

I. Resoluciones y sentencias

II. Sentencias del Tribunal Supremo

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JOSÉ QUESADA SEGURA y
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITOS.—AUN PRESCINDIENDO DE LOS TITULOS QUE APORTA EL REIVINDICANTE, ES UN DATO DE CAPITAL IMPORTANCIA EL TENER INSCRITAS LAS FINCAS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD, CON EL CONSIGUIENTE FAVOR LEGAL DE LA PRESUNCION DEL ARTICULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA SEGUN DECLARACION DE LA SALA DE INSTANCIA (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1980).

Hechos.—Don Antonio Luis P. M. formuló demanda contra don Julio P. M. sobre acción reivindicatoria alegando que el demandado detenta y ocupa totalmente las fincas que se describen, negándose a desalojarlas, por lo que suplica se dicte sentencia por la que se declare que el actor es propietario de tales fincas y, en su consecuencia, se condene al demandado a que le entregue las mismas.

El demandado se opone negando que el actor sea dueño de las fincas, no siendo tampoco él mero detentador.

El Juez de Primera Instancia de Aguilar de la Frontera dictó sentencia estimando en lo fundamental la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla.

El demandado interpone recurso de casación por infracción de los artículos 348 y 349 del Código Civil, por aplicación indebida, al no haber acreditado el actor la propiedad que reivindica, y por error de derecho o error de hecho en la apreciación de las pruebas.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

Considerando que en los fundamentos de las dos sentencias de instancia —ambas contestes— se dice con absoluta claridad que el actor —hoy

recurrido—, con los medios de prueba por él propuestos, justificó los tres requisitos que, implícitos en el artículo trescientos cuarenta y ocho del Código Civil, ha señalado la doctrina de esta Sala, es decir, el dominio de las dos fincas que reivindica, la identidad de las mismas y su posesión por el demandado, a lo que añade la sentencia recurrida que, aun prescindiendo de los títulos que aporta el reivindicante, se da un dato de capital importancia, cual es el de tener aquél inscritas las fincas en el Registro de la Propiedad, con el consiguiente favor legal de la presunción del artículo treinta y ocho de la Ley Hipotecaria, que no ha sido desvirtuado por la prueba practicada a instancias del demandado que hoy recurre.

Considerando que frente a tal conclusión opone el recurrente, en su motivo primero, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la denuncia de infracción de los artículos trescientos cuarenta y ocho y trescientos cuarenta y nueve del Código Civil, indebidamente aplicados, si bien luego, en el breve desarrollo del motivo simplemente se dice que el actor no ha probado los requisitos de la acción reivindicatoria ni ha justificado la veracidad y justeza del título que presenta, con lo cual se incide evidentemente en desenfoque, ya que, como dice reiterada jurisprudencia (Sentencias de veintiséis de enero de mil novecientos sesenta y seis, dieciséis de mayo de mil novecientos sesenta y seis, veintiséis de junio de mil novecientos sesenta y ocho, etc.), es función propia del Tribunal sentenciador la de fijar los hechos fundamentales de su resolución como consecuencia de la apreciación de los medios de prueba aportados, fijación a la que ha de estarse mientras no se demuestre que al hacerla se incurrió en error de hecho o de derecho, y ello por la vía del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como ya, por otra parte, y para la fase previa de admisión del recurso, indica el número noveno del artículo mil setecientos veintinueve de la citada ley, al sancionar con la inadmisión al recurso que se refiera a la apreciación de las pruebas, salvo que se siga la vía del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos, y como esto no se hizo así es clara la necesidad de rechazar el motivo, ya que, además, no basta el simple alegato de la aplicación indebida de los artículos trescientos cuarenta y ocho y trescientos cuarenta y nueve del Código Civil, sino que de acuerdo con lo dicho, habría de ponerse de manifiesto, según el sentido de ese modo de infracción, que el hecho básico del pleito no encajaba en el supuesto de hecho de las normas que se citan, atribuyendo esa desarmonía al error del juzgador y, naturalmente, demostrándolo por la vía adecuada.

Considerando que si bien el recurrente, en el motivo segundo, elige la vía del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, lo hace de un modo tan impreciso y ambiguo que también es forzoso desestimarlos, dado que después de aludir sin precisión a unos documentos sumariales, termina por acusar a la sentencia de comisión «no sólo de error de hecho, sino de todo derecho», sin indicar de modo taxativo cuál sea la clase del error por el que se decide y en el que incide la sentencia recurrida, lo cual, evidentemente, constituye, como se ha dicho, causa de desestimación según reiterada doctrina de esta Sala, la cual indica que el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa

y dos de la ley prevé dos clases de errores diferenciados: el error de derecho, que afecta a la valoración probatoria, para cuya viabilidad es preciso que el juzgador de instancia tenga que sujetarse a una norma preestablecida referente a la prueba y que ésta se haya violado, con inexcusable citación de la norma infringida, y el error de hecho, referido a una apreciación sobre la existencia del hecho, patentizado mediante documento o acta auténtica que demuestre la evidente equivocación del juzgador; errores que no deben ser involucrados o mezclados, sino expuestos separadamente —o de modo único si sólo se denuncia uno—, bien en el mismo motivo o en motivos separados, cosa que el recurrente no hace, contra la prohibición del artículo mil setecientos veinte de la Ley Procesal y que impide a esta Sala realizar la revisión y crítica en que la casación consiste.

SERVIDUMBRE IMPUESTA SOBRE FUNDO INDIVISO: COMO LA CONCESION HECHA SOLAMENTE POR ALGUNOS DE LOS COPROPIETARIOS DETERMINA QUE QUEDE EN SUSPENSO HASTA QUE LA OTORGUEN LOS QUE FALTEN (ART. 597 DEL CODIGO CIVIL), ESTO ES APLICABLE AL CASO DE CONSTITUCION EN REPRESENTACION DE UNA COPROPIETARIA MENOR DE EDAD SIN FACULTADES PARA REPRESENTARLA, POR LO QUE LA RATIFICACION POSTERIOR DE ELLA CUANDO LLEGO A LA MAYORIA DE EDAD DETERMINA LA EFICACIA DE LA SERVIDUMBRE.—NEGOCIO PENDIENTE DE RATIFICACION: NO ES PROPIAMENTE INEXISTENTE, SINO UN ACTO SOMETIDO A UNA CONDUCTIO IURIS. LOS EFECTOS DE LA RATIFICACION SON RETROACTIVOS ENTRE LAS PARTES, NO AFECTANDO A TERCEROS.—CUANDO LOS SIGNOS DE SERVIDUMBRE SON OSTENSIBLES E INDUBITADOS, TIENEN UNA PUBLICIDAD EQUIVALENTE A LA INSCRIPCION (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1980).

Hechos.—La comunidad de propietarios de un edificio promovió demanda contra don Alberto y don Manuel T. M., alegando que éstos han edificado sin respetar las distancias de luces y vistas, suplicando se dicte sentencia declarando la inexistencia de servidumbres de luces y vistas entre las fincas colindantes de actores y demandados y, en consecuencia, se condene a los demandados a que tapien totalmente cuantos huecos o ventanas existen en el edificio de su propiedad en la pared lindante de ambos predios o, en último término, a que los reduzcan a la forma característica y dimensiones que prefijan los artículos 581 y 582 del Código Civil.

Los demandados se oponen alegando que por documento privado se había constituido servidumbre a su favor por los anteriores propietarios de la finca colindante de los actores, habiendo ratificado uno de ellos, cuando llegó a la mayor edad, la citada servidumbre constituida por su padre y confirmada por unos defensores judiciales de la misma. Formuló reconvencción solicitando se declare existente y legalmente constituida la servidumbre de luces y vistas que grava la finca propiedad de la actora, como predio sirviente, en favor de la finca propiedad de los demandados,

que es predio dominante respecto de aquélla, condenando a la demandada a estar y pasar por todas las declaraciones de la reconvencción y otorgar cuantos documentos fueren necesarios para la inscripción registral de la servidumbre de luces y vistas existentes.

El Juez de Primera Instancia número 10 de los de Madrid dictó sentencia desestimando totalmente la demanda y estimando la reconvencción.

Interpuesto recurso de apelación por la comunidad actora, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid confirmó la sentencia del Juzgado.

La parte actora interpone recurso de casación, interesando los motivos 2.º, 4.º y 5.º, únicos que superaron la fase de admisión y que, respectivamente, se fundan en: error de derecho en la apreciación de la prueba y violación del artículo 1.281, en relación con los 1.225 y 1.218, del Código Civil, dado que los documentos privados hacen prueba contra los contratantes de las declaraciones en ellos contenidos; infracción de los artículos 6, párrafo 1.º, y 1.261, 1.310 y 1.311, todos ellos del Código Civil, aduciendo como títulos constitutivos de la servidumbre los documentos que no pueden ser confirmados ni ratificados por el documento que contiene la supuesta declaración unilateral de voluntad de una de las copropietarias cuando llegó a su mayoría de edad; violación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues los documentos privados constitutivos de la servidumbre son en este caso actos nulos inhábiles para constituir tal gravamen y no afectan a los adquirentes con buena fe.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

Considerando que en cuanto al segundo de los motivos, formulado al amparo del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendido error de derecho en la apreciación de la prueba, a causa de alegada violación del artículo mil doscientos ochenta y uno, en relación con los mil doscientos veinticinco y mil doscientos dieciocho del Código Civil, al entender el recurrente que reconociendo la sentencia recurrida, en su considerando cuarto, que el título inicial examinado —se refiere al documento privado de veintiocho de junio de mil novecientos sesenta y seis— es ratificado en documentos privados, fechados el ocho de marzo de mil novecientos sesenta y siete (folio setenta y cinco) y el catorce de enero de mil novecientos setenta y cuatro (folio setenta y seis), en el primero de los cuales los ya mencionados don Apolonio y sus hijos, Luis, Rafael, Carlos y María del Carmen, ésta representada por los nominados defensores judiciales don Carlos S. H. y don Rafael A. R., ratifican la servidumbre de luces y vistas que grava la casa número seis de la calle de Pérez-Herrera, a que se contrae la litis entablada, esa declaración fáctica atribuye a don Carlos S. H. y a don Rafael A. R. la condición de nominados defensores judiciales de la menor sin tener en cuenta que se trata de una mera autonomía, sin fundamento en actuaciones judiciales y sin base en la prueba documental obrante en autos, la inconsistencia de tal motivo, y su consiguiente desestimación, surge solamente de tener en cuenta que con dicha afirmación efectuada por la Sala sentenciadora de instancia en manera alguna se viola el artículo mil doscientos ochenta y uno, en relación con los mil doscientos veinticinco y mil doscientos dieciocho, del Código Civil,

puesto que, bajo un aspecto, con ello no se alteran, en modo alguno, los términos del contrato en cuestión, ni se altera la intención contractual, sino simplemente se pone de manifiesto lo realmente ocurrido en el orden contractual, con reconocimiento de lo constatado en documentos privados, que mediante su reconocimiento legal, aceptado en el presente caso, tienen el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes, con el efecto, también aceptado en la resolución impugnada, de su prueba contra tercero del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste, así como contra los contratantes y sus causahabientes en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros; y bajo otro aspecto, porque lo en realidad planteado en el motivo examinado no es un simple problema de error de derecho, con base en los relacionados artículos, merecedor de amparo por el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil planteado, sino de índole sustantiva de pretendida infracción del artículo ciento sesenta y cinco del Código Civil, expresamente citado en el desarrollo de tal motivo, cuyo cauce adecuado no es el determinado por dicho número séptimo, sino por el primero del mencionado artículo mil seiscientos noventa y dos, no planteado al respecto.

Considerando que a igual solución desestimatoria es de llegar en lo que afecta al motivo cuarto, alegado, al amparo del número primero del invocado artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendida infracción, por violación, de los artículos seis-uno, mil doscientos sesenta y uno, mil trescientos diez y mil trescientos once del Código Civil, porque, en apreciación de la parte recurrente, al no haber comparecido en el presente caso en los contratos privados de veintiocho de julio de mil novecientos sesenta y seis y ocho de marzo de mil novecientos sesenta y siete la menor María del Carmen, actuando por ella su padre don Apolonio en el primero de dichos documentos y dos supuestos defensores judiciales en el segundo, se trata de actos jurídicos documentados nulos, de conformidad con los preceptos legales invocados como sustento del motivo examinado, sin posibilidad de ratificación ni confirmación, por lo que entiende no tiene valor la sanación pretendida por los recurridos mediante el consentimiento prestado por dicha María del Carmen ya alcanzada la mayoría de edad, en documento por ella suscrito el catorce de enero de mil novecientos setenta y cuatro, porque si bien es cierto, como expone dicha parte recurrente, que el contrato celebrado a nombre de otro, por quien no tenga su representación, tiene vicio de nulidad, por faltar el consentimiento de la persona para quien se contrata, según tiene declarado esta Sala en Sentencias, entre otras, de catorce de diciembre de mil novecientos cuarenta, siete de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro y veintinueve de enero de mil novecientos cuarenta y cinco, sin embargo, cuando, cual en el presente caso ha ocurrido, esa persona lo ratifica, como esta ratificación hace aparecer con posterioridad el elemento esencial que faltaba, y al consentir se subsana esa falta de representación, se considera entonces el contrato o, en general, el negocio jurídico, como válido y eficaz, por admitirlo los artículos mil doscientos cincuenta y nueve, mil trescientos trece y el párrafo segundo del artículo mil setecientos veintisiete del Código Civil, con la consecuencia de que el negocio concluido en nombre de una determinada persona sin poder de representación de ésta, o con extralimitación de

poder, pueda ser ratificado por la persona a cuyo nombre se otorgó, dado que esa posibilidad de ratificación imprime un carácter especial al negocio en que la representación interviene, haciendo de él no un acto propiamente inexistente, sino un negocio jurídico en estado de suspensión subordinado a una *condictio juris*, de tal modo que, en definitiva, si la ratificación se produce, se considera el negocio como válido y eficaz desde el principio y en contra del representado, al purificarse según el conocido brocardo *ratihabitio mandato comparatur* (Sentencias, además de otras, de catorce de diciembre de mil novecientos cuarenta, siete de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro, cinco de abril de mil novecientos cincuenta, dieciséis de abril de mil novecientos cincuenta y dos, veintisiete de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho y trece de diciembre de mil novecientos sesenta y cinco), aunque con la salvedad de que los efectos retroactivos del negocio lo hayan de ser sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos en el interín por terceros (Sentencia de esta Sala de veinticinco de junio de mil novecientos cuarenta y seis), o sea, afectando sólo a las partes en el contrato, pero no a los terceros a quienes la ley reconozca un derecho dependiente de la consumación de éste (Sentencia de esta Sala de dos de julio de mil novecientos cincuenta), evento de tal perjuicio de tercero no apreciado en el presente caso, desde el momento en que las luces y vistas cuestionadas ya existían cuando los demandantes adquirieron la finca que ahora pretenden libre de tales gravámenes, y no habían obtenido declaración alguna a su favor de su inexistencia, porque, de una parte, la no constancia en el Registro de la Propiedad de esos gravámenes a favor del predio dominante lo único que supondría es su no constatación registral, pero no impedimento a la posibilidad de su realidad, y, de otra parte, su no indicación en las escrituras públicas otorgadas a favor de los integrantes de la comunidad demandante en la finca ahora considerada predio sirviente en una simple manifestación destruible por prueba en contrario, y mayormente en cuanto afecta a alguno de los miembros de tal comunidad que concertaron dichos gravámenes con los demandados, y a los que traen causa adquisitiva de aquéllos.

