

V. CONSIDERACIÓN DE ESTE DERECHO COMO UNA CARGA DE LA VIVIENDA CON LA QUE HA DE CONTAR EL NUEVO ADQUIRENTE EN CASO DE VENTA DEL INMUEBLE DIVIDIDO

Derivado de las garantías específicas atribuidas por ley a este derecho de uso, se deriva la consideración de este derecho como una carga de la vivienda con la que ha de contar el nuevo adquirente en caso de venta del inmueble dividido. Cuestión afirmada reiteradamente por la jurisprudencia, pues si bien el —generalmente esposo— cotitular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitular, ex-cónyuge, en virtud de la sentencia de divorcio (7).

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

1.3. Derechos reales

COPROPIEDAD. VENTA DE COSA COMÚN POR COPARTÍCIPES EN EL DOMINIO, TITULARES REGISTRALES, SIN CONTAR CON EL OTRO CON- DUEÑO RECONOCIDO EN DOCUMENTO PRIVADO. VENTA DE COSA AJENA.—VALIDEZ DE LA MISMA Y MANTENIMIENTO EN LA ADQUISICIÓN DEL TERCER ADQUIRENTE DE BUENA FE (ART. 34 LH). (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE FEBRERO DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.

(7) Vid. Audiencia Provincial de Girona, Sección 2.ª, Sentencia de 27 de febrero de 2001 (La Ley Juris.: 719794/2001). «La cuestión a determinar es, entonces, qué ocurre con el derecho de uso exclusivo del inmueble que tiene uno de los cónyuges derivado de su atribución como vivienda familiar. Sobre este aspecto cabe señalar la línea jurisprudencial que, en términos generales, considera que el uso de la vivienda familiar tiene efectos *erga omnes*, siendo claramente oponible a terceros, incluidos los futuros propietarios del mismo (SSTS de 31 de diciembre de 1994, RJ 1994/10330; 25 de octubre de 1999, RJ 1999/7680; entre otras). Si bien en algunas ocasiones esta permanencia se ha fundamentado en un pretendido «derecho real familiar» derivado de la sentencia de separación o divorcio (STS 18-10-1994, RJ 7722); en la actualidad se hace referencia a la existencia de una carga derivada de la sentencia de separación o divorcio. Una carga con la que ha de contar el nuevo adquirente, tal y como lo ha explicitando el Tribunal Supremo en las sentencias de 22 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10684), 20 de mayo de 1993 (RJ 1993/3807), 14 de julio de 1994 (RJ 1994/6439) y 16 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9144), con arreglo a las que, si bien el cotitular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitular, ex-cónyuge, en virtud de la sentencia de divorcio. Por lo tanto, el derecho de uso se mantiene indemne, y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, la que sólo puede ser modificada por la voluntad de los interesados o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó (STS de 27 de diciembre de 1999, RJ 1999/9493). Un derecho de uso que puede igualmente ser objeto de registro en el correspondiente Registro de la Propiedad. Por lo que este motivo de impugnación debe prosperar».

Antecedentes.—Se adquirió por escritura pública, de fecha 28 de diciembre de 1973, la finca objeto del litigio por don Eduardo Sanjurjo y don Francisco Javier Ribas, en pro-indiviso, y a razón de una tercera parte, aquél, y dos terceras partes, éste, y así se inscribió en el Registro de la Propiedad. Posteriormente, el 20 de junio de 1974, los adquirentes firmaron un documento privado en el que manifestaban que la finca adquirida pertenece por terceras partes iguales en pro-indiviso a los dos adquirentes en una tercera parte cada uno, y la otra tercera parte a doña M.^a Teresa Ribas (casada en régimen de gananciales con don Alberto Casal), añadiéndose que lo allí dispuesto se hará constar en escritura pública si ella lo solicitara.

