

Id Cendoj: 28079110012010100422
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 1274/2006
 Nº de Resolución: 454/2010
 Procedimiento: CIVIL
 Ponente: ANTONIO SALAS CARCELLER
 Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

REGISTRO DE LA PROPIEDAD. TERCERO HIPOTECARIO. DICHA CONDICIÓN NO TRASCIENDE A LOS SUPUESTOS DE DOBLE INMATRICULACIÓN DE PARTE DEL TERRENO QUE RESULTA ATRIBUIDO A DOS FINCAS DISTINTAS. LA CUESTIÓN HABRÁ DE RESOLVERSE EN ATENCIÓN A LA PREFERENCIA CIVIL DE LOS RESPECTIVOS TÍTULOS.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Junio de dos mil diez.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 102/02, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Coín nº 1; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de la entidad **Zinn cayaxs, S.L.**, representada ante esta Sala por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén; siendo parte recurrida la entidad **Cortijo Gambero, S.A.**, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Yolanda Luna Sierra. Autos en los que también han sido parte don Constantino, doña Encarna y don Fidel 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 la entidad Cortijo Gambero, S.A. contra don Constantino, doña Encarna, don Fidel, y la entidad Zinn cayaxs, S.L.

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 por la que:
 1º.- Se declare el **DERECHO DE DOMINIO** de la entidad **CORTIJO GAMBERO SA** sobre la finca rústica radicante en el término municipal de Coín, en el sitio conocido por partido de la Montaña, Sierra Pelada, comprensiva de una extensión superficial total de ciento sesenta fanegas, equivalentes a noventa y seis hectáreas, setenta y nueve áreas cuarenta y cuatro centiáreas y ciento noventa y cinco centímetros cuadrados, inscrita en el Registro de la Propiedad de Coín, siendo la Finca nº NUM004 del Libro NUM007 y la vigencia de su inscripción registral; se declare específicamente el dominio de mi mandante sobre las 69 hectáreas objeto de la presente litis, por tener menor derecho sobre las mismas y ser de mayor antigüedad registral la inscripción de mi mandante; y, en el caso de estimarse procedente la acumulación de la acción reivindicatoria, se condene a la demandada Zinn cayaxs SL a restituir a mi mandante la finca de su propiedad.- 2º.- Se declare la **NULIDAD** de la estipulación o descripción que contiene el contrato privado de compraventa de fecha 8 de abril de 1988, celebrado entre la Sra. Encarna y su marido y el Sr. Constantino, que indica que la finca que se vende tiene una extensión de 93 hectáreas 475 centiáreas según catastro.- 3º.- Se declare la **NULIDAD** de la totalidad del expediente de dominio para la mayor cabida de la finca registral NUM000, autos nº 1453/89 tramitados ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Málaga y, por lo tanto, del auto dictado en el mismo con fecha 11 de abril de 1991 y, en consecuencia, se declare la **NULIDAD** de la inscripción registral 2ª de la finca NUM000 del Registro de la Propiedad de Coín, así como la **NULIDAD** de las inscripciones registrales 3ª y sucesivas de la citada finca Registro de la Propiedad de Coín.- 4º.- Se declare la **NULIDAD** de la escritura pública de división de la finca NUM000 en otras tres

