

III. Resoluciones y sentencias

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por FRANCISCO CASTRO LUCINI,
JOSÉ QUESADA SEGURA y
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

II. DERECHOS REALES

PROPIEDAD. ACCION DECLARATIVA. IDENTIFICACION DE LA FINCA (SENTENCIA DE 17 DE ENERO 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 parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo, revocatoria de la del Juzgado número 3 de Oviedo, por estimar que la finca estaba perfectamente identificada.

Manifiesta nuestro más Alto Tribunal que para la acción declarativa de propiedad se exigen los mismos requisitos esenciales que para la reivindicatoria, entre los que figuran la posesión de la cosa por el demandado o al menos una posición frente al dominio que lo haga dudoso o lo desconozca, y también la misma acción exige la prueba de la identidad de las fincas de que se trate, sin que interese la circunstancia de que el demandado esté poseyendo de hecho la cosa reclamada si no se solicita su entrega ejercitando la acción reivindicatoria. Siendo de la competencia del Tribunal de Instancia apreciar la identificación teniendo para ello presente todos los elementos aportados al pleito y la esencialidad o accidentalidad de las discrepancias que puedan existir en cada caso en cuanto a linderos, extensión y demás elementos que se hayan de tomar en cuenta.

PROPIEDAD. TERCERIA DE DOMINIO. EMBARGO POR DEBITOS A LA SEGURIDAD SOCIAL (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO 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 contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, revocatoria de la del Juzgado número 3 de Zaragoza, por la parte demandante y apelada, ya que, según el artículo 1.532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la tercería de dominio habrá de fundarse en el dominio de los bienes embargados al deudor, dominio que ha de corresponder al «tercero» que demanda; de donde deriva como esencial que antes de examinar el problema de la propiedad de los bienes embargados ha de indagarse acerca de si el demandante de tercería es propiamente «tercero», es decir, no es el deudor en este caso de las cuotas de la Seguridad Social que integraron el crédito a ejecutar; y de lo actuado deriva sin duda alguna que el recurrente carece de aquella condición de tercero por cuanto es el mismo deudor titular y representante legal de la empresa.

SERVIDUMBRE DE PASO. TERCERO CIVIL E HIPOTECARIO. BUENA FE (ARTS. 541 DEL CODIGO CIVIL Y 34 DE LA LEY HIPOTECARIA) (SENTENCIA DE 6 DE FEBRERO 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 la parte actora y apelante contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, confirmando la del Juzgado número 3 de esa ciudad conforme a la siguiente doctrina:

Que, sintéticamente expuestas, fueron circunstancias básicas del proceso, origen de este recurso, las siguientes: *a)* en pleito seguido por don R. S. F. contra los hermanos señores N. R. se dictó por la Audiencia Territorial de Sevilla sentencia definitiva en diecinueve de enero de mil novecientos setenta y uno, quedada firme por la del Tribunal Supremo de veintidós de octubre de mil novecientos setenta y uno, que desestimó el recurso de casación por quebrantamiento de forma contra ella interpuesta por dichos hermanos; *b)* en dicha resolución se declaró la existencia de una servidumbre de paso, con fundamento en el artículo quinientos cuarenta y uno del Código Civil, a favor de la finca del señor S. F., gravando la de los hermanos N. R.; *c)* estos hermanos venden, por escritura pública de diez de noviembre de mil novecientos setenta y uno, parte de su finca sirviente al señor A. G., quien la inscribe en el Registro de la Propiedad; *d)* éste intenta, compareciendo como tercero, suspender la ejecución de aquella sentencia, que restablecía o reconocía la servidumbre sin éxito por serle negada por el Juez, y la Audiencia, en apelación, su cualidad de tercero; *e)* finalmente, el señor A. G. interpone la demanda origen de este recurso, mediante acción negatoria de servidumbre, contra don R. S. F., titular del fundo dominante, quien opone la excepción de cosa juzgada (operada por

la Sentencia de Sevilla de diecinueve de enero de mil novecientos setenta y uno), que es admitida por el Juez de Primera Instancia en atención a lo dispuesto en el artículo mil doscientos cincuenta y dos del Código Civil y no ser tercero de esta clase el actor, sino parte por su condición de causahabiente de los hermanos N. R., dueños del fundo sirviente transmitido al señor A. G. con esa servidumbre según el fallo firme citado.

Que apelada la citada resolución de primer grado, la sentencia que hoy se recurre la confirma y funda su desestimación en dos conclusiones decisivas: a) no ser tercero civil el actor adquirente de la finca gravada; y b) no serlo tampoco hipotecario; lo primero por ser causahabiente de quienes ostentaban el dominio de la finca gravada con una servidumbre de paso, es decir, adquirente de la misma según su situación jurídica (artículos mil doscientos treinta y ocho, mil doscientos cincuenta y dos y mil doscientos cincuenta y siete del Código Civil), y lo segundo porque como subadquirente de un derecho real hipotecario —el dominio— aun sin constancia tabular de la servidumbre, no puede acogerse al beneficio de la fe pública registral por carecer de uno de los presupuestos esenciales que para ello exige el artículo treinta y cuatro de la Ley Hipotecaria, es decir, la buena fe (que en el caso sería el desconocimiento de la servidumbre de paso que gravaba la finca adquirida como situación jurídica extrarregistral), buena fe que aparece contradicha por la prueba que pormenorizadamente aprecia, en el sentido de que hubo sin duda una colusión, acuerdo o confabulación entre los titulares registrales transmitentes y el comprador (hoy recurrente) para, al amparo y cobertura del artículo treinta y cuatro citado, mediante la creación artificiosa de la figura del tercero hipotecario, eludir con esa compraventa aparente la existencia y eficacia jurídica de la citada servidumbre, gravamen que dichos transmitentes pretendieron eliminar anteriormente al oponerse a la demanda que el dueño del predio dominante, señor S. F. (al que demanda el hoy recurrente y es por tanto recurrido ahora), entabló para que dicha servidumbre se declarase existente, como así se hizo por la Sentencia de Sevilla de diecinueve de enero de mil novecientos setenta y uno, con la circunstancia añadida de que la compraventa, como se ha dicho, y su escritura pública lleva fecha de diez de noviembre de mil novecientos setenta y uno, es decir, a escasos días de la fecha de la Sentencia del Tribunal Supremo de veintidós de octubre de mil novecientos setenta y uno, confirmatoria de la de Sevilla, y que es la declaración judicial que se pretende eludir mediante la simulación que aprecia y sienta la sentencia hoy impugnada.

Que solamente y en hipótesis, de modo subsidiario y *ad abundantiam*, la sentencia recurrida añade para reafirmar aún más la denegación de la demanda de la doctrina de esta Sala relativa a la desaparición del requisito de la buena fe —integrante con otros de la condición de tercero hipotecario—, cuando la realidad extrarregistral sea tan nítidamente ostensible que por sí misma impida admitir que fuera desconocida por el pretendido tercero subadquirente, con cita de las sentencias, entre otras más antiguas, de siete de noviembre de mil novecientos once, tres de enero de mil novecientos trece, seis de abril de mil novecientos cuarenta y seis, veintitrés de enero de mil novecientos setenta y dos y dieciséis de abril de mil novecientos sesenta y tres, realidad extrarregistral que ha de prevalecer frente a la que el Registro incorrectamente proclama.

Que los motivos primero, tercero, cuarto y quinto del recurso se refieren

a la inaplicación e interpretación errónea, bien de los artículos treinta y dos y treinta y cuatro de la Ley Hipotecaria, ora del artículo seiscientos seis del Código Civil, pero con una incidencia en el fondo común de sus razonamientos, cual es la prevalencia de la inscripción registral y la concurrencia de buena fe en el señor A. G. como adquirente y acreedor al beneficio de la fe pública registral como tercero hipotecario prefigurado en el artículo treinta y cuatro de la Ley, con fundamento en la presunción que la propia Ley establece, mas con olvido —lo que conlleva su desestimación— de que ese concepto de buena fe deriva de una situación de hecho que, aunque personal y subjetiva (creencia, desconocimiento: confianza en la titulación registral; ignorancia de la realidad extrarregistral), es en todo caso sólo discriminable por el juzgador mediante la apreciación de la prueba, con todo lo que ello implica de convencimiento o convicción en armonía, ciertamente, con los datos o elementos probatorios que se le hayan proporcionado mediante su análisis razonable y ponderado, lo que a su vez entraña que únicamente podrá ser desvirtuada aquella apreciación judicial a través de la demostración probatoria contraria a cargo del recurrente y por la vía adecuada, pues en tanto no se haga así siempre quedarán los motivos del recurso como otra apreciación sujeta a la subjetividad de la parte, respetable, pero sin más consecuencias mientras la judicial no sea enervada, cosa que no se consigue, por lo demás, con la articulación del motivo segundo, que intenta demostrar la concurrencia del error de derecho (al amparo del número séptimo, artículo mil seiscientos noventa y dos) en la apreciación de las pruebas, pero citando a tal efecto la infracción del artículo treinta y cuatro, segundo, de la Ley Hipotecaria, sin parar mientes en el carácter meramente sustantivo y definitorio de la norma que cita, relativa a la presunción legal, pero *iuris tantum*, de la buena fe, que en rigor no establece una regla valorativa de la prueba, sino una presunción susceptible de prueba en contrario, que es justamente lo operado y estimado judicialmente y lo no contraprobado o contradicho por el recurrente, es decir, la existencia en él de mala fe en el sentido de conocer la realidad extrarregistral, como con todo detalle se razona en la sentencia recurrida, relativamente a la connivencia entre aquél y los vendedores de la finca gravada, quienes de consuno y a sabiendas operan la transmisión con el fin de adquirir la condición de tercero, apreciación que en modo alguno aparece destruida y que por ello ha de mantenerse de acuerdo con la reiterada doctrina de esta Sala (Sentencias de veintitrés de febrero de mil novecientos cincuenta y uno, veintinueve de marzo de mil novecientos sesenta, veintidós de diciembre de mil novecientos sesenta y uno, siete de diciembre de mil novecientos sesenta y tres, etc.) respecto a que la determinación de la buena o mala fe del adquirente es una cuestión de hecho cuya apreciación y decisión compete al Tribunal de Instancia salvo error patente por éste sufrido, y de lo que resulta que el juzgador puede, pese a la presunción legitimadora del Registro y de la presunción legal sobre la buena fe, declarar la existencia de la situación subjetiva contraria.

PROPIEDAD. ACCION REIVINDICATORIA. PROCEDENCIA. IDENTIDAD DE LA FINCA (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1984).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José María Gómez de la Bárcena 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 Zaragoza, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia de Fraga, por cuanto ambos juzgadores que el resultado que ofrece la prueba practicada cumplidamente acredita y corrobora los requisitos jurisprudencialmente exigidos por la doctrina reiterada de esta Sala en orden a la titularidad dominical de la accionante, la identificación de la finca y la ocupación por los interpelados sin título que les legitime para ello.

COMUNIDAD DE PASTOS. DIFERENCIAS ENTRE COMUNIDAD Y SERVIDUMBRE DE PASTOS. ARTICULOS 392, 394, 600, 601 Y 602 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1984).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Mariano Fernández Martín-Granizo, 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 Burgos, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia de Lerma conforme a las siguientes consideraciones:

Pueden sentarse como hechos probados, al estar reconocidos por ambas partes contendientes o no haber sido refutados en forma: A) La identificación de la finca litigiosa. B) La circunstancia de que la misma se encuentra rodeada de otras particulares pertenecientes a los vecinos de C. de C. C) La existencia de abundante documentación que cronológicamente tiene su comienzo en una sentencia «arbitral» de diez de julio de mil quinientos cincuenta y dos, ratificada por otra «de rebista» de mil setecientos ochenta y dos, que acreditan la existencia desde tiempo inmemorial de un aprovechamiento común de pastos en referida finca.

Que contra la resolución dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos se formuló este recurso, integrado por tres motivaciones, de las cuales la tercera se articula por vía del ordinal tercero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Ritos, al entender el Ayuntamiento de S. M. del M. que la sentencia impugnada es incongruente por otorgar su fallo más de lo pedido y no contener declaración sobre la pretensión de dominio de ambos pueblos contendientes sobre la finca en cuestión, como se interesaba por la actora.

Que el motivo está condenado al fracaso por diversas razones, entre las cuales, y como de índole exclusivamente formal, aparece que en el mismo se omite toda referencia tanto al artículo trescientos cincuenta y nueve de la Ley Procesal como al concepto en que el mismo pueda haber sido infringido, requisitos ambos de esencial mención en la casación según tiene manifestado con insistencia esta Sala (Sentencias de diez de abril y tres de julio de mil novecientos ochenta y uno y seis de abril de mil novecientos

ochenta y tres, así como autos de treinta y uno de octubre de mil novecientos setenta y nueve y veintidós de enero, veintidós de abril, veintitrés de junio, diecisiete de septiembre y quince de octubre de mil novecientos ochenta).

Que el perecimiento del citado motivo radica, además, en la inexactitud de su fundamentación, toda vez que en la súplica del escrito de demanda se contienen dos peticiones: *la principal*, que ofrece a su vez al juzgador una doble alternativa: la declaración de propiedad en favor del Ayuntamiento de C. de C. de la parcela objeto de discusión, o en otro caso la de copropiedad de la misma respecto de ambos Municipios, y *la subsidiaria*, en que se solicitaba la declaración de existencia de una mancomunidad o comunidad de pastos, que es precisamente sobre la que se han pronunciado las dos sentencias, con lo cual se ha resuelto, y muy cumplidamente por cierto, con el requisito de la congruencia.

Ahora el segundo motivo de examen previo al primero por razón de su contenido, dado que él, aun cuando con base en el ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Rituaria, se alega que la sentencia impugnada infringe el artículo seiscientos uno del Código Civil «por aplicación indebida, aunque tácita, en cuanto al artículo pero expresa en cuanto a la jurisprudencia», es lo cierto que al citar como vulnerado dicho precepto, lo que se está realmente ofreciendo a la ponderación de este Tribunal es una cuestión de competencia jurisdiccional que ha de ser resuelta previamente a cualesquiera otra, salvo la relativa a la incongruencia ya examinada; igualmente se reprocha en este motivo al juzgador de apelación la calificación de condominio romano o de comunidad germánica que del terreno en cuestión hace, ya que para el Ayuntamiento recurrente se trata de una servidumbre en todo caso.

Que el mismo resultado adverso de los preceptos corresponde a este motivo, en primer lugar y conforme a una adecuada técnica de casación, por concurrir en él, cual acontecía con el tercero, diversos defectos de carácter formal, toda vez que: I) En este extraordinario recurso únicamente puede alegarse la infracción de normas claras, patentes, expresas y no cual aquí se hace la aplicación indebida *tácita* del artículo seiscientos uno del Código Civil. II) A su vez, y como se ha ya indicado, el Ayuntamiento recurrente lo que está realmente haciendo en este motivo es denunciar una posible falta de competencia jurisdiccional, en cuanto —dice— si lo que se declarare en la resolución impugnada es la existencia de una mancomunidad de pastos al entrar en juego el precepto que se estima infringido la competencia para conocer del tema correspondería a otra jurisdicción; por ello el Municipio impugnante debió proponer la cuestión por el cauce del ordinal sexto del artículo mil seiscientos noventa y dos en lugar de por el primero, como ha hecho.

Que adentrándose más en un tema que como el de la competencia jurisdiccional, aun cuando no propuesto a lo largo de la litis es de obligado examen por los Tribunales, incluso *ex officio*, ha de insistirse en la desestimación del motivo, toda vez que el espinoso problema planteado por los artículos seiscientos a seiscientos dos del Código Civil, en orden a la distinción entre «servidumbres» y «comunidades» de pastos y leñas, respecto del cual y durante mucho tiempo la doctrina de esta Sala no ha mantenido criterios constantes, comienza a resolverse con la Sentencia de dos de febrero de mil novecientos cincuenta y cuatro, que señala como nota distin-

tiva entre ambas figuras el hecho de que la titularidad dominical del predio o finca en cuestión pertenezca a uno o varios de los interesados en su aprovechamiento o a la totalidad de quienes se reúnen para disfrutarlas comunitariamente, apareciendo en el primero de estos casos la figura de la «servidumbre» y en el segundo la de la «mancomunidad», ya que hay un dominio compartido por todos los interesados sobre cosa propia e indivisible, cual acontece en este caso.

Que al hacer las indicaciones contenidas en este motivo y alegar la infracción del artículo seiscientos uno del Código Civil, olvida el Ayuntamiento recurrente algo fundamental: que la doctrina jurisprudencial ha delimitado ya claramente el marco de la competencia de las autoridades administrativas en lo que a esta materia se refiere, estableciendo a tales efectos que la esfera de actividad de aquéllas viene exclusivamente referida a la posesión de hecho y de disfrute de los partícipes y no afecta, no a las cuestiones que puedan implicar alteración de la posesión ni tampoco a la declaración de derechos, que es precisamente lo que aquí se discute (auto de veinte de abril de mil novecientos quince y Sentencias de nueve de enero de mil novecientos veinte y doce de julio de mil novecientos ochenta y dos).