Posteriormente, en otro documento privado de fecha 4 de agosto de 1976, averdado pericialmente, don Francisco Javier Ribas hace constar que en la escritura pública de adquisición consta como propietario de las dos terceras partes de la finca, pero que en realidad les pertenece en partes iguales a él, al señor Sanjurjo y a don Alberto Casal, obligándose a formalizar cuantos documentos fueren necesarios para la constancia registral y frente a terceros de lo que allí se consignaba.

Muere don Francisco Javier Ribas y le sustituye en el pro-indiviso su mujer (casados en régimen de gananciales) doña Pilar Villarreal.

Doña Pilar Villarreal y don Eduardo Sanjurjo, por escritura pública de fecha 28 de octubre de 1994, venden la totalidad de la finca a Xuvenca e Carballos, S. L., sin que conste autorización de doña M.^a Teresa Ribas. Esta escritura se inscribe en el Registro de la Propiedad.

Ante esta compraventa, sin su consentimiento, doña M.^a Teresa y su esposo interponen demanda de juicio declarativo de menor cuantía en el ejercicio de la acción declarativa de dominio, solicitando que se declare a su favor el dominio de la tercera parte pro-indiviso de la finca y que se cancelen los asientos registrales que se oponen a ello. Asimismo, interponen otra demanda frente a los compradores y los anteriormente demandados, solicitando que se declare la nulidad de la compraventa realizada en escritura pública de fecha 28-X-94 y que dio lugar a la correspondiente inscripción registral.

Se acumulan las acciones, y el Juzgado de Primera Instancia desestima las dos demandas acumuladas, por entender que ejercitándose principalmente la acción declarativa de dominio, el actor no ha acreditado suficientemente por los documentos aportados el título justificativo de propiedad; pues dichos documentos privados carecen de eficacia ante terceros, y sólo la producen entre las partes, actuando sólo como prueba documental. Mientras que la transmisión en escritura pública sí es válida por ser el adquirente tercero de buena fe.

Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial admite parcialmente el recurso y revoca en parte la sentencia, declarando que la finca era propiedad de los actores, declarando la nulidad de la escritura pública de compraventa realizada, pero reconociendo, no obstante, la condición de tercero hipotecario al adquirente.

Se recurre la sentencia en casación por doña Pilar Villarreal y don Eduardo Sanjurjo, alegando que solamente han vendido sus partes en la finca, tal y como es permitido en los condominios (infracción del 399 del Código Civil); y asimismo recurre también el adquirente alegando su posición de tercero de buena fe, y que la compraventa de cosa ajena es válida.

El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la Mercantil Xuvenca e Carballos y desestima el interpuesto por doña Pilar Villarreal y don Eduardo Sanjurjo, estableciendo la siguiente:

Doctrina.—Se aprecia el segundo motivo de casación interpuesto por la mercantil adquirente de la finca, ya que «califica correctamente la venta de cosa ajena como figura que aparece admitida por la doctrina y la jurisprudencia, al entender que la compraventa es sólo generadora de obligaciones, y la propiedad no se transmite por el simple contrato, sino por éste unido a la tradición, teniendo como límite la validez de esta venta, el supuesto en que medie engaño por parte del vendedor, en cuyo caso cabría anulabilidad por dolo, existiendo en otro caso la posibilidad de la correspondiente indemnización si la cosa no llega a entregarse». De lo anteriormente dicho debe deducirse que, estando la posición negocial de la sociedad compradora amparada por el artículo 34 y el 38 LH, en cuanto siendo la misma tercero hipotecario, por ser de buena fe, fiándose del Registro, como no consta que medie dolo por parte de los vendedores, debe reconocerse la adquisición dominical que corresponde a la sociedad compradora.

COMENTARIO

Se aborda en esta sentencia, una vez más, el tema de la venta de cosa ajena, que todavía sigue generando problemática y discusiones doctrinales y jurisprudenciales.