fincas, otorgada ante el Notario de Marbella Don Emilio Iturmendi Morales con fecha 13 de Julio de 1999, siendo subsanada con fecha 13 de julio de 2000, ante el mismo Notario (se desconocen los números de protocolo por no constar inscritos), así como la NULIDAD de las correspondientes inscripciones en el Registro de la Propiedad de Coín, fincas registrales NUM001 , NUM002 y NUM003 .- 5º.- Se declare la NULIDAD, en tanto contradiga la titularidad jurídica y registral de mi mandante sobre la totalidad de la finca nº NUM004 , de la escritura publica de compraventa de las fincas registrales nº NUM001 , NUM002 y NUM003 del Registro de la Propiedad de Coín, mediante la cual devino propietaria de las mismas la entidad Zinnayaxs SL, otorgada ante el Notario de Marbella Don Emilio Iturmendi Morales con fecha 13 de Julio de 1999, siendo subsanada con fecha 13 de julio de 2000, ante el mismo Notario (se desconocen los números de protocolo por no constar inscritos), así como la NULIDAD de las correspondientes inscripciones en el Registro de la Propiedad de Coín, fincas registrales NUM001 , NUM002 y NUM003 y la NULIDAD de cualquier otra inscripción registral que se haya practicado posteriormente o se practique en las fincas registrales NUM001 , NUM002 y NUM003 del Registro de la Propiedad de Coín, a parte de las ya indicadas.- 6º.- Se proceda a la CANCELACIÓN en el Registro de la Propiedad de Coín de todas las inscripciones registrales cuya nulidad se solicita, así como se declare la nulidad y CANCELE cualquier inscripción posterior que se haya practicado o practique, a continuación de la de la sociedad Zinnayaxs SL, y de cualquier embargo, afección u otra carga o gravámen impuesta al Sr. Constantino o a los sucesivos propietarios de las fincas registrales NUM000 y NUM001 , NUM002 y NUM003 del Registro de la Propiedad de Coín en tanto contradigan la titularidad jurídica y registral de mi mandante sobre la totalidad de la finca nº NUM004 .- 7º.- Se ordene a las Oficinas del Catastro de Coín y Málaga que modifiquen los datos que obran en sus archivos, haciendo constar la superficie de la finca de mi mandante en Sierra Pelada a nombre de CORTIJO GAMBERO SA.- 8º.- En el supuesto de que por alguna circunstancia no se declare el derecho de Dominio de mi mandante o no se pueda recuperar su finca o pierda parte de ésta, SUBSIDIARIAMENTE, se condene al demandado Don Constantino a abonar a CORTIJO GAMBERO SA una indemnización de daños y perjuicios equivalente al valor de mercado de la superficie de la cual se vea privada mi representada, a determinar en ejecución de sentencia, por experto independiente.- 9º.- Se condene a las partes demandadas a estar y pasar por las anteriores declaraciones, adoptando cuantas medidas fueren precisas para hacerlas efectivas.- 10º.- Se ANOTE PREVENTIVAMENTE LA DEMANDA en el Registro de la Propiedad de Coín, al margen de las 3 inscripciones de dominio de la entidad Zinnayaxs SL, fincas registrales NUM001 , NUM002 y NUM003 del Registro de la Propiedad de Coín, Libro NUM005 , Tomo NUM006 . "

2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de don Constantino 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 desestimando íntegramente todos y cada uno de los pedimentos deducidos por la contraparte en cuanto conciernan a mi mandante, con expresa imposición de las costas causadas."

La representación procesal de la mercantil Zinnayaxs S.L. contestó asimismo la sentencia, y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación terminó suplicando al Juzgado "... se dicte Sentencia desestimando íntegramente la demanda por considerar respecto de la zona litigiosa: * Que Zinnayaxs S.L. ha adquirido la propiedad de dicha superficie por prescripción adquisitiva.- * Subsidiariamente, por ostentar Zinnayaxs S.L. un dominio de mejor condición que el de Cortijo Gambero S.A. al haber llevado a cabo actos dominicales y posesorios tanto mi mandante como su causante el Sr. Constantino frente a la ausencia total de este tipo de actos o de ocupación efectiva de Cortijo Gambero S.A. de la zona litigiosa en cuarenta años.- Y en cualesquiera de los dos casos con expresa imposición de costas a la demandante."

Los demandados don Fidel y doña Encarna se allanaron a la demanda, pero ante la oposición de la codemandada Zinnayaxs S.L. no se dictó auto de allanamiento.

3.- Convocadas las partes a la audiencia previa, las pruebas propuestas, que fueron admitidas, se practicaron en el juicio, quedando los autos vistos para sentencia.