Que el primer motivo, formulado con apoyo en el mismo número y precepto que el anterior, acusa aplicación indebida de los artículos trescientos noventa y dos y trescientos noventa y cuatro del Código Civil y de la jurisprudencia interpretativa de los mismos, ya que —dice— «no se aprecia en los autos el derecho de la comunidad de bienes de tipo romano ni de ningún otro tipo»; esta motivación ha de ser también desestimada: 1) Porque prescindiendo de la afirmación que se dice hecha por la Sala de que se trata de una comunidad romana, inexacta porque la resolución impugnada la califica de germánica o en mano común, y prescindiendo también de la incierta afirmación de que la Audiencia «hace suya» la sentencia del Juez, ya que lo en realidad declarado es que se aceptan sus considerandos únicamente «en cuanto no se opongan a los de esta resolución», es lo cierto que el Ayuntamiento de S. M. del M. lo que intenta es hacer caso omiso de las declaraciones del Tribunal de apelación en cuanto a la valoración de la prueba practicada, entre las cuales destaca la del segundo considerando, en orden a estimar la existencia de la mancomunidad de pastos por ser «firme convicción a la que llega esta Sala después de examinar y valorar toda la prueba ofrecida y practicada en autos y de manera especial la muy cumplida y excepcional, por su antigüedad, documental aportada con la demanda constituida por las Reales Cartas Ejecutorias de la Cancillería de Valladolid de dieciocho de septiembre de mil setecientos ochenta y quince de diciembre de mil setecientos ochenta y tres», razón por la cual la roturación realizada por el Ayuntamiento demandado, que es causa inmediata de este proceso, «constituye una manifiesta violación de la constituida comunidad por cuanto deja privado al Ayuntamiento demandante y a sus vecinos del legítimo derecho de pastos que tenían adquirido desde tiempo inmemorial».

PROPIEDAD HORIZONTAL. OBRAS EN ELEMENTOS COMUNES (SENTENCIA DE 20 DE MARZO DE 1984).

La comunidad de propietarios de la casa número 3 de la calle Hermanos B., en la ciudad de S., interpone demanda contra los propietarios de un local y la entidad arrendataria del mismo, que había realizado obras en el patio común, cuyo uso exclusivo la correspondía según los estatutos, solicitando que se condene a los demandados al derribo de las obras de cobertura del patio de luces en cuestión y desmonten los aparatos de captación y extracción de aire instalados en el mismo, dejando el patio en el mismo estado y ser que tenía antes de llevarse a efecto las obras.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Salamanca estimó la demanda y condenó a los demandados a desmontar las casetas instaladas en el patio y terraza del edificio y dejar el patio y terraza en el mismo estado en que se encontraban antes de levantar las casetas, sentencia que fue confirmada por la de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid.

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 apelante conforme a las siguientes consideraciones:

Que el motivo primero del recurso, al amparo del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error de hecho en la apreciación de las pruebas que resulta de documento auténtico; señalando al efecto, de reputarlo documento auténtico, el acta de la prueba de reconocimiento judicial o inspección personal del Juez, obrante al folio doscientos setenta y ocho del juicio de que el presente recurso dimana, concretando que en dicho lugar se consigna que «observados otros patios pertenecientes a la casa objeto de este reconocimiento, se observa que todos ellos están cubiertos con trabajo de albañilería y con baldosín rojo, existiendo en alguno claraboyas fijas cubiertas por cristales», lo cual, según este motivo, significa tanto como incidir en error de hecho, confundiendo «una obra nueva que modificara la constitución de un patio común, privando a la comunidad del espacio comprendido entre el suelo y la cubierta, con las obras de acondicionamiento» indispensables para el uso del local; alegación manifiestamente débil, ya que: A) A partir de la afirmación de ser el patio elemento común del edificio y corresponder al titular del local «el uso exclusivo y no la propiedad», según se ha comprobado largamente, es obvio que carecía dicho titular propietario y no podía consiguientemente autorizar a su arrendatario para la obra cuyas características también se han recordado prolijamente, y por las cuales, como acertadamente entendió la Sala de instancia, se dispone de un elemento ajeno por pertenecer el mismo a la copropiedad y ésta a todos (y no sólo al disponente) los dueños de pisos o locales, según el artículo tercero de la Ley cuarenta y nueve/mil novecientos sesenta, de veintinueve de julio, sobre Propiedad Horizontal; excediéndose las facultades reconocidas a los propietarios de cada piso o local, según el séptimo, por alterar la estructura general del inmueble, su configuración o estado exteriores y afectar así al título constitutivo, conforme al once, por lo cual debió ir precedida la obra, de acuerdo adoptado en junta de propietarios,

con sujeción a la norma de la unanimidad prevenida en el dieciséis, sin que el dato en que el motivo se funda de estar cubiertos con obra otros patios sea determinante si el litigioso sigue siendo elemento común y la obra no aparece autorizada a tal punto que ni siquiera se tiene alegada la existencia de la indispensable autorización. B) Aparte lo cual, tiene que recordarse que, según constante doctrina de esta Sala, que por lo reiterada es ocioso circunstanciarla, el documento auténtico a que se hace referencia en el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos (como único elemento probatorio apto para alterar el *factum* de la sentencia de instancia que por regla general escapa del control de este extraordinario recurso de casación) no coincide con el acta de la prueba de reconocimiento judicial (artículos seiscientos treinta y tres a seiscientos treinta y seis de la Ley de Enjuiciamiento Civil) o de inspección personal del Juez (mil doscientos cuarenta y mil doscientos cuarenta y uno del Código Civil), la cual no es documento auténtico ni siquiera en cuanto recoja, por la directa percepción sensorial del Juez que la practique, «las exterioridades de la cosa inspeccionada», a que se refiere el citado artículo mil doscientos cuarenta del Código Civil (Sentencia, entre las últimas, de veintisiete de febrero de mil novecientos ochenta y cuatro); debiendo, desde otro punto de vista, ser literosuficiente, o lo que es igual, ha de revestir tal eficacia demostrativa que la simple lectura de su texto, sin necesidad de aclaraciones interpretativas, ni operaciones deductivas, ni analogías, ni hipótesis, patentice la equivocación del juzgador de modo irrefutable y desde el literal contraste o confrontación entre el contenido del documento y el hecho que declaró probado (improcedentemente por la existencia del documento) el juzgador de la instancia.

Que el segundo de los motivos del recurso, por el cauce del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción (sin expresar el concepto de la misma, por lo cual incide en la causa de inadmisión, y ahora en la corriente fase de decisión, causa de desestimación, cuarta del mil setecientos veintitrés, en relación con el mil setecientos veinte) de los artículos cuatrocientos treinta y uno, cuatrocientos treinta y dos y cuatrocientos ochenta del Código Civil; preceptos de contenido heterogéneo que al invocarse dentro de un mismo motivo significan otro defecto procesal por oponerse esa yuxtaposición a la «precisión y claridad» exigidas, además del concepto de la infracción, en el ya citado artículo mil setecientos veinte de la Ley de Enjuiciamiento Civil; pero superando planteamiento tan defectuoso desde el punto de vista formal, tampoco merecería estimación este motivo en cuanto que no ofrece relación alguna el contenido de los artículos con los fundamentos de hecho de la demanda, pues, en efecto, no se pone en duda que la posesión se puede tener por medio de otra persona (cuatrocientos treinta y uno) ni que la posesión puede tenerse no sólo en el concepto de dueño, sino en el de tenedor de la cosa o derecho para poseerlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona (cuatrocientos treinta y dos), ni que, consiguientemente, el arrendatario sea poseedor y pueda estar autorizado por el arrendador para efectuar obras de acondicionamiento del local; pero todo ello no conlleva que desde el local arrendado, y con ocasión de las obras de acondicionamiento del mismo, debidamente autorizadas por el arrendador, se disponga de un elemento común del inmueble sobre el cual

el arrendador no tiene otro derecho que el de uso, perteneciendo el dominio a la comunidad, que es lo sucedido; sin que se descubra el sentido de invocarse asimismo el artículo cuatrocientos ochenta, relativo al derecho real de usufructo, que no puede confundirse en modo alguno con el derecho de usar del patio que corresponde al titular del local según los términos antes ampliamente consignados de la escritura de constitución de la división horizontal (derecho que ciertamente fue cedido isegregablemente con el local, y por el concepto de arrendamiento, por los titulares de la propiedad al C.); pues siendo derecho de uso, por formar parte del «Estatuto Privativo», contenido en el «título constitutivo» (párrafo tercero del artículo quinto de la Ley de Propiedad Horizontal) de cierta sustancia real al poder perjudicar a tercero si se halla inscrito en el Registro de la Propiedad, y a diferencia de las normas de régimen interior objeto del artículo sexto y pensadas por el legislador para sólo regular los detalles de la convivencia y la adecuada utilización de los elementos y servicios comunes, con índole puramente obligacional, de existencia por tanto eventual como potestativa que es, pero, con todo, no autoriza aquel derecho más allá de la mera utilización del patio común y conforme a los términos del «título constitutivo», notoriamente excedidos con la obra ejecutada por el ente arrendatario; pues, en efecto, se trata de un «patio de luces» (en el sentido de las Sentencias de esta Sala de dieciséis de marzo de mil novecientos setenta y dos, treinta de diciembre de diciembre de mil novecientos setenta y cinco y dos de enero de mil novecientos ochenta, entre otras), o sea, de uno más de los elementos necesarios, y por ello comunes, para el adecuado uso y disfrute de los diferentes pisos y locales (párrafo primero del artículo trescientos noventa y seis del Código Civil) y abarcado por la copropiedad atribuida a los titulares de éstos (apartado *b*) del artículo tercero de la Ley de Propiedad Horizontal); viniendo los patios de la clase expresada destinados a darles luz y aire a los pisos y locales, y no pudiendo, consiguientemente, el titular del local a que esté atribuido el derecho de uso ejecutar obras en el mismo sin acuerdo previo unánime de la Junta conforme a los textos legales antes recordados (Sentencias de treinta de junio de mil novecientos sesenta y siete y veintiuno de mayo de mil novecientos setenta); y aun parando la atención muy especialmente en la facultad de usar el patio en exclusiva, pero claramente se le adjetiva al patio llamándole «descubierto» y separando tal uso del derecho de propiedad, expresamente atribuido este último a la comunidad: supuesto análogo (cuando menos) al que contempló la Sentencia de esta Sala de dos de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro al sentar la doctrina de que la «exclusividad» del uso y disfrute se limita al patio descubierto, que ha de conservar «su carácter de tal» y su «peculiar destino», sin que autorice utilizaciones y disfrutes que reduzcan siquiera la extensión descubierta.

PROPIEDAD. TERCERA DE DOMINIO (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1984).

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 el actor y apelante contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmando la del Juzgado de Primera Instancia número 11 de esta capital, teniendo en cuenta que al implicar la acción real de tercera de dominio el ejercicio de una acción reivindicatoria, la doctrina de esta Sala proclama el cumplimiento por el actor de los presupuestos de identificación de la cosa cuya reivindicación se pretende, el dominio sobre la misma, la eficacia del título que la ampara y la concreción de la perturbación y de quien la provoca; y no ha resultado probado el dominio del actor sobre los bienes reivindicados.

PROPIEDAD HORIZONTAL. ELEMENTOS COMUNES Y PRIVATIVOS (SENTENCIA DE 9 DE ABRIL DE 1984).

La comunidad de propietarios de un inmueble demanda a la que fue dueña de todo el edificio, y que tras constituirlo en régimen de propiedad horizontal lo vendió por pisos y locales, a fin de que se declare ser elemento común, y por tanto pertenecer a la comunidad de propietarios, la vivienda sita en la planta baja ocupada por la portera que tenía la propiedad, a lo que se opone la demandada por vía reconvencional, pidiendo se declare ser de su exclusiva propiedad tal vivienda, no obstante haber sido destinada a portería, la cual se inscribió a su nombre bajo número independiente con su cuota correspondiente en el Registro de la Propiedad.

El Juzgado de Primera Instancia número 11 de Madrid estimó la demanda y declaró que la portería era elemento común, debiendo anularse la inscripción registral realizada a favor de la demandada. Por contra, la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid revocó la del Juzgado declarando ser de propiedad plena y exclusiva de la demandada el piso objeto del litigio.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora y apelante conforme a las siguientes consideraciones:

Que admitiendo la comunidad de propietarios recurrente que la acción por ella ejercitada es la reivindicatoria de la finca número cuatro o piso bajo de la casa situada en esta capital, en la calle del A. S. de B., número cuatro, edificio constituido en régimen de propiedad horizontal a virtud de la oportuna escritura pública de veinticinco de mayo de mil novecientos setenta y seis, contra los concisos razonamientos de la sentencia recurrida, según los que la referida comunidad actora no acreditó su dominio sobre la finca independiente en cuestión, así como no solicitó en el escrito de demanda la nulidad de la mencionada escritura, accediendo, por el contrario, a la pretensión reconvencional de la propiedad de la repetida finca número cuatro ejercitada por la demandada, se alzan los nueve motivos del recurso, adquiriendo particular relieve en este trámite casacional, con la necesi-

dad de su análisis prioritario, el motivo noveno, habida cuenta de que, amparado en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción, por aplicación indebida, de la doctrina legal relativa a la exigencia de solicitar por el reivindicante la nulidad del título del demandado.

Que, en efecto, la demandada en las presentes actuaciones, hoy recurrida, ostenta el título de dominio, de indudable relevancia, que representa la escritura pública de veinticinco de mayo de mil novecientos setenta y seis de división horizontal del edificio donde radica la finca número cuatro, objeto de la litis, en cuanto como única propietaria del inmueble dividido se el atribuyó su propiedad, llevándose a efecto la constitución del inmueble en régimen de propiedad horizontal con observancia de los requisitos que la Ley especial sobre la materia de veintiuno de julio de mil novecientos sesenta establece en su artículo quinto, con lo que es obvio que el título de la aquí demandada, definidor de su dominio sobre la cosa objeto de la reivindicación, afecta no sólo al interés singular de la misma, sino también al de la totalidad de los propietarios de los diversos pisos o locales en que el edificio se dividió, lo que determina que toda petición orientada, mediante el ejercicio judicial de la acción oportuna, a contradecir la virtualidad o eficacia del título de uno de los propietarios singulares, con la consecuencia que se pretende en el caso de la controversia de eliminar el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente y al que se fijó su cuota de participación, convirtiéndolo en un elemento común por afectar al título constitutivo de la propiedad, requiera actuarse con observancia de los requisitos que al efecto establece la preceptiva contenida en la norma primera del artículo dieciséis de la Ley sobre Propiedad Horizontal, norma legal de derecho necesario, cuya aplicación exigía la ineludible postulación y era presupuesto indispensable para el éxito de la pretensión que se articula en el sentido de que se declare que una finca descrita como de propiedad singular en el título constitutivo es un elemento común del inmueble donde radica.

Que en razón a lo argumentado, la sentencia recurrida, al establecer como uno de los presupuestos de su fallo desestimatorio de la demanda la de haberse admitido en ella petición de nulidad del título constitutivo del edificio donde radica la finca objeto de la pretensión actora en régimen de propiedad horizontal, no hizo aplicación indebida de la doctrina legal que sanciona la exigencia de tal petición de nulidad, pues aunque es cierto, como se argumenta en el recurso, que la doctrina legal expuesta, según también reiterada jurisprudencia de esta Sala, admite excepciones cuando el título del demandante es inferior al del demandado, cuando se derivan de documentos independientes entre sí o se discuten cuestiones de preferencia o no son contradictorios los títulos, no lo es menos que en el caso de la litis no concurren ninguna de dichas circunstancias, y con particular relieve la de que el reconocimiento de la virtualidad y eficacia del título aducido por la Comunidad actora pueda ser determinante de manera implícita de la nulidad del título de la demandada, pues este último título, al referirse a finca integrada en el régimen de la propiedad horizontal, requiere ser desvirtuado mediante pretensión concreta deducida con observancia de las normas legales a que se ha hecho mérito en el razonamiento que antecede, sin que sea obstáculo para ello lo que con carencia de fun-

damento argumentó la parte demandada en su escrito de contestación a la demanda, en el sentido de que nunca podría lograrse la unanimidad requerida por la norma primera del artículo dieciséis de la Ley de Propiedad Horizontal, pues tal unanimidad hay que entenderla en caso de litigio, cuando concuren a él, personalmente o representados, todos los propietarios, ya lo sean en concepto de demandantes o de demandados, discutiendo la reforma del título constitutivo, que, en su caso, ha de sancionar el órgano jurisdiccional, a lo que no es ocioso añadir en relación al tema de la nulidad del título de la demandada, en el caso concreto que nos ocupa, que tal nulidad, en lo referente al título constitutivo en régimen de propiedad horizontal, puede ser parcial, y en lo que hace relación a la integridad del mencionado título, simplemente rectificadora en lo que el mismo quede afectado por la referida nulidad parcial, y sin que ello signifique, por consiguiente, que la Comunidad actora postule la nulidad del título que le legitima para actuar, al derivar del mismo su derecho.