Considerando que, aparte de lo expuesto, es de tener en cuenta que la desestimación del examinado motivo cuarto siempre vendría determinado por el contenido de lo normado en el artículo quinientos noventa y siete del Código Civil, según el cual si ciertamente para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los propietarios, no obstante, la concesión hecha solamente por algunos —que sería en el presente caso el supuesto de que faltase la de la referida María del Carmen— determinaría no que cesaren en absoluto los efectos de dicha concesión, sino solamente que quedaba en suspenso hasta que la otorgasen los que faltasen —o sea, en este caso, la mencionada María del Carmen—, y siempre sobre la base de que la concesión dada por algunos de los copropietarios separadamente de los otros obligaba a los concedentes y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido, que es precisamente la situación ahora producida, en cuanto que de los partícipes de la comunidad demandante, unos —los hermanos don Carlos, doña María del Carmen y don Rafael— han prestado separadamente el consentimiento a la existencia de tales luces y vistas—, según viene establecido en el precedente considerando,

y otros —los hermanos don José María, don Alfonso y don Fernando—, su titularidad proviene sobre la finca que se designa gravada por consecuencia de la venta que les fue efectuada por don Apolinar S. H. y su hijo don Luis S. A., en veintinueve de diciembre de mil novecientos setenta y dos, y, por tanto, con vinculación a aquéllos al no poder impedir el ejercicio del derecho concedido, conforme dispone el párrafo último de dicho artículo quinientos noventa y siete, por su carácter de sucesores a título particular de los transmitentes a su favor que habían concedido la mencionada servidumbre de luces y vistas en cuestión a los demandados don Alberto y don Manuel Thous Mochales.

Considerando que tampoco es de acoger el motivo quinto, que, como el anterior, ampara el recurrente en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendida violación del artículo treinta y cuatro de la vigente Ley Hipotecaria, al entender que habiendo adquirido, por vínculo jurídico de compraventa, los hermanos don José, don Alfonso y don Fernando L. V., la nave que ocupa la totalidad de la planta baja de la casa número seis de la calle Pérez Herrera, integrada en la comunidad de propietarios actora, en la que le corresponde un coeficiente del sesenta por ciento, con consiguiente inscripción registral, que, a su vez, existía también precedentemente en los adquirentes, no les afectaba el contenido de los relacionados documentos privados de mil novecientos sesenta y seis y mil novecientos sesenta y siete, como tampoco el de ratificación de mil novecientos setenta y cuatro, al existir a favor de aquellos adquirentes la protección registral que les depara el artículo treinta y cuatro de la Ley Hipotecaria, en cuanto entiende la parte recurrente les protegía el principio de buena fe que da vida a aquél, porque, como ya expresa la sentencia recurrida, tanto en sus razonamientos como en los que acepta de la sentencia de primera instancia, y según tiene declarado esta Sala en Sentencias de veintinueve de diciembre de mil novecientos setenta y treinta de diciembre de mil novecientos setenta y cinco, siempre que los signos de servidumbre sean ostensibles e indubitados, como sucede en el supuesto ahora contemplado, en que se trata nada menos que de veintiocho huecos abiertos en la pared de la casa de Fernández Oviedo, número once, pretendido predio dominante, lindante con la casa número seis de la calle Pérez Herrera, pretendido predio sirviente, esa apariencia exterior, existente con anterioridad a la indicada adquisición, e inscripción registral efectuada a favor de los meritados hermanos don José, don Alfonso y don Fernando L. V., le atribuye una publicidad equivalente a la inscripción, y desprovee, en consecuencia, de apoyo a la protección registral, con el carácter de tercero hipotecario, alegada por aquéllos, puesto que aun cuando el párrafo primero del artículo trece y el artículo treinta y ocho de la Ley Hipotecaria exijan la inscripción en la oficina inmobiliaria correspondiente de los derechos limitativos del dominio para que puedan gozar de los beneficios de la fe pública registral, no están facultados para invocar la cualidad de terceros a estos fines quienes adquieren bienes gravados con servidumbre de cuya existencia, con signos ostensibles, como los de luces y vistas, no se pueda dudar, aun cuando no hubieran tenido acceso al Registro.

NOTA.—En esta sentencia destaca su doctrina sobre la ratificación del negocio y también sobre la publicidad de los signos de servidumbre ostensibles e indubitados respecto a terceros.

En cuanto a la *ratificación* del negocio jurídico, esta sentencia entiende que, aunque los que actuaron como representantes de una menor de edad no tuviesen facultades, el negocio puede ser ratificado por la interesada cuando llegue a la mayor edad, pues con la ratificación se hace aparecer el elemento esencial que faltaba, es decir, el consentimiento de un contratante. Desde esta perspectiva es muy interesante la calificación del negocio pendiente de ratificación no como acto propiamente inexistente, sino como negocio en estado de suspensión subordinado a una *condictio iuris*. Todo esto es muy acertado, como también lo es la referencia a las Sentencias de 25 de junio de 1946 y de 2 de julio de 1950, en el sentido de que la eficacia retroactiva de la ratificación sólo afecta a las partes contratantes y no a los terceros.

Lo que ya no se comprende bien es cómo después de aceptar esta doctrina sobre la limitada eficacia retroactiva de la ratificación, se diga que en este caso no se aprecia perjuicio de tercero. A nuestro modo de ver, existen unos terceros que adquirieron en el ínterin y que son terceros en el sentido civil del concepto, pues ahora no entramos en el concepto de terceros hipotecarios, que es distinta cuestión, de la que luego nos ocuparemos a propósito de la publicidad de los signos aparentes, pero que no afecta al problema de la ratificación. ¿Cómo se puede decir que no hay perjuicio de tercero por la ratificación «porque las luces y vistas cuestionadas ya existían cuando los demandantes adquirieron la finca que ahora pretenden libre de tales gravámenes»? Se podrá decir que los «signos de servidumbre existían», pero a efectos de ratificación, y siguiendo el hilo de la doctrina del Tribunal Supremo, hay que decir que antes de la adquisición del tercero lo único que existía era un «negocio de constitución de servidumbre» pendiente de la *condictio iuris* en que consiste la ratificación. Esto quiere decir que la ratificación ulterior no podía tener efecto retroactivo en perjuicio de estos terceros que adquirieron cuando la ratificación todavía no se había producido. De todo esto nosotros deducimos que se sigue «formalmente» en esta sentencia la doctrina de las citadas Sentencias de 25 de junio de 1946 y de 2 de julio de 1950, pero que «a la hora de la verdad», es decir, al aplicar esa doctrina al caso concreto, no se ha tenido en cuenta que existen esos terceros a los que no podía perjudicar la eficacia retroactiva de la ratificación. Al aludir la sentencia a los «signos aparentes» mezcla el problema de la eficacia de la ratificación, con el problema de la publicidad de los signos de servidumbre, que nada tiene que ver con aquél, pues la publicidad hay que plantearla respecto a una servidumbre ya constituida por título o por prescripción, y no a una servidumbre pendiente de ratificación y, por tanto, de constitución.

Entrando ya en la cuestión de la publicidad de los «signos de servidumbre», la presente sentencia no hace más que confirmar una reiteradísima doctrina del Tribunal Supremo, que arranca de una época muy anterior a la vigente Ley Hipotecaria. Así, NÚÑEZ LAGOS cita las Sentencias de 11 de enero de 1895 (sobre un acueducto), 7 de febrero de 1896 (signo aparente y ostensible puesto por el que fue dueño común de dos fincas contiguas), 5 de abril de 1898 (luces y vistas ostensibles), 31 de marzo de 1902 (luces y vistas ostensibles), 12 de octubre de 1904 (vertiente de agua de tejado), 14 de octubre de 1905 (sobre un cauce), 17 de noviembre de 1911 (existencia inequívoca de un signo ostensible y perma-

nente puesto por el antiguo dueño común de dos fincas), 13 de enero de 1913 (emplazamiento de una presa o azud). Más recientemente, cabe destacar, entre otras muchas, la de 21 de diciembre de 1970 (luces y vistas), 30 de diciembre de 1975 (luces y vistas), 29 de mayo de 1979 (también luces y vistas).

La presente sentencia no hace más que recoger este tópico reiteradísimo de que la publicidad resultante de estos signos de servidumbre ostensibles e indubitados es equivalente a la publicidad de la inscripción registral. Es muy difícil luchar contra este tópico, aunque lo consideramos totalmente nocivo para un buen sistema hipotecario que quiera denominarse «moderno», pues está muy arraigado en la doctrina y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Nos vamos a limitar aquí a hacer una serie de puntualizaciones:

1.^a En cuanto al *ámbito* de este «tópico», es decir, de esta doctrina sobre la publicidad de los signos aparentes, hay que señalar que no se refiere a cualquier supuesto de servidumbre aparente, pues la jurisprudencia insiste en que ha de tratarse de «*signo ostensible, indubitado, inequívoco*». En la presente sentencia se habla de «nada menos que de veintiocho huecos». Claro que desde mi perspectiva, lo importante no es el aspecto cuantitativo del signo, ni siquiera su aspecto cualitativo, sino el carácter de publicidad imperfecta que tienen unos meros signos externos desde el punto de vista jurídico, sobre todo teniendo en cuenta que, a otros efectos, como, por ejemplo, para el cómputo de la prescripción, el Tribunal Supremo no les concede valor (así en luces y vistas), exigiendo la existencia de un acto obstativo. Por otra parte, para que se aplique el «tópico», hay que insistir en algo que ya hemos dicho más arriba, y es que la servidumbre ha de estar constituida por título o por prescripción o por el medio del artículo 541 del Código Civil, cosa que no puede predicarse de un negocio pendiente de ratificación.

2.^a En cuanto al *fundamento* del tópico, nos interesa destacarlo, pues pone más al descubierto lo erróneo de su admisión. La doctrina acepta la interesante explicación dada por NÚÑEZ LAGOS, que se concreta en los siguientes párrafos: «El principio de publicidad impide alegar ignorancia de lo inscrito, que por esto perjudica siempre a tercero. Fuera del Registro también actúa el principio de publicidad, porque la «evidencia hace inexcusable la ignorancia». Cuando una servidumbre es ostensible y pública por signos externos, objetivos, materiales y evidentes, no puede ser desconocida por el tercero y, por tanto, le perjudica como si estuviera inscrita. No es problema de conocimiento efectivo. Aunque demostrara el tercero su absoluta ignorancia, le perjudicaría la carga extrarregistral». Y más adelante: «Examinando toda esta jurisprudencia del Tribunal Supremo se pueden apreciar dos cosas: primero, se centra el problema en los conceptos de publicidad y carga oculta, y no en el principio de buena fe; segundo, no se trata de que el tercero *de facto* conozca e ignore la existencia de la servidumbre (principio de buena fe), sino de que por lo ostensible y público de la servidumbre o derecho, no pueda alegar ignorancia excusable (principio de publicidad)». El Tribunal Supremo sigue el principio *de internis non iudicat*.

Este fundamento se ve muy claro también en la presente sentencia, pues se da la circunstancia de que los recurrentes alegan violación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y concretamente del requisito de la

buena fe. La sentencia, en lugar de ocuparse de la prueba acerca de la buena o mala fe, que, por cierto, la hubiera puesto en aprieto, al existir la presunción de buena fe, no dice nada de que los terceros conocieran la servidumbre en el caso concreto a través de los signos, sino que aplica ese principio de ostensible publicidad de los signos, sin preocuparse del requisito de la buena fe y del conocimiento efectivo.

De todo esto cabría deducir dos cosas: 1.^a Que para quienes interpretan la «publicidad del Registro de la Propiedad» en relación con el requisito de la buena fe (tesis monista del tercero; todo es en el sistema hipotecario, art. 34), les debería extrañar que para la «publicidad rudimentaria de los signos externos» fuera indiferente la llamada buena fe (léase «conocimiento»), y, en cambio, para la «publicidad registral» fuera un requisito esencial del sistema. 2.^a Que para quienes interpretan que el artículo 32 y el 13 de la Ley Hipotecaria se basan simplemente en los principios de prioridad e inoponibilidad, sin referencia específica a la llamada «buena fe» (el tópico de la denominación), ha de servir de argumento esta jurisprudencia acerca de la eficacia automática de la «publicidad».

3.^a En cuanto a la *crítica* del tópico, entresacamos ahora unas frases que dijimos en esta misma Revista hace más de diez años, con ocasión de un comentario de la citada Sentencia de 21 de diciembre de 1970: «Extraña esta tesis... equiparando la publicidad registral y la incipiente publicidad de signos materiales externos, como si estuviéramos en las primeras épocas de la historia de la publicidad inmobiliaria». «Creo que la reiterada doctrina jurisprudencial es una doctrina construida para 'andar por casa', en el sentido de que sirve para los frecuentes casos de transmisiones operadas entre vecinos o personas que por una u otra conexión con el lugar de situación de la finca han tenido claramente posibilidad de conocer todos los signos y circunstancias físicas que rodean al inmueble. Pero para ciertos casos de compras que antes se han indicado (subastas públicas, residentes en distinto lugar, etc.), en que se trata de 'andar fuera de casa', la doctrina jurisprudencial conviene que sea matizada, en lugar de ser elevada a principio inflexible, y conviene también que no sea generalizada.» «Y es que las ventanas se abren para que se pueda ver el exterior desde ellas y no para que los que viven en lugares distantes tengan que ver necesariamente dichas ventanas.» Y ahora añadimos: «y mucho menos para que puedan interpretar que esas ventanas constituyen jurídicamente servidumbre y no unos signos de mera tolerancia o de carácter personal, etc.».

Además, la doctrina jurisprudencial no es conforme con la Ley Hipotecaria ni con el propio Código Civil. El artículo 606 del Código dice: «Los títulos de dominio o de otros derechos reales que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero». El artículo 608 del mismo (tan recordado por HERMIDA LINARES) establece: «Para determinar los títulos sujetos a inscripción o anotación, la forma, efectos y extinción de las mismas, la manera de llevar el Registro y el valor de los asientos de sus libros, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria». Pues bien, de ningún precepto de la Ley Hipotecaria se desprende que cuando la servidumbre sea aparente queda exceptuada de inscripción. Así, en el artículo 2, se consideran títulos sujetos a inscripción los de constitución, reconocimiento, transmisión, modificación o extensión de «servidumbres». En el artículo 13, párrafo primero, se

dice: «Los derechos reales limitativos, los de garantía y, en general, cualquiera carga o limitación del dominio o de los derechos reales, para que surtan efectos contra terceros deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan». El artículo 32 reitera lo dispuesto en el artículo 606 del Código Civil. Y, sobre todo, está el artículo 225 de la Ley Hipotecaria, tan olvidado por los autores que siguen la tesis monista de ROCA SASTRE sobre el tercero, y que dice lo siguiente: «La libertad o gravamen de los bienes inmuebles o derechos reales *sólo podrán acreditarse en perjuicio de tercero* por certificación del Registro». Este precepto no sólo favorece la tesis dualista del tercero, de la que ahora no nos ocupamos, sino que favorece la tesis de la publicidad registral frente a la idea de «publicidad por signos externos» que patrocina esta jurisprudencia.

Por tanto, nosotros entendemos que esta reiterada doctrina jurisprudencial no se adapta a la ley y debería ser rectificada para adaptarse a los preceptos mencionados. Pero reconocemos que el tópico existente, fomentado por los propios autores hipotecaristas (—!), es muy difícil de superar.

BUENA FE DEL TERCERO.—SERVIDUMBRE DE PASO NO INSCRITA, RESULTANTE DE DOCUMENTO PRIVADO Y DE LOS ARTICULOS DEL REGLAMENTO DE UNA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS Y DE LOS ACTOS PROPIOS DE ESTA.—NO SE TRATA DE UNA MERA TOLERANCIA NI DERECHO PERSONAL.—OBSERVACIONES EN RELACION CON LOS ARTICULOS 606 DEL CODIGO CIVIL Y 32 DE LA LEY HIPOTECARIA (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1980).

