

## II. Sentencias del Tribunal Supremo

### 1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

#### I. PARTE GENERAL Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD

*RETRACTO DE COLINDANTES SOBRE FINCA DE SUPERFICIE INFERIOR A UNA HECTAREA SEGUN LAS PRUEBAS PRACTICADAS, AUNQUE EN EL REGISTRO FIGURA CON MAYOR SUPERFICIE. LA INSCRIPCION REGISTRAL NO ASEGURA LOS DATOS FISICOS DE SUPERFICIE, SINO SOLO LA INTEGRIDAD JURIDICA DE LA FINCA. REQUISITOS PARA ADMITIR EN CASACION EL VICIO DE INCONGRUENCIA DE SENTENCIA* (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1978).

*Hechos.*—Don Rodolfo Machado V. T. formuló demanda contra la entidad «Cía. Mercantil Per Ivonne, S. A.», sobre retracto de colindantes, alegando que la demandada había adquirido una finca rústica, colindante con la de propiedad del actor, de una extensión superficial de 9.972 metros cuadrados por precio de 200.000 pesetas, suplicando se dictara sentencia estimando la demanda.

La demandada se opone alegando que la finca que se pretende retraer excede de una hectárea, pues según escritura de los anteriores titulares, inscrita en el Registro, tenía más de 10.000 metros, concretamente 10.030 metros.

Practicadas las pruebas propuestas, el Juez de Primera Instancia número dos de La Laguna dictó sentencia desestimando la demanda, declarando no haber lugar al retracto de colindantes; pero dicha sentencia fue revocada por la Sección de lo Civil de la Audiencia Provincial de Tenerife, que dio lugar al retracto.

La parte demandada interpone recurso de casación alegando que la sentencia recurrida ha tenido en cuenta la medición que llama planimétrica o por proyección al horizonte, en lugar de la medición natural adaptada a las vicisitudes del terreno, aparte de que ha excluido de la finca un camino y una atarjea, a pesar de que tenía la compradora una quinta parte en dichos elementos. También alega la no aplicación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, pues consta inscrita la finca con la superficie de 10.030 metros cuadrados, sin que la sentencia se haya pronunciado sobre la necesaria rectificación de los asientos registrales.

*Doctrina de la sentencia.*—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que el concepto de la congruencia contenido en el artículo 359 de la Ley Procesal Civil permite admitir que en él se integran distintos supuestos, a que alude la distinción que la misma ley establece en el número segundo, tercero y cuarto de su artículo 1.692, todos ellos parte de un todo que en sus distintas manifestaciones quebrantan el principio que informa la necesidad de que el Juzgador acomode su fallo a las pretensiones que las partes hubieran deducido oportunamente en el juicio; de ahí la necesidad de que para impugnar el fallo alegando vicio de incongruencia haya de citarse dicho artículo 359, precepto de naturaleza sustantiva a efectos de casación, y el concepto en que haya sido cometida la infracción denunciada, según reiterada jurisprudencia, que hace decaer el motivo tercero del presente recurso, por omitir dichos requisitos que ocasionan su inadmisión y en el actual trámite se convierten en causa de desestimación.»

«Considerando que el motivo cuarto, que fundado en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley Procesal invoca error de hecho en la apreciación de las pruebas, tampoco puede prevalecer, por no tener el carácter de documentos auténticos a efectos de este recurso extraordinario los básicos que han sido objeto de examen e interpretación por el Tribunal *a quo*, como son las escrituras públicas aquí deducidas.»

«Considerando que no puede merecer mejor suerte el motivo segundo, que alega la violación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, ya que la inscripción registral sólo asegura la integridad jurídica de la finca, pero no los detalles físicos de la misma, como la superficie.»

«Considerando que firme en casación la declaración de hecho de la Sala sentenciadora de que la superficie real de la finca retraída es de 9.965 metros cuadrados, queda sin la necesaria base *de facto* el motivo primero, que denuncia la aplicación indebida del artículo 1.523 del Código Civil, haciendo supuesto de la cuestión contra la apreciación probatoria del Tribunal *a quo* que ha de prevalecer, procediendo por todo lo expuesto la desestimación íntegra del recurso.»

COMENTARIO.—Esta sentencia hay que ponerla en relación con la de 20 de mayo de 1974, pues ambas se refieren a la repercusión que los datos del Registro relativos a la superficie de la finca pueden tener respecto al retracto de colindantes, que, como es sabido, sólo cabe ejercitar sobre fincas rústicas que no excedan de una hectárea.

La sentencia de 20 de mayo de 1974 aplicó decididamente el principio de legitimación registral en cuanto a la superficie inscrita de la finca, haciéndola prevalecer sobre la que resultó de la prueba pericial practicada. En ella se lee que «desde la fecha de la inscripción (del título en que constaba la cabida de 85,68 áreas) se originó, por el principio de publicidad, la formal de la *totalidad* del asiento, y por el de la fe pública y la legitimación registral, la presunción legal de exactitud del Registro», y al ser inscrita «accedió al Registro en la forma determinada en la escritura», cuyo contenido íntegra «suficiente base probatoria del dato físico de la cabida». (Puede verse en el núm. 509 de esta Revista, pág. 969.)

