que el *segundo* denuncia la vulneración de los artículos 1, **34**, 35, 36 y 38 de la **Ley Hipotecaria**, y 7, 1940, 1941, 1947, 1949, 1950, 1952, 1953 y 1957 del Código Civil, afirmando que la demandante no ha actuado de buena fe y en consecuencia no es "tercero hipotecario" en los términos que para ello requiere la legislación especial.

Considera la parte recurrente que la sentencia impugnada ha vulnerado el artículo 1949 del Código Civil al hacer aplicación del mismo frente a una disposición, como la del artículo 36 de la **Ley Hipotecaria**, que resulta incompatible con aquél y que ha de entenderse que lo derogó por ser de fecha posterior.

Es cierto que la sentencia impugnada, una vez que los recurrentes en apelación se habían aquietado respecto de la desestimación de su pretensión de nulidad contractual y se centraban exclusivamente en la cuestión de la adquisición de las plantas NUM000 y NUM002 del edificio por usucapión, razonó en el sentido de que no cabía admitir tal modo de adquirir en el presente caso puesto que se trataba de una prescripción ordinaria que -según dicho artículo 1949- requería que el usucapiente, a su vez, tuviera título inscrito a su favor, sin plantearse la sentencia recurrida el problema de la actual vigencia de dicha norma.

Dice al respecto la Audiencia, en el fundamento de derecho tercero de su sentencia, que «*en el presente caso se pretende una usucapión "contra tabulas" ejercitada en perjuicio del titular registral de la finca que ostenta la condición de tercero hipotecario, por aquélla que se dice poseedora sin título inscrito, si bien su posesión es de fecha anterior a la de la inscripción registral del titular protegido, y estas circunstancias hacen inmune al tercer hipotecario frente a la usucapión ordinaria pretendida, pues como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 1992 "el artículo 1949 es terminante y no permite vacilaciones hermenéuticas: el tiempo empieza a correr desde la inscripción del segundo título, el de los reconvincentes (sic). El artículo 1949 pone énfasis especial en la determinación del día inicial para el cómputo del periodo de prescripción. Este hace referencia a uno de los requisitos de la usucapión "poseer durante el tiempo determinado en la ley". Y sobre todo es necesario "poseer"....*»; más adelante añade que «*en contra del tercero, el artículo 1949 no permite el inicio de la prescripción adquisitiva ordinaria "contra tabulas", admitiéndola sólo a partir de la inscripción del título que ampara la posesión del usucapiente; valiendo la posesión anterior solo a los efectos de la prescripción extraordinaria*».

De ahí que tal fundamentación y los términos en que el primer motivo del recurso viene formulado exigen razonar sobre la vigencia del artículo 1949 del Código Civil frente a lo dispuesto por el artículo 36 de la **Ley Hipotecaria**.

Por el primero, el Código Civil dispone, desde su redacción original, que «*contra un título inscrito en el Registro de la Propiedad no tendrá lugar la prescripción ordinaria del dominio o derechos reales en perjuicio de tercero, sino en virtud de otro título igualmente inscrito, debiendo empezar a correr el tiempo desde la inscripción del segundo*», mientras que el artículo 36 de la **Ley Hipotecaria** establece que «*frente a titulares inscritos que tengan la condición de terceros con arreglo al artículo treinta y cuatro, sólo prevalecerá la prescripción adquisitiva consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición, en los dos supuestos siguientes: a) Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente; b) Siempre que, no habiendo conocido ni podido conocer, según las normas anteriores, tal posesión de hecho al tiempo de la adquisición, el adquirente inscrito la consienta, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición*».

Pues bien, aun cuando esta Sala ha hecho mención del artículo 1949 del Código Civil en sentencias como las de 28 de febrero de 2001 (RC 2589/1996) y 20 de febrero de 2007 (RC núm. 390/2000), sin descartar su vigencia, lo ha hecho de modo incidental pues en los casos allí contemplados no dependía de su aplicación el resultado del proceso, lo que no ocurre en el presente ya que la "ratio decidendi" de la sentencia hoy impugnada viene dada precisamente por la aplicación al caso de dicho precepto. Ello conduce a esta Sala a adoptar una posición respecto de su actual vigencia.