4.- El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia con fecha 6 de septiembre de 2004 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que debo estimar y estimo íntegramente la demanda interpuesta por el procurador Sr. Enríquez Villalobos en nombre y representación de Cortijo Gambero S.A contra D. Fidel , Dª Encarna , D. Constantino y la entidad Zinnayaxs S.L. con los siguientes pronunciamientos: 1º.- Declaro el derecho de dominio de la entidad Cortijo Gambero S.A. sobre la finca rústica radicante en el término municipal de Coín, en el sitio conocido como Partido de la montaña, sierra pelada, comprensiva de una extensión superficial total de ciento sesenta fanegas, equivalentes a noventa y seis hectáreas, setenta y nueve áreas, cuarenta y cuatro centiáreas y ciento noventa y cinco centímetros cuadrados, inscrita en el Registro de la Propiedad de Coín, siendo la finca nº NUM004 del libro NUM007 y la vigencia de su

inscripción registral.- 2º.- Debo condenar y condeno a la entidad Zinn cayaxs a que restituya a Cortijo Gambero 69 hectáreas incorporadas a la finca NUM000 y pertenecientes a la antes descrita NUM004 , objeto del presente proceso.- 3º.- Se declara la nulidad de la cláusula del contrato de 8 de abril de 1988 de venta de la finca registral NUM000 entre Dª Encarna y D. Fidel en lo que a la extensión superficial de 93 hectáreas y 475 centiáreas según catastro se refiere.- 4º.- Se declara la nulidad del auto que puso fin al expediente de dominio 1453/89 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Málaga y de la inscripción registral 2º y 3º y siguientes de la finca NUM000 sobre la superficie de dicha finca.- 5º.- Se declara la nulidad de la escritura pública de división de la finca NUM000 en otras tres fincas el 23 de julio de 1999, así como nulidad de las correspondientes inscripciones en el Registro de la Propiedad de Coín, fincas registrales NUM001 , NUM002 y NUM003 .- 6º.- Se declara la nulidad de la escritura pública de compraventa NUM001 , NUM002 y NUM003 del Registro de la Propiedad de Coín de adquisición de la propiedad por Zinn cayaxs SL así como de las correspondientes inscripciones en el Registro de la Propiedad de Coín de dichas fincas y cuantas posteriores se hayan podido efectuar en ellas.- 7º.- Se proceda a la cancelación en el Registro de la Propiedad de Coín de todas las inscripciones registrales cuya nulidad se solicita y de cualquier otra que se practique a continuación de la de Zinn cayaxs y de cualquier embargo, afección u otra carga impuesta al Sr. Constantino o sucesivos propietarios de la finca NUM000 y NUM001 , NUM002 y NUM003 del Registro de la Propiedad de Coín en cuanto contradiga la titularidad jurídica y registral del demandante sobre la finca NUM004 .- 8º.- Notifíquese la presente resolución a las oficinas del catastro de Málaga y Coín al objeto de tomar conocimiento cierto de la superficie de la finca del actor en sierra pelada.- 9º.- Condeno a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones.- 10º.- Condeno a la entidad Zinn cayaxs S.L. y a D. Constantino al pago de forma mancomunada de las costas procesales que se le hubieren generado al demandante, Cortijo Gambero S.A.- Habiéndose allanado antes de contestar a la demanda Dª Encarna y D. Fidel no procede efectuar condena en costas procesales en ese pleito a los mismos, debiendo cada parte correr con las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad...."

SEGUNDO.- *Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación don Constantino y la entidad Zinn cayaxs, S.L., y sustanciada la alzada, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Málaga, dictó sentencia con fecha 16 de febrero de 2006 , cuyo Fallo es como sigue: "Que, desestimando los recursos de apelación que ante la Sala han mantenido los Procuradores D. Baldomero del Moral Palma y D. Vicente Vellibre Vargas, en nombre y representación respectivamente de D. Constantino y de Zinn cayaxs, S.L., debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada el día seis de septiembre de dos mil cuatro por el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Coín, en el Juicio Ordinario nº 102/02 , e imponemos a ambos apelantes las costas causadas por sus respectivos recursos."*

TERCERO.- *El Procurador don Vicente Vellibre Vargas, en nombre y representación de la mercantil Zinn cayaxs S.L., formalizó recurso extraordinario por infracción procesal y de casación ante la Audiencia Provincial de Málaga, al amparo de lo dispuesto en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundado el primero en los siguientes motivos: 1) Al amparo del ordinal 2º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por vulneración de los artículo 465.4 y 218.1 de la citada Ley ; 2) Al amparo del ordinal 3º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 207 de la misma Ley ; 3) Al amparo del ordinal 2º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción del artículo 218.1 y aplicación indebida del artículo 412 de la misma Ley ; 4) Al amparo del ordinal 2º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por vulneración del artículo 218.2 de la citada Ley ; 5) Al amparo del ordinal 2º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de los artículos 218.1.II y 412 de la citada Ley ; 6) Al amparo del ordinal 2º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por infracción de lo dispuesto en los artículos 218.2 y 319.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; y 7) Al amparo del ordinal 4º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución.*

