

Nulidad contractual: litisconsorcio pasivo necesario y congruencia. Doble disposición y venta de cosa ajena. Comentario a la STS de 25 de julio de 1996 (1)

ANTECEDENTES DE HECHO

Puesto que la sentencia objeto de este comentario relata pormenorizadamente los hechos que enjuicia, me limitaré a hacer aquí un breve resumen de los mismos, a fin de facilitar su lectura completa.

En escritura pública de 28 de mayo de 1985, don Rafael M.C. donó de forma pura, simple y gratuita a su hija adoptiva doña Concepción M.M. un piso con su plaza de garaje, donación que ésta aceptó en la misma escritura pública y que no fue inscrita en el Registro de la Propiedad. El donante siguió viviendo en el inmueble donado. También en escritura pública, ésta de fecha 21 de junio de 1988, el propio don Rafael M.C. vendió a su sobrino don Juan de Dios M.C. la nuda propiedad de los mismos dos inmuebles, reservándose el usufructo vitalicio, con facultad de disponer o gravar las fincas mencionadas a título oneroso, en caso de necesidad libremente apreciada por él, y sin tener que conservar o subrogar la prestación obtenida. Esta compraventa fue inscrita en el Registro de la Propiedad. Don Rafael M.C. falleció el día 8 de diciembre de 1988, sin haber hecho uso de la mencionada facultad y bajo testamento abierto otorgado con fecha 28 de junio de 1988, en el que instituía herederos a su hija adoptiva doña Concepción M.M. en la legítima, aunque

(1) Teniendo prácticamente ultimado este comentario, llega a mis manos el publicado por el profesor ALBALADEJO sobre la misma sentencia, en *RDP*, junio de 1997, págs. 486-510, indudable indicio del interés de las cuestiones abordadas en la sentencia.

estableciendo que nada habría de recibir del caudal relicto por haberlo recibido todo en vida del causante, y a su sobrino don Juan de Dios M.C. en el tercio de libre disposición.

En acta notarial de fecha 14 de febrero de 1989, la sobrina donataria, doña Concepción M.M. notificó al comprador, don Juan de Dios M.C. y a su esposa la donación antes referida, requiriéndoles para que se abstuvieran de hacer sobre los mencionados inmuebles ningún acto de enajenación o gravamen. En escritura pública de fecha 7 de marzo de 1989, los referidos compradores vendieron dichos inmuebles a doña **Eugenia-Antonia S.P.**, inscribiéndose tal compraventa en el Registro de la Propiedad con fecha 11 de abril de 1989.

El día 14 de abril de 1989, doña Concepción M.M. promovió demanda contra los referidos cónyuges compradores, don Juan de Dios M.C. y esposa, instando la declaración de nulidad de la venta otorgada en su favor, la cancelación de los asientos registrales que de ella trajeran causa, y la reintegración a la demandante de la posesión de los inmuebles referidos. Asimismo, y entre otros pedimentos, se instaba la declaración de la validez y plena eficacia de la donación otorgada en favor de la demandante. El demandado adujo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, al no haberse demandado a doña **Eugenia-Antonia S.P.**, a quien él había enajenado los bienes litigiosos, se opuso a la demanda y reconvino solicitando se declarase la revocación de la donación hecha en favor de la demandante.

La sentencia de primera instancia estimó la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, por lo que absolvió en la instancia al demandado. Instados recursos de apelación por ambos litigantes, la Audiencia Provincial de Granada dictó sentencia revocando la de primera instancia, estimando la demanda principal y desestimando la reconvención. Interpuesto recurso de casación por el demandado y apelante, el Tribunal Supremo lo desestimó, siendo Ponente el **Ilmo.** señor don Francisco Morales Morales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—Los presupuestos fácticos que, de momento, y sin perjuicio de otras ampliaciones de esa misma índole que puedan ser hechas más adelante, han de ser aquí consignados para la adecuada comprensión de la cuestión litigiosa debatida en el proceso al que este recurso se refiere, son los siguientes: 1.º) Mediante escritura pública de fecha 28 de mayo de 1985, autorizada por el Notario de Granada, don Luis R.M. bajo el número 1.350 de su protocolo, don Rafael M.C., de estado viudo de doña María Dolores M.C. y sin descendientes de su referido y único matrimonio, donó de forma pura, simple y gratuita a su hija adoptiva doña Concepción M.M. el piso señalado con la

letra «A» del tipo IV, situado en la planta sexta de pisos del edificio número tres, de la calle Alminares, en Urbanización conocida por Alminares del Genil, de Granada (finca registral núm. 50.413 del Registro de la Propiedad, número tres de dicha capital) y también una participación indivisa de una ochenta y dosavos (1/82) parte del local existente en la planta sótano (finca registral núm. 50.109) del mismo edificio, destinada a zona de aparcamiento, que se concreta en la plaza número setenta y ocho. La donataria doña Concepción M.M., que aceptó la referida donación en la misma escritura pública antes dicha, no inscribió la misma a su nombre en el Registro de la Propiedad. El donante don Rafael M.C. continuó habitando el piso donado. 2.º) Mediante escritura pública de compraventa, de fecha 21 de junio de 1988, autorizada por el Notario de Granada, don Francisco C.M., bajo el número 1.617 de su protocolo, don Rafael M.C. vendió a su sobrino don Juan de Dios M.C., casado con doña Concepción A.B., la nuda propiedad de los dos mismos inmuebles (el piso y la plaza de aparcamiento) que habían sido objeto de la donación a la que nos hemos referido en el apartado anterior, por el precio de un millón de pesetas, que el vendedor confesó haberlo recibido con anterioridad. En el apartado segundo de la parte dispositiva de dicha escritura se hizo constar lo siguiente: «don Rafael M.C., que cuenta ochenta y dos años de edad, se reserva vitaliciamente el usufructo de las fincas que esta escritura comprende, con la anexa facultad, también vitalicia, de que en caso de necesidad libremente apreciada por el vendedor, podrá gravar o disponer de las fincas a título oneroso, sin tener que conservar ni subrogar el contravalor o prestación obtenida». Con base en dicha escritura pública, don Juan de Dios M.C. inscribió a su nombre y el de su esposa la nuda propiedad de los dos expresados inmuebles (piso y plaza de aparcamiento). 3.º) Don Rafael M.C. falleció el día 8 de diciembre de 1988, sin haber hecho uso de la facultad dispositiva del piso y de la plaza de aparcamiento, que se había reservado en el apartado segundo (que antes hemos transcrito literalmente) de la parte dispositiva de la escritura pública de compraventa, de fecha 21 de junio de 1988, a la que acabamos de referirnos en el apartado anterior. 4.º) Con fecha 28 de junio de 1988, ante el Notario de Granada, don Francisco C.M. (núm. 1.707 de su protocolo), don Rafael M.C. había otorgado testamento abierto (que era el último y, por tanto, vigente a su fallecimiento), en el que, después de manifestar que de sus únicas nupcias con su fallecida esposa doña María Dolores M.C. no había tenido descendencia, pero que tenían una hija adoptiva llamada Concepción con los apellidos (después de la adopción) M.M., «instituye heredera sólo en cuanto al tercio de legítima estricta y en el de mejora a la citada hija adoptiva, haciendo constar no obstante que nada tendrá que percibir del caudal relicto del otorgante, puesto que computando y colacionando todo lo que tiene recibido en vida del testador tiene más que satisfecho su haber como tal heredera» (cláusula C), e «instituye heredero en

cuanto al tercio de libre disposición a su sobrino carnal don Juan de Dios M.C.» (cláusula D) y « nombra albacea universal y contador partidor con plenitud de facultades y la especial de efectuar y exigir colaciones y computaciones al Letrado con ejercicio en Granada don Romualdo H.C.». 5.º) Por medio de Acta notarial autorizada por el Notario de Granada, don Luis R.M. (núm. 613 de su protocolo) y a virtud del requerimiento que, al efecto, le había hecho doña Concepción M.M., el expresado Notario, el día 14 de febrero de 1989, notificó a don Juan de Dios M.C. y a su esposa doña Concepción A.B., que don Rafael M.C, mediante escritura pública de fecha 28 de mayo de 1985, había donado a doña Concepción M.M. el piso y la plaza de aparcamiento (a todo lo cual ya nos hemos referido en el anterior apartado 1.º de este Fundamento) y requería al expresado matrimonio para que se abstenga «de llevar a cabo acto alguno de disposición, enajenación o gravamen respecto del referido piso y aparcamiento, en tanto se pronuncien los Tribunales o se alcance solución extrajudicial convenida, teniéndose por apercibidos en otro caso del inmediato ejercicio en su contra de las acciones penales y civiles que asisten a la requirente». 6.º) Mediante escritura pública de fecha 7 de marzo de 1989, autorizada por el Notario de Granada, don Juan R.T., los cónyuges don Juan de Dios M.C. y doña Concepción A.B. vendieron los referidos piso y plaza de aparcamiento a doña **Eugenia-Antonia S.P.**, la cual los inscribió a su nombre en el Registro de la Propiedad, número tres de Granada, con fecha 11 de abril de 1989.

SEGUNDO.—El día 14 de abril de 1989, doña Concepción M.M. promovió contra los cónyuges don Juan de Dios M.C. y doña Concepción A.B. y contra «la herencia yacente causada por don Rafael M.C, legalmente representada por su albacea y contador partidor, don Romualdo H.C.», el juicio de menor cuantía de que este recurso dimana, en el que se postuló se dicte sentencia por la que: «1) Se declare la nulidad de la escritura de compraventa otorgada ante el Notario de Granada, don Francisco C.M., el día 21 de junio de 1988, bajo el número 1.617; 2) Se declare la nulidad y se ordene la cancelación de cuantos asientos **registrales** se practicaron en base a dicha escritura pública; 3) Se declare la validez y plena eficacia de la donación otorgada ante el Notario de Granada, don Luis R.M., el día 28 de mayo de 1985, bajo el número 1.350 de su protocolo; 4) Se declare la procedencia de colacionar dicha donación en las operaciones particionales que se practiquen; 5) Se condene a don Juan de Dios M.C a reintegrar a mi representada la posesión de la vivienda y aparcamiento objeto de la donación».

