

I. Resoluciones y sentencias

II. Sentencias del Tribunal Supremo

POR JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JOSÉ QUESADA SEGURA y
JUAN DE MOLINA JUYOL

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

IDENTIFICACION DE FINCA SOBRE EL TERRENO: SE EXIGE EL PREVIO DESLINDE PARA REIVINDICAR, CUANDO LA UBICACION DE LA FINCA ES IMPRECISA, PERO CABE DECLARAR EL DOMINIO TAL COMO ESTA DESCRITA. EL REGISTRO POR SI SOLO NO PRODUCE IDENTIFICACION REAL SOBRE EL TERRENO DE LA FINCA. NO CABE APRECIAR MALA FE DEL QUE EDIFICA. ACCESION INVERTIDA. CONDENA EN COSTAS. LEGITIMACION REGISTRAL: PARRAFO 2.º DEL 38 DE LA LEY HIPOTECARIA. FE PUBLICA REGISTRAL: LA BUENA FE DEL TERCERO SE PRESUME (SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1980).

Hechos.—Don Fernando A. M. formuló demanda contra don Juan G. F., la Cofradía de Pescadores de R., don José Antonio A. L., don Severino B. B., don Antonio A. A. y don Antonio S. A., y contra el Instituto Social de la Marina de L., sobre declaración de propiedad, suplicando se dictara sentencia por la que se declarase: 1.º Que la finca descrita en la demanda, de quince metros de frente por veinte de fondo, o sea, trescientos metros cuadrados, es propiedad del demandante. 2.º Que cuanto se ha edificado o realizado en dicha finca, lo ha sido de mala fe por cada uno de los demandados. 3.º Que se han producido daños y perjuicios al demandante, viniendo obligados los demandados conjuntamente y solidariamente al pago de los mismos en favor de aquél, cuyo importe se determinará en ejecución de sentencia. 4.º Que todos los demandados vienen obligados a hacer suelta, dejación o entrega a disposición del demandante de la finca descrita en la demanda, con cuanto se ha edificado o realizado en la misma.

Los demandados contestan negando que el actor sea dueño de la finca y que habían adquirido las viviendas por compra al Instituto Social de la Marina de L., también demandado, hallándose inscritas a nombre de cada adquirente. El demandado don Juan G. F. alegó especialmente que él no posee ni disfruta la finca objeto del pleito, pues se ha limitado

a contratar con el Instituto Social de la Marina la construcción de catorce viviendas de protección oficial para pescadores. Por su parte, la Cofradía de Pescadores de R. alegó que ella no posee ni ha poseído jamás la finca de que el actor se dice titular dueño, que el Instituto Social de la Marina fue el vendedor de las indicadas viviendas y, en consecuencia, que no procedía traer al pleito a la Cofradía. El Instituto Social de la Marina contestó a la demanda alegando la falta de identificación de la finca que el actor describe en la demanda como suya, dada la imprecisa descripción de linderos de la misma.

El Juez de Primera Instancia de Mondoñedo dictó sentencia desestimando la demanda, sin hacer expresa condena en costas.

La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña dictó sentencia revocando la del Juzgado, estimando la demanda e imponiendo las costas causadas en Primera Instancia al Instituto Social de la Marina, sin hacer especial declaración respecto a las originadas en la alzada.

Los adquirentes de las viviendas y la Cofradía Sindical de Pescadores fundamentan su recurso de casación principalmente en la no aplicación de lo dispuesto en el artículo 38, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria, así como en la no aplicación del artículo 34, párrafos 1.º y 2.º, de la misma ley, puesto que eran terceros de buena fe con título inscrito en el Registro, sin que el actor haya demandado previamente o a la vez la nulidad o cancelación de las inscripciones de compra de las viviendas. Además, destacan la aplicación indebida de los artículos 362 y 363 del Código Civil, puesto que estos demandados no han edificado en terreno ajeno de mala fe, sino que a lo sumo eso podría predicarse exclusivamente del Instituto Social de la Marina, pero no de los pescadores que compraron las viviendas.

El Instituto Social de la Marina de L. funda su recurso de casación en los siguientes motivos: 1.º Error de hecho en la apreciación de la prueba documental obrante en autos, en especial la escritura pública que cita respecto a una imprecisión de linderos. 2.º Error de derecho en la apreciación de la prueba documental auténtica, con infracción de lo dispuesto en el artículo 1.218 del Código Civil. 3.º No aplicación del artículo 348 del Código Civil y doctrina legal constituida por la jurisprudencia constante del Tribunal Supremo relativa a los requisitos para el ejercicio de la acción reivindicatoria. 4.º Error de hecho en la apreciación de la prueba, resultante de la escritura pública que también cita. 5.º Error de derecho en la apreciación de la prueba documental que también cita. 6.º No aplicación del artículo 434 del Código Civil en relación con los artículos 433, 435, 436 y 1.950 del mismo y doctrina legal de Tribunal Supremo, puesto que la buena fe se presume, debiendo probarse haber actuado de mala fe. 7.º Aplicación indebida de los artículos 362 y 363 del Código Civil y jurisprudencia relativa a estos preceptos. 8.º No aplicación del principio general de derecho relativo a la figura jurídica denominada «Accesión Invertida» o «Construcción Extralimitada», aplicable en defecto de ley o de costumbre, conforme al artículo 1.º, número 4, del Código Civil, reconocido por Sentencias de 31 de mayo de 1949, 26 de febrero de 1961 y 17 de junio de 1961, pues en el presente caso se trataría, a lo sumo, de tal supuesto. 9.º No aplicación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1900 y 8 de julio de 1911, por incongruencia de la sentencia respecto a las costas de Primera Instancia. 10.º Error de hecho en la apreciación de la prueba que cita. 11.º Error de

derecho en la apreciación de la prueba documental que cita. 12.º Aplicación indebida del artículo 1.902 del Código Civil en relación con el 1.089 y con la doctrina legal del Tribunal Supremo.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara haber lugar al recurso, resumiéndose su doctrina en los siguientes puntos:

1.º En cuanto al requisito de identificación de la finca, a efectos de la acción reivindicatoria, se señala que al no estar concretada la ubicación de la misma sobre el terreno, es necesario que exista un previo deslinde de ella y la colindante para que se pueda reivindicar el todo o parte de tal finca. Ahora bien, la falta de este deslinde no impide la declaración del dominio de la finca inscrita a favor del actor, pues está dentro de su patrimonio.

2.º El Registro por sí solo no produce verdadera identificación de la finca inscrita sobre el terreno, al ser su contenido jurídico.

3.º Al no estar deslindadas las fincas en cuestión, no cabe apreciar mala fe del demandado que construyó, pues la edificación no se hace a sabiendas de que no debía hacerla.

4.º Caso de haber existido ocupación parcial de finca ajena, al construir, una vez sabido este extremo a través del correspondiente deslinde, se plantearía la cuestión de la accesión invertida o construcción extralimitada.

5.º Basada la condena en costas en la apreciación de mala fe, al descartarse ésta en casación, debe decaer también la condena en costas.

6.º Teniendo los demandados inscritos sus títulos adquisitivos de las viviendas, el demandante debió demandar previamente o a la vez la nulidad o cancelación correspondiente, conforme al artículo 38, párrafo 2.º, de la Ley Hipotecaria, sin que pueda excluirse la aplicación de este precepto alegando que los demandados en reconvención no solicitaron la nulidad de la inscripción del título del actor, ya que la exigencia del precepto se refiere al actor.

7.º El artículo 34 de la Ley Hipotecaria establece a favor del tercer adquirente la presunción de buena fe, presunción que debe mantenerse en este caso, al no haber tenido la convicción de la inexactitud o vicios excluyentes de la buena fe hipotecaria.

8.º La cuestión de la mala fe en la accesión por parte del edificante no puede mezclarse con la diferente cuestión de la buena o mala fe de los adquirentes de los pisos.

Considerandos de la sentencia.—Los «considerandos» de la primera sentencia se transcriben a continuación:

Considerando que un orden lógico impone que deba examinarse, en primer lugar, el recurso de casación ejercitado por el Instituto Social de la Marina, puesto que de la solución que éste deba merecer pende, en definitiva, el que corresponderá al interpuesto con independencia por don José Antonio Álvarez-Linares, don Severino Barbosa Barreiro, don Antonio Álvarez Álvarez, don Agustín Seco Álvarez y la Cofradía de Pescadores de Ribadeo, al venir vinculados éstos a la actividad constructiva que dio origen a las pretensiones formuladas por don Fernando Alonso Mencía en la súplica del inicial escrito de demanda y que la recurrida sentencia acoge.

Considerando que tratando de los motivos primero y segundo en que

se soporta el mencionado recurso ejercitado por el Instituto Social de la Marina, formulados ambos al amparo de lo dispuesto en el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con fundamento, respectivamente, en error de hecho en la apreciación de la prueba documental obrante en autos, y más concretamente y en especial de las escrituras públicas de catorce de julio de mil novecientos sesenta y cuatro, veinticuatro de octubre de mil novecientos sesenta y siete y veintinueve de abril de mil novecientos setenta, con las respectivas certificaciones registradas de inscripción, que constan a los folios 374 a 430 de los autos, así como también de la escritura pública de catorce de mayo de mil novecientos sesenta y nueve de extinción de comunidad, suscrita por don Fernando Alonso Mencía, certificación de la finca a que se refiere esta escritura y el acta notarial de fecha cuatro de agosto de mil novecientos setenta y dos, que obran a los folios uno a siete, nueve y diez y trece y catorce de los autos, y en error de derecho, también en la apreciación de la prueba documental, y más concretamente y en especial la citada escritura pública de extinción de comunidad de catorce de mayo de mil novecientos sesenta y nueve (folios uno a siete) y acta notarial de cuatro de agosto de mil novecientos setenta y dos (folios trece y catorce), con violación, consecuencia de no aplicación, de lo dispuesto en el artículo mil doscientos ochenta y uno del Código Civil, relativo al valor y eficacia que la ley concede a la prueba de documentos públicos, en relación con la restante prueba documental mencionada en el aspecto del alegado error de hecho y pericial practicada en autos, es de tener en cuenta: A) Que la sentencia recurrida para llegar a la solución de identificación de la parcela que se describe en el hecho primero del escrito de demanda inicial, a que afecta la declaración de dominio con efecto y alcance reivindicatorio formulada por don Fernando Alonso Mencía, valora, entre otros medios obrantes en el pleito, que no concreta, la inscripción de la propiedad del Instituto Social de la Marina, la inscripción del actor y los dictámenes periciales practicados (considerando segundo de la meritada resolución impugnada). B) Que la identificación de una finca, a efectos reivindicatorios, cuando se trate, como en el presente caso ocurre, de discusión de emplazamiento o ubicación con relación a otra colindante y cuando su dominio viene amparado por titulación documentada con subsiguiente inscripción registral, es una actividad probatoria tendente a la determinación por los medios de prueba adecuados en derecho y singularmente la pericial, de tener que acudir a esta manifestación constatada, no solamente de su realidad física, sí que también, y fundamentalmente, su indubitado emplazamiento o ubicación relativa con referencia a las colindantes en vista de sus linderos escriturados, es decir, su exacta configuración topográfica. C) Que a la parcela en cuestión, en la indicada estructura pública de catorce de mayo de mil novecientos sesenta y nueve de extinción de comunidad, suscrita por don Antonio y don Fernando Alonso Mencía, y que éste establece como título tendente a justificar el dominio que invoca, se fijan como linderos «sur e izquierda camino de las Barreiras y los otros dos vientos con el resto de la finca de que procedía», y en inscripción registral, producida como consecuencia de dicha escritura pública, en que asimismo se apoya el demandante como base de su pretensión atributiva de dominio, con efecto y alcance reivindicatorio, coincidente con la descripción dada a dicha parcela, se le asignan como linderos «sur o izquierda camino de las Barreiras,

norte, este y oeste la finca de que formaba parte, hoy perteneciente al Ayuntamiento de Ribadeo». D) Que mediante las referidas escrituras públicas de catorce de julio de mil novecientos sesenta y cuatro, veinticuatro de octubre de mil novecientos sesenta y siete y veintinueve de abril de mil novecientos setenta, el Ayuntamiento de Ribadeo hizo cesión gratuita, con el fin de construcción de viviendas para pescadores de la villa de Ribadeo, a favor del aludido Instituto, de dos parcelas en el mismo barrio de Gibraltar, del término de Ribadeo, en el que se han realizado las construcciones afectadas por la litis entablada, una de seiscientos sesenta metros cuadrados y otra de novecientos metros cuadrados, o sea, por un total de mil quinientos ochenta y cuatro metros cuadrados, la segunda designada lindando por el norte con el camino que conduce al Grupo de Viviendas San Miguel y la primera precisamente actualizada en lindero también del viento norte con el citado Grupo de Viviendas San Miguel y parcela de don Antonio y don Fernando Alonso Mencía (referida escritura pública de veintinueve de abril de mil novecientos setenta). E) Que las parcelas a que se contraen los precedentes epígrafes C) y D) proceden de una finca matriz de la que fueron segregados. F) Que el demandante don Fernando Alonso Mencía, previamente o a la vez de ejercitar la acción contradictoria de dominio de que se trata, no entabló demanda de nulidad o cancelación de las inscripciones registrales afectantes a los mencionados demandados.