Hechos.—El presidente de la comunidad de propietarios de una Colonia formuló demanda sobre acción negatoria de servidumbre contra don Manuel B. D. y la entidad «J., S. A.», alegando que en las escrituras de venta de los diferentes pisos que forman la Colonia se manifiesta que se hallan libres de toda carga, a pesar de lo cual en la finca colindante, propiedad de la entidad demandada, con motivo de la construcción de un edificio que se estaba llevando a cabo, el contratista de las obras procedió a derribar parte de la tapia que cierra la finca abriendo en ella dos huecos para el paso de camiones y maquinaria de obras y entrada de personal; y que se requirió al contratista para que suspendiera el paso de camiones, maquinaria y personal, y contestó que había servidumbre de paso por las calles por donde pasan los camiones y personal. Por ello, la parte actora suplica se dicte sentencia condenando a que se reconozca que la finca donde radica la Colonia no está afectada a ninguna servidumbre; que el contenido de los artículos 15 y 16 del Reglamento de la comunidad de propiedad constituye sólo el otorgamiento de una mera tolerancia, y a satisfacer a la actora los daños y perjuicios ocasionados en los elementos de la misma.

La parte demandada se opone alegando que existía servidumbre de paso y desagüe de conducción de aguas fecales, pactada con el primitivo propietario, y a fin de que las servidumbres quedasen legalmente establecidas para los adquirentes de las viviendas, se detallaron en el Regla-

mento de la comunidad, y todos los compradores han tenido conocimiento en el momento de la compra y en el del otorgamiento de su escritura pública, de la existencia de ambas servidumbres de paso y desagüe.

El Juez de Primera Instancia de Santander número uno dictó sentencia estimando sólo parcialmente la demanda, condenando a los demandados a abonar a la actora los daños y perjuicios ocasionados.

Interpuesto recurso de apelación por la actora, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos confirmó la sentencia del Juzgado.

La comunidad demandante interpone recurso de casación por los siguientes motivos: 1.º Violación del artículo 606 del Código Civil, toda vez que la sentencia recurrida proclama que un documento privado puede perjudicar a terceros registrales de buena fe. 2.º Violación del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, inaplicable por la sentencia recurrida, al proclamar que un documento privado no inscrito en el Registro puede perjudicar a un tercero. 3.º Violación de la doctrina jurisprudencial reiterada interpretativa de los artículos 537 y 539 del Código Civil, pues no pudiendo ser título constitutivo de la servidumbre el documento privado, el único título podría ser el contenido de los artículos 15 y 16 del Reglamento de régimen interior de la comunidad; pero dada la presunción legal de la libertad de los predios, la jurisprudencia establece el principio de interpretación restrictiva en esta materia, no pudiendo conceptuarse el derecho de paso como de carácter real, sino estrictamente personal. 4.º Violación del artículo 543 del Código Civil, inaplicable por la sentencia, al admitir que el propietario del predio dominante pueda hacer más gravosa la servidumbre, dado que no es real, sino personal. 5.º Violación del artículo 1.281 del Código Civil. 6.º Violación del artículo 1.230 del mismo Código, pues la sentencia recurrida establece que una escritura pública de compraventa pueda ser desvirtuada por lo pactado en un documento privado.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José María Gómez de la Bárcena, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

Considerando que la cuestión planteada en el proceso a que puso término la sentencia recurrida, se reduce a determinar si sobre las fincas integradas en la comunidad actora pesa o no una servidumbre de paso, cuya existencia la accionante niega, al entender que ni en los títulos dominicales de las partes ni en las inscripciones registrales aparece gravamen o carga de tipo real alguno, ni tampoco la supuesta servidumbre puede derivarse del contenido de los artículos quince y dieciséis del Reglamento de la comunidad demandante, por lo que en su demanda, ejercitando la correspondiente acción negatoria de servidumbre, pretende obtener una sentencia, por la que se establezca que la finca o fincas donde radica la denominada Colonia del Mar no está afecta por ninguna servidumbre de paso, que los precitados artículos sólo constituyen el otorgamiento de una mera tolerancia de paso por el terreno de tal Colonia, en favor exclusivo de doña Carmen y doña Rosario D. L. y de don Alvaro C. C., en caso de construir éste en fincas inmediatas, y se condene a los interpelados a indemnizar a la actora los daños y perjuicios ocasionados en los elementos de la Colonia y los que pudieran ocasionar en lo sucesivo, a fijar en trámite de ejecución de sentencia, y al pago de las costas procesales; pretensiones declarativas y de condena a las que los condenados se opusieron, aduciendo la existencia de la servidumbre de

paso de contrario negada, la que, a su juicio, deriva de un documento privado suscrito, en fecha diecisiete de marzo de mil novecientos sesenta y siete, entre el entonces propietario de las fincas, del que la demandante trae causa, don Alvaro C. C., y los dueños de las adquiridas por la segunda de las demandadas, Japsa, S. A., servidumbre posteriormente transcrita, en unión de la de desagüe —cuya existencia la actora no niega—, en los precitados artículos reglamentarios, documentación que, a su entender, constituye un título adquisitivo claro que debe justificar la íntegra desestimación de la demanda.

Considerando que ante las contrarias posiciones adoptadas por las partes, la sentencia de la Sala que se impugna, viene a estimar la tesis de los demandados, absolviendo de los pedimentos declarativos y condenando por los conceptos indemnizatorios postulados, resolución con la que los codemandados se aquietan, y es en los considerandos segundo y tercero donde examina, tanto el documento privado aludido, como los artículos de los Estatutos que se dejan citados, en conexión con los actos propios de la comunidad actora, para llegar a la conclusión, por vía interpretativa y por la de valoración de los actos propios de la accionante, de la existencia de la servidumbre de paso, por estos últimos negada, porque tanto en el documento privado como en los Estatutos se contemplan dos servidumbres, una de desagüe, que la actora, como dueña del predio dominante, no sólo no discute, sino que expresamente admite y ejerce, y otra de paso, que es la que niega, como titular del predio sirviente, con lo que viene a vulnerar la interpretación, tanto lógica como sistemática, del contrato de diecisiete de marzo de mil novecientos sesenta y siete, trasladado a los Estatutos comunitarios, concluyendo que si se admite la existencia de la servidumbre de desagüe, no puede negarse la de paso, aduciendo que no se trata de una mera tolerancia a favor exclusivo de los hermanos D. L., con carácter personal, sino de una servidumbre real, establecida entre predios y entre los anteriores titulares de los mismos, de los que aquí contendientes traen causa.

Considerando que en los motivos primero y segundo del recurso, amparados ambos en el ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción de ley y doctrina legal concordante, por violación, en el sentido de no aplicación, de los artículos seiscientos seis del Código Civil y treinta y dos de la Ley Hipotecaria, expresando al desarrollar tales motivos que en la sentencia recurrida se proclama que un documento privado no inscrito puede perjudicar a terceros registrales de buena fe, documento que, a su juicio, sólo podía vincular a sus suscriptores, pero en ningún caso a quienes adquirieron sus viviendas y elementos comunes libres de toda carga o gravamen, salvo las derivadas del Reglamento de Régimen Interior, documento privado que al no tener acceso al Registro de la Propiedad, no podía perjudicarles; motivos que han de perecer por una doble razón, de un lado, porque lo que el recurrente pretende es atacar por inadecuada vía la apreciación que en la instancia se hace de unos elementos probatorios, lo que sólo es dable por la del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, y de otro, porque tal tesis sería admisible si la existencia de la servidumbre se hubiera fundamentado «única y exclusivamente» en el documento privado cuestionado, pero no cuando tal documento, al que se da valor de antecedente, se conjuga en

unión de normas estatutarias y de los actos propios de la comunidad accionante, aparte de que en todo caso, el principio de buena fe determina que cuando exista la circunstancia de hecho o jurídica —en este caso, la escritura de división reveladora de gravamen— es inoperante el que no exista inscripción registral.

Considerando que los precedentes razonamientos son válidos para el rechazo del motivo tercero, que amparado en el mismo ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Adjetiva, denuncia la infracción por violación, en su sentido positivo, de los artículos quinientos treinta y siete y quinientos treinta y nueve del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que cita, insistiendo de nuevo en que «el único título que puede amparar las pretensiones de la parte demandada, en orden a la existencia de la servidumbre que invocan, es el contenido de los artículos quince y dieciséis del Reglamento de Régimen Interior», Reglamento que la sentencia combatida examina y valora, si bien la recurrente estima que al interpretarlo lo ha hecho en forma exhaustiva, cuando la jurisprudencia que cita establece que tal interpretación ha de ser restrictiva, tesis o argumentación que no puede ser admitida, ya que en la sentencia impugnada se examina la literalidad del contenido de los tales artículos, haciendo una exégesis comparativa de las dos servidumbres que aquéllos contemplan, a lo que se adiciona una conducta de la demandante notoriamente distinta, cuando pretende ejercer unos derechos como titular de un predio dominante, manteniendo en tal supuesto la existencia de la servidumbre que se establece en las normas estatutarias, en lo que se refiere a la de desagüe, en tanto la niega, respecto de la de paso, cuando tiene la condición de predio sirviente, a más de que con su reiterada invocación de que se trata de una servidumbre simplemente personal establecida sólo en favor de los hermanos D. L., cuando en la sentencia se la califica de real, lo que pretende es hacer supuesto de la cuestión, entendiendo que su criterio debe prevalecer sobre el del juzgador, lo que según reiterada jurisprudencia no es dable admitir.

Considerando que con la invocación del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Rituaria Civil, se denuncia en el motivo cuarto la infracción, en concepto de violación, por inaplicación, del artículo quinientos cuarenta y tres del Código Civil, por entender la recurrente, al desarrollarlo, que la sentencia recurrida admite que el propietario del predio dominante puede hacer más gravosa la servidumbre, desde el momento en que al ser mayor el número indeterminado de personas que utilizarían el paso, una vez construidos los nuevos edificios que habrían de integrar el predio dominante, notoriamente se agravaría la servidumbre, lo que terminantemente prohíbe la citada norma sustantiva; pero tal motivo ha de perecer asimismo dado que lo que trata de combatirse, por vía inadecuada, es algo que la sentencia recurrida proclama, que no es otra cosa que a tal derecho de utilización del paso no solamente son acreedores los constituyentes de la servidumbre, sino también aquellos que traen causa de ellos, lo que no significa, como el recurrente aduce, una agravación de la servidumbre, sino el ejercicio por parte de los titulares del predio dominante del derecho al paso por el predio sirviente, al igual que acaece en lo referente a la servidumbre de desagüe, por los actuales titulares de la Colonia del Mar y de los que en lo sucesivo adquieran la propiedad de los pisos o locales en la misma integrados.

Considerando que por el cauce del tan repetido número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil se articula el motivo quinto, en el que se dice que la Sala de instancia incide en la infracción, por el concepto de violación, del artículo mil doscientos ochenta y uno del Código Civil, al entender que los términos del contrato de diecisiete de marzo de mil novecientos sesenta y siete son claros, a su juicio, en el sentido de que de su simple lectura se deduce que los únicos a los que se confiere el derecho del paso es a los hermanos D. L.; pero el perecimiento del motivo ya se argumentó al rechazar el tercero, a más de que al contener el precepto que se dice vinculado dos párrafos distintos, no se especifica en el desarrollo del motivo cuál de ellos se estima violado, conforme tiene reiteradamente declarado esta Sala, al referirse a supuestos hermenéuticos distintos, y al querer el recurrente, con sus alegatos, hacer primar su subjetivo criterio sobre el más objetivo del Tribunal de instancia.

Considerando que el sexto y último motivo se articula por la vía del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos, denunciando el error de derecho en la apreciación de la prueba, con violación del artículo mil doscientos treinta del Código Civil, en sentido positivo, expresando en su desarrollo que la Sala de instancia «llega a la conclusión de que el título constitutivo de la servidumbre de paso que termina reconociendo a favor de los demandados, a través de la interpretación del contrato aportado a los autos suscrito entre la representación de don Alvaro C. C. y los hermanos D. L.», pero que tal apreciación incide en error de derecho, al prescindir de lo establecido en el artículo que dice violado, en cuanto establece que un documento público, como la escritura de compraventa otorgada a favor de los integrantes de la comunidad de propietarios, puede ser desvirtuado por un documento privado, cuya fecha y autenticidad no «hemos reconocido siquiera», cuando tal precepto lo veda en forma expresa; pero el motivo ha de ser igualmente rechazado, visto que la sentencia impugnada no atiende exclusivamente a la eficacia vinculatoria de tal documento, sino que llega a estimar la existencia de la servidumbre de paso, en consideración también a los actos propios de la comunidad accionante, extremo no combatido adecuadamente en ninguno de los motivos formulados, y al contenido de la normativa estatutaria.

COMENTARIO.—En esta sentencia se trata del problema de la buena fe del tercero del artículo 32 de la Ley Hipotecaria, cuyo texto, coincidente con el del artículo 606 del Código Civil, dice lo siguiente: «Los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero».

La doctrina de los autores se encuentra muy dividida respecto a si el tercero del artículo 32, es decir, el que se enfrenta con títulos no inscritos, debe o no tener el requisito de la buena fe.

La presente sentencia no se plantea este problema, sino que alude a la buena fe sobre la base propuesta por el recurrente, que partía de que era un tercero de buena fe. Por tanto, no es una sentencia que se encare directamente con la discusión planteada entre los autores, ya que se dicta bajo la orientación señalada por el propio recurrente. No puede olvidarse tampoco que la sentencia apunta la cuestión de la buena fe algo como «de

pasada», al emplear la expresión «aparte de que», si bien creemos que no estamos tampoco ante un *obiter dictum*.

En realidad, en la sentencia hay tres ideas a propósito del artículo 32 de la Ley Hipotecaria y del 606 del Código Civil: 1.ª Un mero documento privado relativo a una servidumbre no sería suficiente para perjudicar a tercero. Así se desprende de la frase de la sentencia en que se dice que «la tesis del recurrente (acerca de que un documento privado no puede perjudicar al tercero que inscribe) sería admisible si la existencia de la servidumbre se hubiera fundamentado ‘única y exclusivamente’ en el documento privado cuestionado». 2.ª Cuando existen *actos propios* del tercero respecto a la existencia de la servidumbre, no cabe alegar los artículos 32 de la Ley y 606 del Código. 3.ª Aparte de ello y en todo caso, el principio de la buena fe determina que cuando exista la circunstancia de hecho o jurídica —en este caso, la escritura de división reveladora de gravamen— es inoperante el que no exista la inscripción registral.

Antes de entrar directamente en el problema que plantea la doctrina acerca de la buena fe del tercero del artículo 32, conviene decir algo a propósito de las expresiones utilizadas por la sentencia. Por un lado, alude a «la circunstancia de hecho reveladora del gravamen». Esto sí que constituye un *obiter dictum* sin valor alguno, pues el supuesto de la sentencia nada tiene que ver con la revelación del gravamen a través de circunstancias de hecho. Para esos casos no vale la cita de la presente sentencia, sino que hay que estar a toda la jurisprudencia existente sobre la publicidad de los signos de servidumbre ostensibles, indubitados y aparentes, que afectan a tercero, aunque no consten inscritos en el Registro. Nos parece importante deslindar esta sentencia de dicha jurisprudencia, porque la interpretación que hay que dar a esa jurisprudencia no tiene que ver con el problema de la buena fe del tercero, sino que se funda en la fuerza de la cognoscibilidad que da esa publicidad por signos externos ostensibles, independientemente de si el tercero ha conocido o visto o no tales signos. Como dice NÚÑEZ LAGOS, se trata de un problema de publicidad y no de buena fe. Por tanto, la alusión de la presente sentencia a la buena fe respecto a *circunstancias de hecho reveladoras de gravamen* constituye un clarísimo *obiter dictum* que en nada afecta a la doctrina jurisprudencial existente sobre los signos ostensibles de servidumbre, acerca de lo cual nos ocupamos en otro comentario.

