

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
FRANCISCO JOSÉ FLORÁN FAZIO,
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

ACCION CONTRADICTORIA DEL DOMINIO INSCRITO: NO LO ES LA ACCION DE DESLINDE, POR LO QUE NO ES NECESARIO DEMANDAR LA NULIDAD O CANCELACION DE UNA INSCRIPCION DE EXCESO DE CABIDA DE LA FINCA DEL DEMANDADO. LA LIMITACION TEMPORAL DE EFECTOS DEL ARTICULO 207 DE LA LEY HIPOTECARIA, SE APLICA SOLO AL PRINCIPIO DE FE PUBLICA REGISTRAL, NO AL DE LEGITIMACION DEL ARTICULO 38. EL TERCERO DEL ARTICULO 207 TIENE RELACION CON EL TERCERO DEL ARTICULO 34. EL EXCESO DE CABIDA NO ESTA CUBIERTO POR LA FE PUBLICA REGISTRAL (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1979).

Hechos.—La entidad «Concesiones C. y E. F., S. L.», formuló demanda contra don Francisco C. M., doña Susana T. Ll., don Lorenzo C. C. y doña María T. Ll., sobre deslinde y amojonamiento, suplicando al Juzgado se dictara sentencia, de acuerdo con los artículos 384 al 387 del Código Civil, por la que se declarase: 1.º El deslinde y amojonamiento de la finca propiedad de la actora, finca registral 1.036, de la finca propiedad de los demandados, finca registral número 1.663, colindantes entre sí, ambas del término municipal de La Escala (Gerona), en el linde Este de la finca de la actora, equivalente al linde Oeste de la de los demandados y teniendo en cuenta que los títulos de propiedad de ambas fincas expresan igual superficie de dos vesanas y en realidad, entre ambas fincas tienen 13.282, 58 metros cuadrados, debiendo situarse el linde

Este de tal forma que en ambas fincas coincida la superficie de 6.341,29, poniendo los mojones en el lugar correspondiente; 2.º Alternativamente de la anterior petición, que se decreta el deslinde y amojonamiento de las dos anteriores fincas, en el linde anteriormente referido, de tal forma que la finca de los actores comprenda, como mínimo, la zona marcada en rojo en el documento número 7 de los acompañados con la demanda, con una superficie de 4.807 metros cuadrados, o sea, siendo el linde Este de dicha finca —Oeste de la de los demandados— la que figura en el plano del Servicio de Catastro de Rústica de Gerona.

Los demandados se oponen alegando que su finca consta inscrita en el Registro de la Propiedad, no con la superficie que señala la actora, sino con la de tres vesanas y media aproximadamente, equivalentes a 76 áreas 54 centiáreas, empeñándose en reflejar solamente lo que consta en la primitiva escritura de adquisición, no teniendo presente que se inscribió el correspondiente exceso de cabida de conformidad a los artículos 205 y 207 de la Ley Hipotecaria, en base a datos catastrales, habiendo pasado sobradamente los dos años de suspensión o congelación de efectos que, respecto a tercero, establece el artículo 207. En consecuencia, es aplicable el artículo 38 de la Ley Hipotecaria y la presunción que establece, de forma que para lograr una modificación de tal asiento, que entrañe contradicción al mismo en el dominio o derecho real inscrito, ha de entablarse, previamente o a la vez, demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, cosa que no ha hecho la parte actora.

El Juzgado de Primera Instancia de Gerona 2 dictó sentencia estimando la excepción alegada por la demandada en relación con el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, y sin entrar en el fondo de la cuestión absolvió en la instancia a los demandados.

La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, en el recurso de apelación interpuesto por la entidad actora, revocó la sentencia del Juzgado y estimó la demanda en la petición alternativa de proceder al deslinde y amojonamiento, de tal forma que la finca de la actora comprenda como mínimo la zona marcada en rojo en el documento número 7, con una superficie de 4.867 metros cuadrados, o sea, siendo el linde Este de dicha finca, Oeste de la de los demandados, el que figura en el plano del Servicio de Catastro de Rústica de Gerona referido al año 1962, línea de separación entre las subparcelas «g» y «h» de la parcela 24 con la parcela 27 del polígono 10 del término municipal de La Escala.

Los demandados interponen recurso de casación por infracción de ley por interpretación errónea de los apartados 1.º y 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria; por interpretación errónea de los artículos 205 y 207 de la citada Ley y violación del artículo 298, número 5.º, B), del Reglamento Hipotecario, por falta de aplicación; por infracción de la doctrina legal contenida en las Sentencias de 16 de febrero de 1955 y 30 de junio de 1964, por el concepto de aplicación indebida, y por error de hecho en la apreciación de las pruebas resultantes de una serie de documentos que citan.

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

«Considerando que si bien el motivo 1.º denuncia la interpretación errónea de los dos párrafos iniciales del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, la verdad es que la tesis mantenida en el mismo únicamente guarda relación con lo preceptuado en el segundo de dichos párrafos, ya que esa tesis consiste en que la actora solamente hubiera podido ejercitar la acción esgrimida en la demanda si previamente o a la vez hubiese pedido la nulidad o cancelación de la inscripción vigente en el Registro de la Propiedad a favor de los hoy recurrentes, tesis que tratan de reforzar en el motivo 3.º mediante la alegación de haberse incurrido por la Sala sentenciadora en la aplicación indebida de la doctrina legal relacionado con el párrafo 2.º del artículo 38 citado.»

«Considerando que ambos motivos tienen que perecer, en primer término, porque para que sea aplicable lo dispuesto en este precepto, es necesario, de un lado, que la acción ejercitada en la demanda o en la reconvencción sea contradictoria del dominio del inmueble o del derecho real inscritos, y, de otro lado, que el éxito de tal acción pueda conducir a la nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, requisitos que aquí no concurren, dado que, por una parte, la acción de deslinde y amojonamiento, que es la ejercitada en la demanda, lejos de contradecir el dominio de los demandados sobre la finca colindante, lo reconoce de manera harto explícita, contrayéndose a la delimitación y señalización de uno de los linderos comunes a ambos predios, y, de otra parte, la sentencia dictada en congruencia con tal acción no constituye un título hábil para registrar la nulidad o para cancelar el asiento de propiedad de la finca de los interpelados; doctrina que se halla en armonía con lo sentado por esta Sala en la interpretación del antiguo artículo 24 y del actual artículo 38, párrafo 2.º, puesto que de modo constante ha declarado la inaplicación de la norma encerrada en tales artículos a la acción de deslinde y amojonamiento, como es de ver en las Sentencias de 6 de octubre de 1915, 16 de noviembre de 1931, 13 de mayo de 1959 (último considerando), 30 de junio de 1964 (considerando octavo) y 30 de junio de 1963 (penúltimo considerando), por lo que, cualquiera que haya sido la oportunidad del Tribunal *a quo* al traer a colación la doctrina de la Sentencia de 16 de febrero de 1955, algunos de cuyos pormenores quizá no convengan con exactitud al supuesto de hecho contemplado ahora, aquellos motivos han de decaer.»

«Considerando que tampoco merece ser acogido el 2.º, que acusa la interpretación errónea de los artículos 205 y 207 de la Ley Hipotecaria y la violación por inaplicación del artículo 298, número 5.º, del Reglamento dictado para su aplicación: Primero: Porque aun cuando la limitación temporal establecida en dicho artículo 207 se refiere sólo al principio de fe pública registral, pero no al de legitimación, que es el contenido en el artículo 38 de aquella Ley (Decreto de competencia de 22 de octubre de 1959 y Sentencia de esta Sala de 5 de noviembre de 1973) no estará de más añadir, como ya se ha anticipado en los considerandos precedentes, que en lo relativo al principio de legitimación del Registro, no se plantea por los recurrentes cuestión alguna que guarde conexión directa con lo prevenido en el párrafo 1.º del repetido artículo 38, presunción *iuris tantum* sentada en él que, por otra parte, ha sido desvirtuada, en orden a la medida superficial del inmueble inscrito a favor de los impugnantes, por la oportuna prueba en contrario, y en cuanto

a uno de los efectos procesales de tal legitimación, el previsto en el párrafo 2.º del mismo artículo, basta recordar que en el ámbito de la prohibición establecida en él no entra la acción de deslinde y amojonamiento. Segundo: Porque situado aquel artículo 207 en la línea de la fe pública registral es obvio que en su exégesis no puede prescindirse de la interpretación sistemática y, por ende, de lo estatuido en el fundamental artículo 34 de dicha Ley, y de aquí que, en cuanto a los requisitos que deberán concurrir para su aplicación no podrán ser otros que los descritos en esta norma, y, en cuanto al ámbito material de esa aplicación es lógico que no podrá rebasar el circunscrito por el mismo artículo 34, habiendo que quedar, por tanto, al margen de aquél las inscripciones de inmatriculación por exceso de cabida, desde el momento en que los datos de hecho en general, y, concretamente, el relativo a la medida superficial quedan también fuera de la órbita de fe pública registral, según tiene proclamado uniformemente esta Sala, entre otras, en las Sentencias de 16 de noviembre de 1960, 16 de abril de 1968, 7 de mayo de 1975 y 31 de mayo de 1977, por lo que en resumen, la medida superficial que conste en la inscripción de inmatriculación no estará protegida por la fe pública ni durante los dos primeros años, ni después. Tercero: Que, a mayor abundamiento y en orden a la supuesta violación del artículo 298, número 5.º, del Reglamento Hipotecario, puede recordarse la doctrina de este Tribunal, a cuyo tenor la infracción de tal texto meramente reglamentario no puede servir de base a un recurso de casación, por tratarse de un conjunto de disposiciones de carácter normativo secundario, que no merecen el concepto de 'ley' a efectos de lo prevenido en el número 1.º de los artículos 1.691 y 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Sentencias de 9 de diciembre de 1939 y 24 de noviembre de 1969).»

«Considerando que, en fin, el motivo cuarto y último no puede correr mejor suerte, ya que lo pretendido por los recurrentes al amparo del número 7.º del citado artículo 1.692 es convertir este recurso en una tercera instancia, oponiendo a la apreciación de las pruebas llevadas a cabo por el Tribunal sentenciador, aquello que, en sentir de los impugnantes, resulta del conjunto de los seis documentos que relacionan, notarial, uno, y administrativos los cinco restantes, y además, por si poco fuera de su amalgama con los datos que, a su juicio, ofrece la prueba pericial practicada en el pleito, proceder recusable en la casación, como es bien sabido, la cual únicamente puede alcanzar éxito oponiendo un hecho auténtico concreto, evidenciado por un documento o acto de la misma naturaleza, a un hecho probado, también concretamente determinado, fijado formalmente por el Juzgador de instancia; por lo que, en definitiva, se impone declarar no haber lugar al recurso con la condena en costas preceptuada en el artículo 1.748 de la Ley de enjuiciar.»

COMENTARIO.—Esta sentencia se ocupa de cuatro cuestiones de especial interés para el Derecho Hipotecario, que son las siguientes:

- 1.º Si la acción de deslinde es o no contradictoria del dominio inscrito del demandado, a efectos del párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, existiendo una inscripción de exceso de cabida a favor de este último.

2.ª Si la limitación temporal del artículo 207 de la Ley Hipotecaria se aplica sólo al principio de fe pública registral o también al de legitimación del artículo 38 de la Ley.

3.ª El concepto de tercero a efectos del artículo 207 de la Ley Hipotecaria.

4.ª Si una inscripción de exceso de cabida está o no protegida por la fe pública registral.

Comentaremos por separado cada una de estas cuestiones.

1.ª *La acción de deslinde y el párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.*—Al comentar la Sentencia de 30 de junio de 1973, dijimos que si bien en principio la acción de deslinde no puede ser considerada como acción contradictoria del dominio inscrito, había que distinguir una serie de supuestos en que, dadas las circunstancias que rodeaban a la acción de deslinde, podría ser ésta considerada en algún aspecto como contradictoria del dominio inscrito del demandado; así, entre otros casos, cuando «las bases del deslinde se opongan claramente a la descripción de la finca del demandado».

Pues bien, creo que el presente caso es de éstos en que cabe entender que la acción de deslinde, tal como estaba planteada por el actor, implicaba una contradicción con el dominio inscrito del demandado y exigía la aplicación del párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, es decir, el que previamente o a la vez hubiera solicitado la nulidad o cancelación de la inscripción de exceso de cabida de la finca de la parte demandada.

Así lo entendió acertadamente el Juzgado de Primera Instancia de Gerona. Pero la Audiencia Territorial y el Tribunal Supremo siguen la regla general de que la acción de deslinde no está incluida en el párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, lo cual, sin más matizaciones, no podemos aceptar.

Las declaraciones de la presente sentencia del Tribunal Supremo no son convincentes en relación con el concreto caso planteado.