El demandado don Romualdo H.C (albacea contador partidor de la herencia de don Rafael M.C) se opuso a la demanda y pidió la total desestimación de la misma. El codemandado don Juan de Dios M.C (su esposa doña Concepción A.B. no se personó en el proceso, por lo que, en su momento, fue

declarada en rebeldía) adujo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, por estimar mal constituida la relación jurídico-procesal, al no haber sido también demandada doña Eugenia-Antonia S.P. (la compradora del piso y de la plaza de aparcamiento a la que nos hemos referido en el apartado 6.º del Fundamento anterior de esta resolución) y, en cuanto al fondo (para el caso de que fuera desestimada dicha excepción), se opuso a la demanda y pidió la total desestimación de la misma, y, además de todo ello, formuló reconvencción en la que postuló se dicte sentencia, por la que se declare «que la donación efectuada por don Rafael M.C. a favor de la **actora** reconvenida, doña Concepción M.M. el día 28 de mayo de 1985 en la escritura otorgada ante el Notario don Luis R.M., del piso 6.º-A de la calle Alminares, número 3, y plaza de aparcamiento en el mismo edificio que se describen en dicho instrumento público, quedó revocada y sin efecto por el donante al otorgar éste la escritura de compraventa a favor de mi representado el día 21 de junio de 1988 ante el Notario de Granada don Francisco C.M., condenando a dicha demandada reconvenida a estar y pasar por dicha declaración».

La sentencia de primera instancia, estimando la excepción de litisconsorcio pasivo necesario que había aducido el codemandado don Juan de Dios M.C., hizo un pronunciamiento absolutorio en la instancia, por lo que se abstuvo de entrar a conocer del fondo, tanto de la demanda principal, como de la reconvencción.

En los correspondientes recursos de apelación interpuestos, respectivamente, por la demandante principal doña Concepción M.M. y por el codeemandado (actor reconviniente) don Juan de Dios M.C., la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Granada dictó Sentencia de fecha 13 de julio de 1992, por la que, estimando el primero de dichos recursos de apelación y desestimando el segundo de ellos, revocó totalmente la sentencia de primera instancia y, desestimando la aducida excepción de litisconsorcio pasivo necesario, entró a conocer del fondo de la cuestión litigiosa y, estimando la demanda principal y desestimando la reconvencción, declaró lo siguiente: «1) ineficaz el contrato de venta otorgado por dicho don Rafael M.C. en favor de su sobrino don Juan de Dios M.C., sobre el piso y plaza de aparcamiento objeto de litigio, formalizado mediante escritura pública de 21 de junio de 1988 (número de protocolo 1.617 del Notario de Granada, don Francisco C.M.); 2) nulas las inscripciones registrales que a favor del adquirente causara la mencionada escritura; y 3) válida la donación de los mismos bienes realizada por el reiterado don Rafael M.C. en beneficio de su hija adoptiva doña Concepción M.M. mediante escritura pública de 28 de mayo de 1985 (número de protocolo 1.350 del Notario de Granada, don Luis R.M.). Asimismo, y en consecuencia, dicha sentencia condena a los demandados don Juan de Dios M.C. y doña Concepción A.B. a que reintegren a la actora el valor del piso y plaza de aparcamiento litigiosos, tasado en catorce millones qui-

nientas mil pesetas, la cual cantidad deberá imputarla el contador partidador, don Romualdo H.C., de la legítima de la señora M.M., de conformidad con lo prevenido en el artículo 819.1 del Código Civil».

Contra la referida sentencia de la Audiencia, el codemandado don Juan de Dios M.C. ha interpuesto el presente recurso de casación que articula a través de cinco motivos.

TERCERO.—Razones de estricta metodología casacional aconsejan invertir el orden de estudio de los dos primeros motivos y comenzar por el segundo de ellos, ya que si éste hubiera de ser estimado, devendría innecesario el examen de los restantes.

Para el adecuado estudio y subsiguiente resolución de dicho motivo segundo, ha de tenerse en cuenta lo siguiente: 1.º) Como ya se tiene dicho, el codemandado don Juan de Dios M.C. adujo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario porque entendía que la relación jurídico-procesal no había sido correctamente constituida, al no haber sido llamada al proceso, como demandada, doña **Eugenia-Antonia S.P.**, que fue a quien el referido codemandado vendió el piso y la plaza de aparcamiento, según ya se dijo en el apartado 6.º del Fundamento jurídico primero de esta resolución. 2.º) La sentencia aquí recurrida ha desestimado la expresada excepción, para lo cual se basa, en esencia, en que considera que la referida compradora del piso y de la plaza de aparcamiento tiene la condición de tercero hipotecario, protegido por la fe pública registral, por reunir los requisitos que, para ello, exige el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, por lo que entiende que en modo alguno le puede afectar la sentencia que recaiga en este proceso y, en consecuencia, no tenía que ser demandada en el mismo.

CUARTO.—A combatir el referido pronunciamiento **desestimatorio** que la sentencia recurrida hace de la expresada excepción se orienta el motivo segundo, con residencia procesal en el ordinal tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el que se denuncia «infracción de la doctrina jurisprudencial que creó la excepción de litisconsorcio pasivo necesario» y en cuyo alegato el recurrente viene a aducir, en esencia, que el «fallo» de la sentencia recurrida «al declarar nulas las inscripciones registrales que a favor de don Juan de Dios M.C. causara la escritura de compraventa, implícitamente produce la nulidad de las inscripciones registrales que basadas precisamente en ésta se produjeron a favor de la referida doña **Eugenia-Antonia S.P.**».

El expresado motivo, cuya inconsistencia impugnatoria es ostensible, ha de fenecer necesariamente, ya que si, por un lado, el instituto del litisconsorcio pasivo necesario tiene por finalidad esencial la de evitar que una sentencia pueda afectar directamente a quien, por no haber sido parte en el proceso, no

se le ha dado la posibilidad de ser oído y de defenderse en el mismo, y, por otro, doña **Eugenia-Antonia S.P.** tiene la condición de tercero hipotecario, como declara la sentencia recurrida, condición que no le niega el recurrente, es evidente que a la misma no le puede afectar en modo alguno la sentencia que recaiga en este proceso, sin que tampoco pueda afectarle la anulación que la sentencia recurrida acuerda de las inscripciones practicadas, en su día, a favor de don Juan de Dios **M.C.** (con base en la escritura pública de compraventa de fecha 21 de junio de 1988, a la que nos hemos referido en el apartado 2.º del Fundamento jurídico primero de esta resolución), cuya anulación no puede extenderse de ninguna manera a la posterior inscripción practicada a favor de doña **Eugenia-Antonia S.P.** (con base en la escritura pública de compraventa de fecha 7 de marzo de 1989, a la que también nos hemos referido en el apartado 6.º del mismo Fundamento primero), pues dicha inscripción ha de mantenerse subsistente en todo caso, dada la repetida condición de tercero hipotecario que tiene la titular de la misma. La desestimación que acaba de hacerse de dicho motivo segundo nos obliga a examinar los restantes del recurso.

QUINTO.—Con la misma apoyatura procesal que el que acaba de ser examinado (ordinal tercero), aparece formulado el motivo primero, por el que, denunciando infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurrente acusa a la sentencia recurrida de haber incurrido en el vicio de incongruencia, «ya que en el fallo (se dice textualmente en el alegato del motivo) condena a los demandados don Juan de Dios **M.C.** y doña Concepción **A.B.** a que reintegren a los actores (sic) el valor en venta del piso y plaza de aparcamiento litigiosos, tasados en catorce millones quinientas mil pesetas, cuando este pronunciamiento no fue solicitado por la parte demandante en el suplico de su demanda, en la que, por el contrario, expresamente se solicitaba la condena a don Juan de Dios **M.C.** a reintegrar a la demandante la posesión de la vivienda y aparcamiento objeto de la donación».

El expresado motivo ha de ser desestimado por las consideraciones que a continuación se exponen. La correspondencia o adecuación entre lo concedido en el «fallo» y lo pedido en el respectivo escrito rector del proceso, en que toda congruencia consiste, presupone lógica y necesariamente que lo que se concede pueda tener efectividad en la realidad física y en el campo jurídico, pues si el cumplimiento de lo que se pide es totalmente imposible, por causa que no es imputable al que lo postula, el mismo principio de la congruencia, en plena concordancia con las normas reguladoras de la ejecución de las sentencias (arts. 919 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil), obliga al juzgador a conceder el sustitutivo dinerario de aquello cuyo cumplimiento, por causas imputables a los demandados, es física o jurídicamente imposible, siendo éste el supuesto aquí contemplado, pues si el

piso y la plaza de aparcamiento litigiosos no pueden ser restituidos a su legítima propietaria (la actora-donataria doña Concepción M.M.) por haber pasado los mismos a ser propiedad de un tercero hipotecario (en este caso, doña **Eugenia-Antonia S.P.**), es totalmente congruente la sentencia cuando condena a los demandados don Juan de Dios M.C. y doña Concepción A.B. que, en principio, estaban obligados a restituir a la actora los referidos piso y plaza de aparcamiento (devolución que, repetimos, es totalmente imposible, por causa imputable a dichos demandados), a que abonen a la actora el valor en que los mismos han sido tasados. A lo que acaba de ser argumentado que, por sí solo, ya es suficiente para la claudicación del motivo, ha de agregarse, por lo que respecta a las especiales circunstancias concurrentes en el caso concreto aquí enjuiciado, lo que a continuación expone-mos. No aparece probado que cuando, en 10 de abril de 1989, la actora redactó su demanda (presentada en el Juzgado el día 14 siguiente) tuviera ya conocimiento de que los demandados don Juan de Dios M.C. y su esposa doña Concepción A.B. hubieran vendido el piso y plaza de aparcamiento litigiosos a doña **Eugenia-Antonia S.P.**, la inscripción de cuya renta en el Registro de la Propiedad es de fecha 11 de abril de 1989. El conocimiento de dicha venta lo tuvo la actora a través del escrito de contestación a la demanda y de reconvención, que formuló el codemandado don Juan de Dios M.C. Ante el conocimiento que tuvo de dicho hecho, la actora actuó de la siguiente manera: a) En el Fundamento de Derecho V de su escrito de contestación a la reconvención expresó lo siguiente: «No es óbice en modo alguno para que pueda prosperar nuestra demanda y lo que en ella se solicita, la existencia de una nueva venta, de irregular apariencia también, a favor de tercera persona, toda vez que de no estimarse posible el reintegro a mi mandante de la posesión y dominio del inmueble donado, habrá lugar a sustituir esa obligación de hacer por la correspondiente indemnización económica a favor de mi representada, en los términos que resulten en su día procedentes en trámite de ejecución de sentencia» (folios 130 *in fine* y 131 de los autos); b) En el acto de la preceptiva comparecencia (art. 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), la actora, por medio de su Letrado, manifestó lo siguiente: «se afirma y ratifica en su escrito de demanda, debiendo concretar únicamente respecto de la petición 5.^a del suplico de la demanda que para el caso de no estimarse posible el reintegro de la posesión del inmueble objeto del procedimiento, esa obligación de hacer habrá de sustituirse por la correspondiente indemnización en los términos que resulten a tenor de las pruebas practicadas» (folio 145 de los autos).

