

III. Sentencias del Tribunal Supremo

POR JOSÉ QUESADA SEGURA,
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ,
FRANCISCO CASTRO LUCINI y
CARLOS MARÍN ALBORNOZ

DERECHOS REALES

DESLINDE (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1984).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jaime Castro García declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Peñarroya-Pueblonuevo, declarando que «la confusión de linderos constituye presupuesto indispensable para la práctica del deslinde, y por ello la acción no será viable cuando los inmuebles se encuentran perfectamente identificados y delimitados, con la consiguiente eliminación de la incertidumbre respecto a la aparente extensión superficial del fundo y a la manifestación del estado posesorio».

F. C. L.

SERVIDUMBRE NEGATIVA DE LUCES Y VISTAS (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1984).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Rafael Casares Córdoba, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Gijón, obligando a cerrar los huecos abiertos en pared propia lindante con finca ajena sin autorización expresa del dueño del pretendido fundo sirviente, y sin haber mediado acto contrario de éste a la

existencia de la servidumbre, que permitiera adquirir ésta por prescripción. Se reitera esta doctrina en la Sentencia de 26 de octubre de 1984, así como en la de 8 de junio de 1984.

F. C. L.

SERVIDUMBRE DE AGUAS. VERTIDOS INDUSTRIALES (SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1984).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Plasencia, que había declarado la inexistencia de la servidumbre, conforme a los siguientes razonamientos.

Que como cuestión previa al examen del tercero de los motivos, en que se apoya el recurso en cuestión, es de tener en cuenta que la Sentencia recurrida establece, tanto en sus considerandos como en los que expresamente acepta de los contenidos en la dictada en fase procesal de primera instancia y, por tanto, con vinculación en casación al no haber sido atacado por la vía o cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no haberse demostrado por «Comaro, S. A.», la existencia a su favor de la pretendida servidumbre de aguas frente a la cual accionan sus oponentes, así como la realidad y certeza de los hechos a que se contrae la demanda, o sea, que de la fábrica tan mencionada, por su parte posterior, salen constantemente las aguas que han servido para el aderezo de las aceitunas, usándose sosas y otras sustancias cáusticas mezcladas con ellas, que son arrojadas por la entidad demandada, y ahora recurrente, a la charca o laguna indicada, dirigiéndolas en alguna ocasión, bordeándolas por medio de un surco pequeño, que además atraviesa dicha charca o laguna, haciéndole ir aguas abajo de la misma, y pasando por todas las fincas que se encuentran situadas en dicha posición y mezclándose con otras aguas propias de tal cometido, determinando que hayan muerto ganados por beber en dicha charca o laguna, o bien al parir hayan abortado, y las fincas aguas abajo no pueden regarse, pues las aguas se han vuelto cáusticas, haciendo que se sequen y perezcan, y cuyo vertido de aguas residuales, presumiblemente de alto contenido tóxico por su procedencia, es capaz de producir graves alteraciones bacteriológicas o contaminantes que pueden resultar perjudiciales a la salud pública, o al medio, la fauna, cultivos, o a los aprovechamientos inferiores vecinos, y que originaron a los demandantes, ahora recurridos, perjuicios que son reclamados mediante escrito inicial de demanda rectora del juicio de que este recurso dimana.

Que los aspectos fácticos contenidos en el precedente conducen a la solución desestimatoria del cuarto de los motivos en que se apoya el recurso de que se trata, que la entidad recurrente fundamenta, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendida violación, a causa de no aplicación, del artículo 69, párrafo pri-

mero, de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, en relación con los artículos 438, párrafo primero, y 563 del Código Civil, ambos también alegados violados, porque aparte que el problema que tales preceptos contemplan suponen el planteamiento de una cuestión nueva en casación, que como de tal índole no es de examinar en este especial y extraordinario recurso, según tiene declarado esta Sala en Sentencias, entre otras, de 5 de mayo de 1955, 6 de enero de 1966, 21 de febrero de 1969, 23 de octubre de 1980 y 7 de febrero de 1982, pues que la litis de que dimana, y singularmente las pretensiones en ella formuladas por las partes, tienen su base en el planteamiento de la existencia o inexistencia en favor de la tan mencionada entidad mercantil «Comaro, S. A.», de una servidumbre voluntaria de desagüe, surgida por prescripción, que le faculta a llevar las aguas de la fábrica a que se venía haciendo mención a la charca o laguna tantas veces aludida y no en la existencia o inexistencia de la servidumbre natural que contempla el precitado artículo 69 de la expresada Ley de Aguas, es lo cierto que, en todo caso, nunca podría apreciarse en el actual debate jurídico, a la vista de los resultados probatorios en él apreciados, puesto que si ciertamente el mencionado precepto de la Ley de 13 de junio de 1879 sanciona que los terrenos inferiores están sujetos a recibir las aguas que naturalmente y sin obra del hombre procedan de establecimientos industriales que no hayan adquirido la servidumbre de desagüe que tal precepto establece, con sólo la obligación de abonar al dueño del predio inferior los daños y perjuicios que con tal motivo se le causen, siguiendo el precedente proporcionado por la Ley I del Digesto «De aqua et aquae pluv. arc., 39, 3», es igualmente exacto que la aplicación de la servidumbre natural que el mencionado artículo 69 regula requiere la concurrencia de dos esenciales requisitos, cuales son que se trate simplemente de aguas a recibir en predios inferiores y que sean también simplemente aguas procedentes de establecimientos industriales, lo que no sucede en el presente caso, ya que, de una parte, se está considerando no un mero desagüe de aguas procedentes de establecimiento industrial no discurrentes a predios inferiores de los demandantes, y ahora recurridos, sino a una charca o laguna propiedad de algunos de dichos demandados en que se abrevan ganados y que luego discurren a fincas para su riego; y, de otra parte, no son simplemente aguas procedentes de establecimientos industriales, si que aguas con residuos nocivos a fines de utilización de la meritada charca o laguna para abrevadero de ganados y riego de fincas, con lo que al faltar los supuestos de hecho en que el repetido artículo 69 se soporta, indudablemente impide la aplicación de la normativa que contiene.

F. C. L.

USUCAPION. JUSTO TITULO. ACCION REIVINDICATORIA (SENTENCIA DE 19 DE JUNIO DE 1984).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la demandada y apelante

contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Cartagena, conforme a las siguientes consideraciones:

Que el único motivo del recurso acusa la infracción por inaplicación de los artículos 1.959 y 1.941 del Código Civil, «que determinan la prescripción sobre bienes inmuebles por su posesión no interrumpida durante treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe y sin distinción entre presentes y ausentes, siempre que la posesión sea en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida», insistiendo la recurrente en el desarrollo del motivo en que ha poseído la casa objeto de la litis durante más de sesenta años y que ha realizado obras en ella, aunque la familia Espín le advirtió que no las podía realizar, y alega que siempre la ha poseído con *animus domini*; motivo que ha de ser desestimado por las siguientes consideraciones: a) la posesión en concepto de dueño como requisito esencial básico tanto de la usucapión ordinaria como de la extraordinaria no es un concepto puramente subjetivo o intencional, ya que el poseedor por mera tolerancia o por título personal reconociendo el dominio en otra persona no puede adquirir por prescripción, aunque quiera dejar de poseer en ese concepto y pasar al *animus domini*; b) por lo tanto, la recurrente que se ha probado que pasó a ocupar la casa discutida como parte de su retribución por los servicios domésticos prestados al propietario de aquélla, es decir, por mera tolerancia del dueño, no puede, a su arbitrio, cuando lo crea conveniente, alterar su título posesorio *alieno domine* en posesión concepto de dueño apta para adquirir por usucapión, aunque sea la extraordinaria; c) si bien este tipo de usucapión no precisa de justo título, es obvio que no es suficiente la intención (aspecto subjetivo) para poseer en concepto de dueño, sino que se requiere un elemento causal o precedente objetivo que revele que el poseedor no es mero detentador por otro, como así se deduce de la doctrina sentada por esta Sala en sus Sentencias de 9 de febrero de 1935, 3 de octubre de 1970 y 2 y 20 de noviembre de 1964; d) en definitiva, la oposición de la recurrente a la acción reivindicatoria ejercitada, fundada en que ha usucapido a su favor la posesión que adquirió en nombre ajeno y que ejerció como servidora en la posesión de la casa debatida durante el solo transcurso del tiempo, aunque sea superior a los treinta años que señala el artículo 1.959 del Código Civil, no es admisible por carecer del sentido de posesión en concepto de dueño, y por ello ha de fracasar el recurso.

F. C. L.

SERVIDUMBRES.—ADQUISICION POR USUCAPION DE SERVIDUMBRE APARENTE EN ARAGON.—Artículo 147 de la Compilación aragonesa (SENTENCIA DE 12 DE JULIO DE 1984).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Rafael Pérez Gimeno declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandante y apelante contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de

Zaragoza, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 4 de esa capital, conforme a las siguientes consideraciones, de las que se desprenden claramente los hechos que motivan el litigio:

Que son fundamentales en este recurso, reconocidos por la actora, SOCIEDAD COOPERATIVA DE VIVIENDAS TENIENTE CORONEL VALENZUELA, o declarados probados por la Sentencia de primera instancia cuyos considerandos acepta la de apelación, los siguientes hechos básicos: Primero, el Camino de Cabaldós, que tenía su entrada por los números 84 y 86 de la calle de Miguel Servet, de Zaragoza, y salía al campo, se formó por las cesiones que de las partes necesarias de las fincas rústicas enclavadas en el término de Miraflores habían hecho sus respectivos dueños para llegar a sus propiedades perteneciendo, por ello, *pro indiviso* a dichos cedentes hasta que al constituirse en el año 1849 la Comunidad de Regantes de Miraflores pasó a ser propiedad de dicha entidad; este camino, con la urbanización de la zona, fue utilizado no sólo por los miembros de la Comunidad, sino también por cualquier persona, habiendo llegado a figurar en el nomenclátor callejero de la ciudad de Zaragoza como una de las calles de la misma; segundo, en la parte izquierda, entrando al mencionado camino, don P. R. H. tenía una finca de su propiedad que daba tanto al camino como a la calle de Miguel Servet y sobre parte de tal finca lindante con el camino edificó, por el año 1930, una casa compuesta de planta baja y piso, abriendo una puerta de comunicación entre la casa y el camino, inmueble que por sucesión hereditaria pasó a su hija Isabel y después al actual recurrente, don G. S. H., quien instaló un bar en la planta baja, sirviéndose para el acceso al mismo del mencionado camino; tercero, reconocida por el Ayuntamiento la propiedad de tal camino a favor de la Comunidad de Regantes, esta entidad vendió en escritura pública, el 18 de septiembre de 1978, a la Sociedad Cooperativa actora una parcela de 342 metros cuadrados del indicado camino, impidiendo, con la iniciación de las obras, a don G. S. H. el paso a su casa por la repetida vía desde la calle de Miguel Servet, lo que motivó el planteamiento, por este señor, de un interdicto de obra nueva contra la Sociedad Cooperativa, por entender que estaba en posesión de una servidumbre de paso que las obras le impedían, interdicto en el que recayó sentencia ratificando la suspensión de las obras acordada al iniciarse tal procedimiento posesorio, frente a cuya suspensión se formuló el juicio de mayor cuantía en solicitud de que se declarase su derecho a continuar las obras suspendidas en el citado juicio interdictal; pretensión a la que se opuso el demandado, el que suplicó la desestimación de la demanda y, además, por vía reconvenicional que se declarase la existencia de una servidumbre de paso sobre el repetido camino de Cabaldós a favor de la casa de su propiedad, con las declaraciones inherentes a tal pronunciamiento, aparte de la condena a daños y perjuicios por daño emergente y lucro cesante; habiéndose dictado Sentencia por el Juzgado de Primera Instancia, confirmando en apelación, por la que se da lugar a la demanda, declarando el derecho del actor a continuar las obras que estaba realizando en el solar ubicado entre la calle de Miguel Servet y el comienzo del camino de Cabaldós, y se

desestimaba la reconvencción, contra cuya Sentencia se ha formulado el presente recurso de casación.

Que el primer motivo del recurso se formula al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denuncia la infracción, por el concepto de violación por inaplicación, del artículo 536 del Código Civil relativo a que las servidumbres se establecen por la Ley o por la voluntad de los propietarios, argumentando a tal efecto que si el camino de Cabaldós se formó por la cesión que de parte de los campos colindantes realizaron los propietarios de ellos al objeto de crear una vía de acceso a los mismos, vía que perteneció a los cedentes en común y *pro indiviso*, está claro, sigue diciendo, que con ello lo que realmente realizaron los copropietarios al formar tal camino, como finca independiente, fue constituir una servidumbre de paso, sobre dicha copropiedad, en favor de las fincas colindantes, pero tal razonamiento olvida, por una parte, la imposibilidad jurídica de constituir una servidumbre sobre cosa propia, dado que las cosas sirven a su dueño por derecho de propiedad y no por derecho de servidumbre y por ello este derecho real se constituye sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño (art. 530 del Código Civil), y, por otro lado, no tiene en cuenta que en el caso del condominio el uso que a cada uno de los partícipes permite el artículo 394 del Código Civil para servirse de las cosas comunes según su destino, sin perjuicio de los intereses de la comunidad y sin impedir a los copartícipes utilizarla según su derecho, tiene su apoyo en la cualidad de condominios de tales partícipes y no en la titularidad de un derecho de servidumbre, por lo que al no ser el condominio inicial título válido para el nacimiento de la servidumbre de paso invocada, debe desestimar dicho primer motivo.

Que la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 8 de abril de 1967, modificando en la materia relativa a la adquisición de las servidumbres por usucapión, la normativa anterior contenida en el apéndice del Código Civil prescinde, como dice su exposición de motivos, de las discriminaciones clásicas de servidumbres positivas o negativas y continuas o discontinuas, para sentar unas reglas más precisas en base a la distinción entre aparentes y no aparentes, estableciendo en su artículo 147 que las aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe, debiendo entenderse —por aplicación como supletorio del Código Civil a tenor del artículo 1.º, 2, de dicha Compilación— que son servidumbres aparentes las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan el aprovechamiento de las mismas, y no aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia (art. 532 del Código Civil), y esta normativa, aplicada al caso de litis, lleva aparejada, por una parte, la calificación de aparente de la pretendida servidumbre de paso que sobre el camino de Cabaldós invoca el demandado recurrente en su reconvencción, ya que, como se declara en la sentencia de primera instancia, cuyos considerandos acepta la de apelación, la casa que en 1930 se construyó por un antecesor del actual propietario en la parte de la finca que lindaba con el camino, tenía abierta una puerta de comunicación con él, y es indudable que tal puerta de acceso estaba

proclamado de forma manifiesta, ostensible, el uso y aprovechamiento que de él se hacía; llevando tal normativa, también, consigo la adquisición de la servidumbre por usucapión, a tenor del artículo 147 de la repetida Compilación, al haber transcurrido más de diez años entre presentes en la posesión de la misma a contar desde la entrada en vigor de la citada Compilación de 8 de abril de 1967, hasta que la Cooperativa actora, después de la adquisición en 18 de septiembre de 1978 de un trozo de terreno al Sindicato de Riegos de Miraflores, iniciara la ejecución de unas obras, impidiendo con ellas al recurrente, dueño de la casa, el paso por la entrada del camino de Cabaldós desde la calle de Miguel Servet; todo ello aún prescindiendo del uso y disfrute del repetido camino por los anteriores titulares del predio en que se construyó la casa, uso y disfrute inicialmente, y desde tiempo inmemorial, como condueño del camino, y después como miembro de la Comunidad de Regantes, pues lo que aquí se tiene en cuenta para llegar a la expresada conclusión adquisitiva es la posesión de tal servidumbre no como dueño de una finca rústica, y por ende miembro de la Comunidad de Regantes, sino como propietario de la casa construida sobre ella y la que se accede por el indicado camino; todo lo cual conduce a la estimación del motivo amparado en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el que se acusa infracción en el concepto de violación, por inaplicación del artículo 147 de la repetida Compilación de Aragón al no haberse apreciado la adquisición de la servidumbre aparente de paso por el transcurso de diez años entre presentes sin necesidad de título ni de buena fe.

Y en la segunda sentencia resuelve estimando la existencia de la servidumbre de paso, razonando que si, como se afirma en la anterior sentencia de casación, el demandado reconviniente adquirió por usucapión la servidumbre aparente de paso para acceder por el camino de Cabaldós a la casa que habían construido en el año 1930 sus causantes en el linde de su propiedad con dicho camino, es manifiesto que al propio tiempo que debe rechazarse la demanda que en este juicio de mayor cuantía se formuló con la pretensión de que se levantase la suspensión, acordada en el juicio de interdicto seguido entre las mismas partes de este proceso de las obras iniciadas en el referido camino, hoy solar edificable, en cuanto tales obras impidan o menoscaben la referida servidumbre, debe, por el contrario, accederse a la reconvención deducida y declarar la existencia de la citada servidumbre de paso en favor del actor como propietario de la casa sita en el número 16 del indicado camino, con las consecuencias inherentes a tal declaración que se contienen en el suplico de dicha reconvención, incluida la reconstrucción del camino para que quede en las condiciones que tenía antes de comenzar las obras de construcción; todo ello, claro es, siempre que por la continuación de las obras acordada durante la tramitación del proceso de mayor cuantía o por condicionamientos derivados del Plan de Ordenación Urbana vigente no se hubiese hecho imposible la ejecución de esta sentencia, en cuyo supuesto se resolverá en la indemnización de daños y perjuicios tanto los relativos, en su caso, a la enajenación como los ocasionados al negocio de bar que tenía establecido el demandado reconviniente en la indicada casa.

F. C. L.

DOMINIO PUBLICO.—ZONA MARITIMO-TERRESTRE.—ACCION REIVINDICATORIA (SENTENCIA DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 1984).

Los terrenos enclavados en la zona marítimo-terrestre se califican como bienes de dominio público, tienen la consideración de *res extra commercium* y son, por tanto, insusceptibles de posesión, de engendrar, salvo desafectación, derecho de dominio a favor de particulares e inalienables.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Luis Albacar López, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Bilbao, conforme a las siguientes consideraciones:

Que promovida por el Abogado del Estado ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Bilbao demanda de juicio ordinario de mayor cuantía sobre acción reivindicatoria contra don Félix Garau Hormaza, doña Concepción Zorroza Unamuno, doña María Jesús, doña María José, don Luis Sasieta Altuna, don José María Morencos Pasacual, doña María Socorro Buerba Arena, don Luis Herrero Aguayo, doña María Concepción Roldán Vega, don Ramón Jacas Ejarque, doña Carmen García Izquierdo, doña María Luisa Urra Zalbidegoitia, don José María Pradera Landaluce, don Ignacio Urrutia Novoa, doña Trinidad Elsa Iturmendi Díez, don José Ignacio Palacio Peña, doña María Aranzazu Garay Zorroza, don José Tellechea Zulueta, doña Mara Teresa López de Calle, don René Antoine Soumoy Speelers y doña Madeleine Gaul Paquet, don Faustino Olalde Gorrochategui, doña Bernarda Mallaviabarrena Arizmendiaurreta, don Jesús Brizuela Urtarán, doña Cristina Media Alonso, don Albino Beitia Laanizbarrutia, doña María Natividad Bernaola Goitiz, don José Luis Madariaga Ortuo Sote, doña María Lazpita Besoitaguena, don León Arcaza Aguirre, doña María Teresa Azcagorta Urizar, don Víctor Bazeta Aguirre, doña Celestina Arquinzoniz Miota, don Manuel Uría Alzola, doña Telesfora Bilbao Ugaldea, don José Garay Miota, doña María Berrizbeitia Solaguren y don Sotero Mendilibar Lejarreta, con fecha 11 de enero de 1982 recayó Sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos en la que confirmando la dictada por el referido Juzgado el 21 de junio de 1979, se estimaba la demanda con relación a los demandados don Félix Garay Hormaza y doña Concepción Zorroza Unamuno y se desestimaba con relación a los demás, sentencia contra la que el Abogado del Estado interpuso el presente recurso de casación por infracción de ley y en la que se sientan, entre otros, los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: A) Que la primitiva índole demanial del terreno de autos parece impugnable si se advierte que, reconociéndola *a priori* don Eduardo Garay Zabala —causante más o menos inmediato de todos los demandados— instó una concesión administrativa para su aprovechamiento que le fue efectivamente otorgada mediante Orden Ministerial de 1934; B) Que no cabe discutir la ubicación física del terreno en el ámbito especial de los legalmente cualificados como zona marítimo-terrestre, situación fáctico-

jurídica esta definitivamente establecida por el deslinde a falta de cuya eficaz impugnación en vía administrativa —y en su caso ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa— habrá de prevalecer; C) Que del acta de reconocimiento judicial y de su correlativo gráfico plasmado en el plano o croquis a ella anexo se aprecia con toda claridad la concreción de una línea de pleamares mucho más próxima al mar que los terrenos de referencia, los cuales quedan así llamativamente fuera de la zona marítimo-terrestre; D) Que el referido deslinde, llevado a cabo en el año 1975, si quizá no dejó de hacerse el de la zona marítimo-terrestre, en cuanto se fijó la línea de pleamares determinante al respecto, se añadió el de otros terrenos acaso también demaniales, pero que, sin duda, lo eran por cualquier otro concepto ajeno a aquella zona; y E) Que ha de reputarse operada, por vía de degradación, la material desafectación demanial contemplada por el artículo 2.º de la Ley de Puertos, especialmente referido a los terrenos sobrantes de la zona marítimo terrestre.