Sobre ello consideramos que el artículo 1949 del Código Civil ha sido derogado por el artículo 36, apartados I y II, de la **Ley Hipotecaria** de 1946 que regula los distintos supuestos de usucapión *contra tabulas*.

La actual redacción del artículo 1949 es la originaria del año 1889 (como precedente directo cabe citar el artículo 1946-2º del Proyecto de 1851) y en dicho momento la norma estaba perfectamente coordinada con el





artículo 35 de la **Ley Hipotecaria** de 1869, que se mantuvo en el año 1909, mientras que la redacción actual del artículo 36 de la **Ley Hipotecaria** -que supone un cambio sustancial- arranca de la **Ley** de reforma **hipotecaria** de 30 de diciembre de 1944 y se incorpora al Texto Refundido de 8 de febrero de 1946.

El anterior artículo 35 de la **Ley Hipotecaria** disponía que *«la prescripción que no requiera justo título no perjudicará a tercero si no se halla inscrita la posesión que ha de producirla. Tampoco perjudicará a tercero la que requiera justo título si éste no se halla inscrito. El término de la prescripción principiará a correr, en uno y otro caso, desde la fecha de la inscripción. En cuanto al dueño legítimo del inmueble o derecho que se esté prescribiendo, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación común»*.

Bajo dicho régimen, en la usucapión *contra tabulas* frente al dueño del inmueble o derecho, el cual conoce -o puede conocer- que otro está poseyendo para adquirir, regía la legislación común del Código Civil, mientras que si se trata de un tercero hipotecario -que no conocía, ni había de conocer, dicha posesión "ad usucapionem"- era necesaria la inscripción que pudiera reflejar dicha posesión, lo que resultaba conforme con el texto del artículo 1949 del Código Civil ; y ello se tratara de usucapión ordinaria o extraordinaria.

El nuevo artículo 36 de la **Ley Hipotecaria** (texto vigente desde 1944) contempla dos situaciones distintas y contiene una regulación diferente de la anterior respecto de la prescripción adquisitiva frente al tercero registral; tales situaciones son: 1ª) La usucapión que se produce contra el titular inscrito mientras tiene lugar la posesión "ad usucapionem"; y 2ª) La que se produce frente al tercer adquirente de ese titular, que reúne las condiciones del artículo **34** de la **Ley Hipotecaria** .

En el primer caso, la solución viene a coincidir con la del anterior artículo 35 LH pues se dice ahora que *«en cuanto al que prescribe y al dueño del inmueble o derecho real que se esté prescribiendo y a sus sucesores que no tengan la condición de terceros, se calificará el título y se contará el tiempo con arreglo a la legislación civil»* ; pero no sucede igual en el segundo supuesto para el que, sin distinción entre usucapión ordinaria y extraordinaria, se contiene una nueva regulación sobre la eficacia de la prescripción adquisitiva en perjuicio de tercero hipotecario, pues ahora no se exige que el usucapiente tenga inscripción alguna a su favor, sino que adopta como criterio el del conocimiento real o presunto por parte de dicho tercero de la situación posesoria "ad usucapionem". En tal caso prevalece contra el "tercero hipotecario" la prescripción adquisitiva ya consumada en el momento de la adquisición, o que pueda consumarse dentro del año siguiente, en dos supuestos: a) Cuando se demuestre que el adquirente conoció o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que la finca o derecho estaba poseída de hecho y a título de dueño por persona distinta de su transmitente; y b) Cuando, fuera del caso anterior, el "tercero hipotecario" consienta dicha posesión, apta para la adquisición del dominio, de forma expresa o tácita, durante todo el año siguiente a la adquisición.

Se trata, en definitiva, de un nuevo régimen totalmente distinto del anterior en lo que afecta a la posición del "tercero hipotecario", que ha venido a sustituir en su integridad el previsto en el artículo 1949 del Código Civil , en cuanto que, al no distinguir, debe entenderse que afecta tanto a la prescripción ordinaria como a la extraordinaria.