Todo lo que anteriormente ha sido razonado y expuesto evidencia claramente que la sentencia recurrida no ha incurrido en la incongruencia de que, sin fundamento serio alguno, le acusa el recurrente, por lo que, como ya se dijo al principio, el presente motivo ha de fenecer.

SEXTO.—En el motivo tercero, con residencia procesal en el ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia infracción del artículo 620 del Código Civil y en el alegato integrador de su desarrollo el recurrente acusa a la sentencia recurrida de haber infringido el citado precepto, al declarar que la donación *mortis causa* ha de hacerse mediante testamento, así como al no haber tenido en cuenta que, en ese tipo de donación, el donante conserva mientras viva la propiedad de la cosa donada, como ocurrió en este caso, dice el recurrente y, además, puede revocar la donación, lo que hizo, según dice, mediante la venta que de las mismas cosas donadas (el piso y la plaza de aparcamiento) hizo posteriormente el donante a su sobrino don Juan de Dios M.C., cuya venta posterior, por aplicación analógica del artículo 869.2.º del Código Civil, agrega el recurrente, ha de entenderse como una revocación implícita de la referida donación.

El expresado motivo tampoco puede tener favorable acogida por las razones siguientes: 1.º) Es opinión casi unánime de la doctrina científica y reiterada y prácticamente uniforme jurisprudencia de esta Sala la de que la llamada donación *mortis causa*, a que se refiere el artículo 620 del Código Civil (la cual, desde luego, no transfiere al donatario la propiedad de los bienes donados hasta que se produzca la muerte del donante) no puede tener eficacia si no se justifica por los medios que regulan el otorgamiento de las disposiciones testamentarias (Sentencias de 3 de enero de 1905, 24 de abril de 1909, 4 de noviembre de 1926, 8 de julio de 1943, 19 de junio de 1956, 27 de marzo de 1957, 7 de junio de 1960, 23 de febrero de 1963, 28 de octubre de 1965, 7 de enero y 28 de abril de 1975, 7 de noviembre de 1979, 24 de febrero de 1986 y 13 de junio de 1994). La donación que don Rafael M.C. hizo a su hija adoptiva doña Concepción M.M., no sólo no revistió forma testamentaria alguna, pues se hizo con los caracteres de contrato con la concurrencia y aceptación de la donataria, sino que en la escritura pública de fecha 28 de mayo de 1985, en que la misma fue instrumentada, se evidencia claramente que, a través de ella se transmitía a la donataria, en aquel mismo acto, el pleno dominio de los bienes inmuebles (el piso y la plaza de aparcamiento) donados (clara donación *inter vivos*), cuando en ella se dice expresamente: «III. DISPOSICIONES.—Don Rafael M.C. DONA pura, simple y en forma gratuita la finca descrita al número uno de la participación indivisa descrita al número dos, de las manifestaciones que anteceden, con cuanto a las mismas sea inherente o accesorio, como libres de cargas y gravámenes y en pleno dominio, a su hija doña Concepción M.M., que acepta», sin que en lugar alguno de dicha escritura el donante manifieste, ni siquiera indirectamente, su voluntad de conservar el dominio de lo donado hasta el momento de su muerte y sin que a dicha transmisión del pleno dominio, que fue aceptada, repetimos, por la donataria en la misma escritura, se oponga el hecho de que el donante, con el consentimiento de su hija, la donataria, conservara en

vida la mera posesión del piso donado. 2.^a) Si bien es cierto que la llamada donación *mortis causa* es libremente revocable por el donante, también lo es que dicha revocación ha de hacerse en testamento y de forma suficientemente expresiva de la voluntad de tal revocación, cuyos requisitos, obviamente, no concurren en la simple venta posterior que el donante hizo a su sobrino don Juan de Dios M.C. de los mismos bienes donados, mediante escritura pública de fecha 21 de junio de 1988, en la que ni siquiera hizo referencia alguna a dicha donación anterior, ni, por tanto, manifestó su intención de revocarla, y sin que pueda ser aplicado a este supuesto, por analogía, como sostiene el recurrente, el artículo 869.2.º, referente a la carencia de efecto de un legado cuando el testador enajena la cosa legada, pues en el presente supuesto no nos hallamos en presencia de ningún legado (al que especifica y exclusivamente se refiere el citado precepto), sino de una donación hecha en escritura pública y con aceptación de la donataria, para cuya revocación (caso de ser *mortis causa*, que no lo es, como antes se dijo) se requiere, en todo caso, la forma testamentaria, que aquí no ha existido.

SÉPTIMO.—Para poder resolver el motivo cuarto ha de tenerse en cuenta que la sentencia aquí recurrida declara inexistente el contrato (instrumentado en escritura pública de fecha 21 de junio de 1988) por el que don Rafael M.C. decía vender a su sobrino don Juan de Dios M.C. los dos inmuebles litigiosos (el piso y la plaza de aparcamiento), declaración de inexistencia que basa en que cuando el referido don Rafael M.C. manifestó vender dichos inmuebles a su expresado sobrino, ya no era propietario de los mismos, por cuanto tres años antes (mediante escritura pública de 28 de mayo de 1985) los había donado (con donación *inter vivos*, pura y simple) a su hija adoptiva doña Concepción M.M.

En el motivo cuarto, con la misma residencia procesal que el anterior, el recurrente acusa a la sentencia recurrida de haber infringido el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, al no haber tenido en cuenta que él (el propio recurrente) tiene la condición de tercero hipotecario respecto de la adquisición que, mediante la citada escritura pública de 21 de junio de 1988, hizo a su tío de los dos inmuebles litigiosos (el piso y la plaza de aparcamiento).

La respuesta casacional que ha de corresponder al expresado motivo es la que se desprende de las consideraciones que a continuación se exponen. De los requisitos que el artículo 34 de la Ley Hipotecaria exige para el surgimiento de la figura del tercero hipotecario (adquisición del dominio o algún derecho real sobre bienes inmuebles, de buena fe y a título oneroso, de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo e inscripción de dicho derecho a favor del adquirente), el primero de ellos ha sido concretado y puntualizado por reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Sala en el sentido de que el acto adquisitivo del tercero ha de ser necesariamente válido. Así, la

Sentencia de 23 de mayo de 1989, declara que «la cualidad de tercero hipotecario, como puntualizó la Sentencia de esta propia Sala de 18 de marzo de 1987, no la origina el acto o negocio jurídico determinante de la adquisición de un derecho al que no es ajeno o extraño el que inscribe con base en tal acto o negocio jurídico su derecho en el Registro de la Propiedad, pues si el acto adquisitivo del tercero es inexistente, nulo o anulable, la fe pública registral no desempeñará la menor función convalidante o sanitaria, ya que únicamente asegura la adquisición del tercero protegido en cuanto la misma se apoye en el contenido jurídico del Registro, que para dicho tercero se reputa exacto y verdadero; pero dicho principio no consolida en lo demás el acto adquisitivo, en el sentido de convalidarlo sanándolo de los vicios de nulidad de que adolezca»; asimismo, la Sentencia de 17 de octubre de 1989 proclama que «para que el artículo 34 sea aplicable debe ser válido el acto adquisitivo del tercero protegido. Si fuera nulo, se aplicaría el artículo 33 de la propia Ley Hipotecaria, y la declaración de nulidad afectaría al adquirente como parte que es en el acto inválido. El artículo 34 es una excepción al anterior artículo 33, tal como resulta de su propia finalidad, así como de su primitiva formulación en la Ley Hipotecaria de 1861 y de su colocación sistemática en la Ley actual»; en idéntico sentido se pronuncia la Sentencia de 8 de marzo de 1993, que también recoge las dos anteriormente transcritas. La expresada doctrina jurisprudencial ha de llevarnos a la ineludible conclusión de que el codemandado, aquí recurrente, don Juan de Dios M.C., no tiene la condición de tercero hipotecario, al haber la sentencia aquí recurrida, como al principio se dijo, declarado inexistente e ineficaz el contrato (instrumentado en la escritura pública de 21 de junio de 1988) por el que don Rafael M.C. manifestó venderle los inmuebles litigiosos (el piso y la plaza de aparcamiento), todo lo cual ha de comportar el inexorable fenecimiento de este motivo cuarto.

OCTAVO.—Por el motivo quinto y último, con la misma residencia procesal que los dos que le preceden, se denuncia infracción del artículo 1.473 del Código Civil, para lo que el recurrente aduce, en esencia, que él, además de ser adquirente de buena fe, fue el que primero inscribió en el Registro de la Propiedad, por lo que concluye que, conforme al precepto que invoca, a él le corresponde la titularidad dominical de los bienes litigiosos.

El expresado motivo también ha de ser rechazado por las razones siguientes: 1.^a) El invocado artículo 1.473 del Código Civil no guarda relación alguna con el presente supuesto litigioso, pues el citado precepto presupone la coexistencia de dos ventas de una misma cosa a diferentes personas, mientras que en el caso aquí enjuiciado, una de las transmisiones (precisamente la primera) no fue efectuada por venta, sino por donación. 2.^a) Aunque a efectos mera y exclusivamente dialécticos se admitiera que el artículo 1.473 del Código Civil contempla los supuestos de doble transmisión de una misma

cosa a diferentes personas, aunque alguna de dichas transmisiones lo hubiera sido por título distinto del de venta, tampoco podría ser aplicado dicho precepto a la cuestión debatida en este proceso, ya que es reiterada doctrina de esta Sala la de que la tipificación de la doble venta, contemplada en el citado precepto, requiere para su existencia que, cuando se perfeccione la segunda venta, la primera no haya sido consumada todavía, pues de haberlo sido, ya no se da el supuesto del artículo 1.473, sino una venta de cosa ajena, con las consecuencias jurídicas propias de la misma (Sentencias de 23 de junio de 1951, 23 de mayo de 1955, 7 de abril de 1971, 30 de junio de 1986 y 11 de abril y 17 de noviembre de 1992, siendo esto último lo aquí ocurrido, pues cuando, mediante escritura pública de fecha 21 de junio de 1988, don Rafael M.C. manifestó vender a su sobrino don Juan de Dios M.C. los dos inmuebles litigiosos (el piso y la plaza de aparcamiento), ya había quedado consumada la adquisición de la titularidad **dominical** de tales bienes en favor de doña Concepción M.M., a virtud de la donación *inter vivos*, pura y simple que de los mismos le había hecho su padre adoptivo don Rafael M.C., mediante escritura pública de fecha 28 de mayo de 1985.

