

Id Cendoj: 28079110012007101040
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 4386/2000
Nº de Resolución: 1074/2007
Procedimiento: Casación
Ponente: XAVIER O' CALLAGHAN MUÑOZ
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

HIPOTECA CONSTITUIDA POR LA TITULAR REGISTRAL, NO PROPIETARIA. Válida y eficaz porque el acreedor hipotecario es tercero hipotecario; la disposición de cosa ajena no implica nulidad.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Octubre de dos mil siete.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Jaén como consecuencia de autos de juicio declarativo de menor cuantía seguidos ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Andújar, cuyo recurso fue interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Francisco García Crespo, en nombre y representación de D. Jose Ángel y D. Clemente , en nombre propio y a beneficio de la comunidad de propietarios formada con los herederos de D. Sergio y D. Alvaro ; siendo parte recurrida la entidad "MENHIR HIPOTECARIO, S.A. SOCIEDAD DE CREDITO HIPOTECARIO, representada por el Procurador D. Carlos Ibáñez de la Cadiniere, defendida por el Letrado D. Julián Luque Soriano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La Procuradora Dª Ana Mª Chillaron Carmona, en nombre y representación de D. Jose Ángel y D. Clemente , en nombre propio y a beneficio de la comunidad de propietarios formada con los herederos de D. Sergio y D. Alvaro interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra Dª Inmaculada , D. Jose Manuel , D. Benedicto , Dª Elena , Dª Antonia , Dª Virginia , D. Jose Francisco , Dª Paula , Dª Lina , D. Diego , la entidad mercantil "Progreso Hipotecario, S.A. hoy llamada MENHIR HIPOTECARIO, S.A. la sociedad "Jiménez Barranco, S.A.", y contra los herederos desconocidos e inciertos de D. Jose María , y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1º.- Declarando válida y eficaz la compraventa formalizada mediante escritura de fecha quince de marzo de 1969, para la venta de la parcela de terreno descrita como Haza de terreno de regadío, en el sitio de Valdeperros, también conocido como Palo de Montalbán, en este término Municipal, con cabida de veintidós áreas y veinte centiáreas que equivalen a poco más de cuatro celemines y medio de tierra, que linda al norte, con la carretera nacional de Madrid a Sevilla; al este, con tierras de herederos de Dª Mariana , al sur, con las de D. Guillermo y al oeste, de D. Luis Antonio . 2º.- Condenando a Dª Inmaculada , D. Jose Manuel , D. Benedicto , Dª Elena , Dª Antonia , Dª Virginia , D Jose Francisco , Dª Paula , Dª Lina Y D., Diego , en su condición de herederos de D. Jose Manuel y Emilia , a completar el consentimiento uxoris que en su día no otorgó la citada Dª Emilia , así como a hacerlo en forma fehaciente, es decir en escritura publica. 3º Declarando que D. Germán adquirió de D. Jose María la parcela de terreno descrita en el contrato de compraventa celebrado entre los citados señores el día DOS DE MAYO DE 1.968, que se acompaña a la demanda como documento numero cuatro, de la que formaba parte la descrita como fracción de terreno de regadío, procedente de la llamada MATAPERROS, o Valdeperros y Palo de Montalban, con cabida de treinta y siete áreas, y ochenta centiáreas, que linda al Norte con finca de los señores Alvaro Jose Ángel ; al Este, finca de Dª Francisca ; al Sur con finca de esta misma procedencia que esta que se adjudica a D. Jose Manuel ; y al Oeste con finca de D. Domingo . 4º Declarando que el citado D. Germán y después sus hijos D. Clemente , D. Jose Ángel , D. Sergio Y D. Alvaro , así como los herederos de éstos han poseído, desde entonces, de