En cambio, en la presente sentencia leemos lacónicamente lo contrario: «La inscripción registral sólo asegura la integridad jurídica de la finca, pero no los detalles físicos de la misma, como la superficie». No es una frase nueva, ciertamente. Es la misma que a modo de martilleo viene reiterando una abundante orientación jurisprudencial, frente a la línea mar-

cada por las sentencias de 21 de marzo de 1953 y la ya citada de 20 de mayo de 1974.\*

Pero una frase de tal calibre, sin más aditamentos ni razonamientos, no podemos aceptarla, pues ante dos tendencias jurisprudenciales contrarias no interesa la razón del imperio cuantitativo de las decisiones más numerosas, sino el imperio de la razón, que vemos reflejada en las dos sentencias últimamente citadas.

En concreto, nosotros contamos con estos dos argumentos para defender que la legitimación registral se refiere también a la medida superficial: 1.º El párrafo primero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria aplica la presunción «en la forma determinada por el asiento respectivo», y esa forma, como ya dijo la sentencia de 20 de mayo de 1974, comprende la *totalidad* del mismo y, por tanto, también los datos descriptivos. 2.º En Derecho, resulta totalmente artificioso lo físico de lo jurídico, como a modo de tópico se viene haciendo por cierta doctrina y jurisprudencia y recoge la presente sentencia afirmando una distinción entre «integridad jurídica de la finca» y «los detalles físicos de la misma». Desde el momento en que la finca es objeto de derechos, es objeto jurídico, y, en consecuencia, lo jurídico tiñe los llamados «datos físicos», y éstos son parte de la integridad jurídica.

Mientras no se desarticulen estos argumentos, y no pueden desarticularse a base de meras afirmaciones, seguiremos manteniendo la doctrina que resulta de las sentencias de 1953 y 1974 (\*).

Naturalmente, la presunción derivada del principio de legitimación registral es *iuris tantum*, por lo que cabe la salida de admitir la prueba en contrario. Ahora bien, como nosotros partimos de que la inscripción no representa sólo una «presunción», sino que es de por sí una «prueba», la demostración en contrario ha de proceder no de una simple prueba, sino de una prueba concluyente, que no deje lugar a dudas. Ya lo dijo, en cierto modo, la sentencia de 21 de marzo de 1953, cuando se refirió a lo «vigorosa» que era la presunción legitimadora del artículo 38 de la Ley Hipotecaria. Pero no vemos inconveniente en decir que aunque, en principio, el dato de la medida superficial está comprendido en la presunción legitimadora de los asientos registrales, cabe la prueba en contrario, que es lo que sucedía en el presente caso.

Además, una cosa es la consecuencia sustantiva del principio de legitimación registral, a que se refiere el párrafo primero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, y otra distinta, aunque pueda estar relacionada con aquélla, una consecuencia procesal de dicho principio, que se recoge en el párrafo segundo del mismo precepto. Mientras el párrafo primero es aplicable a la superficie inscrita, por los dos argumentos que hemos señalado, el párrafo segundo no lo es, según dijimos en otro comentario, porque la rectificación de los datos de superficie y linderos, mientras no dude el Registrador de la identidad de la finca, cabe realizarla directamente al practicar la inscripción siguiente a la última, según resulta del artículo 51, regla 4.ª, del Reglamento Hipotecario.

Pues bien, en el presente caso, el recurrente hizo hincapié en este párrafo segundo y no en el primero, pues, a diferencia de lo que ocurrió en la sentencia de 20 de mayo de 1974, en que el recurrente alegó la prevalencia

(\*) Actualmente, la cuestión está resuelta para las fincas que se coordinen con el Catastro Topográfico Parcelario, por el Real Decreto de 3 de mayo de 1980, en cuya norma 9.ª, párrafo c), se aplica el artículo 38 de la Ley Hipotecaria a los datos descriptivos. El problema sigue en pie respecto a las fincas no coordinadas.

de la superficie inscrita frente a la medición realizada por el perito, al no aceptar que «lo medido» por éste fuese lo que «realmente debió ser medido», en el presente recurso no hay oposición real a la medición del perito, ya que no se dice que esté mal hecha, sino que debía haberse atendido a una «superficie natural» y no «planimétrica», y no se pone en duda la delimitación del «objeto medido». Por tanto, lo que le preocupaba al recurrente del presente caso era la consecuencia procesal del artículo 38, párrafo segundo, pues alegaba que no se había decidido en la sentencia recurrida acerca de la nulidad o cancelación del asiento registral, no obstante haberse promovido una acción contradictoria del dominio inscrito.

Teniendo en cuenta esta posición del recurrente, es acertada la conclusión final de esta sentencia, pues lo que criticamos, como en tantas otras ocasiones, es la forma de expresarse, no la solución adoptada.

Insistiendo en la forma de expresión del «considerando», hubiéramos aceptado, por todo lo dicho, una redacción del mismo, que más o menos hubiera sido así: «Considerando que no puede merecer mejor suerte el motivo segundo, que alega la violación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, ya que aunque la inscripción registral asegura con el carácter de presunción *iuris tantum* los detalles físicos de la finca, incluida la superficie, como ya señaló esta Sala en sentencias de 21 de marzo de 1953 y 20 de mayo de 1974, sin embargo, en este caso ha quedado firme en casación la declaración de hecho de la Sala sentenciadora de que la superficie real de la finca retraída es de 9.965 metros cuadrados, frente a los 10.030 que constan en el Registro, sin que el recurrente haya planteado ninguna duda respecto a la identidad del objeto medido; y además, el párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, que se refiere a una consecuencia procesal del principio de legitimación registral, no es aplicable a las rectificaciones descriptivas que, como la presente, no desvirtúan la identidad de la finca inscrita, pues no cabe hablar de nulidad o cancelación del asiento en tal supuesto, sino de rectificación de medida superficial que cabe *a posteriori*, conforme al párrafo segundo del artículo 51, regla 4.ª, del Reglamento Hipotecario».