Por su parte, el recurso de casación se funda en los siguientes motivos: 1º, 2º, 3º y 4º, por infracción de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sobre la figura del "tercero hipotecario"; el 5º por vulneración de lo establecido en el artículo 35 de la Ley Hipotecaria, y el 6º por infracción del artículo 1224 del Código Civil .

CUARTO.- *Por esta Sala se dictó auto de fecha 11 de noviembre de 2008 por el que se acordó la admisión de ambos recursos, así como que se diera traslado de los mismos a la parte recurrida, la entidad Cortijo Gambero S.A., que se opuso a su estimación por escrito bajo representación de la Procuradora doña Yolanda Luna Sierra.*

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 16 de junio de 2010, en que ha tenido lugar.*

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos básicos en el presente pleito vienen recogidos por la sentencia de segunda instancia y son, en síntesis, los siguientes:

a) En el paraje conocido como Sierra Pelada o Sierra Pelá, en término municipal de Coín (Málaga), existían cinco fincas registrales que pertenecían en el año 1962 a don Juan Miguel , de las que cuatro fueron aportadas ese año a la sociedad Cortijo Gambero S.A., quedando fuera de tal aportación la quinta de las fincas que carecía de tracto sucesivo registral.

b) Cada una de las cinco fincas tenía aproximadamente 24 hectáreas, por lo que la superficie aportada a Cortijo Gambero S.A. era de 96 hectáreas, mientras que la finca no aportada permaneció con su extensión propia de 24 hectáreas.

c) Las aportadas fueron objeto de agrupación, dando lugar a la finca registral nº NUM004 del Registro de la Propiedad de Coín, continuando la quinta a nombre de su titular Sr. Juan Miguel con el número NUM000 de finca registral.

d) En el año 1983, el Sr. Juan Miguel vendió la citada finca al matrimonio formado por doña Encarna y don Fidel , con la indicada superficie de 24 hectáreas.

e) En el año 1988, dicho matrimonio vende la citada finca registral nº NUM000 a don Constantino mediante escritura pública haciendo constar que su superficie es de 24 hectáreas, 14 áreas y 3 centiáreas.

f) El Sr. Constantino instó expediente de dominio en mayo de 1989 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Málaga para reanudar el tracto sucesivo interrumpido desde el año 1887, por lo que la finca pasa a figurar inscrita a su nombre con la misma superficie de 24 hectáreas.

g) Seguidamente, el propio Sr. Constantino insta ante el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Málaga otro expediente de dominio dirigido a registrar una mayor cabida de la finca que afirma tiene un total de 93 hectáreas, haciendo uso de una referencia catastral que no podía corresponder sino a la finca agrupada de Cortijo Gambero S.A. a la que no se dio audiencia como colindante en el referido expediente, obteniendo un resultado favorable y dando lugar a la modificación de su inscripción, de modo que comprendía en su titularidad gran parte de la finca de Cortijo Gambero S.A.

h) Con fecha 13 de julio de 1999, el Sr. Constantino vende la finca resultante a la entidad Zinn cayaxs S.L., dividiéndola en tres nuevas fincas que ocupan la superficie de aquella, consumando así la doble inscripción de las 69 hectáreas que fueron objeto del exceso de cabida.

La mercantil Cortijo Gambero S.A. interpuso demanda contra don Constantino , Zinn cayaxs S.L., y el matrimonio formado por doña Encarna y don Fidel en ejercicio de acción declarativa de dominio acumulada a otra reivindicatoria, interesando la declaración de nulidad de las transmisiones contractuales así como las oportunas cancelaciones de asientos en el Registro de la Propiedad y, subsidiariamente, interesaba la indemnización de daños y perjuicios en la parte del inmueble litigioso de que la parte actora ha quedado desprovista. Se opusieron a la demanda los demandados don Constantino y Zinn cayaxs S.L., mientras que se allanaron a la misma doña Encarna y don Fidel .