En primer lugar, dice la sentencia que la acción de deslinde ejercitada en la demanda, *lejos de contradecir el dominio de los demandados sobre la finca colindante, lo reconoce de manera harto explícita, contrayéndose a la delimitación y señalización de uno de los linderos comunes a ambos predios*. Pero esto sólo cabría decirlo en términos generales de la acción de deslinde, no precisamente en este caso en que la acción de deslinde ejercitada envuelve una fuerte dosis de contradicción con el dominio inscrito del demandado. Una de las declaraciones del actor en su demanda es que el deslinde se lleve a cabo atendiéndose a los títulos de propiedad, posesión y repartiendo proporcionalmente el exceso o defecto con arreglo a las superficies registradas y en proporción a las mismas. Y en el suplico de la demanda, exige que las bases de deslinde se adapten a unas determinadas superficies que alternativamente señala, o que su finca tenga una superficie de 6.341,29 metros cuadrados, igual que la de los demandados, o bien, que al menos tenga la superficie de 4807 metros cuadrados. Cualquiera de estas pretensiones chocaba frontalmente contra las inscripciones de dominio vigentes. Efectivamente la finca del actor tenía una superficie inscrita de 4.374

metros cuadrados; y la finca del demandado, que primitivamente había tenido esa misma superficie, con posterioridad se amplió a través de la inscripción de un exceso de cabida apoyado en datos catastrales, llegando a tener actualmente 7.654 metros cuadrados. Pues bien, la acción de deslinde del actor contradice de modo claro la inscripción de dominio del demandado en cuanto al exceso de cabida, pues lo desconoce totalmente, sin haber ejercitado la correspondiente demanda de cancelación parcial de dicha inscripción en cuanto se opusiere a sus pretensiones. En definitiva, el actor parte de que se trata de dos fincas de igual superficie, y el Registro le dice que la del demandado es mayor por haberse inscrito un exceso de cabida apoyado en datos catastrales, cosa que no ocurrió respecto a la finca del actor. La presente sentencia parece entender que lo único que interesa a efectos del párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria es la titularidad *en abstracto* del demandado, prescindiendo del objeto de tal titularidad, que es cuestión tan jurídica como la de la titularidad misma y que ha sido contradicha parcialmente (en cuanto a un exceso de cabida) por la acción ejercitada. Y todo esto se ve más claro todavía, si se tiene en cuenta que el actor empieza alegando en su demanda, que, aunque en el Registro las fincas tienen una superficie (desconoce la del exceso de cabida del demandado) en la realidad tienen ambas un exceso de cabida con el que se ha de contar. Es decir, se trata de una acción de deslinde basada en un exceso de cabida, sin plantear la demanda de nulidad del exceso de cabida de la finca del demandado.

La segunda declaración de esta sentencia tampoco es convincente, pues dice que «la sentencia dictada en congruencia con tal acción (de deslinde) no constituye un título hábil para registrar la nulidad o para cancelar el asiento de propiedad de la finca de los interpelados». Esto constituye un «apriorismo», pues si en la demanda se solicita y pretende tal cancelación, la sentencia que la estime constituirá un perfecto título hábil para declarar la cancelación parcial de la inscripción del demandado en cuanto al exceso de cabida que obstaculizaba las pretensiones del actor. Y es que la sentencia se sigue moviendo bajo la idea de que la inscripción de exceso de cabida no es inscripción de dominio, cuando claramente lo es, como lo demuestra, entre otras cosas, que uno de los procedimientos para llevarla a cabo es precisamente el expediente de *dominio* y los medios inmatriculadores tendentes a acreditar la *propiedad* (art. 200 de la Ley Hipotecaria). Es el *objeto del dominio*, hay que repetir una vez más.

La tercera argumentación de la sentencia consiste en una remisión a la anterior jurisprudencia del Tribunal Supremo a propósito de la acción de deslinde, presuponiendo que la doctrina de las Sentencias de 6 de octubre de 1915, 16 de noviembre de 1931, 13 de mayo de 1959, 30 de junio de 1964 y 30 de junio de 1973, excluye la aplicación del párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria en relación con dicha acción. Pero en lugar de buscar el fundamento de esa exclusión, que hubiera dado la pista para determinar a qué casos es aplicable esa jurisprudencia y a qué casos no, la sentencia prefiere hacer la cita sin más de todas esas sentencias. En relación con esto, hay que recordar que el fundamento de esa doctrina legal del Tribunal Supremo es lógico cuando se está ante una acción de deslinde normal, o sea, cuando no

entran en juego bases especiales contrarias al Registro, no en casos como el presente. La explicación de ese fundamento es que los linderos que figuran en los libros del Registro son normalmente «danzantes» (salvo los linderos fijos), pues se trata de unos nombres que cabría aplicar en principio a una u otra realidad, tal como resultara del deslinde, por lo que propiamente no se plantea una contradicción entre deslinde y Registro, dada la imprecisión resultante de la naturaleza misma de los linderos. Pero este fundamento no cabe aplicarlo cuando uno de los datos descriptivos ha sido objeto de especial consideración a través de una inscripción de exceso de cabida apoyado en datos catastrales, que implica una presunción de medición de la finca por medio de unos elementos oficiales, que al ser reflejados en el Registro cuentan con el principio de legitimación registral a su favor. En otro caso, habría que decir que la inscripción de exceso de cabida no sirve absolutamente para nada. Pero esto constituye un argumento de *reductio ad absurdum*, pues si así fuera no se explicaría la normativa existente a propósito de los mismos, no ya sólo en el Reglamento Hipotecario, sino en la propia Ley Hipotecaria.

Además, si la presente sentencia viene a reconocer en otros «Considerandos» que no hay obstáculo en aplicar a la medida superficial el principio de legitimación registral en cuanto al párrafo 1.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, no se ve por qué no iba a aplicarse el párrafo 2.º que, como su propia letra indica, es una consecuencia del primero.

Respecto a esa jurisprudencia existente sobre la cuestión, me remito a la exposición que hice en el comentario a la Sentencia de 30 de junio de 1973 (*R. C. D. I.*, núm. 504, septiembre-octubre 1974, págs 1161 a 1168). En cualquier caso, dicha jurisprudencia no se opone a la opinión aquí mantenida a propósito de una inscripción de exceso de cabida. Así, la *Sentencia de 6 de octubre de 1915*, aparte de no referirse a un supuesto de acción de deslinde, sino de oposición a la posesión judicial conferida en acto de jurisdicción voluntaria, dice que «ambos títulos (de los contendientes) encuentran amparo, tanto en los asientos del Registro como en los preceptos de la Ley Hipotecaria». En cambio, en nuestro caso, existe una finca que tiene inscrito un importante exceso de cabida de base catastral y la otra finca, no. La *Sentencia de 16 de noviembre de 1931*, aunque se refiere a un supuesto de acción de deslinde, no se ocupa del problema de rectificación de superficie, sino de discusión acerca de un lindero, y dice: «ninguno de ellos (de las partes) desconoce ni menos aún impugna la inscripción que su adversario tenga en el Registro de la Propiedad, quedando, por tanto, reducida la contienda a la fijación de la línea que separa ambas heredades por el lindero Norte de la 'Posesión Cayuela', perteneciente al primero (al actor recurrido) y el del aire Sur de la denominada 'Prados', que corresponde al segundo (demandado recurrente); esto sentado, es inconcuso que la planteada es puramente una cuestión de hecho que se limita a la identidad de las dos fincas colindantes y a la determinación del terreno que corresponde al título que respectivamente pueda ostentar cada uno de los asientos del Registro de la Propiedad y en los preceptos de la Ley Hipotecaria, es visto que no existe contradicción de dominio inscrito, conforme resolvió este Supremo Tribunal en caso análogo por Senten-

cia de 6 de octubre de 1915». Como se observará, tampoco es éste el caso presente, en que el asiento de inscripción de exceso de cabida ampara registralmente a una de las partes y no a la otra.

La *Sentencia de 13 de mayo de 1959* tampoco puede ser traída a colación, pues aparte de no tratarse del mismo supuesto, se produce bajo un tono de completa duda acerca de si la inscripción ampara o no el límite y extensión superficial, cosa que la presente sentencia no excluye en relación con el párrafo primero del artículo 38.

La *Sentencia de 30 de junio de 1964*, también citada por la presente, alude a un caso en que los «dos litigantes tienen inscritas sus respectivas fincas», por lo que concluye diciendo que «el conflicto o contradicción se referirá a las inscripciones registrales». Insistimos en que esto no ocurre aquí en que no hay conflicto de inscripciones, pues en una aparece lo que no está en la otra (el exceso de cabida), sino que hay, a diferencia de la del 64, hay una pretensión contradictoria con el asiento de inscripción de exceso de cabida. Además, esa *Sentencia de 30 de junio de 1964* es de las que entendía que los datos físicos no están cubiertos por el principio de legitimación registral, lo que la hace altamente criticable, y en esto no cae la presente sentencia, que sólo se refiere a la inaplicación del párrafo 2.º del artículo 38, y no al primero.

En cambio, hay sentencias que claramente ofrecen una matización distinta a la anterior, y que pueden servir de apoyo a la opinión que mantenemos en relación con este caso concreto. Así, la *Sentencia de 16 de febrero de 1955* se refiere a un caso de fijación topográfica del lindero común de dos fincas, añadiendo que el artículo 38 de la Ley Hipotecaria «sólo hubiera podido entrar en juego si se hubiese suscitado la cuestión de la medida superficial o cabida del inmueble en cuyo beneficio se hubiere efectuado la intrusión denunciada». Aquí tenemos una sentencia terminante en pro de la aplicación del artículo 38, párrafo 2.º, al supuesto ahora contemplado. Pero la presente sentencia no quiere ver este aspecto, prefiriendo acogerse a esa otra dirección jurisprudencial que hemos visto es perfectamente compatible con esta declaración terminante de la de 16 de febrero de 1955.

La sentencia que ahora se comenta no cita las *Sentencias de 26 de octubre de 1961 y de 10 de junio de 1967*, que suponen una orientación favorable a la posición mantenida en el presente caso por el Juzgado de Primera Instancia de Gerona, pues señalan que en los casos allí planteados no se ejercitaba ninguna acción contradictoria del dominio que «suponga rectificación de sus datos esenciales y/o de los meramente accesorios, como los referentes a sus circunstancias físicas o descripción de linderos».

En cuanto a la *Sentencia de 30 de junio de 1973*, ya la comentamos en su momento, y desde luego tampoco se refiere a un supuesto de existencia de inscripción de exceso de cabida, sino que alude a una cuestión de linderos.

Por todo lo dicho, considero mucho más acertada la posición del Juzgado de Primera Instancia que la de la Audiencia y del Tribunal Supremo. Obsérvese, en fin, que la aplicación del párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, no supone ninguna decisión acerca del fondo del asunto, sino aplazar esta decisión en espera de un mejor

planteamiento de la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el citado precepto.

2.ª *La limitación de efectos que señala el artículo 207 de la Ley Hipotecaria sólo se refiere al principio de fe pública registral y no al principio de legitimación.*—En esta segunda cuestión, la sentencia merece una crítica muy favorable, siendo conforme con la doctrina dominante de los autores que, efectivamente, entienden que el principio de legitimación y las presunciones derivadas del mismo no quedan afectadas de ningún modo por lo dispuesto en el artículo 207.

Las escasas excepciones de autores que estimaban aplicable la limitación del artículo 207 al principio de legitimación han de entenderse superadas por la presente sentencia.

SANZ FERNÁNDEZ y VALLET DE GOYTISOLO entendieron que durante los dos años a que se refiere el artículo 207, el titular registral no tenía las ventajas procesales derivadas de los artículos 38 y 41 de la Ley Hipotecaria. Frente a esa interpretación, hay que hacer dos objeciones: 1.ª Que el artículo 207 se refiere sólo a los «efectos respecto a terceros», por lo que deja a salvo aquellos efectos de la inscripción que, como son los derivados del principio de legitimación, están por encima de la distinción entre partes y terceros; 2.ª Que VALLET reconoce que hay preceptos aplicables al titular registral durante ese período de dos años, como son, entre otros, el artículo 82 y el párrafo 2.º del artículo 38. Pero, según se desprende de este último precepto, se trata de una consecuencia del párrafo 1.º del mismo precepto, por lo que resulta inexplicable que pueda ser aplicable el párrafo 2.º del artículo 38 desde la perspectiva de quien considera suspendida la eficacia del principio de legitimación registral. VALLET trata de salvar esta contradicción en que incurre, a través de una nota a pie de página, diciendo: «podría justificarse, sin necesidad de acudir al principio de legitimación, sin más que considerarlo como una simple exigencia de la ley a fin de procurar el paralelismo entre el Registro y la realidad». Esta explicación es insostenible, pues es clarísimo y así lo ha reconocido abundante jurisprudencia, de acuerdo con lo que resulta del propio texto legal («Como consecuencia...»), que el párrafo 2.º es una derivación del principio de legitimación registral. Es notable la crítica hecha por CABELLO a estos autores que limitaban los efectos del principio de legitimación registral durante dos años, crítica que puede verse en *Anales de la Academia Matritense del Notariado* («Efectos de las inscripciones de inmatriculación», año 1950, págs. 591 a 624).

Entre los autores que entienden que el principio de legitimación registral no queda afectado por la limitación temporal del artículo 207, destacan los siguientes:

ALONSO FERNÁNDEZ («La inmatriculación de fincas mediante el título público de su adquisición», *R. C. D. I.*, núm. 204, mayo 1945, págs. 305 a 317), refiriéndose al párrafo 3.º del artículo 352 de la Ley de 1944 dice que, entre otros efectos, antes de los dos años, a partir de su fecha, se producen los importantísimos de los artículos 24 y 41 de la Ley (que son los que en aquella ley recogían el principio de legitimación registral), que por su carácter sustantivo, no distingue entre partes y terceros, ni entre inscripciones de inmatriculación o hipotecarias.

CABELLO, antes citado, señala entre sus conclusiones las siguientes:

«1. La suspensión de efectos en las inscripciones a que se refiere el artículo 207 de la Ley, tiene por fin evitar el perjuicio irreparable que el juego de la fe pública registral ocasionaría al posible dueño real o al posible titular de un derecho real o acción de nulidad, rescisión o resolución, en caso de surgir el tercero hipotecario del artículo 34. Estas personas y ninguna más, son las favorecidas y perjudicadas respectivamente y tan sólo a ellas es aplicable la palabra tercero que emplea dicho artículo». «2. El inmatriculado goza de los beneficios de la legitimación registral, tanto en su aspecto pasivo y defensivo, como en su aspecto ofensivo, en todo momento. Puede utilizar sus acciones por el procedimiento del artículo 41, porque la ley no le priva de este derecho al limitar solamente el juego de la fe pública registral. Además, al gozar de la presunción legitimadora no se ocasiona ningún perjuicio al tercero favorecido con la suspensión de efectos y no debe interpretarse extensivamente un precepto restrictivo cuyo alcance se conoce». «3. Las inscripciones de inmatriculación surten todos sus efectos y respecto todas las personas, excepto el juego de la fe pública registral durante dos años respecto las personas antes señaladas y cuando se trate únicamente de las inscripciones que señala el artículo 207».

ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, tomo I, 6.^a edición, pág. 860) dice que «el alcance del artículo 207 de la Ley Hipotecaria, o sea, de su medida suspensiva de los efectos de la fe pública del Registro queda *limitado exclusivamente* a esta suspensión, o paralización de la protección que brinda el artículo 34, y concordantes, de la propia ley, y a nada más. En todo cuanto no entre dentro del ámbito estricto de dicho artículo 207, las normas de nuestro ordenamiento inmobiliario registral regirán con pleno vigor». Y concretamente señala que son aplicables durante esos dos años «los artículos 17, 20, 38, 41 y 82 de la Ley Hipotecaria, y otros concordantes de la misma». Después critica la opinión de VALLET, cita el Decreto de competencia de 22 de octubre de 1959, del que ahora nos ocuparemos, y termina refiriéndose a la Sentencia contraria de 15 de noviembre de 1962.

LACRUZ-SANCHO (*Derecho Inmobiliario Registral*, 1968, pág. 248) limitan la suspensión del artículo 207 a los «efectos ofensivos de la inscripción», pues «los efectos defensivos, y concretamente la presunción del artículo 38 y, en ciertos casos, el procedimiento del artículo 41, no podrían negarse al titular inscrito frente a quien no se sabe si es o no titular real».

En cuanto a la jurisprudencia, la presente sentencia cita el Decreto de competencia de la Presidencia de 22 de octubre de 1959 y la Sentencia de 5 de noviembre de 1973. No se refiere, en cambio, a la Sentencia de 15 de noviembre de 1962, que mantenía una posición contraria. A la vista de estas tres decisiones en relación con la presente sentencia, tenemos que decir que ésta que ahora se comenta es importantísima, pues el panorama no estaba todo lo claro que hubiera sido de desear en la jurisprudencia.

Efectivamente: aunque es cierto que el Decreto de la Presidencia del Gobierno de 22 de octubre de 1959, al resolver una cuestión de competencia entre Administración y Jurisdicción ordinaria, en favor de ésta, interpreta el artículo 207 en el sentido de que no limita en ningún momento la aplicación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, también es

cierto que no constituye jurisprudencia ni inicio de la misma, al tratarse de una decisión que no es del Tribunal Supremo. Y pocos años después, la Sentencia de 15 de noviembre de 1962 no siguió esa dirección, sino que aplicó a la presunción posesoria del artículo 38-1.º, resultante del principio de legitimación registral, la suspensión de efectos del artículo 207 de la Ley. Las cosas parecían restablecerse debidamente con la Sentencia de 15 de noviembre de 1973, que dice terminantemente que el artículo 207 no se refiere al principio de legitimación registral. Ahora bien, esta sentencia era la única entonces, a efectos de doctrina legal, y además, mezclaba en cierto modo el problema con el del artículo 1.473 del Código Civil que apenas tiene que ver con el artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Llegamos en esta situación no del todo uniforme a la presente sentencia, que al enlazar con esa declaración terminante de la Sentencia de 5 de noviembre de 1973 forma doctrina legal, quedando reforzada por el citado Decreto de competencia de 22 de octubre de 1959, y al mismo tiempo abandonada la posición aislada de esa Sentencia de 15 de noviembre de 1962 y de SANZ FERNÁNDEZ y VALLET DE GOYTISOLO.

Para comprender mejor esta línea jurisprudencial y alcance de la misma, expondremos con mayor detalle la interpretación de todas esas decisiones que acabamos de citar.

El Decreto de competencia de la Presidencia del Gobierno de 22 de octubre de 1959 (Aranzadi, núm. 3.945) decidió a favor de la jurisdicción ordinaria una cuestión de competencia planteada por el Gobernador Civil, que pretendía que la Audiencia se inhibiese ante una demanda de interdicto de obra nueva planteada por un particular frente a un Ayuntamiento por ocupación de sus terrenos por este último como consecuencia de unas obras. El problema del artículo 207 es esencial en esta decisión, pues si se entendía que el principio de legitimación quedaba suspendido durante dos años, el demandante titular registral no tenía un asiento protegido por los Tribunales. Hay que compartir íntegramente lo que dice este Decreto de competencia en su «Considerando» segundo, a propósito del artículo 207, en estos términos:

«Considerando que doña Francisca E. F. funda la pretensión que somete al conocimiento y resolución de la jurisdicción ordinaria en un título inscrito en el Registro de la Propiedad de conformidad con el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, título que, en consecuencia, está amparado por la presunción *iuris tantum*, a que se refiere el artículo 38 de la propia Ley, según el cual ‘a todos los efectos legales, se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos’, presunción no enervada por lo dispuesto en el artículo 207 de la propia Ley Hipotecaria, que si bien limita la eficacia de las inscripciones de inmatriculación a las practicadas al amparo del artículo 205, en cuanto a su eficacia temporal, puesto que tales inscripciones según dicho artículo, ‘no surtirán efecto respecto de tercero hasta transcurridos dos años de su fecha’; no obstante, tal limitación no es aplicable al contenido del artículo 38 de la Ley, puesto que, conforme puntualiza en su auto de fecha 22 de julio de 1958 la Audiencia Territorial de Granada, tal limitación, según resulta del propio contenido literal del artículo 207 se refiere al principio

de fe pública registral, pero no al de legitimación, que es el contenido en el artículo 38, único que interesa a estos efectos; por lo cual es evidente que la inscripción que figura en el Registro a favor de la demandante constituye a favor de ella la presunción *iuris tantum* a que se refiere el artículo 38 de la Ley Hipotecaria».

Por lo expuesto se comprueba que este Decreto siguió la interpretación dada por la propia jurisdicción, concretamente por la Audiencia Territorial de Granada. Además, la argumentación consiste fundamentalmente en el contenido literal del artículo 207, y esto es acertado, pues alude a los «efectos respecto de tercero», y ya hemos dicho que el principio de legitimación no se plantea desde esa perspectiva del tercero, a diferencia del principio de fe pública registral.

La *Sentencia de 15 de noviembre de 1962* (Aranzadi, núm. 4.292) no sigue, al parecer la doctrina de ese Decreto de competencia, pues dice que «el demandado no tiene la posesión real de la finca, que ni se ha demostrado, ni tan siquiera se ha alegado en la instancia, así como tampoco la registral, ya que el título impugnado es de inmatriculación y la inscripción que haya podido practicarse en el Registro de la Propiedad, a tenor del artículo 207 de la vigente Ley Hipotecaria, no surte efectos respecto de tercero hasta transcurridos dos años desde su fecha». De todos modos, esta declaración de la sentencia no es esencial respecto a la línea de su argumentación, ya que el recurrente lo que planteaba era el problema del ejercicio de la acción contradictoria del dominio inscrito y respecto a este punto, la sentencia termina diciendo que, como el actor había impugnado el expediente de dominio seguido en su día y había solicitado la cancelación de la inscripción correspondiente, ello «evidencia que el Tribunal *a quo*, lejos de contravenir el párrafo 2.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, como se le acusa en el recurso, le ha aplicado acertadamente». Por tanto, no sabemos si en realidad aquella otra declaración constituye o no un *obiter dictum*; pero en cualquier caso, ha quedado superada por la presente sentencia, según hemos dicho.

La *Sentencia de 5 de noviembre de 1973* (Aranzadi, núm. 4.066) es citada por la presente en apoyo de su tesis. He aquí lo que dice su último «Considerando»: «Que en el tercero (se refiere al 'motivo' del recurso), amparado en el número 1.º del citado artículo 1.692, se denuncia la aplicación indebida del párrafo 2.º del artículo 1.473 del Código Civil, porque, a juicio del recurrente, tal precepto no rige en el caso de inmatriculación del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, y para desestimarle basta tener en cuenta: que las limitaciones del artículo 207 de dicha Ley se refieren sólo al principio de fe pública registral, pero no al de legitimación, que es el contenido en el artículo 38 de la referida Ley; que la inmatriculación, transcurridos dos años desde su fecha, surte plenos efectos respecto de tercero, por lo que, al consolidarse, tal limitación no existe; que, por consiguiente, la virtualidad otorgada por el párrafo 2.º del citado artículo 1.473 a la inscripción en el Registro no queda enervada por el hecho de que la misma se haya hecho al amparo del repetido artículo 205, por lo que goza de prioridad el adquirente que antes haya inscrito, y que respecto al piso cuya inscripción registral se denegó, como lo adquirió el actor por escritura pública el 17 de febrero de 1959, el otorgamiento de la misma equivale a la entrega de la

cosa, según el artículo 1.462 del Código Civil, por lo que, siendo por la *traditio ficta* el primero en la posesión, está bien aplicado el precepto cuya infracción se denuncia, lo que hace parecer a este motivo, y con él la del recurso en su totalidad».

Aunque esta sentencia tiene algunos puntos vulnerables, como son el relacionar el artículo 1.473 con el principio de legitimación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, cuando en realidad está relacionado con el principio de inoponibilidad del artículo 32, y el plantear la limitación de efectos del artículo 207 como si transcurridos dos años se consolidase el derecho de quien adquirió durante ese tiempo, sin embargo, a los efectos que ahora nos interesan, hace esa declaración terminante, que es acertada, relativa a que el artículo 207 no afecta en ningún momento al principio de legitimación. Además, hay que observar que esta sentencia, de la que fue ponente el prestigioso Magistrado don Tomás Ogáyar y Ayllón, constituye un buen argumento para los hipotecaristas que patrocinan la teoría dualista del tercero (TIRSO CARRETERO, LACRUZ) frente a ROCA SASTRE, pues contempla el problema del párrafo 2.º del artículo 1.473 como ajeno al principio de fe pública registral y al tercero del artículo 34.

Con esta exposición de la jurisprudencia, puede valorarse más adecuadamente la importancia que tiene la presente Sentencia de 28 de marzo de 1979 en este aspecto concreto acerca de la interpretación del artículo 207 de la Ley Hipotecaria como algo totalmente extraño al principio de legitimación registral del artículo 38 de la misma.

3.ª *El tercero del artículo 207 está relacionado con el tercero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.*—En el motivo segundo del recurso interpuesto por la parte demandada, se dice en relación con la interpretación del concepto de «tercero» hecha por la Audiencia, lo siguiente: «si la interpretación... puede ser cierta en concordancia con el artículo 34, que para nada juega en este caso, no lo es en modo alguno con el concepto que de 'tercero' se delinea en el artículo 207 de dicha Ley, que es simplemente, y así debe entenderse, todo aquel que no ha jugado en el asiento registral, y no el adquirente del inscribiente, como exige y postula la sentencia recurrida».

En relación con esto, la presente sentencia del Tribunal Supremo, aunque no define de modo expreso el concepto de «tercero» del artículo 207, se deduce que parte de la base de tratarse del tercero del artículo 34, pues hemos leído antes en ella lo siguiente: «situado aquel artículo 207 en la línea de la fe pública registral es obvio que en su exégesis no puede prescindirse de la interpretación sistemática y, por ende, de lo estatuido en el fundamental artículo 34 de dicha Ley, y de aquí que, en cuanto a los requisitos que deberán concurrir para su aplicación no podrán ser otros que los descritos en esta norma». Todo esto significa, en mi opinión, que la sentencia parte del concepto de tercero resultante del artículo 34, frente a la opinión del recurrente.

En este punto, existen también diferentes interpretaciones por parte de la doctrina de los autores.

Una tendencia que puede considerarse mayoritaria, entiende que el «tercero» al que se refiere el artículo 207 no es el tercero del artículo 34, sino el dueño real de la finca con título anterior no inscrito, o sea, el «tercero civil» al que no perjudican los efectos de la inmatriculación

en esas condiciones del artículo 207. Así, por ejemplo, VALLET DE GOYTISOLO, después de referirse al tercero del artículo 34, dice que ello «no implica que la Ley Hipotecaria en otros artículos pueda usar la palabra tercero sin referirse al tercer adquirente. Así creemos sucede —sigue diciendo VALLET— en los artículos 28 y 207, que, a nuestro parecer, emplean el término tercero, referido no al subadquirente, sino al titular de un derecho anterior a la relación inscrita». Y al final de su estudio propone sustituir el término «tercero» del artículo 207, de modo que este precepto debiera decir que tales inscripciones no surtirán efectos «contra el verdadero propietario y sus causahabientes, ni contra el titular de un derecho real en la finca inmatriculada y anterior a la inmatriculación...» («Los artículos 28 y 207 de la Ley Hipotecaria y el principio de legitimación registral», *R. C. D. I.*, año 1947, núms. 230 y 231, págs. 465 a 480) LACRUZ-SANCHO se adhieren a esta opinión de VALLET «considerando tercero al dueño real, respecto al adquirente a título oneroso del inmatriculante», conforme a la Sentencia de 28 de julio de 1931 que interpretó la ley anterior en tal sentido (*Derecho Inmobiliario Registral*, 1968, pág. 247, nota 11).

Otros autores definen el tercero del artículo 207 como el del artículo 34. En esta línea se manifiesta ROCA SASTRE, diciendo: «Para nosotros, este tercero no puede ser otro que el *tercero hipotecario*, o derechohabientes sucesivos, que *durante el plazo* indicado de los dos años haya adquirido, sin perjuicio de que tal medida se dirija a *salvaguardar el derecho del propietario real (verus dominus)* o de sus *derechohabientes*» (*Derecho Hipotecario*, 6.ª edición, pág. 855). Y a continuación fundamenta su interpretación en la relación que el precepto mantiene con el artículo 34, por tratarse de una suspensión durante dichos dos años de la fe pública registral.