NOVENO.—El decaimiento de los cinco motivos aducidos ha de llevar aparejada la desestimación del presente recurso, con expresa imposición de las costas del mismo al recurrente, sin que haya lugar a acordar la pérdida del depósito, al no haber sido constituido el mismo, por no ser las sentencias de la instancia conformes de toda conformidad.

COMENTARIO

Al concluir la primera lectura de esta sentencia resulta inevitable sentir un desasosiego, una sensación de haber pasado por alto algún dato concluyente a juicio del Tribunal Supremo para adoptar la decisión final, o de no haber entendido por completo el modo en que se desarrollaron los hechos. Máxime al comprobar que la pretensión triunfante es la que, efectivamente, en una aproximación si se quiere equitativa, o si se quiere meramente intuitiva a los hechos, se había considerado *a priori* digna de protección. Sin embargo, una segunda lectura más detenida no modifica en absoluto tal primera impresión: el Tribunal Supremo ha dado la razón a quien la tenía, pero con fundamentos jurídicos sorprendentes, por desconocedores de principios básicos del Derecho civil patrimonial.

Desde esa idea previa quiero iniciar el comentario a esta sentencia: desde el convencimiento de que la pretensión ganadora merecía alzarse con el triunfo, aunque el modo de proponer la demanda resulte, al menos, discutible. Ese mismo convencimiento, estoy segura, ha pesado en la resolución que el Tri-

bunal Supremo ha dado al litigio, con fundamentación jurídica sumamente criticable. Máxime cuando, como trataré de demostrar en las líneas que siguen, podía haberse llegado a la misma solución a través de cauces jurídicos más rigurosos. Simplemente, el Tribunal Supremo ha optado por el camino más corto y por tanto más fácil, sin parar mientes en la perplejidad jurídica que pueda experimentarse ante su sentencia.

Procederemos al realizar el comentario en el mismo orden seguido por el Tribunal Supremo para resolver el recurso, empezando por los dos motivos de índole procesal. Con ello, el interés del comentario irá inevitablemente *in crescendo*, dado que, desde mi punto de vista, las afirmaciones más interesantes de la sentencia (por discutibles) se encuentran en sus dos últimos fundamentos de Derecho.

1. LA EXCEPCIÓN DE LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO

En primer lugar, el Tribunal Supremo ha de pronunciarse sobre la excepción de litisconsorcio pasivo necesario aducida por el comprador demandado, fundada en no haberse traído a la litis a la propietaria actual del inmueble, subadquirente del mencionado demandado. La excepción fue estimada en primera instancia, originando la correspondiente sentencia absolutoria en la instancia, de tal modo que al desestimarse en apelación y entrar la Sala a conocer del fondo del asunto, lo hizo por vez primera. Tómesese lo anterior como un mero apunte, ya que nuestra jurisprudencia, ordinaria y constitucional, tiene declarado que ello no constituye una violación del derecho fundamental a la tutela jurisprudencial efectiva, aunque alguna voz se haya levantado en contra de tal doctrina.

El Tribunal Supremo, siguiendo el criterio de la Audiencia Provincial de Granada, desestima la excepción, entendiendo que dada la condición de tercero hipotecario protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria ostentada por la subadquirente (compradora del sobrino, a su vez comprador del donante de la demandante), lo resuelto en la sentencia no le puede afectar directamente, puesto que su inscripción ha de mantenerse subsistente en todo caso. El recurrente, en un notable ejercicio de despiste jurídico, había aducido que la decretada nulidad de la inscripción registral del demandado producía la de las que de él traían causa, afirmación que el Alto Tribunal califica elegantemente de «ostensiblemente inconsistente».

A mi juicio, el Tribunal Supremo adopta la solución correcta: de ninguna manera puede entenderse que nos hallemos aquí ante un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, pero no sólo porque la subadquirente tenga la condición de tercero hipotecario, sino también por la propia configuración de la pretensión ejercitada.

Efectivamente, obsérvese que la pretensión deducida por la demandante es la nulidad del contrato de compraventa celebrado entre su padre, previo donante, y el comprador demandado. Y el fundamento alegado para tal nulidad es el hecho de haberse donado los mismos bienes con anterioridad a la demandante. Lo cual, como decía al principio, constituye una manera discutible de enfocar el litigio, ya que presupone la invalidez de la venta de cosa ajena, juicio que no puede compartirse como abordaremos en detalle más adelante, y, como consecuencia del principio de congruencia procesal, determina lógicamente el tratamiento que el caso planteado encuentra en los Tribunales.

En lo que en este punto nos ocupa, la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, conviene detenerse en observar que la acción de nulidad entablada no podía dirigirse contra la subadquirente, por proceder aquélla contra las partes interesadas en el contrato cuya declaración de nulidad se postula, lo cual no es el caso. El contrato celebrado por la subadquirente con el previo comprador demandado no puede impugnarse por la vía de la nulidad, porque es válido. Otra cosa es que, por proceder de un *non domino*, si llegara a triunfar la pretensión demandante, se revele ineficaz para transmitir el dominio. Luego la acción que procedería contra esta subadquirente no sería la de nulidad contractual, sino la reivindicatoria, para lograr la demandante la reintegración de la cosa cuya propiedad aquélla no ha consolidado (partiendo de la validez de la venta de cosa ajena, en realidad lo mismo sucede con el contrato del comprador demandado).

Visto que la acción de nulidad no puede dirigirse contra la subadquirente, de modo que mal puede constituir un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, reflexionemos ahora acerca de la pretensión de reintegración de la posesión de los bienes litigiosos. No es necesario recordar que no es el nuestro un sistema formulario de acciones, pese a lo cual conviene detenerse en identificar la naturaleza de la acción ejercitada para tal reintegración por la demandante. Puesto que ésta no es parte en el contrato cuya nulidad pretende, la reintegración no puede fundarse en la acción contemplada en el artículo 1.303 del Código Civil, reservada a los contratantes y de naturaleza personal. Con DELGADO ECHEVERRÍA es preciso convenir en que lo ejercitado por la actora es una acción reivindicatoria, basada en que la compraventa celebrada con posterioridad a la donación carece de eficacia traslativa y en que por tanto el comprador demandado no tiene titularidad que oponer a la donataria (sobre la espinosa cuestión de las acciones de nulidad y restitución, son imprescindibles las magistrales páginas de DELGADO ECHEVERRÍA en *Elementos de Derecho civil*, tomo II, vol. 1.º, 3.ª ed., Barcelona, 1994, págs. 561 y sigs.; en el comentario a los artículos 1.303 y 1.307 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil...*, tomo XVII, vol. 2, 2.ª ed., Madrid, 1995; y en el *Comentario del Código Civil...*, tomo II, 2.ª ed., Madrid, Ministerio de

Justicia, 1993; y la monografía de LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La nulidad contractual. Consecuencias*, Valencia, 1995).

Y ahora, ¿esa reivindicatoria debería haberse dirigido también contra la subadquirente? Como veremos en el punto siguiente al analizar el problema de la congruencia, cuando interpone la demanda la demandante ignora que el demandado ha enajenado previamente los bienes litigiosos, de modo que, al tener conocimiento de ello en el curso del proceso, y por los cauces procesales oportunos, solicita que la condena a reintegrar los bienes se sustituya por la indemnización correspondiente. Desde luego, la demandante podía haber optado por acumular a esta demanda otra, solicitando la reintegración de los bienes por su actual poseedora (por supuesto, de considerar que podía de algún modo impugnar su condición de tercero hipotecario), pero ello no nos sitúa ante un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, sino ante las posibilidades de actuación jurídica en defensa de su pretensión. Más claramente, aun cuando la pretensión de la demandante hubiera podido resultar triunfadora frente a la actual poseedora de los bienes, por no haber alcanzado ésta la protección del Registro, aquélla no viene obligada por el ordenamiento jurídico a conseguir una reintegración en especie de los bienes, sino que si lo desea puede limitarse a convertir esa primera pretensión a la reintegración *in natura* en una acción de resarcimiento de perjuicios. Así que con mayor razón si la actual poseedora, por ser tercero hipotecario, resultaría indemne ante la mencionada acción. Luego tampoco en su pretensión *restitutoria* se puede oponer a la demandante la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

Obsérvese el paralelismo existente entre esa alternatividad a que acabamos de hacer referencia ligada a la reivindicatoria (perseguir la reintegración *in natura* del bien, en manos de quien se encuentre, o conformarse con el resarcimiento del poseedor indebido que, con su conducta, ha hecho imposible la condena específica en su contra), en favor de quien, pese a no ser parte contractual, insta la nulidad del contrato, con la que se halla en manos de quien sí fue parte en el contrato cuya nulidad se solicita, con fundamento en los artículos 1.303 y 1.307 del Código Civil. Quien fue parte en el contrato cuya nulidad insta, puede elegir entre dirigirse contra su cocontratante exigiéndole «el valor que tenía la cosa cuando se perdió», más los intereses, en ejercicio de una acción personal, consecuencia de la nulidad, o bien, interponer la reivindicatoria frente al actual poseedor de la cosa, que la ha adquirido de un no propietario, por cuanto su título de adquisición estaba viciado de nulidad. Además, DELGADO ECHEVERRÍA señala cómo cabe también la acumulación de ambas vías, exigiendo del tercero la reintegración *in natura*, y del cocontratante de mala fe, la de los frutos e intereses que aquél, si es de buena fe, no estaría obligado a abonar (cfr. DELGADO ECHEVERRÍA en *Elementos...*, cit., pág. 592; en *Comentarios...*, cit., pág. 420 y sigs., y *Comentario del Código...*, cit., pág. 562, y en el mismo sentido, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA,

ob. cit., págs. 152 y sigs.). Por supuesto, y esto también en el primer caso, siempre que este tercero no hubiera consolidado una adquisición inatacable a través de alguno de los procedimientos arbitrados por el ordenamiento jurídico para las adquisiciones *a non domino* (arts. 464 del Código Civil, 34 de la Ley Hipotecaria o usucapión, que en este caso puede ser ordinaria).