forma pacífica, pública e ininterrumpida y a título e dueño la parcela descrita en anterior correlativo. 5º.- Declarando nulo el título de dominio que sobre los terrenos indicados en los pedimentos tercero y cuarto, detentan los demandados D Inmaculada , D. Jose Manuel , D. Benedicto y Dª Elena , Dª Antonia , Dª Virginia , D. Jose Francisco , Dª Paula , Dª Lina Y D. Diego , así como la cancelación de la citada inscripción de dominio obrante al Registro de la Propiedad de Andújar, al folio NUM000 del libro NUM001 , tomo NUM002 , del Ayuntamiento de Andújar, inscripción 1ª. 6º .- Declarando así mismo nula la hipoteca constituida sobre la citada finca a favor de la entidad mercantil PROGRESO HIPOTECARIO S.A., hoy MENHIR HIPOTECARIO S.A. y que gravaba la cuarta parte indivisa que aparece como propiedad de Dª Inmaculada , ordenando la cancelación de la inscripción a que dio lugar la misma, obrante en el Registro de la Propiedad de Andújar, al libro NUM001 de Andújar, tomo NUM002 , finca nº NUM003 , inscripción segunda, así como respecto a las actuaciones seguidas sobre esta finca, la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número treinta y uno de los de Madrid, bajo el número de autos 1722/91 , a excepción de la adjudicación efectuada de la citada finca. 7º.- Condenando a MENHIR HIPOTECARIO S.A. a la devolución a favor de los actores y de los demás propietarios de las cantidades recibidas en el citado proceso de ejecución hipotecaria. 8º.- Condenando a los demandados a las costas de este procedimiento.

2.- El Procurador D. Diego Salcedo Villalba, en nombre y representación de D. Jose Manuel , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia en la que estimando todas o alguna de las excepciones alegadas o la oposición en cuanto al fondo y en cualquier caso desestime la demanda absolviendo al demandado, con expresa imposición de las costas a los actores. Y formulando demanda reconventional suplicó se dictara sentencia condenando a los demandados reconvenidos a pagar a mi representado D. Jose Manuel el precio del terreno ocupado de las tres fincas descritas en el hecho nº 1 de reconvenición, abonándole el importe de la superficie detrída de las mismas, de todas o cualesquiera de ellas, en razón de la extensión realmente ocupada y precio de mercado actual corriente del metro cuadrado en la zona, determinándose su importe total a resultas de las pruebas bien en las sentencias, bien en fase de ejecución de la misma, conforme al mejor criterio judicial, todo ello con expresa imposición a los reconvenidos de las costas de esta reconvenición.

3.- El Procurador D. Manuel López Nieto, en nombre y representación de Menhir Hipotecario Sociedad Anónima, Sociedad de Crédito Hipotecario, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia en la que estimando la excepción dilatoria articulada de falta de legitimación activa ad processum de la parte actora, efectuada en el *artículo 533.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , se proceda a absolver de la instancia a mi representada MENHIR HIPOTECARIO, S.A., SOCIEDAD DE CREDITO HIPOTECARIO; y alternativamente y para el supuesto de que la citada excepción no se admitiese se dicte de igual modo sentencia desestimando la demanda interpuesta en base a la excepción aducida de falta de litisconsorcio pasivo necesario; y alternativamente y subsidiariamente se absuelva igualmente de la demanda interpuesta, por los demás motivos alegados en el presente escrito, absolviendo de la misma a mi representada y condenando al pago de las costas procesales a la parte demandante.

4.- La Procuradora Dª Ana Mª Chillaron Carmona, en nombre y representación de D. Jose Ángel y D. Clemente contestó a la demanda reconventional formulada por D. Jose Manuel y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se estime la excepción de falta de personalidad en el actor-reconviniente, en conformidad con lo establecido en el *artículo 533.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , y subsidiariamente, para el caso de que no se estimase la mencionada excepción, entrando a conocer el fondo del asunto, se dicte en su día sentencia por la que se desestime la demanda reconventional interpuesta, imponiendo expresamente las costas de dicha reconvenición a la parte reconviniente

5.- El Procurador D. Diego Salcedo Villalba, en nombre y representación de Dª Lina , Dª Paula y Dª Virginia , contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y formulando demanda reconventional, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia en la que condenando a los reconvenidos a pagar a mis representadas doña Lina , doña Virginia y doña Paula el precio del terreno ocupado de las dos fincas descritas en el hecho número uno de reconvenición, abonándole el importe de su participación proporcional en la superficie detrída de las mismas, de todas o cualesquiera de ellas, en razón de la extensión realmente ocupada y precio de mercado actual corriente del metro cuadrado en la zona, determinando su importe total a resultas de las pruebas bien en las sentencias, bien en fase de ejecución de la misma, conforme al mejor criterio judicial, todo ello con expresa imposición a los reconvenidos de las costas de esta reconvenición.