Mi opinión es la siguiente: desde la perspectiva de la interpretación histórica exclusivamente, habría que mantener la idea de que el tercero del artículo 207 es el dueño real, pues así resultaba de los textos legales anteriores que empleaban la expresión no surtir efectos *contra tercero*. Esta expresión significaba que el tercero no era el del artículo 34, pues si así fuere tendría que haberse utilizado la expresión contraria: «no surtir efecto en beneficio de tercero». En el texto refundido vigente se cambió precisamente la frase por esa otra de no surtir efectos «respecto a tercero», que es lo suficientemente amplia como para permitir ambas interpretaciones. Ahora bien, en mi opinión, lo que interesa no es propiamente el concepto de tercero del artículo 207, sino delimitar el ámbito de aplicación del precepto, que no es otro que el de la fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Dicho esto, da igual decir que el tercero del artículo 207 es el *verus dominus* frente al tercero del artículo 34, que interpretar que dicho tercero es el del artículo 34 frente al *verus dominus*. Y es que estamos ante el problema de la reversibilidad del concepto de tercero, o sea, ante la característica de «tercero posicional», a que aluden CALIXTO GARCÍA y MARÍA GARCÍA (*R. C. D. I.*, núm. 508, «El tercero civil, el tercero hipotecario y su protección en nuestro Derecho»).

Precisamente la sentencia que comentamos no se refiere expresamente al concepto de «tercero» del artículo 207, sino al problema de la

relación entre ese precepto y el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Claro está, que desde esta perspectiva parece mucho más lógica la interpretación de ROCA SASTRE de considerar como tercero del 207 al del 34, pues la interpretación opuesta se presta a algunas posibles confusiones, como la de entender *a sensu contrario* —lo que sería absurdo— que pasados dos años quedaría perjudicado el *verus dominus*, aun en sus relaciones con el inmatriculante, pues si se llama a aquél «tercero» no se ve la forma de limitar y evitar este resultado. A título defensivo, cabría señalar, como hacen LACRUZ-SANCHO, que esa limitación temporal es sólo en las relaciones entre «el dueño real» y el adquirente, no entre el inmatriculante y el dueño real. Pero, si se denomina tercero a éste, no hay razón para esta distinción. El mismo problema se plantea en el artículo 28 a propósito de las relaciones entre heredero aparente y heredero real, en que no porque pasen dos años va a ser preferente aquél sobre este último.

Por todo ello, parece mejor interpretar en la legislación vigente que el «tercero» a que alude el artículo 207 es el del artículo 34, respecto al cual se suspenden los efectos protectores de la fe pública registral cuando adquiere dentro de los dos años de suspensión. Obsérvese, además, que la Sentencia de 22 de noviembre de 1963 relaciona el artículo 207 con el requisito de previa inscripción del artículo 34, problema éste en el que ahora no entramos, por no haber sido discutido en el presente caso.

Aunque tampoco haya sido planteado en el supuesto de la sentencia que se comenta, es interesante resaltar que si el artículo 207 hay que contemplarlo dentro del ámbito de la fe pública del artículo 34, esto puede significar, para quienes defiendan la llamada tesis dualista del tercero (que consiste en defender que el tercero del artículo 32 no ha de reunir los mismos requisitos que el del 34, por tratarse de un supuesto muy diferente), que aquel artículo 207 es totalmente ajeno al tercero del artículo 32, cuyo prototipo lo representa, en el caso de doble venta del artículo 1.473 del Código Civil, el comprador que primero inscribió frente al otro comprador que no lo hizo. Pues bien, parece que la limitación temporal de efectos del artículo 207 no se aplica a ese supuesto del artículo 1.473 del Código Civil.

En este sentido se pronuncian varios autores. ALONSO FERNÁNDEZ dice que la inscripción de inmatriculación produce efectos antes de los dos años, a partir de su fecha, entre ellos «los del artículo 1.473 del Código Civil, que por sus términos absolutos declara que pertenece la finca, en caso de doble venta, al adquirente que antes la haya inscrito, pues, como dice GAYOSO ARIAS es un efecto de la inscripción instantáneo que se produce de una vez». VILLARES PICO es también partidario de ese efecto instantáneo patrocinado por GAYOSO, añadiendo que «el Tribunal Supremo confirma ese criterio en las Sentencias de 14 de abril de 1898, 27 de junio de 1899 y 18 de enero de 1918, sentencias fundadas en el artículo 1.473 como excepción al párrafo último del artículo 396 de la (anterior) Ley Hipotecaria» (en su libro *Efectos de la inscripción según el actual régimen hipotecario español*, págs. 33 y siguientes).

El propio ROCA SASTRE, decidido partidario de la tesis monista del tercero, dice a propósito del similar supuesto del artículo 28, algo sorprendente para los «monistas», y es que el artículo 28 no se aplica al caso de doble venta realizado por el heredero aparente. Esto significa

que el problema de la doble venta es totalmente extraño a la suspensión de efectos de los artículos 28 y 207, y si esto es así, bien podría decirse que el principio de fe pública registral poco tiene que ver con el caso de la doble venta, al que se refieren en cambio los principios de prioridad e inoponibilidad (art. 32).

4.^a *La medida superficial resultante de una inscripción de exceso de cabida no está protegida por la fe pública ni durante los dos, ni después.*—Esta es la última de las declaraciones de la sentencia que se comenta.

Para delimitar el ámbito de esta doctrina, conviene hacer una serie de precisiones.

Ante todo, la sentencia no excluye que el principio de legitimación registral se extienda, con su presunción *iuris tantum* del artículo 38, párrafo 1.º, a los datos descriptivos y concretamente a la medida superficial. Para llegar a esta conclusión, nos fundamos en que la sentencia distingue claramente entre los principios de legitimación y de fe pública en el mismo «Considerando» en que hace esa declaración, refiriendo el de legitimación al supuesto del artículo 38 y el de fe pública al del artículo 34, por lo que la expresión «fe pública» no tiene en esta sentencia un sentido general comprensivo de ambos principios hipotecarios, sino el sentido propiamente dicho de «principio hipotecario de fe pública registral del artículo 34». Todavía es más significativo lo que se lee en el «Considerando» poco antes de esa declaración sobre la fe pública, y es que se dice que «en lo relativo al principio de legitimación del Registro, no se plantea por los recurrentes cuestión alguna que guarde conexión directa con lo prevenido en el párrafo primero del repetido artículo 38, presunción *iuris tantum* sentada en él que, por otra parte, ha sido desvirtuada, en orden a la medida superficial del inmueble inscrito a favor de los impugnantes por la oportuna prueba en contrario». De aquí se desprende que el Tribunal Supremo considera aplicable la presunción *iuris tantum* derivada del principio de legitimación registral al dato descriptivo de la medida superficial, pues es la única forma de interpretar esa declaración de que se ha desvirtuado en este caso la medida superficial inscrita mediante la prueba en contrario.

Hecha esta importante precisión y delimitación, no siempre matizada por la jurisprudencia, centrémonos ahora en el principio de fe pública registral en relación con la medida superficial.

En términos generales, esta sentencia sigue la opinión dominante que excluye del ámbito de la fe pública el dato de la medida superficial. Por todos puede citarse en este sentido a Roca SASTRE, que dice: «La presunción registral de exactitud (del art. 34) ampara únicamente los datos jurídicos, no los datos de hecho del Registro, tales como los relativos a extensión y la situación de una finca». «La fe pública del Registro sólo cubre las inscripciones de derechos y no las de hechos; el tercero que confía en la descripción registral de una finca no queda protegido» (*Derecho Hipotecario*, 6.^a edición, pág. 617).

Por mi parte, nunca me había dejado totalmente satisfecha esta interpretación, sobre todo respecto a datos esenciales como son los linderos y la medida superficial de la finca. He dicho repetidas veces que lo «físico» es también «jurídico», pues delimita el objeto del derecho y, por tanto, afecta a la titularidad, y que ésta podría quedar en «cero»

si se olvida el aspecto físico. «¿De qué le vale al adquirente confiar en el principio de fe pública registral cuando compra una finca de cien hectáreas por ejemplo, si luego se le dice que sólo adquirió una hectárea y que la fe pública no se extiende a los linderos y superficie que figuran en el Registro?»

Las razones de que la fe pública registral no siempre se extienda a los linderos y a la medida superficial hay que buscarla por otros caminos. Como obstáculo para la aplicación de la fe pública en estos casos, están: 1.º La imprecisión o indeterminación de las propias descripciones, pues lo que resulta de la medida superficial puede no concordar con los datos de linderos; 2.º La posible contradicción de inscripciones de las fincas colindantes, dando lugar, en muchos casos, a superposición de superficies si se comparan al pie de la letra; 3.º La falta de buena fe del adquirente, etc.

Por tanto, no es que la medida superficial y los linderos sean impotentes en todos los casos para entrar en el artículo 34, sino que hay una serie de circunstancias que limitan u obstaculizan dicha entrada en la mayor parte de los casos. Pero una cosa es eso y otra formular la teoría general indiscriminada de que la fe pública registral no se extiende a los datos descriptivos.

Las vacilaciones de la doctrina en algunos supuestos, confirman que no van por el camino adecuado en esta cuestión. Así, ROCA SASTRE, pocas líneas después de lo antes expuesto, añade: «Hasta aquí, la norma de que la fe pública registral no se extiende a los datos registrales de mero hecho. Sin embargo, hay casos en que no es sencillo precisar cuándo se está ante una pura circunstancia de hecho o frente a un dato fáctico absorbido por la sustancia jurídica». Creo que aquí está el *quid* de la cuestión. Pero como esta frase aparece muy escondida y en letra pequeña ha prevalecido la doctrina general que señala en letra grande.

En realidad, eso es lo cierto cuando existe una inscripción independiente de exceso de cabida: que no es sencillo precisar si estamos ante un dato de hecho no cubierto por la fe pública, o más bien ante un dato fáctico absorbido por la sustancia jurídica. Me inclino por esto último, pues en otro caso no tendría ningún efecto la inscripción de exceso de cabida, lo cual es absurdo. Prescindo ahora de comentar los excesos de cabida con base catastral a que se refiere el artículo 298 del Reglamento Hipotecario (me ocupé detenidamente de ello en el estudio «Dos distintos medios de inscripción de excesos de cabida con base catastral», *R. C. D. I.*, núm. 522, septiembre-octubre 1977, págs. 949 a 1042). Lo que quiero resaltar es que la Ley Hipotecaria prevé la inscripción de excesos de cabida en el artículo 200 al tratar de la inmatriculación de la finca, estableciendo, entre otros medios, el del artículo 205 de la Ley Hipotecaria; y como el artículo 207 se aplica a las inmatriculaciones realizadas conforme al artículo 205 y entre ellas están las «inmatriculaciones de excesos de cabida», por imperativo del artículo 200, resulta que a tales inmatriculaciones se les aplica la limitación temporal de suspensión de efectos durante dos años.

Por tanto, con la ley en la mano hay que llegar a la conclusión contraria a la de esta sentencia, pues en otro caso, no se explicaría la referencia del artículo 200 al 205, que a su vez está limitado por el artículo 207. En la práctica se sigue esta orientación y no la de la sentencia, ya

que al practicar la inscripción del exceso de cabida conforme al artículo 205, se dice que es sin efectos respecto a tercero hasta transcurridos dos años desde su fecha.

La presente sentencia y la jurisprudencia anterior que cita la misma se han dejado impresionar por SANZ FERNÁNDEZ y ROCA SASTRE, que no dan ningún valor ni efecto a las inscripciones de exceso de cabida, lo cual es absurdo desde la perspectiva legal. Hay que reconocer, no obstante, que ROCA SASTRE dice que en algunos casos de exceso de cabida, como los derivados de accesión y de deslinde, sí tiene efectos tal inscripción. Pero el artículo 200 no hace estas distinciones.

Insisto en que, por otros caminos y a través de diferentes razonamientos, puede minimizarse la eficacia del dato de la medida superficial inscrita, pero no con doctrinas generales apriorísticas.

De todos modos, en el presente caso, la sentencia no había tenido necesidad de hacer una declaración tan contundente sobre esta materia, pues el titular registral del exceso de cabida no era tercero hipotecario del artículo 34, ya que fue él mismo el que obtuvo la inscripción a su favor, de tal exceso. Para que pueda hablarse de tercero del artículo 34, hay que imaginar que dicho titular, una vez obtenida la inscripción del exceso de cabida, transmita la finca con dicho exceso a un tercero. Este adquirente que confía en el exceso de cabida inscrito es un tercero del artículo 34, no el que inmatriculó el exceso. Y no es que haya que aceptar al milímetro el dato superficial de la inscripción, sino que se trata de no desconocer en absoluto una inscripción autónoma e independiente por la que se demostró que la finca tenía una mayor superficie que la que el Registro reflejaba con anterioridad. No nos interesa el *quantum* del exceso —para así seguir *de algún modo* la corriente dominante—, sino el *quale* de la inscripción de exceso de cabida, para dar a ésta algún contenido y efectos respecto a tercero, fuera ya del plazo de suspensión del artículo 207.

J. M. G.^a G.^a

II. DERECHOS REALES

NO EXISTE CONTRADICCION EN EL FALLO AL ESTIMAR LA ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO Y EN CAMBIO DESESTIMAR LA ACCION REIVINDICATORIA SIMULTANEAMENTE EJERCITADA, POR ENTENDERSE QUE LA PORCION REIVINDICATORIA QUEDA FUERA DE LOS LIMITES DEL DOMINIO DECLARADO A FAVOR DEL ACTOR (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1980).