Considerando que la exposición fáctica enunciada en el precedente conduce a la estimación de los referidos dos primeros motivos en que se fundamenta el recurso de casación ejercitado por el Instituto Social de la Marina, porque bien se considere la delimitación dada a la parcela reivindicada por don Fernando Alonso Mencía por la escritura de catorce de mayo de mil novecientos sesenta y nueve, o ya la asignada en la inscripción registral de ella derivada, coincidente con la establecida en el hecho primero de la demanda, que, en definitiva, es la a tomar en consideración por remitirse a él las indicadas pretensiones reivindicatorias, postuladas en la súplica del escrito rector de demanda, es lo cierto que procediendo de una finca matriz común, como también la colindante cedida por el Ayuntamiento de Ribadeo al Instituto Social de la Marina a fines de construcción de viviendas sociales para pescadores de la localidad, con asignación referida en precisión delimitadora al citado hecho primero de la demanda solamente con relación a uno de sus cuatro vientos —el afectante al camino de las Barreiras—, pero indeterminado en cuanto a los tres restantes, e incluso sin adecuada precisión en donde venga delimitada su longitud de quince metros con respecto a tal camino, pues que su extensión posibilita situarla hipotéticamente en diversas zonas del mismo, unido a su colindancia también imprecisa en orden a lo adjudicado por cesión al Instituto Social de la Marina, hace que si puede ciertamente identificarse la parcela controvertida como realmente existente en el aspecto físico, cual reconoce la sentencia recurrida, no pueda ser adecuadamente determinada en su exacto emplazamiento o ubicación relativa, o sea, precisada topográficamente en la expresada zona de colindancia con el mencionado terreno cedido al Instituto Social de la Marina, en tanto no se lleve a cabo deslinde, no efectuado hasta ahora, que concrete, dentro de la finca matriz de procedencia y con base en las segregaciones en ella practicadas y lo que en su caso quede de su aspecto originario, hasta donde alcanza la

exacta zona delimitadora entre tal parcela del demandante don Fernando Alonso Mencía y la del Instituto Social de la Marina, esto es, se precise topográficamente la situación relativa sobre el terreno de cada una, pues solamente así es como podrá determinarse tanto si dicho Instituto, con la actividad constructiva que realizó en la finca que le fue cedida por el Ayuntamiento de Ribadeo a los fines expresados, ha ocupado la del citado demandante, como, en caso afirmativo, la extensión que efectivamente haya sido ocupada, y cuyo preciso deslinde si bien en tanto no se lleve a cabo no impide el reconocimiento del dominio en favor del aludido demandante de la parcela cuestionada, pues ciertamente figura en su patrimonio, si imposible, de hecho y jurídicamente, toda pretensión reivindicatoria de todo o parte de ella, y concretamente con relación al Instituto Social de la Marina en orden a lo por ella construido en la expresada parcela colindante que le fue cedida por el Ayuntamiento de Ribadeo, toda vez que la expresión genérica delimitadora de la finca que el repetido demandante reclama por tres de sus vientos, tal como se describe en la demanda inicial, «con la finca de que formaba parte hoy perteneciente al Ayuntamiento de Ribadeo», puesto en conexión con la ambigüedad de su exacto emplazamiento o ubicación, o sea, determinación real topográfica, en relación con el camino de las Barreiras con que delimita en uno de sus vientos, dada la extensión de aquél, implica apreciación de real existencia, pero no de exacto emplazamiento o ubicación, en el aspecto relativo, con relación a las heredades colindantes, necesariamente requerido para entender identificación a fines de reivindicación, puesto que, de una parte, como tiene ya declarado esta Sala en Sentencia de cuatro de mayo de mil novecientos veintiocho, el pleito de reivindicación no es simplemente de cabida de fincas, sino de identificación en todos sus aspectos, de tal manera que si no pueden determinarse los linderos exactos de dos fincas, y concretamente la zona de situación de ellos, es evidente que para que pueda prosperar la acción reivindicatoria lo primero que debe hacerse es pedir un deslinde, donde teniendo presentes los correspondientes títulos quede perfectamente delimitada y, por consiguiente, identificada real y jurídicamente cada finca, y con más precisión su adecuado emplazamiento o ubicación sobre el terreno, y, de otra parte, por la sencilla razón de que, conforme tiene declarado esta Sala en Sentencias de dieciocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho, veinticuatro de febrero y veinticuatro de junio de mil novecientos sesenta y seis, si efectivamente el problema de identificación es de los atribuidos, por su carácter fáctico, a la competencia exclusiva del juzgador, sin embargo, es revisable por la vía del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando existan documentos auténticos, tenidos en cuenta como presupuesto para la emisión del dictamen pericial para su logro, que acrediten, por sí solos, sin acudir a mayores razonamientos, y por simple comparación, un resultado distinto del admitido por el Tribunal de Instancia, cual sucede en el presente caso, en que, según viene dicho, la propia titulación aportada por el demandante, en apoyo de su pretensión reivindicatoria, pone claramente de manifiesto, sin duda alguna, que falta la precisión delimitadora documental para poder determinar pericialmente con su base el correcto emplazamiento o ubicación relativa de la parcela del demandante, o sea, su precisión topográfica, al requerirse previo deslinde al respecto y, por tanto, hacer irrelevante al particular las manifesta-

ciones periciales producidas con fundamento en tales documentos, al no ser base adecuada éstos para precisar los linderos, y consiguiente situación sobre el terreno de la finca en cuestión, sin ese previo necesario deslinde; cuya práctica lo ponen de manifiesto los propios dictámenes periciales emitidos tenidos en cuenta por la Sala sentenciadora de Instancia, pues en contra de mantener uniformidad de emplazamiento o ubicación, y correspondiente determinación topográfica reveladora de su situación exacta sobre el terreno, precisamente discrepan en ella en apreciación subjetiva de la documental con cuyo fundamento han sido emitidos, al asignar dos de ellos distinta superficie de edificación de la meritada parcela discutida —cien metros cuadrados según un informe pericial, en contra de diecisiete metros cuadrados que se fija en otro—, para incluso un tercero expresar que nada ha sido ocupado, lo que, una vez más sea dicho, da claramente a entender que en la actividad de apreciación de los documentos con base en los que se trató de situar sobre el terreno la meritada parcela no se actúa con exactitud, al faltar ésta en la delimitación periférica de tales documentos mientras no se practique el indicado preciso deslinde al respecto, lo que en manera alguna supone invasión de la libre valoración que de la prueba pericial incumbe a la Sala sentenciadora de instancia, dado que lo apreciado en tal sentido es meramente la inseguridad de la indicada documentación con cuya base y fundamento emiten su informe los peritos, y que hacen inconsistente y meramente hipotético su aserto desde el momento que la actividad identificadora que aprecian toma como causa determinante dichos documentos, y su subjetiva apreciación del alcance de éstos, en rebase de su función, al no comprender ésta la determinación de la eficacia, alcance y efectos de la prueba documental aportada por las partes, habida cuenta que el proceso identificador, cuando se trata de lograr con fundamento en titularidad dominical documentada, consiste simplemente en la mera proyección de lo consignado en los correspondientes documentos, en manifestación indubitada de éstos en sus referidos aspectos de eficacia, alcance y efectos, con la realidad, en tendencia al restablecimiento de ésta a aquéllos y tenida en cuenta al ser otorgados.

Considerando que a lo expuesto en nada obstan las circunstancias consignadas por la Sala sentenciadora de Instancia en los considerandos segundo y cuarto de la sentencia recurrida, para llegar a la solución identificadora que ésta acoge, de que la finca en cuestión figura inscrita en el Registro de la Propiedad con los indicados linderos y a que el Instituto Social de la Marina haya ocupado una superficie de novecientos ochenta metros cuadrados, excediendo de los seiscientos sesenta metros cuadrados que se fijan a terreno cedido por el Ayuntamiento de Ribadeo; lo primero porque el Registro, por sí solo, no lleva consigo ni produce una verdadera y auténtica identificación real sobre el terreno, teniendo en cuenta que el Registro de la Propiedad tiene un simple contenido jurídico, no garantizando, en consecuencia, la realidad física y concreta situación sobre el terreno de la finca inmatriculada, puesto que tal situación puede o no concordar con la realidad existente, y lo segundo a causa de que las escrituras de cesión, a que se viene haciendo referencia, efectuada por el Ayuntamiento de Ribadeo al Instituto Social de la Marina, comprende no solamente los expresados seiscientos sesenta metros cuadrados, sino también otros novecientos veinticuatro metros cuadrados, que hacen un total de mil quinientos ochenta y cuatro metros cuadrados, que en tanto no se determine,

mediante la correspondiente práctica de deslinde, afecte a la finca del demandante, no puede ser tomado en consideración.

Considerando que la estimación de los dos primeros motivos del recurso de casación ejercitado por el Instituto Social de la Marina, conduce necesariamente a la también estimación del tercero, amparado en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación, consecuencia de no aplicación, del artículo trescientos cuarenta y ocho del Código Civil, y doctrina legal constituida por la jurisprudencia constante de este Tribunal relativa a los requisitos para el ejercicio de la acción reivindicatoria, porque si, como se establece en la Sentencia de dos de abril de mil novecientos veintinueve, para la identificación de una cosa no es bastante que se describa en el título presentado con la demanda de reivindicación, sino que se requiere que la finca se determine por los cuatro puntos cardinales, claro es que éstos deben venir determinados exactamente y con toda precisión, y al no estarlo, por requerir un previo deslinde al efecto, falta el cumplimiento del requisito de la identificación, esencial para la viabilidad de toda reivindicación derivada de la aplicación del precitado artículo trescientos cuarenta y ocho y, por tanto, de la detentación por el demandado, también exigible al particular, en este caso el Instituto Social de la Marina, ya que si puede estimarse identificada la parcela de que se trata en su realidad física, no sucede lo mismo en cuanto a su exacto emplazamiento o ubicación, o sea, en cuanto a su determinación topográfica y consiguiente situación sobre el terreno, que en tanto no se efectúe, mediante el preciso previo deslinde, determina no pueda conocerse si la pretendida detentación se ha producido.

Considerando que los mismos razonamientos expuestos en los precedentes llevan asimismo a la acogida de los motivos cuarto y quinto, planteados ambos al amparo del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con fundamento, respectivamente, en error de hecho en la apreciación de la prueba, resultante de la documental obrante en autos, y más concretamente de las escrituras públicas antes relacionadas, con violación, consecuencia de no aplicación, de lo dispuesto en el artículo mil doscientos dieciocho del Código Civil, relativo al valor y eficacia que la ley concede a a prueba de documentos públicos, porque bajo un aspecto de la cuestión, deduciéndose de tales documentos la indeterminación del exacto emplazamiento o ubicación de la parcela de que se trata —lo que ya fue apreciado en anteriores juicios de interdicto y de proceso entablado con base en el artículo cuarenta y uno de la Ley Hipotecaria—, por requerirse un previo deslinde, excluye posibilidad de apreciación de mala fe, de hecho y jurídicamente, en el ámbito constructivo en cuestión, dado que esa precisión de deslinde para determinar si se construyó en terreno propio o ajeno revela situación excluyente de mala fe, al requerir éste al respecto la indubitada constancia de que el terreno sobre el que se construye sea ajeno; con lo que el simple requerimiento notarial efectuado con anterioridad a aquellos especiales procedimientos y, por tanto, sin adecuada constatación de los hechos en que se soporta, es ineficaz para generarla, puesto que la declaración de mala fe que contemplan los artículos trescientos sesenta y dos y trescientos sesenta y tres del Código Civil, contraria a la presunción que por modo general previene el artículo cuatrocientos treinta y cuatro del mismo Cuerpo legal (sentencia de esta Sala de cinco de junio de mil ochocientos no-

venta y cuatro), requiere que la edificación de que se viene haciendo referencia se hubiese realizado a sabiendas de que no había derecho a hacerla, es decir, como se pone de manifiesto en Sentencia de esta Sala de diecisiete de junio de mil novecientos sesenta y uno, que exista conciencia por parte del constructor de que el suelo no está en su patrimonio, o con más precisión que lo hacía con certeza y plena conciencia, en actuar doloso o negligente grave o específico de que construía a sabiendas de que lo hacía en terreno ajeno, como revelan los indicados artículos trescientos sesenta y dos y trescientos sesenta y tres, lo que en manera alguna cabe apreciar cuando después de tal requerimiento se han producido resoluciones judiciales no reconocedoras de exacta pertenencia del terreno que se dice ocupado, que si ciertamente podía conducir fuese aconsejable al Instituto Social de la Marina extremase su actuar para constatar su titulación, en comparamiento diligente, en orden a la posesión que posibilitaba, no es suficiente para generar estado de mala fe requeridora de constancia de no actuar sobre lo que le correspondía, toda vez que tal situación jurídica no emana de meras posibilidades de titularidad, con proyección posesoria alegada por una persona —en este caso, el demandante don Fernando Alonso Mencía—, en tanto no lo acredite con constatación deslindadora, hasta ahora no producida, conducente a la exacta determinación del emplazamiento o ubicación de su terreno, o sea, mediante su precisión topográfica, y, por tanto, su situación de enclave sobre el terreno, a que fue remitido por el precitado proceso interdictal y del artículo cuarenta y uno de la Ley Hipotecaria; y, bajo otro aspecto, por la ya expresada razón de que la construcción de novecientos ochenta metros cuadrados no es por sí sola eficaz para revelar extralimitación cuando al Instituto Social de la Marina le fue cedido por el Ayuntamiento de Ribadeo, en la zona en cuestión, a los expresados fines constructivos, no solamente seiscientos sesenta metros cuadrados, sino también otros novecientos veinticuatro metros cuadrados, o sea, un total de mil quinientos ochenta y cuatro metros cuadrados, como revelan las escrituras en que se fundamentan los motivos cuarto y quinto ahora examinados.