De manera que, si aun resultando posible la reintegración de la cosa objeto del contrato por hallarse en manos de un tercer adquirente no protegido contra las consecuencias de la nulidad, el demandante no está obligado a accionar contra éste, no hallándonos por tanto ante un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, con mayor motivo cuando la acción (facultativa) contra el tercero se halla abocada al fracaso por encontrarse éste excepcionalmente protegido al haber consolidado su adquisición.

En el caso resuelto en la sentencia que nos ocupa, puede resultar llamativa la actitud de la demandante al renunciar anticipadamente a discutir la condición de tercero hipotecario de la subadquirente, dado que de las fechas en que se desarrollaron los hechos parece deducirse una especie de carrera contra el reloj para conseguir la protección del Registro (en el Fundamento de Derecho quinto de la sentencia puede leerse que la propia actora, en la contestación a la reconvención en que el demandado manifiesta haber enajenado el inmueble, califica tal venta como de «irregular apariencia»), pero en ningún modo reprochable. Sólo a ella, según acabo de exponer, le correspondía decidir si entendía preferible la persecución de la cosa, de indudable mayor complejidad en cuanto exigía la demostración de la falta de buena fe de la subadquirente, o conformarse con el equivalente dinerario.

2. LA ACCIÓN DE NULIDAD Y EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

En segundo lugar, el Tribunal Supremo ha de pronunciarse sobre el efecto de incongruencia, imputado por el demandado recurrente a la sentencia de la Audiencia por haberles condenado (a él y a su cónyuge, declarada en rebeldía) al reintegro del *valor* en venta del piso y de la plaza de aparcamiento, tasados en catorce millones quinientas mil pesetas, cuando este pronunciamiento no fue solicitado en el suplico, que interesaba sólo la reintegración de la posesión de los mencionados inmuebles a la demandante. La sentencia, al desestimar tal motivo, se suma a una doctrina jurisprudencial ya establecida sobre la congruencia en materia de nulidad, ciertamente flexible.

Efectivamente, en el suplico se interesa sólo la condena de los demandados a la reintegración de la posesión del piso y plaza de garaje, postura lógica por cuanto, como el Tribunal Supremo observa, la actora tuvo conocimiento de la venta realizada por el demandado a través del escrito de contestación a la demanda y de reconvención. Tras lo cual, en el escrito de contesta-

ción a la reconvencción, el Letrado de la parte actora hace constar que «de no estimarse posible el reintegro a mi mandante de la posesión y dominio del inmueble donado, habrá lugar a sustituir esa obligación de hacer por la correspondiente indemnización económica a favor de mi representada, en los términos que resulten en su día procedentes en trámite de ejecución de sentencias». Y en la comparecencia, en el mismo sentido aunque no en idénticos términos, por cuanto se obvia la remisión a la fase de ejecución, se concreta que «para el caso de no estimarse posible el reintegro de la posesión del inmueble objeto del procedimiento, esa obligación de hacer habrá de sustituirse por la correspondiente indemnización en los términos que resulten a tenor de las pruebas practicadas».

Pues bien, el Tribunal Supremo, sólo tras argumentar jurídicamente la desestimación del motivo, pone de manifiesto, *obiter dicta* y a mayor abundamiento, las circunstancias que acabamos de reseñar. Dicho de otro modo, aun sin las concreciones vertidas por la parte actora en la contestación a la reconvencción y en el acto de la comparecencia, no habría lugar a la apreciación del vicio de incongruencia. Porque el Alto Tribunal entiende que si lo pedido no puede otorgarse por imposibilidad física o jurídica, no imputable a quien lo solicita, el juzgador está obligado a conceder el sustitutivo dinerario, supuesto que es el aquí planteado, al haber pasado el piso y plaza de garaje a manos de un tercero hipotecario.

Como decía, la sentencia se inscribe en una línea jurisprudencial ya instaurada que, en busca de la justicia material, defiende una flexible articulación del fallo, no mediatizado estrictamente por lo concretamente pedido en el suplico, sino acorde con la pretensión y las consecuencias implícitas de la tutela solicitada por el demandante.

Así, y como muestra, pueden citarse las SSTs de 5 de mayo de 1980 (RA 784) y 27 de mayo de 1994 (RA 3756). En la primera, se pedía en el suplico la resolución de unos contratos de compraventa, la pérdida por el demandado de la mitad de las cantidades entregadas para la compra de los pisos, «más 1.000 pesetas por piso y día, a contar desde la fecha del requerimiento notarial hasta la entrega de las llaves de los precitados pisos y su efectivo desalojo por parte del demandado, suma a determinar en ejecución de sentencia». La sentencia recurrida declara resueltos los contratos, fija la cantidad a que tiene derecho la vendedora resolvente, y condena al demandado a desalojar los dos pisos objeto del contrato, dejándolos a disposición de la demandante. Interpuesto recurso de casación por incongruencia, por no haberse solicitado en la demanda la entrega de los pisos, el Tribunal Supremo lo desestima, señalando que tal entrega es efecto ínsito esencial de la declarada resolución del contrato, sin la que ésta quedaría ineficaz y ampararía un enriquecimiento injusto para el demandado, obligando al demandante a iniciar un nuevo proceso para recuperar los inmuebles que entregó.

Por su parte, en el supuesto que origina la STS de 27 de mayo de 1994, se insta la nulidad de un contrato de compraventa, y dado el tiempo transcurrido desde su celebración, que hace imposible la restitución de los bienes *in natura*, la demandante solicita el equivalente de su valor, a determinar en ejecución de sentencia. La Sala condena al pago del precio de la venta, más los intereses legales desde la celebración del contrato. Planteado recurso de casación por incongruencia de la sentencia, por haber determinado la cuantía del equivalente e incluido los intereses, que no se pidieron, el Tribunal Supremo lo desestima, aun admitiendo que «en muchas resoluciones se estima incongruencia cuando la solicitud de la parte relega la cuantificación de lo pedido como indemnización, frutos o rentas para ejecución de sentencia y el Tribunal practica por sí la cuantificación sin dejar tal extremo para ejecución», porque entiende que el Juzgador se ha de atener a la sustancia de lo pedido y no a su literalidad, de modo que ha de conceder todo lo que de algún modo complementa y sea consecuencia de lo pedido por las partes, y al apreciar la existencia de datos suficientes para la fijación del *quantum indemnizatorio*, evita dilaciones inútiles, dando cumplimiento a lo ordenado en el artículo 360 de la LEC (2).

La STS de 4 de noviembre de 1985 (RA 5509) considera que no existe incongruencia si la obligación de transmitir la cosa en forma específica no es posible y se transforma en cumplimiento por equivalencia, respetándose la sustancia de lo pedido, de acuerdo con las normas legales, acogándose así aspectos complementarios o accesorios que están sustancialmente comprendidos en el objeto del debate e implícitamente en la pretensión deducida en la demanda, y en parecido sentido la STS de 27 de junio de 1986 (RA 4401).

La doctrina deducida de las sentencias citadas y la aquí comentada puede resumirse así: instadas la nulidad contractual y la consiguiente restitución del objeto del contrato, recogida en el artículo 1.303 del Código Civil, el juzgador puede sustituir tal condena, demostrada la imposibilidad de cumplimiento específico, por la del valor pecuniario de los bienes, con sus frutos e intereses, contemplada en el artículo 1.307 del Código Civil, aun sin que ello hubiera sido solicitado. Puede también, si en los autos se hubiera puesto de

(2) STS de 27 de mayo de 1994 (RA 3756): «la armonía entre las pretensiones de las partes con la sentencia no implica necesariamente un acomodo rígido a la literalidad de lo suplicado, sino que también ha de hacerse extensiva a todo aquello que de algún modo las complementa y precisen o que contribuya a la fijación de sus lógicas y naturales consecuencias, bien surjan de los propios alegatos de las partes, apreciados por el juzgador, o bien sean precisiones o aportaciones de las mismas en sus escritos de alegaciones y probanzas, porque lo perseguido por la Ley es que el órgano jurisdiccional se atenga a la sustancia de lo pedido y no a su literalidad, y al apreciar que existían datos suficientes para el señalamiento del *quantum indemnizatorio* y proceder a la fijación de la suma que debía abonarse, con lo que evitaba dilaciones inútiles, no hizo sino dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo 360 de la LECiv».

manifiesto, proceder a la fijación del *quantum* indemnizatorio, incluso aunque la parte actora lo hubiera relegado para ejecución de sentencia. Sin que ninguno de tales pronunciamientos, por consiguiente, haga incurrir a la sentencia en el vicio de incongruencia. Y ello porque el juzgador ha de acomodarse en el fallo a la pretensión deducida por las partes, con sus complementos y consecuencias implícitas, aunque no hubieran sido concretamente formuladas para otorgar la sustancia de lo solicitado y no su literalidad.

DELGADO ECHEVERRÍA, haciéndose eco de esta doctrina jurisprudencial consolidada, observa que «pedida sólo la declaración de nulidad, podrá entenderse que se han pedido también sus consecuencias restitutorias. Es **doctrina** del Tribunal Supremo, que parece consolidada, que puede decretarse la restitución de las prestaciones sin incurrir en incongruencia, cuando se declara la nulidad del contrato; e incluso se postula que tal consecuencia restitutoria es necesaria o automática» (cfr. en *Comentarios...*, cit., pág. 413). Con cita de otras sentencias, alude a la de 24 de febrero de 1992, en la que llega a afirmarse que el juez está obligado, de oficio, y una vez declarada la nulidad, a decretar también la restitución de cosa y precio.