6.- La Procuradora D^a Ana M^a Chillaron Carmona, en nombre y representación de D. Jose Ángel y D. Clemente contestó a la demanda reconvenicional formulada por D^a Lina y otras, y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se estime la excepción de falta de personalidad en las actoras-reconvinientes, en conformidad con lo establecido en el *artículo 533.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, y subsidiariamente, para el caso de que no se estimase la mencionada excepción, entrando a conocer el fondo del asunto, se dicte en su día sentencia por la que se desestime la demanda reconvenicional interpuesta, imponiendo expresamente las costas de dicha reconvenición a la parte reconviniente

7.- El Procurador D. Manuel López Nieto, en nombre y representación de D^a Inmaculada, contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y formulando demanda reconvenicional, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia declarando el derecho de mi representada a una indemnización por la utilización de sus tierras y condenando a los señores Alvaro Jose Ángel Clemente Sergio al pago de las indemnizaciones correspondientes por la utilización de la tierra y al desalojo de los terrenos, en caso de que no pague a mi representada el valor actual de los terrenos ocupados.

8.- La Procuradora D^a Ana M^a Chillaron Carmona, en nombre y representación de D. Jose Ángel y D. Clemente contestó a la demanda reconvenicional formulada por D^a Inmaculada y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se estime la excepción de falta de personalidad en las actora-reconviniente, en conformidad con lo establecido en el *artículo 533.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, y subsidiariamente, para el caso de que no se estimase la mencionada excepción, entrando a conocer el fondo del asunto, se dicte en su día sentencia por la que se desestime la demanda reconvenicional interpuesta, imponiendo expresamente las costas de dicha reconvenición a la parte reconviniente

9.- Se allanaron a la demanda D^a Elena, D. Diego, D^a Antonia y D. Jose Francisco; Se declaró en rebeldía a la entidad Jiménez Barranco, S.A. por haber transcurrido el plazo sin comparecer en autos.

10.- Recibido el pleito a prueba se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente. Unidas las pruebas a los autos, las mismas partes evacuaron el trámite de resumen de pruebas en sus respectivos escritos. El Il^{tre}. Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Andújar, dictó sentencia con fecha 20 de noviembre de 1.997, cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: Que rechazando como rechazo las excepciones de falta de legitimación activa, legitimación pasiva, falta de litisconsorcio pasivo necesario y defecto en el modo de proponer la demanda formulados contra la acción actora por los diversos demandados personados. Así como la de falta de legitimación activa formulada por los actores contra la reconvenición dirigida en su contra. Y estimando como estimo parcialmente la demanda formulada por el Procurador D^a Ana M^a Chillarón Carmina, en nombre de don Jose Ángel y don Clemente; contra Menhir Hipotecario, S.A. y doña Inmaculada, representados por el Procurador López Nieto, contra don Jose Manuel, doña Paula, doña Lina y doña Virginia; representados por el Procurador Sr. López Nieto, contra D. Jose Manuel, D^a Paula, D^a Lina y D^a Virginia, representados por el Procurador D. Diego Salcedo Villalba, así como contra D^a Elena y D. Jose Francisco y D^a Antonia, D. Benedicto; contra la entidad Jiménez Barranco S.A. y contra herederos desconocidos de don Jose María, estos dos últimos declarados rebeldes. Debo declarar y declaro válida y eficaz la compraventa formalizada mediante escritura de fecha quince de marzo de 1.969, para la venta de la parcela de terreno descrita como Haza de Terreno de regadío, en el sitio de Valdeperros, también conocido como Palo de Montalbán, en este término municipal, con cabida de veintidós aéreas y veinte centiáreas, que equivalen a poco mas de cuatro celemines y medio de tierra, que linda al Norte, con la carretera nacional de Madrid a Sevilla; al Este, con tierras de herederos de D^a Mariana; al Sur, con mas de D. Guillermo; y al Oeste de D. Luis Antonio. Debo condenar y condeno a D^a Inmaculada, D. Jose Manuel, D. Benedicto, D^a Elena, D^a Antonia, D^a Virginia, D. Jose Francisco, D^a Paula, D^a Lina y D. Diego, en su condición de herederos de D. Jose Manuel y Emilia, a completar el consentimiento uxoris que en su día no otorgó la citada D^a Emilia, así como a hacerlo en forma fehaciente, es decir en escritura pública. Debo declarar y declaro que D. Germán adquirió de D. Jose María, la parcela de terreno descrita en el contrato de compraventa celebrado entre los citados señores el día DOS DE MAYO de 1.968, que se acompaña a la demanda como documento número cuatro de la que formaba parte la descrita como facción de terreno de regadío, procedente de la llamada MATAPERROS, o Valdeperros y palo de Montalbán, con cabida de treinta y siete áreas y ochenta centiáreas, que linda al Norte con finca de los señores Alvaro Jose Ángel Sergio Clemente; al Este, finca de D^a Francisca; al Sur con finca de esta misma procedencia que ésta que se adjudica a D. Jose Manuel; y al Oeste con finca de D. Domingo. Debo declarar y declaro que el citado D. Germán y sus hijos, D. Clemente, D. Jose Ángel, D. Benedicto y D. Alvaro, han poseído, desde entonces, de forma pacífica, publica e ininterrumpida y a título de dueño la parcela descrita en anterior correlativo. Por el contrario, debo absolver y absuelvo a la entidad