Considerando que la procedencia de los motivos sexto y séptimo, que se amparan en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la referida Ley de Trámites Civil, con fundamento el sexto en violación, consecuencia de no aplicación del artículo cuatrocientos treinta y cuatro del Código Civil, en relación con los artículos cuatrocientos treinta y tres, cuatrocientos treinta y cinco y mil novecientos cincuenta del mismo ordenamiento jurídico, y doctrina legal constituida por la jurisprudencia constante de esta Sala, y el séptimo en aplicación indebida de los artículos trescientos sesenta y dos y trescientos sesenta y tres del Código Civil y doctrina jurisprudencial que se cita, surge simplemente de tener en cuenta el reconocimiento de no constancia indubitada de construcción en terreno ajeno, por precisarse para saber si efectivamente lo es un previo deslinde y consiguiente ausencia de mala fe en el Instituto Social de la Marina apreciado al examinar los motivos cuarto y quinto del recurso por tal organismo ejercitado, ya que faltando aquella situación jurídica, que sirva de apoyo a dichos artículos trescientos sesenta y dos y trescientos sesenta y tres del Código Civil, no pueden deducirse las consecuencias de éstos, en ortodoxa aplicación del principio lógico, con proyección jurídica, de que faltando el antecedente no puede darse el consiguiente.

Considerando que, por otra parte, y en el supuesto de que una vez practicado el referido deslinde previo para determinar el exacto emplazamiento o ubicación de la parcela de terreno a que se contrae la controversia en cuestión, y preciso para determinar si el Instituto Social de la Marina, en su dicha actividad constructiva ocupó o no tal parcela, y en su caso la extensión en que se haya producido, habida cuenta que no se reconoce producido con mala fe, según queda razonado, de revelarse ocupación parcial de lo edificado, no conduciría a la secuencia pretendida por el demandante don Fernando Alonso Mencía de pérdida del edificante de lo edificado en favor de aquél, sino que plantearía el problema de si estaba o no en un supuesto de accesión invertida o construcción extralimitada, cuyo reconocimiento y regulación viene prevenido en la orientación dada en Sentencia de treinta y uno de mayo de mil novecientos cuarenta y nueve, veintiséis de febrero y diecisiete de junio de mil novecientos sesenta y uno, al considerar, ante la falta de regulación legal específica, la solución indemnizatoria del valor del terreno ocupado, por la notoriedad de superior valor de o construido en relación con el suelo, al estimarse acorde con los principios esenciales de la justicia, sancionados por los Códigos modernos, superando la rigurosa aplicación que hacía el Derecho romano de la regla «superficie solo cedit», con la consecuencia de que se apreciase la facultad, no satisfactoria, de exigir al constructor que derribara la edificación; y cuya solución de accesión invertida o extralimitada no puede ser examinada ni, por tanto, apreciada en el actual debate jurídico, al no haber sido concretamente planteada en el curso del juicio, y concretamente en sus escritos rectores, y tratarse, en consecuencia, de una cuestión nueva en casación, y por ello no examinable en éste, según tiene declarado esta Sala en Sentencias, entre otras, de dieciséis de febrero de mil novecientos treinta y cinco, veintidós de mayo de mil novecientos treinta y cinco y siete de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres; aparte, en primer lugar, que al plantearse la litis en cuestión bajo las tesis radicales del demandante de haber construido el Instituto Social de la Marina de mala fe sobre terreno que dice corresponderle exclusivamente, y del demandado de haberlo hecho sobre terreno propio, y no poder apreciarse si efectivamente dicho Instituto invadió o no terreno del citado demandante, y en qué proporción en su caso, por requerirse para ello el previo deslinde, tantas veces mencionado, siempre faltaría el presupuesto esencial para apreciar si se daba el supuesto de accesión invertida; en segundo lugar, porque lo vedaría el principio de congruencia, impuesto por el artículo trescientos cincuenta y nueve de la Ley de Enjuiciamiento civil, y en tercer lugar, debido a que, a efectos meramente dialécticos, de darse los supuestos precisos aludidos para apreciar la accesión invertida o extralimitada y poder hipotéticamente ser apreciado en la presente fase procesal, llevaría no al mantenimiento de la sentencia recurrida, sino al supuesto contrario, por darse entonces la violación, por no aplicación, de la doctrina legal que se denuncia en el motivo octavo, ejercitado por el precitado Instituto Social de la Marina, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Considerando que en cuanto al motivo noveno del invocado recurso de casación formulado por el Instituto Social de la Marina, amparado asimismo el número primero de la tan citada Ley de Trámites Civil, con fundamento en violación, por consecuencia de no aplicación, del artículo tres-

cientos cincuenta y nueve de dicho ordenamiento jurídico procesal, en relación con las sentencias que se citan, es de reconocer su inconsistencia y consiguiente desestimación, porque en materia de recurso de apelación que vaya genéricamente contra las declaraciones de la sentencia de Primera Instancia, desestimatoria de las pretensiones formuladas en el juicio por el recurrente, ejercitadas en toda su amplitud, como en el presente caso ha sucedido, y, por tanto, sin exclusión del concreto particular de costas, que el demandante había expresamente solicitado fuesen impuestos a los demandados, y de las que la recurrida sentencia no hace especial declaración, la amplitud de la alzada, en caso de revocación de la resolución impugnada, posibilita hacer nueva declaración sobre todas y cada una de las pretensiones formuladas en la fase procesal de Primera Instancia por el recurrente, al no vedarlo el principio de congruencia impuesto por el artículo trescientos cincuenta y nueve de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que, según tiene declarado esta Sala, en Sentencias, entre otras, de veintisiete de febrero de mil novecientos diecinueve, veinticinco de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro, once de octubre de mil novecientos cuarenta y siete, veintidós de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve y veintitrés de marzo de mil novecientos sesenta y cinco, apelada la sentencia en su integridad, se transfiere al juzgador de Segunda Instancia el conocimiento íntegro y pleno, y, por tanto, con amplias facultades, de todas las cuestiones objeto de litis.

Considerando que, en cambio, en el referido aspecto de costas procede la estimación de los motivos décimo, undécimo y duodécimo en que se soporta el tan meritado recurso de casación interpuesto por el Instituto Social de la Marina, al amparo los décimo y undécimo en el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la tantas veces citada Ley de Enjuiciamiento Civil, y el duodécimo en el número primero del mismo precepto procesal, fundamentados, respectivamente, en error de hecho en la apreciación de la prueba, resultante de la documental obrante en autos, y más concretamente y en especial de las escrituras públicas de catorce de julio de mil novecientos sesenta y cuatro, veinticuatro de octubre de mil novecientos sesenta y siete y veintinueve de abril de mil novecientos setenta, sobre cesión gratuita, otorgada por el Ayuntamiento de Ribadeo, de determinadas fincas para construcción de viviendas sociales para los pescadores de la villa, en relación con acta notarial de cuatro de agosto de mil novecientos setenta y dos; error de derecho, con base en las mismas escrituras públicas antes relacionadas, con violación, consecuencia de no aplicación, de lo dispuesto en el artículo mil doscientos dieciocho del Código Civil, relativo al valor y eficacia que la ley concede a la prueba de documentos públicos, y aplicación indebida del artículo mil novecientos dos, en relación con el mil ochenta y nueve, ambos del Código Civil, y en concordancia con la doctrina legal que se cita, puesto que si, según se deduce del contenido de los precedentes considerandos, en valoración de la prueba documental relacionada como base de dichos motivos décimo, undécimo y duodécimo, en concordancia con la doctrina legal que se cita, el demandante don Fernando Alonso Mencía, como ya había sido considerado en procesos de interdicto y del artículo cuarenta y uno de la Ley Hipotecaria precedentes, no identificó adecuadamente, en su aspecto de exacto emplazamiento o ubicación, al ser precisado de un previo deslinde que lo posibilite la parcela cuestionada, o más precisa su configuración

topográfica, o sea, consiguiendo exacta situación sobre el terreno, impidiendo la viabilidad de la pretensión reivindicatoria ahora formulada, lo que unido a las demás apreciaciones consignadas en el curso de los anteriores considerandos conduce a la no apreciación de situación de mala fe constructiva, que lleva a la estimación de motivos fundamentadores del recurso ahora examinado, y en su virtud a casar la sentencia recurrida, determina la improcedencia de la condena en costas que ésta establece contra el Instituto Social de la Marina; de una parte, porque dimanando tal apreciación en orden a los gastos del proceso, según se deduce del último de los considerandos de la indicada resolución impugnada, de apreciar «notoria mala fe en el Instituto Social de la Marina», claro es que rechazada tal apreciación falta la base fundamentadora de dicha condena en costas y, en consecuencia, ésta no debe ser mantenida; y, de otra parte, a causa de que la reparación de daños emanantes en la aplicación del artículo mil novecientos dos del Código Civil, en concordancia con el mil ochenta y nueve del mismo Cuerpo legal, que, en esencia y definitiva, es soporte de toda condena de costas, requiere el mantenimiento de una situación de culpa o negligencia en el condenado, que ciertamente no puede apreciarse cuando por defectos identificadores de la finca que el demandante se atribuye, en cuanto a su emplazamiento o ubicación, no se puede precisar si el Instituto Social de la Marina ocupó o no tal finca ni, por tanto, si su actuar constructivo es o no culposo o negligente, dado que si por consecuencia del preciso deslinde a realizar resulta que en nada se excedió dicho Instituto, evidentemente que ninguna culpa o negligencia cabe atribuirle, pues que quien construye en terreno exclusivamente suyo actúa en uso de un legítimo derecho, y si efectivamente el exceso se produce, sus consecuencias habrán de ser no las instadas por el demandante en la súplica del inicial escrito de demanda, sino las derivadas simplemente de la extralimitación que resultare producida.

Considerando que en lo referente al recurso de casación ejercitado por don José Antonio Alvarez Linares, don Severino Barbosa Barreiro, don Antonio Alvarez Alvarez, don Antonio Seco Alvarez y la Cofradía Sindical de Pescadores de Ribadeo, y en lo que afecta a los motivos primero, segundo, tercero y cuarto, que se formulan exclusivamente referidos a los cuatro primeros relacionados recurrentes, es de tener en cuenta: A) Que los precitados demandados recurrentes don José Antonio Alvarez Linares, don Severino Barbosa Barreiro, don Antonio Alvarez Alvarez y don Antonio Seco Alvarez adquirieron las viviendas a que se contrae la demanda en cuestión mediante escrituras públicas de compraventa otorgadas, respectivamente, a su favor, por el Instituto Social de la Marina, bajo la fe del Notario don Gervasio Dositeo Fernández-López, el diez de diciembre de mil novecientos setenta y cinco, con subsiguiente inscripción registral a nombre de los mencionados adquirentes el cuatro de julio de mil novecientos setenta y seis. B) Que la demanda rectora del juicio declarativo de mayor cuantía, generante del presente recurso, formulada por don Fernando Alonso Mencía, si bien lleva fecha de trece de septiembre de mil novecientos setenta y cinco, fue presentada el veinticinco de febrero de mil novecientos setenta y seis. C) Que la sentencia recurrida ninguna manifestación hace a que los precitados don José Antonio Alvarez Linares, don Severino Barbosa Barreiro, don Antonio Alvarez Alvarez y don Antonio Seco Alvarez hubiesen adquirido de mala fe las referidas viviendas.

Considerando que aun sin tener en cuenta la solución dada al recurso de casación ejercitado por el Instituto Social de la Marina, precedentemente examinado, conducente a su estimación por acogida de motivos en que el mismo se ampara, y el alcance y efectos que produce en orden a los precitados recurrentes don José Antonio Alvarez Linares, don Severino Barbosa Barreiro, don Antonio Alvarez Alvarez y don Antonio Seco Alvarez, la falta de identificación, en orden al aspecto de emplazamiento o ubicación de la parcela a que se contrae el inicial escrito de demanda, en relación con la edificación construida por el Instituto Social de la Marina a la que corresponden las fincas adquiridas por dichos cuatro demandados, y a la carencia de mala fe constructiva en dicho Instituto, es lo cierto que la exposición fáctica consignada en el anterior considerando conduce a la estimación del primero de los motivos a que en él se hace referencia por los referidos recurrentes adquirentes de las mencionadas viviendas, que, con amparo en el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se fundamenta en pretendido error de derecho en la apreciación de la prueba documental consistente en las cuatro escrituras de compraventa de cuatro viviendas de protección oficial, todas ellas de fecha diez de diciembre de mil novecientos setenta y cinco, otorgadas por el Instituto Social de la Marina, a favor de los cuatro relacionados recurrentes, ante el Notario don Gervasio Dositeo Fernández-López, e inscritas en el Registro de la Propiedad de Ribadeo en fecha cuatro de febrero de mil novecientos setenta y seis (folios ciento dos a ciento treinta y tres de la primera pieza de los autos), por violación, consecuencia de no aplicación, del artículo mil doscientos dieciocho del Código Civil, que se cita como infringido, puesto que la recurrida sentencia al omitir y silenciar totalmente dichas escrituras públicas, de las que no hace ninguna mención ni consideración, olvida la normativa que aquel precepto legal contiene de que los documentos públicos hacen prueba, aun 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 hubieran hecho los primeros, y que en el supuesto contemplado tienen esencial trascendencia para determinar la situación jurídico registral, su alcance y efectos, en orden a los relacionados cuatro recurrentes.