Tal flexible doctrina, como la venimos calificando desde el principio, puede decirse que modula, en aras de la economía procesal y la tutela judicial efectiva, los principios de justicia rogada e impulso de parte que rigen nuestro proceso civil. Me parece plausible, en cuanto desensorseta la decisión judicial e impide la insatisfacción de la parte actora por una inadecuada redacción del suplico. Pero siempre que con ello no se hurte a ningún litigante su derecho a la defensa. Y ello puede producirse si quien insta la nulidad se limita a pedir su declaración, sin solicitar la condena restitutoria, y sin que de los términos en que se planteó la demanda pueda deducirse la presencia de un interés en tal restitución. Porque existen ahí dos pretensiones claramente diferenciadas: la de nulidad y la de restitución, que se concretarán, respectivamente, en un pronunciamiento meramente declarativo y otro de condena (en este sentido, modulando un tanto la radical doctrina que parece emanarse del Tribunal Supremo, DELGADO ECHEVERRÍA: «la restitución de cosa y precio no me parece una consecuencia ineludible de la declaración de nulidad, sino interpretación razonable, según los casos, de la demanda y su suplico, de modo que, si éste es el caso, el juzgador no incurrirá en incongruencia», *loc. últ. cit.*, pág. 415).

De cualquier manera, tal y como se planteó la pretensión demandante en el caso concreto analizado en la sentencia comentada, creo que ha de estarse de acuerdo con la postura adoptada por el Tribunal Supremo.

Una observación: se condena al demandado a reintegrar a la demandante el *valor* de los bienes litigiosos, no el precio obtenido por su venta. Así, aunque sin mencionarlo, el Tribunal Supremo parece aplicar el criterio contenido en el artículo 1.307 del Código Civil a la restitución solicitada por un tercero al contrato ineficaz (defendiendo tal interpretación del precepto, cfr.

DELGADO ECHEVERRÍA, *loc. ult. cit.*, pág. 458). Pero no condena al demandado a la restitución de los intereses desde la enajenación de la cosa. Con ello, y nos movemos en el terreno de las hipótesis, porque nada de esto se menciona en la sentencia, parece partirse de la buena fe del demandado, aplicándosele así el régimen del cobro de lo indebido, cuyo *accipiens* de buena fe, sólo responde en la medida del enriquecimiento (art. 1.897 del Código Civil), devolviendo el *precio* o la acción para hacerlo efectivo (3). Tal consideración de buena fe en el demandado se cohonestaría con lo declarado en los fundamentos de Derecho séptimo y octavo, que critico más adelante.

Dada la complejidad de esta última cuestión, y la relativa controversia doctrinal que ha suscitado, me limito a dejarla apuntada, porque estimo excede de los objetivos de este comentario.

3. LA CALIFICACIÓN DE LA DONACIÓN

La argumentación empleada por el Tribunal Supremo para rechazar el motivo de casación que trata de defender la naturaleza *mortis causa* de la donación y su supuesta revocación me parece impecable, y por tanto nada comentaré sobre este punto, por asumir por completo la postura del Tribunal. Creo que ni siquiera el propio recurrente podía estar convencido de su argumentación (4).

4. DOBLE VENTA, VENTA DE COSA AJENA, DONACIÓN Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Los Fundamentos de Derecho séptimo y octavo abordan el problema civil y registral central del supuesto de autos, y contienen una trascendencia doctrinal, a mi modo de ver incorrecta, según trataré de demostrar en este comentario. Las declaraciones del Tribunal Supremo, ciertamente sintéticas, se enmarcan, sin embargo, en una controversia doctrinal que alcanza a todos los puntos determinantes para la resolución de los intereses en juego.

Para conseguir una aproximación unitaria al problema central, analizaremos conjuntamente los motivos de casación resueltos en ambos fundamentos

(3) Así parece seguir nuestro Tribunal Supremo las tesis de DELGADO ECHEVERRÍA, quien sostiene que el artículo 1.307 parte de que el contratante obligado a restituir es de mala fe, manifestando una laguna para cuando tiene buena fe, que ha de colmarse aplicando la regla del artículo 1.897, cfr. *loc. ult. cit.*, pág. 460. Para otra interpretación del precepto, cfr. LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *ob. cit.*, págs. 108-145.

(4) ALBALADEJO, en el comentario a esta misma sentencia citado al principio de este trabajo, realiza un detenido análisis en contra de la vigencia de las donaciones *mortis causa*, págs. 495-499.

de Derecho. El recurrente (sobrino comprador y luego vendedor de los bienes en litigio) alega su condición de tercero hipotecario protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, así como la de adquirente triunfante en virtud del artículo 1.473 del Código Civil, por tratarse en el pleito de un supuesto asimilable a la doble venta y haber procedido él primeramente a la inscripción de su título.

Efectivamente, en principio y sin entrar a analizar la concurrencia de los requisitos exigibles, en el supuesto de autos parecen confluír las protecciones dispensadas por los artículos 34 de la Ley Hipotecaria, y 1.473 del Código Civil. El recurrente, comprador del mismo *tradens* inscrito que con anterioridad había donado idéntico objeto contractual (piso y plaza de garaje), inscribe el título de su adquisición, a diferencia de la donataria previa.

Pero los Tribunales (tanto la Sala como el Supremo) deniegan la aplicación de esos preceptos por diferentes razones, relacionadas entre sí: dado que en el momento de celebración de la venta el *tradens* no era ya propietario por haber alcanzado plena efectividad la donación anterior, nos hallamos ante un supuesto de venta de cosa ajena, que se califica de inexistente y por ello no otorga título válido, requisito exigido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria para poder ampararse en su protección. El Tribunal Supremo entiende también que el artículo 1.473 del Código Civil «no guarda relación alguna con el supuesto litigioso», por no coincidir dos ventas, sino una venta y una donación, lo que lo hace inaplicable. Además, aunque «a efectos mera y exclusivamente dialécticos» se admitiera en tal caso su aplicación, nos recuerda su doctrina, asentada en los últimos años, sobre la incompatibilidad de la doble venta con la venta de cosa ajena, por cuanto el supuesto de aquélla exige que la primera enajenación no se haya consumado. Por todo ello, el comprador no puede alegar una titularidad preeminente sobre la donataria, sino al revés.

No puede decirse que la doctrina emanada de esta sentencia resulte novedosa, pero sí representa un paso más, en la línea defendida por el Tribunal Supremo en los últimos años, uniformemente a partir de la STS de 11 de abril de 1992, en el tratamiento de los problemas ínsitos en la doble venta. Un paso más en cuanto a la inaplicación declarada del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Pero que no resulte novedosa no significa que no sea paradójica, en sus propios términos, y puesta en relación con la propia doctrina del Supremo en cuestiones abordadas en este mismo caso. Vamos a verlo.

Indudablemente, el eje central de la solución dada al litigio es la calificación hecha por la sentencia de apelación de que la venta en favor del recurrente es una venta de cosa ajena cuya sanción es la inexistencia. Declaración que el Tribunal Supremo asume, por cuanto coincide con la jurisprudencia hoy triunfante sobre la cuestión, y lleva hasta las que estima sus últimas consecuencias.

Ha de estarse de acuerdo en que tal venta lo es de cosa ajena, porque se realizó más de tres años después de la donación hecha por el mismo transmitente a su hija adoptiva, como acabamos de ver calificada a no dudar de donación *inter vivos*, y por tanto con fuerza traslativa desde la fecha misma de la escritura pública en que se instrumentó, donde consta la aceptación de la donataria. Pero no puede admitirse que tal venta de cosa ajena sea calificada de inexistente, aunque en ninguna parte de la sentencia se mencione, se supone que por falta de objeto.

Es tema sabido que la venta de cosa ajena no aparece regulada en nuestro ordenamiento, lo que, unido a su frecuente incidencia, la han hecho merecedora de abundante atención doctrinal y jurisprudencial, apreciándose en su tratamiento una evolución. De la inicial tendencia a la sanción de nulidad o inexistencia por falta de objeto, se ha llegado a una actual opinión mayoritaria favorable a la validez, con ciertos límites exigidos por la gran variedad de supuestos concretos que tal figura puede presentar, y que impiden uniformar la solución jurídica. Así, hoy es opinión prácticamente unánime en la doctrina y en la jurisprudencia que, a salvo la presencia de vicios del consentimiento (dolo, si el vendedor conocía la ajenidad de la cosa; error, si el comprador ignoraba de modo excusable tal ajenidad) o ilicitud de la causa (connivencia fraudulenta de ambos contratantes para privar de la propiedad al verdadero dueño), la venta de cosa ajena es válida. Y ello con fundamento en variadas razones de peso, entre las que destacan: la inexistencia de precepto alguno en nuestro Código que exija al vendedor ser propietario de la cosa vendida; la naturaleza obligacional de la compraventa, a distinguir de los efectos reales que alcanza unida a la tradición; la indudable injusticia que para los intereses en juego comporta la sanción de nulidad; la oportunidad de que sea título válido para la usucapión ordinaria... (cfr. RUBIO GARRIDO, *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*, 1993, y más resumidamente su comentario a la STS de 11 de abril de 1992, en ADC, tomo XLVII, fasc. III, 1994.II, págs. 269-288).

Por señalar la jurisprudencia más reciente, la STS de 7 de junio de 1996 (RA 4827) afirma que «la validez del contrato se alcanza con independencia de la ajenidad de la cosa», señalando que el carácter obligacional de la venta posibilita la entrega del *id quod interest*, si la de la cosa resulta imposible, o proceder al saneamiento por evicción, si, una vez entregada, es recuperada por el verdadero propietario. Por su parte, la STS de 25 de octubre de 1996 (RA 7432), tras citar la «emblemática» STS de 5 de julio de 1976, basada en la anterior de 5 de julio de 1958, observa que es proclamación jurisprudencial, hoy unánime, la de la validez de la venta de cosa ajena, con fundamento en el carácter obligacional de la venta. El Tribunal Supremo añade que tal doctrina supera la del artículo 1.599 del *Code*, basándose en la interpretación lógica del artículo 1.458 del Código Civil y recogiendo una antigua tradición establecida en el Derecho romano (Dig. XVIII, 1, 28).

Calificación que también se aplica, a partir de la asimilación del supuesto al de la venta de cosa ajena, y siguiendo las observaciones de la doctrina más autorizada, a las enajenaciones realizadas por sólo algunos de los cotitulares de una comunidad, superando así la sanción de nulidad por falta de consentimiento. En este sentido, cfr. SSTS de 31 de enero de 1994 (RA 642) y 12 de mayo de 1994 (RA 4093).