Que el motivo primero del recurso amparado en el número 6.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia «violación de lo dispuesto en los artículos 2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 1.º del Reglamento de la Ley de Puertos de 19 de enero de 1928, 6, párrafo 1.º, de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969 y 1, apartado 1.º, de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956», alegándose que la resolución recurrida, al contener que los terrenos reivindicados por el Estado no están físicamente en la zona marítima terrestre, porque no están alcanzados por el flujo de las mareas, ni lo estaban cuando se practicó el último deslinde, invade terreno reservado a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, motivo que debe perecer porque, si bien es cierto que el deslinde de la zona marítima terrestre es función administrativa, y, como tal, revisable únicamente por la jurisdicción contencioso-administrativa, también lo es que la ubicación de un terreno dentro de tal zona, así como su edificación de dominio público o propiedad privada es materia propia de la jurisdicción ordinaria, la que, sin interferir en modo alguno en el terreno de la contencioso-administrativa, puede debatir plenamente el carácter de bien público o privado de la parcela que nos ocupa, por lo que debe rechazarse este primer motivo del recurso.

Que el motivo cuarto, formulado por «infracción de ley por violación del artículo 339, número 1.º, del Código Civil, y de la doctrina legal establecida en las Sentencias de esa Excelentísima Sala de 28 de noviembre de 1973, 3 de junio de 1974, 7 de mayo de 1975, 23 de abril, 25 de octubre y 2 de diciembre de 1976, 19 de junio de 1977 y 23 de junio de 1981, con arreglo a la cual los terrenos enclavados en la zona marítimo-terrestre tienen la consideración de *res extra commercium* y son, por tanto, insusceptibles de posesión, de engendrar, salvo desafectación, derecho de dominio a favor de particulares e inalienables», habrá de prosperar toda vez que «es doctrina jurisprudencial de esta Sala, mantenida en Sentencia de 19 de diciembre de 1977, en la que se reproducen las de 3 de junio de 1974, 7 de mayo de 1975 y 5 y 23 de abril de 1976, la que viene a establecer: a) Que los terrenos comprendidos en la zona marítimo-terrestre se califican como bienes de dominio público, correspondiendo al

particular que se oponga a la pretensión del Estado de reivindicarlos probar los hechos obstativos de la misma, o, en su caso, los derechos que sobre los mismos aduzcan; b) Que la pretensión obstativa del particular sólo puede prosperar si muestra la desafectación de los bienes o que su alienabilidad ha sido autorizada o que el terreno ha pasado al dominio de los particulares antes de la Ley de Puertos de 1880; c) Que el particular que se oponga a los efectos y consecuencias que determina que los terrenos enclavados en tal zona pertenecen al dominio público, debe probar inexcusablemente, bien su cambio de destino, bien su desafectación por un acto de soberanía; y d) Que estos hechos obstativos no se pueden fundar en la simple inscripción registral de la finca, pues tales bienes está fuera del comercio de los hombres, son inalienables e imprescriptibles y llevan en su peculiar destino la propia garantía de inatacabilidad e inmunidad, habiendo especificado la Sentencia de 26 de abril de 1979 que los derechos legalmente adquiridos a los que la Ley de Costas se refiere, no son los que provienen de un título de dominio o usucapión tabular o de una posesión más o menos dilatada, por cuanto necesitan de un acto de soberanía para producir la entrada en el comercio de los hombres, concretamente la desafectación o cambio de destino, a partir de cuyo momento dejan de pertenecer al dominio público para entrar en el comercio humano, en consecuencia para que el particular pueda invocar un derecho legalmente adquirido precisa una decisión estatal que ordene la desafectación» (Sentencia de 23 de junio de 1981) y en el caso que nos ocupa, partiéndose del carácter indudable demanial que ostenta la parcela de autos, y que motivó la petición y concesión de una autorización administrativa para su aprovechamiento, y consecuentemente su carácter público, no sólo no se ha acreditado por los demandados la existencia de un acto de soberanía, a partir del cual se produjese la entrada de la parcela en el comercio de los hombres, sino que, por el contrario, consta la actividad de la Administración que en los años 1952 y 1965 practica sendos deslindes, incluyendo la repetida parcela dentro de la zona marítimo-terrestre, así como dejando sin efecto, en virtud de las extralimitaciones producidas sin autorización de aprovechamiento concedida revocación ésta expresamente confirmada por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por lo que en modo alguno cabe reconocer carácter privado a la tantas veces citada parcela, debiendo, por ende, prosperar este cuarto motivo.

Y en la segunda sentencia declara que la parcela en cuestión es bien de dominio público y forma parte de la zona marítimo-terrestre, sobre la que no ostenta ni pueden ostentar ningún derecho los demandados, quienes deben reintegrar al Estado el terreno significado, pues son nulas cuantas adquisiciones y transmisiones de dominio y demás derechos reales hayan tenido lugar a favor de particulares, lo mismo que las correspondientes inscripciones en el Registro de la Propiedad, que deberán cancelarse.

F. C. L.

USUCAPION.—ACCION REIVINDICATORIA (SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 1984).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jaime Santos Ruiz, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el actor y apelado contra la Sentencia de la Sala 2.ª de la Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, revocatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Alicante, pues considera que «el artículo 1.973 del Código Civil se refiere a los modos de interrupción de la prescripción extintiva o de acciones, y no a los que interrumpen la prescripción adquisitiva del dominio o usucapión, que sólo se efectúa por los medios que señalan los artículos 1.944 a 1.948 del propio Código, entre los que no figuran las reclamaciones extrajudiciales al que está prescribiendo».

F. C. L.

SERVIDUMBRE NEGATIVA DE LUCES Y VISTAS.—ACTO OBSTATIVO (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1984).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandado y apelado contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos que, estimando la acción negatoria de servidumbre, declaró la inexistencia de la pretendida servidumbre de luces y vistas en pared propia del dueño del supuesto predio dominante, revocando la del Juzgado de Primera Instancia de Haro.

Los fundamentos del fallo son los siguientes:

Que, como ya se dijo en Sentencia de 12 de julio de 1983, todos los precedentes jurisprudenciales que en ella se citaban (Sentencias de 13 de junio de 1867, 6 de marzo de 1875, 10 de mayo de 1884, 31 de mayo de 1890, 25 de febrero de 1943, 9 de febrero de 1955, 14 de marzo de 1957, 2 de octubre de 1964), establecieron que aun cuando la legislación antigua no regulaba de una manera precisa y detallada los derechos de luces y vistas, incidentalmente aludidos en la Ley 15, Título XXXI de la Partida tercera, cabía sentar, como criterio informante de dicha normativa, las siguientes proposiciones: Primera, que aquella legislación histórica, como una consecuencia del derecho que tenía todo propietario para hacer en su caso lo que quisiere, sin otros límites que los jurídicos y los morales —expresamente recogidos en la definición de la Ley 1.ª, Título XXVIII de la misma Partida tercera— no ponía traba alguna a la facultad de abrir huecos, para luces o vistas, en pared propia; segunda, que tales luces o vistas no constitúan, empero, derecho de servidumbre y, por consiguiente, no podían neutralizar el derecho que tenía el otro colindante para disminuirlas o eliminarlas, edificando libremente o dando mayor elevación a construcciones existentes, y tercera, que la falta de ejercicio de ese derecho de edificar, por más o menos tiempo, no engendraba

prescripción de servidumbre *ne luminibus officiatur, altius tollendi o ne prospectui officiatur* en favor del otro propietario que tuviere abiertos los huecos de su pared, ya que dichas posibles servidumbres, por ser negativas, no podían ser adquiridas por prescripción, sino computando el tiempo de ésta desde la ejecución de algún acto obstativo.

Que, sigue la sentencia citada, esta doctrina, en cuanto contempla la apertura de huecos en pared propia como manifestación *iure proprietatis* y no *iur servitutis*, no daba, por consiguiente, derecho a mantener en paredes propias huecos laterales o ventanas en perjuicio del vecino que, disponiendo de su suelo y cielo, podía construir libremente en contigüidad o dar mayor elevación a construcciones existentes, «a no ser —Ley 15, Partida citada— que se le hubiera contradicho el alzamiento para que no quitase las luces», consistiendo ese acto obstativo, según ya recogieron las Sentencias de 6 de marzo de 1875, 13 de mayo de 1882, 10 de mayo de 1884, 12 de noviembre de 1889 y 31 de mayo de 1890 (referidas a vistas antes de la vigencia del Código Civil), pues, como indica la de 13 de mayo de 1882, los huecos así abiertos son de mera tolerancia, salvo pacto o concesión expresa, y no pueden ganarse por prescripción, sino mediante su cómputo a partir del acto obstativo, en razón a que cuando alguno se aprovecha de esas luces aspira a constituir una servidumbre negativa para que el dueño de la finca a que afectan no pueda construir en contigüidad, ni, por consiguiente, perjudicarlas, criterio el expuesto que no ha sido alterado, por otra parte, por el régimen del Código Civil, en cuanto mantiene las dos posibilidades de la legislación anterior, es decir, la naciente del derecho de propiedad, como facultad de abrir huecos a la altura y dimensiones marcadas por el artículo 581 y las derivadas de la adquisición de un derecho real de servidumbre que le permita la apertura de huecos contemplados en el artículo 582, mediante título o en virtud de prescripción (arts. 537 y 538), mas siempre, en el segundo caso, de la constancia del acto obstativo, por tratarse de servidumbre negativa (caso del presente recurso), nota y exigencia que ha sido constante doctrina o jurisprudencia de esta Sala, como lo corroboran las Sentencias de 16 de abril 1963, 25 de septiembre de 1969, 21 de diciembre de 1970, 21 de marzo de 1975 y 30 de septiembre de 1982, que atribuyen el carácter de negativas a las servidumbres de luces y vistas cuando los huecos están abiertos en pared propia del dominante, por lo que el acto formal prohibitorio al que alude el artículo 538 será aquel que de modo directo obste a que el dueño del predio sirviente haga uso de unas facultades dominicales incompatibles con el invocado derecho real en cosa ajena (requerimiento para no edificar, interdicto para suspender la construcción, por ejemplo).

Que toda la argumentación de recurso —en sus seis motivos— va dirigida a la demostración, meramente doctrinal, de que el supuesto del pleito es perfectamente encajable en una situación de hecho constitutiva de una servidumbre de luces y vistas adquirida por prescripción, en razón de que los huecos fueron abiertos hace cien años, al tiempo de la construcción de la casa, presunto fundo dominante, conforme a la legislación anterior al Código Civil, prescripción adquisitiva cuyo tiempo ha de contarse, para su cómputo, desde el momento mismo de la abertura de los

huecos; tesis, sin embargo, que choca frontalmente con la jurisprudencia esclarecedora del sistema legal anterior, según se ha expuesto —y según tuvo en cuenta correctamente la sentencia impugnada—, amén de que, no propuesta en el recurso la vía de la apreciación de los hechos contradictores del fallo que se recurre, es decir, no acreditado en modo alguno la existencia del acto obstativo como inicio del *tempus* prescriptivo, es claro y evidente que ha de seguirse el criterio jurisprudencial vinculante, o lo que es lo mismo, que, como dijo la Sentencia de 12 de julio de 1983, no acreditada la existencia de servidumbre, la Sala de instancia no pudo infringir ni la legislación anterior al Código ni tampoco la normativa de éste (arts. 532, 533, 536, 537, 581, transitoria segunda, 1.940, 1.941, 1.957, 1.959, 1.960 y 1.963), pues en el primer caso la servidumbre no era tal, según la doctrina expuesta, y en ambos, antes o después del Código Civil, faltaría el dato del cómputo —acto obstativo— para la usucapión.

Que lo expuesto funda la desestimación de los cinco primeros motivos, todos por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal, con la denuncia de la infracción de los artículos citados; y, por lo que respecta al 6.º y último, bastará con añadir que tampoco puede decirse que se hallan infringido los artículos 34 y 36 de la Ley Hipotecaria, porque la tesis de que la realidad extrarregistral puede valer en ocasiones contra la presunción del Registro de la Propiedad, en cuanto a la existencia de un gravamen real y reconocido en el tiempo por los posibles afectados, cierto es que ello presupone la real existencia y prueba del derecho real o gravamen que se pretende existir, pero con todas sus características, notas y presupuestos, y no, como en el caso presente, en el que lo único que se acredita es la existencia de una situación de tolerancia —relaciones de *vecindad*— no convertida en servidumbre, que sólo así podría válidamente contradecir la ausencia de su constatación registral, cual es el caso de las servidumbres aparentes (Sentencia de 25 de febrero de 1956) suficientemente patentizadas para hacer su conocimiento real inexcusable.

COMENTARIO.—Reitera esta sentencia la conocida doctrina que requiere la existencia de acto obstativo, es decir, acto contrario a la existencia de la pretendida servidumbre, realizado por el dueño del supuesto predio sirviente, para que pueda adquirirse la servidumbre negativa por usucapión, pues es precisamente a partir de la fecha de dicho acto contrario cuando comienza a contarse el tiempo para la prescripción y, por tanto, si no hay acto obstativo no puede empezar a contarse usucapión alguna.

El fundamento de ello se encuentra en evitar que las situaciones de tolerancia o de buena vecindad generen un derecho y un derecho de tanta fuerza y efectos como es el derecho real, que vincularía y tendrían que soportar no sólo la persona que lo había tolerado, sino todos sus causahabientes. Unid al argumento de que el puro silencio o conducta pasiva, por sí sola, no es lo suficientemente expresiva para suponer existente una limitación de la propiedad tan grave como la que entraña la servidumbre. Esta sentencia es reiteración de la doctrina contenida en la de 19 de octubre de 1984.

F. C. L.

USUCAPION (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1983).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José María Gómez de la Bárcena y López, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Manacor, estableciendo que «conforme a lo normado en el artículo 447 del Código Civil sólo la posesión que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio, dado que, según proclaman las Sentencias de esta Sala de 2 de julio de 1928, 3 de octubre de 1962 y 21 de abril de 1965, la posesión a tal fin requiere no sólo el transcurso de treinta años sin interrupción, sino también que esa posesión no sea la simple tenencia material o la posesión natural, y sí la civil, es decir, la tenencia unida a la intención de hacer (*sic*) la cosa como propia, que no puede ser la simplemente tolerada, dado que, según disponía la Ley XXII, Título XXXIX de la Partida 3.ª, esencialmente acogido en el artículo 430 del Código Civil, los poseedores por mera tolerancia «non son tenedores por sí, mas por aquellos de quien la cosa tienen».

Añade el Tribunal Supremo que la invocación de tratarse de una posesión con título y en concepto de dueño en cuanto es significativo de una apreciación de hecho únicamente es atacable por el cauce o vía del error de hecho que sanciona el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

F. C. L.

SERVIDUMBRES. — EXTINCION. — CONDICION RESOLUTORIA. — RETRACTO CONVENCIONAL.—*Artículos 546, número 1.º, 1.507 y 1.508 del Código Civil* (SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 1984).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelada contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo revocó parcialmente la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Avilés, en base a los siguientes pronunciamientos:

Que para la resolución de los temas que en los varios motivos del presente recurso se plantean hay que partir de los hechos que una constancia documental admitida por ambas partes litigantes acredita, siendo tales hechos los siguientes: primero, que en 30 de abril de 1900 doña Prudencia F. O. dividió en cuatro trozos una finca de su propiedad, numerándoles correlativamente bajo los números 1, 2, 3 y 4, transmitiendo por título de compraventa a don R. V. R. los trozos 1 y 2 con la condición de que «en el caso de que se abra la calle que el Ayuntamiento tiene proyectada o que en lo sucesivo se proyecte, que ocupe el todo o parte del terreno número 1, tendrá lugar la reversión con respecto al terreno

número 2, o la parte que de éste quedase intermedia entre dicha calle y el terreno número 3 que se reserva la vendedora, pasando aquél al dominio de dicha doña P. o a sus legítimos sucesores, quien devolverá al señor V., o a quien su derecho represente el precio del terreno retrovendido, a razón de 4,20 pesetas el metro cuadrado a que resulta el convenido para la venta, al objeto de que en todo caso la referida calle linde con terrenos de la propiedad de doña P. Esta señora, o quien su derecho represente, podrá construir en su terreno número 3, los edificios que tenga por conveniente, con derecho a abrir los huecos, ventanas, balcones o miradores que considere necesarios, con vistas rectas u oblicuas sobre el terreno número 2 que vende, así como también el de vertiente de los tejados sobre el mismo terreno o finca»; segundo, que los trozos o terrenos números 1 y 2 fueron en principio inscritos en el Registro de la Propiedad de Avilés como fincas independientes, constituyendo el terreno número 1 la finca registral número 5.275, con una extensión superficial de 492 metros cuadrados, y el terreno número 2 la finca registral número 5.276, con una extensión superficial de 429 metros cuadrados, con constancia en las inscripciones de ambos predios de las cargas y condiciones a que quedaban afectos y a que se ha hecho referencia en el apartado que antecede; tercero, que las dos referidas fincas números 5.275 y 5.276 fueron agrupadas con posterioridad y pasaron a ser la finca 8.313 del Registro de la Propiedad de Avilés, continuando la constancia tabular de las cargas y condiciones a que las fincas agrupadas estaban afectas, y cuarto, que la actora en esta litis, como causahabiente de doña P. F. O. en la propiedad del trozo o terreno número 3 a que hacía referencia la escritura pública de 30 de abril de 1902, ejercita con base en la alegación de haberse llevado a efecto la apertura de calle, afectando con su trazado a los trozos números 1 y 2, acción contra la entidad «Inmobiliaria Abascal, S. A.», actual propietaria de dichos trozos y aquí recurrente, al objeto de que en cumplimiento de lo pactado en la escritura pública tantas veces mencionada opere a su favor la reversión de los terrenos no afectados por la apertura de la vía pública.

Que la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo dictó sentencia por la que, revocando la pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia, estimó las pretensiones de la demanda, articulándose contra la misma por la entidad demandada el presente recurso de casación a través de siete motivos, los que en atención a los temas que plantean en relación al derecho de la actora han de ser analizados concediendo preferencia a los motivos primero, segundo, tercero, cuarto y sexto, terminando finalmente si a ello hubiere lugar con el estudio de los motivos quinto y séptimo.

Que en los motivos primero y segundo del recurso, al amparo del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa a la sentencia recurrida de haber violado por inaplicación la preceptiva contenida en los artículos 1.507 y 1.508 del Código Civil, respectivamente, motivos que han de ser analizados conjuntamente en atención a que su fundamentación radica en la tesis insistentemente mantenida por la recurrente en el curso del litigio de que lo pactado en la escritura pública de 30 de abril de 1902 por los que en ella intervinieron fue un

retracto convencional regulado a todos los efectos por las disposiciones contenidas en la sección primera del capítulo VI del título IV del libro IV del Código Civil, lo que es inexacto, pues como con acierto y justeza se argumenta en la sentencia recurrida lo convenido en la referida escritura pública fue una condición en sentido técnico al referir la resolución de derechos adquiridos por el comprador a un acaecimiento futuro e incierto absolutamente independiente de la voluntad de la vendedora, pugnando con ello el pacto de reversión estipulado con el carácter de condición potestativa y dependiente de la sola voluntad del vendedor que el retracto convencional significa, a lo que es de añadir que en el caso concreto aquí enjuiciado la reversión de terrenos que cumplida la condición opera a favor del vendedor tiene un alcance limitado que al no afectar a la totalidad de la cosa que fue objeto del originario contrato de compraventa hace que no pueda identificarse el convenio con lo que el pacto de retroventa significa según la definición legal del mismo contenida en el artículo 1.507 del Código Civil, resultando, en definitiva, de lo razonado que la resolución impugnada no infringió por inaplicación los preceptos del Código Civil que se suponen violados en los dos primeros motivos del recurso y la condigna consecuencia del rechazo de los mismos.

Que en el motivo tercero del recurso, por el cauce del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa a la resolución impugnada de haber infringido lo preceptuado en el artículo 1.118, párrafo 2.º, del Código Civil, sin precisar el concepto de la infracción que se denuncia, procediendo el rechazo del motivo habida cuenta de que, como se argumenta en la sentencia recurrida, el precepto se refiere en su integridad a condición de carácter negativo y no a la de carácter positivo que el caso enjuiciado contempla y regula el artículo 1.117 del propio Código en cuanto prevee cuándo tendrá lugar la extinción de la obligación porque el acaecimiento que constituye la condición no pueda tener lugar o haya pasado el tiempo fijado al efecto de que sucediera.

Que el motivo cuarto del recurso, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se tacha a la resolución impugnada de haber violado por inaplicación lo dispuesto en el artículo 1.285 del Código Civil, precepto que al sancionar el principio de interpretación sistemática de las cláusulas de los contratos atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas, exige como presupuesto inclinable para su aplicación la existencia de *varias* estipulaciones que deban conjugarse al efecto de indagar cuál fue la intención de los contratantes, mas no ofreciéndose varias cláusulas o estipulaciones que deban ser interpretadas y sí una sola, que es lo que acontece en el caso del presente litigio, el canon hermenéutico en que hubiera podido ser dable subsumir la cuestión de la existencia de una intención evidente de los contratantes prevalente sobre palabras empleadas en el propio texto de la obligación hubiera sido el que al respecto arbitra el párrafo 2.º del artículo 1.281 del citado Código Civil, relacionando, en su caso, esta norma con la contenida en su artículo 1.282, por lo que, al ser imposible que la sentencia recurrida cometiera con fundamento en los alegatos que sirven de desarrollo al motivo la infracción del precepto que por inaplicación

se supone violado el motivo ha de decaer con la sanción de su expreso rechazo.