Sin embargo, en esta sentencia se declara la validez de dicha venta de cosa ajena, lo cual es digno de alabanza y mención, sobre todo teniendo en cuenta los distintos pareceres de este mismo Tribunal sobre esta materia. Sin ir más lejos, baste mencionar la reciente sentencia de 10 de junio de 2003, en la que el Tribunal Supremo aboga por la nulidad de la venta de cosa ajena, que ya fue objeto de comentario en esta misma revista (1), si bien, en ese comentario, el tema se hizo más complejo al mezclarse con un embargo trabado sobre bienes que no eran del deudor.

En resumen, compartimos y subrayamos las palabras del Alto Tribunal confirmando la validez de la venta de cosa ajena, esperando que de una vez se confirme esta tesis. Pero para ello, desde estas líneas, considero conveniente hacer unas breves consideraciones sobre la misma, y su relación con el artículo 34 LH, criticando, de esta forma, la sorprendente idea de la Audiencia Provincial que a pesar de considerar nula la doble venta, mantiene la adquisición del tercero del 34 del comprador.

La venta de cosa ajena se puede definir como la venta de una cosa a una persona por quien no es dueño de la cosa, y por tanto carece de la facultad de disposición sobre la misma. Se diferencia de la doble venta en el sentido de que ésta se produce cuando existe una doble transmisión, sin que en ningún caso la primera transmisión se haya consumado (hay título pero falta modo), por lo tanto el transmitente sigue siendo propietario, tiene poder de disposición sobre la cosa y puede, en consecuencia, transmitir eficazmente a un segundo comprador que sí que consuma la compraventa, al existir modo (toma de posesión o tradición instrumental). Mientras que en la compraventa de cosa ajena se exige una primera compraventa perfecta y consumada, pues ha existido no sólo título sino también modo, y por tanto hay transmisión del

(1) Véase, en este sentido, el comentario a la STS de 10 de junio de 2003, en *RCDI*, número 684, julio-agosto, 2004, págs. 1964-1969.

dominio, de forma que el transmitente (vendedor) ya no es propietario de la cosa, ya no tiene poder de disposición sobre la misma cuando la enajena a un segundo adquirente.

Si configuramos así la venta de cosa ajena, caben, entonces, dos posturas sobre la misma y su relación con la fe pública registral:

1. La primera tesis, y tradicional, entiende que la segunda disposición que realiza el vendedor es a *non domino*, pues la primera venta ya se consumó. Y, siguiendo el famoso aforismo *nemo dat quod non habet*, se considera que dicha venta es nula, pues el que nada tiene, nada transmite, y por tanto, sea por falta de objeto, o incluso por falta de causa, dicha venta no puede ser válida.

En consecuencia, si la segunda venta (venta de cosa ajena) es nula, el adquirente de la misma, aunque inscribiera su derecho en el Registro de la Propiedad, no puede resultar amparado en ningún caso por el artículo 32 LH, puesto que el artículo 33 LH impide la convalidación de los actos nulos, siendo excepción al primero. Tampoco podría alegarse aquí la protección del 34 LH, interpretando que estamos ante un supuesto de resolución o anulación del derecho del transmitente que «convalida» el Registro a favor del tercero del 34 LH, pues está claro que para gozar de su protección registral, ese mismo artículo exige que el tercero haya adquirido mediante negocio jurídico válido. Luego, en ningún caso, ese tercer adquirente que inscriba puede ser amparado por el Registro, y perdería en todo caso su derecho de propiedad adquirido, pues fue nula su adquisición.

Parte de la doctrina coincide con la tesis de la nulidad de la venta de cosa ajena, si bien más antigua, entre ellos, MANRESA, MUCIUS SCAEVOLA, BORRELL (2).