Entonces, si ésta es la doctrina considerada unánime por la jurisprudencia acerca de la venta de cosa ajena, ¿por qué he partido de que lo afirmado en la sentencia comentada no constituye novedad alguna? Porque, y aquí la primera paradoja a señalar en la doctrina del Supremo, cuando la venta de cosa ajena se encuentra inmersa en un supuesto de doble venta, entonces es calificada sin **ningún** rubor de inexistente por falta de objeto, contrariando tal unánime jurisprudencia. Sobre la doble venta, el Tribunal Supremo viene repitiendo (cfr. STS de 11 de abril de 1992) que «requiere, para su existencia, que cuando se perfeccione la segunda venta, por convenio entre comprador y vendedor sobre la cosa objeto del contrato y el precio, la primera no haya sido consumada todavía (...), pues si la primeramente concertada ya había quedado totalmente consumada (...), *ya no existe un verdadero supuesto de doble venta, sino de venta de cosa ajena o inexistencia de la segunda venta por falta de objeto*». La frase subrayada puede leerse invariablemente en todas las resoluciones sobre la cuestión (por citar las más recientes, cfr. SSTS de 3 y 25 de marzo, 2 de julio y 25 de noviembre de 1994) (RA 1647, 2535, 6423 y 8947), y muestra el entendimiento del Supremo de que los términos unidos por la conjunción «o» no se consideran alternativos, sino sinónimos. Prueba de ello ofrece la sentencia comentada, que estima inaplicable el artículo 34 de la Ley Hipotecaria al considerar el título inválido, en cuanto inexistente, y por tanto encontrar subsunción al supuesto en el artículo 33 de la Ley Hipotecaria.

Esta doctrina, últimamente triunfante en la jurisprudencia sobre la incompatibilidad de la doble venta con la venta de cosa ajena confunde, a mi modo de ver, la eficacia obligatoria de la compraventa con la real o transmisiva, e introduce en la interpretación del artículo 1.473 del Código Civil, criterios que deben permanecer al margen de él. Señaladamente, la teoría del título y el modo, con olvido de que en ordenamientos como el francés y el italiano, de transmisión consensual del dominio, también existe un precepto equivalente (cfr. el citado comentario de RUBIO GARRIDO, págs. 286-288 y LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, tomo III, vol. 1.º, 3.ª ed., Barcelona, 1990, págs. 255 y sigs.). El artículo 1.473 es una norma **conflictual** que decide a quién debe corresponder la propiedad irrevocable de una cosa enajenada más de una vez, y que por tanto puede calificarse de «excepcional» dentro de las normas generales de atribución de la propiedad.

Conviene señalar, además, que esta jurisprudencia sobre el artículo 1.473 ha sustituido a una anterior correcta, que entendía aplicable tal precepto aun

cuando algún contratante hubiera consumado ya su adquisición. Así, en la STS de 4 de marzo de 1988 (RA 1554), y contra la tesis del recurrente de aplicación indebida del artículo 1.473 por las mismas razones aducidas hoy por el Supremo y que aquí criticamos, puede leerse: «La tesis mantenida por el recurrente olvida que es suficiente la existencia formal de dos contratos en pugna, sin disquisiciones en punto a su eficacia, para que los intereses encontrados de los dos compradores tengan forzosamente que resolverse a tenor de los preceptos que se dicen conculcados y que con plena ortodoxia fueron la regla de oro mantenida por la Sala *a quo* para su discernimiento»; y además: «habiendo inscripción y dando por supuesta la posesión del no inscrito, no cuenta para nada tal elemento efectivo de adquirir, por sobreponerse a ello el juego más importante y útil jurídicamente hablando, en provecho de la sociedad, y de la sociedad jurídica, de la fe pública registral, contando, obviamente, con la buena fe del comprador inscrito». La STS de 30 de junio de 1986 (RA 4403), por su parte, no ve inconveniente alguno en entender aplicable el artículo 1.473, pese a haberse producido, previamente, la consumación de una de las enajenaciones y generarse un supuesto de venta de cosa ajena.

Es necesario distinguir entre los efectos personales y los reales del contrato de venta de cosa ajena. Efectivamente, su validez contractual se contrapone a su ineficacia para transmitir el dominio *per se*. Pero sí sirve como título para adquirir el dominio si se presenta acompañada de alguno de los institutos que el ordenamiento jurídico admite, excepcionalmente, para que se produzca una adquisición *a non domino*: usucapión (ordinaria, por cuanto tal venta constituye título válido), posesión de buena fe para los bienes muebles (art. 464 del Código Civil), e inscripción registral, en cuya órbita se halla también el artículo 1.473 del Código Civil.

Y aquí no se puede argumentar, como hace el Tribunal Supremo, que la venta de cosa ajena no constituye un título válido a efectos de la protección porque no sirve *per se* para transmitir el dominio. Tal exigencia no forma parte de la configuración del título requerida en los artículos 32 ó 34 de la Ley Hipotecaria, 464, 1.473 ó 1.953 del Código Civil. En tales artículos se exige un título válido, pero no eficaz, porque de otro modo esos especiales mecanismos de adquisición de la propiedad, arbitrados por el ordenamiento resultarían innecesarios, o nunca encontrarían aplicación. El mismo título, si fuera eficaz, y acompañado de la tradición, ya habría logrado la adquisición de la propiedad, y si no lo fuera, se nos está diciendo que no sirve para acogerse a la protección de tales institutos.

A un observador detenido no se le habrá escapado que la alegación del artículo 1.473 del Código Civil nos ha llevado, en este comentario, a la mención del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, absolutamente lógica, por cuanto este segundo recoge la regla general de que el primero constituye aplicación concreta. En ambos preceptos está presente el mismo fundamento,

el principio de inoponibilidad de lo no inscrito, aplicable aquí, como aduce el recurrente, para defender la preferencia de su adquisición, inscrita sobre la donación no inscrita. Sin embargo, en la sentencia para nada se menciona el artículo 32 de la Ley Hipotecaria. La razón se encuentra también en la controversia doctrinal mencionada sobre los contornos de esas normas y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Porque parte de la doctrina entiende que el artículo 32 (y el 1.473) es aplicable exclusivamente a las adquisiciones *a domino*, y no a las *a non domino*, subsumibles sólo en el ámbito del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Conclusión consecuencia, fundamentalmente, de dos puntos de partida: la tesis dualista del tercero hipotecario, a mi modo de ver, plenamente demostrada; y el entendimiento apriorístico de que la venta de cosa ajena no es subsumible en los artículos 1.473 del Código Civil y 32 de la Ley Hipotecaria, sino en el 34 de la Ley Hipotecaria, por cuanto constituye una adquisición *a non domino* (5). Lo cual, y volvemos a lo expuesto, ya no puede compartirse: efectivamente, por hipótesis, es un supuesto de adquisición *a non domino*, pero entender que no encaja en el artículo 1.473 por exigir éste ventas válidas, y no serlo la de cosa ajena, supone confundir la eficacia obligatoria del contrato con la transmisiva. Cuando los artículos en cuestión otorgan criterios reales, de atribución de la propiedad, a partir de unos requisitos contractuales de validez del título, no de la transmisión.

Observando el problema desde este punto de vista, el Tribunal Supremo no se vería obligado a sostener una calificación de la venta de cosa ajena diferente, dependiendo de si se halla o no en relación con un supuesto de doble venta. Y digo «obligado», porque en el fondo de esa sanción de nulidad parece esconderse la voluntad de inaplicar el artículo 1.473 del Código Civil para no provocar una injusticia, por intuir o sospechar la carencia de buena fe en el adquirente que resultaría protegido, exactamente, como veremos en seguida, lo sucedido en la sentencia comentada.

Por otra parte, la admisión de que los ámbitos de protección diseñados por los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria son diferentes, no significa que en determinadas ocasiones un mismo supuesto de hecho no pueda subsumirse

(5) GARCÍA GARCÍA: «Para evitar la *reductio ad absurdum* no hay más remedio que interpretar el artículo 1.473.2 del Código Civil en la única forma posible, a pesar de las desorientaciones de la doctrina, es decir, en el sentido de que la primera venta que no se inscribe es inoponible a la segunda venta que se inscribe, y esta segunda venta es válida, y deriva del dueño (adquisición *a domino*), a diferencia de los supuestos de «venta de cosa ajena» y de «venta sin objeto o sin legitimación», y, más adelante: «La adquisición del artículo 32 es, en definitiva, o una adquisición *a domino* o una adquisición *ex domino*, pero no una de las que la doctrina tradicional ha venido configurando como adquisición *a non domino*, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Madrid, 1993, tomo II, págs. 81 y 86.

en ambos preceptos, conjugándose la protección fundada en el principio de inoponibilidad y la basada en la de fe pública registral (en este sentido, y por todos, cfr. LACRUZ-SANCHO, *Derecho Inmobiliario Registral*, Barcelona, 1984, pág. 167). Como en el supuesto comentado, por proceder los títulos en conflicto de un *tradens* inscrito e inscribir sólo uno de los adquirentes.

De manera que, con la sola argumentación empleada por el Tribunal Supremo, la nulidad de la venta de cosa ajena y por tanto la inaplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, tras poner de manifiesto cómo tal calificación choca incluso con la propia jurisprudencia del Supremo y los presupuestos de tal precepto, no existe razón jurídica para negar la prevalencia de la adquisición del sobrino comprador sobre la anterior donación. Y no sólo el supuesto, configurado así, encuentra protección en el principio de fe pública registral, sino también en el de inoponibilidad por hallarse en conflicto dos títulos válidos de los que sólo uno está inscrito.