Que en el motivo sexto del recurso, por la vía del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción por no aplicación del artículo 1.112 del Código Civil, precepto que al sancionar que todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario, lejos de haber sido violado por inaplicación por la sentencia recurrida fue aplicado por la misma, razón por la que el concepto por el que hubiera sido dable denunciar su infracción era el de *aplicación indebida*, pero en caso alguno el de violación por inaplicación que el motivo denuncia, a lo que es de añadir que lo que el motivo cuestiona es la adquisición por la actora del derecho que ejercita y, de otra parte, que le corresponda la exclusiva titularidad de tal derecho en razón a la propiedad que conserva del que fue en la escritura pública de 30 de abril de 1902 el trozo de terreno número 3 que la misma describe, temas ambos que, como es obvio, habían de derivar para que al enfrentarse con los mismos se produjera la contestación afirmativa que pretende la recurrente, en el sentido de que a la demandante no le pertenece el derecho que ejercita, de las oportunas bases fácticas que sólo podía suministrar, motivo articulado por el cauce del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que desvirtuara la apreciación de la sentencia recurrida en orden a la titularidad que atribuye a la actora referida del derecho por la misma ejercitado, todo lo que impone, en definitiva, la desestimación del motivo.

Que en el motivo quinto del recurso, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa a la resolución impugnada de haber incurrido en error de hecho en la apreciación de la prueba, por cuanto, según se argumenta, la referida sentencia en su fallo señala textualmente: «debemos declarar y declaramos que la actora como titular de la finca descrita al hecho cuarto de la demanda goza del derecho de ejercitar el derecho de reversión en favor de dicho fundo respecto al que se describe en el hecho segundo...» y, siendo así que en el hecho segundo se describen las parcelas números 1 y 2 referidas en la escritura pública de 30 de abril de 1902 respondiendo a la agrupación de las mismas en una sola finca registral operada con posterioridad a dicha escritura, procede la estimación del motivo desde el momento en que el documento auténtico que el contenido de tal escritura pública representa concede en la cláusula correspondiente el derecho de reversión que establece a favor de la parcela número 3 únicamente respecto de los terrenos de la parcela número 2, lo que resulta, sin necesidad de deducciones o hipótesis del literal contexto de la cláusula mencionada.

Que a tenor de lo dispuesto en el número 1.º del artículo 546 del Código Civil las servidumbres se extinguen por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y la del sirviente, por ser las mismas, según definición del artículo 530 del propio Código, un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño, resultando de la aplicación de la preceptiva dicha al supuesto del presente litigio la total inoperancia del motivo que la enti-

dad recurrente articula bajo el apartado 7.º, acusando por la vía del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la violación por inaplicación del número 2 del artículo 546 del Código Civil, ya que no obstante la casación parcial de la sentencia recurrida que la estimación del motivo quinto determina, como quiera que las servidumbres a que se refiere la escritura pública de 30 de abril de 1902 estaban establecidas a favor de la parcela número 3, como predio dominante y sobre la parcela número 2, en calidad de sirviente, al reunirse en una misma persona, o sea, la aquí actora, la propiedad de ambas parcelas, así como huelga hacer el pronunciamiento interesado en uno de los pedimentos del suplico de la demanda sobre la declaración de existencia de tales servidumbres, huelga también en este trámite casacional la acogida de la argumentación tendente a la demostración de la extinción de las mismas con base en concurrir las circunstancias que al respecto establece el número 2.º del citado artículo 546, precepto este último que como consecuencia de lo argumentado no pudo ser infringido por la resolución impugnada.

Y en la segunda sentencia, revocando parcialmente la dictada por el Juzgado, declara, en definitiva, que la actora y apelante como titular de la parcela número 3 goza del derecho de ejercitar la reversión en favor de dicho fundo respecto a la parcela número 2, conforme a los términos y bajo las condiciones que figuran en las escrituras de adquisición por los respectivos causantes; y que por la apertura de la nueva calle que afecta a la finca de la demandada y apelada se ha cumplido la condición a que estaba sujeto el mencionado derecho de reversión; y, en consecuencia, se condena a la demandada a otorgar en favor de la actora escritura de reversión de la finca, recibiendo en el acto el precio escriturariamente establecido y debiendo identificarse la extensión superficial de la parcela retraíble en fase ejecutoria a la vista de los títulos traslativos y de las inscripciones registrales.

COMENTARIO.—La sentencia distingue la condición resolutoria del retracto convencional desde el punto de vista de la dependencia o independencia de la voluntad del titular del derecho, ya que mientras la propia condición resolutoria o el hecho en que consiste es independiente de la voluntad del favorecido por ella y que podrá, en su caso, ejercitar la correspondiente acción, en el retracto convencional el hecho determinante del nacimiento del derecho de retracto es una condición potestativa dependiente de la sola voluntad del vendedor.

F. C. L.

PROPIEDAD HORIZONTAL.—MODULO PARA GASTOS COMUNES.—ACUERDOS NULOS Y ANULABLES.—*Artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal (SENTENCIA DE 18 DE DICIEMBRE DE 1984).*

Los Estatutos de una Comunidad de Propietarios inscritos en el Registro de la Propiedad contienen el criterio de que a determinados gastos comunes contribuirán por partes iguales los propietarios de los locales

y viviendas. Adoptada por unanimidad de asistentes y mayoría de copropietarios (todos menos uno) en junta el acuerdo de que se contribuya a tales gastos conforme a los coeficientes o cuotas por ser este el criterio legal que ha de prevalecer sobre el estatutario, la copropietaria disidente, que no había asistido a la junta, insta del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Alicante la nulidad de tal acuerdo, pretensión que se acoge declarándose la invalidez por ser contrario el acuerdo al artículo 3.º de los estatutos de la comunidad que establecían el criterio de igualdad.

Apelada esta sentencia por el Presidente de la Comunidad, la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia revoca la Sentencia del Juzgado por entender que la actora había interpuesto la acción una vez transcurrido el plazo de caducidad de treinta días establecido en la norma 4.ª del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal.

La actora v apelada interpone recurso de casación por infracción de ley basado fundamentalmente en que el plazo de caducidad se aplica sólo a los acuerdos anulables, pero no a los radicalmente nulos, como pretende que lo es el acuerdo por ella impugnado al no haber sido adoptado por unanimidad, como exige la norma 1.ª del artículo 16 citado.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Cecilio Serena Velloso, aun reconociendo la invalidez del acuerdo, entiende que le es de aplicación el plazo de caducidad, por lo que declara no haber lugar al recurso.

Los fundamentos de la sentencia son los siguientes:

Que para un adecuado enjuiciamiento del presente recurso procede anteponerle las siguientes puntualizaciones: A) La demandante es propietaria de las siguientes fincas: Una. Planta de sótanos: Local sótano señalado con el número 1 de la Propiedad Horizontal del edificio sito en Alicante-capital, calle de General Lacy, sin número de policía aún, hoy números 1 y 3, semiesquina a la avenida de Maisonnave, con superficie construida de 236 metros con 70 decímetros cuadrados, de la que es útil 192 metros con 80 decímetros cuadrados. Consta de un solo local de forma irregular, habiendo enclavado en el mismo el hueco de escalera y ascensor. Tiene su acceso de derecho por el tramo descendente de la escalera del edificio. Linda: Norte, con finca de los señores Campos del Fresno; Sur, con edificio en construcción sobre resto de la finca matriz, propiedad de «Talleres Metalúrgicos Guedea, Sociedad Anónima», y otros; Este, calle del General Lacy; y Oeste, almacén de don Plácido Gras.—El aceso de derecho mencionado es imprescriptible, con facultad del titular que eventualmente lo hubiere cerrado por darle acceso desde finca colindante, de volver a abrirlo sin otros requisito que la previa notificación a la Comunidad, pero sin necesidad de obtener el previo consentimiento de la misma.—Se le asigna un porcentaje en el valor del edificio de ocho enteros con noventa centésimas por ciento, y en igual proporción habrá de contribuir a las cargas comunes, salvo lo consignado en las normas estatutarias que más adelante se detallarán.—Igual participación se le asigna en los elementos comunes generales del edificio; figurando inscrita en el Registro de la Propiedad de Alicante con el número hipotecario 4.556 (folios 62 a 64 y 275 a 277); y Dos. Local bajo con destino comercial, sito en el edificio de Alicante-capital, calle General Lacy, sin número de policía aún, hoy números 1 y 3, semiesquina a la avenida de

Maisonnavé, con superficie construida de 180 metros con 39 decímetros cuadrados; tiene dos huecos a la calle General Lacy de su situación, separados entre sí por los accesos del edificio. El local tiene acceso de derecho por el *hall* o portal de carácter imprescriptible, aunque su eventual o sucesivos titulares acordasen suprimirlo, para tener acceso independiente a través de los huecos de calle. En este supuesto, podrá su titular en cualquier momento volver a abrir dicha puerta de acceso, notificando a la Comunidad su propósito, sin necesidad de obtener el consentimiento y sin otra limitación que la de conservar la uniformidad y armonía de la decoración del portal.—Consta hoy de un solo local de forma irregular, que linda: Norte, almacén de los señores Campos del Fresno; Sur, edificio en construcción sobre la finca matriz, propiedad de «Talleres Metalúrgicos Guedea, Sociedad Anónima», y otros; Este, la calle del General Lacy, portal, zaguán y hueco de escalera; y Oeste, almacén de don Plácido Gras. Se le asigna una cuota de participación en el valor del edificio del que forma parte de quince enteros con cincuenta y siete centésimas por ciento e igual cuota en los elementos comunes y cargas comunitarias, salvo lo especialmente consignado en las normas estatutarias; figurando inscrito en el Registro de la Propiedad de Alicante con el número hipotecario 4.558 (64 y 65 y 275 a 277); B) La División Horizontal del inmueble 4.554 del que proceden las fincas 4.556 y 4.558 fue efectuada mediante escritura pública de 9 de junio de 1967 (folios 38 a 138), en la que figuran las siguientes normas estatutarias inscritas en el Registro de la Propiedad y vigentes para el edificio: Artículo primero: El local sótano no participará en los gastos de ascensor en ningún caso.—Artículo segundo: Tampoco participará en los gastos de portería y limpieza y conservación de la escalera mientras su titular presente o futuro no abriere la puerta de comunicación a la que tiene derecho a través del tramo descendente de escalera. Sin embargo, una vez abierta dicha comunicación, contribuirá como una vivienda más, a partes iguales, a los gastos mencionados en este artículo, sin que se oponga a ello el que volviere a cerrar la comunicación.—Artículo tercero: Salvo lo acordado en el artículo anterior, los gastos comunes de portería, incluyéndose en este concepto sueldo de portero, Seguridad Social, Accidentes, etcétera, limpieza y conservación de escalera y ascensor, se pagarán por partes iguales y no por coeficientes, entre todas las viviendas, considerándose como una más el sótano si abriere la comunicación citada.—Artículo cuarto: El local bajo comercial no participará en ningún caso en los gastos relacionados con el ascensor. Tampoco participará en los gastos de portería y limpieza y conservación de escalera, mientras no abriere su titular presente o futuro el acceso de derecho que se menciona en su descripción, por el portal. Una vez abierto dicho paso participará en los gastos mencionados aunque lo volviera a cerrar (véanse, en particular, los folios 131 y 132); C) La Comunidad de Propietarios del inmueble, en 14 de febrero de 1977 adoptó el acuerdo «de que los gastos de mantenimiento del portero serán de acuerdo a coeficientes de propiedad, en lugar de a partes iguales, como se venía haciendo hasta la fecha»; a cuyo acuerdo la demandante y aquí recurrente (quien no había asistido a la reunión) se opuso mediante carta, fecha 30 de marzo de 1977, dirigida al Presidente de la Comunidad

(folio 19); haciéndose constar en el acta de la reunión habida el 24 de enero de 1979 (folio 21), bajo el epígrafe: «Primero.—Lectura del acta anterior, aprobada conforme al artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal», lo siguiente: «Leída el acta se hace la salvedad de que la propietaria del sótano, planta baja y entreplanta se opuso en tiempo y forma a que los gastos de mantenimiento de portero se repartieran de acuerdo a coeficientes de propiedad, debiendo hacerlo por partes iguales de acuerdo con lo que dice el artículo 3.º de los Estatutos.—De acuerdo con ello se aprueba el texto del acta»; D) En nueva reunión celebrada el 8 de marzo de 1979 (folios 23 y 24) se adoptó el acuerdo siguiente, bajo el epígrafe «Unico.—Decisión sobre coeficientes de participación en gastos»: «Por la totalidad de asistentes, excepto por don M. V. H. que representa a doña D. C., se deja constancia de que en la Junta General de Copropietarios correspondiente al año 1978 se adoptó por unanimidad entre los asistentes el acuerdo de distribuir los gastos de nuestra Comunidad proporcionalmente a los coeficientes de participación de cada propietario tal y como está establecido en la Ley de 21 de julio de 1960.—Se sigue manifestando que dicho acuerdo que consta en acta ha sido aprobado en la reunión de 24 de enero de 1979 según fotocopia remitida por el Secretario-Administrador de la Comunidad en la que se hace la salvedad de que un solo propietario se opuso a este acuerdo por considerarlo contrario a los Estatutos.—Se considera que esta oposición de un copropietario no invalida el acuerdo adoptado, ya que los acuerdos tomados por la Junta General, aunque contrarios a los Estatutos, tienen carácter ejecutivo, según establece la ya mencionada Ley.—Se pide conste en acta que no sólo el presupuesto de la anualidad 1979, sino la liquidación de gastos cerrada al 31 de diciembre de 1978, y que presenta un saldo deudor de la Comunidad, sea repartida en su totalidad con arreglo a coeficientes de participación figurados en escritura, y no como se viene haciendo hasta la fecha, ya que la Ley está por encima de los Estatutos.—A todo ello se opone el ya mencionado don M. V. H., que representa a doña D. C., propietaria del sótano, planta baja y entreplanta, manifestando que con fecha 30 de marzo de 1977 dirigió escrito al Presidente don A. C. H. y al Administrador don J. C. S. oponiéndose al acuerdo adoptado en la Asamblea del 14 de febrero, la que fue comunicada a la interesada con fecha 18 de marzo de dicho año, y que en dicha oposición hacía constar que los Estatutos la excluían de la participación en gastos de portero de la planta baja y sótano y que no obstante había aceptado participar siempre que fuera por partes iguales entre todos los propietarios del inmueble, por lo que era improcedente el acuerdo que ahora se adopta de participar con arreglo a coeficientes figurados en escritura, ya que los Estatutos incorporados a la misma tiene plena validez.—Los asistentes se dan por enterados de las manifestaciones del señor V. y acuerdan participar con arreglo a coeficientes de propiedad, o por proporcionalidad»; E) La demanda origen del juicio de que el presente recurso dimana, precedida por acto de conciliación celebrado el 13 de julio, fue deducida el 13 de noviembre de 1979 y tiene por objeto la pretensión de «que se declare la invalidez del acuerdo de 8 de marzo de 1979, adoptado en Junta General celebrada a las veinte horas de dicho día, en

segunda convocatoria, en el punto único del orden del día, declarando la invalidez de tal acuerdo, por ser contrario al artículo 3.º de los Estatutos de dicha Comunidad» (10 y su vuelto).

Que la Ley de Propiedad Horizontal, según su Exposición de Motivos, «pretende llevar al máximo posible la individualización de la propiedad desde el punto de vista del objeto» y para ello «se incorpora el propio inmueble, sus pertenencias y servicios» al piso o local, o sea, al espacio delimitado y de aprovechamiento independiente sobre el cual «el uso y disfrute son privativos»: el resto todo del inmueble, abstracción hecha de los particulares espacios; derechos sobre uno y otro objetos, aunque distintos en su alcance, «inseparablemente unidos, unidad que también se mantiene respecto de la facultad de disposición» y es «con base en la misma idea» que «se regula el coeficiente o cuota, que no es ya la participación en lo anteriormente denominado elementos comunes, sino que expresa, activa y pasivamente, como módulo para cargas, el valor proporcional del piso y a cuanto él se considera unido en el conjunto del inmueble, el cual, al mismo tiempo que se divide física y jurídicamente en pisos o locales se divide así económicamente en fracciones o cuotas»; figura la de cuota en la que no ha de verse «una preocupación dogmática y mucho menos la consagración de una ideología de signo individualista», sin el «diseño de simplificar y facilitar el régimen de la propiedad horizontal»; más el que la cuota sirva de módulo para las cargas, o sea, para la imputación individual de «los desembolsos económicos a que han de atender conjuntamente los titulares, bien por derivarse de las instalaciones y servicios de carácter general, o bien por constituir cargas o tributos que afectan a la totalidad del edificio», pues es justamente «la expresada cuota o coeficiente asignado al piso o local» «el criterio básico tenido en cuenta para determinar la participación de cada uno en el desembolso a realizar», no significa ni arrastra consigo por modo necesario que haya de ser la cuota la que absolutamente esté llamada a regir la distribución de esos desembolsos, pues la ley regula también «la constitución del régimen de la propiedad horizontal» y atiende «a la determinación del conjunto de deberes y derechos que lo integran» y así y concediendo amplio margen a la autonomía privada «admite que, por obra de la voluntad, se especifiquen, completen y hasta modifiquen ciertos derechos y deberes, siempre que no se contravengan las normas de Derecho necesario, claramente deducibles de los mismos términos de la Ley» y de ahí «que la formulación de Estatutos no resultará indispensable, si bien podrán éstos cumplir la función de desarrollar la ordenación legal y adecuarla a las concretas circunstancias de los diversos casos y situaciones»; y esto es justamente lo que representan en el caso del recurso los Estatutos pactados en la escritura de división horizontal de 9 de junio de 1967, inscritos en el Registro de la Propiedad, desde el cual y conforme al número 4.º del artículo 8.º de la Ley Hipotecaria, configuran «el contenido y ejercicio de esta propiedad» sobre las fincas de los números 4.556 y 4.558, con plena eficacia respecto de los terceros adquirentes entre los cuales figurará, sin duda, el fallecido cónyuge de la demandante y recurrente, quien las adquirió a su vez por habérselas adjudicado en las operaciones particionales practicadas al fallecimiento de

aquél y mediante escritura de 25 de febrero de 1976; siendo, pues, inconcusa, la plena vigencia y operabilidad de los artículos estatutarios antes transcritos en los que se estatuye que los gastos de portería de las fincas, con abstracción de la cuota, «se pagarán por partes iguales y no por coeficientes», siendo esto último lo que viene efectuando la Comunidad, con manifiesta contradicción de los repetidos Estatutos.