Hechos.—Don Francisco L. Calvo presentó demanda contra doña María R. Carabán, don Avelino V. Rey, Don Manuel A. Forján, doña María F. Calvo, don José S. Calvo y doña María M. Balsas sobre reivindicación y acción negatoria de luces, alegando que por escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad de Padrón desde el 20 de octubre de 1970, el actor había comprado la finca de 7 áreas 35 centiáreas denominada «Agro Do Torno»; que los demandados Manuel A. Forjas y María F. Calvo vienen ocupando por mera tolerancia de los anteriores propieta-

rios una «chabola» habiéndose propasado en los últimos tiempos a una zona colindante con dicha «chabola» a costa del terreno del primitivo acceso de la finca; que los otros demandados, según el actor, se habían confabulado con los últimamente citados para inventar un hipotético título a favor de ellos; que otros demandados habían construido recientemente un edificio que limita por su viento Sur con la finca del actor abriendo ventanas sobre ella, sin guardar distancia alguna. Por todo ello entiende que deben ser traídos al pleito todos los demandados para que se reconozca y consienta el dominio del actor. Suplica se dicte sentencia declarando: 1.º Que el actor es dueño de la finca «Agro Do Torno» descrita en el hecho primero de la demanda; 2.º Que los esposos don Manuel A. Forján y doña Mía F. Calvo están obligados a desalojar y a entregar al actor las dependencias y terrenos que ocupan dentro de dicha finca descrita en el hecho primero de la demanda; 3.º Que los esposos don J. S. Calvo y doña María M. Balsas están obligados a cerrar y tapiar las ventanas que abrieron hacia la finca del actor, que está libre de toda servidumbre de luces y vistas en beneficio de aquéllos.

Los demandados se oponen alegando su título de dominio sobre una vivienda que no es chabola y que figura desde muchísimo tiempo en el Registro Fiscal de la localidad a nombre de don Avelino Vidal.

El Juez de Primera Instancia número uno de Santiago dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, declarando que la finca descrita en la demanda bajo la denominación de «Agro Do Torno» es propiedad del actor, condenando a los demandados a estar y pasar por la presente declaración y a consentirla. Pero desestima dicha demanda en el resto de sus pretensiones.

Apelada la anterior sentencia, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña confirmó la sentencia del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el actor, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que los dos primeros motivos que por el cauce de los números 2.º y 4.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncian incongruencia con violación del artículo 359 de la citada Ley no tienen prosperabilidad puesto que no existen declaraciones contradictorias en el fallo ya que si bien éste admite la acción declaratoria, desestima la reivindicatoria por entender que la finca que se pretende reivindicar está en el límite de la que el actor adquirió y por tanto no le pertenece».

«Considerando que también deben correr la misma suerte desestimatoria los motivos tercero y cuarto en que por la vía del número 1.º del ya citado artículo 1.692, se denuncia respectivamente la violación del párrafo segundo del artículo 348 del Código Civil y doctrina legal que cita y la del 582 del propio cuerpo legal, ya que en el primero se hace supuesto de la cuestión, entendiendo, en contra de lo declarado por la Sala de instancia, que la parcela reivindicada se encuentra comprendida dentro de los linderos de aquella cuya propiedad se reconoce al actor y respecto al último el éxito de la acción negatoria de servidumbre tenía como base necesaria el éxito de aquella acción reivindicatoria ejercitada respecto al fundo colindante».

J. M. G.ª G.ª

PROPIEDAD INDUSTRIAL

NO ES INDISPENSABLE PARA PEDIR LA NULIDAD POR CADUCIDAD DE UNA MARCA HABERSE PREVIAMENTE AGOTADO EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. LA ACCION DERIVADA DEL ARTICULO 269 DEL ESTATUTO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL NO SE PUEDE EJERCITAR POR EL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO EN EL ARTICULO 270 DEL MISMO ESTATUTO, SINO POR LAS DIMANANTES DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (SENTENCIA DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 1980).

Hechos.—«A» inscribe en el Registro de Empresas Periodísticas en 30 de abril de 1971 la marca *Personas* para designar una publicación periódica. «B» inscribe en el Registro de la Propiedad Industrial la marca *Personas*, número 1 el 29 de octubre de 1970 para designar determinados artículos de vestimenta. El 24 de febrero de 1971 «A» trata de inscribir en el Registro de la Propiedad Industrial la marca *Personas* para designar una publicación periódica, lo que le es denegado por la oposición «B», inscribiendo este último dicha marca para designar una publicación periódica a su favor el 16 de noviembre de 1972. Como consecuencia de todo ello «A» demanda a «B» por el procedimiento del artículo 270 del Estatuto de la Propiedad Industrial obteniendo una sentencia de la Audiencia Territorial en la que se declara la nulidad por caducidad de la marca *Personas* inscrita a favor de este último.

«B» entabla recurso de casación ante el Tribunal Supremo por infracción de ley, basándose, entre otros, en el siguiente motivo, único en cuyo estudio entró la Sala: abuso en el ejercicio de la jurisdicción, pues hallándose el recurso de reposición pendiente de resolución no podía acudir a la vía Civil sin agotarse previamente la Administrativa. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, estudiando el motivo enunciado lo desestima y previamente a los demás motivos, entendiendo ser las cuestiones de procedimiento de orden público establece igualmente la doctrina del enunciado con los siguientes considerandos:

Doctrina de la sentencia.—Considerando que deben considerarse dos momentos diferentes en el tratamiento de las marcas y de su acceso al Registro; uno consecuencia del expediente que origina su ingreso, y que termina por un acto administrativo, cual es la concesión o denegación de la inscripción..., y otro, en que ya finalizada la actuación de la Administración y obtenida la inscripción de la marca en el Registro, se ha logrado una declaración, un título de propiedad de la marca garantizada por el Registro mismo, que precisa para atacarla e invalidarla un verdadero juicio contradictorio de propiedad, cuyo conocimiento compete a la jurisdicción ordinaria, como lo demuestra, además, el que se ventila entre los que se consideran con derecho a ella, sin intervención de la Administración cuya actividad ha cesado con el acto firme de la inscripción o denegación.

Considerando que el ejercicio de los recursos Administrativos y Contencioso-Administrativos, no es obligado para el opositor al que se desestimó su oposición, sino simplemente «potestativo»... que no puede ne-

garse a los particulares el derecho de obtener en la vía civil una declaración que les faculte para mantener el libre disfrute de la posesión, siempre que el juicio que se promueva verse sobre la nulidad del registro de cualquiera de las modalidades de la propiedad industrial, ya que en tal supuesto la acción no se dirige a impugnar el expediente de concesión, sino la titularidad de ésta... según el artículo trece (del Estatuto) todas las cuestiones de propiedad y dominio serán de la competencia de los Tribunales de justicia, competencia que el artículo doscientos sesenta y ocho atribuye a las Audiencias Territoriales, o por las normas competenciales establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los casos no comprendidos en el precitado artículo doscientos sesenta y ocho tal como dispone el artículo doscientos sesenta y nueve.

Considerando que las cuestiones de competencia y procedimiento son de orden público, lo que obliga a su examen de oficio... dado que la pretensión actora concretada en el *petitum* de su demanda, no se propone ni encamina a obtener una declaración de nulidad de las marcas conforme al Registro de la Propiedad Industrial, sino que lo que se discute y pretende es una declaración de nulidad impropia, por virtud de una adquisición de dominio al margen del Registro y una declaración de nulidad por caducidad de la marca inscrita por el demandado y usada por la entidad actora, la acción que se ejercita no es la de nulidad del artículo doscientos sesenta y ocho del Estatuto, sino la comprendida en el artículo doscientos sesenta y nueve, y tales pretensiones no pueden ser sustanciadas ni decididas por las normas procesales de trámite establecidas en el artículo doscientos setenta del tan repetido Estatuto, sino por las de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

F. J. F. F.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

DECLARACION DE DERECHOS: SE HABLA EN TODOS LOS DOCUMENTOS APORTADOS DE «SUBARRIENDO», POR LO QUE NO TIENE EFICACIA LA PRESUNCION GENERICA DE QUE LA RELACION EXISTENTE ENTRE LAS PARTES CUANDO SE CEDE UNA FINCA POR PRECIO CIERTO ES UN ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1979).

El arrendatario solicita de los herederos del primitivo propietario su declaración como tal colono, ya que figuraba como subarrendatario, por lo que, transcurridos seis años, aquéllos pretendieron la extinción de la relación existente entre ambas partes.

El Juzgado de Chiclana desestimó la demanda así como la Audiencia de Sevilla, en la apelación. Tampoco prospera el recurso de revisión. No hay error en la apreciación de ambas instancias de que el contrato era de subarriendo, sosteniendo el recurrente que había simulación re-

lativa con interposición de persona que encubría un verdadero arrendamiento, habiendo dicho la sentencia de Primera Instancia que no se acredita la simulación pretendida, lo cual ha quedado incólume en este trámite, pues los tres documentos privados en que se basa la impugnación son inhábiles a estos efectos, ya que fueron tenidos en cuenta y examinados por el Juzgador apreciando la claridad de sus términos literales, pues hablan constantemente de subarriendo, por lo que, lejos de contradecir lo declarado judicialmente vienen a confirmarlo, no alegándose otro dato que acredite cuanto sostiene el recurso que se apoya en elementos que no figuran en los documentos aducidos con independencia de que, siendo el primer contrato de 1964, es evidente que el tiempo legal del mismo con su prórroga había pasado con exceso al interponerse la demanda en 1976. La presunción genérica establecida por el artículo 1, número 2, del Reglamento de Arrendamientos Rústicos de que existe arrendamiento rústico cualquiera que sea la denominación utilizada al ceder una finca por precio, carece de eficacia cuando se acredita que era un subarriendo, como ocurre en este caso.

RETRACTO: NO PROCEDE, YA QUE DADA LA PROXIMIDAD DE LA FINCA ARRENDADA AL CASCO URBANO, CARRETERA Y PLAYA, NO TIENE EL CARACTER DE RUSTICA (SENTENCIA DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1979).

Los arrendatarios piden el retracto de la finca que cultivan que, según la heredera de la arrendadora había sido vendida en instrumento público, sin que el comprador haya notificado a los arrendatarios, celebrándose el oportuno acto de conciliación en el que el comprador reconoció el arrendamiento de los actores. Consignado el precio señalado en la escritura de compraventa se solicita el retracto ante el Juzgado de Gandía, referido a las parcelas cultivadas por los actores de entre las vendidas. El demandado contestó oponiéndose, con base en que las fincas retraídas no son rústicas, sino urbanas, incluidas en el Plan Parcial de Ordenación de la Zona. El Juez rechazó la demanda, confirmándolo la Audiencia de Valencia.

El recurso no tiene éxito. El Juez de instancia ha llegado a considerar como no rústicas las fincas en cuestión, no por su situación en zona de ensanche o extensión en núcleo afectado por planes de ordenación, ya que éstos no han sido aprobados, sino simplemente por el desarrollo urbanístico que ha tenido lugar en el ámbito topográfico que circunda dichas fincas, apreciando la mutación objetiva de los predios por su proximidad al casco urbano, carretera y playa de Gandía, lo que produce una sobrevaloración que excede del doble del precio que en el mercado tenían las fincas aludidas en relación con otras dedicadas a igual cultivo y de pareja calidad, lo que las priva del carácter rústico, conforme al número 3 del apartado 1.º del Reglamento. El hecho de que las fincas estén labradas, con braceros trabajando, no las provee necesaria y legalmente de la naturaleza rústica, porque ello no elimina su proximidad al casco urbano y a la playa, tanto más cuanto que el

hecho de que una finca urbana esté cultivada no la priva de su carácter de tal. Desprovista la finca de su carácter rústico, no procede el retracto que se pretende con el ejercicio de esta acción.

DESAHUCIO: CUANDO SE PRESENTO LA DEMANDA YA HABIA TERMINADO EL PLAZO CONTRACTUAL DEL ARRENDAMIENTO, SIN QUE HAYA EXISTIDO AVISO PREVIO PARA SU PRORROGA (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1979).

El contrato de aparcería de 1962 se transformó en arrendamiento en 1966 y, concluido el plazo, sin preaviso de prórroga, se solicita el desahucio del colono ante el Juzgado de Medina de Rioseco que no admite la demanda, pero la Audiencia de Valladolid revocó esta sentencia y declaró el desahucio.

El Tribunal Supremo no admite la revisión pretendida. Cualquiera que sea la fecha del arrendamiento: 1966 ó 1970, al presentarse la demanda en 1978, habían transcurrido con exceso los seis años que la ley impone como mínimo de vigencia contractual a favor del arrendatario estando extinguido el arrendamiento por expiración del plazo, supuesta además la no petición de prórroga en momento oportuno. Se alega el error de hecho en la apreciación de las pruebas, citando el documento de aparcería, precedente del verbal de arrendamiento, afirmando, de modo incomprensible, que dicho documento figura fechado en 1972, cuando la fecha realmente estampada es la de 1962. Careciendo dicho documento, por otra parte, del carácter de auténtico, al no decir ésta la que el recurrente quiere que diga, no contradice la apreciación de la prueba hecha por el juzgador. Con esta alteración de fechas se pretende que el contrato no se haya extinguido aún en 1978, cuando se interpone la demanda, con evidente mala fe por parte del recurrente, lo que impone la desestimación del recurso.

RECLAMACION DE CANTIDAD: EL ARTICULO 1.214 DEL CODIGO CIVIL NO CONTIENE NORMAS SOBRE LA VALORACION LEGAL DE LA PRUEBA. NO PUEDE FUNDARSE EL RECURSO EN UN PRECEPTO DE LA LEGISLACION FISCAL (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1979).