Menhir Hipotecario S.A. de la obligación de devolver a los actores y demás propietarios de la parcela de referencia las cantidades recibidas en el procedimiento de ejecución hipotecaria seguido bajo el nº 1.722/91 del Juzgado de 1ª Instancia nº 32 de Madrid. Todo ello sin hacer expreso pronunciamiento sobre costas, salvo en las causadas por haber traído a autos, como parte demandada a la entidad Menhir, que al absolverse, serán de cuenta de la parte actora. Se dictó Auto de aclaración en fecha 29 de noviembre de 1997 .

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por las representaciones procesales de D. Jose Manuel , Dª Inmaculada y D. Clemente y D. Jose Ángel , la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Jaén, dictó sentencia con fecha 18 de julio de 2000 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLAMOS: Que desestimando los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia dictada por el Juzgado de primera Instancia número 2 de Andújar con fecha veinte de noviembre de mil novecientos noventa y siete en autos de juicio de menor cuantía seguidos en dicho Juzgado con el número 219 del año 1995, debemos de confirmar y confirmamos íntegramente la misma, sin hacer especial mención de las costas causadas en esta alzada, salvo de las originadas al apelado Menhir Hipotecario, S.A.,. que se imponen expresamente a los actores (D. Clemente y D. Jose Ángel) por ser los causantes de las mismas.

TERCERO.- 1.- El Procurador de los Tribunales D. Francisco García Crespo, en nombre y representación de D. Jose Ángel y D. Clemente , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes MOTIVOS DEL RECURSO: PRIMERO.- Infracción de las normas del Ordenamiento jurídico y la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Al amparo de lo dispuesto en el *artículo 1692,4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , se ha infringido el *artículo 1857 del Código civil*. SEGUNDO .- Infracción de las normas del Ordenamiento jurídico y la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Al amparo de lo dispuesto en el *artículo 1692,4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , como norma del ordenamiento jurídico que se considera infringida ha de citarse el *art. 33 de la Ley Hipotecaria*. TERCERO .- Infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Con amparo en *artículo 1692 nº 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* . Como norma del ordenamiento jurídico que se considera infringida ha de citarse el *art. 34 de la Ley Hipotecaria*. CUARTO .- Al amparo del *artículo 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil* por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Como norma del ordenamiento jurídico que se considera infringida ha de citarse el *art. 36 de la Ley Hipotecaria*

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el Procurador D. Carlos Ibáñez de la Cadiniere, en nombre y representación de la entidad "MENHIR HIPOTECARIO, S.A. SOCIEDAD DE CREDITO HIPOTECARIO, presentó escrito de impugnación al mismo.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 1 de octubre del 2007, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercitada por la parte actora, los dos hermanos Alvaro Jose Ángel Sergio Clemente una doble acción: una primera tendente a la declaración de validez de una antigua compraventa (de 1969) y a la declaración de que se produjo la adquisición de una parcela de terreno; una segunda, dirigida a la declaración de nulidad de hipoteca constituida por la entidad codemandada y parte recurrida en casación MENHIR HIPOTECARIO, S.A. SOCIEDAD DE CREDITO HIPOTECARIO, nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria a excepción de la adjudicación (hecha a los propios actores) y devolución de la cantidad percibida por dicha ejecución hipotecaria.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Andújar, de 20 de noviembre de 1997 , estimó la primera de las acciones y rechazó la segunda. Fue confirmada íntegramente por la Audiencia Provincial, Sección 2ª, de Jaén, en sentencia de 18 de Julio de 2000 . La parte actora ha formulado el presente recurso de casación, aquietándose -como no podía ser menos- con la estimación de la primera acción y refiriéndose el recurso solamente a la desestimación de la segunda. Lo mismo había hecho en el recurso de apelación que lo concretó en el mismo sentido.