Que si, por lo razonado, asiste la razón a la demandante y recurrente cuando se opone a lo acordado por la Comunidad: «distribuir los gastos de nuestra Comunidad proporcionalmente a los coeficientes de participación de cada propietario tal y como está establecido en la Ley de 21 de julio de 1960» y que «los gastos de portero de la planta baja y sótano» al igual que todos los demás desembolsos económicos, hayan de repartirse «en su totalidad con arreglo a coeficientes de participación figurados en escritura, y no como se viene haciendo hasta la fecha, ya que la Ley está por encima de los Estatutos», puesto que, ciertamente, ese acuerdo contraviene derechamente los Estatutos privativos de la Comunidad, olvidando que según el párrafo 3.º del artículo 5.º de la Ley a que se acoge el mismo acuerdo se autoriza una particularizada regulación dentro del título constitutivo de la propiedad horizontal de diversas materias y entre ellas los «gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones», formando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad», cuya particularizada y privativa normativa prima sobre la legal que no constituya Derecho coercitivo, si —se repite— asiste la razón a la recurrente cuando mantiene la prevalencia de los Estatutos y de la regla de distribución igualitaria y no proporcional a la cuota, de los gastos de portería —único punto discutido— no le acompaña el acierto al escoger el cauce impugnativo de dicho acuerdo, pues, en efecto, los acuerdos de la Junta de propietarios pueden referirse: A) a «las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los Estatutos» y para esos acuerdos la regla primera del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal establece el régimen de unanimidad para la validez de los que impliquen aprobación o modificación, si bien los propietarios que, debidamente citados, no hubieren asistido a la Junta, serán notificados de modo fehaciente y detalladamente del acuerdo adoptado por los presentes y, si en el plazo de un mes a contar de dicha notificación, no manifiestan en la misma forma su discrepancia, se entenderán vinculados por el acuerdo, que no será ejecutivo hasta que transcurra tal plazo, salvo que antes manifestaren su voluntad; no siendo de esta clase el acuerdo litigioso, pues por el mismo no se alcanzan las reglas contenidas en el título constitutivo o en los Estatutos, sino que, tomándolos en consideración, se pretende que ha de prevalecer sobre ellas el criterio legal de haber de efectuarse la imputación o individualización de los gastos de portería con arreglo a la cuota de participación y con preterición de los Estatutos privativos; B) previéndose «para la validez de los demás acuerdos», o sea, de todos aquellos que no impliquen aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los Estatutos, el voto de la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representan la mayoría de las cuotas de participación, bastando, en nueva

convocatoria, la mayoría de los asistentes si representa más de la mitad de las cuotas de los presentes, con lo demás que previenen las reglas segunda y tercera del mismo artículo 16; C) finalmente, la regla cuarta contempla los acuerdos contrarios a la Ley o a los Estatutos, adoptados por cualquiera de las mayorías previstas, que serán impugnables ante la autoridad judicial por cualquiera de los propietarios disidentes, siendo el acuerdo provisionalmente ejecutivo, salvo que el Juez ordene la suspensión; debiendo la acción ejercitarse «dentro de los treinta días siguientes al acuerdo o a la notificación si hubiere estado ausente el que impugne»; planteándose en torno a estas recordadas reglas el régimen de la impugnación que puede ser el del colectivo formado por los propietarios que representen por lo menos la cuarta parte de las cuotas de participación y estimaren gravemente perjudicial para ellos el acuerdo de la mayoría formada conforme a la regla segunda quienes pueden acudir al Juzgado de Distrito para que decida sobre la procedencia del acuerdo deduciendo su instancia dentro del mes siguiente, siendo la decisión del Juez ejecutiva e inapelable, aunque susceptible de ulterior revisión en el juicio declarativo correspondiente, y el merecido por las reclamaciones individuales o singulares de los partícipes frente a los acuerdos adoptados por las mayorías referidas, de ser contrarios a la Ley o a los Estatutos; debiendo interpretarse a este propósito que ha de distinguirse entre aquellos acuerdos que aparezcan contrarios a la Ley en el sentido del número 3.º del artículo 6.º del Título preliminar del Código Civil, lo que aparejaría su nulidad de pleno derecho, y los demás contrarios a aquella Ley de Propiedad Horizontal o a los Estatutos privativos que han de entenderse en principio alcanzados por la salvedad de que, supuesta la contravención de la citada Ley o de los Estatutos, admiten de ordinario la convalidación consiguiente a la caducidad de la acción de impugnación por la falta de ejercicio de la misma dentro de los treinta días siguientes a la adopción del acuerdo en presencia del impugnante o a la notificación al mismo; interpretación la que se deja hecha, que, como entendió ya la Sentencia de la Sala de 4 de abril último, no comporta la consecuencia de que cualesquiera acuerdos, con abstracción de su contenido, hayan de quedar todos ellos sujetos a la normativa de la regla cuarta del artículo 16, la cual es referible únicamente a las más de las ilegalidades que afecten estrictamente al régimen de la propiedad horizontal o a los Estatutos privativos de la misma, no susceptibles de homologación con aquellas otras en que la nulidad sea radical e insubsanable, debiendo distinguirse, siguiendo un inescapable casuismo, entre un orden de acuerdos cuya ilegalidad es susceptible de sanación por efecto de la caducidad sobrevenida de la acción de impugnación (pues entenderlo de otro modo equivaldría a dejar ocioso el mandato del párrafo segundo de la regla cuarta), a cuyo orden pertenecen también todos los que se ofrezcan contrarios a los Estatutos privativos, y otro orden en el cual la ilegalidad conllevaría la nulidad *pleno iure*, sin posibilidad alguna de convalidación por el transcurso del plazo de caducidad.

Que este es justamente el caso de la demandante y recurrente, la cual, ante un acuerdo frontalmente opuesto a las normas estatutarias, dejó

transcurrir el plazo de los treinta días siguientes que previene el párrafo 2.º de la regla cuarta del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, caducando con el plazo para su ejercicio la misma acción de impugnación, y tal es el acertado fundamento de la sentencia recurrida en sede del quinto y último de sus considerandos, ya que la impugnación ante la autoridad judicial no puede sustituirse por las reclamaciones extrajudiciales, al ser el de los treinta días, plazo de caducidad, la cual, frente a instituciones análogas y especialmente a la prescripción, descansa sobre la necesidad de dar seguridad a las situaciones jurídicas y opera por el mero transcurso del tiempo, por lo cual, sobre ser susceptible de estimación de oficio, no admite la interrupción, originándola el mero transcurso del tiempo, pues sólo el propio ejercicio de la acción deduciéndola mediante formalizar el oportuno juicio contencioso, impide el efecto preclusivo de su fatal perencimiento (Sentencias, aparte otras, de 26 de junio de 1974 y las en ella citadas, 7 de mayo de 1981 y 8 de noviembre de 1983, entre las últimas); debiendo así claudicar, el motivo primero del recurso, por infracción de las reglas primera y cuarta del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal y 4.º del Código Civil (aunque debe ser el número 3.º del artículo 6.º); y el 2.º, por la del párrafo 2.º del apartado b) del artículo 3.º, párrafos 2.º y último del 5.º y artículo 6.º de la misma Ley; sin que exista, finalmente, error alguno de hecho, según denuncia el tercero de los motivos al amparo del ordinal séptimo del artículo 1.692, ya que los documentos que se citan como auténticos, ni han sido desconocidos por el juzgador, quien los ha examinado y tomado en la adecuada consideración, ni evidencian su error por modo evidente; conclusión que ciertamente no apareja la ulterior y permanente ineficacia del precepto estatutario, pues, en efecto, el acuerdo que ha quedado sanado por la caducidad de la acción, o sea, el de 8 de marzo de 1979, no abarca sino las anualidades de 1978 y 1979, de suerte que «los gastos de mantenimiento de portero» correspondientes a dichas dos anualidades habrá de atenderlos la demandante y recurrente, en los términos del acuerdo de 8 de marzo de 1979, o sea, «con arreglo a coeficientes de participación figurados en escritura», mas quedándole abierta la posibilidad de impugnar en la vía judicial y siempre dentro de los treinta días siguientes al acuerdo o a la notificación si hubiese estado ausente, el acuerdo que para cada año posterior se adopte en la Junta que según el artículo 15 de la Ley de Propiedad Horizontal se reunirá por lo menos una vez al año para aprobar los presupuestos y cuentas y dado caso que en ella se insista en la contravención de los Estatutos consistentes en fijar la contribución de la demandante y recurrente, no con arreglo a los mismos, sino a la cuota de participación fijada en el título.

COMENTARIO.—La doctrina de esta sentencia puede sintetizarse así:

1.º Es válida la modificación del criterio legal consistente en atender a la proporcionalidad con las cuotas estableciendo la contribución igualitaria a determinados gastos comunes —en este caso, de portería—, contenida en un artículo de los Estatutos de la Comunidad inscritos en el Registro de la Propiedad.

2.º El acuerdo adoptado en junta de propietarios por la unanimidad de los asistentes que representan la mayoría de propietarios (todos menos uno, en este caso) consistente en que sobre la anterior norma estatutaria que establecía el criterio de igualdad, prevalezca el criterio de proporcionalidad con las cuotas contenido en la Ley, por entender que ésta debe observarse antes que los Estatutos, no entra dentro de los regidos por la norma 1.ª del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, sino que es de los comprendidos en su norma 2.ª.

3.º Que tal acuerdo de la junta no es radicalmente nulo, sino anulable; y, por ello, le es de aplicación el plazo de caducidad de treinta días contenido en la norma 4.ª del indicado precepto.

4.º Que la eficacia de ese acuerdo queda limitada al ejercicio respecto al que se adoptó y le queda abierta al propietario discrepante la posibilidad de impugnar en la vía judicial y siempre dentro de los treinta días siguientes al acuerdo o a la notificación si hubiere estado ausente, el acuerdo que para cada año posterior se adopte en junta que según el artículo 15 de la Ley de Propiedad Horizontal se reunirá por lo menos una vez al año para aprobar los presupuestos y cuentas y dado caso de que en ella se insista en la contravención de los Estatutos consistente en fijar la contribución de la demandante y recurrente, no con arreglo a los mismos, sino a la cuota de participación fijada en el título.

De esta última declaración y salvedad que hace la sentencia parece resultar la diferencia entre aquellos acuerdos que implican modificación de las reglas contenidas en los Estatutos y aquellos otros que, sin modificarlas, cambian su aplicación. Entre los primeros se encontrarían los que sustituyen un artículo estatutario por otro, bien expresamente, bien de modo indirecto, diciendo que para lo sucesivo el criterio sería distinto, entre los segundos, aquél que sólo establece el cambio de criterio para un ejercicio económico. Con la consecuencia de que sólo los primeros se encuentran sujetos al régimen de la norma 1.ª del artículo 16 de la Ley, mientras que los otros lo están al de la norma 4.ª.

F. C. L.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

REQUISITOS PARA QUE PUEDA DARSE LA ACCESION EXTRALIMITADA (SENTENCIA DE 1 DE OCTUBRE DE 1984).

Doctrina de la sentencia.—Cuando el constructor rebasa los linderos de su finca e invade la contigua, sin dolo o culpa grave, extralimitándose con lo edificado (tal es el supuesto de la doctrina invocada por el motivo único del recurso) y en cuya situación ganará el constructor la propiedad del todo (suelo invadido y edificio construido), si bien el dueño del terreno tiene derecho de percibir del edificante, como contraprestación, no sólo el valor del terreno ocupado, a la manera como sucede en el caso del artículo 361, sino también la indemnización reparadora de los daños y

perjuicios que, además, se le hubiesen ocasionado al dueño del terreno, y esto último por imperativo del artículo 1.902; para tan concreto supuesto de construcción extralimitada, carente de regulación específica en nuestro sistema, esta Sala ha rechazado la rígida aplicación de la regulación de la materia relativa a las construcciones en suelo ajeno con materiales propios y de buena fe, acogiendo la denominada accesión invertida, siendo el invariable supuesto de aplicación de esa doctrina el identificable a través de los siguientes tres rasgos: 1) que la construcción o edificación invada terreno aledaño ajeno; 2) que esa inmisión se efectúe de buena fe, para lo cual es indispensable que el propietario que sufre la invasión no se haya opuesto oportunamente, y 3) que con la edificación resulte un todo indivisible el terreno ocupado y lo edificado sobre él, por el valor desproporcionadamente superior de lo construido en contraste con el del terreno ocupado o invadido.

NOVACION: SIN EL CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR NO PODRA PRODUCIRSE LA LIBERACION DEL PRIMITIVO DEUDOR (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1984).

Doctrina de la sentencia.—La debatida figura de la asunción de deuda, que algún caracterizado sector de la doctrina científica admite únicamente mediante la necesaria novación subjetiva con extinción de la *prior obligatio*, requiere indispensablemente el consentimiento expreso o tácito del acreedor por imperativo del artículo 1.205 del Código Civil, sin cuya concurrencia no podrá producirse el resultado, aun simplemente modificativo, de la liberación del primitivo deudor, como la jurisprudencia ha declarado.

El presente caso se trata de una simple delegación pasiva o solutoria, asunción de cumplimiento sin valor novatorio alguno, regulada por el contrato otorgado al efecto en uso de la libertad concedida por el artículo 1.255 del Código Civil, pacto en cuya virtud se conviene el pago a dicha entidad como delegataria, pero sin novación subjetiva por falta de anuencia del Banco acreedor.

Queda excluida la propia modalidad del contrato a favor de tercero, subsumible en el párrafo 2.º del artículo 1.257, pues al Banco no se le atribuye un derecho con facultad de exigir el cumplimiento al obligado, sino que se le designa únicamente como destinatario o simple receptor (figura esta de la mera «prestación a tercera persona autorizada solamente para recibirla sin adquirir, además, el derecho estipulado», que ha sido aludida por la Sentencia de 9 de diciembre de 1940), y no hacen al caso ciertamente, los efectos que convienen al verdadero contrato a favor de tercero y, por consiguiente, no cabe hablar de relación alguna surgida entre promitente y beneficiario.

DEBE HABLARSE DE «CONCURRENCIA» Y NO DE «COMPENSACION» DE CULPAS (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1984).

Doctrina de la sentencia.—El supuesto de la *concurrencia de culpas* en el que para la producción del resultado dañoso interviene la acción u omisión del perjudicado que incide en la esfera de su propia responsabilidad; carente de normativa legal en nuestro Código, siguiendo al napoleónico y al italiano de 1865, fue resuelto por la antigua doctrina equiparándolo al caso de culpa *exclusiva* de dicho perjudicado, con la fórmula de la *compensación de culpas* que elimina la posibilidad de resarcimiento, de acuerdo con el clásico principio descrito por Pomponio, según el que *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*; la doctrina evolucionó científica y legislativamente, como refleja el párrafo 254 del Código Civil alemán (BGB), al que sigue el artículo 1.227 del italiano de 1942, correspondiendo con la evolución operada en el Derecho anglosajón, donde la vieja fórmula de la *contributory negligence* es sustituida por la de *comparative negligence* (Law Reform Act de 1945) y con la moderna tendencia de la jurisprudencia francesa; parte de la idea de que la culpa del autor *no se compensa* con la de la víctima, sino que ambas *concurren* en la producción del resultado dañoso y consiste, esencialmente, en estimar demasiado dura para la víctima la sanción compensatoria que excluye todo derecho a la reparación —no siendo la culpa exclusivamente suya—, afirmando que tenía que valorarse discrecionalmente por los Tribunales, a los que se les debe facultar para establecer una graduación, atendiendo las circunstancias del caso, que posibilite llegar a la compensación de lo único compensable, que son las consecuencias reparadoras. Esta fue la línea seguida igualmente por la jurisprudencia española, para llenar el vacío legal, aunque a veces continúe utilizando la antigua denominación de *compensación de culpas* para referirse al fenómeno de *concurrencia o concurso*, con una discrepancia que, sin embargo, afecta más a la terminología que a la sustancia.

NO ES LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA LA COMPETENTE PARA CONOCER LAS CUESTIONES DERIVADAS DE UN CONTRATO DE VENTA DE VIVIENDA DE PROTECCION OFICIAL (SENTENCIA DE 14 DE ENERO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—Las nuevas exigencias sociales y económicas, así como la necesidad de tutelar determinados intereses precisados de especial protección, ha dado vida nuevas figuras contractuales en las que a la par que se limita el libre juego del principio de la autonomía de la voluntad, se determina en mayor o menor grado su contenido, citándose como ejemplo lo que la doctrina llama contratos normados o reglamentados, en los que las partes son libres en cuanto pueden decidirse a contratar o a no contratar, pero si lo hacen, el complejo obligacional que constituye su contenido queda en mayor o menor medida predeterminado por la norma; debiendo incluirse en este tipo negocial, entre otros,

aquellos contratos que tienen por objeto viviendas de protección oficial, pero tal circunstancia no priva al contrato de venta de dichas viviendas celebrado entre el promotor y el comprador de su naturaleza civil, y, por tanto, sometidas las cuestiones que puedan surgir entre los contratantes, aunque tales cuestiones se refieran al contenido normado o legal del contrato, a la jurisdicción civil y no a la contencioso-administrativa, en primer lugar porque, en términos generales, para que una cuestión esté atribuida a esta última jurisdicción es necesario que uno de los sujetos de la relación jurídica sea la Administración Pública, y en segundo término, porque en materia de contratos sólo son competencia de ella los celebrados por tal Administración cuando tienen por finalidad obras o servicios públicos; ello con independencia de que si en virtud del incumplimiento de la específica legislación protectora, hubiese incurrido el vendedor o el comprador en cualquiera de las infracciones previstas en tal normativa, pueda la Administración, en uso de las potestades emanadas de la regulación legal, adoptar los acuerdos sancionadores pertinentes.

PROPIEDAD HORIZONTAL: EL PRESIDENTE DEBERA SER UNO DE LOS PROPIETARIOS (SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—Si bien la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, que regula esta peculiar forma de dominio, no limita ni amplía el margen que a la libertad contractual concede el artículo 1.255 del Código Civil, ni tampoco, por ende, coarta esa libertad para establecer pactos o condiciones, ello se ha de entender, por supuesto, sin merma de la general obediencia no sólo a los límites normales en el ejercicio de los derechos, sino a los que la propia Ley marca, límites que si son expresados con claridad y sin posibilidad de interpretación por su univocidad, han de obrar por ello como presupuestos indeclinables en su cumplimiento por los interesados, sin posibilidad de eludir el mismo, porque entonces esa elusión o incumplimiento obrará como un ataque frontal a la norma que lo prevee y establece y con la natural, lógica y legal consecuencia de la sanción de nulidad del acto.

Ninguna duda puede caber en la expresión legal del artículo 12 de la Ley de 1960 al regular la designación de Presidente de la Comunidad de copropietarios y decir que «los propietarios elegirán *de entre ellos* un Presidente», con lo cual se está diciendo de modo imperativo, pues, que el Presidente deberá ser uno de los propietarios y que si no recae en uno de ellos la designación, ésta será nula, por desobediencia a tan claro mandato. Dada la única posibilidad que da la Ley, sin indicar otro efecto distinto para la contravención, es evidente que se atribuye a ésta el carácter o consecuencia de producir una nulidad de pleno derecho, radical, excluida de convalidación o sanción y, por tanto, según reiterada doctrina, de obligada sanción judicial *ex officio*.

LA INEFECTIVIDAD DE LA PRESTACION NO OPERA EN NUESTRO DERECHO COMO CAUSA FALLIDA (SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—Al margen de las diversas posiciones mantenidas en el terreno de la doctrina científica sobre la causa del contrato, la jurisprudencia ha señalado que en nuestro ordenamiento positivo dicho elemento se halla constituido en los contratos sinalagmáticos por el dato objetivo del intercambio de prestaciones (Sentencias de 8 de julio de 1974 y 8 de junio de 1983, entre otras), fin inmediato al que la atribución se dirige, y en consecuencia cifrada la causa en la finalidad genérica prevista por la norma, la ineffectividad de la prestación prometida, en cuanto evento posterior a la formación del contrato, no opera en la reglamentación del Código Civil como falta sobrevenida de dicho requisito, a manera de causa fallida (*causa non secuta*), sino que tal circunstancia está relacionada con la posibilidad de instar la resolución del vínculo con arreglo al artículo 1.124 del mismo Cuerpo legal, dada la interdependencia de las obligaciones, o si se trata de imposibilidad sobrevenida y, por lo tanto, de una situación que impide alcanzar el fin perseguido con el concierto contractual, se liga con la teoría de los efectos de tal frustración, que precisamente parte de un negocio válidamente celebrado como tal, sin falta de ninguno de sus elementos.

EL CODIGO DE COMERCIO NO DISTINGUE LOS EFECTOS ENTRE LA SIMPLE DEMORA Y LA FALTA ABSOLUTA DE PRESTACION (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—Los preceptos del Código de Comercio relativos a la materia se caracterizan fundamentalmente por no distinguir los efectos jurídicos de la simple *demora* en la prestación y los de la falta absoluta de la prestación, sin confusión posible entre este concepto gramatical de demora o retraso en hacerse cargo de las mercancías, con la *mora jurídica*, pues en la vida mercantil el retraso en la ejecución equivale a falta de prestación, a consecuencia de la especialidad característica del Derecho mercantil, de proteger eficazmente el interés del vendedor a la liquidación rápida del contrato, cuando el comprador no cumple, o no cumple *oportunamente* su obligación de hacerse cargo de la mercancía comprada; supuesto que es el aquí contemplado, en que el vendedor puede optar entre dos posibilidades: en primer lugar, ejercitar la facultad de rescindir el contrato, por virtud de la condición resolutoria implícita en los contratos bilaterales, regida por las normas del Derecho común; en segundo término, pedir el cumplimiento del contrato, efectuando el depósito regulado en el artículo 332 del Código de Comercio.

OPCION DE COMPRA: BASTA LA EXPRESION DE VOLUNTAD DEL OPTANTE PARA QUE LA COMPRA QUEDE FIRME (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—Es reiterada la jurisprudencia que, ante el silencio del Código Civil respecto del contrato de opción, ha definido y descrito al mismo como un contrato preparatorio, consensual y casi siempre unilateral, y en cuanto a la forma concreta de la opción de compra, configurándolo como un convenio en el que es incuestionable la decidida voluntad de las partes de celebrar una auténtica compraventa, cuyo incumplimiento no da lugar simplemente a la indemnización de daños y perjuicios, sino que faculta a la otra parte para pedir el cumplimiento así de la promesa como del contrato definitivo, efecto que se produce mediante la declaración de voluntad del optante y la vinculación de la oferta —ya irrevocable— por parte del cedente vendedor, sin necesidad de nuevo contrato (salvo el complemento de la entrega según artículos 609 y 1.095 del Código Civil y conforme a las Sentencias de 12 de julio de 1979 hasta la de 23 de marzo de 1945), estimándose que la opción supone una compraventa concluida que no necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales contenidas en el convenio, bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato de compra quede firme, perfecto y en estado de ejecución, obligatorio para el cedente sin necesidad de más actos (lo que le diferencia del *pactum de contrahendo*), pues es con la aceptación cuando quedan definitivamente fijadas las recíprocas obligaciones que han de exigirse después, con el nacimiento y perfección de la compraventa por obra del doble consentimiento.