Entre las obligaciones de los arrendatarios estaba la del pago de la cuota proporcional de la Contribución Rústica por pacto expreso, constando en dicho documento el afianzamiento solidario del padre de los arrendatarios. Los pagos se efectuaron normalmente hasta 1975, pero después se demoraron en este pago, por lo que tuvo que hacerlo la actora, quien reclama el abono de lo satisfecho por este concepto ante el Juzgado de Morón de la Frontera, reclamando 327.839 pesetas más los intereses legales y costas del pleito. Los demandados alegan que se pide más de lo que se debe, no sólo porque comprende la cantidad exigida fincas no arrendadas, sino también porque en ella se incluye una san-

ción de la que no fueron culpables los colonos, siendo además el canon arrendaticio superior a los ingresos imputados a las fincas arrendadas, por lo que no procede pagar nada, por ningún concepto.

El Juzgado estimó en parte la demanda condenando a pagar la cantidad de 104.668 pesetas más los intereses legales. La Audiencia de Sevilla estimó en parte el recurso de los actores y desestimó el de los demandados, condenando a éstos a pagar la suma de 302.096 pesetas y desestimando la reconvencción de los demandados.

No tiene éxito el recurso de revisión. La sentencia apelada rebaja la cantidad en la cuota de la Contribución Rústica, correspondiente a las hectáreas no arrendadas y sujetas al impuesto, lo cual se deduce de lo actuado por el perito en diligencia para mejor proveer, constituyendo esto, según los recurrentes, injusticia notoria, pero el artículo 1.214 del Código Civil que se cita como infringido no contiene principios de valoración legal, impuestos por el legislador a los órganos jurisdiccionales, pretendiendo el recurrente combatir el valor de la prueba pericial y asimismo en el motivo segundo se denuncia el error en la apreciación de la prueba involucrando el error de hecho y el de derecho, queriendo que prevalezca su criterio sobre el más ponderado de la Sala. El motivo tercero, por el que se pretende que han de devolverse las cantidades pagadas de más por los arrendatarios al ser el canon arrendaticio superior a los ingresos imputados a las fincas arrendadas, no se funda en ningún precepto sustantivo, sino fiscal, haciendo supuesto de la cuestión contra lo afirmado por la Sala de que Hacienda desconoce el contrato de arrendamiento existente y, por tanto, es inaplicable el precepto del artículo 40 del Texto Refundido de la Contribución Rústica, en el que se basaba el recurso.

RESOLUCION DE CONTRATO: NO PROCEDE PORQUE SE TRATA DE UN NUEVO CONTRATO Y NO DE LA PRORROGA DEL ANTERIOR, COMO PRETENDEN LOS ACTORES (SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 1979).

Según los actores, la finca arrendada al padre del demandado se cedió al hijo, consintiendo en ello el propietario en 1971 por seis años, que era el plazo de prórroga contractual del arrendamiento primitivo. Al concluir el plazo se niega a dejar la finca para realizar la preparación de las tierras para el año siguiente, por lo que se pide la resolución del contrato ante el Juzgado de Arévalo. El demandado alegó que no se trataba de la prórroga del anterior arrendamiento, sino de un nuevo contrato del que no ha terminado aún el plazo legal fijado en el Reglamento de Arrendamientos Rústicos.

Triunfa la tesis del demandado en el Juzgado y en la Audiencia. Igualmente prospera en el Tribunal Supremo. El problema debatido es el valor del documento de 1971: si se trata de una prórroga del anterior contrato o uno nuevo, que modificó el primitivo, postura ésta que fue la estimada por la sentencia de Primera Instancia, con base en la prueba que se practicó y, especialmente como interpretación del indicado documento que ha quedado incólume, ya que los motivos fundamentales

incurren en el defecto formal de no indicar el cauce procesal en que se basan y, por consiguiente, al desestimar la petición principal se hace innecesario entrar en el estudio de los pedimentos accesorios. No se impugna tampoco la interpretación del Juez de instancia, alegando la infracción de los preceptos de alguno de los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil, por lo que el recurrente hace supuesto de la cuestión al afirmar que el contrato no es nuevo, sino una prórroga indebida e ilegal del anterior.

INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS: *PROCEDE POR NO HABER DEJADO LAS FINCAS ARRENDADAS A DISPOSICION DEL PROPIETARIO PARA QUE REALICE LAS LABORES PREPARATORIAS DEL CULTIVO, CON ANTERIORIDAD A LA FECHA DE EXTINCION DEL ARRENDAMIENTO* (SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 1980).

Antes de concluir el arrendamiento, no se dejaron las fincas para realizar las labores preparatorias para el año siguiente, alegando los colonos que no los abonaran hasta llegada la fecha de extinción del contrato. Llegada ésta y abandonadas las fincas, con diversos daños causados en ellas, se solicita indemnización de éstos ante el Juzgado de Utrera, que estimó parcialmente la demanda, condenando a los demandados al pago de una cantidad inferior a la reclamada por los actores. La Audiencia revoca en parte esta sentencia, aumentando la cuantía de la indemnización sin conceder lo pretendido por los actores como resarcimiento por la extinción de las relaciones laborales, cuya acción puede ser reproducida ante la jurisdicción competente.

El recurso de revisión interpuesto por los demandados no tiene éxito. Existen unos daños originados por la negativa de los arrendatarios salientes a la realización de labores preparatorias por los propietarios de la finca, que no había tenido en cuenta la obligación de los últimos de permitir lo necesario para la recolección y aprovechamiento de los frutos. Estas labores habían de ser hechas antes del vencimiento de la fecha del contrato y no después de ésta, como pretenden los recurrentes, pues incluso las que se podían realizar después habían de ser precedidas por otras que habían de ser hechas antes forzosamente. No puede admitirse que los perjuicios causados por la falta de estas labores se podrían ver compensadas por una explotación racional de las tierras que proporcionaría mayor rentabilidad de las mismas sin necesidad de labores preparatorias, ya que esta mayor productividad sería en detrimento de su rendimiento futuro. Los daños sufridos por las edificaciones existentes en las fincas provienen de que los arrendatarios no efectuaron obras de reparación previstas en el contrato, sin que pueda establecerse que estos daños sean debidos a causa inevitable, originados por la antigüedad de tales edificaciones.

APARCERIA: AL CONSISTIR LA RENTA EN UNA PARTE ALICUOTA DE FRUTOS EL CONTRATO ES DE APARCERIA Y NO DE ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 21 DE ENERO DE 1980).

La entidad propietaria de las fincas dadas en aparcería alega que el aparcero no cultiva directamente las mismas, por haber trasladado su domicilio a Barcelona, no habitando la casa ni trabajando en el lugar donde se hallan las fincas. Instado el procedimiento para el desalojo de la casa por juicio de cognición, el demandado opuso que se trataba de un contrato mixto de vivienda y aparcería, por lo que se procede a presentar la demanda basada en las normas de Arrendamientos Rústicos ante el Juzgado de Vendrell, solicitando la resolución de la aparcería, con base en la expiración del plazo. El demandado alega que no es aparcería, sino arrendamiento, la relación entre las partes. El Juzgado de Vendrell declaró resuelto el contrato, lo que confirma la Audiencia de Barcelona.

No se admite el recurso de revisión. La controversia es si se trata de aparcería, como sostiene el actor o arrendamiento, como dice el demandado, lo que resolvió el Juez de instancia en el sentido de ser una aparcería, ya que el antecesor del actual ocupante cultivaba las tierras y habitaba la vivienda, siendo el fin principal aquel cultivo, satisfaciendo al propietario una parte alícuota de los frutos y siendo considerado en el Ayuntamiento de Monntnell como un aparcero; de la confesión del demandado y de sus actos se deduce una aparcería, siendo lo principal el cultivo de las tierras y constituyendo un hecho incontrovertible el reparto por partes alícuotas de los frutos entre aparcero y propietario. El procedimiento entablado para el desalojo de la vivienda no trataba sino de desligar como contrato independiente del de aparcería, el de la vivienda ocupada por el demandado, configurándolo como de inquilinato, pero es accesorio, en todo caso, del de cultivo de las tierras en aparcería. La casa utilizada por el aparcero puede independizarse de la finca rústica a la que pertenecen las tierras cedidas para su explotación, aunque no linde con las mismas de las que es un accesorio. Aunque el Juez no precise la parte de frutos que se han de entregar, se diferencia claramente del arriendo, en que no existe obligación de entregar frutos y, en cuanto al previo aviso o requerimiento, es el único requisito que la ley establece para poner de manifiesto la voluntad del dueño de resolver el contrato, sin que estas cuestiones fueran planteadas en la instancia, por lo que procede su desestimación como cuestiones nuevas no susceptibles de ser traídas al recurso.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

SUBARRIENDO: EL ARRENDATARIO, COMO SUBARRENDADOR QUE ES, TENGA O NO AUTORIZACION DEL PROPIETARIO, ES EL UNICO QUE TIENE ACCION CONTRA EL SUBARRENDATARIO PARA PEDIR LA RESOLUCION DEL SUBARRIENDO (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1980).

El arrendatario de un local de negocio lo cedió en subarriendo, con autorización del arrendador, a una empresa por contrato verbal, sin plazo de duración, para un establecimiento de venta al público de prendas de confección. No interesándole la continuación del subarriendo, lo comunicó notarialmente al subarrendatario, sin que éste atendiese el requerimiento, por lo que se insta el correspondiente procedimiento para la resolución del subarriendo, por vencimiento de plazo. El subarrendatario alega que es el verdadero arrendatario del local. El Juzgado número 1 de Palencia desestimó la demanda, confirmando la Audiencia.

El recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el actor tiene éxito. El recurrente figura en los contratos de 1973 y 1976 como arrendatario exclusivo, a quien se faculta para usar un nombre comercial, bajo el cual giró el establecimiento, incluso al ocuparlo la entidad recurrida, que no consta en autos tuviese relación alguna con la propietaria ni trajese causa de ella sino del arrendatario a través de la autorización a éste otorgada, creándose un subarriendo sin constancia escrita y sin duración fijada, por lo que, al fijarse una renta mensual, el subarriendo era por meses, conforme al artículo 1.581 del Código Civil. Sin embargo, las sentencias de instancia no lo consideraron así, diciéndose que el subarriendo exige autorización expresa y escrita del arrendador, circunstancia que no concurre en el actor apelante que no prueba la obtención de dicha autorización. En realidad aquí hubo error de hecho, ya que por la cláusula 3.ª del contrato, la arrendadora autoriza al arrendatario para ostentar el nombre comercial indicado que supone la utilización del local por dicha entidad, titular del mismo, que, por su carácter mercantil, tiene una personalidad jurídica distinta e independiente del arrendatario, todo ello de acuerdo con la doctrina reiterada del Tribunal Supremo. La no existencia de autorización para la validez del subarriendo afecta a la resolución del arrendamiento, con amparo en el artículo 114, pero no es determinante de la relación entre arrendatario y subarrendatario que, como todo contrato accesorio, deriva del principal, pero es autónomo e independiente y, aunque falte aquélla y sea ilícito, legalmente el arrendatario siempre será subarrendador y será el único que está legitimado para accionar contra el subarrendatario, siendo de observar en este caso la inactividad de la propietaria frente al arrendatario y la instalación de la sociedad recurrida en el local arrendado, que sólo pudo traer causa del pacto verbal convenido con el arrendatario que, al expirar el término, de acuerdo con el artículo 1.581 del Código Civil, está en condiciones de utilizar la acción resolutoria de la causa 5.ª del artículo 117 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; en otro caso, de prosperar la tesis de la sentencia recurrida resultaría que

la referida entidad sin título frente a la propietaria desplazará al arrendatario de la relación arrendaticia, en cuyo lugar, de hecho y contra su voluntad, vendría a oponerse, consecuencia a todas luces antijurídica, que no puede aceptarse.

En la segunda sentencia se declara resuelto, por expiración del término, el subarriendo, procediendo condenar a la demandada a que desaloje y deje libre el local.

DESAHUCIO DE LOCAL: NO ES APLICABLE LA PRORROGA FORZOSA DEL ARRENDAMIENTO POR TRATARSE DE CONTRATO DE TEMPORADA, SIN QUE PUEDA ADMITIRSE LA TÁCITA RECONDUCCION DEL MISMO POR PERMANECER EN EL LOCAL UNOS DIAS MAS DE LA DURACION DE LA TEMPORADA POR TOLERANCIA DEL PROPIETARIO (SENTENCIA DE 2 DE ABRIL DE 1980).

El actor cedió en arrendamiento el local sito en Playa de Aro, en el año 1972, por cuatro temporadas de seis meses cada una, contados desde Semana Santa, siendo la última temporada la de 1976, no obstante lo cual el demandado se ha negado a restituir al actor la posesión del local alegando prórroga forzosa del contrato. Para demostrar que ocupaba el local, se aprovechó de la tolerancia de la propiedad al dejarle un juego de llaves todo el año, incrementando el consumo de fluido eléctrico para preconstituir la prueba, desvirtuando la naturaleza del arrendamiento, llegando mediante acta notarial a ofrecer el pago de las mensualidades intermedias entre temporada y temporada, cuyo ofrecimiento fue rechazado. Por considerar el contrato como de temporada, se solicita el desahucio ante el Juzgado de La Bisbal, que desestimó la demanda, lo que revocó la Audiencia de Barcelona, que dio lugar al desahucio.

El recurso de casación no prospera. El hecho básico es si el contrato es permanente o de temporada, alegando el recurrente un certificado del Ayuntamiento de Playa de Aro, que demuestra la posesión durante todo el año del local arrendado. Pero no son documentos auténticos los administrativos, consistentes en certificaciones de las autoridades emitidas en virtud de noticias por ellas recibidas o según datos recogidos por los agentes, siendo el recurrente el que ha de demostrar que Playa de Aro tiene un turismo invernal, lo que no ampara ningún documento o acto auténtico, demostrativo del error que se denuncia. El permanecer quince días en el local después de acabar la temporada no supone tácita reconducción del artículo 1.566 del Código Civil, ya que para ello sería preciso que la tolerancia en la posesión arrendaticia se refiriese a los quince primeros días de la nueva temporada y no a los días subsiguientes al fin de la extinguida, ya que la tesis contraria supondría una tácita alteración del acuerdo sobre duración temporal del arriendo, que es lo que dice el artículo 1.566 del Código Civil, siendo este cambio de la naturaleza del arrendamiento obra de la conducta de una de las partes, que es la que obtendría el beneficio, aprovechando la tolerancia de la otra, a la que puede acarrearle perjuicios por aplicación de una norma no apropiada al supuesto convenido por las partes, a las cuales no les puede afectar las consecuencias excepcionales

derivadas de una aplicación extensiva de preceptos legales, según la regla de *odiosa sunt restringenda*. El acta notarial instada por el propietario tiene la virtualidad de recordar la voluntad del propietario de extinguir el contrato antes de comenzar la temporada nueva y así evitar la reanudación de la posesión por el arrendatario.