Considerando que la indicada circunstancia de que los demandados recurrentes don José Alvarez Linares, don Severino Barbosa Barreiro, don Antonio Alvarez Alvarez y don Antonio Seco Alvarez hayan adquirido por el vínculo jurídico de compraventa las cuatro viviendas afectadas por la litis en cuestión, con subsiguiente inscripción registral a su nombre, sin que el demandante don Fernando Alonso Mencía, al ejercitar la demanda reivindicatoria que a tales viviendas alcanza, previamente, o a la vez, hubiese entablado demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, produce clara violación, por no aplicación, de lo dispuesto en el artículo treinta y ocho, párrafo segundo, de la vigente Ley Hipotecaria y jurisprudencia a él aplicable que se cita, que impone el cumplimiento de tal exigencia, según proclaman las Sentencias de esta Sala de seis de marzo de mil novecientos veintitrés, veintiuno de febrero de mil novecientos veinticuatro, dos de enero de mil novecientos cuarenta y seis, nueve de junio de mil novecientos cincuenta y cinco, once de junio de mil novecientos cincuenta y ocho, dieciséis de noviembre de mil novecientos sesenta y cuatro de diciembre de mil novecientos sesenta y uno, entre otras, llevando,

en consecuencia, a la estimación del segundo de los motivos del recurso que ahora se viene examinando, y mayormente por surtir sus efectos los asientos registrales mientras los Tribunales no declaren su inexactitud o acuerden su cancelación; sin que a ello quepa objetar, en contra de lo alegado en el acto de la vista de este recurso por la dirección técnica del recurrido don Fernando Alonso Mencía, que los indicados recurrentes adquirentes no hubiesen instado, por vía de reconvencción, en el juicio de que se trata, la nulidad o cancelación de la inscripción registral existente de la finca en cuestión de dicho recurrido demandante, puesto que tal exigencia viene establecida por dicho párrafo segundo del artículo treinta y ocho de la Ley Hipotecaria, a cargo de quien ejercite acción contradictoria de dominio —en este caso, el citado demandante recurrido que la ejercitó— y no al de quien sea demandado —en este caso, los referidos recurrentes demandados adquirentes.

Considerando que también es de acoger el motivo tercero, en que asimismo se soporta el recurso formulado con afectación a los recurrentes don José Antonio Alvarez Linares, don Severino Barbosa Barreiro, don Antonio Alvarez Alvarez y don Antonio Seco Alvarez, que éstos amparan en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación, consecuencia de no aplicación, del artículo treinta y cuatro, párrafos primero y segundo, de la Ley Hipotecaria y jurisprudencia aplicable al referido precepto que se cita, porque acreditado que dichos recurrentes han adquirido, sin constancia de que no lo fuere de buena fe, al no establecerse como probado que conociesen inexactitud en el Registro, a título oneroso, concretamente por vínculo jurídico de compraventa, las cuatro viviendas mencionadas, afectadas por la litis de que se trata, del Instituto Social de la Marina, que aparece en el Registro con facultades para transmitir las con posterior inscripción en el mismo a nombre de los tan citados demandantes recurrentes adquirentes, provee a éstos, en orden a tales viviendas, de la consideración de terceros hipotecarios de buena fe, con el consiguiente carácter de terceros registrales protegidos, que tanto se tratase de adquisición del verdadero dueño como en el de adquisición producida *a non domino*, generan irrevindicabilidad con respecto a los adquirentes protegidos, como tiene reiteradamente declarado esta Sala en Sentencias, entre otras, de cinco de febrero de mil ochocientos ochenta y tres, veintiséis de junio y once de octubre de mil novecientos uno, cuatro de diciembre de mil novecientos quince, seis de julio de mil novecientos cuarenta y cinco, dieciocho de febrero de mil novecientos cuarenta y ocho, doce de diciembre de mil novecientos cincuenta, trece de mayo de mil novecientos cincuenta y siete y veintiocho de enero de mil novecientos sesenta, por lo que al no haberlo entendido así la Sala sentenciadora de Instancia produce clara infracción de los invocados párrafos primero y segundo del artículo treinta y cuatro de la Ley Hipotecaria; y más si se tiene en cuenta, de una parte, que la presunción de buena fe que en tal precepto se acoge, aunque es de índole *iuris tantum*, precisa para su destrucción la justificación, no reconocida en el supuesto examinado, de que los tan repetidos demandados recurrentes adquirentes tuviesen la convicción de la existencia de inexactitud o de vicios excluyentes de buena fe hipotecaria, según proclama la Sentencia de esta Sala de treinta de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro; y, de otra parte, por la sencilla razón de que cuando la sentencia recurrida se refiere

a un aspecto de mala fe, lo hace refiriéndose exclusivamente al demandado Instituto Social de la Marina, y no a los demás, cuando en el punto segundo de su fallo expresa «que cuanto se ha realizado o edificado en dicha finca, lo ha sido de mala fe, perdiéndolo todos y cada uno de los demandados», pues ello es el explícito reconocimiento de que la mala fe se atribuye por dicha sentencia recurrida al que construyó —en este caso, el meritado Instituto Social de la Marina que lo efectuó— y no a los que adquirieron del constructor —en este caso, los relacionados cuatro demandados recurrentes adquirentes.

Considerando que lo prevenido en los precedentes considerandos, unido a que los tantas veces aludidos recurrentes don José Antonio Alvarez Linares, don Severino Barbosa Barreiro, don Antonio Alvarez Alvarez y don Antonio Seco Alvarez no hubiesen sido los constructores de las viviendas de que se viene haciendo mención, sino sus adquirentes con la consideración de terceros hipotecarios protegidos, excluye que les sea aplicable lo normado en los artículos trescientos sesenta y dos y trescientos sesenta y tres del Código Civil, ya que la figura de accesión que estos preceptos contemplan parten del indeclinable presupuesto de que sus efectos se proyecten con relación al edificante —en caso, como el presente, de afectar a edificación— y que, además, haya actuado de mala fe, pero no con alcance a adquirentes con carácter de terceros hipotecarios protegidos, y, en consecuencia, con aspecto de buena fe inherente, y al no entenderlo así la Sala sentenciadora de Instancia revela la aplicación indebida de dichos artículos trescientos sesenta y dos y trescientos sesenta y tres del Código Civil, cuya infracción se denuncia al amparo del número séptimo de la tan repetida Ley de Enjuiciamiento Civil.

Considerando que tratando del recurso a que se contraen los considerandos que anteceden, y en lo que afecta exclusivamente a la entidad recurrente Cofradía Sindical de Pescadores de Ribadeo, los motivos quinto, sexto y séptimo, que le sirven de base, fundamentados: el quinto, al amparo del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en error de hecho en la apreciación de la prueba documental concretada en la escritura pública de fecha catorce de julio de mil novecientos sesenta y cuatro, de cesión gratuita de dos parcelas por el Ayuntamiento de Ribadeo a favor del Instituto Social de la Marina para construcción de viviendas sociales para pescadores de la localidad, otorgada ante el Notario don José María Mosquera Marino, en la escritura pública de fecha veinticuatro de octubre de mil novecientos sesenta y siete, de prórroga de dicha cesión, otorgada ante el mismo Notario, y de la escritura pública de fecha veintinueve de abril de mil novecientos setenta, de nueva cesión gratuita otorgada por el propio Ayuntamiento, a favor del Instituto, de las mismas fincas, esta última ante el Notario don Gervasio Dositeo Fernández, con las respectivas certificaciones registrales de inscripción (folios trescientos setenta y cuatro a cuatrocientos treinta de pieza separada de los autos en cuestión), así como de la escritura pública de fecha catorce de mayo de mil novecientos sesenta y nueve, de extinción de comunidad suscrita por don Antonio y don Fernando Alonso Mencía y certificación registral de la finca a que se refiere esta escritura, y los sexto y séptimo, ambos con base en el número primero del expresado artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Trámites Civil, respectivamente, por violación, consecuencia de no aplicación,

del artículo trescientos cuarenta y ocho del Código Civil y doctrina jurisprudencial que se cita, y aplicación indebida de los artículos trescientos sesenta y dos y trescientos sesenta y tres del Código Civil, y aun prescindiendo también del alcance y efectos con relación a dicha entidad recurrente Cofradía Sindical de Pescadores de Ribadeo, de los aspectos de ausencia de identificación del aspecto de emplazamiento o ubicación de la parcela discutida y de la no apreciación de mala fe a que se refiere el recurso ejercitado por el Instituto Social de la Marina, su desestimación surge con solamente tener en cuenta que si tales documentos están pregonando, sin duda alguna, que la titularidad dominical de la finca en cuestión viene asignada inicialmente al Instituto Social de la Marina, que luego transmitió las viviendas construidas por el mismo a los antes relacionados demandados don José Antonio Álvarez Linares, don Severino Barbosa Barreiro, don Antonio Álvarez Álvarez y don Antonio Seco Álvarez, sin que la Cofradía Sindical de Pescadores de Ribadeo jamás fuese dueña de finca o parcela alguna colindante con la que es objeto de reivindicación, ni fue quien edificó o construyó las viviendas o, en consecuencia, poseyó o detentó terreno alguno que pudiera haber afectado a la finca que se reivindica, necesariamente conduce a que la referida entidad Cofradía Sindical de Pescadores de Ribadeo carezca de legitimación pasiva para ser demandada, y concretamente para ser dirigida contra ella la demanda con efecto reivindicatorio de que se trata, con base en el artículo trescientos cuarenta y ocho del Código Civil, ni tampoco le alcance los efectos de los artículos trescientos sesenta y dos y trescientos sesenta y tres del mismo Cuerpo legal sustantivo, que, como ya anteriormente viene dicho, alcanza exclusivamente al que hubiere edificado —en este caso, el Instituto Social de la Marina.

Considerando que, en consecuencia, ante la procedencia de los siete motivos en que se ampara el recurso de casación ejercitados por don José Antonio Álvarez Linares, don Severino Barbosa Barreiro, don Antonio Álvarez Álvarez, don Antonio Seco Álvarez y la Cofradía Sindical de Pescadores de Ribadeo, y la también procedencia del formulado por el Instituto Social de la Marina, por consecuencia de los motivos acogidos de los en que se fundamenta, y en su virtud estimarse que en la sentencia recurrida se ha cometido infracción de ley en que aquellos motivos se amparan, es de declarar haber lugar a casar la sentencia de que se trata, sin hacer pronunciamiento sobre depósito al no haber sido constituido, por no ser conformes de toda conformidad las sentencias de Primera y Segunda Instancia, y procediendo dictar por separado la sentencia que corresponda sobre los extremos del pleito respecto de los cuales recae la casación; todo ello cual previene el artículo mil setecientos cuarenta y cinco de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo estima en parte la demanda, en el sentido de declarar que la finca descrita en el hecho primero de la demanda es de la propiedad del actor, y desestima las demás pretensiones insertas en la súplica de la demanda, absolviendo de las mismas a los demandados, sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas en Primera y Segunda Instancia por no apreciarse temeridad ni mala fe jurídica.

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

TEORIA DEL TITULO Y EL MODO: AMBITO DE LA MISMA EN RELACION CON EL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD DEL ARRENDATARIO RUSTICO PROTEGIDO.—TRADITIO «BREVI MANU» POR INTERVERSION POSESORIA O CAMBIO EN EL CONCEPTO POSESORIO.—DERECHO DE ABOLORIO DE LA COMPILACION DE ARAGON EN RELACION CON EL DERECHO DE ACCESO A LA PROPIEDAD DEL ARRENDATARIO: EL PROBLEMA DE LA CONSIGNACION (SENTENCIA DE 5 DE JULIO DE 1980).

Hechos.—Por Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1971, se declaró bien ejercitado el derecho de acceso a la propiedad rústica por parte de un arrendatario y bien hecha la consignación del precio realizada por éste, por lo que condenó a los dueños de la finca a consentir tal derecho y al otorgamiento de la escritura pública de venta de la finca. Antes que tuviera lugar la definitiva ejecución de la sentencia, los demandados en aquel pleito ofrecieron la venta de la finca litigiosa a un pariente, presunto titular de un derecho de abolorio, por el precio pagado por dicho arrendatario. El citado pariente aceptó el ofrecimiento y obtuvo a su favor escritura de venta, ofreciendo una cantidad en concepto de precio y otra en concepto de indemnización al arrendatario mediante acta notarial, no aceptando éste tal ofrecimiento, por lo que se procedió a consignarla en expediente de jurisdicción voluntaria, sin el previo anuncio de que si no aceptaba la cantidad ofrecida se procedería a tal consignación. En la escritura de venta se hizo constar que se ejercitaba un derecho preferente de abolorio conforme a la Compilación de Aragón y que había quedado enervado el derecho de acceso a la propiedad del arrendatario, reconocido por el Tribunal Supremo, cuya escritura pública de venta fue inscrita registralmente a nombre del titular del derecho de abolorio.

Don José María S. A., formuló demanda contra don Julio E. C., arrendatario, y otros, suplicando se dictara sentencia por la que se declare: *a)* Bien ejercitado con arreglo a la ley por el mismo su derecho de abolorio sobre la finca, que cultivaba en arriendo el demandado. *b)* Que este derecho de abolorio o a la saca es preferente al acceso reconocido a don Julio E. C. por la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1971. *c)* Que es válida y eficaz la escritura pública otorgada a su favor el 9 de febrero de 1973 y la inscripción registral a que dio lugar, siendo el único propietario en pleno dominio de la finca en la actualidad. *d)* Que el demandado don Julio E. C. no ostenta derecho alguno que le faculte para seguir poseyendo la finca, debiendo desalojarla y dejarla a la libre disposición del demandante.

Don Julio E. C. contestó a la demanda formulando reconvención, alegando, entre otras cosas, que la escritura pública otorgada a favor del actor es inexistente en derecho, o en otro caso nula o ineficaz e inválida, habiendo sido simulada en fraude de ley, o en otro caso, que se otorgó con abuso de derecho y con la finalidad exclusiva o preferente de contravenir lo ordenado en Sentencia firme del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1971, faltando, además, la tradición por ostentar don Julio E. C., en el momento de su otorgamiento, la posesión real y material de la finca a título de dueño en virtud de su consumado acceso a la propiedad.