PARA EL EXITO DE LA ACCION RESOLUTORIA DEL ARTICULO 1.504 HAN DE CONCURRIR LOS REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DEL 1.124 (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.504 del Código Civil ha originado una copiosa jurisprudencia de esta Sala, relacionándolo justamente con el artículo 1.124; proclamando la aludida jurisprudencia que «los artículos 1.124 y 1.504 del Código Civil no se eluden entre sí, sino que se complementan, en el sentido de que la regla general que para toda clase de obligaciones recíprocas contiene el primero, hace aplicación de modo específico y concreto el segundo, cuando se trata de un contrato de compraventa de bienes inmuebles, lo que hace que para el éxito de la acción resolutoria regulada en el artículo 1.504, hayan de concurrir los requisitos que para el ejercicio de la del 1.124 consideró indispensables la jurisprudencia de esta Sala». Recordándose, además, que el incumplimiento atribuible al comprador en referencia al pago del precio en que el dispositivo resolutorio del artículo 1.504 consiste esencialmente, ni puede ser unilateralmente apreciado, ni en modo alguno dudoso, sino que ha de consistir en la voluntad deliberadamente rebelde al cumpli-

miento, y sin que a esa actitud sirva de alternativa válida la de cierta renuencia justificada o explicada al menos, por la indeterminación del resto del precio debido

OBLIGACION DE ADOPTAR PRECAUCIONES PARA EVITAR DAÑOS
(SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—Conforme con la doctrina sentada por esta Sala, al afrontar supuestos en los que una de las partes con su actividad, en este caso mercantil, ocasiona un riesgo, le obliga a acreditar que, en caso de concretarse aquel riesgo en la producción de un daño, se procedió por parte del agente creador del riesgo a la adopción de cuantas medidas fueran racionalmente exigibles para prevenir el daño.

LA REGLA «INCUMBE LA PRUEBA A QUIEN DICE» NO TIENE UN VALOR ABSOLUTO.—EL PRINCIPIO DE LOS ACTOS PROPIOS REQUIERE QUE ESTOS ESTEN ORIENTADOS A PRODUCIR EFECTOS JURIDICOS (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1985).

Doctrina de la sentencia.—Si bien es cierta la vigencia de la conocida regla *incumbit probatio qui dicit non qui negat*, la misma no tiene un valor absoluto y axiomático, matizando la moderna doctrina el alcance del principio del *onus probandi*, que el artículo 1.214 del Código Civil sanciona, en el sentido de que incumbe al actor la prueba de los hechos normalmente constitutivos de su pretensión, y al demandado, en general, la de los impeditivos o extintivos que alegue, pudiendo basar el Tribunal de instancia sus apreciaciones probatorias, como señala la Sentencia de esta Sala de 6 de julio de 1984, en las alegaciones y afirmaciones vertidas por las partes en los respectivos escritos de demanda y contestación.

La aplicación del principio de los actos propios, según ha sancionado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala, y de la que son muestra, como más recientes, las Sentencias de 14 de febrero, 16 de junio y 5 de octubre de 1984, requiere que el acto o actos en que se apoye sean concluyentes e indubitados, de tal forma que definan de modo inalterable e inequívoco la situación del que los realiza, por estar por su carácter trascendente o por constituir convención, orientados a crear, modificar o extinguir una relación jurídica.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

DESAHUCIO.—EL ARRENDATARIO NO EJERCITO SU DERECHO A PRORROGAR EL CONTRATO EN LA FORMA ESTABLECIDA POR EL REGLAMENTO DE 1959, SIN QUE LA DISPOSICION TRANSITORIA 1.ª DE LA LEY DE 1980 PUEDA RESUCITAR UN ARRENDAMIENTO YA EXTINGUIDO ANTERIORMENTE (SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 1983).

Ante el Juzgado de Ecija se presentó demanda de desahucio de una finca de 58 hectáreas, arrendada por seis años, que fue prorrogada por otro plazo igual, sin que el arrendatario hubiere hecho entrega de la finca al extinguirse el plazo, a pesar de haber sido requerido con un año de antelación. El demandado alegó que el contrato hecho al finalizar los seis primeros años no era una simple prórroga del primero, sino uno distinto, por ser novación del primero. Tanto el Juzgado como la Audiencia dieron lugar al desahucio. El recurso de casación no prospera. La idea de que el contrato de 1973 es novación del de 1967 no puede triunfar porque la interpretación de los contratos es facultad del Tribunal de instancia, y éste, a pesar de que admitió que el documento del préstamo contenía indicios que apoyan la tesis de que encubría una elevación de renta, estimó que no son suficientes para acoger la tesis de que desvirtúa la prórroga del contrato locativo, por lo que llega a la conclusión de la procedencia del desahucio por expiración del término al no haber hecho uso el arrendatario del derecho de prórroga con un año de antelación en la forma señalada por el artículo 10 del Reglamento de 1959 a la sazón vigente. Extinguido el contrato antes de la entrada en vigor de la Ley de 1980, no puede resucitarlo su disposición transitoria 1.ª, dado que la prórroga que concede ésta se refiere a los contratos existentes a su entrada en vigor y el cuestionado había terminado con anterioridad. La prórroga de los Reales Decretos de 1978, 1979 y 1980 se refería a los cultivadores directos y personales, supuesto que no es el de la litis, ya que el recurrente no tiene tal cualidad, según el Reglamento vigente en aquel momento, sin que el de la nueva legislación sea aplicable a un contrato ya fenecido.

RETRACTO.—NO PROCEDE LA ACCION, POR CADUCIDAD DE LA MISMA, YA QUE LAS OBRAS REALIZADAS ERAN TAN OSTENSIBLES QUE EL ARRENDATARIO NO PODIA DESCONOCERLAS (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1983).

Se ejercita la acción de retracto ante el Juzgado de Betanzos que lo concedió, pero revocó la Audiencia Territorial con base en que el actor tuvo conocimiento cabal de la transmisión realizada en julio de 1974, ya que el comprador comenzó a realizar obras en el terreno adquirido, consistentes en explanaciones con máquina excavadora y apertura de

pozos, por lo que habían transcurrido mucho más de tres meses cuando en noviembre de 1975 ejercitó la acción de retracto, por lo que había caducado.

La misma doctrina confirmó el Tribunal Supremo en casación. Las importantes obras realizadas por el adquirente tenían un carácter ostensible para el arrendatario desde mucho antes de la interposición de la demanda. La admisión de la demanda produciría un enriquecimiento injusto en favor del recurrente que pretende retraer las fincas por un precio enormemente inferior al real. Se reitera la caducidad de la acción de retracto cuando se interpuso la demanda en el Juzgado por haber transcurrido más de tres meses desde que se tuvo conocimiento de la venta por el retrayente.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—LA NOTIFICACION HECHA POR EL PROPIETARIO PARA RECOBRAR EL CULTIVO PERSONAL Y DIRECTO A LA FINALIZACION DEL CONTRATO HA DE PREVALECCER SOBRE EL DERECHO DE PRORROGA DEL ARRENDATARIO (SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1983).

El arrendatario no abandona la finca al concluir el contrato, alegando la prórroga del mismo según el Real Decreto de 30 de junio de 1978, pero, según el propietario no tenía derecho a ella por explotar más de sesenta hectáreas de regadío, habiendo cedido parte de ellas a sus hijos que no residen con el padre, habiendo dejado también de cultivar el arrendatario las praderas a lo que se había obligado en el contrato. Tanto el Juzgado de Plasencia como la Audiencia de Cáceres rechazan la demanda.

Triunfa el recurso de casación del propietario. En caso de concurrencia de los derechos de prórroga del arrendatario y del recobro del cultivo directo por el propietario ha de prevalecer el derecho del dueño. La Audiencia estimó que la finalidad del arrendamiento fue la explotación de varias parcelas de regadío y, por tanto, de un arrendamiento tipificado como agrícola cuya duración inicial es de seis años, que permite la Ley de 1980 en su disposición transitoria 1.ª, por lo que, planteada la demanda en junio de 1981 aún no había terminado el plazo contractual legal inicial que vencería el 31 de diciembre de 1981, con posibilidad de prórroga hasta 1987. La alegación hecha por el recurrente no es cuestión nueva —la de cultivo directo por el propietario—, pues fue planteada en el trámite del juicio, aunque hubiere sido referido por el demandante a un plazo de tres años, no aceptado por el demandado, como tampoco por la Sala sentenciadora, pero es indiferente la duración, ya que el arrendador formuló la pretensión de no viabilidad de la prórroga arrendaticia por causa de dicha directa explotación con el año legalmente exigido, por lo que es imposible producirse la prórroga pretendida. Reiterada jurisprudencia establece la preferencia del derecho del propietario sobre el del arrendatario, lo que no obsta para que, incumplido el proyecto del arrendador de cultivo directo y personal, pueda el arrendatario ejercitar las acciones correspondientes contra el propietario, que no cumplió. No es impedimento el que no se manifestase en la notificación

la intención de explotar directamente las fincas durante seis años como mínimo, ya que tal compromiso no es preciso que se contraiga en la notificación e incluso puede expresarse válidamente en la demanda, considerándose que la petición del arrendador lleva implícito el compromiso de cultivo directo y personal durante el plazo mínimo señalado.

NORMAS PROCESALES: IRRETROACTIVIDAD.—LOS LITIGIOS ARRENDATICIOS INICIADOS ANTES DE 19 DE FEBRERO DE 1981, FECHA DE ENTRADA EN VIGOR DE LA NUEVA LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS, SE RIGEN POR LAS NORMAS PROCESALES VIGENTES EN LA FECHA DE INTERPOSICION DE LA DEMANDA (SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 1983).

Tanto el Juzgado de Antequera como la Audiencia de Granada dieron lugar al desahucio en un pleito por expiración del término contractual, pero el demandado preparó recurso de revisión, que no fue admitido por la Audiencia Territorial con fundamento en haberse derogado el recurso de revisión sustituido por el de casación de la vigente Ley de 1980, no llegando tampoco la cuantía de la renta al mínimo señalado en la vigente Ley e interpuesto el curso de súplica contra la resolución denegatoria, fue desestimado también por la Audiencia.

El recurso de casación dirigido contra la resolución recaída en el de súplica por la Audiencia, se basa en el artículo 2.º, número 3.º, del Código Civil, ya que la Ley vigente no contiene normas transitorias a este respecto, en virtud de lo cual los procedimientos iniciados se sustanciarán conforme a la normativa anterior, excluyéndose la retroactividad de la Ley Procesal que sólo rige en cuanto la nueva normativa dispusiere lo contrario y, por ello, esta Sala viene sosteniendo invariablemente que los litigios sobre Arrendamientos Rústicos cuyas demandas hubieren sido presentados antes de entrar en vigor la nueva Ley, esto es, hasta el 19 de febrero de 1981, cualquiera que fuere su estado procesal, continuarán sustanciándose por las normas procesales que, en razón a sus respectivas cuantías regían en la fecha de su iniciación y ante los órganos jurisdiccionales competentes a tenor de los preceptos entonces vigentes. En su virtud se estima el recurso de casación interpuesto y se admite la presentación del recurso de revisión ante la Sala 1.ª contra la Sentencia de la Audiencia, siempre que se haga dentro del plazo de quince días.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO ES NECESARIO EL INTENTO DE AVENENCIA ANTE LA JUNTA ARBITRAL, YA QUE ESTE REQUISITO FUE INTRODUCIDO POR NORMAS POSTERIORES A LA PRESENTACION DE LA DEMANDA. ES PRECISA LA CONSIGNACION DE LAS RENTAS VENCIDAS ANTES DE LA INICIACION DEL PLEITO PARA EVITAR LA INTERPOSICION DE RECURSOS SIN FUNDAMENTO JURIDICO (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1983).

Finalizado el plazo de un arrendamiento de aprovechamiento pecuario, el arrendatario sigue en la finca, impidiendo el acceso a los nuevos

arrendatarios, por lo que se presenta demanda ante el Juzgado de Trujillo, solicitando el desahucio y la indemnización por las rentas dejadas de percibir por la Fundación arrendadora, desde qué terminó el plazo contractual. Tanto el Juzgado como la Audiencia estimaron íntegramente la demanda.

No prospera el recurso de casación. El intento de avenencia previa ante la Junta Arbitral de la Cámara Agraria de Trujillo, no era necesario por no tratarse de denegación de prórroga para cultivo directo del arrendador, ya que la Fundación había celebrado subasta pública para adjudicar el arrendamiento nuevamente. Además, el funcionamiento de tales Juntas ha sido regulado por disposiciones posteriores a la interposición de la demanda, siendo, además, manifiestamente superfluo, dada la naturaleza de la demanda este requisito, análogo al acto de conciliación, por cuya razón, su falta no sería determinante de nulidad radical y plena de lo actuado, sino que sería permisible su subsanación en cualquier momento del pleito. Por otra parte, las normas arrendaticias y las de la Ley de Enjuiciamiento Civil previenen que las rentas que venzan durante la sustanciación del pleito deberán ser consignadas bajo pena de tener por desistido al arrendatario, pero, con mayor razón y aún mayor justificación ha de exigirse el abono o la consignación de las rentas vencidas anteriormente, evitando que con la interposición de recursos sin fundamento jurídico se trate de dilatar la resolución de litigios, permaneciendo en el disfrute de las fincas sin pagar la merced correspondiente al arrendador, sin que, una vez transcurrido el plazo para interponer el recurso, pueda subsanarse el defecto, ya que es un requisito esencial y su admisión es un acto nulo conforme al artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tesis acogida por reiterada jurisprudencia, por lo que al acogerlo así la resolución de instancia y exigir la consignación de las rentas vencidas antes de la litispendencia, lejos de vulnerar la Ley, se atuvo ajustadamente a su contenido.

DESAHUCIO.—EN EL REGLAMENTO DE 1959 LA CONSIGNACION DE RENTAS ERA UN REQUISITO PREVIO PARA ENERVAR EL DESAHUCIO A DIFERENCIA DE LA NORMATIVA DE LA NUEVA LEY QUE PERMITE HACER LA CONSIGNACION EN CUALQUIER MOMENTO (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1983).

Se siguió un juicio ejecutivo para el pago de las letras emitidas para pagar las rentas vencidas y, más tarde, varios juicios de desahucio por falta de pago, que fueron enervados por consignación de las rentas adeudadas. La falta de pago del último plazo de renta, vencida en marzo de 1979, originó la interposición de la demanda ante el Juzgado número 2 de Valladolid que dio lugar al litigio que nos ocupa, admitiendo la demanda el Juzgado, pero la Audiencia declaró enervada la acción de desahucio y sin efecto la demanda.

Triunfa el recurso de casación por infracción de ley. La consignación de los intereses de demora y costas se efectuó transcurrido el plazo legal de ocho días, establecido en el Reglamento de 1959 en su artículo

lo 29, por lo que el Juzgado ordenó el desahucio por falta de pago. Recurrida la sentencia, la Audiencia declaró enervado el desahucio. La cuestión importante es la aplicación del Reglamento de 1959, ya que si bien la disposición transitoria primera de la Ley de 1980 sujeta a la nueva normativa los contratos de arrendamientos rústicos cualquiera que sea la fecha de su celebración, es preciso tener en cuenta que esta disposición contiene tres excepciones a dicho principio general, no pudiendo olvidar que la consignación de rentas fue defectuosa y, por tanto, sin efectos enervatorios según la normativa vigente en el momento de efectuarse, y sin posibilidad de corrección, ya que según el Reglamento, la consignación era un requisito previo de procedibilidad respecto de los juicios de desahucio y al no realizarse en forma dejó interrumpido el *iter iudicii* lo que hace imposible al aplicarle el 21 de febrero de 1981, fecha de la sentencia impugnada, la nueva normativa. Por tanto, debe prevalecer el motivo de casación apoyado en la aplicación indebida del artículo 128 de la Ley de 1980, que permite la consignación de la renta en cualquier momento anterior a ser notificado el demandado de la sentencia que no dé lugar anterior recurso.

C. R. R.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

AMPLIACION DE ARRENDAMIENTO.—EL CONTRATO ERA DE ARRENDAMIENTO DE INDUSTRIA, YA QUE EL COLEGIO DISPONIA DE TODAS LAS INSTALACIONES Y MATERIAL, ASI COMO EL MOBILIARIO Y EL ARRENDATARIO NO HIZO OTRA APORTACION QUE LA OBTENCION DE LA LICENCIA ADMINISTRATIVA, CONTRATACION DEL ALUMNADO Y DEL PROFESORADO. DEL CONTRATO RESULTA LA OBLIGACION DEL ARRENDADOR DE SATISFACER LAS OBRAS NECESARIAS PARA LA AMPLIACION DEL COLEGIO (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1983).

Se arrendó en 1973 colegio, propiedad de una Orden religiosa, ampliándose posteriormente la superficie del local arrendado y el precio del alquiler en varias ocasiones. En 1979 se solicitó una nueva ampliación de superficie, sin que la Congregación diese respuesta, por lo que se interpuso demanda ante el Juzgado número 1 de Madrid, contestando la demandada que el colegio, cuando se arrendó era una unidad patrimonial, pendiente de meras formalidades administrativas para ponerse en marcha, fijándose una duración de seis años, habiéndose notificado notarialmente el propósito de la arrendadora de dar por rescindido el contrato a su terminación, es decir, el 30 de junio de 1979, formulando reconvención también con base en el concepto de arrendamiento de negocio, excluido de la aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos y además en que el arrendatario ha realizado obras sin autorización de la Congregación arrendadora, por lo que se pide la resolución del arrendamiento. El Juzgado dictó sentencia estimando en parte la demanda y declarando la

obligación de ampliar la superficie del local arrendado sin pasar de los 675 metros cuadrados solicitados, y no admitiendo la reconvencción, declarando que está sujeto el contrato a la Ley de Arrendamientos Urbanos. La Audiencia estimó en parte el recurso, considerando el arrendamiento, de industria y teniendo derecho el arrendatario a ampliar la superficie, correspondiendo las obras al arrendador por afectar directamente al desarrollo de la industria arrendada.

El recurso de casación del demandante no tiene éxito. No puede admitirse la argumentación del recurrente que tergiversa la cuestión, ya que del supuesto fáctico del que debe partirse es si existió o no el arrendamiento y no el de su naturalza o alcance, lo que es propio de la temática interpretativa. Tampoco puede admitirse el error de Derecho, ya que ni las certificaciones del Ministerio de Educación ni las facturas tienen la condición de documentos auténticos ni tampoco puede ser tenida en cuenta la confesión no hecha bajo juramento decisorio. En el documento se califica el contrato de arrendamiento como de industria de colegio y no de simple local de negocio, disponiendo de todas las instalaciones y material, así como el mobiliario, y, no consta que el arrendatario hubiere hecho otra aportación que la obtención de las licencias administrativas, contratación del alumnado y del profesorado, y si la Orden no había puesto en funcionamiento la referida industria, ello no constituye obstáculo a tal calificación, ya que reiterada jurisprudencia dice que no es preciso que la industria ya esté funcionando o que falten los requisitos administrativos, que el artículo 3.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos excluye.

En cuanto al recurso de casación de la Comunidad religiosa tampoco triunfa, ya que la resolución impugnada obliga a la Comunidad a ampliar los locales para llegar a la capacidad de 600 alumnos, sin que pueda exceder de 675 metros cuadrados solicitados, teniendo en cuenta las exigencias legales en relación con los 600 alumnos que el contrato autoriza. De la cláusula 7.ª del contrato resulta la obligación del arrendador de satisfacer las obras exigidas por el Ayuntamiento para la ampliación del colegio. Concretamente las normas sobre incendios y seguridad dictadas por el Ayuntamiento plantean unas exigencias de carácter extraordinario que por ese carácter están comprendidas en la cláusula 7.ª del contrato entre las partes y su realización y cuantía aparecen probadas por la prueba pericial.

DENEGACION DE PRORROGA.—ES JUSTA CAUSA PARA EL CIERRE EL ACONTECIMIENTO QUE VIENE DE FUERA DE LA EMPRESA, EXTRAÑO AL ARRENDATARIO, PERO NO EL HECHO QUE NACE DENTRO DE ELLA, COMO LA DECLARACION DE QUIEBRA O SUSPENSION DE PAGOS (SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1983).

El propietario de unos locales sitos en Valencia interpone demanda ante el Juzgado número 4 alegando que estaban cerrados desde año y medio antes, sin que se realizase actividad alguna en ellos. El Juzgado desestima la demanda, pero la Audiencia revoca la anterior, ordenando el lanzamiento del arrendatario.

No triunfa el recurso de casación. El objeto del arrendamiento es un local destinado a almacén u oficina, habiéndose probado el cese de toda actividad desde hacía año y medio, debido a la suspensión de pagos de la recurrente, estimando el Juzgado que había justa causa y opinado lo contrario por la Audiencia. La «justa causa» del cierre debe ser apreciada en función de la naturaleza y actividad del negocio que en dicho local se desenvuelve. Se estima que es justa causa el acontecimiento, que viene de fuera de la empresa, extraño al arrendatario y que hace irrupción en el negocio, pero no se asimila a tal el hecho que nace dentro de la empresa como ocurre en las declaraciones de quiebra o suspensión de pagos, los cuales no son justa causa del cierre (Sentencia de 6 de junio de 1968), máxime cuando el auto aprobatorio del convenio permite que el suspenso continúe desarrollando libremente sus actividades industriales y mercantiles y tampoco son justa causa la mala marcha del negocio, que tiene su origen en la trayectoria de la empresa, impulsada por la actividad del arrendatario y no por acontecimientos ajenos a aquél. Cuando el local se aprovecha como almacén y oficina, es decir, como instrumento de una necesidad pasiva para la guarda y depósito de objetos o gestión del negocio sin contacto con el público, el hecho de cesar de servir de sede a una actividad creadora prueba que se incurre en la causa 3.ª del artículo 62, que es lo acontecido en este caso en el local litigioso, al cesar en él toda actividad, por lo que procede la aplicación de la causa 11.ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y, en relación con ella, del artículo 62, 3.º, de la misma Ley.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO PROCEDE PORQUE EL TRASPASO ESTABA AUTORIZADO EN EL CONTRATO Y ADEMAS FUE CONSENTIDO POR LA PROPIETARIA (SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1983).