Detengámonos ahora en otra (en realidad, la de partida) de las argumentaciones empleadas por el Tribunal Supremo para denegar la aplicación del artículo 1.473 del Código Civil: «no guarda relación alguna con el presente supuesto litigioso» por requerir éste la presencia de dos ventas y darse aquí una donación. Afirmación sorprendente, en cuanto supone liquidar de un plumazo una cuestión controvertida en la doctrina y sobre la que no existe declaración jurisprudencial asentada (6). Efectivamente, la generalidad de los autores admite la aplicación analógica del precepto a otros contratos onerosos, además de a la compraventa, pero no existe acuerdo cuando concurren transmisiones gratuitas, ya en conflicto entre sí, ya con otra onerosa. A la negativa de algunos (así, por todos, PETIT SEGURA, *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa*, Barcelona, 1990, pág. 98) se contraponen la afirmativa de otros (así, entre otros, LACRUZ BERDEJO, quien lo estima aplicable «a cualquier concurrencia de dos contratos dirigidos a la transmisión del dominio, o de un contrato con actos equivalentes igualmente transmisivos», *ob. cit.*, tomo III, vol. 1.º, págs. 255 y sigs.; Díez-PICAZO: «puede preconizarse una interpretación amplia del artículo 1.473, que no reduzca su campo de aplicación a la estricta doble venta, sino que lo extienda a todo doble negocio del que puede resultar una doble transmisión dominical. (...) Desde el punto de vista del Derecho civil sustantivo no hay tampoco razón alguna para entender que en la colisión entre un título oneroso y un título gratuito tenga que ser preferido siempre el primero», *Fundamentos del Derecho civil*

(6) Ciertamente, tampoco esta sentencia es única. La STS de 25 de octubre de 1993 (RA 7654) entiende inaplicable el precepto por hallarse en conflicto dos donaciones, pero la razón fundamental para ello no estriba en la naturaleza gratuita del título, sino en la subsunción del supuesto en la enajenación de cosa ajena, dada la eficacia traslativa que el Tribunal Supremo reconoce a la donación realizada en forma, sin necesidad de tradición.

patrimonial, tomo III, 4.^a ed., Madrid, 1995, pág. 780; y GARCÍA GARCÍA, *ob. y loc. cit.*, pág. 182). ALBALADEJO, que en el comentario ya citado se ocupa de esta cuestión, termina concluyendo, tras una detallada panorámica de los supuestos posibles, que las disquisiciones sobre la aplicación del artículo 1.473 no sirven para nada, porque la solución se encuentra en las reglas generales de nuestro Derecho (7).

Desde luego, los antecedentes históricos inmediatos de nuestro Código Civil no favorecen la tajante afirmación realizada por nuestro Tribunal Supremo en la sentencia comentada; antes bien, son argumentos de peso para defender la aplicación del artículo 1.473 también en conflictos planteados entre títulos onerosos y gratuitos. El artículo 1.859 del proyecto de Código Civil de 1851 dispone: «Cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a diferentes personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título».

Por otra parte, cuando la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 se detiene a explicar los efectos de la inscripción registral en la doble venta, la Comisión se remite al criterio del proyecto de 1851, con idénticos términos genéricos: «Así lo establece también el proyecto del Código Civil, ordenando que cuando el propietario enajena unos mismos bienes inmuebles a varias personas por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título». Idea de la ampliación que resulta explicitada por GÓMEZ DE LA SERNA, quien al comentar este mismo tema, y en referencia a los antecedentes de las Leyes de Partidas, afirma: «lo que se dice del vendedor y del comprador, por paridad de motivos, es aplicable a todos los enajenantes y adquirentes, debiendo considerarse puesta como ejemplo la mención especial que se hace de la compra y venta, cosa que es tan común en la obra monumental de don Alfonso el Sabio» (*La Ley Hipotecaria, comentada y concordada*, Madrid, 1862, pág. 567).

De manera que no resulta tan clara la exclusión de las reglas del artículo 1.473 del Código Civil cuando uno de los actos transmisivos, como en el presente caso, es una donación. Como el propio Tribunal Supremo, aunque sea implícitamente, admite, porque tras la tajante afirmación que criticamos, ha de añadir «aunque a efectos mera y exclusivamente dialécticos» como argumento a la inaplicación de la norma, su doctrina sobre la doble venta y la venta de cosa ajena, a la que ya nos hemos referido en extenso.

Resumiendo, el Tribunal Supremo hace prevalecer en esta sentencia la pretensión que, *a priori*, parece justa, en una especie de aproximación intuitiva a los hechos. Para ello, partiendo de la inscripción del *tradens*, es necesario negar la presencia de los requisitos de aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Y así, recurre a calificar de nula la venta de cosa ajena,

(7) Cfr. ALBALADEJO, *loc. cit.*, pág. 509.

olvidando que su doctrina general es favorable a la validez. Ahora bien, tal recurso no resulta discordante totalmente con la jurisprudencia, dado que cuando la venta de cosa ajena se halla integrada en un supuesto de doble venta, entonces es calificada de inexistente por falta de objeto. Así, el Tribunal Supremo encuentra acomodo para la nulidad del título del comprador y subsiguiente inaplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Además, la doctrina jurisprudencial últimamente triunfante sobre la doble venta y su incompatibilidad con la venta de la cosa ajena es utilizada para eludir la aplicación del artículo 1.473 del Código Civil y su concordante artículo 32 de la Ley Hipotecaria, esto es, para eludir la aplicación del principio de **inoponibilidad** de lo no inscrito, uno de los pilares de nuestro sistema inmobiliario registral. Y ello sin que el Tribunal Supremo haya empleado ningún argumento jurídicamente convincente, sino a partir de una serie de ideas apriorísticas.

Desde luego, como ya adelantaba al iniciar este comentario, entiendo que el Tribunal Supremo ha dictado una sentencia justa en cuanto a la pretensión protegida, aunque no ha empleado los argumentos jurídicos adecuados. La inaplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria por invalidez del título del recurrente, debería haberse fundamentado en la simulación de la compraventa, en defensa de lo cual existen datos importantes en los autos. Se estará de acuerdo en que la celebración de una compraventa con reserva en favor del vendedor del usufructo vitalicio con facultad de disponer en caso de necesidad es una figura sospechosa (cfr. LACRUZ BERDEJO, *ob. cit.*, vol. 2.º, 2.ª ed., Barcelona, 1991, pág. 97: «resulta discutible la posibilidad de un contrato oneroso en el cual el cedente de los bienes en usufructo autorice al adquirente para disponer a su mera voluntad de ellos, porque nadie puede ser árbitro del cumplimiento de sus propias obligaciones»), indicaría de simulación absoluta. Máxime cuando el precio fijado a los bienes (un piso y su plaza de garaje) en dicha venta es de un millón de pesetas y resultan tasados en catorce millones quinientas mil pesetas. Obsérvese que en la sentencia no consta el precio de la venta realizada por el recurrente, menos de un año después de su supuesta compra, sino que se hace referencia siempre al valor en venta de los bienes o al de tasación, a cuyo abono resulta condenado, finalmente, el recurrente, como hemos puesto de manifiesto anteriormente. Y por si esto fuera poco, la supuesta venta se realiza siete días justos antes de otorgar el vendedor testamento, en el que instituye heredero en cuanto al tercio de libre disposición al recurrente, su sobrino y comprador.

Y si este argumento no convence y se estima arriesgado, aún podría haberse empleado otro, la falta de buena fe en el recurrente, verdadera exigencia primigenia de todo el sistema de protección al adquirente. Las fechas de celebración de las sucesivas enajenaciones, a partir de la venta hecha al recurrente, parecen los hitos de una verdadera carrera por hacerse con la pro-

tección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. En junio de 1988, la tan mencionada venta, menos de seis meses antes de fallecer el vendedor (causante, como sabemos, del recurrente y comprador); en marzo de 1989, veinte días después del requerimiento notarial hecho por la sobrina donataria, la venta a otra persona que también resulta inscrita. Recuérdese lo ya dicho acerca de que la sobrina donataria, en la contestación a la reconvención, califica a esta última venta a favor de tercera persona, «de irregular apariencia también». Desde luego, de los términos de la sentencia comentada no se desprende argumento alguno para tratar de contrarrestar los efectos de la protección registral en favor de la adquisición de este tercero, como así debió entenderlo la sobrina demandante al conformarse con la indemnización y no intentarlo siquiera, pero no puede decirse lo mismo de la adquisición del sobrino recurrente.

Quizá, y ello en descargo del Tribunal Supremo, la razón de no haberse empleado los argumentos señalados haya de encontrarse en la articulación del pleito por parte de la sobrina demandante, que ya hemos calificado de discutible. Si ésta no trató de impedir la aplicación de los preceptos en cuestión a partir de la demostración de no cumplirse los presupuestos de hecho exigidos, el Tribunal Supremo se encontró atado por el principio de congruencia, acudiendo a los argumentos criticados para conseguir una solución justa.

Indudablemente, tanto el argumento de la simulación contractual absoluta como el de la mala fe del recurrente comprador, ofrecen mayores dificultades en orden a la prueba que la solución adoptada por el Tribunal Supremo. Pero son coherentes con el sistema de protección a la apariencia arbitrado en nuestro sistema, o, con otras palabras, resultan ajustados a Derecho. Lo que no puede decirse de la negativa a otorgar la protección del artículo 34 al segundo adquirente por haber adquirido de quien no es dueño, o, dicho de otro modo, en virtud de una ventá de cosa ajena. Por ello, el título es válido, y ése es precisamente el supuesto al que quiere atenderse en tal precepto, que comporta uno de los supuestos de adquisición *a non domino* de nuestro ordenamiento. Negar su aplicación al supuesto de autos conlleva convertir en papel mojado la célebre dicción del mencionado precepto.

Y, puesto que como antes decíamos, el planteado es un supuesto en el que se sobreponen la protección del artículo 34 y la del 32 de la Ley Hipotecaria (concordante con el art. 1.473 del Código Civil), si no se desea entrar ni en la simulación ni en la presencia de mala fe, también este segundo precepto convierte en triunfador al comprador recurrente. Por lo señalado anteriormente, acerca de lo injustificado de la inaplicación del 1.473 a la venta de cosa ajena, partiendo de la tesis de que se trata de una venta válida. También la aplicación de este precepto puede comportar una adquisición *a non domino*, como ocurriría en este supuesto si se cumplieran sus demás requisitos (señaladamente la buena fe). Basada aquí, ya no en el principio de fe pública

registral, como en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino en el de inoponibilidad o prevalencia de lo inscrito sobre lo no inscrito, recogido en el artículo 32 de la Ley Hipotecaria.

Indudablemente, el Derecho debe servir a la justicia, pero en el caso planteado, el triunfo de la donataria debería haberse fundamentado en la inaplicación de los artículos 34 y 32 de la Ley Hipotecaria y 1.473 del Código Civil, por no cumplir el comprador sus presupuestos de aplicación en virtud de: la inexistencia de título por simulación, y su mala fe por haber tenido conocimiento de la donación anterior. Y si tales datos no pueden llegar a demostrarse, flaco favor le hacen al Derecho las sentencias que obvian principios básicos del ordenamiento jurídico. A eso se le llama uso alternativo del Derecho, y es peligroso.

RONCESVALLES BARBER CÁRCAMO
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de La Rioja