A este pleito fueron acumulados los autos seguidos por don Julio E. C., como demandante, contra don José María S. A. y los que otorgaron a su favor la escritura, como demandados.

El Juez de Primera Instancia de Zaragoza número uno dictó sentencia estimando la demanda entablada por don José María S. A., declarando bien ejercitado el derecho de abolorio y que es preferente al derecho del arrendatario, desestimando la demanda y reconvención formulada por este último.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza dictó sentencia revocando totalmente la del Juzgado, declarando la nulidad de la escritura de compraventa y la consiguiente inscripción registral, por lo que son ineficaces para enervar el derecho de acceso a la propiedad del arrendatario declarado por el Tribunal Supremo.

Don José María S. A. interpone recurso de casación por infracción de ley, por los siguientes motivos: 1.º No aplicación de los artículos 609, segundo párrafo, y 1.095, segundo párrafo, ambos del Código Civil, y de la doctrina jurisprudencial recogida, entre otras muchas, en las sentencias que cita, en relación con los artículos 149-1 y 152 de la Compilación de Aragón, y artículos 39 y 40 de la Ley Hipotecaria. 2.º Interpretación errónea del artículo 150, número 1, de la Compilación de Aragón, y del artículo 96, número 8, del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de 29 de abril de 1959.

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 son aspectos de hecho reconocidos en la sentencia recurrida, esenciales para la decisión del recurso de que se trata, no desvirtuados por la parte recurrente, los siguientes: A) Que este Tribunal, en Sentencia de ocho de octubre de mil novecientos setenta y uno, declaró bien ejercitado, en tiempo y forma, por el entonces demandante don Julio E. C., en su cualidad de arrendatario, el derecho al acceso de la propiedad rústica de la finca litigiosa, y bien hecha la consignación del precio realizada por aquél, por lo que se condenó a los entonces demandados don Joaquín, doña María Presentación, doña Rosa y doña Victoria de V. A. a consentir tal derecho ejercitado y al otorgamiento de la escritura pública de venta de la finca referida. B) Que dichos entonces demandados notificaron, mediante acta notarial de veintitrés de marzo de mil novecientos setenta y dos, a don José María S. A., demandante en la litis de que dimana el recurso ahora examinado, la sentencia aludida, al tiempo que le ofrecían la venta de la finca litigiosa, como presunto titular de un derecho de abolorio, por el precio pagado por el referido colono en el pleito en que recayó la mencionada Sentencia de ocho de octubre de mil novecientos setenta y uno. C) Que el aludido don José María S. A. aceptó aquel ofrecimiento y entregó al Notario autorizante la suma de noventa y una mil trescientas pesetas, de cuyo importe sesenta mil ochocientas sesenta y seis pesetas con sesenta céntimos correspondían al pago del precio y las restantes treinta y tres mil cuatrocientas treinta y tres pesetas con cuarenta céntimos (*sic*) en concepto de indemnización para el arrendatario, suma que le fue ofrecida a éste mediante acta notarial en la que no se le hizo anuncio de que si no aceptaba la cantidad ofrecida se procedería a su consignación. D) Que el meritado arrendatario no aceptó el ofrecimien-

to retirando los oferentes de la Notaría la cantidad ofrecida y, sin previo anuncio, procedieron a consignarla en expediente de jurisdicción voluntaria, que fue declarado contencioso por oposición, sin que posteriormente haya recaído resolución judicial alguna declarando bien hecha la consignación. E) Que el nueve de febrero de mil novecientos setenta y tres, los señores V. A. otorgaron escritura de venta a favor de don José María S. A., en la que se hizo constar que éste ejercitaba un derecho preferente de abolorio y que había quedado enervado el derecho de acceso a la propiedad, reconocido por este Tribunal, por el ofrecimiento de la cantidad expresada y subsiguiente consignación en el indicado expediente de jurisdicción voluntaria, y cuya escritura pública de venta fue inscrita registralmente a nombre del actor. F) Que instada por el precitado arrendatario don Julio E. C. la ejecución de la tan aludida sentencia del Tribunal Supremo, por la que se reconoció el derecho al acceso de la propiedad, se opusieron a ello los relacionados señores V. A., en base de que el actor había ejercitado su derecho preferente de abolorio y le habían vendido la finca en escritura pública inscrita, dando lugar a incidente en el que recayó la Sentencia de tres de abril de mil novecientos setenta y seis, por la que este Tribunal desestimó la pretensión de los oponentes y se mantiene plenamente su Resolución de ocho de octubre de mil novecientos setenta y uno, sin perjuicio de que quien pudiera tener interés ejercitara las acciones de que se creyera asistido en el proceso adecuado a la naturaleza de las mismas.

Considerando que si ciertamente el ordenamiento jurídico español, recogiendo el sentido de la teoría clásica de la necesidad del título y el modo como elementos que han de concurrir, conjunta o consecutivamente, para la adquisición de los derechos reales, construida por los romanistas sobre la base de los textos del *corpus iuris justinianeo*, determinantes de que *traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferentur* (Código, Libro II, Título III, Ley 20), y *nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua iusta causa prae asserit propter quam traditio sequeretur* (Digesto, Libro XLI, Título I, Fragmento 31), y reflejada concretamente en el párrafo primero del artículo seiscientos nueve del Código Civil y párrafo segundo del artículo mil noventa y cinco del mismo Cuerpo legal, establece la distinción entre el título y el modo, en el sentido de disponer que no se adquiere derecho real sobre la cosa hasta que ésta haya sido entregada al acreedor, al no regir el principio de la tradición *solo consensu*; sin embargo, tal teoría, de una parte, ha de entenderse referida a las adquisiciones por contrato, quedando fuera de su ámbito otros modos de adquirir distintos de la enajenación voluntaria por medio del contrato, pues hay casos como el de la hipoteca, en el que se exige solamente la inscripción (art. mil ochocientos setenta y cinco del Código Civil), el de las servidumbres negativas (en las que, por su propia naturaleza, no cabe acto alguno de transferencia) y el de acceso a la propiedad (que sanciona el art. noventa y seis del Reglamento para la aplicación de la legislación sobre arrendamientos rústicos aprobado por Decreto de veintinueve de abril de mil novecientos cincuenta y nueve), que quedan fuera del principio general de necesidad de la tradición, pues que ésta se produce automáticamente a causa del derecho constituido, al reflejar una tradición ficta, generada por el fenómeno jurídico denominado «intervención posesoria», reflejo de transmisión *brevi manu*,

que confiere al poseedor por un determinado vínculo jurídico —en este caso, por el de arrendatario— una posterior causa de poseer —en el supuesto actual, por titularidad atributiva de dominio por causa de acceso a la propiedad judicialmente reconocida y declarada—, aunque con proyección real y concretamente con relación a terceros, requiera el complemento del otorgamiento de escritura pública, y de otra parte, ésta, en cuanto es mera consecuencia de una situación de hecho y jurídica de acceso legal a la propiedad, equiparable en sus consecuencias y efectos a una venta forzosa, aunque se entendiere, como pretende el recurrente, carente de alcance real mientras dicha escritura no se otorgue, en manera alguna puede impedir el efecto estrictamente obligacional que produce dicho derecho de acceso a la propiedad reconocido por sentencia firme en favor del arrendatario don Julio E. C., y ahora recurrido, en la indicada naturaleza que tiene equiparable a forzosa compraventa, porque reconocida la obligación de entrega por el arrendador al arrendatario, en título de transmisión dominical, de la finca afectada por el mencionado reconocido derecho de acceso a la propiedad, con asignación e incluso consignación por el accedente de la correspondiente cantidad a entregar, indudablemente crea un acto obligacional con prevalencia en tal aspecto.

Considerando que sentado lo anterior conduce a la inconsistencia del primero de los motivos en que se soporta el recurso de que se trata, fundamentado, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en pretendida violación, por no aplicación, de los artículos seiscientos nueve, segundo párrafo, y mil noventa y cinco, segundo párrafo, del Código Civil, y de la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias que se citan, en relación con los artículos ciento cuarenta y nueve, uno, y ciento cincuenta y dos de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, y artículos treinta y nueve y cuarenta de la Ley Hipotecaria, tanto porque al evidenciarse tradición, en el indicado carácter ficta, por interversión posesoria, según queda precedentemente expuesto, en favor del recurrido don Julio E. C., sobre la finca en cuestión, por consecuencia del derecho de acceso a la propiedad a él reconocido por sentencia firme, ninguna violación, por inaplicación, ha cometido la Sala sentenciadora de Instancia de la normativa sancionada en los indicados artículos seiscientos nueve, segundo párrafo, y mil noventa y cinco, segundo párrafo, del Código Civil, y sentencias citadas en su relación, sino, por el contrario, se ha acomodado a ella; cuanto porque producida la expresada tradición, y en su virtud reconocido por el órgano jurisdiccional *a quo* el derecho obligacional de dominio en favor del arrendatario recurrente, tampoco se evidencia violación de los artículos ciento cuarenta y nueve, uno, y ciento cincuenta y dos de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, y artículos treinta y nueve y cuarenta de la Ley Hipotecaria en relación con dichos artículos del Código Civil, puesto que la sentencia recurrida, de una parte, no niega las circunstancias que para el derecho de abolorio establecen dichos preceptos de la expresada Compilación, sino el no haber cumplido el recurrente en forma las condiciones exigidas para su ejercicio, y, de otra parte, la aplicación por dicha resolución impugnada de lo regulado en los meritados preceptos hipotecarios tiene causa en la inviabilidad reconocida también en ella de la transmisión efectuada en favor de dicho recurrente y que motivó el acceso a su nombre de la finca en cuestión en el Registro de la Propiedad, lo que es de mantener en tanto no se desvirtúe eficazmente tal inviabilidad.

Considerando que tampoco es de acoger el motivo segundo, que, con amparo también en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundamenta el recurrente en interpretación errónea del artículo ciento cincuenta, uno, de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, y del artículo noventa y seis, ocho, del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de veintinueve de abril de mil novecientos cincuenta y nueve, porque al reconocerse en la tan mencionada sentencia recurrida, sin desvirtuación por el cauce adecuado, que el ejercitante del derecho de abolorio don José María S. A., ahora recurrente, no entregó directamente al arrendatario que accedió a la propiedad de la finca cuestionada las sesenta mil seiscientas sesenta y seis pesetas con setenta céntimos del precio, más las treinta mil cuatrocientas treinta y tres pesetas con cuarenta céntimos (*sic*) de la indemnización dentro del término de los treinta días siguientes a contar de la notificación, determina que la Sala sentenciadora de Instancia, estableciendo ese aspecto fáctico no desvirtuado, sino incluso aceptado por el recurrente como base de su argumentación, al rechazar el derecho de abolorio planteado por el precitado recurrente no interpretó erróneamente tales preceptos de la Compilación aludida y del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, sino que los aplicó correctamente, si se tiene en cuenta que al prevenir el artículo ciento cincuenta, uno, de la expresada Compilación del Derecho Civil de Aragón, que el ejercicio del derecho de abolorio se efectuará «entregando o consignando el precio en el término de treinta días a contar de la notificación fehaciente, bien del propósito de enajenar y ofrecimiento de venta, con expresión, en todo caso, del precio y demás condiciones esenciales del contrato», y establecer el artículo noventa y seis, ocho, del referido Reglamento regulador de la materia de arrendamientos rústicos, que el pariente que ejercite el retracto gentilicio —en este caso, en su especialidad de abolorio— «deberá abonar al arrendatario, además de las cantidades que señala el artículo mil quinientos dieciocho del Código Civil, el importe de la indemnización que el arrendador hubiere tenido que abonar al colono por haber enervado el derecho de acceso a la propiedad», es claramente significativo que tal exigencia de entrega o consignación de precio y demás conceptos a que dichos preceptos legales aluden hay que entenderlo referido con relación al arrendatario, y no con el arrendador, tanto porque éste, al producirse el reconocimiento judicial firme del derecho del primero al acceso a la propiedad de la finca afectada, y haberse consignado la cantidad correspondiente al respecto por el accedente —como en este caso ha ocurrido—, ya quedó legalmente desvinculado de la titularidad dominical, en la que no tiene más intervención que la de formalizar la escritura de transmisión que aquel derecho de acceso implica, cuanto porque, a todo evento, el derecho de abolorio al ser en realidad y en definitiva, una modalidad de retracto, en especialidad foral, produce estrictamente entre el retrayente —el titular del citado derecho de abolorio don José María S. A.— y el retraído —el titular del derecho al acceso de la propiedad reconocido por sentencia firme don Julio E. C.— las relaciones económicas derivadas del ejercicio del correspondiente derecho de recobro inherente a tal singular derecho de retracto legal de abolorio, dado que así lo pone específicamente de manifiesto el precitado artículo noventa y seis, ocho, del meritado Reglamento de Arrendamientos Rústicos, en concordancia con el artículo ciento cincuenta, uno, de la repetida Compilación Aragonesa, como genéricamente los artículos mil quinientos veintiuno y mil quinientos

veinticinco, éste en conexión con los mil quinientos once y mil quinientos dieciocho, del Código Civil, en lo aplicable al caso, al sancionar que «el retracto legal es el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación de pago», de tal modo que «en el retracto legal tendrá lugar lo dispuesto en los artículos mil quinientos once y mil quinientos dieciocho», previsores, respectivamente, de que «el comprador sustituye al vendedor en todos sus derechos y acciones» y de que «el vendedor no podrá hacer uso del derecho de retracto sin reembolsar al comprador el precio de la venta, y además: Primero. Los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta. Segundo. Los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida», consecuencia lógica de los principios de equivalencia y contraprestación jurídica, puesto que lo contrario llevaría a la posibilidad de que se privase de un bien al retraído sin poner a su disposición la compensación legal económica correspondiente, y lo que no puede ser suplido con la puesta a disposición de un tercero —en este caso, del arrendador que quedó privado de derecho dominical por efectividad del derecho de acceso a la propiedad—, dado que en caso de insolvencia quedaría frustrada la protección económica del retraído.