En 1953 se dan en arrendamiento al Banco Ibérico unos locales y, posteriormente se arrendaron otros locales a la misma entidad. Fusionado este Banco con el Central, éste se hizo cargo de todos los bienes, derechos y obligaciones de aquél, así como de todas sus actividades. Una de las cláusulas de los contratos referidos decía que el arrendatario podría traspasar el local arrendado en el momento que lo estima oportuno a partir del año siguiente a la fecha del contrato, siempre que no se alteren los fines para que se arriende el local, y la propiedad percibiría, en caso de traspaso cuanto dispone la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos para este supuesto, aunque la propiedad exigirá al nuevo arrendatario un aumento sobre la renta de un 20 por 100, condición necesaria para que la arrendadora autorice el traspaso. Creyendo que esta cláusula no autoriza la fusión, en virtud de la cual el Banco Central se ha introducido en el local arrendado y está explotándolo por su cuenta, se formula demanda ante el Juzgado número 11 de Madrid, que estimó excepción de ilegalidad en el poder del Procurador de la actora. Subsanado este defecto, se presenta nueva demanda en el Juzgado número 9 de la capital y éste admitió íntegramente la demanda y declaró resueltos los contratos

de arrendamiento. La Audiencia revocó la resolución anterior y absolvió de la demanda al Banco Central.

No prospera el recurso de casación. La sentencia de la primera instancia estimó que en la absorción del Banco Ibérico por el Central existía un traspaso, sin que del contrato se derivase autorización para ello, pero la Audiencia estima que en la cláusula contractual existía el consentimiento del arrendador para el traspaso, por lo que la entidad arrendataria venía relevada del cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 32 y siguientes de la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya que el arrendador está obligado a aceptar el traspaso autorizado, acto propio ratificado por el hecho de pasar los recibos al adquirente por traspaso, de donde resulta que las condiciones estipuladas en orden a la participación del arrendador en el traspaso y el aumento de renta de un 20 por 100 no suponen limitación que sean causas de resolución del contrato, dado que ambas son operaciones posteriores a la realización del traspaso. El recurrente entiende que la autorización de traspaso está supeditada al cumplimiento de la doble condición ya vista. La conducta de la arrendadora no permite deducir un asentimiento o aceptación de la situación impuesta por los interpelados, ya que no puede derivarse del abono de los recibos de renta y, por el contrario, tal inexistencia de convalidación se evidencia al demandar de conciliación e instar la resolución contractual, pero no puede admitirse este motivo, dada la falta de claridad y precisión en su formulación, rechazo procedente, ya que es doctrina uniforme de la Sala que la interpretación de los contratos es cometido de los Tribunales de instancia, a no ser que devenga ilógica, contradictoria o vulneradora de algún precepto legal, quedando así inconvencible la interpretación del Tribunal *a quo* de que el traspaso estaba autorizado y fue consentido por la parte recurrente.

DESAHUCIO DE SOLARES.—LA CONDICION DE SOLAR DEL OBJETO DEL ARRENDAMIENTO NO SE ALTERA PORQUE EL ARRENDATARIO HAYA REALIZADO OBRAS DE ADAPTACION AL DESTINO PACTADO, YA QUE LAS CONSTRUCCIONES NO ERAN OBJETO DE ARRENDAMIENTO POR NO EXISTIR EN EL MOMENTO DE HACERSE EL CONTRATO (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1983).

En 1961 se arrendaron dos solares colindantes para instalar un baile de verano. Los solares estaban libres de construcciones, cerrándose después con un vallado de ladrillo, instalando dentro una plataforma, la barra del bar y los servicios. El período fijado era anual y se ha venido prorrogando de forma tácita o expresa no escrita. En agosto de 1978 se requirió al arrendatario para que el 15 de septiembre abandonara los solares, sin posibilidad de nueva prórroga. Como no fue atendido, se presenta demanda ante el Juzgado de Navacarnero, oponiéndose el demandado por estimar que lo arrendado era un local de negocio, sujeto a prórroga arrendaticia. Tanto el Juzgado como la Audiencia estimaron la demanda.

El Tribunal Supremo confirma la misma doctrina. Los juzgadores

de instancia llegan a la conclusión de que el objeto del contrato en el momento de su celebración era un trozo de terreno, carente del requisito de habitabilidad necesario para configurar un local conforme a la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya que ésta dice que debe ser habitable aunque su destino primordial no sea la vivienda, circunstancia que no concurre en este caso, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial constante. Calificación que no se altera por el hecho de que el arrendatario haya realizado obras de adaptación al destino pactado, ya que las construcciones hechas no podían ser objeto de arrendamiento porque los arrendadores no podían ceder el uso de lo que no poseían, siendo el momento del contrato el decisivo para determinar la calificación jurídica, según reiterada jurisprudencia. Todo lo cual conduce a la desestimación de los tres primeros motivos que se basan en la realización de obras posteriores, que son inoperantes a estos fines, no procediendo la prórroga del contrato, dada la naturaleza del mismo. Es en la prueba testifical, no susceptible de impugnación en casación, en la que se basa el Tribunal para llegar a la conclusión de que el contrato expiraba en septiembre y no en la de presunciones, como pretende el recurrente, sin que quepa la casación tampoco con base exclusiva en la distinta apreciación acerca de tal extremo, quedando incólume la apreciación probatoria del Juzgado, respecto a que el contrato expira en septiembre y no era de esperar el transcurso del año natural.

C. R. R.

SUCESIONES

PARTICION REALIZADA POR COMISARIO.—CITACION E INVENTARIO EXISTIENDO MENOR DE EDAD NO EMANCIPADO.—NULIDAD DE LA PARTICION.—Artículo 1.057, párrafo final, del Código Civil (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 1984).

El Tribunal Supremo, en sentencia de que es Ponente el Magistrado don Cecilio Serena Velloso, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la Sentencia de la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia de Chantada, declaratorias ambas de la nulidad de la liquidación de la sociedad de gananciales y de la partición de la herencia hecha en documento privado por contador-partidor, quien no había observado el trámite prescrito por el artículo 1.057, párrafo final, del Código Civil, estando interesado en la misma un menor de edad no emancipado.

Los razonamientos de la sentencia son los siguientes:

Que, habiendo caducado el recurso preparado por la parte demandante, o sea, por T. L. F. y E. F. L., han quedado firmes los pronunciamientos de las sentencias de instancia en que se desestima, en parte, la demanda originadora del juicio de que el presente recurso dimana, el cual ya no tiene otro objeto en discusión que el propuesto por el

recurso formalizado por la parte demandada o sea por J. F. G. y R. S. F. contra el pronunciamiento que, estimando en parte la demanda, declara nulas y sin valor ni efecto la liquidación de la sociedad de gananciales de los cónyuges J. F. G. y E. G. R., y la partición de las herencias de uno y otro, practicadas por R. S. F. en el Cuaderno particional fechado en Taboada el 3 de diciembre de 1973 (folios 37 a 58 y 182 a 202, como los demás que se citarán, siempre del juicio de que el presente recurso dimana).

Que, para un adecuado enjuiciamiento del objeto del presente recurso, según ha quedado delimitado, ha de partirse de los siguientes datos: A) se impugna la validez de la liquidación de la sociedad de gananciales y subsiguiente partición de las herencias causadas por los cónyuges E. G. R. (fallecida el 4 de septiembre de 1972) y J. F. G. (muerto el 23 de enero de 1977) según los testamentos respectivamente otorgados el 6 de agosto de 1971 y el 12 de enero de 1977 y en que se designaba Comisarios contadores-partidores «para resolver toda cuestión entre sus herederos y efectuar la valoración de los bienes, a don R. S. F.», demandado y aquí recurrente, y otros dos, «para que con el carácter sucesivo, según el orden que se dejan nombrados, desempeñen su cometido, desde que fueren legalmente requeridos por cualquier heredero, dentro del plazo de un año» (33 vuelto y 57 vuelto); disponiéndose mediante dichos testamentos, en los términos que resultan, en favor del demandado J. F. G. y de la única hija y heredera abintestato (auto de 6 de diciembre de 1973, folios 3 a 5) del otro hijo del matrimonio de los testadores, o sea, de O. F. G. (fallecido el 8 de junio de 1967), la demandante E. F. L., habida de su matrimonio con la otra demandante, T. L. F.; B) dichas operaciones particionales fueron efectuadas por el Contador demandado recurrente R. S. F., sin citación ni intervención alguna de las demandantes y en los términos del referido Cuaderno particional; C) la legitimaria E. F. L. había nacido el 14 de septiembre de 1957; D) mediante acto de conciliación de 13 de diciembre de 1975, su madre y legal representante, requirió al Contador para que aceptase el cargo y pasase a desempeñarlo, como así lo hizo; E) por auto de 15 de febrero de 1977 de la Audiencia Provincial de Lugo, dictado en el recurso de apelación contra el del Juzgado de Primera Instancia de Chantada de 11 de diciembre de 1976, se le concedió la prórroga de un año para efectuar la partición, contándose dicho año a partir del 14 de diciembre de 1976; F) la legitimaria E. F. L., vencido el plazo testamentario y durante la prórroga del mismo, contrajo matrimonio el 21 de julio de 1977 (uno) y el Cuaderno particional y con el mismo las operaciones particionales son de fecha (como ya se dijo) del 3 de diciembre de 1977; G) la Sentencia de la Audiencia confirma la del Juzgado de Primera Instancia y funda la nulidad —que declara— de la liquidación de la sociedad de gananciales y de las particiones de las herencias causadas por E. G. R. y J. F. G., en que (considerando tercero) «no puede tenerse en cuenta la fecha del 3 de diciembre de 1977 como de la partición, sino como la del documento o la terminación de las diferentes operaciones que la partición comprende, pero no corresponde, como es lógico, a los distintos momentos en que tales operaciones se efectuaron y, como se dice en la sentencia apelada, si en diciembre de 1976 tiene el Contador

que pedir prórroga, puesto que el Perito encargado del avalúo de los bienes no lo había terminado —y sobre este motivo no existe duda alguna en virtud de las manifestaciones que hace dicho Contador en su contestación a la demanda, así como por los documentos aportados es que el inventario ya estaba hecho, pues la tasación presupone la realización anterior del inventario; siendo lo determinante de la declarada nulidad el haberse omitido por el Contador la exigencia de practicar el inventario con la citación prevista en el párrafo segundo del artículo 1.057 del Código Civil.

Que contra la afirmación de la sentencia de que el Inventario de los bienes corresponde a fecha antecedente a la de emancipación por matrimonio de la legitimaria E. F. L. (21 de julio de 1977) el recurso alza el primero de sus motivos al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por error de Derecho en la apreciación de las pruebas que residencia en el artículo 1.228 del Código Civil en relación con el escrito deducido por el Contador solicitando la prórroga del plazo y que consta a través del testimonio del auto de 11 de diciembre de 1976; y es éste, motivo que debe ser desechado, pues, según reiteradísima jurisprudencia de esta Sala, el error de Derecho se perpetra únicamente cuando se infringe un precepto legal que asigne a un medio de prueba la virtualidad que el juzgador le niege y de ahí que sea obligado el citar el precepto que vincule al juzgador, en el caso del artículo 1.228 del Código Civil, que se refiere a la prueba de «los asientos, registros y papeles privados» en referencia a «el que los ha escrito en todo aquello que conste con claridad»; y ocurre que el escrito de petición de la prórroga señalado por el motivo no entra en el concepto de «papeles privados» que son (Sentencias de 3 de diciembre de 1900, 10 de mayo de 1901, auto de 16 de diciembre de 1941 y, últimamente, Sentencia de 16 de febrero de 1975) aquellos que «se forman y conservan por uno solo de los interesados y que, en atención a ello, hacen prueba contra el mismo» y «sólo por indivisibilidad del conjunto podrán aprovecharle», sin que sea lícito extenderlo, como se pretende, al escrito o solicitud dirigido al Juzgado por el Contador solicitando el otorgamiento de la prórroga del plazo en que, en los términos de los testamentos rectores de la partición combatida, había de cumplir el encargo de realizarla.

Que los motivos segundo y tercero conciernen a la prueba de presunciones y se enderezan contra el mismo aserto de haberse efectuado el Inventario durante la menor edad y antes de la emancipación por matrimonio de la legitimaria E. F. L., y el motivo segundo, con igual amparo que el primero, o sea, por el cauce del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, apea en que «el hecho base sobre el que asienta esta presunción —que el Contador-partidor había encargado al citado Perito Agrícola la realización del avalúo— no está en absoluto probado»; pues, muy por el contrario —razona— «consistía en que lo asesorase técnicamente, aportando las informaciones necesarias para que el propio Contador-partidor pudiese realizar con garantías de acierto el inventario y avalúo y la distribución de bienes»; pero, al partir el motivo, con insistencia y reiteración, de que el encargo hecho al Perito era el de «identificar las fincas, describirlas y valorarlas», esto es, de que «la

misión encargada a dicho Perito había consistido en identificar las fincas e informar sobre su valoración», y preguntarse cómo puede darse por probado que «el Contador-partidor encargó al Perito Agrícola que efectuase el avalúo», todo ello enfrente de la apreciación fáctica de la Sala de instancia de que se ha hecho mérito, es visto que hace supuesto de la cuestión, ya que el motivo lo que había de demostrar era el error de la Sala al sentar su aserto de datar el Inventario en aquel período anterior al matrimonio de la menor legitimaria, lo que es error de hecho y no de Derecho y si lo que el artículo invocado, o sea el 1.249 del Código Civil, establece es que «las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado» y la Sala declara acreditado ese dato que se combate de operación de Inventario inscrita en un lapso de tiempo, tal error es de hecho y ha de impugnarse como tal; y la misma suerte desestimatoria merece el motivo tercero en que, ahora por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia la violación, por falta de aplicación, del artículo 1.253 del Código Civil, por no existir, a juicio del motivo, el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, deduciendo de que se hubiese encargado el avalúo la previa existencia del Inventario; pues, en efecto, no se advierte la tacha de que se habla, ya que, si bien existe la posibilidad de que en un solo acto se efectúen el Inventario y la tasación y partición y subsiguiente adjudicación y hasta es práctica usual de los Contadores, sin que hayan de darse en las privadas las acusadas diferencias que ofrecen las particiones judiciales en las que el Inventario se regula en los artículos 1.063 a 1.067 y las operaciones propiamente divisorias en el 1.077, sin que se identifique aquél con la «Relación de bienes» del punto primero de este últimamente citado artículo, pero con todo y en las particiones privadas como en las judiciales se ha de conceder al Inventario, como previno la Sentencia de 26 de noviembre de 1955, «una importancia excepcional, proporcionada a su concepto de base fundamental sobre la que descansan las operaciones particionales», y, por tanto, sólo a partir de la regular formación del mismo como operación inicial se pueda pasar a las subsiguientes y lo que la Sala tiene apreciado, sin que el recurso lo haya combatido con éxito, es que al Cuaderno particional de 3 de diciembre de 1977 le precedió un Inventario que, por no haberse efectuado con la citación prevenida en el párrafo 2.º del artículo 1.057 del Código Civil, de aplicación en momento en que la legitimaria ni siquiera estaba emancipada por razón de matrimonio, era nulo y hacía claudicar las operaciones divisorias practicadas sobre esa base inválida.

Que los motivos cuarto y quinto, ambos al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en que se denuncia la falta de aplicación del párrafo 1.º del artículo 1.281 y del 1.261 del Código Civil, siendo la estimación de alguno de ellos antecedente indispensable para la prosperabilidad del sexto en que con igual amparo se denuncia la indebida aplicación del párrafo 2.º del artículo 1.057 del mismo Cuerpo legal, lo que, si bien se mira, pretenden, es destruir el *factum* de la sentencia constituido por el hecho tan repetidamente consignado de datar el Inventario en fecha en que la legitimaria era menor no

emancipada, siguiendo en el motivo cuarto el expediente de interpretar el escrito pidiendo la prórroga del plazo, lo que supone extrapolar el supuesto de aplicación del artículo 1.281 pensado para los contratos y no para los escritos judiciales y desconocer aún en la tesis de inclusión de éstos en el ámbito del precepto el que, conforme a doctrina de esta Sala tan reiterada que no hay necesidad de citarla, la interpretación compete a la Sala de instancia a menos que se acredite de ilógica o absurda; y, en referencia al artículo 1.261, el motivo quinto no es sino tergiversar lo afirmado por la Sala sobre Inventario anterior al Cuaderno enfrentándole el hecho contradictorio y gratuitamente utilizado ahora de que «falta toda declaración de voluntad del Contador-partidor de dar por hecha ninguna clase e inventario en diciembre de 1976», siendo que la Sala parte de su existencia en momento anterior al matrimonio.

Que, firme el dato de haberse practicado el Inventario en fecha en que la legitimaria E. F. L. era menor y no emancipada todavía por el matrimonio que contrajo el 21 de julio de 1977 y por lo mismo incuestionable el fundamento de la sentencia impugnada fundada en la infracción del párrafo 2.º del artículo 1.057 del Código Civil en cuanto previene que el testador y el Contador por el mismo designado tienen limitada la facultad de encomendar y realizar la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos en punto a que si entre éstos existe «alguno de menor edad o sujeto a tutela» deberá en este caso practicarse el Inventario de los bienes de la herencia «con citación de los coherederos, acreedores y legatarios», en lo que asimismo se fundamenta la repulsa del presente recurso, todavía sería, ya a mayor abundamiento, de mantener el fallo en tesis de ser ciertos los puntos admitidos por la parte demandada y recurrente, ya que el recurso se da contra el fallo y no contra los fundamentos de hecho y de Derecho de la sentencia y es visto que no se ha promovido contienda acerca de las fechas de fallecimiento de los causantes (4 de septiembre de 1972, 23 de enero de 1977), de nacimiento de la legitimaria menor de edad (14 de septiembre de 1957) y de su matrimonio (18 de julio de 1977), ni tampoco y ya finalmente de la fecha de las operaciones particionales combatidas (3 de diciembre de 1977); a partir exclusivamente de dichas fechas y sin tomar en consideración otros ni más elementos de hecho, podría concluirse la nulidad de las operaciones particionales de 3 de diciembre de 1977 y consiguientemente la improcedencia del recurso que combate la declaración de dicha nulidad y la previa de la liquidación de la sociedad de gananciales de los consortes causantes, pues, en efecto, el párrafo 2.º del artículo 1.057 del Código Civil en su redacción vigente el 3 de diciembre de 1977 y que ahora constituye el cuarto y último del mismo artículo luego de la reforma del Código de 1981, dispone, en beneficio de los coherederos en quienes concurra la circunstancia de ser menores de edad o hallarse sujetos a tutela, la exigencia, insoslayable para el partidor, de inventariar los bienes con citación de los coherederos, acreedores y legatarios, con secuela de nulidad de la partición efectuada sin el cumplimiento de dicha formalidad cuya *ratio* no es otra que la de proteger más eficazmente los intereses de los menores de edad y sujetos a tutela, con cierta abstracción de la capacidad de obrar de los mismos, quienes habrán, por lo

tanto, de ser citados para la diligencia de inventario, ya en la persona de sus representantes legales si no tienen capacidad para oírlos, ya personalmente si la adquirieron por la emancipación que ciertamente les habilita para darse por citados y asistir, si lo vieren conveniente, a la diligencia de inventario e incluso para (en tesis de no existir partidor) concurrir con los demás coherederos a la partición y distribución de la manera que tengan por conveniente (conforme al artículo 1.058), pues sea cual fuere su naturaleza se excusa al partidor de citación válida para el Inventario de cualquier modo que ésta se haga y siempre que contenga la indicación del objeto, lugar y fecha, con tal se acredite o admite de cualquier forma o se subsane su defecto mediante la comparecencia de quien hubo de ser citado (Sentencia de 23 de noviembre de 1955), para la cual comparecencia *motu proprio* también se halla capacitado el emancipado y con igual efecto subsanatorio; pero la irregularidad del caso no es la falta de capacidad del coheredero demandante (quien, por cierto, se emancipó mediante matrimonio posterior a la expiración del plazo testamentario, aunque contraído durante el año de prórroga de dicho plazo), sino la de que éste no fue mayor de edad hasta tanto se publicó en el *Boletín Oficial del Estado* del 17 de noviembre de 1978 el Real Decreto-ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre mayoría de edad, fijándola para todos los españoles a los dieciocho años cumplidos (art. 1.º) y sustituyendo a ese propósito la expresión «veintiún años» por «dieciocho años», entre otros en el artículo 321 del Código Civil (art. 4.º), edad ya alcanzada por E. F. L. al sobrevenir la modificación de la mayoría de edad, pero sin incidencia alguna sanatoria en la partición del 3 de diciembre de 1977, en cuya fecha era emancipada por causa de matrimonio conforme al número 2.º del artículo 314 según la redacción vigente el 18 de julio de 1977, fecha de las nupcias, conviniéndose por lo mismo y hasta el 17 de noviembre de 1978 (como, sin la modificación de la mayoría de edad en dicha fecha, le hubiera correspondido hasta completar los veintiún años de su edad el 14 de septiembre de 1978) la condición de menor de edad, no incompatible con la de emancipado; apoyándose lo razonado *ex abundatía* en entender que la emancipación representa, siempre dentro de la minoría de edad que se prolonga (no obstando aquella) hasta el momento de la mayoría propia sobrevenida por haberse alcanzado con el decurso del tiempo la edad fijada para ese efecto (ahora, según el artículo 12 de la Constitución, la de los dieciocho años), un período diferenciado en la vida del menor de edad que tiene por finalidad la de prepararle para la mayoría, aunque el Código Civil siga diciendo (con cierta impropiedad) en el artículo 314 (número 2.º de la antigua redacción y 1.º del vigente) que la emancipación tiene lugar por la mayor edad; pero todo ello sin que la emancipación conlleve para el menor la pérdida de una situación favorable significada en el caso por la precisión de la citación del párrafo 2.º del artículo 1.057 tantas veces citada, lo que está en la línea de la disposición adicional primera del Real Decreto-ley citado.