Pero como el Tribunal Supremo no se ha pronunciado en estos términos ni ha razonado la escueta afirmación rutinaria del «considerando» penúltimo, preferimos la doctrina que resulta de la otra línea jurisprudencial señalada.

J. M. G. G.

**DONACION: REQUISITOS. FALTA DE «ANIMUS DONANDI». DONACION CON CAUSA ILICITA. CONEXION DE NEGOCIOS JURIDICOS A EFECTOS INTERPRETATIVOS: RELACION ENTRE DONACION Y APODERAMIENTO IRREVOCABLE DE LOS DONATARIOS AL DONANTE. CONCEPTO DE CAUSA DEL NEGOCIO: AUNQUE TIENE UN SENTIDO OBJETIVO, LOS MOVILES SUBJETIVOS INFLUYEN CUANDO DETERMINAN LA LICITUD O ILICITUD. NULIDAD DE DONACION CON RESERVA POR EL DONANTE DE FACULTADES SOBRE TODOS LOS BIENES DONADOS Y NO SOBRE ALGUNOS (SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1978).**

*Hechos.*—Los cónyuges don José Luis Fernández de Castillejo J. y doña Fuensanta Cerezo P. formulan demanda contra sus hijos alegando que la actora, doña Fuensanta, con ocasión de una crisis de su matrimonio, y te-

niendo poder de su esposo, había formalizado una escritura de donación a favor de los hijos de bienes parafernales de aquélla, en pleno dominio a favor de los hijos mayores y en nuda propiedad a favor de una menor, cuyo usufructo se concedía a los hermanos mayores hasta el fallecimiento de la madre; que los hijos mayores habían concedido poder irrevocable a la madre donante para que durante cuarenta años pudiese administrar y disponer de los bienes donados, y que respecto a la donación a la hija menor, ya se había reservado en la escritura la facultad de disponer. Los cónyuges se habían reconciliado e intentaron establecer contacto con sus hijos, respecto a la escritura de donación, pero nada consiguieron. Por ello suplican se dicte sentencia declarando la nulidad radical, por inexistencia, de la donación, así como de la escritura formalizada y de cuantos asientos se han practicado en el Registro de Carmona con base en dicha escritura, sin más límites que los derechos de terceros, conforme a la Ley Hipotecaria; y en defecto de lo anterior, se declare revocada la donación por incumplimiento de las condiciones impuestas por la donante de poder seguir disfrutando y disponiendo de los bienes donados.

La demandada menor de edad contestó hallándose representada por el defensor judicial nombrado al efecto. Los demás demandados se oponen alegando la firmeza de la donación ya realizada, formulando reconvención para que se les entregue la posesión de la finca donada.

El Juez de Primera Instancia de Córdoba número dos dictó sentencia estimando la demanda y declarando radicalmente nula por inexistencia la donación, sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla.

Los demandados interponen recurso de casación alegando incongruencia de la sentencia, pues la demanda pedía la nulidad de la donación por falta de causa o de *animus donandi*, y en lugar de ello, se declara la nulidad por entender que no constituía verdadera enajenación y por perseguir fin ilícito o inmorale; interpretación errónea del artículo 618 del Código Civil, pues el *animus donandi* es el mismo consentimiento contractual genérico, referido al específico contrato de donación, sin más, con independencia de los motivos internos que hayan podido mover al agente; interpretación errónea del artículo 639 del Código Civil, por partir de un literalismo del precepto, cuando en el fondo es igual que se haga reserva de la facultad de disponer de toda la suma donada que de una parte determinada de ella, pues si no se prestaría a que si la donación es de mil, se pudiera disponer de novecientos noventa y nueve; inaplicación de los artículos 1.281, 1.282 y 1.284 del Código Civil, pues la sentencia parte de que se trata de una donación con reserva de la facultad de disposición en favor de la donante por el mero hecho de existir un apoderamiento posterior hecho por dos de los donatarios, prescindiendo de lo que textualmente dice la escritura de donación, que alude a reserva de algunos bienes en la forma que determina el artículo 639 del Código; aplicación indebida del artículo 1.275 del Código Civil, por entender que la causa no es sólo el fin abstracto y permanente del contrato, sino la finalidad concreta incorporada al negocio como elemento determinante de la declaración de voluntad, y que la causa es ilícita por haber sido hecha en fraude de la facultad de administración del marido sobre los frutos de los bienes parafernales donados, y por interpretación errónea del artículo 1.305 del Código Civil en relación con el principio de Derecho *nemo propriam turpitudinem alegans auditur*, ya que la nulidad por

causa ilícita no puede favorecer a quien cometió la ilicitud, y si en este caso accionan ambos cónyuges debió distinguirse una y otra acción, para concluir que la acción de la donante no podía prosperar.