En cambio, mayor interés puede tener la alusión de la sentencia a la buena fe en relación con «circunstancias jurídicas reveladoras del gravamen —en este caso, la escritura de división en la que consta el mismo—». En este punto conviene hacer unas puntualizaciones: 1.ª Por un lado, ya hemos visto que la propia sentencia considera totalmente irrelevante, a efectos del artículo 32 de la ley, la existencia de un mero documento privado, lo cual consideramos muy importante recalcar. 2.ª En segundo lugar, la circunstancia jurídica del gravamen revelada por la escritura de división tampoco es por sí misma suficiente, pues la sentencia apunta también la existencia de «actos propios» del tercero. Esta referencia a los actos propios la estimamos esencial, de tal modo que entendemos no estará permitido en el futuro aludir a esta sentencia olvidando ese detalle fundamental, ni extrapolar la doctrina de la misma a supuestos en que no existan tales «actos propios». Con tales actos, el tercero asume o ratifica tácitamente el gravamen, y entonces sí que cabe decir aquello de

que no estamos ante un verdadero «tercero», ya que si se ratifica o asume el derecho, pasa a tener la condición de «parte» respecto a ese gravamen no inscrito. Y si pasa a ser «parte», la exclusión del artículo 32 de la Ley Hipotecaria se debería más que a la falta de buena fe del tercero, a la falta de «concepto mismo de tercero».

A propósito de esto, cabe traer a colación la explicación que da NÚÑEZ LAGOS de la antigua jurisprudencia del artículo 13 de la Ley Hipotecaria (que, como se sabe, es un precepto concordante con el art. 32), para así comprobar que no estamos propiamente ante un problema de «conocimiento» del tercero, sino de «consentimiento o actos propios del mismo». Dice NÚÑEZ LAGOS: «Derechos reales ocultos (censos, hipotecas, alguna servidumbre). La Ley Hipotecaria precisamente fue un antiséptico contra ellos. No perjudican a tercero inscrito. ¿Y si el tercero conoció la existencia de esas cargas ocultas? Para el Tribunal Supremo no basta el mero conocimiento. En vez de conocimiento, se trata de asentimiento. Es indispensable que 'el conocimiento se revele evidentemente... por actos que haya realizado el mismo supuesto tercero' (23 de marzo de 1906); 'por actos propios del adquirente o hechos cuya significación no pueda desconocerse, demostrativos de su asentimiento...', pues no consta que el tercero haya realizado acto alguno que implique su reconocimiento (del gravamen), como tampoco lo implica la noticia más o menos vaga o exacta que pudiera tener del hecho del gravamen al adquirir la finca' (Sentencia de 23 de septiembre de 1897); los derechos de pastos como no ostensibles sobre la finca, 'sin que resulten de las propias inscripciones, donde en su caso deberían constar, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley Hipotecaria, no perjudican a tercero' (Sentencia de 28 de junio de 1897); no basta probar que fueron comunicadas al tercero las cargas; es preciso que el tercero abandone su situación pasiva, actúe por actos propios inequívocos demostrativos de su asentimiento (Sentencias del Tribunal Supremo de 29 y 30 de septiembre de 1897, 13 de mayo de 1903, 24 de noviembre de 1915, etc.). Y en nota añade: «La nueva Ley de 1946, en su artículo 13, no exige el requisito de la buena fe. Hay que entender que para el artículo 13 nuevo está íntegramente vigente esta jurisprudencia anterior a 1946».

Pues bien, en nuestra opinión, aunque la presente sentencia alude a la buena fe en relación con el artículo 32, hemos visto que añade el requisito de los «actos propios», que significa un importante aditamento de la cuestión del «mero conocimiento».

Dicho todo esto a propósito de las declaraciones de la sentencia, conviene ahora detenerse en el problema general de si el artículo 32 de la Ley Hipotecaria y el 606 del Código Civil exigen o no la buena fe del tercero.

Como cuestión previa al planteamiento del problema, hay que denunciar la existencia del «tópico de la buena fe». Existe la tentación en este tipo de cuestiones de dejarse llevar por la «demagogia jurídica», a base de utilizar conceptos que calan a primera vista en cualquier persona, pero que sometidos a tratamiento científico serio pueden no dejar ver el bosque. Por un lado, estamos ante el «tópico de la denominación». La buena fe es un principio general del Derecho, pero es algo que se siente más que se define, y además, puestos a encontrar sus acepciones, aparte de la honradez en el modo de proceder, existen varias que hay que aplicar según los casos, apareciendo, por otro lado, una serie de instituciones ju-

rídicas que nada tienen que ver con la «buena fe-desconocimiento» por estar basadas en principios de seguridad jurídica (así, los trámites procesales, la caducidad, la prescripción extraordinaria, etc.), y en las que la inserción de esa «buena fe-desconocimiento» supondría una contradicción *in terminis* ¿Por qué empeñarse en exigir en el artículo 32 la «buena fe-desconocimiento», cuando ese precepto no alude a la buena fe, ni mucho menos a la acepción del «desconocimiento»? Deberíamos empezar por preguntarnos no si en el artículo 32 se exige la «buena fe», sino si se exige cierto «desconocimiento» por parte del tercero o no. Téngase en cuenta que existe otra acepción más importante de la buena fe, y es la «buena fe-falta de fraude», que es la que, en mi opinión, debe preponderar a efectos del artículo 32.

Además del «tópico de la denominación» (o sea, partir de que se llama «buena fe» el desconocimiento, olvidando otras acepciones), existe el «tópico de la buena fe» como algo relacionado con la Ética, que ningún jurista debe olvidar. He dicho antes que esto constituye «demagogia jurídica», y el intérprete debe evitarlo. Por eso, no nos valen las afirmaciones de aquellos autores, que sin ninguna argumentación, pretenden apoyarse en supuestos planteamientos éticos.

En mi opinión, a efectos del artículo 32, la exigencia de la buena fe tiene que significar excluir el fraude y cualquier complicidad en el mismo, sin calificar para nada el problema del conocimiento del adquirente. Es la buena fe del artículo 37, número 4.º, de la Ley Hipotecaria y no la buena fe del artículo 34. Los artículos 13, 32 y 37 de la Ley Hipotecaria responden al principio de inoponibilidad de lo no inscrito frente a lo inscrito; en cambio, los artículos 34 y 36 son excepcionales y no cabe extender su ámbito más allá de lo que los mismos establecen. El artículo 34 es una excepción del artículo 33 y se refiere a la patología del negocio jurídico: la nulidad. La inscripción no la convalida, salvo respecto al tercero, que *desconoce* la inexactitud y reúne los demás requisitos del artículo 34. En cuanto al artículo 36, también es un precepto excepcional, pues contempla la colisión entre el dueño por prescripción y el titular registral, y ante ese supuesto exige —acertadamente o no— que en el tercero se den los requisitos del artículo 34 y, además, una buena fe especial (diligencia en el conocimiento) y que no consienta la posesión del que ha prescrito.

Nada de esto tiene que ver con el supuesto de los artículos 13 y 32 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código Civil, que se refieren simplemente a la colisión de titulares, teniendo preferencia el que primero inscribe. Aquí no debe desempeñar ningún papel el requisito del «conocimiento» o «desconocimiento». Lo que interesa únicamente, para salvar el principio general de Derecho de la buena fe, es sancionar la complicidad en el fraude, conforme a la analogía del artículo 37-4.º de la Ley. Obsérvese que el artículo 37 es una reproducción del artículo 32, salvo que en lugar de referirse a la colisión de «títulos», hace referencia a la colisión entre «acciones» y «titulares».

Por otro lado, la buena fe del tercero del artículo 32 ha de basarse en el contenido del Registro, no en el contenido de situaciones personales o cuasipersonales (*ius ad rem*) al margen del Registro. El artículo 225 de la Ley Hipotecaria es clarísimo y no ha sido tenido en cuenta por la doctrina: «La libertad o gravamen de los bienes inmuebles o derechos reales sólo podrán acreditarse en perjuicio de tercero por certificación del

Registro». Este *tercero* del artículo 225 es el tercero de los artículos 13 y 32, cuya «buena fe-desconocimiento» parte exclusivamente de lo que dice el Registro, porque así resulta del sistema hipotecario español. En cambio, aunque no lo exija el precepto, *por razones éticas y conforme a los principios generales del Derecho*, y la analogía del artículo 37.4.º, hay que exigir que no sea de mala fe en el sentido de «complicidad en el fraude». El simple conocimiento de situaciones personales o cuasipersonales no supone mala fe. Así se desprende del artículo 37.4.º, cuando señala que el «simple conocimiento de haberse aplazado el pago del precio no implicará, por sí solo, complicidad en el fraude». Luego, el «simple conocimiento» de ciertas situaciones de eficacia imprecisa al margen del Registro tampoco debería implicar, por sí solo, mala fe.

Considero esenciales las observaciones de LA RICA y de TIRSO CARRETERO acerca del problema de la buena fe.

LA RICA, jurista de los pies a la cabeza, ya advirtió que «el requisito de la buena fe, en los sistemas de inscripción, es patentemente un arma de doble filo, que ha de manejarse con exquisito tacto. Un paso de más reduce el valor de los asientos a una simple formalidad que no vale la pena, y un paso de menos puede convertir al Registro en el auténtico burladero, que celestinee al fraude». Y más adelante añade: «La buena fe que al titular inscrito debe exigirse es lisa y llanamente una buena fe de tráfico, una falta de intención dolosa, una carencia de ánimo fraudulento». Por todo ello, entiende que el tercero del artículo 32 no requiere la buena fe de los artículos 34 y 36.

TIRSO CARRETERO, quizá el hipotecarista que más ha profundizado en el problema que plantea el artículo 32 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código Civil, entiende que este «tercero latino no requiere la buena fe en el sentido de desconocimiento de la anterior transmisión». «Cuando se trata de fundamentar los efectos protectores de la inscripción en el caso de la doble enajenación, en todos los sistemas cabe hacer referencia a la confianza en la apariencia, a la buena fe en las transacciones, etc.; pero en ningún sistema es la buena fe requisito de la protección; en los germánicos por el juego de la inscripción constitutiva, y en los latinos porque hay una constante opinión general de que el único dolo excluyente de la protección es el fraudulento. ¿Por qué una tercera postura en nuestro sistema?»

Y en otro lugar, al hacer la crítica de la doctrina «sentimentalista» sobre la buena fe, señala lo siguiente: «Creemos que si la doctrina dominante española tuviese razón, Alemania, Francia, Italia, etc., tendrían montado su Derecho inmobiliario sobre una colosal injusticia. Tanto la inscripción constitutiva del B.G.B. como los preceptos estableciendo la inoponibilidad de lo no inscrito o transcrito de las legislaciones latinas y suramericanas serían contrarios a la ética y al derecho natural. Por reducción al absurdo, la verdad jurídica (*inventio*) que buscamos tiene que ser necesariamente otra. No es posible que todas las normas jurídicas sobre formalidades de los negocios, tasa de pruebas o de excepciones, negocios abstractos, prescripción, caducidad, procedimientos sumarios, Registros, etc., se opongan a la moral. No es bueno que precipitadas e incompletas apreciaciones éticas o filosóficas impidan valorar o enjuiciar aquellas instituciones jurídicas que buscan la coordinación de la justicia y la seguridad». Y más adelante: «Ninguna cadena es más fuerte que su esla-

bón más débil, y silencian cautelosamente los enemigos de la inoponibilidad absoluta, sin consideración al estado psicológico del tercero, que al exigir el requisito extrarregistral de la buena fe, la contienda judicial tiene entre los fuertes eslabones de la escritura pública y la inscripción registral, y disimulado entre ellos, un eslabón inseguro, blando, casi de cartón: la prueba libre, incluso testifical, de la buena o mala fe del tercero».

Tiene toda la razón TIRSO CARRETERO cuando dice que en ningún sistema de Derecho comparado se exige al titular inscrito (tercero del art. 32) la buena fe en el sentido de «desconocimiento». Así, en Alemania, el supuesto *paralelo* —aunque no equivalente, claro está— a nuestro artículo 32 es el concepto de inscripción constitutiva. Pues bien, el titular que inscribe no queda perjudicado por lo no inscrito. No hay en Alemania rastro del requisito de la buena fe, porque como la inscripción es constitutiva, aunque se demostrara que el titular que inscribió *conocía* una situación no inscrita, ello no le afectaría, dado que no es un «derecho real existente» el derivado de esa situación no inscrita. Sólo en el supuesto equivalente al de nuestro artículo 34 (el problema de las nulidades) entra en juego el requisito de la buena fe como desconocimiento de la inexactitud. En España no hay, por regla general, inscripción constitutiva, pero hay un tercero —el del artículo 32 y sus concordantes— al que no le afecta lo no inscrito, de modo diferente, pero similar en planteamiento y con cierto paralelismo a la dualidad de situaciones que admite el Derecho alemán. Y en los sistemas latinos, que siguen el principio de inoponibilidad, tampoco se requiere la buena fe del tercero, pues en tales sistemas no existe el equivalente a nuestro artículo 34 —lo cual constituye una imperfección de esos sistemas—, sino únicamente el supuesto de nuestro artículo 32, apoyándose de modo exclusivo en la prioridad registral, sin entrar en el difícil problema de los efectos del «conocimiento» o «desconocimiento» de ciertas situaciones no registradas. Lo único que la doctrina de los autores de esos países ha interpretado es que no exista «fraude» por parte del tercero. Pero ya hemos dicho que una cosa es la «buena fe-falta de fraude», cuya exigencia es ineludible por razones éticas (aquí sí que puede actuar la Ética dada la gravedad del fraude), y otra muy distinta la «buena fe-desconocimiento». Como se ha dicho gráficamente, el Registro no puede ser una colección de actas de espíritus seráficos.

Por tanto, lo que ocurre en España a propósito de la doctrina dominante es insólito en comparación con los demás sistemas de Derecho comparado. ¿Es que España es diferente? Nosotros creemos que no, pero la doctrina de la «buena fe-desconocimiento» parece llegar a la conclusión de que sí es diferente.

Para ayudar en la lucha contra el tópico sentimentalista que se ha creado alrededor de la buena fe, aparte de recomendar la lectura detenida de los escritos de NÚÑEZ LAGOS, LA RICA, TIRSO CARRETERO, GÓMEZ GÓMEZ, etcétera, y el estudio detenido del Derecho comparado, me permitiré exponer las siguientes consideraciones como resumen y conclusión de todo lo dicho anteriormente:

1.ª El artículo 34 de la Ley Hipotecaria es un precepto excepcional en nuestro sistema; constituye la excepción de la excepción. El artículo 32 y sus concordantes es la regla en Derecho Hipotecario. La excepción de ese artículo 32 es el 33, según el cual, «la inscripción no convalida los actos y contratos nulos». Y la excepción de ese artículo 33 está en el

artículo 34, pues según éste, la inscripción sí convalida esos contratos nulos respecto a un tercero de muy especiales características, entre ellas la «buena fe-desconocimiento». Por tanto, me muestro decidido partidario de la llamada tesis dualista del tercero, en el sentido de que el tercero del artículo 32 (la regla) no tiene por qué exigir los mismos requisitos del artículo 34 (la excepción).

2.^a El artículo 36 de la Ley Hipotecaria es todavía más excepcional que el artículo 34, pues se ocupa de las relaciones entre la prescripción y Registro, exigiendo al tercero una buena fe especial (diligencia), además de los requisitos del artículo 34. Por tanto, un precepto tan excepcional como el 36, que es una excepción o aditamento de requisitos respecto al artículo 34, no puede servir para extender su ámbito más allá del de la prescripción, y de ningún modo para invadir el campo normal de los artículos 13 y 32 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código Civil.

3.^a El artículo 32 y sus concordantes se ocupan del principio de inoponibilidad, no del de fe pública (limitado al supuesto patológico de las nulidades, a que se refieren el art. 34 y sus concordantes), siendo aquel principio paralelo —en su planteamiento, no en sus efectos— al de inscripción constitutiva germánica e idéntico al de inoponibilidad de los sistemas latinos, ninguno de los cuales exige el requisito del desconocimiento (o sea, la llamada por algunos «buena fe»).