COMENTARIO.—Cuestión común a la partición realizada por contador-partidor testamentario y contador-partidor dativo es la del alcance y efectos de la citación (o de su falta) para la práctica y la efectiva reali-

zación del inventario exigido por el último párrafo del artículo 1.057 del Código Civil, cuando alguno de los coherederos sea menor de edad o esté sujeto a tutela, es decir, la interpretación de este precepto.

Hay unanimidad doctrinal en cuanto a que por *menores* hay que entender sólo los *menores no emancipados*, en razón, fundamentalmente, a que los menores emancipados se equiparan a los mayores de edad en orden a la realización de la partición, es decir, la pueden efectuar por sí solos, sin precisar ningún complemento de capacidad. Más dudoso es que alcance a los sujetos a curatela. La solución parece que debe encontrarse distinguiendo entre los sujetos a curatela según el artículo 286, para los que no es exigible, y los que lo estén conforme al artículo 287, en que, por relación con el artículo 289 —lo mismo que en el caso del pródigo, conforme al artículo 298— la sentencia determinará los actos que pueda o no realizar el sujeto a la misma. Pero nótese que una cosa es los actos que pueda o no realizar y otra cosa el que deba proceder o no la citación y el inventario, respecto al cual no existe unanimidad en la doctrina ni en cuanto a su significado ni en cuanto a las consecuencias de su omisión, pudiéndose señalar las siguientes opiniones principales:

Una de ellas es la que estima que tanto la citación como la práctica del inventario son requisitos esenciales y previos a la partición propiamente dicha, si bien no desconectados de ella, ya que constituyen su necesario presupuesto, de tal modo que su omisión determina la nulidad de la partición que se realice. Esta posición es mantenida con diversas matizaciones y argumentos pero coincidente en lo sustancial, por PUIG PEÑA, FÉLIX HERNÁNDEZ GIL, LACRUZ BERDEJO, SANCHEZ REBULLIDA y ALBALADEJO.

El primero de ellos entiende que la citación ha de hacerse en forma auténtica, notarial o judicialmente y su omisión determina la nulidad del inventario y de la partición, salvo que los interesados manifiesten su conformidad a esta última (Resolución de 5 de noviembre de 1900). Tanto la citación como el inventario son, para este autor, un sustitutivo de la aprobación judicial.

Postura todavía más rígida y formalista es la de FÉLIX HERNÁNDEZ GIL al entender que se trata de una nulidad insubsanable, sin que el inventario pueda realizarse posteriormente a la partición.

Otra opinión, que cuenta con precedentes en los Comentarios de MANRESA —quien estima que se trata de una medida de precaución en interés de determinadas personas, por lo que si ellas afirman que el inventario se ha practicado en forma, ha de estimarse cumplida la exigencia del artículo 1.057, párrafo final, citando la Resolución de 13 de abril de 1892—, es la de quienes estiman que no existe tal conexión o interdependencia entre la citación y el inventario del artículo 1.057, de una parte, y la partición, de otra, de tal modo que la omisión de aquellos no determina la nulidad de ésta, sino sólo la posibilidad de una impugnación por los interesados, siendo el acto inscribible desde luego, porque:

- El fin de la citación y del inventario referidos es facilitar, favorecer o cumplir la realización de éste a los efectos de la llamada aceptación a beneficio de inventario, tratándose de menores o incapaces.

citados, al mismo tiempo que suplir la actuación judicial, en ese supuesto, según previene la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio necesario de testamentaria.

- Quienes mantienen la opinión contraria olvidan que la *ratio* de esta disposición no es única y exclusivamente la de la protección de los menores o incapacitados, pues de ser así no se explicaría la citación al inventario de los herederos mayores de edad, acreedores y legatarios.

Esta última posición ha sido defendida con gran lujo de argumentos por el Registrador de Barcelona don José Manuel García García en su interesante artículo publicado en esta misma Revista, año 1981, número 547, páginas 1441-1518.

F. C. L.

MATRIMONIO PUTATIVO.—DERECHOS SUCESORIOS.—Artículo 808 del Código Civil (SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1984).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada y apelante contra la Sentencia de la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid confirmatoria de la del Juzgado de Primero Instancia de San Lorenzo de El Escorial, con base a los siguientes razonamientos:

Que a los fines de dar adecuada solución al recurso de casación de que se trata, es de tener en cuenta que la sentencia recurrida, tanto en sus considerandos como en los que esencialmente acepta de la dictada en fase procesal de primera instancia, establece como hechos probados, que son incólumes y en consecuencia vinculantes en casación al no haber sido desvirtuados por el único cauce o vía que posibilita el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que a pesar de no justificarse en los términos que exige el artículo 53 del Código Civil, en la redacción vigente al tiempo de la presentación de la demanda inicial rectora del juicio de que dicho recurso dimana —o sea, por certificación del acta del Registro Civil— la celebración del matrimonio civil que se dice contraído entre don P. L. L. y doña P. M. M., sin embargo, entre éstos debió de existir un nexo de relaciones paramatrimoniales plenamente acreditadas, con posesión de estado de hijo legítimo de esa unión por parte del demandante ahora recurrido, don F. L. M., bajo el signo de la buena fe.

Que las manifestaciones fácticas contenidas en el presente conduce a la solución desestimatoria del primero de los motivos en que se fundamenta el recurso de casación formulado por doña M. G. D., al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendida aplicación indebida del epígrafe a) del artículo 69 del Código Civil (vigente antes de la reforma del Título IV, del Libro I, operada por Ley 30/1981, de 7 de julio), previsor de que «el matrimonio contraído

de buena fe produce efectos civiles, aunque sea declarado nulo», ya que, en contra de lo apreciado por dicha recurrente, la Sala sentenciadora de instancia no declara como en realidad inexistente el matrimonio civil alegado como producido entre los mencionados don P. L. L. y doña P. M. M., en el sentido de falta de existencia, como se expone en la base razonadora del referido motivo, sino simplemente por estimarlo improbadamente, como evidencia la literal expresión consignada en la mencionada sentencia de declarar «el matrimonio de don P. L. L. y doña P. M. M. como inexistente por improbadamente», para seguidamente afirmar, también como base fundamentadora de dicha declaración contenida en el primero de sus considerandos y con referencia al alegado matrimonio, y en consecuencia con lo dispuesto en el citado artículo 69 del Código Civil en su redacción vigente al tiempo de la interposición del escrito rector de demanda, precisamente referido a los efectos de matrimonio de buena fe declarado nulo, significativo de lo denominado por la doctrina matrimonio putativo, que aquella unión —o sea, el matrimonio en cuestión— es «realmente existente, aunque no justificado, originado bajo el signo de buena fe», debido a que, aunque «del conjunto de las pruebas practicadas se hace evidente, que, a pesar de que no se justifica en los términos que exige el artículo 53 del Código la celebración del matrimonio civil que se dice contraído entre don P. L. L. y doña P. M. M., es lo cierto que entre ambos debió de existir un nexo de relaciones paramatrimoniales que aparecen plenamente acreditadas en autos», con «posesión de estado de hijo legítimo» del habido de tal unión, y admitiendo, en cuanto la sentencia recurrida acepta en lo esencial los considerandos de la pronunciada en fase procesal de primera instancia, y en consecuencia lo expuesto en su cuarto considerando, de no dar valor al matrimonio de que se viene haciendo mención no por causa de la irrealidad de su celebración. «ni por la aplicación de la Orden de 8 de marzo de 1939, en relación con la de 22 de septiembre de 1938, sino porque a la luz de la legislación aplicable en la fecha referida y en la actualidad, falta por acreditar la inminencia del peligro de muerte por las lesiones que sufriera don P., extremo que no ha intentado siquiera, quizás por presuponerlo, erróneamente, que lleva a la desestimación de la pretensión atinente», porque esas afirmaciones, puestas en relación con el indicado pronunciamiento del fallo o parte dispositiva de la resolución impugnada «de inexistencia por improbadamente», unido a que la misma sentencia recurrida reconozca con base en la mencionada unión, al venir originada con el signo de la buena fe, que debe producir para el hijo, el demandante y ahora recurrido don F. L. M., la plenitud de los derechos civiles, y entre ellos la capacidad sucesora total que especifica el artículo 807 del Código Civil y, por ende, su condición de heredero forzoso en la herencia de su padre con la extensión que le asigna el artículo 808, esto es dos terceras partes de haber hereditario, que se establece precisamente para los hijos y descendientes legítimos, con proyección todo ello al fallo o parte dispositiva de confirmar la sentencia dictada en fase procesal de primera instancia «con la sola modificación del apartado a) en el sentido de declarar el matrimonio de don P. L. L. y doña P. M. M. como inexistente, por improbadamente y declarar asimismo revocado en parte el testamento otorgado por don P. L. en 23 de febrero de 1978, ante la fe del Notario don Félix

Pastor Ridruejo, en cuanto se oponga a las declaraciones del fallo que se confirma», con el consiguiente efecto del mantenimiento de los pronunciamientos b), c) y e), contenidos en la tan citada sentencia de primera instancia, en cuanto son acogidos en la de segunda instancia, que respectivamente reconocen «la condición de hijo legítimo de don P. L. L. a don F. L. M.», «la validez del matrimonio contraído por don P. L. L. con doña M. G. D.» y «haber lugar a reducir las disposiciones testamentarias de don P. L. L. señalando como cuota legitimaria de don F. L. M. de los tercios del haber hereditario y de doña M. G. D. el usufructo del tercio de libre disposición, desapareciendo los derechos sucesorios de los ascendientes del causante doña J. L. A. y don F. L. R.» y «no haber lugar a la causa de indignidad para suceder de doña M. G. D.», y a la vista de reiterada doctrina jurisprudencial sancionadora de que los considerandos forman un todo con la parte dispositiva, en el sentido de que contribuyen a esclarecer y vivificar los pronunciamientos que integran el fallo (Sentencias, entre otras, de 2 de marzo de 1931, 27 de abril de 1942 y 3 de abril de 1957), está poniendo claramente de manifiesto que lo querido decir, y en consecuencia se dijo, por el Tribunal *a quo* que dictó la sentencia recurrida con la expresión «inexistencia por improbad» referido al matrimonio en cuestión, fue simplemente que éste no se apreciaba probado, con efectividad jurídica, como alegado contraído después de regir el Código Civil, por el medio normal de certificación del acta de Registro Civil, que previene el artículo 53 y adaptado a los requisitos precisos de aquel Cuerpo legal sustantivo en la redacción vigente al tiempo de la presentación de la demanda inicial, y adaptados a los requisitos precisos para apreciarse eficacia a la clase del matrimonio en cuestión celebrado, pero no que realmente no hubiera existido, conforme a justificación por cualquier otro medio de prueba, que también dicho artículo 53 autoriza, que es lo que en definitiva tenido en cuenta por la Sala sentenciadora de instancia, dado que, como ha tenido ocasión de declarar esta Sala en Sentencias de 19 de diciembre de 1957 y 23 de junio de 1966, el principio referido a la pobranza por medio de las actas del Registro Civil no es de tan estricto rigor que no admita que esta prueba no pueda ser suplida por otras, pues el citado artículo 53 no niega otros medios de prueba cuando no existan las actas de inscripción o hayan desaparecido o se suscite contienda ante los Tribunales, bastando, incluso con la posesión de estado en los casos a que se contrae el artículo 54 del mencionado Código en su redacción cuando la demanda ha sido interpuesta —es decir, los contemplados, por defecto de certificación del acta del Registro Civil, a que alude el párrafo 2.º del artículo 53—, pues el no entenderlo así tanto supondría establecer una ilógica y absurda incongruencia entre la consideración de la «inexistencia, por improbad» del mencionado matrimonio, a que se contrae el pronunciamiento a), de la sentencia en cuestión, y los pronunciamientos b) y d) de la misma que declara «la condición de hijo legítimo de don P. L. L. a don F. L. M.», con la consecuencia, derivada de este último pronunciamiento, de «haber lugar a reducir las disposiciones testamentarias de don P. L. L., señalando como cuota legitimaria de don F. L. M. la de dos tercios del haber hereditario y de doña M. G. D. el usufructo del

tercio de esa disposición a la que corresponde la nuda propiedad del mismo tercio de libre disposición, desapareciendo los derechos sucesorios de los ascendientes del causante doña J. L. A. y don F. L. R., ya que esos pronunciamientos *b)* y *d)* ciertamente revelan su base en la consideración de realidad del indicado matrimonio, aunque sin constancia probatoria por la correspondiente certificación del acta del Registro Civil y cumplimiento de las precisas exigencias para su eficacia en la modalidad de su realización, que es a la que exclusivamente hay que entender referido el expresado pronunciamiento *a)*.

Que a lo expuesto, determinante de la correcta aplicación por el Tribunal sentenciador de instancia de la normativa contenida en el número 1.º del artículo 69 del Código Civil en su indicada redacción existente al tiempo de la presentación de la demanda de que dimana este recurso, en nada obsta el razonamiento contenido al final del segundo de los considerandos de la sentencia dictada en fase procesal de primera instancia, esencialmente aceptado por la segunda instancia, de que «falta por acreditar la inminencia del peligro de muerte por las lesiones que sufriera don P., extremo que no se ha intentado siquiera, quizá por presuponerlo, erróneamente», puesto que, de una parte, esa manifestación pone de evidencia que no se niega la existencia del matrimonio tantas veces aludido, si que solamente la no concurrencia en su celebración de todos y cada uno de los requisitos que lo configuran en dicha modalidad legalmente reconocida cuando fue concertado, que es concretamente lo que da vida al denominado matrimonio putativo que contempla el tantas veces mencionado artículo 69 del Código Civil, al reconocerse haberse comportado los contrayentes con buena fe, ya que ésta al respecto, en cuanto solamente es necesaria su apreciación para el momento de la celebración del matrimonio y consiste en el impedimento de que se opusiere a su celebración, o del vicio que haya producido la deficiencia de las formalidades observadas para su celebración, y cuyo error puede ser de hecho o de Derecho, conduce, como tiene declarado esta Sala en Sentencia de 7 de marzo de 1956, a que la eficacia del matrimonio putativo, que como queda dicho acoge el citado artículo 69 en su redacción al tiempo de la presentación de la demanda, e incluso al de la fecha en que el meritado matrimonio se dice haber tenido lugar, ha de inferirse de que se contrajo un matrimonio legítimo, presumible en quienes ignoraban que no cumplían adecuadamente los requisitos de la modalidad matrimonial a cuyo amparo se acogían, y que fueron apreciados por quien había de formalizarlo desde el momento que se alega lo efectuó; y, de otra parte, debido a que lo realmente planteado, y a decidir en la presente litis, tal como se han manifestado en él las partes, es si en el referido matrimonio es eficaz jurídicamente o no las formalidades legales para su celebración, sino simplemente y concretamente si lo es para generar carácter legítimo a la filiación de don F. L. M., quien lo afirma, mientras que la demandada doña M. G. D. la niega, con lo que superado este aspecto de la controversia mediante el reconocimiento de aquella eficacia al respecto, se produce la inconsistencia del motivo que se examina.

Que tampoco es de acoger el motivo segundo, que, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se funda-

menta en aplicación indebida del artículo 116 en su párrafo único del Código Civil (vigente antes de la reforma del Título V, del Libro I, aprobado por Ley 11/1981, de 13 de mayo), previsor de que a falta de acta de nacimiento extendida en el Registro Civil, o por documento auténtico o sentencia firme en los casos a que se refieren los artículos 110 al 113 del Código Civil, del Título V del Libro I del referido Cuerpo legal sustantivo, la filiación se probará por la posesión constante del estado de hijo legítimo, y que la recurrente trata de deducir de si la legitimidad de la filiación, según la normativa imperante al tiempo en que se dice celebrado el matrimonio cuestionado, sólo se podía tener por haber sido engendrado o nacido «constante matrimonio», no puede producirse modalidad mediante el reconocimiento de relaciones «paramatrimoniales», y que además no cabe apreciar en el supuesto contemplado el requisito de «constante» esencial, para apreciar, con base en posesión de estado, la existencia de filiación legítima; en cuanto lo primero, porque, aparte que en la sentencia recurrida, ni en la que se dictó en fase procesal de primera instancia, no se hace cita alguna del citado artículo 116, ni se hace apreciación de su normativa, por lo que mal puede aplicarse indebidamente lo que ninguna aplicación ha tenido lugar, además que la sentencia recurrida, según se deduce de lo razonado en el presente considerando, reconoce la prueba, por medios diferentes de certificación del acta del Registro Civil, del tan aludido matrimonio, aún con los defectos que pudiera tener en la modalidad en que fue concertada, es lo cierto que si, conforme al Diccionario de la Lengua Española, la preposición reflejo de prefijo, «para», además de otros significados intrascendentes al caso, tiene el de «finalidad y propósito de una acción», «relación», «causa o motivo», «aptitud, capacidad o preparación para hacer algo», lo mismo quiere decir que antepuesto a la expresión «matrimonial» con que la Sala sentenciadora lo ha hecho, en conexión con el reconocimiento que también la misma hace de «unión realmente existente, aunque no justificada originada bajo el signo de buena fe», cual asimismo se indica en el considerando que antecede, determina que con la referida expresión «paramatrimonial» lo que la Sala sentenciadora de instancia no ha querido decir ha sido la consideración de relación meramente «extramatrimonial», cual pretende dicha recurrente, sí que la de relación o causa matrimonial, aun con los defectos formales que pudieran haber concurrido, derivada de medios de prueba reconocidos al efecto para acreditarlo ante la falta de posibilidad de acreditación por certificación de acta de Registro Civil; y lo segundo en razón a que, de una parte, en la sentencia recurrida (considerando primero) al establecerse como hechos la acreditación de hijo legítimo del demandante, ahora recurrido, don F. L. M., con relación a P. L. T., «por su posesión constante de estado y la concesión por los mismos padres de tal condición, cuando ante el encargado del Registro Civil de Mislata, lo inscriben como legítimo», evidentemente se sientan unos asertos de hecho reveladores de «posesión constante del estado de hijo legítimo», que, al no haber sido impugnados por el cauce o vía del error de hecho que autoriza el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, han quedado incólumes en casación, y, por tanto, son vinculantes en la presente fase procesal, generando los requisitos de *nomen, tractatus, fama* que

ya el Derecho antiguo, y según en la actualidad reconoce la Sentencia de esta Sala de 15 de junio de 1934, sirve para designar, con base en el precitado artículo 116 del Código Civil, vigente al tiempo en que esas manifestaciones han tenido lugar y al tiempo de la presentación de la demanda inicial, aquella «posesión constante del estado de hijo legítimo, quedan cubiertas en consecuencia las más exigentes condiciones de adveración para declarar el derecho inherente a la calidad de filiación legítima que el interesado solicita».

Que reconocida la realidad del matrimonio celebrado entre don P. L. L. y doña P. M. M., así como el nacimiento después de su celebración como fruto de tal vínculo del demandante, ahora recurrido, don F. L. M., decae, por falta de consistencia de hecho y jurídica, el motivo tercero que, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundamenta la recurrente doña M. G. D., en pretendida aplicación indebida del artículo 117, en su párrafo único, del Código Civil (vigente antes de la reforma del Título V del Libro I, operada por Ley 11/1981, de 13 de mayo), porque la circunstancia, en que tal motivo se apoya, de que la inscripción de nacimiento de don F. L. M. en el correspondiente Registro Civil, efectuada mediante declaración del mencionado don P. L. L., si bien se designa a aquél como hijo de éste y de doña P. M. M., pero sin consignación de la palabra «legítimo», además de no conducir a entender que en la sentencia recurrida se ha hecho indebida aplicación de dicho artículo 117, desde el momento que no se hace aplicación de él, ni tan siquiera se le cita, y como ya viene manifestando en el precedente considerando no puede entenderse que se haya aplicado indebidamente un precepto del que ninguna aplicación se hizo, es de tener en cuenta que la legitimidad de la filiación del tan aludido don F. L. M. con relación a don P. L. L., emana no del meritado artículo 117, sí que de lo normado en los artículos 108 a 110 del Código Civil, al haberse producido el nacimiento después de contraído el matrimonio tan aludido, y cualquiera que hubiese sido la fecha entre uno y otro acontecimiento, porque si el nacimiento tuvo lugar después de los ciento ochenta días de la celebración del vínculo matrimonial entra en juego la presunción de legitimidad establecida en el citado artículo 108, al no haberse aportado, ni intentado aportar, ni tan siquiera alegado, prueba alguna de imposibilidad del marido para tener acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que hubiesen precedido al nacimiento, y si ocurrió dentro de los cientos ochenta días siguientes, en aplicación de lo prevenido en el mencionado artículo 110, al darse el supuesto de la circunstancia tercera de tal precepto legal, pues que en la sentencia de que se trata se reconoce, sin desvirtuación por el recurrente, que don P. L. L. reconoció como hijo suyo a don F. L. M. mediante declaración que aquél hizo, al efectuarse la correspondiente inscripción de nacimiento, ante el encargado del Registro Civil de Mislata, y sin que ello pueda entenderse obstaculizado por el hecho de que el indicado matrimonio de que proviene ese nacimiento pudiese haber tenido algún defecto que lo hiciese ineficaz, con su consiguiente nulidad, pues, como ya queda dicho en los considerandos segundo y tercero de esta resolución, ello determinaría un supuesto de matrimonio denominado putativo, que, en virtud de lo normado en el artículo 69 del Código Civil, y al

haber intervenido buena fe por parte de los dos cónyuges, en cuanto se prevé por el legislador en tanto no conste lo contrario, y no apreciarse esa desvirtuación en el precedente caso, produce efectos civiles, y entre ellos concretamente respecto al mencionado hijo.