*Doctrina de la sentencia.*—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

a) *En cuanto a la alegación de incongruencia de la sentencia:* El motivo no puede ser estimado «porque la sentencia que se recurre, al confirmar totalmente la dictada en primer grado—salvo en lo referente a la condena en costas—, estima en su integridad la demanda interpuesta, y es conocida por lo reiterada la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, que niega la posibilidad de incongruencia respecto de las resoluciones absolutorias o estimatorias de la pretensión actora; pero además, porque no aparece cambiada, como se dice, la acción que se ejercitó, que fue la de nulidad radical por inexistencia de la mentada donación, que es justo la concedida, y sin que tampoco pueda afirmarse que se cambió la causa o fundamento que respalde la nulidad, porque el Tribunal *a quo* estima que ésta se presenta por falta del *animus donandi*, que requiere el artículo 618, y por mediar una causa ilícita, entrando en juego los artículos 1.274 y 1.275, con lo que, sin duda, coincide con la fundamentación jurídica actora, a lo que añade y expresamente dice que lo hace *ex officio* por tratarse de una norma imperativa, la resultante de la infracción del artículo 639, sin que en ello pueda verse el cambio alegado ni pueda pensarse en la pretendida incongruencia».

b) *En cuanto a la conexión de negocios jurídicos de donación y apoderamiento, a efectos de interpretación de la donación:* La donación y el poder amplio y total de los donatarios a la donante, irrevocable por cuarenta años, para administrar y disponer de todos los bienes donados, son «actos jurídicos que en virtud de la conexión y complemento recíproco que ofrecen tienen que ser interpretados, en contra de lo sostenido por la parte recurrente, como un solo contrato, de acuerdo con la concorde doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, recogida, entre otras, en las sentencias de 21 de abril de 1951, 6 de febrero de 1954, 11 de junio de 1957 y 27 de abril de 1961, a tenor de las cuales cuando entre las partes han mediado varios negocios jurídicos relacionados recíprocamente, deberán tomarse en cuenta todos para fijar su sentido y alcance, puesto que vienen a significar los unos respecto de los otros, los actos coetáneos y posteriores, a que se refiere el artículo 1.282 del Código, en lo que se basa la sentencia recurrida, con interpretación que debe prevalecer frente a la privativa e interesada del recurrente, pues lejos de ser absurda, ilógica o contradictoria, es perfectamente ajustada a Derecho, siendo consiguientemente obligada la desestimación del motivo de referencia».

c) *En cuanto al «animus donandi» característico de la donación y a la interpretación del artículo 639 del Código Civil:* «Considerando que de acuerdo con cuanto antecede resulta que la llamada donación no tiene de tal sino el nombre, puesto que la donante no hizo otra cosa que desprenderse de la titularidad formal de los bienes que dijo donar, ya que conservaba no sólo el disfrute de los mismos, sino que también la administración y disposición durante el plazo de cuarenta años, que teniendo presente

su edad—setenta años—significa que lo era de por vida y que la dicha donación sólo después de la muerte de aquélla podría ser efectiva, conclusión ésta que no se desvirtúa por la circunstancia de que al producirse la reconciliación de los padres de los actuales recurrentes en septiembre del mismo año 1973, éstos el día 23 de dicho mes revocasen el poder concedido a la donante, pues en virtud de la conexión y unidad de los dos actos del 27 de julio implicaba tanto como dejar sin efecto jurídico el primero, es decir, el aparentemente aislado de donación; todo lo cual pone de relieve que lo realizado choca con el contenido del artículo 618 del Código, que considera al contrato donatorio como una figura especial de la forma genérica del ‘acto de liberalidad’, en el que ésta es primordial para todos los tipos de la misma, a la que es preciso añadir, para puntualizar su concepto, las notas contractuales de gratuidad y de disposición, ninguna de las cuales puede estimarse concurrente en el presente caso, demostrativo de que la donante no tuvo nunca en verdad el indispensable *animus donandi* propiamente dicho, sencillamente porque lo que quiso y ésa fue su voluntad, no fue realizar un auténtico contrato de donación, índice todo ello de que la sentencia recurrida aplicó correctamente aquella interpretación ajustándose al mandato legal, siendo obligada, en su virtud, la desestimación del motivo segundo, en que se sostiene lo contrario, y asimismo del tercero, en que con el mismo amparo procesal del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, se aduce interpretación errónea del artículo 639 del Código Civil, pues a pesar del cuidado y documentado estudio que en él se lleva a cabo de la regla del Derecho francés, según la que *donner et retenir ne vaut*, empleada indudablemente por la sentencia recurrida *obiter dictum*, no se logra desvirtuar la interpretación de ésta de que el referido precepto permite sólo la reserva de ‘algunos’ de los bienes donados, y la incompatibilidad sustancial con la propia institución donataria de la reserva de ‘todos’ los bienes que fueron donados».

d) *En cuanto a los aspectos objetivo y subjetivo de la causa y en cuanto a la nulidad por ilicitud de la causa de la donación:* «Considerando que igual suerte adversa que los anteriores debe correr el motivo quinto..., combatiendo lo decidido por la sentencia recurrida en el sentido de que el contrato va contra lo dispuesto en los artículos 1.385, 1.401-3.º y 1.412 del Código Civil, lo que afecta a un doble orden de cuestiones respecto de ninguna de las cuales es susceptible de ser estimado: a) en primer lugar, la relativa al concepto de causa, porque si en principio y según lo establecido legalmente, tiene un sentido objetivo desconectado del móvil o finalidad particular de cada uno de los contratantes, al modo como se proclamó la doctrina jurisprudencial recogida, entre otras, en las sentencias de 12 de abril de 1946, 17 de enero de 1956, 5 de abril de 1960, 23 de noviembre de 1961, 27 de febrero de 1964 y 23 de diciembre de 1966, no es menos cierto, sin embargo, que la misma doctrina admitió la posibilidad de que aquellos móviles o fines privados pudieran llegar a tener trascendencia jurídica causal cuando son incorporados a la declaración de voluntad por ambos contratantes, constituyendo un determinante tanto de su licitud como de su ilicitud, según se dijo, entre otras, en las sentencias de 2 de abril de 1941, 12 de abril de 1944, 12 de abril de 1946, 24 de marzo de 1950, 29 de abril de 1951, 17 de marzo de 1956, 23 de noviembre de 1961, 23 de diciembre de 1966 y 8 de julio de 1977, y b) en segundo término, la referente al supuesto concreto que se examina, en el que se declaró probado

en instancia—y no fue desvirtuado en este trámite—que la finalidad concreta, ‘el propósito negocial de las partes litigantes, era el de sustraer de la sociedad legal de gananciales, los frutos de los bienes parafernales objeto de la donación, para que el marido no pudiera administrarlos’, lo que, sin duda, debe reputarse como una finalidad contraria a la ley, ajena a la idea de causa como simple liberalidad del contrato de donación».