4.^a Para evitar posibles fraudes y para evitar que el Registro de la Propiedad pueda servir de «burladero» a los desaprensivos, en lugar de «castillo» para los diligentes, hay que exigir como requisito de protección del tercero del artículo 32, el requisito de que «no sea cómplice en el fraude». Aquí sí que actúa la Ética, según hemos dicho antes, pero en lugar de hacer llamamientos imprecisos y sentimentalistas a la Moral, es mejor basarse en la analogía que proporciona el artículo 37-4.º de la Ley Hipotecaria y los preceptos concordantes del Código Civil (que se refieren indistintamente al adquirente y al subadquirente, a pesar del empeño de Roca SASTRE) El artículo 37 de la Ley Hipotecaria contempla un supuesto similar al del artículo 32, sólo que se refiere a las «acciones» y no a los «títulos». En cambio, nada tiene que ver con el artículo 34, a menos que se confunda la nulidad (campo propio del art. 34) con otras causas de ineficacia muy diferentes en sus efectos respecto a terceros (revocación, rescisión, etc.).

5.^a Los artículos 13 y 32 de la Ley Hipotecaria han de ponerse en relación con el 225 de la misma, que es un precepto esencial para la tesis dualista del tercero, según el cual, el tercero (el del art. 13) no puede quedar perjudicado por cargas o gravámenes que no resulten de la certificación registral, salvo los signos ostensibles e indubitados de servidumbre, conforme a la discutible interpretación del Tribunal Supremo, que comentamos en otro lugar.

6.^a Las situaciones que implican «derechos personales» no pueden afectar a la buena fe del tercero. Este puede conocerlos, pero como sabe que sus efectos son personales, no se puede decir que tenga mala fe, ya que lo que conoce es que sus efectos no le pueden perjudicar por ser exclusivamente personales. Sólo si hay fraude y es cómplice en el mismo, cabe alegar su mala fe. Así se desprende del artículo 37 de la Ley, según el cual, el mero conocimiento de haberse aplazado el pago del precio, que incluso consta en el Registro, conforme al artículo 10 de la Ley, no im-

plicará por sí solo complicidad en el fraude. Y es que estamos ante relaciones meramente obligacionales, que por esencia no pueden afectar a tercero.

7.ª Una parte de la doctrina ha interpretado el párrafo 2.º del artículo 1.473 del Código Civil relativo a la doble venta, como un supuesto de *ius ad rem*, en el sentido de que el comprador que no inscribe, no ostenta un derecho real perfecto, sino una mera vocación o llamada al derecho real respecto a terceros (recuérdese la Exposición de Motivos de la Ley de 1861). Pues bien, desde esta perspectiva se explica perfectamente que no se exija al comprador que inscribe el requisito del desconocimiento de la venta no inscrita, que como situación de *ius ad rem*, no tiene eficacia frente a él. Insistimos en que es diferente el caso de complicidad en el fraude.

8.ª Cuando el tercero ha realizado «actos propios» que revelen un «asentimiento expreso o tácito» en relación con situaciones no inscritas, éstas le deben afectar, pero no porque lo imponga el requisito de la buena fe, sino porque al haber realizado esos «actos propios», ha pasado de ser «tercero» a ser «parte» en la situación no inscrita, y en tal caso, no cabe alegar el artículo 32.

9.ª Por último, piénsese el lío tan tremendo que se produciría si en supuestos de concurso de acreedores, suspensión de pagos o quiebra, se pretendiera introducir el requisito del «desconocimiento» para que los acreedores pudieran tener un determinado orden dentro del conjunto. Unos conocerían algunos aspectos de la previa actuación del deudor, otros conocerían diferentes aspectos, introduciéndose un elemento de valoración impreciso y perturbador que iría contra la esencia misma de la clasificación y graduación de créditos. Pues bien, si se acepta esto respecto al concurso, estamos ya a un paso del artículo 32, pues el supuesto que contempla este precepto es precisamente el de prioridad o prelación de titulares a través del criterio seguro de la inscripción, y tenemos que apostillar una vez más: «siempre que no haya nulidad —artículos 33 y 34— y siempre que no haya fraude —analogía del artículo 37».

¿Habré incurrido en causa de excomunión por defender estas ideas?

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

DIVISION MATERIAL DE COSA COMUN: HABIENDOSE DECIDIDO EN LA INSTANCIA QUE CABE LA DIVISION MATERIAL, SEGUN DICTAMEN PERICIAL, NO CABE ALEGAR EN CASACION LA NORMATIVA DE LAS UNIDADES MINIMAS DE CULTIVO NI DE LA LEY DEL SUELO, POR TRATARSE DE UNA CUESTION NUEVA Y, ADEMÁS, PORQUE LOS PRECEPTOS DE CARACTER ADMINISTRATIVO NO AFECTAN A LA DIVISION JUDICIAL DE COSA COMUN SEGUN EL CODIGO CIVIL.—CALIFICACION DE LA FINCA COMO URBANA, NO RUSTICA (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1980).

Hechos.—Don Juan R. P. y don Jaime E. S. interponen demanda contra don Juan M. E., exponiendo que los actores, junto con el demandado,

eran copropietarios de una pieza de tierra de perímetro trapezoidal sito en término de Villafranca, partida Clot Ferrán, de superficie noventa y ocho áreas, sesenta centiáreas, lindante con la carretera de Barcelona, perteneciendo siete décimas partes indivisas a los actores y las restantes tres décimas partes al demandado, suplicando se dicte sentencia declarando haber lugar a la división material de la finca, ya que en este caso cabía tal división, por tratarse de una pieza de terreno perfectamente divisible sin menoscabo ni pérdida para ninguno de los condóminos. No obstante, para el caso de que, por las razones que fueren, o por el resultado de la prueba, no fuere posible la división, se debería adjudicar a uno de los condueños indemnizando a los demás, y de ocurrir así se procedería a la venta y reparto del precio.

El demandado se opone por varias razones, entre ellas, que la división propuesta por los actores no es adecuada, por ser aplicable el artículo 401 del Código Civil en relación con el artículo 406 del mismo, y además, la finca tiene en la realidad mayor superficie que la que señalan los actores, a pesar de basarse en el título inscrito. En tal sentido, formulan demanda reconventional con objeto de que se inste previamente la inscripción del exceso de cabida de la finca.

El Juez de Primera Instancia de Villafranca del Penedés estimó la demanda declarando que se proceda a la división material de la finca descrita en la demanda, no habiendo lugar a la demanda reconventional.

La parte demandada interpone recurso de apelación, y la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia confirmando la sentencia del Juzgado.

El demandado interpone recurso de casación por infracción de ley por los siguientes motivos: 1.º Por violación (dada su no aplicación) del párrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley de 15 de julio de 1954 sobre unidades mínimas de cultivo, en relación con la Orden de 27 de mayo de 1958. 2.º Por violación (no aplicación) del artículo 401 del Código Civil, en relación con el artículo 2.º de la Ley de 15 de julio de 1954. 3.º Por violación (no aplicación) del artículo 404 del Código Civil. 4.º Por error de derecho en la apreciación de la prueba, con violación de artículo 1.218, párrafos 1.º y 2.º, del Código Civil. 5.º Por error de Derecho en la apreciación de la prueba, con violación del artículo 1.218 del Código Civil, en relación con los artículos 64, 68, 47 y 9 de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 (normativa sobre superficie mínima de las parcelas en zona industrial). 6.º Por violación de las normas administrativas contenidas en los artículos 64, 68, 47 y 9, apartado 2-d), de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jaime Santos Briz, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

Considerando que la cuestión litigiosa debatida en la fase alegatoria de la litis de que dimana este recurso radica sustancialmente en el ejercicio de la llamada *actio communi dividundo* instada por los demandantes, actuales recurridos, solicitando, en primer lugar, la división del inmueble que tienen en comunidad de dominio con el demandado, actual recurrente, y como peticiones subsidiarias la adjudicación a uno de ellos, abonando a los demás su cuota en dinero en caso de resultar aquél indivisible o desmerecer mucho por su división, y, en su último

lugar, en caso de no ser posible ninguna de las dos primeras peticiones, adjudicarlo a un tercero, distribuyéndose entre los condóminos el precio resultante; la sentencia de primer grado, aceptada íntegramente por la recurrida, estimó la demanda en su primera petición, atendiendo a una división material del inmueble, principalmente según dictamen pericial practicado para mejor proveer, y frente a esa situación fáctica que recoge la sentencia de primer grado, el recurso tiene un primer motivo, así como los cinco siguientes, en el que los recurrentes discurren sobre cuestión no debatida en el juicio, cual es la consideración urbanística, o desde el punto de vista de la legislación, sobre unidades mínimas de cultivo del inmueble en comunidad; todo lo que implica traer una cuestión nueva a este recurso extraordinario, con la consecuencia de su inadmisión, y en este momento de desestimación, a tenor de lo dispuesto en el artículo mil setecientos veintinueve, número cinco, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que las Leyes del Suelo y de Unidades Mínimas de Cultivo, que se citan profusamente en el escrito de recurso, se refieren a cuestiones no debatidas en el pleito, como puede fácilmente comprobarse con la lectura de los escritos de la fase alegatoria.

Considerando que aparte de la anterior consideración de carácter general, afectante a todo el desarrollo del recurso, una consideración particular de cada motivo conduce al mismo resultado desestimatorio; así, en cuanto al primero de los motivos, que se alega al amparo del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al estimarse violado por inaplicación el párrafo uno del artículo dos de la Ley de quince de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro sobre unidades mínimas de cultivo, en relación con la Orden de veintisiete de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho, prescindiendo ahora de que dicha Ley está derogada por el Decreto de doce de enero de mil novecientos setenta y tres, que aprobó el texto de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, el recurrente parte de un supuesto fáctico no reconocido en la sentencia recurrida, cual es el de que se trata de un inmueble calificado por el Juez *a quo* de finca rústica, lo que trata de derivar de la frase del segundo de los considerandos, aceptado como los demás por la sentencia recurrida, que habla de «tierra de cultivo de secano», pero omite que en la apreciación conjunta de la prueba el mismo juzgador de una forma reiterada se refiere a la zona industrial en que está situada la finca, frente a una carretera nacional, con una parte construida, a cuyo aprovechamiento también se alude, así como a sus posibilidades de edificación; todo lo que, evidentemente, excluye la calificación que el recurrente atribuye a la sentencia recurrida de ser finca rústica la que es objeto litigioso, y, en consecuencia, improcedente la aplicación, aunque estuviera vigente de la legislación sobre unidades mínimas de cultivo, que se alega como infringida; para lo cual el recurrente hace por su cuenta una apreciación de la prueba distinta de la que resulta de la instancia, y sin tener en cuenta, además, que la reiterada doctrina de esta Sala establece (Sentencias, entre otras, de veinticinco de noviembre de mil novecientos treinta y dos, doce de diciembre de mil novecientos cuarenta y nueve y nueve y veintiocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete) que la determinación de la indivisibilidad, inservibilidad o desmerecimiento de la cosa a dividir es *quaestio facti*, de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora.

Considerando que lo expuesto conduce a la desestimación del motivo primero, así como también a la del segundo, en el que, al amparo del mismo número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal Civil, se alega la violación del artículo cuatrocientos uno del Código Civil, en relación con el artículo dos de la Ley de quince de julio de mil novecientos cincuenta y cuatro, en cuanto que acceder a este motivo implicaría desvirtuar la apreciación de la prueba verificada por la sentencia recurrida, que decidió, con base en una prueba pericial practicada para mejor proveer, la posibilidad de ser dividida la finca o inmueble en comunidad sin que resulte inservible o desmerezca en cuanto a su destino; transformándola en tres lotes formados en atención a la vía con que limita, atendiendo al posible aprovechamiento de la parte construida y la posibilidad de edificación de los tres lotes o solares resultantes, sin tener que constituir servidumbres de paso y con salida cada lote a camino público; todo lo que pone de relieve claramente que al proceder como lo hizo la sentencia recurrida no infringió el artículo cuatrocientos uno del Código Civil, y sin que tuviera motivos para aplicar el precepto que se cita de la derogada Ley de Unidades Mínimas de Cultivo, máxime cuando de las Sentencias de esta Sala de treinta y uno de enero de mil novecientos cincuenta y siete y veintinueve de marzo de mil novecientos sesenta y ocho se deduce, como doctrina a observar en casos como el ahora contemplado, que los preceptos del Código Civil relativos a la división de la común no están modificados o limitados por preceptos de carácter administrativo, y menos cuando no se han debatido en la litis civil los supuestos de hecho necesarios para la aplicación de tales preceptos no civiles, punto respecto del cual nada significa el informe obrante al folio cincuenta y cuatro de los autos, invocado por el recurrente, del que se deduce, a lo más, hechos no alegados por las partes, como es la calificación urbanística del inmueble en litigio ni debatidos, y en el que se expresa una opinión acerca de los preceptos de derecho aplicables a la subdivisión, opinión que desde luego no vincula a los Tribunales, que en ningún caso puede admitirse soliciten informes a autoridades administrativas acerca de las normas del ordenamiento español, aplicables a cuestiones *sub judice*, lo que no ocurrió en el supuesto objeto de este recurso.

Considerando que el motivo tercero del recurso, también al amparo del artículo mil seiscientos noventa y dos, número uno, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega como infringido en concepto de violación el artículo cuatrocientos cuatro del Código Civil, al establecer que «cuando la cosa fuere esencialmente indivisible y los condueños no convinieren en que se adjudique a uno de ellos indemnizando a los demás, se venderá y repartirá su precio», motivo que ha de tener la misma suerte desestimatoria, ya que para esgrimirlo el recurrente parte del hecho de que la cosa fuere esencialmente indivisible, hecho básico que no es declarado por la sentencia recurrida, sino al contrario, es decir, que se trata de un inmueble que admite una división racional en tres partes, en proporcionalidad a los derechos de cada condómino y las circunstancias que concurren en el inmueble; conclusión a la que llegó el Tribunal *a quo*, que ha de ser admitida por no haberse formulado impugnación de los hechos por el cauce procesal adecuado para este recurso extraordinario.

Considerando que los motivos cuarto y quinto alegan, al amparo del número siete del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de En-

juiciamiento Civil, error de derecho en la apreciación de la prueba, el primero de ellos por violación del artículo mil doscientos dieciocho, párrafos uno y dos del Código Civil, y el segundo por violación del mismo artículo en relación con los artículos sesenta y cuatro, sesenta y ocho, cuarenta y siete y noventa de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de doce de mayo de mil novecientos cincuenta y seis; motivos que han de ser igualmente desestimados, ya que, como se ha razonado, el documento obrante al folio cincuenta y cuatro de los autos se refiere a una calificación urbanística del inmueble en comunidad que no ha sido objeto de debate, y que, aunque lo hubiera sido, no puede decirse que suplante, modifique o reforme la legislación civil sustantiva aplicable en las cuestiones debatidas en la litis, y además el mismo documento alude a un criterio acerca de la aplicación de determinados preceptos administrativos a la subdivisión del inmueble que no se acomodan a los hechos que el Tribunal *a quo* declaró probados y que en modo alguno puede considerarse, como al parecer sostiene el recurrente, vinculante para los Tribunales civiles; y en cuanto al documento obrante al folio setenta y siete de los autos, es de observar que al invocarlo el recurrente se manifiesta en contradicción con lo sostenido en el motivo primero, en cuanto de dicho documento resulta que el inmueble litigioso se halla en zona industrial; pero es que, en definitiva, reiterando lo dicho, no se ha discutido la calificación urbanística del terreno en la litis y tampoco resulta contradictorio lo acordado en la sentencia impugnada con lo que prevé tal documento, al referirse éste a la posibilidad de edificación sobre el inmueble, lo mismo que hace la sentencia recurrida al admitir el tercer considerando de los de la sentencia del Juzgado, y al referirse, por último, a una superficie del terreno que ha resultado inexacta según las pruebas periciales que fueron apreciadas en la instancia y que, por tanto, no revela desacierto alguno de la sentencia de primer grado.