La idea esencial de su posición jurídica -mantenida desde la demanda y reiterada en apelación y casación- es la siguiente. Se ha declarado en sentencia firme que la finca de autos fue adquirida por el causante de los actores muchos años ha; estando así las cosas y apareciendo como propietaria en parte de la misma doña Inmaculada , también codemandada, ésta hipotecó su cuarta parte indivisa en garantía del

préstamo hipotecario que había recibido de la sociedad codemandada MENHIR. Por tanto, como ahora se ha declarado que los verdaderos propietarios eran los actores, se debe declarar la nulidad de la hipoteca, la del procedimiento de ejecución hipotecaria y no así la adjudicación que se produjo a favor de ellos.

La sentencia de la Audiencia Provincial, confirmando la de primera instancia, ha rechazado esta pretensión y no es baldío reproducir el razonamiento empleado:

En cuanto al recurso formulado por la parte actora, por ésta se limita el mismo a su petición de devolución por la entidad hipotecante "MENHIR HIPOTECARIO, S.A.", del pago realizado a la misma por los actores en la ejecución hipotecaria instada por dicha entidad contra la finca registral número NUM003 del Registro de la Propiedad de Andújar, hipotecada por doña Inmaculada, titular registral de una cuarta parte indivisa, para la obtención de un préstamo hipotecario, así como la nulidad de la hipoteca en su día constituida. Al respecto cabe señalar que el pedimento no puede prosperar toda vez que la entidad hipotecante actuó lícitamente y de buena fe en defensa de sus derechos tanto en el otorgamiento del préstamo hipotecario y constitución de la hipoteca, sobre determinadas fincas entre las que se encontraba la de litis, como posteriormente en el procedimiento judicial sumario tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia nº 31 de Madrid, bajo el número de autos 1722/91, instado judicialmente para el resarcimiento de las cantidades de que dispuso a favor de los deudores, constituyendo lógicamente la hipoteca en base a la persona que figuraba como titular registral y sin que tenga por qué responder de las consecuencias de un hecho ajeno a la misma, como es el de que la expresada finca figure inscrita a nombre de una persona que ahora no resulta ser la verdadera propietaria de la misma, hecho éste que, como certeramente señala el juzgador "a quo" ha sido debido a la propia inactividad de los actores en pro de su derecho, no constando probado que concurriera vicio alguno de nulidad en la constitución de la hipoteca sobre la mencionada finca, y resultando verdaderamente curioso como señaló la apelada, que los actores soliciten la nulidad de la hipoteca y la devolución del precio abonado por la adjudicación judicial, pero no la cancelación de su adjudicación a los actores en dicho procedimiento hipotecario.

SEGUNDO.- Lógicamente, el primero de los motivos del recurso de casación plantea la cuestión esencial de la constitución de la hipoteca por quien era titular registral que en sentencia muy posterior se ha declarado que no era propietaria. Al amparo del *nº 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, entiende que ha sido infringido el *artículo 1857 del Código civil que exige en el número 2º* que la cosa hipotecada pertenezca en propiedad al que la hipoteca y de ello deriva, mantiene en el recurso, la nulidad del préstamo hipotecario y la nulidad de la inscripción de la hipoteca.

Aparte de que no es lo mismo al contrato bilateral de préstamo y la constitución unilateral del derecho real de hipoteca, lo cual no lo plantea el recurso, la posición que debe aceptarse es que la persona que constituye la hipoteca debe ser propietaria del inmueble que se hipoteca y si no lo es, falta un presupuesto de eficacia que puede determinar la ineficacia del gravamen (del mismo modo que no puede venderse la cosa de otro) por falta del poder disposición; pero ello se entiende sin perjuicio del efecto convalidante de la protección registral o de la adquisición a non domino (como también ocurre en la venta de cosa ajena).