NOTA.—La doctrina de esta sentencia acerca de la teoría del título y el modo y de la tradición está llena de contradicciones, hasta el punto de que el comentarista no sabe cuál es la doctrina que hay que deducir de la misma.

Fijémonos en el «considerando» segundo, para comprobar estas contradicciones. Por un lado, se nos dice que la teoría del título y el modo no se aplica en ciertos casos, citando entre ellos, el de acceso a la propiedad del arrendatario, y diciendo que esos casos «quedan fuera del principio general de necesidad de la tradición». Nada que objetar a esta primera declaración, pues se adapta a la doctrina dominante, que en general excluye, tanto la hipoteca como las servidumbres negativas, de la necesidad de la tradición. Lógicamente, los derechos reales de adquisición, en cuanto tales derechos *a* adquirir, no deben necesitar el requisito de la tradición.

Pero nada más decir esto, la sentencia presupone que es necesaria la tradición, pues dice que ésta «se produce automáticamente a causa del derecho constituido, al reflejar una tradición ficta, generada por el fenómeno jurídico denominado «interversión posesoria», reflejo de transmisión *brevi manu*. Esta frase no sólo no enlaza bien con la anterior que acaba de expresar la sentencia, sino que supone un salto de perspectiva, confundiendo, al parecer las distintas fases del derecho de adquisición, pues ahora se refiere, al parecer, a la fase de consumación del derecho, en que lógicamente tiene que haber tradición, pues estamos ante un supuesto normal de adquisición de la propiedad. Pero en lugar de diferenciar las dos fases del derecho, la sentencia muestra gran confusiónismo, diciendo al mismo tiempo que estamos ante una excepción de la teoría del título y el modo, y que la tradición se produce *brevi manu* por «interversión posesoria». Obsérvese que ésta es una forma de tradición perfectamente admisible y no significa ninguna excepción a la teoría del título y el modo.

Hasta ahora tenemos esas dos declaraciones contradictorias. Pero la confusión sube de punto cuando nada más decir lo anterior acerca de la «tradición ficta» y de la «interversión posesoria», se nos dice que estamos ante un acto obligacional, pues para la proyección real, y concretamente

con relación a terceros, se requiere el complemento del otorgamiento de la escritura pública. Pues bien, si estamos ante un acto obligacional, es que no ha habido tradición ni tampoco en forma de *traditio «breui manu»*, a no ser que se entienda que hay diversos grados de tradición y que la única que produce efectos reales es la tradición mediante escritura pública. Naturalmente, así entraríamos en un terreno en el que estamos totalmente de acuerdo, pues basta leer la Exposición de Motivos de la primitiva Ley Hipotecaria de 1861 para admitir estas conclusiones, a lo que sirve de ayuda la interpretación de LACRUZ y ALBALADEJO acerca del artículo 1.462. Pero como esto nada tiene que ver con el caso planteado en esta sentencia, que, por otra parte, no se refiere ni tiene por qué referirse a ese problema, es por lo que nos permitimos señalar estas contradicciones de la misma, desde nuestra personal perspectiva, con la única finalidad de orientar al lector en esta materia, y sin entrar a discutir el fondo del problema, pues nos hemos detenido en el aspecto técnico de la exposición de la teoría del título y el modo.

J. M. G. G.

ACCION DE DESLINDE: CORRESPONDE A TODO PROPIETARIO EXISTIENDO CONFUSION DE LIMITES ENTRE LAS FINCAS, SIN QUE EL TRAZADO DE UN CAMINO DE SEPARACION ENTRE LAS FINCAS REALIZADO POR EL DEMANDADO SIN EL CONSENTIMIENTO DEL ACTOR EXCLUYA LA ACCION DE DESLINDE.—DOCTRINA DEL ABUSO DEL DERECHO: NO SE PRODUCE CUANDO SE EJERCITA LA ACCION DE DESLINDE CONFORME A UN PRECEPTO LEGAL, SIN TRASPASAR LA BUENA FE Y LA EQUIDAD, SIENDO EXCEPCIONAL Y RESTRICTIVA LA DOCTRINA DEL ABUSO DEL DERECHO (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1980).

Hechos.—Don Antonio G. G. formuló demanda contra los cónyuges don José M. C. y doña Cecilia-René T. R., pretendiendo el deslinde de sus propiedades en relación con la finca de los demandados, suplicando se dictara sentencia por la que se reconociera al actor, como propietario de la finca rústica compuesta por las cuatro parcelas descritas en la demanda, el derecho a deslindar y amojonar la misma en aquella parte de su perímetro que confina con la finca rústica de los demandados, y a que el demandante pueda cerrar o cercar su finca por el lugar o línea que resulte del deslinde y amojonamiento que se solicita.

La parte demandada se opone alegando que es improcedente el deslinde por existir ya la línea divisoria entre las fincas, que es un camino construido por la linde, pretendiendo en realidad el actor reivindicar un trozo de terreno propiedad de los demandados.

El Juez de Primera Instancia de Cieza dictó sentencia desestimando la demanda, pero esta sentencia fue revocada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete, que estimó la demanda.

Los demandados interponen recurso de casación fundándose en la doctrina de que no es viable la acción de deslinde cuando los predios están perfectamente identificados y delimitados, sin confusión de linderos; en la infracción por interpretación errónea del artículo 384 del Código Civil; en la infracción por aplicación indebida de este artículo 384, y en no

aplicación del artículo 7 del Código Civil, relativo al abuso del derecho o ejercicio antisocial del mismo.

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 sentencia recurrida fundamenta su criterio estimatorio de la demanda de deslinde: *a)* en tratarse, a través de esta acción, del ejercicio de una inviolable facultad sustancialmente unida al derecho de propiedad por derivarse del mismo, siendo «totalmente imposible rechazar de plano dicha petición»; *b)* aunque la petición realizada de una forma abstracta sobre el derecho a deslindar, dada la redacción del artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Civil, «es siempre atendible», procediendo sentar en el curso del juicio las bases imprescindibles para después marcar y señalar con arreglo a derecho la línea de separación de los predios contiguos según las pruebas realizadas; *c)* en que la línea controvertida discurre por el eje longitudinal de un camino, que no es público, construido unilateralmente a su costa por el demandado porque le convenía para un mejor aprovechamiento de su finca, y al hacerlo así invadió parte del fundo que pertenece al actual recurrido sin contar con su permiso; *d)* en que el referido camino, construido sin el consentimiento del actor, separa una pequeña porción de la finca del actor, ubicada en su extremo sur, que ha sido separada del resto por el referido camino, habiendo desaparecido todo vestigio o señal de la antigua línea separatoria de las propiedades de los litigantes; *e)* en que la línea divisoria, que antes respetaba el ángulo del extremo sur de la finca, discurre por la del actor, y no puede convertirse en señal inatacable del verdadero perímetro de las fincas afectadas; *f)* por todo ello, la Sala de Instancia declara el derecho del actual recurrido a deslindar, a amojonar y, en su caso, cercar la parcela de su propiedad en la línea que la separa de la finca del recurrente, línea que ha de fijarse en ejecución de sentencia y que deberá discurrir, al menos, si no resulta otra cosa, por el eje longitudinal que divide en dos partes simétricas el camino existente, «y así respecto al ángulo o esquina ya citado, que hay en el extremo sur de la parcela».

Considerando que la acción de deslinde, que ofrece semejanza con la antigua *actio finium regundorum*, se concede en el Código Civil (artículo trescientos ochenta y cuatro) a «todo» propietario; habiendo concretado esta Sala en sus Sentencias, sobre todo en las de dos de abril de mil novecientos sesenta y cinco y veintitrés de mayo de mil novecientos sesenta y siete, que requiere como supuestos fundamentales la titularidad dominical respectiva por parte del actor y demandado sobre los predios colindantes, y la confusión de sus linderos en el punto o línea de tangencia; de modo que la acción no es viable cuando los predios estén perfectamente identificados y delimitados; y desde otro punto de vista, la finalidad de identificación de la cosa sobre la que se proyecta el poder jurídico derivado del derecho de propiedad ha revelado evidentes afinidades de la de deslinde con la acción reivindicativa, aunque no se confunda con ella, pues si puede deeducirse la conjunción con la reivindicatoria, y comporta al mismo tiempo la acción de deslinde un valor declarativo de derechos dominicales ya existentes en una zona de terreno incierta, objetiva o subjetivamente; es decir, que la procedencia del deslinde no puede quedar

impedida por la unilateral actuación de uno de ellos, puesto que estas circunstancias denotan aquella incertidumbre.

Considerando que la doctrina expuesta hace desestimable el primero de los motivos de este recurso, en el que, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega la no aplicación de la jurisprudencia de esta Sala que se dice recogida en las sentencias que cita, según la cual no procede la acción de deslinde cuando los predios están perfectamente identificados y delimitados, pues se precisa para su viabilidad que entre una y otra finca haya confusión de linderos; y no es admisible este razonamiento porque contraviene, en primer lugar, la apreciación conjunta de la prueba que hace la Sala de Instancia, la que llega a la conclusión de que, en cuanto a la línea divisoria, hay una evidente controversia determinada fundamentalmente por el trazado del camino entre ambos inmuebles, realizado por el recurrente prescindiendo del consentimiento del ahora recurrido y por invadir en un extremo de los confines la finca del mismo recurrido, lo que indudablemente origina una confusión de límites que requiere un nuevo trazado de la línea con participación de los dos propietarios interesados, y prescindiendo de que la línea resulte definitiva coincida o no con la actual; y, en segundo lugar, es insostenible que el recurrente, que actuó para la construcción del camino por su propia y libre voluntad sin requerir asentimiento alguno de su colindante, pretenda que éste le reintegre de unos gastos que dice haber hecho y le reproche no haber acudido a otras medidas legales, como el interdicto de obra nueva y no a la acción de deslinde que la ley sin discriminar confiere a «todo propietario», en especial cuando el colindante pretende unilateralmente fijar la línea divisoria y además trata de impedir que la varíe en lo que le perjudique.

Considerando que en los motivos segundo y tercero, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega, respectivamente, la infracción por interpretación errónea y por aplicación indebida del artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Civil, motivos que deben ser también desestimados en cuanto que la sentencia recurrida al reconocer de una manera absoluta el derecho de deslinde a todo propietario no contraviene la norma que se dice erróneamente interpretada, ya que tal declaración la hace evidentemente sobre las premisas fácticas que por apreciación conjunta de la prueba estructuró, de la que se deduce una situación de litigio y controversia entre derechos subjetivos que no puede decidirse admitiendo sin variación la línea divisoria trazada por uno de los colindantes en perjuicio del otro; de donde deriva, a su vez, la recta aplicación que la Sala de Instancia hizo del artículo citado, trescientos ochenta y cuatro del Código Civil, sobre una resultancia de hecho apreciada según sus soberanas facultades, no controvertidas ni debidamente impugnadas en este recurso extraordinario, de la que en modo alguno puede deducirse que la línea divisoria en litigio se hallare perfectamente identificada y reconocida.

Considerando que no habiendo superado la fase de admisión el cuarto de los motivos de este recurso, procede el examen del quinto y último, alegado también al amparo del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos, acusando la no aplicación del artículo séptimo del Código Civil, que prescribe el abuso de derecho o su ejercicio antisocial, y al respecto es de observar que el ejercicio de la acción de deslinde de predios

rústicos contemplada en esta litis se fundamentó en lo dispuesto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Civil, y ha sido esimada por el Tribunal *a quo* previa una apreciación conjunta de la prueba, que puso de relieve que el ejercicio del derecho discutido no fue contrario a la buena fe y a la equidad, y en tales circunstancias no se dan los requisitos del abuso del derecho cuando sin traspasar los límites de aquellos máximos principios de buena fe y equidad se pone en marcha el mecanismo judicial, con sus consecuencias ejecutivas, para hacer valer un derecho protegido por la ley, sin intención alguna de dañar; siendo de añadir que, como ya ha declarado esta Sala (Sentencias de cinco de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve y siete de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro), la doctrina del abuso del derecho es de índole excepcional y de alcance singularmente restrictivo; por todo ello también este motivo debe decaer y con ello ser desestimada la totalidad del recurso.

J. M. G. G.

PROPIEDAD HORIZONTAL: LOS MUROS SON SIEMPRE ELEMENTOS COMUNES, YA SE TRATE DE PAREDES MAESTRAS O DE SUSTENTACION, O DE PAREDES DIVISORIAS QUE NO SEAN DE CARGA, POR LO QUE LA DEMOLICION DE LAS MISMAS PARA PONER UN LOCAL EN COMUNICACION CON EL DE OTRO EDIFICIO COLINDANTE EXIGE LA VOLUNTAD UNANIME DE LOS PROPIETARIOS DE LA COMUNIDAD.—RECURSO DE CASACION: NECESIDAD DE PRECISION Y CLARIDAD EN LA CITA DE PRECEPTOS (SENTENCIA DE 10 DE OCTUBRE DE 1980).