Considerando que el sexto de los motivos de este recurso, formulado subsidiariamente respecto de los cuarto y quinto, aduce, al amparo del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción en concepto de violación de los artículos sesenta y cuatro, sesenta y ocho, cuarenta y siete y nueve, apartado dos, d), de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de doce de mayo de mil novecientos cincuenta y seis, sosteniendo que el Tribunal *a quo* hizo caso omiso de la existencia de las normas administrativas citadas, con lo que resultan infringidas por violación; conclusión que es inaceptable en cuanto que en la instancia no se ha desatendido la legislación administrativa, sino que no se ha aplicado, por referirse a cuestiones no planteadas en la fase alegatoria del pleito, única apta para el planteamiento de las cuestiones a debatir, sin que en modo alguno pueda mantenerse, como pretende el recurrente, que cuestiones suscitadas en el escrito de conclusiones de la parte demandada puedan considerarse oportunamente alegadas y objeto propio de debate y de resolución judicial, todo lo que, y abundando en lo expuesto en los precedentes considerandos, conduce a la desestimación de este motivo, y con él, a la de la totalidad del recurso.

NOTA.—Sin tiempo para hacer un comentario de esta sentencia, simplemente queremos destacar la importancia de la misma para quienes mantenemos que los efectos de la normativa de la Ley del Suelo, a propósito de la división o parcelación de terrenos, son únicamente administrativos

(recuérdese el art. 94 de la vigente Ley del Suelo, cuando dice que «es ilegal a efectos urbanísticos...»), y no afectan al problema de la validez de los actos civiles de división o segregación sin licencia municipal o sin adaptarse a los preceptos administrativos. Sobre esta cuestión, mi opinión está recogida en el artículo publicado en el número 3 de la *Revista Jurídica de Cataluña*, titulado «El Registro de la Propiedad y el Urbanismo en la Ley del Parlamento de Cataluña» de 18 de noviembre de 1981. Algo parecido ocurre respecto a las divisiones que infrinjan las unidades mínimas de cultivo en fincas rústicas, si bien en este caso el efecto de tal infracción es simplemente permitir el retracto de colindantes previsto en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, sin producirse la nulidad de tal división, sino todo lo contrario.

La presente sentencia permite confirmar esta orientación, pues es bien significativa al decir que los preceptos administrativos sobre unidades mínimas no afectan a los del Código Civil sobre división de cosa común, citando además, en el mismo sentido, las Sentencias de 31 de enero de 1957 y 29 de marzo de 1968.

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

PARA QUE PUEDA APRECIARSE LA RESOLUCION DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA POR FALTA DE PAGO DEL PRECIO, ES PRECISO EL PREVIO REQUERIMIENTO (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—Para que pueda apreciarse la resolución del contrato de compraventa se precisa no solamente el estado de incumplimiento contractual derivado de falta de pago del precio convenido, que contempla genéricamente el artículo 1.124 del Código Civil, sino singularmente la situación de previo requerimiento, judicialmente o por acta notarial, al comprador que exige el artículo 1.504 del referido cuerpo legal sustantivo, específicamente aplicable en materia de resolución de contrato de compraventa por causa de falta de pago del precio en el tiempo convenido, aun cuando para tal evento se hubiese estipulado sanción resolutoria contractual, en razón a que, como tiene reiteradamente declarado esta Sala, para que el pacto comisorio opere, en relación con venta de bienes inmuebles, se precisa la práctica del citado requerimiento a que alude el artículo 1.504 del Código Civil, pues que este artículo es expresivo de una particularidad especialmente establecida al respecto, al tratarse de una disposición especial ante la que debe ceder la de carácter general que contempla el artículo 1.124 del Código Civil.

EL DEUDOR NO PUEDE SER CONDENADO AL PAGO DE INTERESES CUANDO NO ESTA CONCRETADA LA CANTIDAD ADEUDADA (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—La incertidumbre e iliquidez de la cantidad adeudada es incompatible con la declaración de mora del deudor, el cual no puede ser condenado al pago de intereses en tal concepto cuando la concreción de la cantidad por satisfacer precisa de la promoción de un juicio sobre tal extremo; doctrina inspirada en el principio *in illiquidis non fit mora*.

CARACTER CONSENSUAL DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA (SENTENCIA DE 9 DE JUNIO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—La entrega de la cosa vendida es un requisito para la consumación del contrato, pero no para su perfección; la perfección del contrato se produce, visto el tenor del artículo 1.450 del Código, con el simple convenio sobre la cosa objeto del mismo y el precio, «aunque ni la una ni lo otro se hubieren entregado», entregas de cosa y precio que presuponen, como reiteradamente esta Sala tiene declarado, la fase de consumación del contrato, pero no la de su perfección, de ahí el carácter consensual del contrato de compraventa.

PROPIEDAD HORIZONTAL; EL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD ACTUA COMO ORGANO DEL ENTE COMUNITARIO (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—La actuación representativa del presidente de la comunidad de propietarios, colocada por su naturaleza en una zona intermedia entre la representación orgánica y la puramente voluntaria, «lleva implícita la de todos los titulares en juicio y fuera de él», y en ese sentido no ostenta una representación en sentido técnico, sino que actúa como un órgano del ente comunitario, sustituyendo con su voluntad individual la social común, con la posibilidad de considerar lo realizado por el presidente no como hecho «en nombre de la comunidad», sino como si ésta misma fuera quien lo hubiese realizado, sin perjuicio de la relación interna que medie entre dicho presidente y la junta de propietarios, a quienes deberá responder de su gestión.

CONSTRUCCION EXTRALIMITADA; CONSTITUYE UNA EXCEPCION A LA REGLA «SUPERFITIAE SOLO CEDIT» (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—Las llamadas «construcciones extralimitadas» están carentes de regulación específica en nuestro sistema, pues si en tiempos se estimó aplicable la norma del artículo 361, modernamente

se ha negado esta aplicabilidad, con base en los resultados injustos a que podría conducir la opción del propietario en pro de la adquisición de la construcción, si éste supone un valor desproporcionadamente superior al de la parte de terreno invadido.

Esta tendencia, que da lugar a la denominada *accesión invertida* o *in-versa*, acogida por la generalidad de la doctrina científica, ha tenido incluso su consagración positiva en algunos códigos civiles extranjeros: así, el alemán establece que si el propietario de una finca, en la construcción de un edificio invade los linderos del vecino, sin dolo ni culpa grave, éste tiene que tolerar la construcción extralimitada, añadiendo que el vecino invadido tiene derecho a una renta en dinero; el suizo, concede al constructor, si el propietario del terreno no se opuso en tiempo hábil desde que tuvo conocimiento, el derecho a pedir el mantenimiento de lo construido, como un derecho real, o a la adquisición del terreno, previo pago de una indemnización; el italiano y el portugués, dan soluciones en el mismo sentido.

La doctrina es acogida, en lo esencial, por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, con directriz que se inicia a partir de la Sentencia de 30 de junio de 1923, siendo desarrollada sistemáticamente por la de 31 de mayo de 1949, confirmada con la de 17 de junio de 1961; para su aplicación se requiere que se trate de una construcción que invade parcialmente el terreno colindante ajeno, realizada de buena fe, a la que el propietario no se haya opuesto, pues con la oposición se hubieran evitado las posteriores consecuencias, y resultando un todo indivisible, porque la posibilidad de división evitaría el problema; exigencias que deberán observarse estrictamente, justo porque su aplicación es en nuestro sistema una excepción a la regla general en la materia de *superfitiae solo cedit*, recogida en el artículo 361 del Código Civil, que es sustituida por la de *accessorium cedit principali*, atribuyendo la calidad de principal a lo construido cuando su importancia y valor supera al de la parte del suelo (o subsuelo) invadido.

Según la doctrina que se termina de exponer, cuando en la construcción se produce el fenómeno de la extralimitación parcial que da lugar al fenómeno de la accesión invertida, la adquisición de la propiedad del terreno invadido por el edificante, lleva consigo, como contraprestación, no sólo el abono del precio del terreno ocupado, a la manera como sucede en el caso del artículo 361 del Código, si el propietario opta por esta solución, sino también al de la indemnización reparadora de los daños y perjuicios que *además* se le hubiesen ocasionado al dueño de éste.

CONCEPTO DE LA CLAUSULA PENAL (SENTENCIA DE 20 DE JUNIO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—La cláusula penal es una obligación accesoria, generalmente pecuniaria, a cargo del deudor y en favor del acreedor, que sanciona el incumplimiento, o cumplimiento irregular, de la obligación contractual, a la vez que valora anticipadamente los perjuicios que dicho incumplimiento pueda ocasionar al acreedor.

No cabe confundir la obligación con cláusula penal con la obligación alternativa, a la que se refiere el artículo 1.131 del Código Civil, toda vez

que en la obligación con cláusula penal el deudor debe la prestación objeto de la obligación principal, única que el acreedor tiene derecho a exigir, mientras que en la obligación alternativa, el cumplimiento puede recaer sobre una de entre varias prestaciones.

NO ES NECESARIO NOMBRAR DEFENSOR DE LOS MENORES CUANDO ESTOS ESTEN BAJO LA PROTECCION JUDICIAL.

LOS TITULARES DE UN DERECHO DE INDEMNIZACION BASAN SU DERECHO NO EN SER HEREDEROS DE LA VICTIMA, SINO EN SER PERJUDICADOS POR SU FALLECIMIENTO (SENTENCIA DE 1 DE JULIO DE 1981).

Hechos.—En un accidente automovilístico resultó muerta una señora. Su viudo, en nombre propio y en el de sus hijos, demanda a las compañías de seguros, que son condenadas a indemnizar.

Doctrina de la sentencia.—La función de protección del menor desamparado que no puede ser representado por su padre o madre en el supuesto que prevé el artículo 165, es decir, por tener intereses opuestos, no es necesaria cuando el menor se halla bajo la protección judicial, como ocurre en el caso ahora contemplado, donde se trata de fijar las indemnizaciones a percibir por los menores de edad, pues aunque sea su padre, como representante legal, el que haya de recibirlas, al ser éstas determinadas por los Tribunales en cantidad fija, queda el padre privado de todo arbitrio o facultad para perjudicar a sus hijos, señalando otras sumas inferiores en su propio beneficio.

Los titulares de indemnización fundamentan su derecho no en ser herederos de su madre y esposa, sino en ser perjudicados por su fallecimiento, y siendo así, no se considera el derecho de indemnización como ingresado en la herencia de la víctima a efectos de su transmisión, y sí, en cambio, se reconoce a favor de los más próximos parientes una acción de indemnización nacida del hecho de la muerte, derecho originario para cuyo ejercicio no necesitan demostrar que son herederos del fallecido, porque se entiende que no llegó a formar parte del caudal relicto y, por tanto, no fue transmitido a sus herederos, o en todo caso se impone en estos supuestos considerar en los reclamantes una doble cualidad: como perjudicados *jure proprio* y como herederos de la víctima.

NO PUEDEN EJERCITARSE SIMULTANEAMENTE LA ACCION QUE NACE DE UN NEGOCIO JURIDICO Y LA ACCION CAMBIARIA (SENTENCIA DE 4 DE JULIO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—Si bien no cabe identificar la acción cambiaria con la acción ejecutiva y es posible el ejercicio de la primera en un proceso ordinario, ya que no toda acción nacida del título valor ha de revestir necesariamente el segundo carácter, tampoco cabe desconocer que a pesar de que un mismo sujeto pueda al propio tiempo ser acreedor en el contrato subyacente y titular de un derecho cambiario cuando la obligación causal ha sido incorporada a la letra, tal duplicidad de acciones

determinada por la distinción que la doctrina mercantilista establece entre negocio fundamental y negocio cartular, no comporta la posibilidad de un ejercicio simultáneo de ambas, pues del párrafo tercero del artículo 1.170 del Código Civil se desprende que quedará en suspenso la acción derivada de la obligación primitiva en el caso de que haya sido ejercitada la cambiaria.

La acción declarativa contra el aceptante requiere que se halle viva y no prescrita, y puesto que la deducida en juicio ordinario es también cambiaria y, por tanto, sometida a su normativa específica, le afecta el plazo de prescripción trienal a contar desde el vencimiento, con arreglo a lo ordenado en el artículo 900 del Código de Comercio, modalidad de extinción que según hace notar la doctrina, alcanza a todas las acciones nacidas de la letra, sean directas o regresivas, ejecutivas u ordinarias, e incluso a las de enriquecimiento.

VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL; SU TRANSMISION A TITULO ONEROSO ES VALIDA CIVILMENTE (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—En el cuarto de los motivos se denuncia la violación de los artículos 102 y 145 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, especificando la recurrente al desarrollarlo, que las tales viviendas son, de acuerdo con los citados preceptos reglamentarios, intransmisibles por contrato oneroso, mientras no cambie su régimen o sean descalificadas, y por ello la venta entre las partes concertadas es nula de pleno derecho. Como esta Sala tiene reiteradamente declarado en procesos si no idénticos, sí análogos al que nos ocupa, el contrato entre las partes celebrado no es nulo de pleno derecho, sino que es perfectamente válido civilmente, al ser el acto realizado conforme a la libertad de contratación proclamado por el artículo 1.255 del Código Civil, sin que la violación de los preceptos administrativos que se dicen cometidos pueda producir otra consecuencia que la puesta en marcha de los mecanismos correctores reglamentariamente establecidos, con la secuela de la pérdida de los beneficios obtenidos y reintegros, como consecuencia de la descalificación de la vivienda.

NO ES CONFORME A DERECHO LA DENOMINACION «HISTORICA UNION GENERAL DE TRABAJADORES», POR SIMILITUD CON OTRA ASOCIACION SINDICAL YA REGISTRADA (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1981).

Hechos.—Habiendo adquirido ya personalidad jurídica la asociación sindical «Unión General de Trabajadores», se presentaron en el Ministerio de Relaciones Sindicales los estatutos de otra asociación, denominada «Histórica Unión General de Trabajadores», a cuya existencia se opone el Ministerio Fiscal y la U.G.T. El Supremo casa la sentencia de instancia y declara no conforme a derecho la central fundada por los «históricos».

Doctrina de la sentencia.—El postulado cardinal de la libertad asociativa no excluye el establecimiento de condiciones o requisitos por parte

del ordenamiento jurídico, a fin de que al sindicato pueda tenersele como nacido del precedente ejercicio de tal derecho.

Atendida la protección que merecen las personas jurídicas, se hace preciso identificarlas mediante un nombre que las singularice y distinga, y en tal sentido en el ámbito de las actividades mercantiles e industriales rige un principio de novedad que impide adoptar razón social idéntica a la de otra compañía preexistente, de cualquier clase que sea. Toda la ordenación legal proclama la insoslayable exigencia de diferenciar en cuanto fuere preciso, mediante denominación propia, el ente creado en lícito uso de la autonomía de la voluntad, evitando confusiones que puedan originar trastornos de diversa índole a figuras o entes colectivos preexistentes; si para determinar la concurrencia de similitud fonética, en circunstancias que pueda provocar error o perplejidad en el trabajador medio, ha de atenderse, como es obligado, a la completa denominación de ambas asociaciones sindicales, no se oculta a una correcta valoración crítica que el núcleo de uno y otro nombre en el caso debatido lo constituye la relevante locución que desplaza a todo otro elemento apelativo, «Unión General de Trabajadores», tan difundida en los medios sociales y sindicales del país con aceptación harto definitoria, y es manifiesto que la utilización de esos tres vocablos en la misma disposición y sin otra variante que la anteposición del adjetivo «histórica», no elimina la identidad literal de lo que es propiamente sustantivo, originando confusión en los sectores laborales.

LA BUENA FE IMPLICA EL ATENIMIENTO A LAS CONSECUENCIAS QUE TODO ACTO PUEDE PROVOCAR (SENTENCIA DE 8 DE JULIO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—No hay que olvidar el instrumento jurídico que el legislador, al reformar el Título Preliminar del Código Civil, proporcionó a los Jueces y Tribunales para que introdujeran en la solución de los litigios un principio fundamental del Derecho como es el de la buena fe en sentido objetivo (art. 7-1.º del Código Civil), es decir, el de una norma que en su profundo sentido obliga a la exigencia, en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y ateniimiento a las consecuencias que todo acto consciente y libre pueda provocar en el ámbito de la confianza ajena, exigencia que es aplicable en la esfera procesal, donde el Juez, árbitro de un conflicto de intereses, pero también de un combate leal entre servidores del Derecho y de la justicia, debe vigilar para impedir que al socaire de tecnicismos o habilidades se mermen las justas proporciones en el reconocimiento y declaración de los derechos en pugna.