La sentencia de primera instancia, de fecha 6 de septiembre de 2004 , estima íntegramente la demanda y declara el dominio de la actora Cortijo Gambero S.A. sobre la finca litigiosa, fijando su superficie y condenando a la mercantil Zinn cayaxs S.L. a restituírle las sesenta y nueve hectáreas indebidamente incorporadas registralmente a su finca, considerando que la controversia suscitada sobre doble inmatriculación debía resolverse con arreglo a las normas de derecho civil puro y, en consideración a ellas, ostenta mejor derecho la parte actora.

Los referidos demandados, no allanados, recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial de Málaga -Sección 6ª- dictó nueva sentencia de fecha 16 de febrero de 2006 , que desestimó los referidos recursos y confirmó la de primera instancia.

Contra dicha sentencia recurre por infracción procesal y en casación la demandada Zinn cayaxs S.L.

I. Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- El primero de los motivos del recurso se formula al amparo del *ordinal 2º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, por vulneración de los *artículo 465.4 y 218.1 de la citada Ley*, en cuanto considera que han sido vulnerados en apelación los principios «*tantum devolutum quantum appellatum*» y el de prohibición de la «*reformatio in peius*», ambos puestos en relación con la exigencia de congruencia expresada en el *artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

El motivo se rechaza puesto que no es dado a la parte recurrente invocar dichos principios para establecer una comparación entre las sentencias dictadas en ambas instancias y confrontar sus razonamientos a fin de obtener argumentos favorables a su tesis. La limitación del objeto de la apelación y la prohibición de la reforma peyorativa se dirigen claramente a evitar la ilógica consecuencia que supondría para la parte recurrente ver que su situación pudiera verse perjudicada en segunda instancia únicamente por razón de su propio recurso; y esto evidentemente no es lo que sucede en el caso, ya que la sentencia dictada por la Audiencia se ha limitado a desestimar la apelación y a confirmar la sentencia de primera instancia.

En este sentido se pronuncia, entre varias, la sentencia de esta Sala de 17 de octubre de 2005 cuando afirma textualmente: «*No parece racional que se impute a la Audiencia una "reformatio in peius", cuando su fallo confirma íntegramente la [sentencia] apelada, es decir, no la agrava en perjuicio del apelante*».

Las mismas razones han de conducir a desestimar el segundo motivo que, al amparo del *ordinal 3º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, acusa la infracción del *artículo 207 de la misma Ley*, sobre la cosa juzgada en sentido formal. El planteamiento de la parte recurrente carece de sustento en tanto que si existía "cosa juzgada formal" o, lo que es lo mismo, firmeza de la sentencia, como parece afirmar ahora, no habría podido recurrir dicha parte en apelación. No puede admitirse la posición que sostiene la parte en el sentido de que no existiendo en realidad cosa juzgada -formal ni material- en cuanto al "fallo", pueda, por el contrario, sostenerse la presencia de "cosa juzgada formal" respecto de determinados razonamientos de la sentencia que lo contiene, pues el efecto de "cosa juzgada" se produce en relación con el "fallo" en cuanto resuelve sobre las pretensiones de las partes oportunamente deducidas en el pleito y no en relación con los razonamientos que da lugar a la resolución dictada. En tal sentido esta Sala ha declarado que la cosa juzgada radica en la conclusión decisoria y no en los razonamientos (sentencias de 6 y 10 abril 1984 y 17 julio 1987). Pero, en todo caso, no cabe confundir el efecto de cosa juzgada con el hecho de que una parte, que ha obtenido una sentencia en un todo favorable a sus pretensiones, omita la formulación de recurso -inadmisible por falta de interés y de objeto- respecto de determinados "razonamientos" de la sentencia que le favoreció.

TERCERO.- El tercero de los motivos se produce al amparo del *ordinal 2º del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, por infracción del *artículo 218.1* y aplicación indebida del *artículo 412 de la misma Ley*.