Hechos.—La comunidad de propietarios de un conjunto urbano formuló demanda contra don Amador P. G., exponiendo que el demandado, que había adquirido un local de dicho conjunto, instaló en el mismo una cafetería, ampliándolo a base de suprimir por demolición el muro perimetral externo o pared fondo del conjunto urbano comunicándole con otro local perteneciente a otra comunidad, todo ello sin el consentimiento de la comunidad actora, a pesar de que el muro es elemento común del inmueble. Por tanto, suplica se dicte sentencia en la que se declare: *a)* Que el muro de cerramiento existente al fondo del local tiene el carácter de elemento común de la comunidad de propietarios demandante. *b)* Que al haber sido realizada la supresión por demolición de dicho muro sin la preceptiva autorización de la junta de propietarios, tal obra debe ser calificada de ilícita y clandestina, y en su consecuencia, se condene al demandado a reponer dicho muro de cerramiento o pared perimetral de la finca a la situación anterior, cesando en la comunicación con el local perteneciente al inmueble de la propiedad ajena a esta comunidad actora, condenándole igualmente a que se indemnice a la misma en la cantidad que se señale en ejecución de sentencia por todos los daños y perjuicios que traiga consigo la ilícita obra realizada, hasta la reposición de las cosas a la situación y estado jurídico anterior.

El demandado se opone alegando que las obras realizadas consistieron únicamente en tirar un tabique, a fin de unir dos locales contiguos, que

si bien pertenecen a distintos inmuebles, eran de la propiedad del demandado, sin alterar para nada el respectivo estado de cada uno de ellos, siendo incierto que se alterara el sosiego y tranquilidad del complejo.

El Juez de Primera Instancia de León número dos dictó sentencia estimando en lo fundamental la demanda, salvo en lo relativo a la indemnización de daños y perjuicios.

Interpuesto recurso de apelación por el demandado, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid dictó sentencia confirmando la apelada.

El demandado interpuso recurso de casación por error de derecho en la apreciación de la prueba; por falta de aplicación del artículo 16-1 de la Ley de Propiedad Horizontal en correlación con los 12, 13 y 14 de la propia ley; por interpretación errónea del artículo 11 de la ley citada en relación con el artículo 9.º de los Estatutos de la Comunidad de Propietarios, al no tratarse de la desaparición de un muro que afecte a las demás fincas, ni a la estructura, seguridad, salubridad y estética general del conjunto, sino que se trata de un simple tabique de ladrillo que separaba ambos locales.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jaime Castro García, declara no haber lugar al recurso.

En el «considerando» primero se dice que «la técnica rigorista de la casación no consiente la cita en bloque de preceptos sustantivos sin la concreta indicación de cuál de ellos, en qué párrafo y en qué concepto se ha producido vulneración».

En el segundo «considerando» se insiste en la misma idea respecto al motivo segundo del recurso.

En el «considerando» tercero se dice lo siguiente:

«Considerando que el motivo tercero, amparado, como el precedente, en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley Adjetiva, aduce interpretación errónea del artículo 11 de la citada ley especial, en relación con el noveno de los Estatutos que rigen la 'Comunidad de Propietarios del Conjunto Urbano S. D.', y ha de ser asimismo rechazado, ya que además de la manifiesta improcedencia de citar como norma vulnerada unos pactos privados cuya posible incorrecta interpretación tendría que ser censurada con apoyo en el articulado del Código Civil referente a la exégesis contractual, claro está que los 'muros' son siempre elementos comunes según el artículo 396 del propio Código sustantivo, se trate de paredes maestras o de sustentación, o sean paredes divisorias o de separación, en cuanto la función de las segundas es la delimitadora del espacio correspondiente al edificio, marcando el perímetro con relación a otro distinto, por lo cual aunque el muro demolido por el recurrente para poner en comunicación los locales de negocio de su propiedad integrados en dos fincas urbanas bien diferenciadas no era verdaderamente una pared de carga, sí constituía un elemento de cierre y delimitación con la casa vecina, por lo que no podía ser derruido sin la indispensable concurrencia de la unánime voluntad de los propietarios, tal como exige el artículo 11 en relación con la norma primera del artículo 16, preceptos de los que prescindió el recurrente, propasándose a la eliminación del tabique a su antojo y sin recabar anuencia alguna.»

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

LAS ADQUISICIONES DE INMUEBLES POR EXTRANJEROS, REGULADAS POR LA LEY DE 23 DE OCTUBRE DE 1935, SOLO PRECISARAN AUTORIZACION DEL MINISTERIO DE LA GUERRA CUANDO ESTEN SITUADOS FUERA DE POBLADO (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—Si ciertamente se ordena bajo sanción de nulidad de pleno derecho que «deberán necesariamente inscribirse en el Registro de la Propiedad los actos y contratos por los que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan, a favor de extranjeros, el dominio u otros derechos reales sobre inmuebles situados en las zonas señaladas por la Ley de 23 de octubre de 1935», con lo que la delimitación geográfica de aplicabilidad de la norma ha de hacerse a la vista de la citada Ley y del Decreto de 1936, las cuales disposiciones señalan que es necesaria la previa autorización del Ministerio de la Guerra para que las entidades o individuos extranjeros puedan adquirir en las zonas que establece, cualquier obra, finca o terreno, es exigible siempre que dichas propiedades estén situadas fuera de poblado y no incluidas en sus ensanches o zonas urbanizadas.

COMENTARIO.—Actualmente el Reglamento de 10 de febrero de 1978 para la ejecución de la Ley de 12 de marzo de 1975 de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, establece en su artículo 37 que en las zonas de acceso restringido a la propiedad, entre las que quedan incluidas todas las islas de soberanía nacional, según el artículo 32 del propio Reglamento, quedan sujetas al requisito de la autorización militar la adquisición por extranjeros de fincas rústicas o urbanas, con o sin edificaciones, y las obras y construcciones de cualquier clase.

El artículo 38 del mismo Reglamento exceptúa de lo dispuesto en el artículo anterior las zonas que se declaren de interés turístico nacional.

SEGURO DE VEHICULOS: SI ESTAN INCLUIDAS LAS PERSONAS TRANSPORTADAS NO PROCEDE EXCLUIR A LOS FAMILIARES DEL ASEGURADO (SENTENCIA DE 1 DE ABRIL DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—El segundo motivo expuesto por el recurrente por el concepto de violación por inaplicación del artículo 1.281, párrafo primero, del Código Civil, cuyo precepto, que impone el deber de estar al sentido literal de las cláusulas del contrato cuando sus términos son claros, ha de considerarse ciertamente omitido por la sentencia recurrida, la cual ante la póliza de seguros de vehículos a motor suscrita por los interesados, vigente en el momento de producirse el accidente del que deriva la responsabilidad civil demandada, entendió que el contrato que la misma documenta si bien garantiza, por expresa inclusión en su condicionado particular, la responsabilidad civil frente a terceras personas transportadas, no alcanza a los familiares del asegurado, tesis inadmisible a la vista de la clara literalidad del contrato en cuestión, el cual en su condicionado particular, bajo la rúbrica «Garantías a cubrir», consigna en el casillero correspondiente en «personas transportadas» la expresión global «incluidas», utilizando así un incondicionado término cuyo sentido

gramatical y lógico se aviene mal con la salvedad que respecto de los familiares, igualmente transportados, establece la sentencia recurrida, en interpretación que por pugnar con los términos literales del contrato, procede reputar contraria al mandato del artículo 1.281.

EN LA VENTA «A CARTA DE GRACIA», EL COMPRADOR NO ADQUIERE EL DOMINIO RESPECTO AL ENAJENANTE (SENTENCIA DE 3 DE ABRIL DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—La venta a carta de gracia, acogida en el Derecho catalán, que nació en su día de la falta entonces de una organización hipotecaria como 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, y cuyo desarrollo 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; es un convenio determinante de una venta dependiente del vendedor, cuya naturaleza, en definitiva, viene a ser significativa de una situación que transmite al comprador sólo derecho interino, y nunca el de dominio respecto al enajenante, aunque sí respecto a terceros que no resulten amparados registralmente.

CARACTERISTICAS DEL CONTRATO DE LEASING. DIFERENCIAS CON EL ARRENDAMIENTO NORMAL (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1981).

Doctrina de la sentencia.—Aun cuando alguna opinión en la esfera de la doctrina científica asimila en sus efectos el llamado *leasing* financiero a la compraventa a plazos con reserva de dominio, no parece posible predicar identidad de naturaleza entre ambas figuras, antes bien, ya se entienda que el *leasing* constituye un negocio mixto en el que se funden la cesión del uso y la opción de compra con causa única, ora que se trata de un supuesto de conexión de contratos a los que se debe reconducir a unidad esencial, el parecer más autorizado y mayoritario lo conceptúa de contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme.

Carente el contrato de *leasing* en nuestro ordenamiento positivo de regulación en el campo del Derecho privado, claro está que su otorgamiento es posible en lícito ejercicio del principio de autonomía negocial y de libertad en la regulación del pacto proclamado en el artículo 1.255 del Código Civil; pero sí aparece regulado en otros órdenes, como es el *leasing* automovilístico, al que se refiere la Circular de la Dirección General de Tráfico de 16 de febrero de 1974, y en el ámbito fiscal, los Reglamentos de 3 de diciembre de 1971 y 10 de enero de 1972, que describen la operación como arrendamiento de bienes de equipo, capital productivo y vehículos adquiridos exclusivamente para dicha finalidad por empresas, que deberán incluir una opción de compra a su favor al término del arrendamiento.

A diferencia del denominado «*leasing* operativo», que no se diferencia sustancialmente de un normal arrendamiento, el «*leasing* financiero» o

leasing propiamente dicho, especie que es la usualmente utilizada como un nuevo medio de financiación de las empresas, recae sobre bienes de equipo que quedan integrados en el círculo de producción del usuario, con duración calculada en función del tiempo de la vida económica y fiscal del bien de que se trata, y el cómputo del precio se hace de tal suerte que el importe total de las mensualidades satisfechas al término del contrato, más el llamado «valor residual», rebasan el *quantum* de la suma dineraria desembolsada como precio por la entidad financiera y arrendadora, pues obviamente ha de abarcar la totalidad de los gastos causados por la operación, el pago de los impuestos y el correspondiente margen de beneficios para la compañía del *leasing*.

Mientras que en el *leasing* operativo la entidad arrendadora afronta el riesgo técnico, prestando los servicios de mantenimiento y asistencia, por el contrario, en el *leasing* financiero todos los gastos ocasionados por las reparaciones, mantenimiento, servicios técnicos, conservación, seguros, etcétera, del bien financiado, corren a cuenta del usuario.

J. Q. S.

RECLAMACION DE CANTIDAD.—INTERPRETACION DE LA ESCRITURA DE CONSTITUCION DE SOCIEDAD A LA QUE SE APORTA UN NEGOCIO (SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1981).

El Tribunal Supremo, siendo ponente el excelentísimo señor don Jaime Santos Briz, no da lugar al recurso de casación por infracción de ley, de la sentencia dictada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona número tres, sentando la siguiente doctrina:

Considerando que en el primero de los motivos del recurso, al amparo del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa error de hecho en la apreciación de la prueba «acreditado —se dice— por los documentos obrantes a los folios cuarenta y seis a sesenta y uno de los autos», formulación que denota una imprecisión evidente al referirse a dieciséis documentos sin discriminar, y aunque en el desarrollo del motivo se concreta el supuesto error del Tribunal *a quo* al derivado de la interpretación de la escritura pública de constitución de sociedad de catorce de julio de mil novecientos setenta y tres, el motivo ha de ser desestimado: a) porque el documento especialmente invocado fue interpretado por la sentencia recurrida, y por ello no tiene a los efectos de este recurso extraordinario el carácter de auténtico, pues fue objeto de discusión en el pleito y tenido en cuenta por la Sala de Instancia (Sentencias, entre otras, de ocho de abril de mil novecientos sesenta y nueve, veintisiete de marzo de mil novecientos setenta y uno, siete de febrero de mil novecientos setenta y dos y tres y seis de junio de mil novecientos setenta y cuatro; b) aunque no fuera así, el documento invocado a efectos de casación no acredita error alguno que resulte de su mera lectura y, por otro lado, el fallo impugnado llega a la estimación de la demanda por el conjunto de las pruebas practicadas en la litis y no podría separarse el citado documento de ese conjunto para ser combatido aisladamente (sentencia de veintiocho de febrero de mil novecientos sesenta y siete y treinta y uno de diciembre de mil nove-

cientos sesenta y ocho); c) tampoco se cita a qué cláusula del documento referido corresponde el supuesto error de hecho cometido por la Sala que se halle en contradicción palmaria con lo afirmado por aquélla (Sentencia de diecinueve de abril de mil novecientos setenta y dos); d) y, por último, el alegado error lo deduce el recurrente no de la mera lectura del documento, sino de una interpretación que hace del mismo y que es lógicamente interesada, faltándole, por tanto, a los efectos de este recurso extraordinario la denominada «literosuficiencia», que esta Sala reiteradamente ha exigido (Sentencias de ocho de junio de mil novecientos sesenta y tres y diez de febrero de mil novecientos sesenta y cinco, entre otras).