**TERCERO.**- Lo razonado hasta ahora comporta que no se pueda mantener la argumentación de la sentencia recurrida favorable a la vigencia del artículo 1949 del Código Civil y que haya de plantearse la resolución de la cuestión que se discute bajo el prisma de la aplicación de la normativa contenida en el artículo 36 de la **Ley Hipotecaria** , lo que entronca con el segundo de los motivos del recurso que denuncia la vulneración de los siguientes preceptos partiendo de la negación de concurrencia en la demandante la condición de "tercero hipotecario": artículos 1 , **34** , 35 , 36 y 38 de la **Ley Hipotecaria** y 7 , 1940 , 1941 , 1947 , 1949 , 1950 , 1952 , 1953 y 1957 del Código Civil .

El artículo **34** de la **Ley Hipotecaria** , que se refiere a la figura del llamado "tercero hipotecario" establece una serie de exigencias para la protección que dispensa con base en la inscripción registral, como son la adquisición a título oneroso, y de buena fe, de derecho del que resultaba ser titular registral el transmitente, que gozaba de la facultad de transmisión, siempre que el adquirente registre, a su vez, el derecho así adquirido.

En la demanda reconvenional se sostenía que el contrato de compraventa otorgado a favor de Promociones MCH 2003 SL, como compradora, era nulo porque lo era la partición en cuya virtud se habían adjudicado los vendedores el bien objeto de la venta y que, en todo caso, si no se daba tal ineficacia, los reconvinientes habían adquirido la propiedad de las plantas NUM000 y NUM002 del edificio por usucapión al haber poseído durante más de diez años con todos los requisitos necesarios para ello.

No obstante, ninguna referencia se hace en la reconvenición a la concurrencia de los requisitos necesarios para que opere la prescripción *contra tabulas* en perjuicio del tercer adquirente, que vienen integrados por datos, necesitados de alegación y posterior prueba, requeridos para la aplicación de lo dispuesto por el artículo 36



de la **Ley Hipotecaria** . Nada se dice sobre ello y, si se quiere ahora negar la actuación de buena fe por parte de la demandante Promociones MCH 2003 SL, habría resultado necesario justificar ( artículo 36. a LH ) que dicha adquirente conocía, o tuvo medios racionales y motivos suficientes para conocer, que la finca estaba poseída de hecho "y a título de dueño" por persona distinta de su transmitente. Efectivamente conoció dicha demandante la posesión de que disfrutaba doña Tamara , pero se especificó en el contrato de compraventa que era "arrendataria", lo que excluye la posesión en concepto de dueño, y buena prueba de ello viene dada por el compromiso que adquirirían los vendedores de lograr su desahucio para poner al comprador en la definitiva y libre posesión de todo el inmueble.

Por ello la solución adoptada por la Audiencia, que niega la adquisición por usucapión, ha de ser confirmada, aunque por distintos fundamentos de los expresados en la sentencia hoy recurrida, lo que lleva a no estimar ni siquiera el motivo primero del recurso por falta de eficacia o de efecto útil en cuanto no determinaría la casación de la sentencia impugnada.

**CUARTO.-** No obstante, ha de deducirse de ello la existencia de razones suficientes para no hacer imposición de costas del presente recurso a los recurrentes, por aplicación de lo establecido en los artículos 394 y 398 de la **Ley** de Enjuiciamiento Civil .

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

### FALLAMOS

Que **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS no haber lugar al recurso de casación** interpuesto en nombre de **don Ernesto y don Federico** contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 3ª) en Rollo de Apelación nº 542/10 , dimanante de autos de juicio ordinario número 452/06 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de dicha ciudad, en virtud de demanda interpuesta por **Promociones MCH 2003 SL** contra los hoy recurrentes y otros, la cual **confirmamos** sin especial declaración sobre costas del presente recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Francisco Marin Castan.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- José Antonio Seijas Quintana.- Antonio Salas Carceller.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Ignacio Sancho Gargallo .- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Sarazá Jimena.- Sebastián Sastre Papiol.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Antonio Salas Carceller** , 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.