Así, la propietaria y aparente y titular registral celebra el contrato de préstamo, constituye hipoteca en garantía de la devolución del capital prestado, siendo contratante y acreedor hipotecario la sociedad MENHIR, la cual nunca ha sido parte en aquella relación jurídica por la que se ha declarado que doña Inmaculada no es la verdadera propietaria; habiéndose presumido su buena fe ya que no se ha probado que conociera la realidad extraregstral y, asimismo, inscribió en el Registro de la Propiedad -como es esencial- el derecho real de hipoteca: en definitiva, es un claro tercero hipotecario.

Por ello, no se ha infringido el *artículo 1857* pues la hipotecante, en aquel tiempo, era titular registral y, pese a que se ha declarado que no era propietaria y constituyó hipoteca a favor de tercero hipotecario: la hipoteca es válida y eficaz y el motivo decae.

Y éste no sólo es el criterio doctrinal, sino también el jurisprudencial. Así, como más reciente y explícita, la sentencia de 25 de octubre de 2004 afirma rotundamente la validez de la hipoteca constituida por el titular registral no propietario respecto al tercero hipotecario, en estos términos: "en un elemental entendimiento de la fe pública registral, inherente a la condición de tercero hipotecario del repetido *art. 34 L.H.*, la proyección del principio común de exactitud registral, juega con valor "iuris et de iure", esto es, no cabe demostrar la prevalencia de la realidad extraregstral en contrario, que es el signo clásico de la distinción con el principio de legitimación registral, *ex art. 38*, que admite esa prueba en contrario -exactitud registral "iuris tantum"-, todo lo cual culmina en la pregonada inatacabilidad de la cualidad de ese tercero, del título inscrito acorde con el derecho de la parte recurrida y, consecuentemente, con la general aceptación de que en sede de susodicho *art. 34*, se viabilizan las denominadas adquisiciones "a non domino", o negocios

en los que el transmitente del derecho o del dominio no es en la realidad material el verdadero titular, lo que se explica por el efecto ofensivo de aquella fe pública registral, o su eficacia positiva. Y concretando el caso de no propietario, añade: en cuanto a la denuncia de que la hipoteca celebrada en 15-9-1978 es nula, porque se precisa que sea propietario de la cosa gravada el que la "empeña -art. 1857-2 C.c. - tampoco prospera, pues, es sabido, que siendo constitutiva la inscripción de la misma para su nacimiento, el propio art. 1875, citado en el Motivo, sanciona que para su válida constitución es "indispensable" que el documento en que conste sea inscrito en el Registro de la Propiedad, con lo que, al accederse de este modo a la disciplina de ese Registro, habrá de compartirse que si se admite por lo razonado, la eventualidad de que la "adquisición a non domino" no doblega la condición de tercero hipotecario en el adquirente en mejor modo, habrá de admitirse aquella carga real, al margen de que su constituyente no fuese, en la hipótesis -dueño de la cosa hipotecada, ya que, claro es, únicamente dispone en parte de su derecho al convenir esa carga real, mientras que en aquella se desprende, por completo de la cosa enajenada".

TERCERO.- Al rechazarse el motivo anterior, caen por su base los demás motivos, todos ellos fundados en el *nº 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

El motivo segundo considera infringido el *artículo 33 de la Ley Hipotecaria*, en virtud del cual la fe pública registral que deriva de la inscripción no protege respecto a contratos nulos o no válidos. Así se dice en el motivo, en cuyo desarrollo añade: cuando la entidad "Menhir Hipotecario, S.A." constituyó el préstamo hipotecario e inscribió la hipoteca sobre una cuarta parte de la finca registral número NUM003 de Andújar, respecto de la que figuraba como titular registral doña Inmaculada, dicha cuarta parte indivisa no pertenecía a dicha señora, por lo que esta hipoteca no fue válida, ya que, como declara el *artículo 1860, apartado 2º del Código civil* es requisito esencial del contrato de hipoteca, que la cosa hipotecada pertenezca en propiedad al que la hipoteca.