Considerando que en el segundo de los motivos, también al amparo del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa ahora error de derecho en la apreciación de la prueba «por violación del artículo mil doscientos veinticinco del Código Civil» según el cual, «el documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes»; precepto legal que no fue aplicado por la Sala sentenciadora, ni en los hechos que admite como probados resulta el supuesto de hecho que tal norma contempla, ya que no puede asimilarse a ese supuesto el que en la litis aconteció, consistente en documento privado aportado a los autos por el demandante, suscrito por un tercero y no impugnado en su autenticidad ni en sus firmas, y que la sentencia recurrida, y la de primer grado cuyos considerandos aquélla aceptó, apreciaron en conjunto con el resto de la prueba para llegar a la conclusión de que la sociedad demandada debe a la parte demandante la suma reclamada; sin que la ley procesal prohíba que como elemento probatorio sea aportado documento no suscrito por los litigantes sometido a la libre apreciación judicial en cuanto a su eficacia probatoria, y teniendo en cuenta, como exige el artículo mil doscientos veintiocho del Código Civil, que el que quiera aprovecharse de tales documentos, registros o papeles habrá de aceptarlos en la parte que le perjudiquen; efecto jurídico que no ha sido alegado por el recurrente, y sin que en ningún precepto legal se exija que para constituir prueba documental a favor o en contra de los litigantes necesariamente haya de tratarse de documentos firmados por uno de ellos o los dos.

Considerando que no impugnados eficazmente los hechos que la sentencia recurrida sienta como básicos de su fallo, son de tener en cuenta los mismos, a cuyo tenor: a) La entidad demandante remitió unas mercancías no a don A. J. G., como comerciante individual, sino a la empresa denominada «Q.», habiéndose probado que dicho señor ostenta el carácter de administrador único de la demandada, constituida mediante escritura pública de catorce de julio de mil novecientos setenta y tres. b) Esta Sociedad Anónima se constituyó con aportaciones efectuadas por el mismo señor J. y su esposa, y en menor entidad de otros socios, consistentes en bienes y utensilios que venían dedicados a determinada actividad industrial, continuada por la nueva Sociedad (considerandos primeros de ambas sentencias de Instancia). c) Los pedidos y remesas de géneros verificados por la demandante, ahora recurrida, a la recurrente tuvieron lugar unos con anterioridad a su constitución en Sociedad Anónima y otros con posterioridad, refiriéndose la sentencia recurrida a unos y otros, asignando como causa del impago de los mismos no la alegada en este recurso, sino

la mala calidad de las mercancías recibidas. *d)* Consecuencia de esa resultancia fáctica, la Sala *a quo* considera que la Sociedad recurrente, al ser continuadora de hecho de la anterior empresa bajo el mismo nombre «Q.», ha asumido no sólo su patrimonio, sino también sus derechos y también sus obligaciones, en cuanto que el activo patrimonial de la Sociedad Anónima constituida se formó por el que integraba el patrimonio de la empresa individual a la que absorbió.

Considerando que teniendo en cuenta los hechos que en la instancia se declararon probados es desestimable el motivo tercero del recurso, donde al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa la infracción de ley por violación de la doctrina legal contenida en las sentencias que cita de esta Sala, «según la cual la relación jurídica procesal ha de ser constituida llamando al proceso a todos los que puedan resultar afectados por los pronunciamientos de la sentencia», sosteniendo en el desarrollo del motivo que si la demandada ha sido la Sociedad «Q.», no puede resultar afectado por la sentencia don A. J. G.; conclusión errónea que establece el recurrente sin tener en cuenta que lo único probado en autos, según la Sala de Instancia, es que la demanda se dirige contra una Sociedad Anónima llamada «Q.», y en el fallo se condena únicamente a ésta, por tanto, sin referencia alguna a persona individual o física; tomando el Tribunal de Apelación como presupuestos fácticos los ya expresados de haber apreciado en uso de su soberana facultad juzgadora que la entidad demandada responde de las deudas de la empresa individual que actuó bajo la misma denominación al tener un mismo administrador y residir y operar en el mismo domicilio y haber asumido sus propios bienes y obligaciones, hechos que no han sido debidamente impugnados y que por ello ha de aceptar esta Sala, sin que ello constituya infracción alguna de la doctrina del litis consorcio pasivo necesario, como parece entender la recurrente.

Considerando que, por último, el motivo cuarto, con el mismo amparo procesal en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal Civil, acusa la infracción por violación de los artículos mil doscientos ochenta y uno, párrafo uno, y mil doscientos cinco del Código Civil, adolece, en primer lugar, de acumular en sí dos materias heterogéneas, cuales son la interpretación de los contratos y la novación de obligaciones, poniendo de relieve que infringe en su formulación el artículo mil setecientos veinte de la Ley Procesal citada; además, suscita cuestiones nuevas no planteadas oportunamente en la Instancia y, sobre todo, acusa a la Sala de Instancia de infringir la normativa de la interpretación de los contratos en el artículo invocado, sin cuidarse de demostrar la equivocación del criterio interpretativo del Tribunal de Apelación y olvidando que el mismo sólo puede ser atacado con éxito en este recurso en caso de exégesis desorbitadas, absurdas o arbitrarias que pugnen con la lógica y el sentido de los textos o cláusulas sometidos al raciocinio del juzgador, como ya declaró esta Sala, entre otras, en Sentencias de veintiséis de noviembre de mil novecientos sesenta y uno y doce de diciembre de mil novecientos sesenta y dos, y como en el supuesto ahora contemplado la Sala *a quo* apreció racionalmente la resultancia interpretativa en litigio ha de mantenerse en casación su criterio en el particular, y en cuanto a la alegada infracción del artículo mil doscientos cinco del Código Civil, aparte de ser, como ya se indicó, cuestión nueva, no cabe que la

recurrente, como entidad que asumió las deudas de empresa individual que llevaba su misma denominación, invoque la falta de consentimiento del acreedor para esa asunción de deudas, cuando ella misma no consta haya hecho gestión o actuación alguna para obtenerlo, pues era a quien incumbía recabar dicho consentimiento; prescindiendo de que, como declaró la Sentencia de esta Sala de once de enero de mil novecientos cuarenta y nueve, el consentimiento del acreedor a la sustitución de un primer deudor, que este artículo exige para la validez de la novación, va implícito en el hecho de reclamar el pago al nuevo deudor, que es lo que la entidad recurrida ha hecho en esta litis; por todo ello procede la desestimación de este motivo.

REEMBOLSO DEL PAGO HECHO POR EL FIADOR AL ACREEDOR (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1981).

El Tribunal Supremo, siendo ponente el excelentísimo señor don Jaime de Castro García, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por la representación de doña M. C. M., de acuerdo con los siguientes considerandos:

Considerando que no habiendo sido impugnados los hechos en que la sentencia recurrida se basa para la estimación de la demanda, ya que los tres motivos del recurso se apoyan en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta Sala ha de tener en cuenta aquellos hechos para la resolución de este recurso extraordinario, los cuales son esencialmente: a) los demandantes, ahora recurridos, en su carácter de fiadores de los demandados obligados frente al acreedor, Banco de Santander, en virtud de una póliza de préstamo y crédito, hicieron pago al acreedor indicado de la suma que reclama, en total dos millones seiscientas cincuenta mil pesetas, pago efectuado mediante el giro de las letras de cambio que se expresan en el documento de fecha ocho de mayo de mil novecientos setenta acompañado con el escrito de demanda; b) del expresado pago hecho por los fiadores al acreedor, dos de los deudores, don J. y don G. C. M., tuvieron conocimiento en la citada fecha de mil novecientos setenta, mientras los otros tres, doña M. y doña C. C. M. y don J. S. F., sólo conocieron tal pago mediante acto de conciliación que tuvo lugar el veintiuno de enero de mil novecientos setenta y seis; c) hace constar la sentencia impugnada que los deudores demandados «no hicieron valer excepción alguna de las que en su caso hubieran podido oponer al acreedor Banco de Santander al tiempo de hacerse dicho pago por los fiadores»; d) consta que los fiadores recurridos hicieron un pago parcial del crédito ostentado por el acreedor frente a los demandados recurrente, y la Sala *a quo* aprecia en el documento número 2 de los acompañados a la demanda, consistente en la mencionada carta de ocho de mayo de mil novecientos setenta, una «obligación asumida por los fiadores frente al Banco de no repetir contra los deudores hasta que no se haya resarcido totalmente el Banco del crédito que contra ellos ostenta», porque tal obligación «sólo vincula al Banco y los fiadores».

Considerando que frente a esa resultancia fáctica, no impugnada por el cauce procesal adecuado en este recurso, y consiguiente conclusión estimatoria en el fallo de la acción ejercitada, el primero de los motivos,

al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia «la violación del artículo 1.840 del Código Civil», por entender que el presupuesto primero e inexcusable de la aplicación del señalado artículo 1.840 es «la falta de comunicación por el fiador al deudor del pago hecho por aquél al acreedor», conocimiento que no tuvieron los deudores hasta la celebración del acto de conciliación; razonando seguidamente sobre hechos no acreditados en la sentencia recurrida, para concluir que «todo lo cual abunda respecto al cobro realizado por el Banco y la excepción a él oponible, y aquí esgrimible al no haberse practicado comunicación a los deudores del pago hecho por los fiadores»; motivo que es desestimable, en primer lugar, porque sostiene, en contra del criterio más ponderado de la Sala de Instancia, que el Banco acreedor hizo un cobro que no concreta y que los demandados opusieron unas excepciones basadas en la no comunicación del pago a los deudores, siendo lo cierto que del escrito de contestación a la demanda no resulta opuesta más excepción que la de incompetencia de jurisdicción, que fue desestimada por la sentencia atacada, y que si bien se alegó la falta de comunicación del pago hecho por los fiadores antes de ser verificado, dos de los deudores tuvieron conocimiento de él al ser hecho, según recoge la sentencia recurrida en su cuarto considerando, y los otros tres, si bien consta que conocieron dicho pago después de efectuado, la alegación de este hecho no implica excepción que hubiera de ser estimada y la Sala *a quo* efectivamente la rechazó, ya que el artículo 1.840, a cuyo tenor «si el fiador paga sin ponerlo en noticia del deudor, podrá hacer valer contra él todas las excepciones que hubiera podido oponer al acreedor al tiempo de hacerse el pago», presupone que el fiador puede pagar al acreedor sin notificación alguna al deudor, pues esta notificación no es presupuesto o requisito para poder posteriormente ejercitar sus derechos de reembolso y de subrogación, que le corresponden siempre al fiador por el hecho de satisfacer el crédito, y el único efecto que produce el incumplimiento de ese deber del fiador es que podrá el deudor utilizar en vía de regreso las excepciones que aquél debió oponer al acreedor, y presupuesta esa falta de comunicación de la intención de pagar el fiador, el deudor queda facultado para hacer valer las aludidas excepciones, de forma que el remedio a favor del deudor queda vacío de contenido cuando, como en el caso ahora contemplado, tales excepciones no existían o han sido insuficientes para enervar el derecho de reembolso del fiador, verificándose entonces el regreso del fiador contra el deudor, como apreció la sentencia impugnada, sin ningún género de limitación.

Considerando que en el segundo de los motivos del recurso, con el mismo amparo procesal que el anterior, no denuncia «la violación por no aplicación debiendo serlo del artículo 1.125, párrafo tres, en relación con el artículo 1.113, párrafo primero, ambos del Código Civil», desarrollando el motivo los recurrentes con apoyo en una interpretación, parcial y diferente de la efectuada por la Sala de Instancia, del documento acompañado a la demanda repetidamente aludido, carta del Banco de Santander a los fiadores de fecha ocho de mayo de mil novecientos setenta, en el que el recurso aprecia la existencia de una condición que impide en su criterio «la exigibilidad temporal de la acción de reembolso», con lo cual los recurrentes pretenden deducir a su favor efectos jurídicos de un contrato, que se califica de transacción, entre fiador y acreedor, en el que aquellos obliga-

dos no intervinieron, y sin tener en cuenta que habiéndose efectuado el pago por los fiadores al acreedor en mil novecientos setenta, según consta, seis años después al tener lugar el acto de conciliación intentado, no se ha probado, ni lo aprecia la Sala sentenciadora de Instancia, hecho alguno en el sentido de cobro por el acreedor del crédito que ostentase contra los deudores, efectuado por éstos o persona distinta de los fiadores; todo lo que permite aceptar las conclusiones a que se llega en la sentencia impugnada, debiendo ser rechazado el motivo.

Considerando que en el tercero y último de los motivos, con el mismo apoyo procesal que los anteriores, «se denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 1.838 del Código Civil», motivo que se estructura «como consecuencia de los dos anteriores o de cualquiera de ambos», partiendo de que no es exigible la ejercitada acción de reembolso por los fiadores frente a los deudores recurrentes; motivo que debe ser también desestimado, ya que no habiendo sido impugnado el hecho probado del pago efectuado por los fiadores al acreedor de la deuda que los recurrentes tenían frente al acreedor, este hecho, a tenor del artículo invocado como infringido, es suficiente para que el fiador deba ser indemnizado por el deudor, de conformidad con los conceptos que el mismo precepto indica y que no han sido discutidos en este recurso; ya que de no haber accedido el fallo recurrido a la pretensión de los actores, se hubiera originado un enriquecimiento injusto de los deudores, como reconoció la Sentencia de esta Sala de tres de junio de mil novecientos cuarenta y seis, hallando también su justificación el reembolso de los fiadores en el peculiar carácter que la fianza ostenta como negocio de garantía, que se desenvuelve exclusivamente entre acreedor y fiador, permaneciendo el deudor extraño a ella, lo que no obsta para que tenga un aspecto interno del fiador frente al deudor similar al de la obligación solidaria, aunque no idéntica.

Considerando que la desestimación de todos y cada uno de los motivos de este recurso conducen a la declaración de no hacer lugar al mismo en su totalidad, con imposición de las costas causadas a los recurrentes, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que proceda renunciamento alguno en cuanto al depósito para recurrir por no ser conformes las sentencias de Instancia.

J. de M. J.