«Considerando que en el sexto y último de los motivos, también por el cauce del número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento y como complemento del anterior, se alega interpretación errónea del artículo 1.305 del Código Civil en relación con el principio de Derecho según el que *nemo propiam turpitudinem alegans auditur*, sosteniendo que si la causa del contrato es ilícita, no puede ser aducida en su propio provecho por uno de los contratantes causantes de la misma, en este caso la donante, que en su día figuró como demandante y ahora como recurrida, lo cual constituye una cuestión nueva que no fue planteada en el momento procesal oportuno, que en este trámite incide en la causa de inadmisión quinta del artículo 1.729 de la Ley Procesal Civil, que ahora lo es de desestimación, que supone la del recurso en su totalidad.»

COMENTARIO.—Vamos a comentar por separado lo que la sentencia dice a propósito de la causa del negocio jurídico y la interpretación que da del artículo 639 del Código Civil, acerca de la reserva de la facultad de disponer por el donante sobre todos los bienes donados.

a) *La necesidad de diferenciar el negocio sin causa y el negocio con causa ilícita.*—Existe una gran confusión en la sentencia de la Audiencia entre el negocio sin causa y el negocio con causa ilícita, que la presente sentencia del Tribunal Supremo no ha denunciado, sino que, por el contrario, se ha hecho cómplice de la misma, en mayor o menor medida.

Ya se comprende, desde la perspectiva meramente lógica, que una cosa es la falta de un requisito del negocio, y otra distinta que dicho requisito adolezca de algún vicio.

Desde el punto de vista del Código Civil, nada obsta para establecer dicha diferenciación, el emparejamiento de ambos supuestos en el artículo 1.275, al decir que «los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno». La equiparación se produce únicamente respecto a la carencia de efectos de uno y otro, pues desde el punto de vista conceptual queda bien marcada la diferencia, al separarlos en cuanto a su definición. Efectivamente, el propio artículo 1.275 dice que «es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral». En cambio, respecto a los contratos sin causa nada dice porque no hace falta decirlo, ya que en el precedente artículo 1.274 del Código se señala el concepto de causa, al que lógicamente hay que acudir para saber si estamos o no ante un contrato o negocio sin causa.

Además, una vez destacada la carencia de efectos de uno y otro supuesto, de la interpretación sistemática del Código se desprende que existen algunas diferencias a propósito del tipo de ineficacia. No es que defendamos que el negocio con causa ilícita es anulable y no nulo, como necesariamente ha de serlo el negocio sin causa, pues sabido es que la doctrina más autorizada entiende que la causa ilícita del negocio determina la nulidad absoluta del mismo, dado lo dispuesto precisamente en el artículo 1.275 respecto a la no producción de ningún efecto. Pero no cabe duda de que



el negocio con causa ilícita está sujeto a la regulación de los artículos 1.305 y 1.306 del Código, referentes a la llamada regla *nemo auditur suam turpitudinem allegans*, que es totalmente extraña al supuesto de negocio sin causa, por lo que tratándose de ineficacia por ilicitud de la causa, la parte que hubiere procedido con culpa no podrá repetir contra la otra parte ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido.

Por todo ello, entendemos que la nulidad del negocio sin causa es la nulidad absoluta más bien consistente en inexistencia (para quien admita esta figura jurídica), como se desprende de la relación entre el número 3.º del artículo 1.261, cuando dice que «no hay contrato» si no concurre la causa, y el 1.275, ya citado, referente a la no producción de ningún efecto por parte del negocio sin causa. En cambio, la nulidad derivada de la causa ilícita, aunque es nulidad absoluta y no anulabilidad, sin embargo, tiene la especialidad de que no puede ser alegada por el que produjo con culpa la causa torpe, lo cual permitirá en tal caso que el negocio surta sus efectos, a pesar de la regla del artículo 1.275, pues ésta ha de ser interpretada en relación con las terminantes normas específicas de los artículos 1.305 y 1.306, que recogen la repetida regla *nemo auditur*.

Esta es, por otro lado, la posición de la doctrina más autorizada. Así, FEDERICO DE CASTRO separa en dos capítulos distintos «los negocios sin causa» y «los vicios de la causa». Respecto a los primeros, señala que «el negocio que carece del requisito esencial de una causa jurídicamente suficiente no es negocio jurídico, y por ello se considera la falta de causa como uno de los supuestos de la inexistencia negocial. No sirve entonces de título para una relación negocial, y con la declaración de falta de causa quedan sin base los derechos y obligaciones que comprenda o que de ella se deriven. Existen unos actos y ellos tendrán otras posibles consecuencias (extrane-gociales)» (1).

En cuanto a la ineficacia por causa ilícita, si bien «se habrán de aplicar las reglas propias de la ineficacia por nulidad» (entre ellas, la de declararse de oficio y la de no caducar la acción a los cuatro años), sin embargo, advierte que «la causa ilícita, debido a que supone una conducta culpable (de una o de ambas partes), acarrea una sanción complementaria: la de que ninguna de las partes (de las culpables) tiene acción frente a la otra y que no puede reclamar lo que hubiera entregado ni pedir el cumplimiento de lo que hubiera prometido por el contrato (arts. 1.305, 1.306). Recogiéndose así—termina DE CASTRO—la regla *nemo auditur suam turpitudinem allegans*» (2).