Que por lo expuesto decae el motivo noveno del recurso y, por consiguiente, es válida la afirmación de la sentencia recurrida en orden a la necesidad, para que las pretensiones ejercitadas por la actora pudieran prosperar, de que se hubiera solicitado la nulidad del título de la demandada, lo que al ser soporte suficiente para el mantenimiento del fallo desestimatorio de la demanda, hace que sea innecesario el análisis de los restantes motivos del recurso en lo que están orientados a denunciar infracciones afectantes a la acción ejercitada por la actora, que, en su caso, hubieran podido determinar la casación de la sentencia recurrida; mas como tales motivos, en razón a la interdependencia entre lo que es materia de la demanda y objeto de la reconvención, puede determinar la procedencia o improcedencia de la acogida de ésta, se impone el análisis de los mismos, aunque concretado al extremo en que se combate el fallo de la resolución impugnada estimatorio de la referida reconvención.

Que el principal tema que plantea el recurso, en orden a la impugnación de la demanda reconvencional, radica en la calificación de la finca número cuatro del título constitutivo del edificio en régimen de propiedad horizontal como elemento común, tesis de la Comunidad actora, aquí recurrente, que había de hallar su ineludible soporte fáctico en los motivos primero y segundo del recurso, en los que, por la vía del ordinal séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa, respectivamente, error de derecho en la apreciación de la prueba, «al no tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo mil doscientos treinta y dos del Código Civil», y error de hecho en la misma apreciación probatoria, motivos cuyo rechazo se impone, por cuanto: a) de lo confesado judicialmente por la demandada en orden a que en el edificio antes de su constitución en régimen de propiedad horizontal existía portera con derecho a vivienda, radicada precisamente en la que después fue finca número cuatro, y que tal situación continuó ya constituida la propiedad horizontal, y enajenados los diversos pisos y locales del edificio, no se deduce que al transmitir aquéllos, la mencionada finca número cuatro se integrara en tales transmisiones como elemento común del inmueble, ni significa por parte de la demandada un reconocimiento de que así fuera, siendo la única consecuencia que podría ser dable extraer de lo confesado la de que ello originara el hecho base para establecer una presunción en el sentido pretendido por la parte recurrente, pero sin poder darle, sin más, el sig-

nificado de que entrañaba un reconocimiento de lo que no se admitió, y b) el documento supuestamente auténtico que se señala en el motivo segundo como demostrativo del error de hecho en la apreciación de la prueba, carece de la calidad de tal, al referirse únicamente a la oferta hecha a todos los inquilinos del inmueble, de venta en régimen de propiedad horizontal de sus respectivas viviendas, lo que no implicaba, sin necesidad de deducciones, analogías, interpretaciones o hipótesis, que en tal oferta se comprendiera, como obligación de la propietaria, la de integrar en el título constitutivo de la proyectada propiedad horizontal, la vivienda que a la sazón ocupaba la portera del edificio, como elemento común.

Que la desestimación de los motivos primero y segundo del recurso acarrea la repulsa de los articulados como tercero, cuarto, quinto, sexto y octavo del mismo, pues todos ellos, deducidos por el cauce del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando la violación del artículo trescientos noventa y seis, párrafo primero, del Código Civil —motivos tercero y cuarto—, de la doctrina legal relativa a la necesidad de acreditar el dominio del actor sobre la finca reivindicada —motivo quinto—; la violación del artículo mil doscientos ochenta y dos del Código Civil —motivo sexto—, y la violación del párrafo segundo del artículo seiscientos nueve del Código Civil —motivo octavo—, sólo podrían tener virtualidad a efectos del rechazo de la demanda reconventional, si se hubiera estimado, con la acogida de los motivos primero y segundo, que la finca número cuatro era un elemento común del edificio y como tal fue transmitido al procederse a la venta, en régimen de propiedad horizontal, de los diversos pisos o locales integrados en el mismo, siendo de resaltar que la demandada era propietaria de la totalidad del edificio al constituir el mismo en régimen de propiedad horizontal, correspondiéndole, en su consecuencia, el de los pisos y locales en que se dividió, no transmitiéndole, por tanto, el dominio de éstos el título por el que el inmueble se constituyó en tal régimen, es decir, que la propiedad de la demandada sobre el espacio delimitado, que después se describe como finca número cuatro, es anterior al referido título constitutivo, así como la posesión de la misma con carácter mediato o inmediato, aparte de que entender lo contrario llevaría a la consecuencia absurda de que un título constitutivo en régimen de propiedad horizontal no es hábil para que el propietario de todos los pisos o locales integrados en el edificio transmita la propiedad de los mismos con la virtualidad necesaria —título y tradición— de originar el dominio en los adquirentes.

Que en el motivo séptimo del recurso, último que resta por analizar, por el cauce del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción, por no aplicación, del párrafo primero del artículo séptimo del Código Civil, por entender la Comunidad recurrente que la demandada no había ejercitado el derecho deducido mediante la acción reconventional conforme a las exigencias de la buena fe, motivo cuyo rechazo impone la doble consideración de que, de una parte, carece de base fáctica que haga permisible una apreciación de mala fe, y de otra, que, como consta en las copias autorizadas de escrituras públicas unidas a las actuaciones originales, los compradores de pisos y locales declararon conocer y se sometieron al régimen de Comunidad por la que se regía la casa de que formaban parte las fincas que, respectivamente, adquirirían, régimen que no era otro que el constante en

la escritura de división horizontal de veinticinco de mayo de mil novecientos setenta y seis.

**PROPIEDAD HORIZONTAL. ELEMENTOS COMUNES Y PRIVATIVOS.
FALTA DE TÍTULO JUSTIFICATIVO DEL DOMINIO (SENTENCIA DE 4 DE
MAYO DE 1984).**

La Comunidad de unos bloques de viviendas demanda a la Caja de Ahorros de Huelva para que reconozca es elemento común el resto del solar no edificado (3.036 metros cuadrados aproximadamente) destinado a urbanización de jardines y zonas de aparcamiento y, en consecuencia, insta se decrete la nulidad de la venta realizada de parte de dicha zona por la Caja a unos particulares, compradores de un local al que da frente la zona que se reivindica por la Comunidad de propietarios.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Huelva estimó la demanda, pero la sentencia de la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla revocó la del Juzgado.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley por la parte actora y apelada, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José María de la Bárcena y López, declara no haber lugar al mismo por los siguientes razonamientos:

Que al resolver la sentencia impugnada sobre la cuestión de fondo controvertida, acción declarativa de dominio postulada por la parte actora, literalmente establece que dicha parte «no ha aportado los títulos justificativos de dominio, pues no tiene tal carácter la escritura obrante a los folios 3 a 37, ya que la misma es de simple división horizontal, y su contenido está poniendo de relieve que lo postulado en la demanda no puede ser estimado, ya que la base de la pretensión actora, que se concreta en la titularidad dominical de la zona ajardinada frente al bloque cuatro de la urbanización, en modo alguno pertenece a la parte actora, resultando patente del contenido de los particulares obrantes a los folios 21 y 35 de la escritura antes citada dicha ausencia de titularidad dominical, que podrá pertenecer al indicado bloque cuarto, pero que en modo alguno es elemento común de la Comunidad», asentando en tal declaración fáctica la revocación de la sentencia de primer grado que había estimado la demanda,

Que en el primer motivo del recurso, con amparo procesal en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se dice en el enunciado de su formulación que «la sentencia recurrida, al negar que mi representado no ha aportado los títulos justificativos de dominio sobre las zonas comunes reclamadas, negando tal carácter a la escritura pública de segregación, obra nueva y división horizontal otorgada el 25 de abril de 1972 con el número 428 del protocolo del Notario de Huelva señor Rey Amaya, infringe lo dispuesto en los artículos 348, siguientes y concordantes del Código Civil, en cuanto definen la propiedad y las acciones que la protegen»; especificando en su desarrollo que tanto los requisitos precisos para la prosperabilidad de la acción declarativa de dominio, como los de la reivindicatoria, en el extremo relativo a la titularidad dominical de la Comunidad de propietarios accionante, resultan del propio contenido de la precitada escritura; motivo que ha de perecer por las razones siguientes:

primera, porque la parte recurrente olvida el carácter eminentemente formalista del recurso de casación, el que por su naturaleza exige, de una parte, en aquellos casos en que el precepto que como infringido se aduzca conste de varios párrafos, la concreta cita del que se estime violado, erróneamente interpretado o indebidamente aplicado (Sentencias de 12 de mayo y 2 de junio de 1981 y 30 de junio de 1982), sin que, por otra parte, sea admisible, al pugnar con la claridad y precisión que el artículo 1.720 de dicha ley exige, la alegación heterogénea de preceptos, que contemplan supuestos diferentes, que al también atentar a las tales exigencias formales, hacen incidir el motivo, en ambos supuestos, en la causa de inadmisión cuarta del artículo número 1.729 de la citada ley, que en este trámite deviene en causá de desestimación; segunda, porque si lo que el recurrente pretende es atacar la valoración probatoria establecida en la instancia, que no estima probada su titularidad dominical, el cauce idóneo para ello no es el esgrimido en el motivo, sino el previsto en el ordinal séptimo del artículo 1.692 de la Ley Adjetiva, como ya dijo esta Sala en su Sentencia de 5 de octubre de 1983, reiterando una constante doctrina legal; tercera, dado que si lo que se trata es de disentir de la interpretación, verificada en la instancia, de un determinado documento, si bien el ordinal escogido es correcto, exige la cita de aquellas normas de hermenéutica que se estimaran vulneradas y en qué concepto, lo que tampoco es objeto del motivo, y cuarta, aun suponiendo que tal exégesis interpretativa se hubiera combatido por vía idónea, la llevada a cabo por el Tribunal de instancia siempre habría de mantenerse, salvo que pudiera estimarse ilógica, desorbitada o vulneradora de alguna norma positiva, circunstancias que no concurren en el caso enjuiciado.

Que con el mismo apoyo procesal anterior, se acusa en el segundo motivo la violación por no aplicación «del artículo 396 del Código Civil y los artículos 3.º, 5.º y concordantes de la Ley de 21 de julio de 1960 sobre propiedad horizontal», motivo que ya en su enunciado viene a incurrir en el mismo defecto formal que el anterior, haciéndose acreedor a la misma desestimación; pero es que, además, habrá de decaer por dos razones: una, porque el precepto que se cita como infringido no fue invocado por la entidad recurrente, como amparador de sus pretensiones declarativas y de condena, entrañando el problema de si pueden o no entenderse como comprendidos entre los elementos comunes los jardines, el del planteamiento de una cuestión nueva no sometida a la apreciación de los juzgadores en la instancia, lo que aboca a la causa de inadmisión quinta del artículo 1.729 de la Ley Rituaria, que ahora lo es de desestimación, y otra, porque la condición de elemento común o de «parte integrante» viene ya excluida, bien lo sea por la apreciación de la prueba declarada en la instancia o por la de la interpretación del contenido de un documento probatorio, que al permanecer incólumes a efectos de casación, determinan el perecimiento del motivo.

COMENTARIO.—Hubiera sido muy conveniente que en la sentencia se hubiese recogido la redacción de la escritura de división horizontal en aquella parte relacionada más directamente con el objeto litigioso, pues es sumamente raro que en la misma no haga constar expresamente el Notario autorizante el carácter privativo o común de una zona no edificada, importante por su superficie y destino, máxime teniendo en cuenta que se trata

de viviendas de protección oficial y que por ello no suele poderse segregar la parte del solar no edificada, que necesariamente queda afecta a las viviendas o a los locales. Y que la calificación de los mismos puede obstaculizar que tengan como anejos superficies que no entran dentro de lo exigido por la Administración para conceder la calificación, y que el día de mañana pueden fácilmente cubrirse o utilizarse de un modo incompatible con la propia naturaleza de los inmuebles calificados como de protección oficial.

Como hecho cierto hay que partir de que la citada zona ajardinada no vino considerada en sí misma como entidad registral independiente, al no asignársela cuota de participación, número ni describirse con los requisitos exigidos por la propia Ley de Propiedad Horizontal.

En segundo lugar, tampoco se dice ni resulta del contenido de la sentencia, es decir, no puede sobreentenderse, que la zona ajardinada cuya propiedad se discute, se haya configurado como un anejo de los locales de la planta baja a los que da frente. El Tribunal Supremo no hubiera dejado de hacer referencia a esta relación, que por sí sola hubiera podido decidir el pleito. Pero es que tampoco se dice que el local tenga salida directa a la citada zona ajardinada, lo que hubiere podido ser un signo indicador de su dependencia. Aún más, las obras de cercar esa zona fueron realizadas por los compradores del local, no por la propia Caja promotora de la construcción.

Esto así, caben serias dudas acerca de si efectivamente la atribución de esa zona al local, como parte accesorio de éste y, por tanto, elemento privativo, englobado en la propia cuota del local, está completamente acorde con el espíritu y el principio que inspira a la Ley de 21 de julio de 1960 y a la propia naturaleza de la propiedad horizontal, en la que parece que lo fundamental, al menos dogmáticamente, es la situación de Comunidad, todo lo especial y *sui generis* que se quiera, pero Comunidad al fin y al cabo. Y si esto es así, parece que el principio general ha de ser el de que serán o se presumirán elementos comunes todos aquellos que expresamente no se configuren como privativos. Esto es, en caso de duda, la presunción es favorable a la Comunidad.

Tampoco la parte demandante adujo como factor indicativo de una posible solución favorable para ella, la cuota asignada al local, que pudiera estar en notable desproporción con el valor de la zona ajardinada cuya accesoriidad se le atribuye.

Todas estas consideraciones nos reafirman en la idea de las delicadas y complejas relaciones anudadas en este régimen de propiedad y la necesidad de que las mismas sean resueltas en la propia escritura de división horizontal, cuyo nombre por sí solo no impide que en la misma se constituyan servidumbres, se determinen espacios comunes (v.gr.: los ocupados en un garaje para los cuartos de calderas y servicios del inmueble), etc., pues la calificación de la escritura en la comparecencia suele hacerse indicando sólo, las más de las veces, el acto o negocio principal que en la misma se contiene.

**PROPIEDAD HORIZONTAL. ELEMENTOS COMUNES Y PRIVATIVOS.
MALA FE. ABUSO DE DERECHO (SENTENCIA DE 23 DE MAYO DE 1984).**

La Comunidad de propietarios de un inmueble demanda a los propietarios titulares de dos pisos sitos en la planta baja del edificio para que reconozcan que los mismos son elementos comunes del inmueble por destinarse a viviendas de los porteros, debiendo, en consecuencia, decretarse la nulidad de las inscripciones registrales como obtenidas con mala fe y abuso de derecho.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Madrid estimó la demanda, pero la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de la capital de España revocó la sentencia del Juzgado.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley por la parte actora y apelada, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Mariano Fernández Martín-Granizo, declara no haber lugar al mismo conforme a las siguientes consideraciones, en las que destaca la exposición de los requisitos y características que debe reunir una conducta para estimarse abusiva.

Son datos clave, a la par que probados, al estar admitidos por ambas partes contendientes o por no haberse combatido en forma en el presente recurso, los siguientes: A) El edificio objeto de la litis se edifica como consecuencia de expediente S-I-245, plan nacional mil novecientos cincuenta y siete, instruido para la construcción de setenta y tres viviendas y locales comerciales de renta limitada, siendo la cédula de entrega definitiva de fecha trece de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve. B) Referidas viviendas y locales comerciales fueron arrendados a diversas personas una vez conocido el inmueble. C) Con fecha veintisiete de mayo de mil novecientos sesenta y siete, don J. L. S. D., hoy fallecido, otorga en nombre propio y en el de su hermano don J. escritura pública de obra nueva y división por pisos en propiedad horizontal, que se inscribe en el Registro de la Propiedad el doce de marzo de mil novecientos sesenta y ocho. D) En dicho documento aparecen dos edificios, el comprendido bajo los números nueve y once de la calle de Pradillo, y el sito en la calle de San Ernesto, números doce y catorce, que es el objeto de este recurso. E) Ni en la cédula de calificación definitiva, ni en la descripción del inmueble que se contiene en la escritura de obra nueva, ni en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal, aparece ningún local ni piso dedicado a portería o vivienda de portero. F) Los pisos cuya propiedad motivó el pleito origen de este recurso figuran en referido título como de propiedad de los recurridos, teniendo señalada una cuota de participación en los gastos comunes de 0,70 centésimas el ubicado en el número doce de la referida calle, y de 0,80 centésimas el sito en el número catorce de la misma; a su vez, se encuentran inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre de los demandados, hoy recurridos. G) La venta de los diversos espacios independientes del edificio que aparece con los números doce y catorce de la calle de San Ernesto, no se inicia hasta el día seis de abril de mil novecientos sesenta y ocho, y la constitución del régimen de propiedad horizontal, según la Comunidad actora, no se opera hasta el veinticinco de junio de mil novecientos sesenta y ocho.