EN UNA DIVISION DE COMUNIDAD EN LA QUE SON PARTICIPES MENORES, NO ES NECESARIO EL NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR JUDICIAL (SENTENCIA DE 13 DE JULIO DE 1981).

Hechos.—Tres hermanos formaron una sociedad civil para explotar unas industrias de cerámica. Aportaron a aquélla diversos bienes inmuebles.

Fallecido uno de los socios, la viuda, en nombre propio y en el de sus hijos menores renunció a su participación en la sociedad, a cambio de una compensación en metálico. Una vez alcanzada la mayoría de edad, uno de los hijos demanda la nulidad de tal convención. No prosperó su acción.

Doctrina de la sentencia.—Tratándose de un acto de división de la comunidad existente y no de un acto de enajenación de la parte de un comunero en la que existían bienes inmuebles, en que interviene la viuda en nombre de sus hijos menores, no existen intereses contrapuestos que exijan el nombramiento de un defensor judicial.

Debe reputarse que se aplicó debidamente el artículo 1.060 del Código, puesto que los hijos menores estuvieron representados en la división por la madre, a quien correspondía la patria potestad, con la consiguiente representación en el ejercicio de todas las acciones que pudieran redundar en provecho de aquéllos, no siendo, por tanto, necesaria la intervención ni la aprobación judicial.

COMENTARIO.—Para rechazar la pretensión del actor, el Supremo aplica el artículo 1.708 del Código Civil, que remite a las reglas de las herencias el caso de la partición entre socios. De ahí que declare debidamente aplicado el artículo 1.060 del propio Código. Una solución excesivamente técnica y legalista y que no contempla la auténtica materialidad del caso. Una cosa es la división real entre todos los socios del patrimonio de una sociedad y otra distinta que la sociedad siga existiendo, prácticamente a todos los efectos, y que se le dé una cantidad en metálico a los herederos de un socio a cambio de su renuncia. Esta última figura se encuadra claramente en el concepto de enajenación, y como tal le sería aplicable el artículo 164 del Código, con su exigencia de autorización judicial para la enajenación.

En el conflicto de intereses que surge entre la seguridad del tráfico jurídico y la protección de unos menores, el Supremo se inclina gravemente por el primero a costa de lesionar los intereses de los segundos. Parece que habría aquí que recordar al Alto Tribunal su propia y reciente doctrina: «Los servidores del Derecho y de la justicia deben velar para impedir que al socaire de tecnicismos o habilidades se mermen las justas proporciones en la declaración de los derechos en pugna».

NO CONSTITUYE UNA LIMITACION AL DERECHO DE DOMINIO EL REQUISITO DE LA AUTORIZACION ADMINISTRATIVA PARA CONSTRUIR SEGUN PROYECTO (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1981).

Hechos.—Una constructora levantó un edificio, pero sin incluir en el tejado del mismo ciertos elementos de fibrocemento que figuraban en el proyecto. Posteriormente vendió los pisos, y una vez constituida la junta de propietarios, ésta demanda a la constructora, solicitando indemnización por no haber construido conforme al proyecto. No prosperó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—No constituye una limitación al derecho de dominio el requisito de la autorización administrativa para construir según proyecto, salvo lo dispuesto en ese y otros aspectos en el régimen legal

sobre viviendas protegidas, por lo que el dueño o propietario del inmueble, constructor y promotor a la vez, puede introducir, de acuerdo con la *lex artis* del orden arquitectónico y con el director técnico, las modificaciones en la obra que estime oportunas, en tanto en cuanto la obra sea de su exclusiva propiedad y no esté ligado con tercero o persona alguna por un convenio o contrato de venta presente o futura que le limite o imponga condiciones o requisitos expresa o tácitamente pactados, de tal suerte que su infracción o la del principio de buena fe, faculte al interesado para exigir su debido cumplimiento, de acuerdo con la doctrina general de las obligaciones y contratos.

DEBE CONSIDERARSE RECIBIDA LA DECLARACION DEL OPTANTE EJERCITANDO LA OPCION CUANDO NO LLEGUE A CONOCIMIENTO DEL CONCEDENTE POR CAUSA A EL IMPUTABLE (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—Reiterada es la doctrina jurisprudencial de esta Sala en el sentido de que en el contrato de opción su perfección depende de modo exclusivo de la aceptación del optante, que realizada dentro del plazo establecido, constriñe al oferente al cumplimiento y fija definitivamente las recíprocas obligaciones que sobre esa base han de ser posteriormente exigidas, pero no precisamente en el plazo establecido que es únicamente atinente a la necesidad de formalizar la aceptación durante su transcurso, si bien tal declaración de voluntad del optante tiene carácter recepticio, lo que quiere decir que ha de ser notificada al concedente durante la vigencia del plazo opcional, a fin de ser conocida por este último, pero bien entendido que lo que con la notificación se pretende es tan sólo el conocimiento del oferente, pero no su conformidad con la declaración de compra del optante, debiendo considerarse recibida tal declaración, aun en el supuesto de falta de recepción del documento que así la contenga, cuando no estaba en la potestad del optante, y sí del destinatario oferente, el conseguir obtener tal conocimiento, como ocurre en el caso de que fuera emitida oportunamente la declaración por el optante y no llegó a conocimiento del concedente por causas exclusivamente a él imputables.

EL PRESTAMO ES LA BASE FUNDAMENTAL DE LA VENTA «A CARTA DE GRACIA» (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—La venta a carta de gracia o *empenyament*, tomando su origen del pacto de retroventa *pactum de retrovendo*, y que adquirió fisonomía propia y especial, distanciándose bastante del carácter que tenía en el Derecho romano, del que procede, precisamente nació a falta de una organización hipotecaria, siendo una hábil forma de aseguramiento, que simplemente consistía en un pacto por el cual el vendedor

se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida con devolución del precio y gastos, contribuyendo a su desarrollo el que se avenía con la forma patrimonial de los bienes, permitiendo al propietario del patrimonio mediante *empenyament* obtener dinero cediendo fincas con la esperanza de recuperarlas, y con aquel dinero atender al pago de obligaciones, y generando así en muchos casos un singular modo de adquirir préstamos, como lo da a entender, tanto el nombre de venta a carta de gracia, originador de una venta pendiente del vendedor, y la denominación de *empenyament*, por evidenciarse en la experiencia práctica que muchas de esas enajenaciones significaban en realidad una prenda disfrazada de compraventa, con lo que no cabe sino reconocer que el préstamo es, en esencia, la base fundamentadora de la compraventa a carta de gracia o *empenyament*, definida en el artículo 326 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, como el derecho de redimir que el vendedor se reserva para adquirir lo vendido por el precio mismo de la venta, con caducidad al extinguirse el plazo estipulado, que no podrá exceder de treinta años, o al fallecer el vendedor si se hubiera pactado por la vida de éste, y que de no haberse estipulado plazo o ser éste indefinido, caducará a los treinta años a contar desde la fecha del contrato, y, por consiguiente, que la compraventa de tal naturaleza no se desvirtúa en su esencia y carácter jurídico por tener su causa sustentadora en un préstamo, puesto que éste, en definitiva, es lo que le da vida y la configura, sin que, en consecuencia, pueda revelar causa falsa, sino, por el contrario, lo que en realidad se consideró por los contratantes.

OBLIGACIONES RECIPROCAS: EL CRITERIO HISTORICO SOBRE EL «IUS VARIANDI» NO HA PASADO AL ORDENAMIENTO VIGENTE (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—Al regular los efectos de las obligaciones bilaterales, concretamente la hipótesis de que habiendo cumplido uno de los obligados, el otro no realiza la prestación, dispone el artículo 1.124 del Código Civil que el acreedor podrá exigir que se imponga al deudor el cumplimiento o bien optar por la resolución del vínculo; y por lo que atañe al denominado *ius variandi* o posibilidad de instar el cumplimiento después de haber optado por la resolución, o viceversa, la solución del Derecho histórico, traducida en el principio *electa una via non datur recursus ad alterum*, y acogida por el *Digesto: nec posse, si commissoriam elegit, postea variare*, no ha pasado al ordenamiento vigente, pues el párrafo 2.º, proposición 2.ª, de aquel precepto faculta para pedir la resolución aun después de haber elegido el cumplimiento cuando éste resultare imposible, norma en cuya aplicación tiene declarado la jurisprudencia que si bien el ejercicio simultáneo de ambas acciones viene descartado por razones lógicas dada su esencial contradicción, nada se opone, por el contrario, a que se utilicen de forma alternativa, dejando, por tanto, la elección a voluntad del demandado, o subsidiaria, y como tal con la preferencia señalada por el demandante.

EL ARTICULO 1.214 DEL CODIGO CIVIL HA DE ENTENDERSE SIN PERJUICIO DEL EXAMEN AISLADO DE CADA CASO (SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—Si, en términos generales y como el artículo 1.214 del Código sustantivo tiene establecido, es al actor a quien incumbe la obligación de probar los hechos normalmente constitutivos de su pretensión, o necesarios para que nazca la acción que ejercita, y al demandado la de los impeditivos o extintivos de la relación jurídica en litigio, ello ha de entenderse sin perjuicio siempre del examen aislado de cada caso a los fines de analizar los factores que se ofrezcan, para deducir por ellos cuál es el hecho determinante de la constitución del derecho que se pide o la extinción que la origina.

ENVIADA UNA MERCANCIA A «PORTES DEBIDOS», ES COMPETENTE EL JUEZ DEL DOMICILIO DEL VENDEDOR (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—Se ejercita una acción personal derivada de un contrato de compraventa mercantil de una mercancía (embarcación deportiva) que se envió y fue recibida por el comprador, apareciendo en la factura que dicho envío lo fue a «portes debidos», lo cual, de acuerdo con la constante doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, es suficiente para atribuir la competencia discutida, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.171 y 1.500 del Código Civil, en relación con la regla primera del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento, al Juez del lugar en que radica el domicilio del vendedor.

EL EJERCICIO DE LA ACCION EJECUTIVA EN UN ACCIDENTE DE TRAFICO INTERRUMPE LA PRESCRIPCION DE LA ACCION ORDINARIA (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—Aun sin desconocer que de un mismo suceso dañoso en el campo viario pueden nacer dos acciones con notas específicas que las diversifican, pues mientras que la ejecutiva tiene naturaleza marcadamente objetiva, con motivos de oposición tasados, limitación cuantitativa en las cifras de indemnización posible, exclusión de daños en las cosas y legitimación del asegurador obligatorio como sujeto pasivo de la pretensión de condena, por el contrario, la acción ordinaria se apoya en la normativa de la culpa extracontractual (composición culpabilista, aunque atenuada por las nuevas orientaciones jurisprudenciales), carece de limitaciones en el *quantum* y no margina especie alguna de quebranto patrimonial, además de que se dirige contra el autor del acto dañoso y el asegurador voluntario, no ha dejado de señalarse que los dos procesos se interferirían de seguirse simultáneamente, pues en ambos puede suscitarse la cuestión de la culpa exclusiva de la víctima con la consiguiente

posibilidad de decisiones contradictorias, por lo que ha de entenderse que el ejercicio de la acción ejecutiva impide el de la ordinaria a los efectos de la iniciación del cómputo de ésta, según el artículo 1.969 del Código Civil, o que la utilización de la primera tiene valor interruptivo del curso de la prescripción de la segunda, con arreglo al artículo 1.963.

EN EL CONCEPTO DE DOLO SE COMPRENDE LA RETICENCIA DEL QUE NO ADVIERTE DEBIDAMENTE (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—En el concepto de dolo que da el artículo 1.269 del Código Civil, no sólo se comprende la insidia directa e inductora de la conducta errónea del otro contratante, sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente a la otra parte, poniéndola en la misma situación invalidante de su consentimiento, o como decían las Partidas (Partida 7, 15, 1), «de manera que non se puede ome guardar del engaño», lo que pugna con el deber de informar exigible por la buena fe.

La noción del dolo carga su acento, en cualquiera de sus formas, en la conducta insidiosa del agente, en la maquinación o astucia activa o pasiva, por acción o por omisión, del que induce al otro a contratar, no en el error inducido de éste, independientemente de que esta situación psicológica se dé o no en él, dadas las diferencias y consecuencias distintas entre los dos vicios del consentimiento, error y dolo; en ese sentido, la maquinación insidiosa es independiente de la actitud de la parte afectada, porque no se puede ni se debe premiar la mala fe ínsita en el dolo, como si el Derecho debiera ser más el protector de los astutos que el defensor de los confiados.

ACTUARÁN LOS TRIBUNALES ORDINARIOS EN LOS CASOS DUDOSOS DE COMPETENCIA (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—A los Tribunales especiales les está atribuido el conocimiento de las contiendas judiciales en los casos tan sólo en que claramente concurren los requisitos específicos y determinantes, según la ley, de su actuación, pues en los demás, incluso en los que ofrezcan duda, actuarán los Tribunales ordinarios, máxime cuando se ventilan exclusivamente derechos privados.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

DESAHUCIO.—NO PUEDE ADMITIRSE LA IMPUGNACION DE LA CALIFICACION DEL ARRENDAMIENTO EN ESTE PROCEDIMIENTO (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1980).

El usufructuario de la finca cedió ésta en arrendamiento a los demandados por cuatro años, siendo el aprovechamiento ganadero el principal de la finca. El propietario hizo saber al arrendatario, fallecido el usufructuario, que el arrendamiento se extinguiría el 30 de septiembre de 1977. Como no abandonasen la finca los arrendatarios, se les requirió notarialmente sin que éstos atendieran tal requerimiento, por lo que se les demandó ante el Juzgado de Plasencia, que estimó la demanda respecto a algunos demandados y no respecto a otros, por no considerarlos arrendatarios, desestimando la apelación la Audiencia de Cáceres.

No prospera la revisión. En cuanto a la calificación del arrendamiento no procede admitir la impugnación porque este recurso no es una tercera instancia, en la que el recurrente pueda sustituir el criterio del Juez por el suyo propio. Las diferencias de cabida y de linderos no afectan a la identificación de la finca, debiendo primar el contenido del Registro sobre el del Catastro. La efectividad de las liquidaciones de las mejoras a realizar en la finca no afectan a la *causa petendi* del actor, ya que esas liquidaciones habrían de efectuarse en el momento del establecimiento al modo de los artículos 1.600 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que en la sentencia recurrida no existe un reconocimiento del contrato en la forma que el recurrente pretende, ni mucho menos de prestaciones y mejoras indemnizables.

DESAHUCIO.—SI EL ARRENDATARIO NO SATISFACE LOS PLAZOS DE RENTA QUE VENZAN DURANTE LA SUSTANCIACION DEL LITIGIO, SE LE TENDRA POR DESISTIDO DEL RECURSO (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1980).

No habiendo satisfecho el aparcero la contraprestación en frutos ni abandonado la finca, se solicita el desahucio ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Palencia, que lo concedió, confirmándolo la Audiencia de Valladolid.

El recurso de revisión no tiene éxito. Según consta en la sentencia recurrida, los demandados habían satisfecho la renta del año 1977-78, pero no la del año 1978-79, por lo que es de aplicar el número 3 del artículo 54 del Reglamento de 1959, a cuyo tenor si el arrendatario no satisface los plazos de renta que venzan durante la sustanciación del litigio, se le tendrá por desistido del recurso, que fue la decisión que se adoptó, declarando firme la sentencia apelada, desestimándose así los dos motivos del recurso interpuesto, que se fundaban en el pago de las rentas vencidas sin justificar el incumplimiento de la que específicamente le imponía la ley para poder plantear la apelación anterior, referente no a las rentas vencidas, sino a las que venzan durante la sustanciación del pleito.