Dicho todo esto, pasemos a comprobar la confusión padecida—a nuestro entender—en este caso entre negocio sin causa y negocio con causa ilícita en la sentencia que estamos comentando.

Por un lado, en uno de los «considerandos» aparece la idea de «negocio sin causa», y concretamente cuando la sentencia dice que el donante «no tuvo nunca en verdad el indispensable *animus donandi* propiamente dicho, sencillamente porque lo que quiso y fue su voluntad no fue realizar un auténtico contrato de donación». Y un poco antes: «la llamada donación no tiene de tal sino el nombre, puesto que la donante no hizo otra cosa que desprenderse de la titularidad formal de los bienes que dijo donar, ya que conservaba no sólo el disfrute de los mismos, sino que también la administración y disposición durante el plazo de cuarenta años». En estos

(1) CASTRO Y BRAVO: *El negocio jurídico*, 1967, pág. 239.

(2) *Ob. cit.*, pág. 249.

párrafos nosotros leemos «negocio sin causa», si bien en uno de ellos, en el primero, se examina la falta de causa a través de cierto subjetivismo («lo que quiso» la donante), mientras que en el segundo se atiende a la concepción objetiva («la donante no hizo otra cosa que desprenderse de la titularidad formal de los bienes»). Pero en cualquier caso, la ineficacia se contempla en estos pasajes bajo la perspectiva del negocio sin causa y no de la ilicitud de la causa.

Pero la sorpresa surge cuando en el «considerando» siguiente, en el penúltimo, se leen referencias a la «causa ilícita» del negocio, que para nada tendrían que aparecer, pues falta de causa y causa ilícita son términos lógicamente inconciliables. Así ocurre cuando después de aludir al sentido objetivo que en principio tiene el concepto de causa, desconectado del móvil o fin particular de cada uno de los contratantes, se añade que «no es menos cierto, sin embargo, que la misma doctrina jurisprudencial admitió la posibilidad de que aquellos móviles o fines privados pudieran llegar a tener trascendencia jurídica causal cuando son incorporados a la declaración de voluntad por ambos contratantes, constituyendo un determinante tanto de su licitud como de su ilicitud». Adviértase que esta doctrina jurisprudencial que hace entrar el elemento subjetivo en el concepto objetivo de causa, lo hace en los supuestos de «causa ilícita», que debe diferenciarse, lo decimos una vez más, de los supuestos de falta de causa. Y al final del «considerando» aparece la puntilla: «en el supuesto concreto que se examina, se declaró probado en instancia—y no fue desvirtuado en este trámite—que la finalidad concreta, ‘el propósito negocial de las partes litigantes, era el de sustraer de la sociedad legal de gananciales los frutos de los bienes parafernales objeto de la donación para que el marido no pudiera administrarlos’, lo que, sin duda, debe reputarse como una finalidad contraria a la ley, ajena a la idea de causa como simple liberalidad del contrato de donación». Y decimos que es la «puntilla» en un doble sentido: la puntilla del sambenito de causa ilícita que se quiere atribuir a ese propósito negocial diciendo que se trata de una «finalidad contraria a la ley», lo que revela cierto exceso de imaginación, pues del examen del Código no resulta que se haya contrariado ninguna ley en tal supuesto, y la puntilla de la confusión padecida entre negocio sin causa y negocio con causa ilícita, cuando en un mismo párrafo se habla de «finalidad contraria a la ley» (determinante de causa ilícita, según el art. 1.275, inciso último) y de que ello es ajeno a «la idea de causa como simple liberalidad del contrato de donación» (declaración aplicable a la donación carente de causa, dado lo dispuesto en los arts. 1.274 y 1.275).

La repetida confusión de la sentencia aparece también claramente en el primer «considerando», en el que el Tribunal Supremo quiere salvar a toda costa la «congruencia» de la sentencia recurrida. En él se lee que por lo visto se puede conciliar la «falta del *animus donandi*, típica de la nulidad radical por inexistencia que la parte actora ejercita, con la idea de ‘causa ilícita’». Se podía haber salvado la incongruencia diciendo que la «causa ilícita» puede ser advertida «de oficio» por el Tribunal, sin haber sido alegada, pero mal se puede decir que la idea de causa ilícita «coincide con la fundamentación jurídica actora», como se añade en el «considerando», pues la parte actora ya tuvo la precaución de no aludir a la «causa ilícita»—por lo menos así hemos interpretado los «resultandos» de esta sentencia—, ya que si lo hubiera hecho, hubiera incurrido en el supuesto del artículo 1.306 del Código Civil, es decir, en la regla *nemo auditur*.