Que en la primera motivación y con base en el ordinal tercero del

artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, se aduce infracción del artículo trescientos cincuenta y nueve de la misma, «por no contener el fallo declaración sobre la pretensión primera del escrito de réplica», referida a que se declare la mala fe de los demandados al solicitar y mantener las inscripciones de dominio de los pisos bajo A) de los portales números doce y catorce del edificio sito en la calle de San Ernesto.

Que el motivo no puede prevalecer: a) Porque si, como admite la Comunidad de propietarios impugnante, la misma no se adhirió al recurso de apelación instado por los demandados, «porque implícitamente reconoce la sentencia del Juzgado la mala fe de los demandados como hecho generador de la nulidad de las inscripciones registrales, cuya declaración se postulaba en la réplica», al revocar dicha sentencia, el Tribunal *a quo* rechaza virtualmente, cual reconoce la recurrente, dicha petición. b) Por ser doctrina constante de esta Sala que las sentencias desestimatorias, salvo excepciones que aquí no concurren, resuelven congruentemente todas las peticiones de los litigantes (Sentencias de ocho de marzo, veinticuatro de abril y tres de diciembre de mil novecientos ochenta y tres y doce de marzo de mil novecientos ochenta y cuatro). c) Por el defecto formal que supone no citar el concepto en que haya podido ser infringido el artículo trescientos cincuenta y nueve de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que también, según doctrina reiterada, sitúa el motivo ante el supuesto de inadmisión, y actualmente de desestimación, que señala el número cuarto del artículo mil setecientos veintinueve de la citada Ley Procesal.

Que entrando en el estudio del segundo motivo del recurso, articulado como complementario del anterior y con apoyo en el número primero del mismo precepto, se observa que el mismo atribuye al Tribunal sentenciador violación por inaplicación del párrafo segundo del artículo séptimo del Código Civil, precepto que según la Comunidad de propietarios no tuvo en cuenta «la sentencia recurrida, obsesionada por el contenido de las sentencias de este Alto Tribunal que se refieren a la posesión como justo título y a los requisitos para el ejercicio de la acción reivindicatoria», construyéndose además todo el motivo sobre la base de no haberse tomado en cuenta el ejercicio anormal de su derecho por parte de los demandados, así como su conducta antisocial al haber privado a los propietarios de pisos y locales de los inmuebles en cuestión del servicio de portería y vivienda de portero, y si bien se reconoce que la escritura de división del edificio es de fecha veintisiete de mayo de mil novecientos sesenta y siete, se alega que ello tuvo lugar «más de un mes después de ofrecidas las viviendas en tanteo a los inquilinos».

Que carece de virtualidad impugnativa esta motivación dada la ineffectividad de sus razonamientos para justificar el «abuso o ejercicio antisocial» de su derecho por parte de los demandados y hoy recurridos, tema que constituye el objeto tanto de éste como del siguiente motivo, y ello porque: I) La figura del «abuso» como concepto superador de la fosilizada, a la vez que demasiado estricta, concepción de los actos de emulación, además de admitida por alguna de nuestras leyes especiales aparece consagrada en la doctrina de esta Sala, muy especialmente a partir de su sentencia de catorce de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro, que la dibuja y caracteriza con claridad, a la par que señala lo que en mil novecientos setenta y tres habría de pasar al artículo y número que se dicen aquí infringidos, los requisitos «de orden moral, teleológico y social» con que

deben ser ejercitados los derechos subjetivos por sus titulares, declarando la responsabilidad en que incurren quienes «obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho traspase en realidad los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para tercero o para la sociedad». II) La involucrada mención del ejercicio abusivo o antisocial del derecho que se imputa a los demandados exige señalar que si bien se trata de conceptos distintos, cual acredita la mención que en el número dos del artículo séptimo del Código Civil se hace de uno y otro separándolos por la conjunción «o», empleada en él como alternativa, no obsta para que lo cierto sea que sin llegar a su total equiparación, y como mantiene un sólido sector de la doctrina científica, así como la jurisprudencial anterior a la reforma de mil novecientos setenta y tres, sus diferencias sean tan sutiles, tan de matiz, que puede afirmarse carecen de trascendencia práctica, no impidiendo, en términos generales y a salvo las naturales excepciones, su tratamiento conjunto. III) Que tales diferencias conceptuales pueden centrarse principalmente en que mientras el «abuso» suele dejar abierto el camino a la idea de una indemnización como lógica consecuencia de la lesión o daño que, en términos generales, provoca en un interés privado o particular, en el «uso antisocial», el sujeto perjudicado ofrece una mayor amplitud, en cuanto puede comprender tanto la comunidad en general, como cualesquiera de los grupos integrantes de la misma.

Que siguiendo el desarrollo de estos conceptos matrices, es preciso indicar que las doctrinas, tanto científica como jurisprudencial, esta última a partir de la ya citada Sentencia de catorce de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro, señalan como elementos caracterizadores del «abuso de derecho»: *entre los objetivos*, la existencia o realización de una acción u omisión, y que dicha actividad positiva o de abstención «*sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho*»; a su vez, *entre los subjetivos*, se encuentra *la intentio*, representada por el designio o voluntad de perjudicar, o también por la ausencia de un fin legítimo, y *el objeto*, que según la jurisprudencia consiste en *la finalidad* de originar un perjuicio a otro sin beneficio propio.

Que ninguno de dichos elementos, esenciales para que puedan surgir las figuras del «abuso» o del «ejercicio antisocial» del derecho, aparecen en el supuesto aquí contemplado, toda vez que: *la acción* que se reprocha a los demandados, hoy recurridos, no sólo no sobrepasa manifiestamente los límites normales del derecho, sino que se acomoda a la letra y espíritu de la Ley cuarenta y nueve de mil novecientos sesenta, de veintiuno de julio; *la intención* de los mismos no fue otra que reservarse los pisos y locales no vendidos para su posterior enajenación; *el perjuicio*, de accederse a lo pretendido por la Comunidad recurrente, sería para los recurridos, en cuanto aquélla se vería beneficiada con el valor de los pisos que reclama sin haber abonado su importe, lo que conlleva una clara idea de enriquecimiento injusto por parte de sus miembros, y todo ello sin olvidar que la situación motivadora de la litis, que concluye con este recurso, aparece siempre claramente reflejada en el título constitutivo y pudo ser, en todo caso, objeto de comprobación por quienes hoy integran la Comunidad recurrente al firmar los contratos de compra de los pisos o locales, e incluso en el Registro de la Propiedad, donde se encontraba inscrito dicho título con antelación a la suscripción de dichos negocios jurídicos.

Que en el motivo tercero, y al amparo del mismo número y precepto que el anterior, se alega infracción por interpretación errónea del artículo trescientos noventa y seis del Código Civil, en cuanto «la sentencia recurrida llega al fallo revocatorio, por la premisa jurídica primera, que interpreta el derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio como derivado de un contrato de adhesión y rechaza la nomenclatura de los elementos comunes como *ius cogens*», a la vez que se critica al Tribunal *a quo* que «la desafección de la vivienda del portero que exige la legislación laboral, en concordancia con la de arrendamientos urbanos, será contraria a la ley cuando perjudica a los demás copropietarios y no podrá ampararse, como ejercicio antisocial o abusivo del derecho, de quien tenía ofrecido en tanteo arrendaticio los diversos pisos y locales del edificio al realizar la división material del inmueble como trámite preliminar de la enajenación en fraude de los futuros adquirentes».

Son dos los aspectos que en el presente motivo se ofrecen a la estimación de esta Sala: el relativo al carácter o a la naturaleza de la normativa que respecto de los elementos comunes se contiene en el artículo trescientos noventa y seis del Código Civil y aquél que hace referencia a esa interesante figura, ya contemplada al examinar el anterior motivo, que es el «abuso de derecho», debiendo, en todo caso, adelantarse que la motivación no puede ser aceptada, además de por las consideraciones que se expondrán en los siguientes fundamentos jurídicos, por razón del defecto formal que supone no indicar cuál de los cuatro párrafos del artículo trescientos noventa y seis se estima infringido, dato esencial dada la versatilidad sustantivo-jurídica de los mismos, lo que sitúa el motivo ante el supuesto de inadmisión y en el actual momento procesal de desestimación que señala el ordinal cuarto del artículo mil setecientos veintinueve, en relación con el mil setecientos veinte de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Que pasando al que pudiera llamarse fondo de la motivación, y dentro de él, a la primera de las cuestiones apuntadas en el fundamento anterior, o sea, la relativa a la naturaleza del artículo trescientos noventa y seis del Código Civil en lo que al tema indicado se refiere, el perecimiento del motivo obedece a que: *Primero*: La relación de elementos y servicios comunes contenida en dicho precepto no es, según pacífica doctrina científica y de esta Sala, *numerus clausus* y sí simplemente enumerativa (Sentencias de diez de mayo de mil novecientos sesenta y cinco, doce de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, cuatro de diciembre de mil novecientos setenta y dos, treinta y uno de marzo de mil novecientos ochenta). *Segundo*: Ello conduce a que sea igualmente conforme la tesis de que tal descripción no pertenece al campo del *ius cogens* y sí al del *ius dispositivum*, habida cuenta lo dispuesto en el artículo quinto, párrafos primero y segundo, de la Ley cuarenta y nueve de mil novecientos sesenta, de veintiuno de julio, así como su Exposición de Motivos, en la que, entre otras cosas, se declara que: «La ley brinda una regulación que, por un lado, es suficiente por sí —con las salvedades dejadas a la iniciativa privada— para constituir, en lo esencial, el sistema jurídico que presida y gobierne esta clase de relaciones, y, por otro, 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». *Tercero*: Consecuencia jurídicamente lógica de lo indicado es que ni todos los elementos y servicios descritos en el

citado precepto del Código hayan de ser ineludiblemente comunes, ni que no pueda extenderse dicho carácter a otros que no diguran en el mismo.

Que insistiendo, a fin de completarlo, en el apuntado tema del *ius dispositivum* dentro del marco de la Ley de Propiedad Horizontal, debe indicarse que al asentar quien recurre el motivo que se está examinando en la naturaleza obligatoria de la relación que el artículo trescientos noventa y seis del Código Civil hace de los elementos y servicios comunes, no ha tenido para nada en cuenta o ha preferido olvidar el considerable margen que la Ley de Propiedad Horizontal otorga a la voluntad de sus titulares, incluido el propietario único del edificio antes de iniciar su venta por espacios independientes, para instrumentar y delimitar ciertos aspectos de la misma siempre que no alteren o contradigan los principios fundamentales de dicho régimen de propiedad, y así, al amparo de lo que se dispone en el ya citado artículo quinto de su Ley Reguladora, especialmente en sus párrafos primero y tercero, es posible, según la doctrina, en general, la reserva en exclusivo uso de ciertos elementos comunes, como los patios (Sentencia de nueve de mayo de mil novecientos sesenta y cuatro) o las terrazas (Sentencias de siete y veintidós de octubre de mil novecientos setenta y ocho); la retención de «la posesión exclusiva y excluyente de todos los patios comunes de la casa», «o, por lo menos, de su uso o disfrute» (Sentencia de veintiocho de enero de mil novecientos sesenta y siete); la desafeción de elementos comunes para su conversión en privativos, como puede observarse en la Sentencia de catorce de noviembre de mil novecientos setenta y nueve, de modo argumental y *a contrario sensu*, así como más precisamente en las de seis de junio de mil novecientos setenta y nueve y nueve de abril de mil novecientos ochenta y cuatro, relativas a porterías, y todo ello sin olvidar algo que tampoco tiene en cuenta la recurrente, que el citado artículo quinto de la Ley de Propiedad Horizontal autoriza al «propietario único del edificio» para otorgar antes de iniciar su venta por pisos y locales, el pertinente «título constitutivo» de dicho régimen jurídico, que es lo realizado por los demandados-recurridos, y en el cual pueden contenerse reglas de constitución y ejercicio de los derechos que no contradigan el espíritu de la ley, extremo éste que la Comunidad recurrente no acredita haya acontecido.

En relación con lo que se acaba de exponer, otro aspecto del motivo, la alusión que en el mismo se hace a la sentencia impugnada, diciendo «que interpreta el derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio como derivado de un contrato de adhesión», dicha indicación ha de rechazarse por no ser rigurosamente exacta, en cuanto lo que la referida resolución hace en el primero de sus considerandos con ocasión de referirse a la generalizada práctica en los promotores-constructores de edificios destinados a la venta por pisos y locales de otorgar los estatutos, es decir: «limitándose a prestar su adhesión a ella los promotores».

Que al hacer esta alegación el motivo incide en el error jurídico de confundir tres figuras distintas y perfectamente diferenciadas: el negocio jurídico de compraventa del piso o local, el «título constitutivo» del régimen de propiedad horizontal y «los estatutos» porque el mismo ha de regirse si es que fueron otorgados, ya que si bien es evidente que los tres conceptos pueden concurrir, tal acontece cuando en el «título» se contienen los estatutos y, a su vez, aquél se incorpora en todo o en parte al contrato de compraventa, ello no les priva de su individualidad ni de su caracterología,

y desde luego, no provoca que el «título» pueda calificarse de «contrato de adhesión», naturaleza jurídica ésta que podría tener la compraventa de los pisos y locales, mas no dicho «título constitutivo», que carece de carácter negocial, en cuanto su naturaleza jurídica es la de un «acto mixto real y convencional», tanto porque en él han de contenerse necesariamente supuestos de puro hecho, como por intervenir en él la voluntad de una o varias personas, según se otorgue unilateralmente, como en el presente supuesto, o por acuerdo entre los distintos propietarios de pisos y locales.

COMENTARIO.—La doctrina relativa al abuso del derecho es uno de los medios mediante los cuales puede conseguirse la adecuación del ejercicio de los derechos al contenido ético de los mismos. Se trata, en sí mismo, de un concepto válvula o estándar que permite flexibilizar la aplicación del Derecho, y permite a los Tribunales ejercer una función parecida a la de la *aequitas* aplicada por el pretor romano. Se entiende por abuso del derecho el mal uso del mismo. Postulado fundamental es el de que el ejercicio del derecho ha de ser racional y no debe tolerarse la extralimitación, por amplias que sean las facultades atribuidas a su titular. Desde los antecedentes romanos hasta su formulación en las legislaciones modernas, pasando por la teoría de los actos de emulación, se ha recorrido un largo camino en el perfeccionamiento y unánime aceptación de esta doctrina, conciliándose las dos posiciones principales: la objetiva, que ve el abuso en el ejercicio anormal del derecho, contrario a los fines sociales o económicos (mantenida por CALVO SOTELO en su monografía *El abuso del derecho*, publicada en 1917), y la subjetiva, que atendiendo más a los precedentes medievales, entiende que hay abuso cuando se ejercita un derecho con intención de dañar a otro o, al menos, sin verdadera utilidad para su titular o sin que exista un verdadero interés individual para ejercitarlo, en la teoría ecléctica, de la que puede considerarse claro exponente la magistral Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944, debida a la ponencia del profesor CASTÁN, con motivo de un pleito entre la Sociedad Catalana de Gas y Electricidad y el Consorcio de la Zona Franca del Puerto de Barcelona; dicha Sociedad tenía una instalación sobre la margen del río Besós, que se encontraba protegida por un cañaveral; el Consorcio ejerció el derecho concedido por el Estado de extraer arenas de aquel lugar, de tal modo que determinó la desaparición del cañaveral y originó que en una avenida del río se perjudicasen gravemente las instalaciones de la Sociedad. Según esta sentencia, los elementos que integran el abuso del derecho son: 1) uso de un derecho objetiva o externamente legal; 2) daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica; 3) inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando se actúa con intención de perjudicar o sin un fin serio o legítimo) o bajo forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho).