Que la desestimación de los tres motivos precedentemente examinados, y en cuanto comporta el mantenimiento de la filiación legítima que la sentencia recurrida acoge a don F. L. M., con relación a don P. L. L., lleva asimismo a desestimar los motivos cuarto, quinto y sexto, formulados los tres al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y fundamentados, respectivamente, en relación, por inaplicación, del artículo 119, párrafo 2.º, del Código Civil, sancionador de que «son hijos naturales los nacidos fuera de matrimonio de padres que al tiempo de la concepción pudieron casarse con dispensa o sin ella», aplicación indebida del artículo 808, párrafo 1.º, de dicho Código, regulador de que «constituyen la legítima de los hijos y descendientes legítimos las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre», y violación por inaplicación del artículo 841, párrafo 1.º, del aludido Cuerpo legal sustantivo, en cuanto dispone que «cuando el testador no dejare hijos o descendientes, pero sí ascendientes legítimos, los hijos naturales reconocidos tendrán derecho a la cuarta parte de la herencia», y todos esos preceptos conforme a la vigencia antes de la reforma del Título V del Libro I, operada por Ley 11/1981, de 13 de mayo, puesto que reconocido que don F. L. M. no nació fuera de matrimonio, sino dentro del que fue concertado entre dichos don P. L. L. y doña P. M. M., no tiene aplicación la normativa contenida en los referidos artículos 119, párrafo 2.º, y 841, párrafo 1.º, del Código Civil, y, por tanto, no pueden entenderse violados por no aplicados, al no darse el supuesto de que parten de concurrencia de un estado de filiación natural; y tampoco es de apreciar indebida aplicación del artículo 808, párrafo 1.º, del Código Civil, pues que al apreciarse estado de filiación legítima genera en consecuencia la aplicación de la normado en aquel precepto; y todo ello, además, porque esa normativa es la adecuada a tener en cuenta al respecto, dado que, conforme las disposiciones transitorias primera y séptima de la Ley de 13 de mayo de 1981, modificadora del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, «la filiación de las personas, así como los efectos que haya de producir a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán por ella con independencia de la fecha de nacimiento y del momento en que la filiación haya quedado legalmente determinada», y que «las acciones de filiación se regirán exclusivamente por la legislación anterior cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubiere fallecido al entrar en vigor la presente Ley», con lo que la acción para reclamar su legitimidad compete al tantas veces aludido don F. L. M., por corresponderle durante toda su vida —situación dada en el supuesto ahora examinado—, según dispone el artículo 118 del Código Civil en su dicha redacción anterior a la vigencia de la expresada Ley de 13 de mayo de 1981, y con los efectos, entre otros, del derecho a la percepción de la legítima y demás derechos sucesorios que dicho Código Civil le reconoce, entre los que figuran los que establece el artículo 808 de ese Cuerpo legal sustantivo.

F. C. L.

**SUCESION INTESTADA DEL ADOPTADO.—DERECHO TRANSITORIO.—
IRRETROACTIVIDAD.—Artículos 177 (antiguo) y 180 del Código Civil
(SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 1984).**

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don José Luis Albacar López, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley que interpone la demandada y apelante contra la Sentencia de la Sala 2.ª de la Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, confirmatoria de la del Juzgado de 1.ª Instancia número 3 de esa capital, que había declarado la nulidad del auto de declaración de herederos abintestato pronunciado por el Juzgado de 1.ª Instancia número 2 en cuanto contraviene la voluntad testamentariamente expresada por el causante padre adoptivo y que en cuanto a los bienes que rebasen el quinto que en tal herencia se asigna a la adoptada debe abrirse la sucesión intestada en favor de quienes resulten llamados como más próximos parientes de dicho causante, con la consiguiente nulidad de la adjudicación de los bienes efectuada a favor de la hija adoptiva en cuando excedan de la quinta parte del valor que tenían al causarse la sucesión, que deberían ser entregados a quien tenga derecho a ellos, en este caso los sobrinos del adoptante.

Los fundamentos de la sentencia son los siguientes:

Que promovida por don R. F. G. ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Valencia demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra doña A. F. M., con fecha 17 de febrero de 1982, recayó Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia, en la que, confirmando la dictada por el referido Juzgado el 15 de septiembre de 1980, se estimaba la demanda, sentencia contra la que se interpuso el presente recurso de casación por infracción de ley y en la que se sientan, entre otros, los siguientes hechos: A) Que «don M. F. D. otorgó, el día 3 de junio de 1966, testamento abierto en el que, en su cláusula 5.ª, instituye heredera a su hija adoptiva A. F. M. de una quinta parte de la herencia en nuda propiedad o pleno dominio en defecto de la usufructuaria, su esposa» (considerando segundo de la Sentencia del Juzgado, expresamente aceptada por la de la Audiencia); B) Que «el fallecimiento del causante se produjo en mayo de 1970 y la escritura de adopción se otorgó el año 1956».

Que el primer motivo del recurso se formula «al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Por infracción del párrafo último del artículo 6.º de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, infringido por el concepto de violación, ya que en las certificaciones aportadas en la demanda, de nacimientos y defunciones, no consta 'que en lo omitido no haya nada que amplíe, restrinja o modifique lo inserto', como exige tal precepto legal», motivo este que deberá ser rechazado, no sólo porque constituye una cuestión nueva, no planteada en la fase de alegaciones, por lo que, de acuerdo con una reiteradísima doctrina de esta Sala, dictada en interpretación del precepto del número 5 del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no haber sido debatida en el pleito, no puede ser objeto de casación, sino también porque refiriéndose a una materia meramente procesal, concretamente

a la existencia que el citado artículo 6.º de la Ley del Registro Civil hace en relación con las certificaciones del Registro Civil que no se refieran a todo el folio en las que ordena que se haga constar, bajo la responsabilidad del encargado del Registro, el extremo anteriormente reseñado, y habida cuenta que con ello se alude a una actividad probatoria, y, por ende, de contenido estrictamente procesal, es obvio que también a la norma que se cita como infringida habrá de concederse el mismo carácter procesal, por lo que, como tantas veces tiene declarado el Tribunal Supremo, su violación no puede alcanzar virtualidad suficiente para fundar en ella un recurso, como el presente, basado en infracción de ley.

Que tampoco podrá ser aceptado el motivo segundo, que denuncia infracción de la norma contenida en el párrafo 2.º del artículo 177 del Código Civil, en su redacción primitiva, en cuanto dicha norma, infringida por el concepto de violación, proclama el derecho del hijo adoptivo a «heredar al adoptante si éste se hubiere obligado en la escritura a instituirle heredero», en razón a que no consta acreditado que el adoptante hubiere contraído la obligación de instituir heredera a la hija adoptiva en una proporción superior a aquella en la que instituyó en su testamento, por lo que, no hallándose acreditado tal extremo, ni tampoco que se hubiera practicado la adaptación de la adopción a la nueva normativa que supuso la Ley de 1958, no cabe estimar infringido el precepto citado, debiendo decaer el motivo segundo.

Que, finalmente, el motivo tercero alega «infracción del párrafo último del artículo 180 del Código Civil en la redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, infringido por el concepto de violación por inaplicación de la norma que contiene referente a que en la sucesión intestada el hijo adoptivo es llamado inmediatamente después del cónyuge viudo con exclusión de colaterales», artículo este que el recurrente reputa aplicable de acuerdo con la disposición transitoria primera de la invocada Ley 11/1981, motivo este que, al igual que los anteriores, deberá ser desestimado, ya que, disponiéndose en la aludida norma transitoria, que «la filiación de las personas, así como los efectos que hayan de producir a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se regirá por ella, con independencia de la fecha de nacimiento y del momento en que la filiación haya quedado legalmente determinada» es indudable que limita la aplicación de la Ley tan sólo a los efectos que se hayan de producir a partir de la entrada en vigor de la misma, pero no a aquellos que hayan de producirse con anterioridad a ella, máxime cuando la disposición transitoria octava dispone que las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor tal Ley se regirán por la legislación anterior y, constando en el presente supuesto que la adopción tuvo efecto en 1956, el otorgamiento del testamento en 1966 y el fallecimiento del testador adoptante en 1970, momento este último, a partir del cual habrán de comenzar a sentir sus efectos los derechos hereditarios de la recurrente, es obvia la inaplicabilidad al supuesto que nos ocupa de la normativa del artículo 180, en su nueva redacción dada por la repetida Ley 11/1981, por lo que debe rechazarse este último motivo.

F. C. L.

*REDUCCION DE DONACIONES POR INOFICIOSAS EN NAVARRA.—
PRESCRIPCION DE LA ACCION.—SOCIEDAD FAMILIAR (SENTENCIA
DE 12 DE JULIO DE 1984).*

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Cecilio Serena Velloso, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelada contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona que revocó la del Juzgado de 1.ª Instancia de Vergara, conforme a las siguientes consideraciones:

Que en la demanda origen del juicio de que el presente recurso dimana, favor del hijo demandado, aunque quepa duda acerca de si la percepción al demandado su hermano de doble vínculo P., se le condene a éste «a restituir lo necesario hasta cubrir el valor que, por la legítima en las herencias de don J. E. y doña J. Z., corresponde a las demandantes»; quedando evidenciado con esta pretensión y con dejar invocadas en Derecho las disposiciones sobre donaciones, artículos 636, 654 y 655, 815, 818 a 821, 1.035 y 1.036, 1.047 y 1.048, todos del Código Civil, que la acción ejercitada es la de reducción de donaciones efectuadas por los padres en favor del hijo demandado, aunque quepa duda acerca de si la percepción de la legítima pretenden efectuarla sobre cuantas fincas fueron cedidas según los documentos aportados (vuelto del 59 a vuelto del 65) o sólo sobre el *donatum* constituido por aquellas que permanecen (o permanecían al tiempo de interponer la demanda) en poder del demandado.

Que la sentencia contra la cual se asesta el recurso, dictada por la Audiencia de Pamplona el 21 de octubre de 1982, aprecia la excepción de prescripción de la acción (expresamente opuesta por la parte demandada) por el transcurso del plazo de quince años del artículo 1.964 del Código Civil, aunque este plazo se cuente sólo desde o a partir del fallecimiento de la madre en el año 1964 (pues el padre había fallecido exactamente el 27 de julio de 1954); razonando a este propósito que la demanda se presentó (sin antecederle acto de conciliación, el cual tuvo efecto, pendiendo el juicio en segunda instancia, el 13 de octubre de 1982), el 26 de julio de 1979, no constando que —dentro del año 1964— el fallecimiento ocurriese, antes o después del 26 de julio, imprecisión que debe perjudicar a la parte demandante según el juicio de la Audiencia y no al demandado, pues éste alegó unos mayores plazos de prescripción, aplicables a otras clases de acciones.

Que identificada la acción ejercitada, sin discrepar de la naturaleza de la misma se articula contra el fallo estimatorio de la excepción de prescripción un único motivo, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interpretación errónea del artículo 1.965 del Código Civil; y debe ser desestimado este único motivo y el recurso que constituye, ya que A) el invocado artículo no concierne a la acción ciertamente ejercitada que se endereza a la reducción de las donaciones que perjudiquen a la legítima, pues indudablemente las del artículo invocado, tradicionalmente denominadas acciones mixtas, son las que tienen por objeto, netamente diferenciable del de aquélla, «pedir la

partición de la herencia (finalidad bien distinta de la de reducir o suprimir la liberalidad inoficiosa y siendo históricamente conocida, denominándola *actio familiae erciscundae*) y la división de la cosa tenida en común o el deslinde de las propiedades contiguas (*communi dividundo* y *finium regundorum*), las cuales tres son efectivamente imprescriptibles por la paladina previsión de la Ley fundada acaso en ser más bien facultades inherentes a los respectivos derechos y sujetas por ello al principio *in facultativis non datur prescriptio*; B) el plazo para la prescripción de la acción ciertamente ejercitada no es con seguridad el de quince años que la Audiencia le reconoce apoyándose en la generalidad del mismo, según los términos del artículo 1.964 («las personales que no tengan señalado término especial de prescripción»), cabiendo pensar en otro plazo menor, así el de un año del artículo 652 o acaso mejor el de cuatro años del 1.299 y más próximamente aún el de cinco años del 646, que contempla un supuesto semejante al caso litigioso y entre los que se aprecia identidad de razón, por lo que procedería su aplicación analógica (número 1 del artículo 4.º del Código Civil); tesis esta última que reforzaría el fundamento desestimatorio por hacer ya incuestionable a todas luces el efecto de la prescripción; pero es C) por razones aún más radicales que procede mantener el rechazo de la pretensión, ya que propiamente las combatidas no son donaciones puras en perjuicio de la legítima de las demandantes-recurrentes, sino que ofrecen la diferente naturaleza que les resulta de las escrituras que las instrumentan, pues, en efecto, con antecedente en una «sociedad o mancomunidad a uso del país» que fue constituida en la de 24 de abril de 1947 y disuelta en la de 7 de febrero de 1950 (folios 47 a 51), la de 17 de octubre de 1951 (59 a 67) evidencia, junto con la de 3 de febrero de 1959 (19 a 28), que las fincas no fueron donadas puramente, sino más bien aportadas por los causantes padres de los litigantes a otra sociedad familiar constituida en la escritura de 1951 la que se denomina «de constitución de sociedad familiar y donación» (vuelto del 59) y de la cual son estipulaciones, entre otras menos significativas, las de haber de convivir el matrimonio formado por los padres y el del donatario en el caserío Ergüin del barrio de Uribarri, trabajando todos los miembros en beneficio de la casa dentro de la medida de sus posibilidades, asistiéndose y ayudándose recíprocamente todos sus miembros tanto en salud como en enfermedad y achaques, alimentándose de las ganancias que obtengan, de las que sufragarán todos los gastos; llevándose la administración conjuntamente por el padre y el hijo; y bajo tal condición, o sea no interrumpiéndose la mancomunidad familiar pactada es como tuvo efecto la donación de la nuda propiedad de las fincas ahora reclamadas, constituyendo condiciones expresas las de vivir el donatario en el caserío familiar, ayudando y asistiendo a los padres hasta el fallecimiento; y, haciéndose constar que mientras no resulte de documento auténtico la separación de las partes de la sociedad familiar deberá entenderse subsistente ésta y en pleno vigor la donación realizada, se mantuvo ciertamente la convivencia durante los años 1952 a 1958 íntegramente, o sea por más de siete años completos y cuando, fallecido el padre el 27 de julio de 1954, se otorga la escritura de 3 de febrero de 1959 (rectificada en la de 30 de junio de 1959), es para dejar estipulado la madre que teniendo en cuenta el fallecimiento del marido y su avan-

zada edad y el tiempo transcurrido desde la donación, «da por cumplida la obligación de convivencia que su hijo don P. tenía con ella, para la plena efectividad de las donaciones realizadas en su favor»; siguiéndose que, de no aplicarse el artículo 622 sin distinción alguna, lo cual excluiría la conceptualización de donación y así claudicaría por su base toda pretensión de reducción o supresión, siempre se toparía con una donación impropia exigente de que se demostrara, en su caso, la medida en que lo donado excedía del gravamen, lo que ni siquiera se ha intentado.

F. C. L.

SUCESION EN TITULOS NOBILIARIOS.—LEGISLACION APLICABLE
(SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1984).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Jaime de Castro García, reitera la doctrina jurisprudencial consistente en que:

1.º El mejor derecho a la posesión de un título nobiliario debe discernirse acudiendo en primer término al acto soberano de su concesión y en segundo lugar se tendrán en cuenta las normas que regulan tradicionalmente en el ordenamiento patrio la sucesión a la Corona de Castilla, contenidas en la Ley segunda, Título XV de la Partida Segunda, la Ley 40 de Toro, que ha pasado a constituir la V del Título XVII, Libro X, de la Novísima Recopilación, y el artículo 60 de la Constitución política de 1876, que recoge las directrices del Derecho histórico, y como normativa más próxima ha de ser aplicado el artículo 5.º del Decreto de 4 de junio de 1948, conforme al cual «el orden de suceder en todas las dignidades nobiliarias se acomodará estrictamente a lo dispuesto en el Título de concesión y, en su defecto, al que tradicionalmente se ha seguido en esta materia» (Sentencias de 19 de noviembre de 1955, 1 de abril de 1959, 18 de febrero de 1960, 21 de abril y 20 de mayo de 1961, 4 de junio de 1963, 21 de mayo de 1964, 3 de octubre de 1980, 28 de noviembre de 1981 y 5 de noviembre de 1982), y, por lo tanto, otorgando el debido relieve a la citada disposición del Código alfonsino, según cuyos términos si hubieran fallecido los descendientes de los hijos y de las hijas del Rey «deve heredar el Reyno el mas propinco pariente que oviesse, seyendo om para ello, non aviendo fecho cosa porque lo deviesse perder», orientación ratificada por la Ley 5.ª, Título I del Libro III de la Novísima Recopilación, que defiende la sucesión al «proximior y mas cercano pariente del último reinante, sea varón o sea hembra»; lo que permite inferir que con arreglo a tal principio de propincuidad, tratándose de parientes colaterales que no entronquen con el fundador, no opera la representación sino la proximidad en el grado, tratándose de línea agnaticia o cognaticia, referida al último poseedor, presupuesto que es suficiente para que el título se transporte a línea secundaria cuando se extinguió o no ha existido la descendencia, solución mantenida por la Sentencia de 8 de marzo de 1919 y reiterada por las de 5 de julio de 1960, 16 de noviembre de 1961, 5 de

octubre de 1962, 4 de junio de 1963, 31 de diciembre de 1965, 29 de noviembre de 1967 y 14 de abril de 1984, a tenor de cuya doctrina, pues, cuando se han extinguido las líneas directas de sucesión del concesionario y de los demás poseedores legales del título, sólo importa la relación consanguínea con aquél, que es la base del Derecho, y la consaguinidad también con el último poseedor legal de la merced, cuya proximidad es la determinante del mejor Derecho, sin que se requiera que esas relaciones y parentescos provengan de una línea o de varias, y sin que tenga preferencia el entronque por la línea del padre sobre el de la línea de la madre, pues si bien cuando se trata de sucesiones en línea descendente opera la calidad de la línea y la mejor desplaza a la peor, en cambio ese criterio de preferencia lineal desaparece cuando se han extinguido aquellas líneas descendentes y se trata de determinar el derecho al título entre parientes colaterales del último poseedor que a la vez lo sean del primero, supuesto en el que sólo operan como criterios de preferencia, en primer lugar el grado o proximidad de parentesco, en segundo el sexo y en tercer lugar la edad, cuando el grado y el sexo no difieran, sin olvidar la importante nota de relatividad, propia de estos conflictos, pues la probanza del mejor Derecho no es menester que se demuestre frente a todos (poseedor «óptimo»), sino que ha de apreciarse en lo que concierne al reclamante y al actual poseedor (Sentencias de 5 de julio de 1960 y 2 de diciembre de 1965).

2.º Que tal posición jurisprudencial prescinde de los antecedentes de la legislación histórica referentes a los mayorazgos invocados de ordinario para postular la representación en la rama colateral, como son la Ley XL de Toro, que pasó a integrar la V, Título XVII de la Novísima Recopilación («... lo cual no solamente mandamos que se guarde y platique en la sucesión del mayorazgo a los ascendientes, pero aún la sucesión de los mayorazgos a los transversales...»), y la Real Pragmática de 5 de abril de 1615, en la que puede leerse: «declaramos y mandamos que en la sucesión de los mayorazgos, vínculos, patronazgos y aniversarios de que aquí en adelante se hicieren, así por ascendiente como por transversales o extraños..., se suceda por derecho de representación de los descendientes a los ascendientes en todos los casos, tiempos, líneas y personas... si no es que el fundador hubiera dispuesto lo contrario».

3.º Que, en consecuencia, constituyendo doctrina legal que inexistente o extinguida la línea descendente del fundador cesa el principio de representación y será deferida la merced al más propincuo pariente del último poseedor, han de prosperar los cinco primeros motivos del recurso, que, desde distintos ángulos, denuncian la infracción, bien por violación ora por interpretación errónea, de la citada Ley Segunda, Título XV, Partida Segunda, aplicable por la remisión efectuada en el artículo 1.º de la Ley de 4 de mayo de 1948, así como la vulneración del orden de suceder en la propincuidad y la doctrina sentada, entre otras, por las Sentencias de 8 de marzo de 1919, 5 de julio de 1960 y 6 de julio y 16 de noviembre de 1961.

F. C. L.