RECLAMACION DE CANTIDAD: ES PROCEDIMIENTO ADECUADO EL ORDINARIO PARA RECLAMAR LAS RENTAS DEBIDAS POR EL ARRENDATARIO UNA VEZ EXTINGUIDO EL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1980).

En 1974 se arrendó una nave industrial por un año improrrogable, por común acuerdo entre las partes, por la cantidad de 1.800.000 pesetas, aplicándose en el caso de tener que litigar para el desalojo de la nave, la actualización de la renta con el índice de revalorización del coste de la vida del Instituto Nacional de Estadística, que para este período fue del 17,8 por 100. En 1976, celebrada conciliación sin avenencia, se interpone demanda, solicitando se pague la suma de 2.120.400 pesetas a la demandante. El Juzgado número 1 de Madrid rechazó la demanda por ser el procedimiento adecuado el de la Ley de Arrendamientos y no el ordinario de mayor cuantía, que es el ejercitado. La Audiencia cambió el criterio, considerando adecuado el procedimiento de mayor cuantía, estimando parcialmente la demanda y condenando a las demandadas a pagar 1.236.900 pesetas más el interés legal, absolviéndolas de los demás pedimentos de la demanda.

El recurso de casación no triunfa. El único tema es si la litis debe sustanciarse por la ley común o por la ley arrendaticia. Las demandadas han desalojado el local y hecho entrega de las llaves antes de la presentación de la demanda, lo que reconocen en la contestación de la demanda, planteándose no el tema de la extinción del contrato, sino la discusión sobre la improcedencia de la reclamación de cantidad, careciendo de eficacia lo relativo a solicitar la resolución del arrendamiento y no fundándose en derechos reconocidos al locatario en la legislación arrendaticia, la petición de tutela jurisdiccional, es trámite adecuado el del juicio de mayor cuantía, como ha declarado esta Sala en varias sentencias de 1963. La obligación de pagar a que se refiere, nace del artículo 1.555 del Código Civil y se rige por las normas del juicio ordinario, estando comprendida la acción en el artículo 151 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

C. R. R

V. SUCESIONES

LEGITIMA.—SU COMPLEMENTO.—DESHEREDACION TACITA. DONACION. *Artículos 815, 851 y 852 del Código Civil* (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1981).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Antonio Seijas Martínez, declara no haber lugar al recurso

de casación por infracción de ley interpuesto por el actor y apelado contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres, que había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Plasencia, conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando que en el motivo primero del recurso, basado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no haber sido aplicado por la sentencia recurrida no obstante tener como causa, los cuatro pedimentos primeros del suplico de la demanda, dicho artículo, dado que se trata de una desheredación tácita, alegándose como justificante de ello algo que ha sido contradicho y cuya certeza no ha sido probada, no tratándose tampoco de una de las causas de desheredación señaladas en los artículos 852 y siguientes de dicho Código Civil, y siendo la desheredación, en un sentido amplio, toda privación de la herencia, incluso la impuesta por la ley en los casos de indignidad para suceder, en un sentido estricto ha de estimarse como tal la privación a un heredero legitimario de la porción de herencia que por derecho le corresponde, desposeimiento que, en el caso presente, se produce, porque el actor, ahora recurrente, nada percibió de su madre antes ni después del fallecimiento de la misma, la que en la cláusula primera de su testamento afirma que «nada lega a su hijo Teodoro por haberle dado ya la testadora mucho más de lo que por legítima acreditaría», y si bien es cierto, dice el recurrente, que si hubiera habido alguna entrega, aunque no fuera el importe de la legítima correspondiente, la causa alegada por la testadora sería suficiente para la desheredación, tal circunstancia no aparece probada en los autos, mas, en relación a esta argumentación del recurrente, resulta obligado declarar que la alegada desheredación no se ha producido, pues si ésta tiene lugar, en términos generales, cuando por disposición testamentaria se priva a un heredero forzoso del derecho a la legítima que el artículo 806 del Código Civil le reconoce por alguna de las causas que taxativamente señala, en cuanto a los hijos, el artículo 853 de dicho Cuerpo legal, además de las de incapacidad que por indignidad para suceder, pudieran comprenderles de las que establece el artículo 756, conforme dispone el 852, ambos del mencionado Código sustantivo, es visto que en ninguna de ellas tiene su base la citada cláusula testamentaria, cuya nulidad en la demanda se solicita, pues en ella, y con claridad, la testadora, madre del recurrente, justifica la razón de no dejar nada a éste por herencia en el testamento ahora impugnado y que no es otra que la de «haberle dado ya mucho más de lo que por legítima acreditaría».

Considerando que partiendo del hecho indiscutible de no existir, en el caso objeto del pleito origen del recurso, ninguna de las causas de desheredación a que con anterioridad se ha hecho referencia, y no habiéndose producido tampoco la preterición del actor recurrente como heredero forzoso de la testadora, al no haber habido omisión o falta de mención del mismo en el testamento, ha de analizarse si contrariamente a lo que aquélla afirma, y el recurrente niega, hubo la entrega de bienes en la cuantía que en la cláusula primera del testamento se indica o si, al menos, hubo alguna donación aun cuando por cantidad inferior a lo que por legítima pudiera corresponderle, pues sabido es que las donaciones hechas a los hijos, que no tengan el concepto de mejora, han de imputarse a su legítima, y así lo proclama, en su párrafo primero del artícu-

lo 819 del Código Civil, ya que tales donaciones se consideran como un anticipo de la misma, y al declarar la sentencia recurrida que la única acción que compete al actor recurrente es la de complemento de legítima si entiende que lo recibido no alcanza al importe cuantitativo de ella, viene a reconocer la certeza de la declaración fáctica que la resolución de primer grado hace en el sentido de afirmar que aquél recibió, como bienes donados por su madre en vida de la misma, los que en ella se relacionan, pues si bien no aparece expresamente aceptado por la Sala de instancia el Considerando en que tal hecho se afirma como acreditado, tampoco lo rechaza y, por el contrario, de los términos de la resolución impugnada claramente se deduce que el demandante, hoy recurrente, recibió, en vida de su madre la testadora, por dichas donaciones, bienes en cuantía inferior a lo que legítima le podía corresponder, siendo lo único que, con relación a este primer pedimento de la demanda, la sentencia recurrida rechaza con respecto a lo resuelto en primer grado y que fue objeto de apelación, la tesis mantenida por el Juzgado de Primera Instancia al declarar que lo dispuesto en el artículo 815 en orden a la facultad que al legitimario que hubiere recibido, por cualquier título, menos de la legítima para pedir el complemento de la misma, no obsta para que, como el demandante ha hecho, pueda pedir la nulidad de la cláusula testamentaria correspondiente, y, contrariamente, la Sala sentenciadora afirma con acierto, que en este caso el único derecho que asiste al heredero forzoso es el de pedir el complemento de su legítima, y al argumentar el recurrente, en la forma en que lo hace al desarrollar el motivo, está haciendo supuesto de la cuestión, sin combatir esa apreciación fáctica, pretendiendo únicamente, en cuanto a la misma, sustituir por el suyo propio el más autorizado criterio de la Sala de instancia, lo que hace que el motivo haya de rechazarse, pues el heredero forzoso, como el recurrente, a quien en vida haya hecho alguna donación su causante, no puede considerarse desheredado ni preterido y sólo puede reclamar que se complete su legítima, al amparo del citado artículo 815, que le faculta para pedir la integridad de esa porción hereditaria cuando el testador le haya privado de parte de ella.

Considerando que el motivo segundo, y último, amparado como el anterior en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción, por interpretación errónea, del artículo 819 del Código Civil, en cuanto la Sala sentenciadora estima que la testadora entregó al hoy recurrente «algo equivalente a su legítima» y que, según dicho precepto legal, son donaciones que han de imputarse a tal legítima, pues la acción de complemento de ésta es procedente cuando el testador, ciertamente, ha entregado algo al legitimario, pero no cuando, como en el presente caso, el actor niega haber recibido alguna donación, motivo éste que ha de ser desestimado como consecuencia ineludible de la desestimación del anterior, pues al haber recibido por donación algunos bienes en vida de la testadora, como ya ha quedado expuesto, tal donación o donaciones han de imputarse a la legítima, conforme indica el citado artículo en su párrafo primero, por lo que, lejos de haber sido erróneamente interpretado, el Tribunal de instancia ha hecho una acertada exégesis del mismo.

TITULOS NOBILIARIOS. MEJOR DERECHO (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1981).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra la sentencia dictada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia que había confirmado la del Juzgado de Primera Instancia número 5 de la misma población, conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando que toda la cuestión litigiosa planteada en el pleito y ahora en este recurso extraordinario gira en torno del preferente derecho que la actora alega tener frente al actual y legal poseedor del título discutido, denominado Marquesado de A., fundado en que aquélla, al descender genealógicamente de una hermana mayor respecto de una hermana menor, de la que el demandado trae causa, ostenta por ello un mejor derecho al susodicho título en virtud de las normas sucesorias y legitimadoras que regulan la materia nobiliaria, ante el que en su opinión debe ceder el de la parte contraria, por traer origen de una ilegal alteración del orden sucesorio nobiliario constituida por dos testamentos, de fecha cuatro de mayo de mil setecientos sesenta y cuatro y veintinueve de septiembre de mil setecientos sesenta y siete, otorgados por el primer Marqués de A, don R., al vincular el título al Mayorazgo del que era también titular y establecer que la sucesión pasara —al morir su hijo don A. sin descendencia— a su hija J. en lugar de G., mayor de edad que la anterior, y a la que constituyó en otros bienes, sucesión y orden que fue legitimado por sucesivas Cartas Reales referentes al título aludido a favor de los antecesores del hoy demandado y recurrido, actual Marqués de A.

Considerando que las sentencias de instancia, ambas contestadas, fundan el rechazo de la demanda, no sólo en no haberse acreditado por la actora, hoy recurrente, la continuidad en el árbol genealógico que presenta, al no constar con la debida fehacencia uno de los eslabones en la cadena sucesoria que parte de doña G. —pospuesta según ella— para llegar a la demandante, sino en el defecto formal insubsanable de no haberse ejercitado en la demanda y réplica la acción de nulidad tendente a obtener la invalidación de aquellas disposiciones testamentarias que establecieron un orden sucesorio irregular (aunque después se siguiera el orden normal), así como de las sucesivas concesiones reales tocantes a la sucesión en el título, otorgadas todas a favor de los descendientes de doña J. y que, de otro lado, según la sentencia impugnada, no hicieron sino respetar el sistema jurídico nobiliario entonces vigente, que permitía aquellas variaciones y cierta libertad en la transmisión de los títulos y mercedes, que después Carlos IV restringió por Real Cédula de veintinueve de abril de mil ochocientos cuatro (Novísima Recopilación, Ley XXV, Título primero, Libro sexto) para las mercedes que se concedieran en lo sucesivo, mas sin alterar el régimen de las anteriores siempre que se emplearan según su fin o conforme a los permisos concedidos, legalidad evidentemente aplicable a aquella alteración testamentaria y sucesivas aprobaciones reales, en orden también a la vinculación del título en los sucesivos descendientes del Mayorazgo, desde que la Ley de once de octubre de mil

ochocientos veinte, que suprimió los mayorazgos y vinculaciones, dejó en pie las anejas a los títulos y prerrogativas de honor.

Considerando que fijada así la más importante *ratio decidendi* de la sentencia impugnada, es decir, la inexistencia de «petición de nulidad expresa respecto de los actos de transmisión que con la demanda se atacan», tales la creación del Mayorazgo al que se vinculó la gracia nobiliaria litigiosa, la disposición testamentaria que excluyó a la hija mayor del primer titular del Marquesado —doña G.— en beneficio de la menor doña J., así como la Carta Real de Sucesión, informada por el Consejo de Castilla y sancionada por Carlos III, es vista la necesidad del estudio prioritario —por prejuzgar todos los restantes— del motivo séptimo y último del recurso, que, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción, por interpretación errónea, de la doctrina contenida en las Sentencias de esta Sala de treinta de junio de mil novecientos setenta y ocho, seis de julio de mil novecientos setenta y uno, veinticuatro de mayo de mil novecientos sesenta y uno y nueve de julio de mil novecientos sesenta y cinco (se dice por error de mil novecientos setenta y cinco) y en el que se expone que si bien es cierta la doctrina relativa a la exigencia —so pena de rechazarse la demanda— del ejercicio expreso de la acción de nulidad para obtener la de la disposición anómala y concesiones posteriores, dicha doctrina sólo es aplicable a los supuestos de cesión, es decir, a los medios de transmisión *inter vivos* de los títulos nobiliarios, pero no a los *mortis causa*, ya que, siempre según la recurrente, las sentencias de este Tribunal que se citan en la recurrida como sostén de su tesis no aluden en ningún momento a supuestos en los que la alteración en el orden sucesorio se haya realizado por medio testamentario sin que quepa aquí aplicar la analogía, y de ahí, según arguye, la infracción cometida que se denuncia.