Y como justo castigo de la confusión padecida a propósito de la «causa ilícita» ahí está el callejón sin salida del último «considerando», cuando el Tribunal Supremo expone la alegación del recurrente relativa a la regla *nemo auditur* y no tiene otra contestación que la de decir que se trata de «una cuestión nueva» que no fue planteada en el momento procesal oportuno. En primer lugar, tenemos que decir que si la parte actora no planteó el problema de la causa ilícita, mal podía plantearlo la parte demandada. Y que si fue la sentencia la que enfocó la cuestión a través de la causa ilícita y se dice que no hay incongruencia, tampoco debería ser cuestión nueva desechable la alegación de interpretación errónea del artículo 1.305. Además, en el supuesto de que se defendiera la idea de que la «causa ilícita» puede detectarse «de oficio», habría que admitir en casación la alegación de la regla *nemo auditur*, en justa compensación. En definitiva, nos parece que la aplicación de esta regla, derivada de los artículos 1.305 y 1.306, es de toda evidencia en los supuestos de causa ilícita, y que por ello la disculpa de esta sentencia de no querer entrar en el asunto diciendo que es cuestión nueva, nos parece sintomática del callejón sin salida en que se ha metido la sentencia al defender la existencia de «causa ilícita» y no querer ver las consecuencias de los artículos 1.305 y 1.306 del Código.

Nos interesa insistir en el tema de la «finalidad contraria a ley» del propósito negocial buscado por la donante, que el Tribunal Supremo señala como algo evidente, cuando hemos dicho que ninguna contrariedad con la ley vemos en casos como éste. Podría suceder en el futuro que se plantease otro caso en que el donante no se hubiere limitado a transmitir una mera titularidad formal carente de contenido, sino que hubiera realizado una transmisión efectiva con verdadero *animus donandi*—lo que aquí no sucedió por la inexistencia de causa ya señalada—, pero que se tratase de un caso en que el móvil del donante al realizar la transmisión gratuita de sus bienes privativos consistiera en evitar que el otro cónyuge, con el que no se llevaba bien, siguiera percibiendo como gananciales los frutos de esos bienes privativos y que incluso los administrase. Pues bien, si se aplicara la doctrina de esta sentencia estaríamos ante una donación que en tal caso sería efectiva, por existir *animus donandi* y traspaso de titularidad real, y, sin embargo, se tacharía de «ilícita», por entenderse que va contra el párrafo primero del artículo 1.385 del Código Civil, que dice lo siguiente: «Los frutos de los bienes parafernales forman parte del haber de la sociedad conyugal y están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio». Pero como no estamos de acuerdo con esta interpretación trataremos de rebatir la doctrina que resulta de esta sentencia. No hay rastro en la ley de ninguna prohibición de disponer que se imponga a los cónyuges de sus bienes privativos. Además, el artículo 1.385 se refiere a los «frutos de los bienes parafernales», no a expectativas futuras de frutos respecto a bienes que dejan de ser parafernales desde el momento mismo en que salen del patrimonio del cónyuge donante o transmitente. En cualquier caso, se trataría de un control «cuasipolicíaco» sobre los móviles de la conciencia individual en casos en que ni la moral, que es la que principalmente contempla los móviles, considera rechazables. Por todo ello entendemos que la interpretación de la presente sentencia supone una errónea deducción del texto del artículo 1.385 del Código, en la que no se puede caer dos veces, pues produciría graves consecuencias, del estilo de las que hemos expuesto.

Hubiera bastado, para llegar a las mismas conclusiones, que el Tribunal

Supremo se hubiera limitado a señalar la inexistencia o nulidad de la donación por falta de causa, sin aludir para nada a móviles ilícitos o contrarios a la ley. Incluso podía haber indicado que la teoría de los móviles subjetivos puede aplicarse no sólo para detectar si la causa es ilícita o no, sino también para detectar que no existe causa del negocio realizado, comprobando que el móvil o propósito negocial era ajeno a la idea de liberalidad y que ésta tampoco se produjo de modo objetivo y efectivo. Pero en lugar de decir esto, que hubiéramos considerado admisible, incide en la repetida confusión entre la falta de causa y la ilicitud de la misma, y encima denuncia una imaginaria finalidad contraria a la ley, que por ningún lado vemos.

En definitiva, tenía que haberse casado la sentencia de la Audiencia en todo aquello en que se refiere a la ilicitud de la causa, y tenía que haberse mantenido en todo aquello en que se refería a la inexistencia de causa.

b) *La donación con reserva a favor del donante de la facultad de disponer de todos los bienes donados.*—Que nosotros sepamos, es la primera vez que se plantea esta cuestión ante el Tribunal Supremo, resolviéndolo éste de modo terminante en el sentido de que tal donación es nula por aplicación de lo dispuesto en el artículo 639 del Código Civil.

Como se trata de una sola sentencia, entendemos que no puede vincular como doctrina legal, y sin perjuicio de reconocer el fundamento de la solución dada por el Tribunal Supremo, conviene meditar detenidamente sobre las posibles interpretaciones del artículo 639, pues la nulidad de la donación con la llamada «reserva total» de la facultad de disponer no acaba de ser convincente.

Por un lado, la sentencia parece reconocer que la regla *donner et retenir ne vaut*, del Derecho francés, no es aplicable al Derecho español, pues a propósito de la argumentación del recurrente en tal sentido, el Tribunal Supremo advierte que dicha regla fue indudablemente empleada por la sentencia recurrida *obiter dictum*, con lo cual, aunque no entra en el fondo, no cabe duda de que el Tribunal Supremo descarta la aplicación de tal regla en el Derecho español, ya que en otro caso hubiera intentado apoyarse en la misma para fundar la nulidad de la reserva total de la facultad de disponer a favor del donante.

El Tribunal Supremo se basa escuetamente en estos dos argumentos: 1.º El artículo 639 sólo permite la reserva de «algunos» de los bienes donados. 2.º La reserva de «todos» los bienes donados supone una incompatibilidad sustancial con la propia institución donataria. Con esto último parece que se vuelve a la regla «donar y retener».