RETRACTO.—NINGUN PRECEPTO DE LA LEGISLACION ARRENDATICA ESTABLECE UNA PRESUNCION LEGAL DE CONOCIMIENTO DE LA TRANSMISION, SIN QUE PUEDA FUNDARSE ESE CONOCIMIENTO EN HIPOTESIS O DEDUCCIONES (SENTENCIA DE 18 DE OCTUBRE DE 1980).

Se pretende el retracto de la finca arrendada en cuanto a las porciones cultivadas por los actores, consignando, por ignorar el precio de venta, el resultante de capitalizar al dos y medio por ciento el importe en numerario de la renta contractual vigente ante el Juzgado número 2 de Ponferrada, que desestimó la demanda, pero la Audiencia de Valladolid revocó la sentencia anterior, estimando los argumentos de los actores.

No prospera el recurso de revisión. Ni la certificación del Registro de la Propiedad ni la del acto de conciliación prueban que los actores tuvieron conocimiento de la venta con anterioridad al momento que la sentencia recurrida afirma, no contradiciéndola, ya que lo que aparece es que el conocimiento de los retrayentes lo es con base en deducciones, interpretaciones e hipótesis que no pueden servir, según reiterada jurisprudencia, para fundar un recurso de casación, alegando incluso los recurrentes que los arrendatarios pudieron conocer la transmisión por su constancia en el Registro antes del acto de conciliación, posibilidad contraria a lo que debe ser la realidad del mismo, que es lo exigido por el artículo 16 del Reglamento de Arrendamientos. Ningún precepto de la legislación arrendaticia establece una presunción legal para el conocimiento de la venta, como pretenden los recurrentes, con base en pruebas cuya valoración hecha por la sentencia recurrida pretenden cambiar aquéllos por su peculiar apreciación. Los documentos auténticos que, según los recurrentes, prueban que los retrayentes no eran cultivadores directos y personales, no han sido aportados hasta el recurso y su admisión en este trámite hubiera supuesto la indefensión de la otra parte.

RETRACTO.—NO ES NECESARIO QUE SE DETERMINE A PRIORI LA PARTICIPACION EN EL RETRACTO DE CADA VENDEDOR CONJUNTO DADO QUE SE DERIVA DE LA RESPECTIVA PORCION VENDIDA (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1980).

Los aparceros pretenden el retracto de la finca vendida ante el Juzgado de Vilafranca del Penedés, que lo admite, confirmándolo la Audiencia de Barcelona.

No prospera la revisión ejercitada ante el Tribunal Supremo. La no unanimidad de los colonos para que los otros cultivadores puedan ejercer el retracto es una cuestión de hecho cuya apreciación es de la incumbencia del Juez de instancia, que sólo puede ser destruida por la prueba del error sufrido en la fijación judicial del hecho, pero no por simples y personales argumentos de la parte. De la sentencia recurrida se deduce que el tercer aparcerero no contesta al requerimiento notarial por no intere-

sarle el retracto, y ante la actitud pasiva de éste fue ejercitada por los otros dos, de donde resulta la incorrección de afirmar que dicho colono no tuviera oportunidad para actuar de acuerdo con los otros colonos requirientes en la acción de retracto. No es necesario, según la legislación arrendaticia, que se determine *a priori* la proporción en el retracto de cada vendedor conjunto, dado que ello se deriva de la porción respectiva vendida, por lo que si la consignación hecha por los retrayentes no guarda exacta proporción numérica con el número de jornales que cultiva cada uno, y ello no puede afectar a la eficacia del retracto ni al derecho del que vende forzosamente, que lo ve cumplido mediante la participación del total valor y le es indiferente la distribución del importe dinerario que aquéllos consignaron. Los preceptos fiscales —Impuesto de Sucesiones que se alega no fue satisfecho por los retrayentes herederos de los primitivos colonos— no pueden servir de fundamento para la casación, aunque lo sea para otras instancias administrativas.

RETRACTO.—EN EL MOMENTO DE LA TRANSMISION DE LA NUDA PROPIEDAD, EL CAUSANTE DE LOS ACTORES NO ERA ARRENDATARIO DE LA FINCA, OSTENTANDO TAL CUALIDAD SU PADRE, QUE, COMO HERMANO DE LA ARRENDADORA, ERA TITULAR DE UNA LOCACION EXCLUIDA DE LA LEGISLACION ESPECIAL SOBRE LA MATERIA (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1980).

Se solicita el retracto por los arrendatarios ante el Juzgado de Peñaranda de Bracamonte, que dio lugar al mismo, revocándolo la Audiencia Territorial.

No tiene éxito el recurso de revisión. En el momento de llevarse a efecto la transmisión de la nuda propiedad de la finca rústica objeto de la acción retractual, el causante de los actores no era arrendatario de dicha finca, ostentando tal cualidad su padre, que, como hermano de la arrendadora-enajenante, era titular de una locación excluida de la legislación especial sobre la materia y, por ende, carente de la acción para retraer que la legislación arrendaticia establece a favor de los arrendatarios. No se justifica más que el pago de la renta del último año, sin existir justificantes de haber satisfecho antes renta alguna. La certificación de la Cámara Oficial Agraria de que la vida activa como labrador del padre del recurrente acabó en 1966 no justifica que éste fuera arrendatario a partir de esa fecha, tanto más cuanto que el pago de las rentas sólo se prueba a partir de 1969. La equivocación de la sentencia recurrida, que dice que el requisito de no ser propietario de más de cien hectáreas en secano o de diez en regadío, ha de darse al ejercer la acción y no en la transmisión que originó el nacimiento de dicho derecho y que es lo lógico, no puede desvirtuar el fallo de la sentencia recurrida, siendo reiterada la jurisprudencia de esta Sala, que dice que no procede la casación en todos aquellos casos en que, aun cometida en los fundamentos del fallo alguna infracción legal, tiene ésta base para mantenerse por otras razones jurídicas.

RETRACTO.—NO PUEDE ADMITIRSE EL EJERCICIO DEL RETRACTO CUANDO EL DEMANDANTE NO TIENE EL CARACTER DE ARRENDATARIO AL EJERCITAR LA ACCION POR HABER TRANSCURRIDO EL PLAZO CONTRACTUAL SIN HABER SOLICITADO LA PRORROGA LEGAL (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1980).

La finca arrendada es adjudicada a la Hacienda Pública por débitos del arrendador, y después vendida por ésta a un tercero, por lo que el colono ejerce la acción de retracto ante el Juzgado de Coria. El adquirente alegó que el contrato se había extinguido cuando adquirió la finca Hacienda por subasta, sin que el Abogado del Estado le reconociera como tal colono, no habiendo pagado renta alguna desde 1972 ni al anterior propietario ni a la Hacienda. El Juez desestimó la demanda, confirmando la Audiencia de Cáceres.

No ha lugar a la revisión el Alto Tribunal. Transcurrido el plazo contractual y no ejercitado el derecho a la segunda prórroga por el recurrente, no puede admitirse el ejercicio del retracto, ya que no tenía el demandante el carácter de arrendatario de la finca en cuestión, dado que el contrato quedó extinguido en 1975 por aplicación de la normativa sancionada en el número 1 del artículo 24 del Reglamento de Arrendamientos, en concordancia con el epígrafe a), número 1, del artículo 9, y números 1, 4 y 5 del artículo 10 del citado Reglamento. No puede admitirse la subsistencia del vínculo arrendaticio en tanto no se sancione judicialmente su resolución, ya que esta doctrina no tiene valor cuando el arrendamiento se ha extinguido *ope legis*, ya que una cosa es la existencia de causas que facultan al arrendador para que el vínculo arrendaticio no persista, y otra la cesación automática de sus efectos por disponerlo preceptivamente la Ley, sin posibilidad de reconducciones tácitas, ya que el arrendamiento se extingue por ministerio de la Ley. Por otra parte, el cauce adecuado para apreciar novaciones de un contrato que sirva de soporte para el retracto tiene adecuado planteamiento y oportuna resolución en el juicio en que se plantea, tanto por ser esencia del debate, cuanto porque entablada una acción, los principios de buena fe y de economía procesal así lo exigen.

DESAHUCIO.—NO PROCEDE PORQUE A PESAR DE LO QUE DIGAN LOS CONTRATANTES, LA DURACION MINIMA DE LOS ARRENDAMIENTOS HA DE SER LA QUE ESTABLECE LA LEY POR TRATARSE DE NORMAS IMPERATIVAS LAS ESTABLECIDAS EN LA LEGISLACION ESPECIAL ARRENDATICA SUSTRIDAS A LA VOLUNTAD DE LOS CONTRATANTES (SENTENCIA DE 1 DE NOVIEMBRE DE 1980).

Se demanda ante el Juzgado número 1 de Cáceres el desahucio de la finca por extinción del contrato, por haber vencido con creces el plazo del mismo, según el actor. El Juez estima la excepción de inadecuación del procedimiento, y sin entrar en el fondo de la litis desestimó la demanda. La Audiencia de Cáceres revocó, en parte, la sentencia anterior y absolvió al demandado.

No triunfa el recurso de revisión. Las normas relativas a los Arrendamientos Rústicos sujetos a la legislación especial son imperativas y no admiten pacto en contrario de los contratantes, según el artículo 1 del Reglamento, y las cláusulas *contra legem* se tienen por no puestas, por lo que es evidente que si de duración del arrendamiento se trata, las notas de imperatividad e inderogabilidad se traducen en la exigencia de aplicar, pese a lo estipulado, lo prevenido en los artículos 9 y siguientes de tal normativa, que preceptúan que los contratantes han de ajustarse a los plazos mínimos señalados, que son en este caso de seis años, con derecho de prorrogar el arrendamiento por otro período igual, siempre que su decisión sea notificada al otro en los términos del artículo 10, requisito constitutivo y como tal de inexcusable observancia, sin cuyo cumplimiento el arrendador puede dar por finalizado el contrato. Concertado el arrendamiento en 1966, se extinguió en 1972, por lo que el convenio hecho en 1973, ampliándolo por dos años y elevando la renta, no es una prolongación del primitivo, sino la creación *ex novo* de una situación locativa independiente, cuya duración ha de sujetarse al plazo mínimo del citado artículo 9, sin embargo de lo acordado por los intervinientes, pues en lo tocante a ese lapso temporal no puede operar el principio de la autonomía de la voluntad del derecho general de las obligaciones, poco acorde con la finalidad de esta legislación especial, cuyas previsiones sobre duración mínima serían fácilmente defraudadas, sin más que calificar al segundo y sucesivos contratos de ampliación o prórroga del originario con incremento de renta. No se puede alegar la interpretación literal del nuevo contrato, ya que las normas arrendaticias son de *ius cogens* y no admiten pacto en contra. En el nuevo contrato no ha transcurrido el plazo mínimo de seis años, prescrito por la legislación especial.

DESAHUCIO.—HABIENDO MEDIADO EL PREAVISO EN FORMA LEGAL PARA LA RESOLUCION DEL CONTRATO Y NO CONCURRIENDO NINGUNA CAUSA DE PRORROGA LEGAL NI VOLUNTARIA, PROCEDE EL DESAHUCIO (SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1980).

Fueron cedidas las fincas en masovería-aparcería en 1953. En 1974 se comunica la resolución del contrato por el aparcerero, en cuanto a unas, continuando respecto a otras. El actor en 1976, mediante requerimiento notarial, solicita de aquél el desalojo y abandono de las fincas, que no aceptado da lugar a la demanda ante el Juzgado de Manresa, que concede el desahucio, confirmando la Audiencia de Barcelona.

El recurso de revisión no triunfa. El actor puede actuar tanto en su nombre como en el de su hermano con el poder concedido por éste, confiriendo poderes a los procuradores, tanto más cuanto que el demandado ha reconocido dentro y fuera de la litis la personalidad del actor, por lo que no puede impugnarlo ahora. El contrato de aparcería no es uno de opción, confirmando la Sala en la sentencia recurrida que habiendo mediado el preaviso en forma legal para su resolución no concurre ninguna causa de prórroga legal o voluntaria, por lo que procede el desahucio.

RETRACTO.—PROCEDE RESPECTO A LA FINCA PRIMERA Y NO EN CUANTO A LA SEGUNDA, POR NO TENER EL CARACTER DE RUSTICA. LA SENTENCIA RECURRIDA LO ADMITE EN CUANTO A UNA FINCA UNITARIA, QUE NO ERA EL CONCEPTO EN QUE LAS POSEIA EL RETRAYENTE (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1980).

Vendidas las fincas arrendadas sin notificarlo al arrendatario, éste interpone demanda de retracto ante el Juzgado de Carballo. Tanto éste como la Audiencia de La Coruña admiten el mismo.

El recurso de revisión es estimado en parte. La sentencia recurrida da lugar al retracto no con relación a las fincas una y dos del hecho primero de la demanda, no como fincas independientes, tal como lo había pedido el retrayente, sino como finca unitaria, como la adquirió el demandado retraído. Concedido así el retracto respecto a una finca unitaria y no con relación a fincas independientes, que según los aspectos fácticos de la demanda era lo real, se produce la situación de incongruencia alegada en el motivo primero del recurso, pues se ha alterado el objeto de la pretensión arrendaticia, ya que hay que considerarlas como lo considera el retrayente y no el propietario arrendador-vendedor o el comprador, que si produce efecto en cuanto a la transmisión del dominio, no sucede igual en lo que afecta al arrendamiento, pues, en caso contrario, se alterarían los derechos del arrendatario por la exclusiva voluntad del arrendador, alterando la descripción de las fincas. También es de acoger el motivo segundo, pues la cosa juzgada entre este juicio y otro de desahucio anterior se da en el aspecto subjetivo, pero no en el objetivo, ya que los fines perseguidos son distintos entre uno y otro, además de la circunstancia indicada de la distinta consideración de las fincas, unitaria o independientes, como hemos visto. El valor superior al duplo de las de su naturaleza, no existe el carácter de finca rústica necesaria para la viabilidad del retracto en lo que afecta a la finca primera, aceptando en cuanto a ella los razonamientos de la sentencia recurrida y desestimándolos respecto a la finca segunda, dada su proximidad a la carretera, a que alude el número 3.º del artículo 2.º del Reglamento de Arrendamientos, sin perjuicio de que no sean colindantes con ella, ya que «próximo» no quiere decir que tenga contacto directo con ella, sino que esté cercano, lo que es de apreciar en ella, ya que está a 55 metros de la carretera. El precio asignado a la finca retraída ha de ser el que proporcionalmente le corresponda en relación al precio total fijado en la escritura, en conjunción con otras fincas.

RESOLUCION.—EXISTE MALA FE POR PARTE DE UNO DE LOS ARRENDATARIOS PARA LA NOTIFICACION DEL DERECHO A LA PRORROGA, POR LO QUE PROCEDE LA RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1980).

En 1971 se cedió en arrendamiento una finca por la usufructuaria de la misma a varias personas por un plazo de seis años, cediéndose por otro documento de la misma fecha otros predios excluidos del contrato ante-

rior, por el mismo plazo. En 1977, al haber vencido el plazo y no haber notificado su deseo de prórroga los arrendatarios, se inició el procedimiento para la resolución del arriendo ante el Juzgado de Ecija, que admitió la demanda, desestimando la reconvención de los demandados y declarando el desalojo de todas las fincas arrendadas en ambos contratos, confirmándolo la Audiencia de Sevilla.

No ha lugar a la revisión. La actitud de uno de los arrendatarios, en su nombre y en el de los otros, de desplazarse a otra población distinta a Ecija para ejercitar su derecho de prórroga del contrato ante el Notario de ésta, significa mala fe por su parte, ya que aunque la arrendadora era vecina de Sevilla, se fijó un domicilio en Ecija para el cumplimiento del contrato, y en ella vive también el nudo propietario, estando situada también en su término la finca, así como el domicilio de los arrendatarios. Este acto es ineficaz para dar vida a la prórroga contractual, por lo que el Juez estimó la existencia de mala fe en esta conducta declarando vencidos ambos contratos.

C. R. R.