Por otra parte la jurisprudencia, en un principio, se inclinó mayoritariamente por esta tesis y mantuvo la nulidad de la venta de cosa ajena, basándose unas veces en la falta de objeto (inexistencia), otras de causa, y algunas en la nulidad por error determinante, baste como ejemplo las SSTs de 11 de abril de 1911, 26 de junio de 1924, 19 de diciembre de 1946, 20 de noviembre de 1925, 27 de diciembre de 1932, 23 de junio de 1951, 12 de octubre de 1954, 7 de abril de 1971, 18 de octubre de 1982, y mucho más recientes, podemos encontrar las SSTs de 16 de mayo de 1991, 11 de abril y 17 de noviembre de 1992, 25 de mayo de 1994, 2 de julio de 1994, 25 de julio y 26 de noviembre de 1996, 24 de julio de 1998 y sin ir más lejos, la STS que ya hemos mencionado de 10 de junio de 2003, que dice textualmente, recogiendo la doctrina jurisprudencial anterior: «si la primera compraventa resulta plenamente consumada por pago íntegro del precio y entrega de la cosa al vendedor que accede efectivamente a su posesión inmediata y disfrute, como aquí ha ocurrido... En estos supuestos no se puede hablar de doble venta y sí de venta de cosa ajena o inexistencia de la segunda venta por falta de objeto...».

Como se ve, esta tesis de la nulidad, si bien era mayoritaria en sus inicios, todavía hoy se mantiene de forma más aislada, conviviendo con la tesis hoy dominante que vamos a exponer a continuación y que origina un grave problema de coordinación e interpretación.

(2) Véase MANRESA y NAVARRO, J. M., *Comentario al Código Civil español*, tomo IX, Madrid, 1908, pág. 25; MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil concordado y comentado*, tomo XXIII, Madrid, 1906, págs. 271-278; aunque este autor parece inclinarse más por la anulabilidad; BORRELL, *Derecho Civil español*, t. III, págs. 225 y sigs.

2. La segunda postura que puede mantenerse en torno a la venta de cosa ajena es que, a pesar de haberse consumado la primera compraventa, eso no hace nula la segunda, sino que ésta es válida, pues reúne todos sus requisitos esenciales (art. 1.261 del Código Civil: consentimiento, objeto y causa), y es perfecta en el plano obligacional. Es válida esa compraventa por el carácter obligacional del contrato, que únicamente produce obligaciones (para el vendedor sólo la de entregar la cosa), y además no existe en el Código Civil ningún precepto que exija que el vendedor sea propietario de la cosa vendida. Por lo tanto, entre las partes, y como contrato, en el plano estrictamente obligacional, la venta de cosa ajena es válida. Sería en el plano real donde podemos aducir su nulidad, ya que al carecer el transmitente del poder de disposición de la cosa (pues ya la enajenó), no puede producirse el efecto típico real de la compraventa que es, precisamente, la transmisión de la propiedad. Es decir, la transmisión de la propiedad a favor del segundo adquirente sería imposible (pues ya se transmitió), pero la venta en sí, como negocio, como contrato, como título de adquisición sería plenamente válida; eso sí, ineficaz en lo concerniente a la transmisión de la propiedad. Por tanto, la segunda venta sería una venta válida pero ineficaz en el plano real.

Y precisamente, es en esos supuestos de validez pero ineficacia donde el Registro juega o se manifiesta con su protección registral. En este caso, si el segundo adquirente de buena fe inscribe su derecho en el Registro, resulta protegido por el artículo 32 LH frente al que no lo hizo, pues no choca con el artículo 33 LH. Y, por supuesto, si se dieran las circunstancias del 34 LH (resolución o anulación del derecho del transmitente), podría actuar el 34 purgando de ineficacia esa adquisición válida del tercer adquirente, que sería sin duda un tercero hipotecario del 34 LH.

En este sentido se manifiesta la mayor parte de la doctrina, entre los que podemos destacar a LACRUZ BERDEJO (3), que mantiene la validez de la venta de cosa ajena por la naturaleza consensual del contrato de compraventa, generador únicamente de obligaciones, entre ellas la de entregar la cosa, pero nada se dice del dominio, ni de que el vendedor deba ser propietario de la cosa vendida. En el mismo sentido se manifiestan Díez Pícazo, Amorós Guardiola, Chico y Ortiz, Albaladejo, Lasarte, y O'Callaghan, entre otros (4).