En nuestra legislación, este concepto podía ampararse inicialmente en la amplia redacción del artículo 1.902 del Código Civil, confirmado por la costumbre y los principios generales del derecho. Entre los textos legales que lo recogieron con menor o mayor amplitud figuraron el artículo 1.º de la Ley de Usura de 23 de julio de 1908, si bien de modo implícito, y el Reglamento Hipotecario de 1915 (art. 168: acción de devastación); Decreto de alquileres de 29 de diciembre de 1931 (art. 18); Ley Hipotecaria (art. 177),

en relación con el Reglamento Hipotecario (art. 219, párrafo 2.º); artículo 9.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, donde puede comprobarse el estrecho parentesco que guarda con el principio general de la buena fe, del que viene a ser una aplicación; en el antiguo artículo 562 del Código Penal y el artículo 30 del Fuero de los Españoles; en el artículo 5.º de la Ley 56/1961 sobre los derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer; en el artículo 2.º, apartado 1.º, de la Ley Antimonopolio de 20 de julio de 1963, etc., hasta desembocar en el actual artículo 7.º del Código Civil, en el que de nuevo se corrobora el estrecho parentesco con la buena fe, a la que se refiere su párrafo primero, recogiendo el párrafo segundo las dos manifestaciones subjetiva y objetiva del abuso del derecho, a que antes he aludido.

F. C. L.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

CADUCIDAD: CASOS MUY LIMITADOS PARA SU INTERRUPCION (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—Si ciertamente en el aspecto de caducidad se puede producir interrupción, es solamente en el caso de que se esté en presencia de un acto procesal válido que sea de los que, genérica o específicamente, integren el procedimiento al que afecte el plazo fijado al respecto, o con más precisión, que se dé una situación de fuerza mayor o cualquier otra causa independiente de la voluntad de los litigantes, lo que determina que no pueda entenderse como causa interruptora de caducidad de la acción, prevenida en el artículo 1.490 del Código Civil, la formulación de demanda solicitando concesión del beneficio de pobreza a tal fin, sin interponer al propio tiempo la correspondiente demanda ejercitando la acción.

Habida cuenta los fundamentos que dan vida a la institución de la caducidad, y primordialmente por afectar la misma al interés general que depara la seguridad de las contiendas jurídicas, evitando dilaciones innecesarias en el desarrollo de todo juicio civil, una vez transcurridos los plazos de caducidad fijados a una acción, se originan los correspondientes acuerdos y mandatos judiciales de oficio.

ES COMPETENTE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA PARA JUZGAR LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION POR EL FUNCIONAMIENTO DE UN SERVICIO PUBLICO (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—La atribución de responsabilidad a la Administración por el funcionamiento normal o anormal de un servicio público, mediando culpa por acción u omisión reprochable y consiguiente competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, operará siempre que la actividad dañosa aparezca relacionada en el orden externo con el fun-

cionamiento del servicio público, pues, como señalan las Sentencias de la Sala IV de este Tribunal de 8 de febrero de 1968, y la de la Sala III de 26 de enero de 1972, los términos utilizados por el párrafo primero del artículo 40 de la Ley de 26 de julio de 1957, prevén el «hacer y actuar» de la Administración como ente de gestión pública, y sólo será permitido acudir a la jurisdicción común cuando la causa del daño haya sido la acción culpable del agente en conducta extraadministrativa, desconectada del servicio.

LAS DUDAS RESPECTO A LA EXISTENCIA DE CLAUSULA PENAL HAN DE SER INTERPRETADAS RESTRINGIVAMENTE (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—La cláusula penal es un pacto accesorio cuya finalidad es la de asegurar el cumplimiento de la obligación convenida, sustituyendo en la previsión de las partes a la indemnización de daños y perjuicios, si se produce el incumplimiento, constituyendo una excepción al régimen normal de las obligaciones, por lo que las dudas respecto a su existencia y alcance han de ser interpretadas con carácter restrictivo, al modo como se proclamó, entre otras, en las Sentencias de 14 de enero de 1927, 30 de enero de 1932, 11 de noviembre de 1966 y 10 de junio de 1969.

LA VENTA A CALIDAD DE ENSAYO SE PRESUME HECHA BAJO CONDICION SUSPENSIVA (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—La venta a calidad de ensayo, configurable por los contratantes bajo condición resolutoria o suspensiva, en lícito ejercicio del principio de autonomía negocial, se presume siempre hecha bajo la segunda modalidad de evento, condicionante de no constar voluntad de los intervinientes en contrario, según preceptúa el artículo 1.453 del Código Civil, lo que significa que la operación se perfecciona cuando una vez comprobadas las cualidades de la cosa y su utilidad para el destino previsto, es aceptada por el comprador, asumiendo las obligaciones que le incumben y, por tanto, la del pago del precio.

ARTICULO 1.124 DEL CODIGO CIVIL: EL HECHO DE INSTAR EL CUMPLIMIENTO NO VEDA DESPUES PEDIR LA RESOLUCION (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—No se puede llevar a extremos insostenibles la expresión, tantas veces utilizada, de «voluntad deliberadamente rebelde de no cumplir», que conduciría en buena lógica a la conclusión de exigir «dolo» cuasi penal, y a la consecuencia de admitir la posibilidad también racional de calificar ese comportamiento contractual como engañoso, defraudatorio, delictivo, sino que hay que matizar esa exigencia de culpa rayana en dolo y concluir que lo que se precisa para sancionar judicialmente la resolución de la parte es la apreciación de una conducta contractual renuente que produzca un verdadero incumplimiento, en el sentido de

frustrar la legítima expectativa de la parte cumplidora en cuanto al fin del contrato insito en la causa, sin olvidar, por otra parte, en cuanto al cumplimiento parcial, que ya la Sentencia de 24 de abril de 1951 había declarado que la ejecución parcial de cada obligación no excluye el ejercicio de la acción resolutoria, porque en el artículo 1.124 del Código Civil no se distingue entre ejecución total o parcial.

El hecho de instar el cumplimiento no veda después pedir la resolución (*ius variandi*), posibilidad que en la interpretación más razonable del artículo 1.124 del Código Civil, en cuanto a la opción que concede, permite concluir que si bien instada la resolución no cabe variarla por el cumplimiento (y aquí sí rige el aforismo *una via electa non datur recursus ad alteram*), pues ambas partes de hecho admiten así la extinción contractual, una por no cumplir y la otra por resolver, por el contrario, sí es dable la facultad o posibilidad inversa, es decir, la de optar por la resolución después de ejercitar la acción de cumplimiento, bien que sólo cuando éste resultare imposible, según el mismo precepto del artículo 1.124, apartado 2.º, párrafo 2.º, punto éste en el que también razonablemente cabe sostener que esa noción de imposibilidad no hace referencia, sin más y únicamente a la física, objetiva o de hecho, sino también a la jurídico-económica, es decir, de la frustración (no a la mera conveniencia) del acreedor, por la deficiencia, anormalidad, tardanza, resistencia o demora excesiva del deudor en un cumplimiento que ya no será purgativo por la desaparición del interés en la contraprestación originariamente pactada, convertida en inútil o perjudicial por esa conducta o resistencia a cumplir, auténtico quebrantamiento de la mutua y buena fe contractual (*frangenti fidei, fides non est servanda*) y del principio y norma que obliga a estar a lo pactado.

**EQUIPARACION DE LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS
A LA SATISFACCION DEL LUCRO CESANTE (SENTENCIA DE 28 DE NO-
VIEMBRE DE 1983).**

Doctrina de la sentencia.—Ha de tenerse en cuenta que el artículo 1.106 del Código Civil distingue dos categorías de daños: el propiamente dicho *damnus emergens* y el representado por la ganancia perdida o perjuicio *strictu sensu*, que es precisamente el reconocido y declarado por el Tribunal en favor de la actora; no puede tampoco olvidarse que la equiparación de la indemnización de daños y perjuicios a la satisfacción del «lucro cesante», que es precisamente lo realizado por la sentencia impugnada, además de ajustarse a la normativa legal, como queda acreditado, y estar admitida por la doctrina de esta Sala, constituye uno de los medios que la Ley pone a disposición de los Tribunales para efectuar una interpretación de la normativa vigente, que permita compatibilizar la aplicación del derecho y la realidad social, especialmente y para casos como el presente, en momentos de crisis económica, que al provocar pérdida del valor adquisitivo de la moneda hacen necesario corregir, en la medida de lo posible y con la debida cautela, el perjuicio que a los acreedores origina la conducta incumplidora de sus deudores, particularmente cuando se trata del retraso en el abono del numerario.

RESPONSABILIDAD OBJETIVA: QUIEN CREA UN RIESGO HA DE RESPONDER DE SUS CONSECUENCIAS (SENTENCIA DE 3 DE DICIEMBRE DE 1983).

Hechos.—Una mujer que conducía ganado fue arrollada por un tren en un paso a nivel sin barreras. El tramo era recto y de amplia visibilidad, por lo que las sentencias de instancia achacan el accidente a exclusiva culpa de la víctima y absuelven a la RENFE. Sin embargo, el Supremo casa la sentencia y acoge la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Si bien el puro sistema objetivista de la culpa no viene siendo admitido jurisprudencialmente de forma expresa y concluyente, como determinante de la responsabilidad de los daños recibidos por un tercero, exigible al amparo del artículo 1.902 del Código Civil, lo cierto es que, como ya dijeron las sentencias de esta Sala de 15 de diciembre de 1982 y 16 de mayo de 1983, tal principio de responsabilidad por culpa, inspirador de nuestro sistema positivo, viene siendo matizado en su alcance y consecuencias por la doctrina legal más reciente, obedeciendo a imperativos surgidos en la realidad de nuestros días, al compás de los avances técnicos y la consiguiente creatividad del riesgo, orientación jurisprudencial que sin acoger plenamente la llamada responsabilidad objetiva, que se asienta exclusivamente en la causación del daño, introduce cortapisas o límites al criterio subjetivo de la culpabilidad.

También es doctrina de esta Sala que la acreditación por parte del causante del resultado dañoso, de haber acomodado su conducta a las previsiones legales o reglamentarias, no excluye su responsabilidad, por cuanto que si la adopción de tales garantías para evitar resultados dañosos, previsibles y evitables, no han ofrecido el resultado positivo apetecido, claramente vienen a denunciar su insuficiencia, y por ello que algo quedaba por prevenir.

La muerte de una persona en un paso a nivel ferroviario carente de barrera muestra que las medidas reglamentarias observadas fueron insuficientes para enervar el resultado, medidas no solamente a adoptar o mejorar, si preciso fuere, por la Administración, sino por la propia RENFE, al crear y mantener para propio beneficio el servicio ferroviario en tales condiciones de peligrosidad, incurriendo ella exclusivamente en la responsabilidad patrimonial aquiliana que deriva del artículo 1.902 del Código Civil, por la sencilla razón de que quien crea un riesgo es el que ha de responder de sus consecuencias.

EL CONSENTIMIENTO UXORIO PUEDE PRESTARSE TACITAMENTE (SENTENCIA DE 6 DE DICIEMBRE DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—La exigencia del consentimiento *uxoris* puede revestir las dos formas de expreso o tácito, siempre naturalmente que pudiera inferirse de actos inequívocos, suficientes para acreditar ese plus de voluntad marital complementario del acto dispositivo normalmente realizado por quien tenía a su cargo la administración de la sociedad de ganan-

ciales, y ello hasta el punto de no sancionarse su falta con la nulidad radical o plena, sino con el efecto más débil de la anulabilidad, según acción que compete a la mujer o a sus herederos, y no al marido.

También es obligada la desestimación del motivo segundo, que intenta contrarrestar esa existencia del consentimiento tácito sentada por la Audiencia, pues el argumento que se aduce, es decir, que por tener la acción de anulabilidad un plazo de ejercicio de cuatro años, no puede interpretarse como asentimiento tácito el ejercitar la acción al año de la venta, es en absoluto invalidante del acto contrario, o sea, del dato probado de que hubo, antes de la improbadada protesta de la esposa, asentimiento de ésta al negocio dispositivo del marido, e impeditivo, por tanto, de una posible acción de anulabilidad, por haberse ya constituido una situación jurídica que establecía la validez de la venta ganancial (doctrina de los actos propios).

CONTRATOS: SI UNA PRESTACION SE HACE IMPOSIBLE, QUEDA SIN EFECTO EL CONTRATO, DEBIENDO RESTITUIRSE LAS PRESTACIONES (SENTENCIA DE 9 DE DICIEMBRE DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—Si bien el Código Civil español no contiene una regulación del supuesto de frustración del fin del contrato por devenir inexigible, salvando con ello la equidad de sus consecuencias, tal supuesto se halla previsto en Códigos más modernos, como el alemán y el italiano, en el sentido de que si la prestación que incumbe a una parte derivada de un contrato bilateral se hace imposible o inexigible a consecuencia de una circunstancia de la que no ha de responder ni ella ni la otra parte, pierde la pretensión a la contraprestación, debiendo restituirse las prestaciones ya efectuadas; solución adaptable a nuestro Derecho no sólo por las expuestas razones evidentes de equidad y las deducidas de los artículos 1.256 y 1.258 del Código Civil, sino también al amparo del principio que veda el enriquecimiento injusto, y de las ideas en que se han inspirado, entre otras, las Sentencias de esta Sala de 5 de junio de 1945 y 30 de junio de 1983.

ES APLICABLE EL ARTICULO 1.967, 4.º, DEL CODIGO CIVIL AL SUPUESTO DE VENTA DE COSAS MUEBLES DE UN COMERCIANTE A OTRO DEDICADO A DISTINTO TRAFICO (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—La Sentencia de 14 de mayo de 1979 estableció la aplicación del artículo 1.967, 4.º, del Código Civil al supuesto de venta de cosas muebles por parte del vendedor comerciante, como lo es una sociedad anónima, a otro que se dedica a distinto tráfico que aquél, con la consiguiente aplicación del lapso prescriptivo de los tres años del precepto, y en atención a estar excluido dicho precepto del ámbito mercantil, según lo dispuesto en el artículo 325 del Código de Comercio, ante la no reventa, pues sólo si fuera tal negocio perteneciente a dicho campo jurídico, es decir, mercantil, procedería la aplicación del artículo 1.964

o prescripción genérica y supletoria de los quince años, relativa al orden civil por la supletoriedad de éste ante la laguna mercantil.

ADMINISTRACION DE COSA COMUN: NO ES NECESARIA LA JUNTA COMUNITARIA (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—Ni el artículo 398 del Código Civil habla de la necesidad de junta comunitaria alguna, para tomar los acuerdos que afecten a la administración y mejor disfrute de la cosa común, ni es razonable tal exigencia cuando la voluntad de la mayoría de los partícipes, que es la expresión utilizada por el texto legal, se revela inequívocamente en determinado sentido.

EL TITULAR DE UNA CONCESION PUEDE, SI NO ESTÁ EXPRESAMENTE IMPEDIDO, ARRENDAR SU DERECHO A UN TERCERO (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—El titular del uso y disfrute de los bienes que integran la concesión demanial está facultado, si no hay algo expreso que se lo impida, de acuerdo con el artículo 1.543 del Código Civil, para concertar un arrendamiento de los mismos, como lo está el usufructuario, según permite expresamente el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en relación con la causa 12 del artículo 114 del mismo texto legal, no obstante el plazo fijo de su duración, conectada en ambos casos con la vida del titular o la de la concesión, como proclamó la doctrina jurisprudencial en la Sentencia de 22 de enero de 1958, confirmada por la de 26 de abril de 1967, al marcar la diferencia entre el contrato que vincula al concesionario con la Administración y el estrictamente civil que aquél pueda celebrar con un tercero.

OBLIGACION DEL MANDATARIO DE RENDIR CUENTAS (SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—Afirmado por la sentencia impugnada que el recurrente realizó la venta de los bienes muebles del actor al amparo del apoderamiento que con amplísimas facultades le confirió, surge de tal situación jurídica la consiguiente obligación del mandatario recurrente de rendir cuentas de las operaciones realizadas (que debía ejecutar con arreglo a las instrucciones recibidas, y en su defecto a lo que haría un buen padre de familia), obligación que no es más que una aplicación de la regla general a la que están sujetos todos los que por cualquier título administren bienes ajenos, fundada en principios de moralidad y justicia, y que con respecto al mandatario es el último acto de su gestión, que resultaría incompleta si no indicase al mandante todo lo que ha hecho por él, lo que ha pagado y lo que ha vendido, debiendo resultar de tales cuentas la demostración de toda la actividad desarrollada por el mandatario para juzgar por ella si ha administrado o no como un buen padre

de familia, pues una rendición de cuentas debe fundarse no en hipótesis, sino en realidades, y éstas debidamente acreditadas por medio de documentos justificativos, salvo en los casos exceptuados por la ley o por la voluntad de la persona a quien la cuenta se rinde.

Como consecuencia de la expresada obligación de rendir cuentas surge el deber del mandatario de abonar al mandante cuanto hubiere recibido en virtud del mandato, es decir, de entregar el saldo definitivo o diferencia entre lo percibido y lo satisfecho.

RESCISION POR LESION «ULTRA DIMIDIUM»: LA DEMANDA DE CONCILIACION IMPLICA EL EJERCICIO DEL DERECHO ANTES DE SU CADUCIDAD (SENTENCIA DE 23 DE DICIEMBRE DE 1983).