Viene a sostener la parte recurrente que la sentencia adolece de falta de exhaustividad y de congruencia pues no ha razonado ni resuelto sobre su alegato de que la parte actora Cortijo Gambero S.A. no ostenta la condición de tercero hipotecario a efectos de la protección registral de su adquisición. Sin embargo, basta la lectura de los argumentos en que se basa la sentencia impugnada para comprobar que, con independencia de los razonamientos de la sentencia de primera instancia, la Audiencia considera irrelevante que concurra o no en la actora la condición de tercero hipotecario pues tal condición resulta trascendente en los supuestos a que se refiere el *artículo 34 de la Ley Hipotecaria* -anulación o resolución posterior del derecho del transmitente- que no son los ahora contemplados.

Nuevamente en el motivo cuarto se vuelve a incidir en la denuncia de incongruencia por defecto y falta de exhaustividad de la sentencia, con afirmación de que se ha vulnerado el *artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con amparo procesal en el ordinal 2º del artículo 469.1 de la misma Ley*, al no razonarse por la Audiencia sobre lo argumentado en el recurso acerca de la declarada nulidad -en sentencia de primera instancia- de la *cláusula del contrato de 8 de abril de 1988 de venta de la finca registral nº NUM000* celebrado entre doña Encarna y don Fidel, como vendedores, y el Sr. Constantino, como comprador, en lo que a la extensión superficial de 93 hectáreas y 475 centiáreas según catastro se refiere.

El motivo se desestima porque carece de eficacia, ya que, en primer lugar, aun cuando la sentencia de primera instancia declarara dicha nulidad, ello -y, en concreto, el referido pacto- resulta inocuo para los derechos de la parte demandante Cortijo Gambero S.A. y la extensión de la finca de su propiedad que en

forma alguna podía verse alterada por lo convenido entre terceros, además de que consta que en la escritura pública de fecha 5 de octubre de 1980, que contenía el contrato de compraventa entre el referido matrimonio y el Sr. Constantino, no se hizo constar tal extensión sino la de 24 Has., 14 a. y 3 ca., debiendo prevalecer el contenido de esta última.

CUARTO.- El motivo quinto, con igual amparo procesal, se formula por infracción de los *artículos 218.1.II y 412 de la citada Ley*, al haber sido vulnerados los principios «*iura novit curia*» y «*da mihi factum et dabo tibi ius*». Lo cual, mediante un razonamiento de difícil comprensión, pone en relación la parte recurrente con la cuestión que reiteradamente suscita al efecto de negar la condición de tercero hipotecario a la mercantil actora; condición que, según sostiene, le confirió el Juzgado sin que la Audiencia se haya pronunciado sobre ello.

Ya se ha dicho que la Audiencia no ha entrado en la consideración de esta cuestión por considerarla -sin duda- intrascendente, puesto que en todo caso no se ha anulado o resuelto el derecho de quien transmitió a la actora Cortijo Gambero S.A. por lo que no entra en juego la protección registral del llamado "tercero hipotecario". Por ello el motivo ha de ser rechazado al igual que el sexto que, bajo los mismos argumentos, viene a incidir en la misma cuestión.

Como motivo de cierre, el séptimo se formula con amparo procesal en el *ordinal 4º del artículo 469.1* y viene a sostener la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (*artículo 24 Constitución*) basada en todos los argumentos ya expuestos en los anteriores motivos, por lo que basta para desestimar el motivo la remisión íntegra a los razonamientos expresados en cada caso para su rechazo.

II. Recurso de casación.

QUINTO.- Los dos primeros motivos del recurso vienen a coincidir en la denuncia de la vulneración del *artículo 34 de la Ley Hipotecaria* en cuanto a la atribución a la parte actora Cortijo Gambero S.A. de la condición de tercero hipotecario.

Ya se ha razonado con anterioridad en el sentido de que, con independencia de lo razonado por el Juzgado -que ahora no interesa a efectos casacionales- la Audiencia no basa su resolución en la concurrencia o no en la demandante de la condición de tercero hipotecario, precisamente porque su derecho no viene determinado por la existencia de tal condición en tanto que no se da el supuesto de hecho que se contempla en el *artículo 34 de la Ley Hipotecaria* para justificar la eficacia ofensiva de la inscripción en los supuestos en que "posteriormente" se anule o resuelva el derecho del otorgante por causas que no consten en el mismo Registro, sino que la Audiencia recurrida resuelve comparando el contenido de los títulos de una y otra parte, de los que deduce la preferencia del de la parte actora en cuanto a la propiedad de determinada extensión de terreno que ha de considerarse comprendida en su finca y no en la que pertenece a la parte demandada.