La Jurisprudencia, aunque vacilante, como ya hemos visto en el apartado anterior, últimamente parece inclinarse más por la tesis de la validez, tesis que se defendió por primera vez en la STS de 15 de marzo de 1954, en la que el Tribunal sostuvo que las consecuencias de la falta de dominio del vendedor sobre la cosa vendida se reducen a los efectos traslativos del contrato, independientemente de las relaciones que en el orden obligacional pudieran surgir entre los contratantes, por concurrir en el contrato los requisitos necesarios

(3) Véase LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, II-2, ed. Dykinson, Madrid, 2001, págs. 14-16.

(4) Véase Díez Pícazo, J. L. y Gullón, A., *Sistema de Derecho Civil*, II, ed. Tecnos, Madrid, 2001, págs. 262-263; AMORÓS GUARDIOLA, M. y CHICO Y ORTIZ, J. M., «Comentario al artículo 606», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Ed. Edersa, Madrid, pág. 361; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, tomo cuarto, Ed. Reus, Madrid, 1988, págs. 84-87; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, II, vol. 2.º, J. M. Bosch editor, Barcelona, 1994, págs. 18-19; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, tomo 3, ed. Trivium, Madrid, 1994, pág. 190; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil*, tomo II, vol. 2.º, EDESA, Madrid, 1991, págs. 22-23.

para su existencia. A esta sentencia han seguido muchas otras, entre las cuales cabe mencionar la de 5 de febrero de 1968; 7 de abril de 1971; 16 de mayo de 1974; 5 de mayo de 1983, 3 de junio, 13 de octubre y 31 de diciembre de 1984, 28 de noviembre de 1986, 4 de marzo de 1988, 25 de junio de 1993, 6 de junio, 12 de julio y 25 de octubre de 1996, 29 de enero de 1997, 19 de octubre de 1998, y más reciente la STS de 14 de abril de 2000, cuyas palabras resumen perfectamente esta doctrina: «La doctrina jurisprudencial más moderna viene reconociendo la validez de la venta de cosa ajena, dado el carácter puramente obligacional del contrato de compraventa —el vendedor, en efecto, no da sino que se obliga a hacerlo— sin que exista precepto alguno que disponga que quien vende tenga que ser propietario de la cosa vendida».

Comparto totalmente esta segunda postura, y considero que hoy no queda duda acerca de la validez de la venta de cosa ajena. Por eso, es de agradecer la contundencia de esta sentencia, y es de esperar que no vuelvan a producirse pronunciamientos contrarios a su doctrina. Pero esta sentencia es también importante e innovadora, en el sentido de que recoge y acepta que la venta por parte de varios condóminos sin contar con otro de ellos, es venta de cosa ajena en parte, aplicando la tesis de su validez, frente a una doctrina anterior que abogaba por la nulidad de la venta de cosa común por un comunero sin consentimiento de los demás. Nulidad que deriva de la falta del poder de disposición en el mismo. Doctrina que se recogía en la STS de 30 de diciembre de 1996, que afirmaba que «...sentada la indivisión del patrimonio de la causante... y teniendo en cuenta que es principio de derecho que nadie puede dar lo que no tiene, siendo doctrina del Tribunal Supremo mantenida desde antiguo, que cualquiera de los herederos puede enajenar su cuota hereditaria, pero no bienes concretos ni cuotas recayentes sobre bienes concretos de la herencia, sin el consentimiento de todos los demás. Por ello, faltando el consentimiento de todos los herederos de doña Josefa R. P., la compraventa efectuada por la demandada doña Elena I. R., en unión con sus hijos doña Elena y don Fernando I. R., en virtud de escritura de 3 de noviembre de 1998, aclarada por la de 28 de junio de 1990, debe reputarse nula e ineficaz respecto de la demandante y comunidad hereditaria en cuyo beneficio acciona». La misma doctrina puede encontrarse en las sentencias que esta misma cita de 4 de abril de 1905; 26 de enero de 1906; 30 de enero de 1909; 18 de noviembre de 1918; 11 de febrero de 1952 y 11 de abril de 1953.