Doctrina de la sentencia.—El artículo 323 de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña permite que, a instancia del enajenante, sean rescindibles los contratos de compraventa relativos a bienes inmuebles, en que el vendedor haya sufrido lesión en más de la mitad del justo precio, y ello aunque el contrato sea válido; esta acción rescisoria caduca a los cuatro años de la fecha del contrato, por tanto, si antes de concluir ese plazo el enajenante ejercita su derecho a la rescisión, la venta queda ineficaz; en el caso debatido, antes de transcurrir dicho plazo, la vendedora formuló demanda de conciliación, en la que de forma inequívoca y completa anuncia que considera el contrato rescindido a todos los efectos, y así se lo comunica a los compradores; hubo, pues, en ese requerimiento judicial, no una interrupción del plazo de caducidad, que no admite esta institución, según la doctrina predominante, sino el mero ejercicio del derecho antes de caducar éste, sin más ratificación, después cumplida, que presentar la demanda antes que transcurran los dos meses que señala el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que, en otro caso, el derecho habría caducado definitivamente, sin que se confunda con los supuestos de prescripción en que el plazo podría volver a iniciarse después de la interrupción; no hay en todo ello contravención alguna del artículo 323 citado, ya que esta norma se limita a señalar el plazo de caducidad sin limitar los medios de ejercitar el derecho, pues no hay razón para sostener que se ejercitaría eficazmente sólo a través de la presentación de la demanda, ni para no aplicar por clara analogía el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; doctrina, por otra parte, mantenida por esta Sala en supuestos análogos de caducidad, como en cuanto al ejercicio del derecho de retracto, en que se ha considerado reiteradamente que promover acto de conciliación implica ejercicio del derecho que evita su caducidad.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

RETRACTO.—CELEBRADA LA CONCILIACION DENTRO DE PLAZO, NO HA CADUCADO LA ACCION DE RETRACTO, AUNQUE SE PRESENTE FUERA DE EL LA DEMANDA (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1982).

El arrendatario llevaba más de veinte años en el disfrute de la finca. En 1979 se le devolvió el ingreso que hizo de la renta arrendaticia por no ser ya la finca propiedad del arrendador. Se citó de conciliación en el Juzgado de Béjar a los nuevos propietarios, y posteriormente se presentó la demanda en el mismo Juzgado solicitando el retracto, lo que desestimó el Juzgado, pero revocó la Audiencia de Valladolid declarando haber lugar al retracto.

No tiene éxito la revisión pretendida. No caducó la acción de retracto, ya que fue formulada la conciliación y consignado el precio de venta dentro de dicho plazo, siendo evidente que el derecho fue reclamado dentro del término de caducidad fijado por la ley. La conciliación, con consignación del precio, supone efectivamente el ejercicio del propio derecho. No se puede alegar que el actor tuvo conocimiento de la venta en fecha anterior, según su propia confesión en el acto de conciliación, pero esta manifestación no es bastante para acreditar un error del juzgador, ya que este conocimiento pudo ser, como ha declarado la Sala, incompleto y por ello el recurrente tiene que interpretar tales frases, cosa no permitida para la existencia del error de hecho, procediendo, por tanto, la desestimación del motivo y del recurso.

DESAHUCIO DE APARCERIA.—NO SON APLICABLES EN LA APARCERIA LAS NORMAS SOBRE DURACION Y PRORROGA DE LOS ARRENDAMIENTOS, DADA LA DIFERENTE NATURALEZA DE LA MISMA Y DEL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 1982).

En 1964 se dio la finca en aparcería sin plazo, señalando que cuando alguna de las partes quisiera dar por terminada la relación podría hacerlo avisando a la otra antes del 30 de septiembre para dejar la finca el 31 de diciembre siguiente. En 1976 se dio el aviso por el propietario mediante acta notarial, oponiéndose el aparcero «por no darse en el preaviso las circunstancias legales de antelación y plazo exigidos por el uso y costumbre de la comarca, que es ley de constante aplicación en las aparcerías». En vista de ello, se presentó la demanda ante el Juzgado de Vic, que la estimó, lo que confirmó la Audiencia de Barcelona.

El recurso de revisión fue estimado en parte. El contrato era de aparcería en la forma que en Cataluña recibe el nombre de «masovería», siéndole aplicables las normas de la Ley de 1935 y del Reglamento de 1959. El recurrente alega injusticia notoria por no aplicación de la disposición transitoria del Real Decreto-ley 22/1978, de 30 de junio, sobre prórroga de arrendamientos rústicos, norma actualizada por Real Decreto-ley de 16 de junio de 1979 y 10 de octubre de 1980. Aunque la aparcería participa

de la naturaleza del contrato de sociedad, se diferencia de ella porque en ésta existe y se persigue un fin común, y en la aparcería no es preciso que las partes se agrupen para la adquisición y ganancias comunes, sino que una de ellas realiza dicha adquisición y la otra se limita a participar en ellas a cambio de ciertas prestaciones, y tampoco se identifica con el arrendamiento, ya que en éste se percibe un precio fijo en proporción a la duración del contrato, y en la aparcería se recibe una parte de los beneficios o frutos que se obtengan, siendo de carácter aleatorio. De aquí que la aparcería sea un contrato con autonomía propia, de naturaleza mixta, innominado y atípico, que conserva su autonomía incluso dentro de la regulación que se hace en la Ley Arrendaticia, sin más peculiaridad que la finalidad social de protección de los aparceros, lo que se traduce en la facultad de obtener la conversión de la aparcería en arrendamiento, siendo fundamental la confianza entre las partes y la lealtad del aparcerero, pero sin que le sean aplicables las prórrogas forzosas establecidas para los arrendamientos, como declaró la Sentencia de 21 de diciembre de 1962 y se ratifica en ésta, dada la diferente naturaleza del arrendamiento y de la aparcería, por lo cual se da lugar al desahucio pretendido. En cambio, se estimó el motivo referente a la condena en costas en contra del aparcerero recurrente, sin que sea aplicable al supuesto litigioso la vigente Ley de 30 de diciembre de 1980, por no tener ésta efecto retroactivo.

DESAHUCIO.—NO SE HA PROBADO EL HECHO DEL CULTIVO DIRECTO Y PERSONAL EN UNA FINCA DE APROVECHAMIENTO GANADERO, POR LO QUE PROCEDE EL DESAHUCIO, YA QUE NO SON APLICABLES LAS PRORROGAS DE LOS REALES DECRETOS DE 1978, 1979 Y 1980 (SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 1982).

Se cedió una finca en arrendamiento en 1976 por término de tres años para el aprovechamiento de pastos exclusivamente. Al ser requeridos los arrendatarios para el término del plazo alegaron que la duración mínima era de seis años, interponiéndose la demanda de desahucio ante el Juzgado número 1 de Zamora, que admitió las razones del actor, confirmando la misma resolución la Audiencia de Valladolid.

No ha lugar a la revisión. Sentada la afirmación de que se trataba de una explotación ganadera, se admite el desahucio de los demandados por haber expirado el término, siendo inaplicables los Reales Decretos de 1979 y de 1980, que se limitan a los arrendamientos rústicos, afectando a los cultivadores directos y personales, expresión claramente referida a las operaciones agrícolas, tanto por su significación gramatical como por la legal que le da el artículo 83, 3, del Decreto de 29 de abril de 1959. Según los recurrentes, el concepto de «cultivador directo y personal» que contenía este precepto dejó de referirse exclusivamente a operaciones agrícolas para adquirir el sentido amplio que le confieren los Reales Decretos citados, que afectan a todos los arrendamientos sometidos a la legislación especial, por lo que ha de interpretarse que comprende también los aprovechamientos forestales y ganaderos y no sólo a los agrícolas, pero esta interpretación necesita la prueba de ser los arrendatarios cultivadores directos y personales, extremo que no fue probado por quien lo alegó ni a ella se dirigían las pruebas propuestas por los demandantes, y siendo así, no puede la Sala

examinar nuevamente la prueba practicada para llegar a conclusiones distintas que el Tribunal *a quo*, quedando incólumes los hechos que la sentencia recurrida declara probados, entre los que no se halla ninguno relativo al cultivo directo y personal de los recurrentes, sin que la revisión pueda convertirse en una nueva instancia, ni comprobar si en los grados jurisdiccionales inferiores se hizo una equivocada o ilegal apreciación de la prueba.

RECLAMACION DE CANTIDAD. — NO HAY INCONGRUENCIA EN LA SENTENCIA CUANDO LA SALA CONCEDIO LA INDEMNIZACION DE TODOS LOS DAÑOS CAUSADOS SEGUN DICTAMEN PERICIAL, AUNQUE NO SE SOLICITARA EXPRESAMENTE EN LA DEMANDA (SENTENCIA DE 29 DE MAYO DE 1982).

En 1977 se arrendó una finca por tres años al cuñado del nudo propietario, que actuó en nombre propio y en el de la usufructuaria, su madre. En 1980 el arrendatario pidió autorización para entresacar 30 pies de encinas, a lo que accedió el arrendador, pero aquél se extralimitó talando 272 pies, no entresacando meramente, como era lo autorizado, por lo que se le requirió notarialmente, haciéndole responsable de los daños y perjuicios. El Ministerio de Agricultura notificó al dueño que por infracción de la Ley de Montes se había formulado denuncia contra el arrendatario por exceso de entresaca de encinas. Se formuló demanda ante el Juzgado número 1 de Badajoz pidiendo una indemnización de daños y perjuicios estimada en 466.917,83 pesetas. El Juzgado estimó en parte la demanda y condenó al pago de 193.861,18 pesetas, absolviéndolo del resto de la reclamación que contra él se deducía. La apelación fue rechazada en Cáceres.

No prosperó la casación por infracción de ley. El actor está legitimado, en su cualidad de nudo propietario y administrador de su madre, para reclamar la indemnización de daños sin el concurso de aquélla, usufructuaria, aplicando la norma que, conforme al artículo 3.º de la Ley de 1935, hace permisible que el hijo nudo propietario tenga facultades para arrendarla y ejercitar las acciones que del pacto legislativo pudieran derivarse. Tampoco puede considerarse que la sentencia se excediera al conceder indemnización por los gastos de eliminación de los tocones de las encinas cortadas, ya que no había sido solicitada por el actor, pero olvida el recurrente que al «talar» en lugar de «entresacar» las encinas dejó los tocones, lo que causa un daño evidente, por lo que podía considerarse su erradicación como incluida en el contenido de la pretensión indemnizatoria, y al conceder la sentencia recurrida menor cantidad que la postulada, condenando al demandado a la indemnización de daños y perjuicios en la cuantía señalada por el Perito designado de común acuerdo por las partes, no incide en el vicio de incongruencia de que se le acusa.

DESAHUCIO.—AL NO SER EL ARRENDATARIO CULTIVADOR DIRECTO Y PERSONAL NO PROCEDEN LAS PRORROGAS DE LOS REALES DECRETOS DE 1978 Y DE 1979 (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1982).

Se interpone demanda ante el Juzgado número 1 de Cáceres alegando que en 1976 se cedieron los aprovechamientos de pastos y montanera de una finca por un año, reservándose el dueño hacer labores agrícolas y también el uso de la casa, quedando excluida la parte de finca concertada con el Estado para repoblación forestal. Llegado el vencimiento, las partes, de común acuerdo, entendieron que el contrato era como mínimo de tres años, pero al llegar septiembre de 1979 el arrendatario no deja la finca a disposición del dueño, por lo que ha dado lugar a la interposición de la demanda. Tanto el Juzgado como la Audiencia acogieron las pretensiones del demandante.

No tiene éxito el recurso de revisión. El recurrente lo que hace es impugnar la declaración fáctica de la sentencia recurrida de que en este caso era imposible aplicar la prórroga de los Reales Decretos de 30 de junio de 1978 y de 16 de junio de 1979 por no concurrir el requisito fundamental de que el arrendatario tuviese que ser un cultivador directo y personal, impugnación que se basa en datos de hecho apreciados en la prueba de confesión, en la documental y de testigos, cuyo alegato es inviable por la vía que se utiliza al estar reservado al mismo el cauce de la causa cuarta del artículo 52, 4, del Reglamento de 1959 en lugar de la tercera del mismo precepto y número de este texto legal.

RETRACTO.—ES SUFICIENTE EL CONTRATO VERBAL PARA QUE SE PUEDA EJERCITAR EL RETRACTO (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1982).

Se cedió en 1972 mediante contrato verbal una finca en arrendamiento hasta que en 1979 el arrendador no aceptó el pago sin dar explicaciones, por lo que consultado el Registro se vio que la finca había sido enajenada, y se interpuso demanda de retracto contra los compradores ante el Juzgado de Santa María de Guía, que dio lugar al mismo, y la apelación ante la Audiencia de Las Palmas fue desestimada, salvo en la imposición de costas a los demandados.

El recurso de casación no triunfa. En la sentencia recurrida se acreditó probado el arrendamiento y que el colono ignoró la venta hasta el 28 de mayo de 1979, procediendo el día 1 de junio a presentar la demanda de retracto, y celebrado el acto de conciliación en 25 de septiembre del mismo año sin que se acredite que la cesión de la finca fuese a título de gracia, como intentó alegar el demandado y ahora recurrente. Es suficiente el contrato verbal para ejercitar el retracto, ya que si la Ley de 1935, en su primitiva redacción, era más formalista, la Ley de 23 de julio de 1942 concedió a los contratos verbales iguales efectos que a los escritos, por lo que ha de ser desestimado este motivo que pretendía desvirtuar el hecho demostrado en la instancia de que el retrayente era arrendatario, aunque lo fuese por contrato verbal. No había transcurrido el plazo de caducidad, como alega el recurrente, contado desde la celebración del acto de conciliación intentado por el retrayente después de presentada la demanda, por-

que como se deduce del ordenamiento aplicable a las acciones de retracto (artículos 1.524 del Código Civil y 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), este derecho de preferencia se ejercita mediante presentación de la oportuna demanda, pudiendo por la premura del plazo intentarse posteriormente acto de conciliación (arts. 1.621 y 1.622 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Una vez presentada la demanda, con lo cual se tuvo por intentado el retracto en 11 de junio de 1979, la ley no señala plazo para aportar a los autos la certificación del acto de conciliación cuando éste se solicita *a posteriori* de la presentación del escrito inicial, sin perjuicio de los derechos que pueda tener el propietario en supuestos de abuso de derecho o de perjuicios antijurídicos soportados por el mismo, hipótesis no alegada en la instancia.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RETRACTO. — NO PROCEDE, YA QUE NI EL RETRAYENTE ERA ARRENDATARIO EN EL MOMENTO DE LA VENTA NI SE EJERCITO LA ACCION DENTRO DE PLAZO (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1982).

Según el actor, el propietario de una casa que la había adquirido por documento privado la arrendó verbalmente por 5.000 pesetas mensuales y después vendió tal casa, aunque por carecer de titularidad registral hizo que la primitiva dueña la vendiese al segundo comprador, apareciendo el primero como arrendatario para burlar los derechos de tanteo y retracto que tenía el verdadero arrendatario, por lo que éste interpone la demanda de retracto ante el Juzgado número 4 de Barcelona. El Juzgado admitió las excepciones alegadas por el demandado arrendador de prescripción de la acción y de defecto legal en el modo de proponer la demanda, lo que confirmó la Audiencia Territorial.

No prospera el recurso de casación. Este recurso no es una tercera instancia donde haya de revisarse *in extenso* todo el material fáctico y jurídico aportado a la litis, sino que ha de limitarse a determinar si en la instancia se ha sujetado a la ley o doctrina legal lo acordado en el fallo dentro del ámbito jurídico-procesal delimitado por el recurso de casación que se examina. La sentencia que absuelve de la demanda resuelve todas las cuestiones propuestas y debatidas, aunque sólo se examine la cuestión principal cuando las demás están ligadas a ella por vínculos de dependencia. No pudo pretender el recurrente la inscripción en el Registro del documento en el que fundaba sus alegaciones, ya que según el artículo 3.º de la Ley Hipotecaria, son únicamente inscribibles las escrituras, ejecutorias y documentos auténticos que expresa el precepto, ninguno de los cuales es documento privado, a cuya clase pertenece el que sirve de fundamento a la demanda y tampoco el titular de un derecho personal como es el arrendamiento puede alegar interés suficiente para asegurar el derecho que se deba inscribir por no encajar dentro del contenido del artículo 6.º de la Ley, salvo los casos en que legalmente procediera la inscripción. No concurren en este supuesto los requisitos necesarios para el retracto, es decir: a) Que se ejercite sobre la base de una venta, que el propio recurrente califica de

nula por simulación, y así se declaró por la sentencia recurrida. b) El retrayente carece de la cualidad de arrendatario al ser transmitida la finca por documento privado en el año 1968, ya que él mismo manifiesta que es arrendatario desde 1970. c) No se ha probado que el retrayente fuera arrendatario de toda la finca transmitida. d) Se dice que el conocimiento de la venta se tuvo en 2 de octubre de 1976 y la demanda se presentó el 6 de diciembre, por lo que habían transcurrido los dos meses que señala el artículo 48, 2, de la Ley de Arrendamientos Urbanos. d) Tampoco se hizo bien la consignación del precio, pues no se consignaron los gastos del contrato ni los demás procedentes, por lo que se desestima la totalidad del recurso.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO.—NO ES APLICABLE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS, POR LO QUE SE APLICA LA RESOLUCION CONFORME AL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1982).