El tercer motivo se refiere a la afirmada concurrencia de tal condición de tercero hipotecario en la parte recurrente, la mercantil Zinnayaxs S.L. Dicho motivo ha de decaer pues con independencia de que pueda atribuirse o no a dicha parte la condición de "tercero hipotecario" protegido por el Registro de la Propiedad, tal protección no abarca la existencia real de la finca y mucho menos su extensión superficial, cuyo dato, pese a poder figurar en la inscripción, ninguna garantía supone para los adquirentes en cuanto a su realidad; lo que igualmente conlleva la desestimación del motivo cuarto en tanto que el resultado del expediente sobre mayor cabida de la finca no puede hacerse valer por la entidad ahora recurrente alegando su pretendida condición de "tercero hipotecario".

Esta Sala ha declarado con reiteración que la fe pública del registro asegura la existencia y contenido jurídico de los derechos reales inscritos, pero no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la inscripción de la finca quedando ello sometido al resultado de las pruebas practicadas (sentencias de 30 de octubre de 1961, 16 de abril de 1968, 3 de junio de 1989; y, como más recientes, las de 5 junio 2000, 6 julio 2002 y 15 abril 2003).

SEXTO.- El quinto motivo, que denuncia la vulneración de lo establecido en el *artículo 35 de la Ley Hipotecaria*, ha de ser igualmente rechazado.

Es cierto que dicha norma establece que «*A los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será justo título la inscripción, y se presumirá que aquél ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa*»; pero la misma no ampara la situación de la ahora recurrente pues la posesión se

presume que es de buena fe, pero en el presente caso se desprende con claridad de los hechos probados -y así lo considera la Audiencia recurrida- que tal presunción ha quedado destruida en tanto que, con independencia de la calificación que mereciera la actuación de la recurrente, la entidad Zinn cayaxs S.L., no puede considerarse de buena fe la posesión de su causante y, en consecuencia, no puede entenderse cumplido el plazo de prescripción adquisitiva ordinaria a favor de dicha recurrente, que compró la finca en el año 1999.

También ha de ser desestimado el sexto, y último, de los motivos del recurso de casación que se refiere a una supuesta vulneración de lo dispuesto en el *artículo 1224 del Código Civil* en relación con la escritura pública de venta efectuada por el matrimonio formado por doña Encarna y don Fidel a don Constantino y la distinta fijación de la extensión superficial de la finca vendida que se consignó en la escritura pública respecto del documento privado anterior.

No obstante, dicha norma no se refiere al supuesto de elevación a público de un contrato de compraventa suscrito en documento privado, sino a las escrituras públicas por las que se reconoce o confiesa la existencia de otro documento público o privado anterior sin necesidad de incorporar a las mismas el contenido de tal documento, con efectos puramente confesorios del acto o negocio primitivos (sentencias de 15 octubre 1985 y 22 diciembre 1986), por lo que esta Sala los ha calificado de «*contratos reproductivos*» o de «*fijación jurídica*» (sentencia de 16 febrero 1990). Se trata, por tanto, de un supuesto distinto al que ahora se discute y, por tanto, no cabe considerar que se ha producido infracción de dicha norma que resulta inaplicable. Además, tratándose de una relación jurídica entre terceros, en nada puede afectar a los derechos dominicales de la actora lo convenido por los mismos.

SÉPTIMO.- Desestimados todos los motivos, procede igualmente la desestimación de ambos recursos, condenando a la parte recurrente al pago de las costas causadas por los mismos de conformidad con lo dispuesto por el *artículo 394.1 en relación con el 398.1, ambos 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** a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de la mercantil **Zinn cayaxs S.L.**, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 6ª) de fecha 16 de febrero de 2006 en Rollo de Apelación nº 344/05, dimanante de autos de juicio ordinario número 102/02 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Coín , en virtud de demanda interpuesta por la entidad **Cortijo Gambero S.A.** contra la hoy recurrente y otros, la que **confirmamos** y condenamos a la parte recurrente al pago de las 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 .- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Jesus Corbal Fernandez.- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- 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.