Considerando que las sentencias que se dicen erróneamente interpretadas —más bien, en puridad, debiera decirse indebidamente aplicadas, aun cuando toda aplicación presuponga interpretación—, es decir, las de treinta de junio de mil novecientos setenta y ocho y las restantes por ésta y por la recurrente citadas, a las que cabe añadir la de veintinueve de mayo de mil novecientos nueve, establecen efectivamente que «cuando como consecuencia de la cesión de un título nobiliario se produzca una desviación en el orden sucesorio fundacional o legal, el tercero que pretenda la declaración de su preferente derecho genealógico ha de ejercitar previa o simultáneamente la acción de nulidad de tal cesión, porque, mientras ésta no sea invalidada, el cesionario y sus causahabientes ostentan *prima facie* una situación de hecho y de derecho merecedora de protección jurídica, que hace inviable la pretensión de preferencia que pueda ejercitar cualquier persona que se crea con mejor derecho, nulidad que resulta imprescindible para impugnar la cesión y que no puede aplicarse de oficio», doctrina que la Sala de instancia aplica, sin necesidad de más argumentos, por entender llanamente que no existen motivos legales para distinguir entre la cesión *inter vivos* y la sucesión *mortis causa* a estos efectos.

Considerando que es efectivamente correcta tal tesis, sin que pueda reprocharse a la Sala de instancia desviación interpretativa alguna ni —cosa que ni siquiera se indica— infracción de norma sobre interpreta-

ción, es decir, de cualquiera de las reglas que al respecto establece el artículo tercero, uno, del Código Civil, ya que si atendemos al criterio finalista que este precepto ordena seguir como última y fundamental instancia en materia de interpretación (atender «fundamentalmente al espíritu y finalidad» de las normas) es claro y evidente que lo que la jurisprudencia indica y establece es la necesidad de impugnar de modo expreso el acto irregular sucesorio cuya nulidad permita la declaración del mejor derecho, sea cualquiera el vehículo instrumental del acto jurídico real, en tanto que la anomalía que se acuse puede constituirlo ya la cesión, ya la disposición testamentaria (y un supuesto de éstos contempló la sentencia de esta Sala de tres de octubre de mil novecientos ochenta), pues de no entenderlo así nos llevaría al absurdo de eximir de la acción de nulidad al reclamante cuando la alteración sucesoria fuera hecha por testamento o cuando, como en este caso ocurre, lo que en verdad no se haya impugnado debidamente fuera el acto instaurador vinculante del título y no una cesión *inter vivos* o *mortis causa*.

Considerando que no obstante venir ya predeterminada la solución del recurso por la desestimación del motivo estudiado, en cuanto dicha razón —inviabilidad de la demanda por no ejercicio de la pertinente acción de nulidad— bastaría para su rechazo y consiguiente e implícita confirmación de la sentencia impugnada, no parece inútil, sino más bien conveniente, el estudio, siquiera sea breve, de los restates motivos en beneficio de la seguridad y fijeza de la relación jurídica controvertida.

Considerando que a tal efecto, y en el motivo primero, al amparo del mismo ordinal del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, se acusa la violación del artículo cincuenta y tres del Código Civil, en su párrafo primero, en cuanto la Sala de instancia hizo caso omiso de su normativa al no tener por probado el matrimonio de uno de los ascendientes de la actora que, según ésta, resultaba acreditado por una escritura de compraventa, frente a lo dispuesto por dicho artículo, que autoriza el uso de los medios probatorios establecidos en las leyes anteriores al Código Civil, respecto de los matrimonios celebrados antes de su vigencia, motivo que debe ser rechazado porque ya de su misma exposición claramente resulta que lo que se está haciendo es una llamada a una apreciación probatoria negativa y no al tema de la vigencia, contenido o alcance del precepto que se dice violado y que constituye el ámbito del concepto de «violación» de la vía del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos, que no es, según reiteradísima doctrina (siete de junio de mil novecientos sesenta y ocho, catorce de marzo de mil novecientos sesenta y nueve, veintiocho de septiembre de mil novecientos setenta y nueve, etc.) la adecuada para combatir aquella apreciación, sino la del número séptimo del mismo artículo con la añadidura, si se alega el error de derecho, de la cita de la norma valorativa de prueba que se estima infringida, que es lo que el recurrente hace a continuación en su segundo motivo —error de derecho— y citar como infringido el artículo mil doscientos dieciocho del Código Civil, regulador de la fuerza probatoria del documento público, desconocido según el recurrente por la sentencia impugnada, al no dar como probado el matrimonio antes citado cuando ello resultaba —según él— de la también citada escritura de compraventa y de un acta de defunción.

Considerando que el rechazo de ese motivo segundo es también procedente y así debe afirmarse con sólo notar que la Sala de instancia, lejos de limitarse a rechazar una desnuda afirmación negatoria de la eficacia de los documentos dichos, razona con acierto y prudencia —con esa prudencia que en materia nobiliaria exige un tradicional rigor probatorio (Sentencias de diecisiete de noviembre de mil novecientos setenta y tres y veintidós de marzo de mil novecientos setenta y ocho—, la escasa credibilidad que le ofrecen un contrato de compraventa y un acta de defunción en los que por modo ocasional se alude al matrimonio que se pretende acreditar, lo cual no evidencia sino atenuamiento a la más correcta técnica probatoria en relación con la fehaciente directa, indirecta y circunstancial, de la que es muestra la conocida doctrina de esta Sala referente al valor probatorio del documento público, cuya autenticidad es indiscutible (Sentencia de dos de febrero de mil novecientos setenta y dos) sólo respecto de su fecha y del hecho motivador de su otorgamiento (art. mil doscientos dieciocho del Código Civil), pero no de otros datos o manifestaciones en él contenidas, sujetos, naturalmente, a la libre y razonable apreciación judicial en combinación o no con otras pruebas, pues de lo contrario habría que admitir la preponderancia del criterio de la parte frente al del juzgador, que obró rectamente al no dar fehacencia a esa prueba indirecta relativa a un matrimonio que se dice contraído antes de mil setecientos ochenta y seis, y que, consiguientemente, no desconoció ni violó la regla valorativa del artículo mil doscientos dieciocho del Código Civil, al no contener vinculación al respecto.

Considerando que tampoco son admisibles los motivos tercero, cuarto, quinto y sexto del recurso, todos ellos al amparo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación de la Ley XXV, Título primero, Libro VI de la Novísima Recopilación; aplicación indebida de la Ley XL de Toro; violación de la Ley XLV de Toro y violación también de la Partida II, Título XV, Ley Segunda, respectivamente, todos ellos tendentes a demostrar la infracción que de todos esos preceptos, hoy aplicables en materia sucesoria nobiliaria, ha cometido la Sala de instancia al sancionar como legítima y de preferente derecho la sucesión en el Marquesado de Algorfa por parte del demandado y hoy recurrido, poseedor actual y legal del título, desconociendo así el preferente derecho de la actora; porque, aparte de lo antes expuesto, relativamente a la improbadada continuidad en la línea sucesoria de la actora respecto del primer titular de la merced, que hace inviable esa tesis, cumple decir *ex abundantia*, como ya lo hizo correctamente la Sala sentenciadora, que no se dieron ni se dan las infracciones denunciadas, ya que, sin poner en duda la vigencia y aplicabilidad del Derecho que se invoca, así como las normas que se dicen infringidas, es claro que no puede afirmarse, como se pretende ahora en el recurso, que se hubiera violado por el primer titular en sus dos testamentos aludidos el Derecho entonces vigente (año mil setecientos sesenta y cuatro) al establecer el testador la circulación del título al Mayorazgo y estatuir el orden de suceder tal como lo hizo al posponer la hermana mayor a la menor (a partir de la cual se hizo regular el Mayorazgo), con anuencia de la primera, pues así estaba autorizado según el Derecho entonces vigente, la reali-

dad histórica de aquel momento y la costumbre en vigor, que otorgaba cierta permisibilidad en la transmisión de los títulos, como lo demuestra la cortapisa que a ello opuso la Real Cédula de Carlos IV de veintinueve de abril de mil ochocientos cuatro (después Ley XXV, Título I, Libro sexto, de la Novísima Recopilación), según de ello se hizo eco la Sentencia de esta Sala de veintinueve de mayo de mil novecientos nueve, sin perjuicio de añadir, finalmente, que con ello no se conculcaba ni la Ley XL de Toro, que habla de estar a lo dispuesto «por el que primeiramente constituyó» el Mayorazgo, ni la Real Cédula citada, que respetaba la concesión de los títulos a ella anteriores, ni la Ley XLV de Toro, que atribuye la posesión civilísima al poseedor según la sucesión prevista en el Mayorazgo, ni la Ley desvinculadora de mil ochocientos veinte, que respetó la vinculación de los títulos y mercedes, ni, por último, el artículo doce del Real Decreto de veintisiete de mayo de mil novecientos doce, que exceptúa del perjuicio de tercero en el supuesto de su aprobación o aceptación, como así declara probado la sentencia que se recurre.

NULIDAD DE TESTAMENTO. ENAJENACION MENTAL. Artículos 663, número 2.º, y 664 del Código Civil (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1981).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el actor y apelante contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Jaén, conforme a las siguientes consideraciones:

Que sostenida en la instancia la nulidad del testamento público de primero de agosto de mil novecientos sesenta y uno, que origina las actuaciones de las que trae causa el presente recurso, por los en su día demandantes que ahora figuran como recurrentes, con base en la pretendida enajenación mental del testador, tanto la sentencia de primer grado, como la recurrida en este trámite, proclamaron su validez, apreciando en su conjunto la prueba practicada, obrante en autos, junto con el debido detenimiento y confrontación de los medios utilizados, después de lo cual llegan a la conclusión de que, si ciertamente la incapacidad fue declarada con el auto del Juzgado de Primera Instancia de Jaén de veintiocho de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro, no se acreditó que existiera el día de la realización del acto testamentario, pues ni de los diversos dictámenes médicos sobre la capacidad intelectual del testador, ni de su comportamiento en el momento de otorgar el testamento, ni de las disposiciones de éste, ni de las alegaciones en su contra formuladas en la demanda y ni aún siquiera de lo confesado por el propio actor sobre su capacidad mental y de administración de sus bienes, resultan motivos suficientes para sostener la incapacidad; apreciaciones valorativas del resultado probatorio, que son impugnadas en los dos primeros motivos del recurso por el cauce procesal adecuado del número siete

del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento, en la doble vertiente que el mismo permite, pero sin buen éxito en ninguno de ellos, pues el primero, que denuncia error de derecho con infracción del artículo mil doscientos treinta y dos del Código Civil, en relación con el quinientos ochenta de la Ley adjetiva, y de la doctrina legal que cita, contrariamente a lo exigido por la constante interpretación de esta misma doctrina, no cita concepto alguno de la alegada infracción, de entre los tres que señala el número uno del indicado artículo mil seiscientos noventa y dos, lo que implica la inobservancia de lo requerido, en cuanto a claridad y precisión, por el artículo mil setecientos veinte e incide en la causa de inadmisión del número cuatro del mil setecientos veintinueve, todos tres de la misma ley procesal, que en el presente trámite lo es de desestimación; pero es que, además, no tiene tampoco en cuenta que el Tribunal *a quo* valoró en su conjunto la prueba practicada que, también de acuerdo con la conocida por lo reiterada doctrina jurisprudencial, no puede desarticularse con un medio aislado, por importante que sea, como la confesión. Y el segundo, que alega error de hecho o también en la apreciación de las probanzas, presenta para respaldar el alegato, una serie de documentos, tales como el propio testamento, unos dictámenes médicos y dos resoluciones judiciales referente una (Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de trece de julio de mil novecientos sesenta y tres) a la condena penal del testador con estimación de la atenuante del número uno del artículo nueve del Código Penal (enajenación mental incompleta) y relativa la otra (Auto del Juzgado de Primera Instancia de Jaén de veintiocho de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro) a la declaración de incapacidad, ninguno de los cuales y asimismo a tenor de la constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo, tiene el carácter auténtico a los fines de la casación civil, aparte de que todos ellos fueron examinados y ponderados por el Juzgador, no demostrando por sí mismos y sin ulterior razonamiento, lo contrario de lo declarado por éste y de que los dos últimos tienen fecha posterior al otorgamiento del testamento, siendo, por tanto, inoperantes para el fin pretendido de justificar la incapacidad en un momento anterior; todo lo cual, obliga a la desestimación de estos dos motivos.

Que el perecimiento de dichos motivos lleva consigo, inexorablemente, el del tercero y cuarto que también se formularon, ambos por la vía del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento, puesto que al quedar sin la indispensable base fáctica, es indudable que están haciendo supuesto de la cuestión; en efecto: el figurado con el número tres, denuncia violación por inaplicación del artículo seiscientos sesenta y tres del Código Civil, en su número dos, a cuyo tenor, está incapacitado para testar «el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio», circunstancia que en este caso no concurría en el instante de testar (uno de agosto de mil novecientos sesenta y uno), pues de acuerdo con cuanto se ha expuesto, no hay base alguna para tomar como punto de partida de la incapacidad otra fecha distinta de la del auto judicial de incapacitación que, según se dijo, es de veintiocho de febrero de mil novecientos sesenta y cuatro, por lo que es de aplicar el artículo seiscientos sesenta y cuatro del Código Civil, donde se establece que «el testamento hecho *antes* de la enajenación

mental, es válido». Y el señalado con el número cuatro, alega el mismo concepto de infracción, referido al artículo seiscientos sesenta y cinco de nuestro primer Código sustantivo, que erige el dictamen de dos facultativos respecto del estado de lucidez del demente que quiere testar, lo que, como dice el recurso, está conectado estrechamente con el motivo anterior, conexión que acarrea igualmente su desestimación, al no concurrir el supuesto de hecho de la demencia, para que el precepto pudiera ser aplicado.

F. C. L.