En el año 1972 se arrendó un solar para chatarrería sin más construcciones que la tapia delimitadora de la propiedad. El arrendatario ha hecho obras sin autorización del dueño. Finalizado el plazo, se insta demanda de desahucio ante el Juzgado Municipal de Málaga, que se declaró incompetente, por lo que se hizo ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de la misma ciudad. El demandado alegó que se trataba de un local de negocio y que las obras se habían hecho con autorización del dueño. El Juzgado desestimó la demanda, pero la Audiencia de Granada revocó la anterior y declaró la resolución del contrato.

No tiene éxito el recurso de casación. La sentencia impugnada calificó el objeto del arrendamiento como «solar», excluyendo así la aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos, aplicándose el Código Civil, por lo que procede la resolución del arrendamiento, sin que el demandado pruebe suficientemente su afirmación de que el objeto del arrendamiento era un local de negocio. Aunque en el contrato se hable varias veces de «local», no se corresponde con el resultado de la prueba, pues los contratos son lo que son y no lo que digan las partes contratantes. El objeto arrendado es inhabitable por no reunir los presupuestos de seguridad, salubridad e higiene imprescindibles para obtener la categoría de «local de negocio», afirmaciones no combatidas por la vía procedente del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Admitido esto, la regulación aplicable no es la especial con la prórroga forzosa, sino la común del Código, cuyo artículo 1.569, 1.º, permite el desahucio por expiración del término, que había transcurrido con exceso en este caso, desestimación que supone la del recurso en su totalidad.

C. R. R.

V. SUCESIONES

TESTAMENTO MANCOMUNADO (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1984).

La actora y apelante pretende que las disposiciones testamentarias de su padre tienen carácter mancomunado y por tanto son nulas conforme al artículo 669 del Código Civil, debiendo abrirse, en consecuencia, la sucesión intestada. Criterio que no es compartido por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Palma de Mallorca ni por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca; tampoco se muestra favorable al mismo la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, que desestima el recurso siendo ponente el Magistrado don Rafael Pérez Giménez en base a la siguiente doctrina:

Que por propia concreción del recurrente, el presente recurso se dirige a combatir la sentencia impugnada únicamente en cuanto niega que el testamento otorgado por el causante de los litigantes sea mancomunado y por tanto nulo, articulándose a tal efecto dos motivos de casación, de los cuales el segundo de ellos, de estudio prioritario por exigencias lógico-procesales, se apoya en el ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denuncia la infracción por violación del artículo seiscientos sesenta y nueve del Código Civil, argumentando a tal efecto, frente a lo que sostiene dicha sentencia, que el carácter mancomunado de las disposiciones de última voluntad de los consortes señor M. y señora Z. se manifiesta: *a)* en el testamento otorgado por el señor M. el día trece de marzo de mil novecientos sesenta y siete, pues dicho testador, después de exponer que de acuerdo con su consorte había decidido hacer un «cúmulo» con las fincas S. S. de M. y S. S. —esta última pertenecientes a ambos cónyuges en *pro indiviso*—, procede a dividirlos en lotes que adjudica a sus hijos, a los que instituye herederos, designando usufructuaria a su esposa; *b)* en las notas testamentarias posteriores al citado testamento, y previstas en su cláusula novena, en las que dicho señor M. hace una nueva distribución de los bienes, notas que al estar escritas de puño y letra del testador, y aceptadas a continuación por su esposa, demuestran el carácter mancomunado de tales declaraciones de voluntad, ello aparte de que en tales notas el señor M. utiliza el plural como si se manifestare también en nombre de su esposa (así emplea los términos «...lo firman...», «...disponemos...», «...se comprometen ambos testadores a...», «...nuestro hijo...», «...poseemos...», etc.); motivo que debe ser desestimado, ya que al razonar de tal modo se olvida por el recurrente que el testamento mancomunado, prohibido por el mencionado artículo seiscientos sesenta y nueve del Código Civil, es aquel que contiene en un solo acto o instrumento las declaraciones de última voluntad de dos personas, y caracterizado, por tanto, por su unidad instrumental, no por su contenido, situación que no se da en el caso de litis, pues por una parte el testamento abierto de trece de marzo de mil novecientos sesenta y siete es otorgado única y exclusivamente por el señor M., sin que pierda su carácter individual por el hecho de que manifieste el «acuerdo con su consorte» respecto a la división o adjudicación de ciertos bienes, entre ellos el que tenía en *pro indiviso* con su esposa; y por otra parte las llamadas notas, codicilos o memorias testa-

mentarias —a las que la sentencia atribuye naturaleza distributiva y no dispositiva y el recurrente carácter de disposición *mortis causa*— están, escritas y firmadas únicamente por el señor M., y en ellas se contiene única y exclusivamente su unilateral declaración de voluntad, sin que tal carácter individual y unilateral se pierda por la circunstancia de que a continuación, pero en acto o diligencia independiente, estén aceptadas por su esposa, lo que impide considerar el acto como mancomunado, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de tales notas.

Que el primer motivo del recurso —último en su estudio— se apoya en el mismo ordinal del artículo mil seiscientos noventa y dos y acusa la infracción por violación del artículo seiscientos setenta y cinco del Código Civil, relativo a la interpretación de los contratos, razonando al respecto que tanto las notas, memorias o codicilos en los que el señor M. distribuye entre sus herederos los bienes propios y el que tiene en *pro indiviso*, con su esposa, como la conformidad o aceptación que ésta consignaría a continuación de tales notas, integran verdaderas disposiciones de última voluntad y, por consiguiente, están sujetas a las prohibiciones legales establecidas para los testamentos mancomunados, criterio inadmisibile: a) porque la sentencia impugnada, tras un detenido examen de las mismas, les asigna el carácter de actos de distribución o partición del caudal hereditario, negándoles a *contrario sensu* la naturaleza jurídica de actos patrimoniales de disposición, y a tal interpretación debe estarse por ser ésta una facultad de los Tribunales de Instancia que debe respetarse mientras no resulte claramente errónea o equivocada, error o equivocación que no cabe apreciar en el caso de litis; b) porque la propia sentencia acertadamente niega el carácter de acto de última voluntad a la conformidad o aceptación de la esposa a las referidas notas en cuanto tal aceptación, como declaración de voluntad, está destinada a producir efectos después de la muerte de su esposo, no después de su propio fallecimiento, lo que impide se le pueda considerar como acto *mortis causa*; y c) porque además de lo expuesto, y como se ha dicho anteriormente, la referida aceptación o conformidad de la esposa a la distribución de bienes que su esposo hace en tales notas se realiza en acto separado, independiente y posterior aunque lo sea a continuación de ellas, y por tanto, y cualesquiera que sean sus efectos, en ningún caso podrían calificárseles de disposiciones testamentarias mancomunadas y, consecuentemente, en ningún caso podrían subsumirse en la hipótesis prohibitiva contenida en el artículo seiscientos sesenta y nueve del Código Civil.

TESTAMENTO. NULIDAD. PRETERICION. RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1984).

El hijo natural, reconocido en virtud de manifestación hecha ante el encargado del Registro Civil por el hermano de su padre —tío suyo, por tanto—, demanda a la viuda de su padre, de cuyo matrimonio no hubo descendencia, alegando preterición en el testamento paterno, en el que se instituyó única heredera a la esposa y pidiendo se decrete su nulidad y la apertura de la sucesión intestada, con los demás pedimentos congruentes, a lo que accedió el Juzgado de Primera Instancia de Arévalo, sentencia fa-

vorable al hijo natural, que fue confirmada por la de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley por la demandada y apelante, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Rafael Pérez Gimeno, declara no haber lugar al mismo conforme a la siguiente doctrina:

Que para la adecuada solución de este recurso debe partirse de una realidad fáctica sentada en la sentencia de instancia y no atacada por el recurrente, consistente: Primero, en que en el Registro Civil de Buenavista-Madrid consta la inscripción del nacimiento del actor J. G. M. como ocurrido el día veinticuatro de febrero de mil novecientos sesenta y uno, inscripción en la que figura como padre don R. G. S. y como madre doña F. M. T., ambos de estado soltero a la sazón, inscripción extendida en virtud de declaración de E. G. S., hermano del que aparece como padre. Segundo, en que dicha acta de nacimiento, además de por los funcionarios correspondientes y por el declarante referido, se suscribió posteriormente por los expresados R. G. y F. M., que figuran en la inscripción como padres del nacido; y ante esta realidad documental, que sirve de base a la sentencia impugnada para afirmar la filiación natural del actor, se formula el presente recurso, en cuyo único motivo, apoyado en el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia el error de hecho en la apreciación de la prueba, error de hecho que resulta, según se dice, de atribuir al actor la condición de hijo natural reconocido de don R. G. en base a la fotocopia legalizada del acta de nacimiento de dicho actor, sin que tal acta, que se invoca como documento auténtico, contenga el acto personalísimo y formal de la manifestación del reconocimiento de paternidad, lo que se evidencia también en la declaración testifical de don E. G., hermano de don R. y persona que realizó la manifestación del nacimiento ante el encargado del Registro, motivo que no puede prosperar porque para que concurra el referido error de hecho es necesario que éste sea trascendente en el fallo y que se acredite por documentos auténticos, estimándose sólo como tales los que por sí mismos, y sin necesidad de acudir a deducciones, interpretaciones o hipótesis, evidencian cosa contraria a lo afirmado o negado en la sentencia recurrida; y en el caso de litis se pretende acreditar el alegado error mediante el acta de inscripción del nacimiento del actor en el Registro Civil, acta de la que resulta lo contrario de lo que pretende el recurrente en cuanto no sólo no exterioriza divergencia o discrepancia alguna entre lo que expresa el documento y lo que declara probado el Tribunal, sino que es precisamente dicho documento el que contiene la constatación de la negada paternidad y en el que se apoya la sentencia para hacer tal declaración, ello aparte de que dicho documento, al haber sido el mismo que la Sala sentenciadora tuvo en cuenta para construir su tesis decisoria del litigio, no tiene el carácter de auténtico, como evidentemente no lo tiene la declaración testifical de don E. G. por no poderse conceptuar a estos efectos ni siquiera como documento; y sin que en este recurso pueda entrarse en el examen de si al firmarse el acta de nacimiento por los que en ella figuran como padres, con posterioridad a su formalización, se vulneró o no el artículo treinta de la Ley del Registro Civil, relativo a la unidad de acto de la inscripción, o si al haberse manifestado por el que promovió la inscripción que el inscrito era hijo de F. y de R. se conculcó el artículo ciento treinta y dos —hoy ciento

veintidós— del Código Civil entonces vigente, relativo a que cuando el reconocimiento se hace por uno solo de los padres no puede revelarse el nombre de la persona con quien hubiere tenido el hijo ni expresar circunstancia alguna por donde pueda ser reconocida, o bien si al no haberse hecho constar la declaración de reconocimiento —en el supuesto de que la hubiere habido— al margen de la inscripción firmada por quien realizase tal reconocimiento se infringió el artículo cuarenta y nueve de la indicada Ley del Registro Civil, pues tales infracciones, en la hipótesis de que concurrieran, debieron denunciarse por el cauce del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos y no por la vía del número séptimo al implicar verdaderas infracciones jurídicas y no meramente fácticas; pero es que, además, a partir de la vigencia de la Constitución, y por así disponerlo su artículo catorce, precepto de carácter normativo y no meramente programático o declarativo de principios, nadie puede ser discriminado por razón de nacimiento, entendiéndose, en consecuencia, derogadas las limitaciones que respecto a la investigación de la paternidad de los hijos extramatrimoniales se contenían en la regulación del Código Civil anterior a la reforma de mil novecientos ochenta y uno, por lo que si en el caso de litis el Tribunal de Instancia examina la repetida acta firmada por don R., y por considerarla expresiva de su voluntad le atribuye la paternidad del inscrito, hoy actor, no comete violación alguna de la normativa aplicable al caso.

COMENTARIO.—Esta sentencia se plantea bajo el régimen anterior al introducido por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modificó, entre otros, el artículo 814 del Código Civil, ya que según el texto legal desde entonces vigente, «la institución de heredero a favor del cónyuge sólo se anulará en cuanto perjudique a las legítimas». Esto es, el hijo natural hubiese sucedido, no en toda la herencia, sino sólo en las dos terceras partes, pasando la tercera parte restante a la viuda.

TESTAMENTO. INTERPRETACION. MEDIOS DE PRUEBA EXTRINSECOS (SENTENCIA DE 29 DE FEBRERO 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 la parte apelante y demandada contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Tafalla, conforme a las siguientes consideraciones, de las que se desprenden claramente los hechos:

Que la cláusula del testamento objeto de interpretación por la Sala de instancia —y ahora del recurso— dice literalmente: «Cuarta. De todos sus bienes presentes y futuros ambos testadores (se trataba de un testamento de hermandad navarro) se instituyen recíprocamente únicos y universales herederos, con amplia facultad dispositiva a favor del sobreviviente. Y al fallecimiento del último de ellos los bienes que queden en poder del mismo se distribuirán de la forma siguiente: a) Legan a su hija N. un terreno de dieciocho metros de fachada por lo que dé de sí de fondo, sito en la calle del P. de esta villa, en donde tienen actualmente edificada la casa en donde

habita (se refiere a N.), con sus bajeras y cuadra. *b)* El resto del terreno sito en dicha calle, con lo edificado, se lo legan por partes iguales en favor de sus hijos C. y S. *c)* Y el resto de sus bienes presentes y futuros nombran por sus herederos a partes iguales en favor de sus tres nombrados hijos M. C., S. y N. y en su defecto a sus descendientes».

Que como dato complementario preciso para valorar la interpretación hecha por la sentencia que se recurre, a la vez que la que se ofrece en el recurso, no está de más añadir que en un anterior testamento los causantes habían dispuesto en su cláusula quinta que legaban «por terceras e iguales partes y *pro indiviso* a sus tres nombrados hijos la finca propiedad de los testadores sita en M., constituida de casa y demás edificios en la calle de la P. (hoy del P.) en su terreno anejo que forma todo un solo inmueble; pero si su citada hija doña N. en vida de los testadores construyere una casa para sí misma en dicho terreno, es deseo de los otorgantes que la tercera parte de dicho terreno total le sea adjudicada a su citada hija en el lugar donde hubiera realizado tal edificio, quedando las otras dos terceras partes de terreno y demás edificios para los otros dos hijos por mitades e iguales partes».

Que la Sala de instancia, al decidir sobre la determinación del objeto legado en la finca total, compuesta de vivienda, corrales y terreno dedicado a la explotación agrícola, entiende, al aceptar los ajustados y detallados análisis de la sentencia del Juez de Primera Instancia, que el legado hecho a N. se refería y concretaba a la zona o espacio edificado que confrontaba con la calle del P. y que el otorgado a los otros dos hermanos también se refería al mismo terreno edificado lindante con la citada calle, dejando así la parte o terreno no edificado de la finca registral englobado en la masa patrimonial en la que fueron instituidos herederos por partes iguales los tres hermanos, conclusión a la que se llega a la vista no sólo del tenor del testamento, sino de los datos extrínsecos que enumera (testamento anterior, testigos, situación y descripción de la finca, sus medidas, etc.), amén, sobre todo, de la intención de los causantes en cuanto a su clara y expresa voluntad de igualar a sus tres hijos, que no se cumpliría si, como quieren los dos hermanos que hoy recurren, se entendiera que el tercio total de la adquisición hereditaria de N. (por legado y como heredera) se concretara a la porción edificada por ella y su marido en la parte o terreno lindante con la calle dicha, con exclusión de la parte que le corresponde en el resto de la finca, mucho mayor que la edificada.

Que el primero de los motivos del recurso se interpone al amparo del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil «por error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documento auténtico», y la cita para demostrar la equivocación que se dice evidente del juzgador del testamento otorgado por los causantes con anterioridad al hoy válido y vigente, testamento que, como ya se ha dicho, fue estudiado y tenido en cuenta por la Sala de instancia como dato extrínseco y complementario de la determinación de la voluntad de los causantes en su última disposición, con lo cual ya hasta para desestimar el motivo de acuerdo con la reiterada doctrina de esta Sala (como últimas muestras las Sentencias de ocho de febrero de mil novecientos ochenta y diez de marzo de mil novecientos ochenta), aparte de que la exposición del mismo más se refiere a la oferta de una particular interpretación de los recurrentes respecto del primer testamento en cuestión citado

como auténtico, deduciendo de él otro sentido o significado distinto al obtenido por el juzgador, lo cual ya le desprovee también de su carácter probatorio a estos efectos, pues como se dijo en las Sentencias de veintidós de diciembre de mil novecientos sesenta y cuatro y diez de marzo de mil novecientos ochenta, la demostración o evidencia del error ha de ser objetiva y no subjetiva, lo que quiere decir que si bien los recurrentes pueden denunciarlo, no por eso pueden construirlo mentalmente con el intento de hacer prevalecer su criterio personal en la interpretación del documento, lo cual, en definitiva, choca con lo tantas veces dicho de que el documento ha de contener un dato escueto, claro, contundente e inequívoco, demostrativo del presunto error.