Pero, como se ha dicho en el fundamento anterior, al rechazar el motivo primero, la hipoteca constituida por la titular registral a favor del acreedor que es un tercero hipotecario, no es nula pese a que muy posteriormente se declare que no era propietaria.

La sentencia del pleno de esta Sala, de 5 de marzo de 2007 fijó la doctrina jurisprudencial sobre el *artículo 34 de la Ley Hipotecaria* en estos términos: "La doctrina sobre el *artículo 34 de Ley Hipotecaria* que procede dejar sentada comprende dos extremos: primero, que este precepto 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; y segundo, 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 adquiriera 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."

En conclusión, se aplica al presente caso el *artículo 34 de la Ley Hipotecaria*, no el 33, por lo que éste no ha sido infringido y el motivo se desestima.

CUARTO.- El motivo tercero del recurso de casación se desestima también porque alega la infracción del *artículo 34 de la Ley Hipotecaria* porque la sociedad codemandada MENHIR, que es el tercero hipotecario, afirma que -literalmente- "de las pruebas que han sido practicadas en el procedimiento, ha resultado que dicha entidad no desconocía que la cuarta parte de la finca que fue objeto del préstamo hipotecario y posterior inscripción de hipoteca, no era propiedad de doña Inmaculada".

Es decir, afirma en el motivo que no tenía la protección del tercero hipotecario porque le faltaba el presupuesto esencial de la buena fe, al conocer que la finca no era verdaderamente propiedad en una cuarta parte de la hipotecante. Lo cual va frontalmente contra el hecho declarado probado por la sentencia instancia, hecho que, como tal, es incólume en casación. Por el contrario, atribuye "a la propia inactividad de los actores" el que durante tantos años dejarán que la titular registral fuera quien mucho más tarde se declaró no ser propietaria.

Al no ser la casación una tercera instancia, no tiene sentido que a lo largo desarrollo del motivo se insista en la valoración de la prueba en relación a que la sociedad MENHIR carecía de buena fe al conocer la verdadera relación dominical. Esta Sala no debe volver a revisar la prueba y proceder a la nueva valoración de la misma, sino que debe partir de lo declarado probado en la instancia y en ésta se ha afirmado la buena fe de aquella sociedad. Ello, en el sentido de que la buena fe es un concepto jurídico que es valorable y revisable en casación, pero no los hechos que conducen a su apreciación y estos hechos son los que pertenecen al Tribunal de instancia, no revisables en casación. Así, en el presente caso, no consta

el conocimiento ni la posibilidad de conocimiento por parte de la acreedora hipotecaria, MENHIR y la larga exposición del motivo es de un orden fáctico que no cabe en casación, en que no se ha planteado la posible infracción de normativa sobre apreciación legal de la prueba.

QUINTO.- Por último, en el motivo cuarto se dice infringida la norma del *artículo 36 de la Ley Hipotecaria* sobre la adquisición de la propiedad por usucapión. Transcribe una sentencia de esta Sala en relación con la adquisición de una finca, para concluir discutiendo la afirmación de la sentencia de instancia al destacar que los actores piden la nulidad de un procedimiento hipotecario, pero no la adjudicación a su favor de la finca ejecutada.

Lo cual puede discutirse, pero es una verdad indiscutida y algo "verdaderamente curioso", como dice la sentencia de la Audiencia Provincial, pero en nada afecta a la casación, ni a la desestimación de este extremo de la demanda. La casación se dirige frente al fallo de la sentencia, no frente a los argumentos ni, mucho menos, frente a observaciones incidentales de la sentencia.

Por lo cual, este motivo se desestima, al igual que los demás, por lo que debe declararse no haber lugar al recurso de casación, con imposición de costas a la parte recurrente y pérdida del depósito constituido.

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

FALLAMOS

Primero.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACION interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Francisco García Crespo, en nombre y representación de D. Jose Ángel y D. Clemente , en nombre propio y a beneficio de la comunidad de propietarios formada con los herederos de D. Germán y D. Alvaro , respecto a la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Jaén, dictó sentencia con fecha 18 de julio de 2000 , que se confirma en todos sus pronunciamientos.

Segundo.- Se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas de su recurso.

Tercero.- Se decreta la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ.-ANTONIO SALAS CARCELLER.- JOSE ALMAGRO NOSETE.- RUBRICADOS.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.