Y, para terminar, conviene subrayar lo inadmisibile por contradictorio de la postura mantenida por la Audiencia Provincial de Lugo, pues considera nula la venta de la finca litigiosa a la mercantil adquirente, pero, sin embargo, considera que ésta es tercero hipotecario, y por tanto debe ser mantenida en su adquisición. Incurre en una grave incoherencia o contradicción, pues la Ley Hipotecaria establece en su artículo 34 de forma expresa, y se aplica al 32 LH igualmente, que para ser tercero hipotecario, y por tanto, resultar protegido por el Registro, es indispensable adquirir el derecho en cuestión mediante negocio jurídico válido. Si la compraventa por la que adquirió el comprador es nula, resulta imposible pretender la protección registral. No pueden mantenerse las dos posturas a la vez, y me parece oportuno incidir sobre el erróneo fallo de la Audiencia Provincial, que rectifica, afortunadamente, el Alto Tribunal en su sentencia.

Por último, y simplemente como un pensamiento en voz alta, me gustaría dejar planteado que, quizá, una vez aclarada y confirmada la validez de la venta de cosa ajena, y que por tanto el comprador puede hacer eficaz su

adquisición conforme al artículo 34 LH, tal vez habría que dar una nueva vuelta de tuerca, y tratar también de superar esta tesis. Se podría empezar a considerar que ese adquirente no es verdadero propietario porque el Registro purgue, «convalide» su adquisición conforme al artículo 34 LH, sino que, probablemente, lo sea conforme al artículo 32 LH. Pues, como inscribió su derecho, es verdadero propietario frente a quien no lo hizo; no por un tema de eficacia o validez, sino de enfrentamiento de dos títulos distintos: uno perfecto y consumado, no inscrito (por tanto claudicante e inoponible frente a otro inscrito), y otro inscrito y por tanto oponible y eficaz, ahora sí, *erga omnes*. No se trata tanto de un supuesto de convalidación de una venta de cosa ajena por 34 LH, sino de un supuesto de inoponibilidad y, por tanto, del 32 LH en relación con los artículos 1.473 del Código Civil y 606 del Código Civil.

Pero, probablemente, el desarrollo de esta idea exceda de este comentario, con lo que me conformo con dejar planteada la cuestión.

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

POSESIÓN Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD. EL HECHO DE TRANSMITIR LA POSESIÓN DE UNA FINCA QUEDA EXCLUIDO DE INSCRIPCIÓN POR LA LEY HIPOTECARIA. (RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2004.)

Antecedentes.—Se presenta a su inscripción una escritura en virtud de la cual don Juan Manuel M. D. transmitió, a cambio de una prestación dineraria, la posesión de varias fincas registrales, respecto de las cuales afirma que es titular de la posesión de manera pública, pacífica y notoria desde tiempos inmemoriales, a las entidades C. de C., S. A.; SCLM, S. A.; SCR, S. A., y C. de CLM, S. A.

El Registrador rechaza la inscripción solicitada por entender que el mero hecho de transmitir la posesión de fincas es un derecho expresamente excluido de inscripción por la Ley Hipotecaria (art. 5 LH).

Se interpone recurso gubernativo alegando que no se pretende inscribir un hecho, sino un acto jurídico: la transmisión de la posesión, contemplado por el artículo 2 LH.

La DGRN confirma la nota del Registrador, desestimando el recurso interpuesto, estableciendo la siguiente

Doctrina.—Sin necesidad de entrar en la discusión doctrinal sobre si la posesión es un hecho o un derecho, es lo cierto que la reforma hipotecaria de 1944 declaró la expulsión del Registro de tal figura, de manera que, aunque se tratara hipotéticamente de un derecho real, la clara dicción del artículo 5 de la Ley Hipotecaria supondría una excepción a los artículos 1 y 2.1.º de la misma Ley.

COMENTARIO

Se plantea el problema de si la transmisión de la posesión es inscribible o no. En definitiva, nos encontramos con el viejo tema de la posibilidad de la inscripción registral de la posesión.