Que el segundo y último motivo, por la vía del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, denuncia la aplicación indebida del artículo seiscientos sesenta y cinco del Código Civil, relativo a la interpretación de las disposiciones testamentarias (atenimiento al sentido literal de sus palabras, salvo clara manifestación de ser otra la voluntad del testador), motivo que en su brevísima y escueta exposición no indica los términos de una indebida aplicación de tal artículo o norma que pudieran contradecir los pormenorizados datos y razones dados por el Juez de Instancia en su búsqueda de la voluntad testamentaria, labor judicial que evidentemente no puede ser destruida por ese simple alegato y enunciado, sin base alguna de hecho ni argumento relativo a la subsunción operada, por lo que, en suma, procede rechazar también dicho motivo, en armonía, por lo demás, con la reiteradísima doctrina de que la interpretación testamentaria es incumbencia de los Tribunales de Instancia y su criterio debe prevalecer en casación, a menos que resulte manifiestamente erróneo que se trate de un error patente que contraría de modo inequívoco y ostensible la voluntad del testador (Sentencias de dieciocho de diciembre de mil novecientos sesenta y cinco, veintinueve de octubre de mil novecientos sesenta y ocho, veintiséis de noviembre de mil novecientos setenta y cinco y ocho de febrero de mil novecientos ochenta).

COMENTARIO.—Este fallo tiene en cuenta un anterior testamento de los mismos causantes, revocado por el posterior, como elemento interpretativo o medio de prueba extrínseco, para inducir del mismo la voluntad de los testadores de igualar a sus hijos.

TESTAMENTO. INTERPRETACION (SENTENCIA DE 9 DE MARZO DE 1984).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, 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 Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que confirmó la del Juzgado número 8 de esa capital en virtud de las siguientes consideraciones:

Que el artículo 675 del Código Civil, referente a la interpretación de las disposiciones testamentarias, concede notoria supremacía a la voluntad real del testador sobre el sentido literal de la declaración, pues sólo prima tal sentido literal cuando el texto de la cláusula testamentaria debatida no dé lugar a dudas en cuanto a su contenido y alcance, supuesto de duda que

el precepto legal contempla y que como es obvio conduce rectamente, en averiguación de la verdadera intención del testador, a la aplicación de las normas de hermenéutica, si bien los elementos de las mismas a conjugar, llamados usualmente gramatical lógico y sistemático, no pueden aislarse unos de otros ni ser escalonados como categorías o especies diversas de interpretación, pues no son más que medios o instrumentos que se han de poner en juego dentro de un proceso interpretativo unitario, razón por la que el citado artículo 275 no impone ni podía hacerlo un orden sucesivo de prelación en que deban utilizarse dichos criterios, pues no excluye que para determinar si hay una clara voluntad del testador que obligue a no dar a sus palabras su sentido literal (hipótesis prevista en la proposición primera), o para apreciar si hay, cuando menos, motivos de duda a este respecto (hipótesis de la proposición segunda), se deba utilizar, conjunta y combinadamente, los instrumentos todos de la interpretación —Sentencias de 5 de marzo de 1944, 3 de febrero de 1961, 25 de mayo de 1971 y 26 de noviembre de 1974—.

Que, igualmente, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, contenida, entre otras, en sus Sentencias de 5 de julio de 1966, 30 de octubre de 1970, 30 de abril de 1981 y 8 de junio de 1982, es función de los Tribunales de Instancia la de fijar el verdadero alcance de las cláusulas testamentarias, cuyo criterio ha de prevalecer en casación en tanto no se evidencie que es manifestamente erróneo o equivocado por contrariar de modo muy patente la voluntad del testador.

Que en la sentencia recurrida y en la del Juzgado se establecen como conclusiones fácticas, que no tratan de desvirtuarse por la vía adecuada en los varios motivos del recurso, las de que: a) que aparece demostrado por el propio testamento de la heredera doña J. que los bienes a que la litis se contrae fueron poseídos por ella durante su vida sin haberlos vendido ni gravado en modo alguno, y que, por ende, no se había cumplido la condición a que quedaba supeditado el legado ordenado en el testamento de don R. M. V. a favor de la villa de C. de M.; b) que la prueba practicada había demostrado, en relación a la prohibición de enajenar los bienes objeto de la litis, que tal evento no se produjo, pues la heredera del testador cumplió durante su vida la prohibición o limitación que le fue impuesta por éste, y no vendió, gravó ni hipotecó los bienes, al igual que en la actualidad sus herederas, hoy demandadas, quienes además de observar las disposiciones testamentarias de aquélla —ajustadas a lo que su padre le ordenó en el testamento de 7 de marzo de 1916—, han conservado el castillo con significativo interés.

Que don R. M. V. en el testamento que otorga el día 7 de marzo de 1916 instituye heredera universal de todos sus bienes a su hija doña J. M. M. «a sus libres voluntades», con solo la limitación, respecto a determinados bienes, que establece a continuación, ordenando conserve dichos bienes en su poder durante su vida sin venderlos, gravarlos ni hipotecarlos en forma alguna, y que al disponer de ellos lo haga en favor de una sola persona, sujetándola a idéntica condición de la que acababa de expresar y a su hija imponía, todo ello para que con el producto de dichos bienes se atendiera a la administración, guarda y conservación del castillo del V. de C. o S. F., como también al esplendor del mismo, procurando con las cantidades sobrantes su mejora y absoluta conservación, y tras expresar un ruego a su hija y heredera, finaliza la mentada cláusula consignando que, si contra lo

que firmemente creía, su hija J. o su heredero quisieran en cualquier forma eludir la prohibición de enajenar que impongo hasta el límite que mi voluntad puede alcanzar, les privo de los bienes cuya enajenación prohíbo, y en tal caso lego tales bienes en plena y libre propiedad a la villa de C. de M.

Que la cláusula testamentaria, transcrita en lo fundamental, es interpretada por la sentencia recurrida en el sentido de que si bien la mencionada doña Julia M. M., al otorgar su testamento en 23 de mayo de 1962, pudo infringir la prohibición impuesta al disponer de los bienes en favor de las demandadas, en lugar de hacerlo en favor de una sola persona, ello no hizo nacer el derecho que la actora —Ayuntamiento de Canet de Mar— pretende en la litis a través de la acción ejercitada, toda vez que la existencia de tal derecho dependía sólo de que la heredera incumpliera la prohibición de enajenar o gravar los bienes por actos *inter vivos*, lo que no ocurrió, careciendo, por tanto, la Corporación actora de la facultad de exigir lo que como legatario reclama en este proceso.

Que en el primer motivo del recurso, por la vía del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa por la parte recurrente la violación del artículo 675 del Código Civil, por entender que siendo claros y precisos los términos en que estaba redactada la cláusula testamentaria debatida, al sentido literal de sus palabras había de estarse; mas como este criterio está en pugna con el particular de la cláusula meritada, en que se ordena el legado a favor de la villa de Canet de Mar, por cuanto en la misma se condiciona la operancia de este legado al incumplimiento «por su hija Julia o su heredero» de la prohibición de enajenar que había impuesto, es obvio que el juzgador de instancia había de determinar a qué se circunscribía el alcance de tal prohibición de enajenar, para lo que había de hacer uso de los criterios de hermenéutica en la forma consignada en el primer razonamiento de esta resolución, que es precisamente lo que verificó para llegar a la conclusión de que la prohibición de enajenar se refería a actos de disposición *inter vivos*, conclusión lógica si se la relaciona con el total contexto de la cláusula testamentaria y con el significado de la palabra «enajenar», de alcance notoriamente más limitado que la expresión «disponer», por lo que el motivo ha de decaer.

Que inalteradas en casación las afirmaciones fácticas de las sentencias de instancia, en el sentido de que ni doña Julia ni sus herederas vendieron, gravaron ni hipotecaron los bienes objeto de la litis y que, por tanto, el Ayuntamiento de Canet de Mar carece de acción para reclamar el legado sobre tales bienes a su favor instituido, son totalmente intrascendentes los alegatos en que se fundamentan los motivos segundo y tercero del recurso, en que por la vía del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la aplicación indebida del artículo 111 de la Compilación de Derecho civil especial de Cataluña, cuando debería haberse aplicado —según se arguye— el artículo 660 del Código Civil y los artículos 168 y 219 de la mencionada Compilación —motivo segundo—, o la violación de los artículos 781 y 789 del Código Civil en relación con el artículo 165 de la repetida Compilación —motivo tercero—, pues tales preceptos atinentes a los legados y a las sustituciones fideicomisarias, aunque hubieran sido infringidos, podrían determinar la casación del fallo de la sentencia recurrida, que se sostiene en la indudable carencia de acción del Ayuntamiento de Canet de Mar para reclamar bienes que le fueron legados para el evento de cumplimiento de una condición no acaecida.

DERECHOS SUCESORIOS. ADOPCION (SENTENCIA DE 13 DE ABRIL DE 1984).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Sánchez Jáuregui, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la demandada reconviniendo y apelada contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, que había revocado en su totalidad la del Juzgado de Primera Instancia de Ibiza, conforme a la siguiente doctrina, de la que se desprenden claramente los hechos que motivaron el litigio, resumidos en sí el adoptado bajo la primitiva redacción del Código Civil sin que el adoptante se haya obligado a instituirle heredero, tenía derecho a suceder a su padre adoptivo fallecido también bajo la vigencia de la primitiva redacción del Código Civil en materia de adopción.

Que lo que se pretendió, en definitiva, por la madre y causante de las hoy recurrentes doña M. B. C., inicial demandada y reconviniendo, fue que se le reconociera la cualidad de heredera de don J. B. G., como hija adoptiva del expresado señor, fijando la sentencia recurrida, en su actividad para la aplicación del derecho, los hechos concretos que habían de ser base de la decisión y que, cronológicamente expuestos, son los siguientes: a) Con fecha treinta y uno de agosto de mil novecientos doce, don J. B. G. otorga testamento, en el que, entre otras disposiciones que no interesan a los fines de la resolución del caso en litigio, instituye como herederos propietarios a «los que designe en otro testamento o los que lo fueran según la ley», falleciendo sin haber otorgado disposición de última voluntad con posterioridad. b) Por Auto del Juzgado de Primera Instancia de Ibiza de fecha trece de mayo de mil novecientos treinta y uno, y por escritura pública de veintitrés de mayo del mismo año, el señor B., conjuntamente con su esposa doña M. C. T., adoptaron a doña M. B. C., no obligándose los adoptantes a instituir heredera a la adoptada, pues sólo declaran textualmente que «adoptan a la hasta hoy llamada M. P. B., la cual llevará desde hoy los apellidos B. C., que corresponden a los adoptantes, y disfrutará de los derechos que le confieren los artículos ciento setenta y cinco y siguientes del Código Civil, con las obligaciones que en los mismos se determinan». c) Don J. B. G. falleció el día siete de mayo de mil novecientos cincuenta y uno.

Que partiendo de los hechos fijados, la resolución impugnada establece las normas aplicables a la decisión del caso controvertido, las que concreta, en primer lugar, en la preceptiva contenida en el artículo ciento setenta y siete del Código Civil, en su inicial redacción, según la que el adoptado no adquiriría derecho alguno a heredar, fuera de testamento, al adoptante, a menos que en la escritura de adopción se haya éste obligado a instituirle heredero; en segundo lugar, en lo dispuesto en los artículos seiscientos cincuenta y siete y seiscientos sesenta y uno del propio Cuerpo legal sustantivo, en cuanto prescriben que los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte y que los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones, y, por último, en la normativa contenida en las Disposiciones Transitorias 1.ª y 12.ª del Código Civil.

Que en el primer motivo del recurso, por el cauce del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento

Civil, se acusa a la sentencia recurrida de haber violado por inaplicación el artículo tercero del Código Civil, en lo que señala su apartado primero, en orden a la interpretación de las normas, en relación con los artículos ciento setenta y cinco a ciento ochenta, en su redacción vigente en el año mil novecientos cincuenta y uno, y en los textos reformados de dichos artículos en veinticuatro de abril de mil novecientos cincuenta y ocho y cuatro de julio de mil novecientos setenta, motivo cuyo rechazo se impone porque, como se deduce de los hechos fijados por la sentencia recurrida, incólumes en este trámite casacional, la norma aplicable en orden a la determinación de los derechos que correspondían a doña M. B. C., como hija adoptiva de don J. B. G. a la fecha del fallecimiento de éste el día siete de mayo de mil novecientos cincuenta y uno, era la contenida en el artículo ciento setenta y siete del Código Civil, según la inicial redacción del mismo, no requiriéndose para la interpretación de tal precepto labor de hermenéutica distinta a la de acudir al sentido de sus propias palabras, sentido que en el caso concreto de la presente controversia no puede ser alterado por aquellos otros criterios interpretativos que hacen referencia a la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas y a la atención que debe prestarse al espíritu y finalidad de las mismas, habida cuenta de que la norma legal —artículo ciento setenta y siete del Código Civil en su primitiva redacción— ha de ser aplicada con plena virtualidad a una situación jurídica consumada en el año mil novecientos cincuenta y uno, año en que fallece el adoptante, lo que hace que el factor «tiempo» haya que referirlo al indicado año, pues lo contrario significaría que el retraso en el ejercicio de los derechos adquiridos pudiera ser determinante de una modificación en el contenido de los mismos no sancionada por el legislador concediendo efecto retroactivo a la nueva regulación legal de una institución, razonamientos en los que, en definitiva, se deduce que la realidad social y el espíritu y finalidad de la norma, en la fecha concreta de su aplicación, por haber acaecido el hecho que originaba automáticamente la adquisición del derecho, no puede afirmarse sean los que las sucesivas modificaciones del Código Civil en relación a los derechos sucesorios del adoptado han venido sancionando a través de las modificaciones de los preceptos pertinentes en las fechas veinticuatro de abril de mil novecientos cincuenta y ocho, cuatro de julio de mil novecientos setenta y trece de mayo de mil novecientos ochenta y uno.

Que en el motivo segundo, formulado por igual cauce que el anterior, se denuncia la violación, por inaplicación, del artículo seiscientos setenta y cinco del Código Civil, con base en la argumentación de que la cláusula del testamento otorgado por don J. B. G. en treinta y uno de agosto de mil novecientos doce, por la que instituye herederos propietarios a «los que designe en otro testamento o los que lo fueran según la ley», había que interpretarla en el sentido de que en la expresión «según la ley» comprendía a la hija adoptiva doña M. B. C., alegato totalmente carente de fundamento, ya que, de una parte, no adoptó a dicha señora hasta el día veintitrés de mayo de mil novecientos treinta y uno, y de otra, porque en la fecha de otorgamiento del testamento los hijos adoptivos no eran herederos «según la ley», sin que sea tampoco admisible que la cláusula testamentaria en cuestión, en contra de su clara dicción literal, se entienda no reflejar la voluntad del testador a pretexto de que desconocía su

alcance, ya que ello significaría poner en tela de juicio la competencia profesional del Notario autorizante del instrumento, y como a ello es de añadir que, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio al respecto ha de mantenerse, a menos que aparezca de modo manifiesto que aquél es equivocado o erróneo por contradecir evidentemente la voluntad del testador, se hace obvia, en conclusión, la desestimación del analizado segundo motivo del recurso.

Que igual suerte desestimatoria corresponde al tercer motivo del recurso, en el que, al amparo del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa a la resolución impugnada de haber violado, por inaplicación, la Disposición Transitoria decimotercera, en relación con la Disposición Transitoria decimosegunda, ambas del Código Civil, disposiciones transitorias que lejos de haber sido violadas por la sentencia combatida, fueron recta y expresamente aplicadas por la misma, ya que en el caso controvertido los derechos a la herencia de don J. B. G. habían de regularse con arreglo a la legislación vigente a su muerte, acaecida el día siete de mayo de mil novecientos cincuenta y uno, todo ello también conforme a la preceptiva contenida en los artículos seiscientos cincuenta y siete y seiscientos sesenta y uno del Código Civil, igualmente aplicados por la sentencia de la Audiencia, sentencia con respecto a la que, además, es de denotar la cita adecuada que efectúa de la Disposición Transitoria primera del referido Código, en cuanto veda la retroactividad de la norma posterior que perjudique derechos adquiridos según la ley anterior.

F. C. L.