La sentencia utiliza los mismos argumentos que MUCIUS SCAEVOLA, ya que este autor, en el comentario al artículo 639, también descartó la validez de la donación con reserva total, basándose en que el precepto se refiere a la reserva de «algunos de los bienes donados», no de todos, y en que «si la reserva abarcase la totalidad, entonces no habría contrato transmisivo y, por ende, no habría donación».

Pero ha llovido mucho desde que escribió MUCIUS SCAEVOLA, pues la doctrina española ha tenido ocasión desde entonces de someter tal interpretación a duras pruebas, aunque al final se haya dejado vencer por la misma en la mayor parte de los casos.

En el *Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada* de 1961, número 124 (citado por RODRÍGUEZ ADRADOS), se sigue la solución contraria:

«Es lícita y permitida en el Código Civil (la reserva total), si bien el artículo 639 habla solamente de ‘algunos de los bienes donados’, pero la interpretación usual y corriente permite al donante reservarse todo lo donado. La extraña fórmula del Código Civil fue copiada del Código Civil francés, donde ‘no es lícito donar y retener’» (3).

Aquí se alude a una práctica usual y corriente, que efectivamente yo mismo he podido detectar en ciertos lugares. Pero no se nos dicen los argumentos en favor de esa práctica, sino que, al contrario, se exponen las razones que podrían desvirtuarla, como sucede con la referencia al término «algunos» del artículo 639.

Actualmente hemos leído en LACRUZ lo siguiente: «Aunque el precepto (artículo 639) no contempla la reserva relativa a todos los bienes donados, cabe defender su posibilidad al amparo del artículo 1.255 del Código Civil; en todo caso, el contrato es útil al donatario, quien retiene las cosas con sus frutos hasta que se resuelve» (4). Si bien esta última explicación es interesante, lo que no convence es la solución del problema a través del consabido artículo 1.255, pues éste prohíbe los pactos que sean contrarios a la ley, y si la doctrina rechaza la reserva total acudiendo *a contrario sensu* al término «algunos» del artículo 639, hay que tratar de solucionar la cuestión dentro del artículo 639, pues en otro caso, el artículo 1.255 nos podría llevar de nuevo a la prohibición de reserva total en lugar de a su permisión.

IRURZUN, aunque reconoce que la reserva total no es admisible, dado lo dispuesto en el artículo 639, sin embargo, ayuda a pensar en lo ilógico del resultado de admitir la validez de la reserva parcial y no de la total, si bien se lo plantea al contrario de lo que nosotros pretendemos, preguntándose por qué lo que es cierto respecto del todo—la imposibilidad legal de reserva de la facultad de disponer de la totalidad de los bienes donados—, no lo es respecto de la parte, la reservada como de facultad de disposición por el donante, porque en ambos supuestos se da la contradicción de donar y no donar, puesto que falta la definitiva voluntad de donar. Naturalmente, no podemos acudir a IRURZUN para nuestro propósito, pues bien claramente destaca la imposibilidad legal de la reserva total. Pero se reconocerá que es significativa su pregunta, con contestación en principio ilógica, de que cabe la reserva parcial y no la total. De todas sus cavilaciones, al menos saca la conclusión interesante de que en el supuesto del artículo 639 no hay donación dispositiva con efectos actuales en cuanto a los bienes objeto de reserva. (Véase reseña en *Anuario de Derecho Civil*, 1967, IV, pág. 873.)

RODRÍGUEZ ADRADOS estudia ampliamente la regla francesa «donar y retener no vale», destacando que no ha sido recibida por el Código Civil español. Por otro lado, rechaza el argumento literal del «algunos», pues al tener su precedente el artículo 639 en los Códigos francés e italiano de 1865, en cuanto a su redacción, y siendo indiferente en estos Códigos la reserva total o parcial, por ser nula la donación en ambos supuestos, no cabe deducir ninguna conclusión al estar trasplantada la expresión a un sistema distinto. También rechaza el argumento que podría utilizarse contra la reserva total, consistente en una irrevocabilidad especial de las donaciones, «que

(3) ANTONIO RODRÍGUEZ ADRADOS: «Donación con reserva de la facultad de disponer» (conferencia de 1966), en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XVI, 1968, pág. 456, donde cita también a MUCIUS SCAEVOLE.

(4) LACRUZ: *Elementos de Derecho Civil*, II: *Derecho de Obligaciones*, vol. 3.º, 1979, pág. 64.

entre nosotros nunca ha existido». Estudia ampliamente la cuestión en el Derecho italiano, citando las posiciones contrapuestas de BALBI, TORRENTE y BIONDI, y al final se inclina por la solución dada por este último, partiendo de que «el artículo 639 amplía la autonomía de la voluntad de los particulares, sin que pueda extenderse más allá de sus límites; como bien dice BIONDI—añade—, de la admisión de la reserva parcial no puede deducirse la admisibilidad de la total» (5).

En mi opinión, RODRÍGUEZ ADRADOS no acaba de ser muy concluyente, pues rechaza el argumento literal del «algunos» por el acertadísimo escrúpulo histórico que comparto, pero entonces desaparece todo apoyo para decir que el artículo 639 sólo admite la reserva parcial, por lo que mal puede hacerse tal deducción del texto una vez suprimido el único obstáculo (el «algunos») para la admisión de la reserva total. Aparte de que la afirmación de que la admisión de la reserva parcial no implica la admisión de la reserva total es argumento meramente defensivo, no positivo, y en todo caso sería argumento reversible si lo planteamos al estilo de la pregunta que hemos visto se hacía IRURZUN.

Nosotros creemos que esta sentencia, al igual que la doctrina a la que sigue, se queda en la superficie del artículo 639 y no llega al verdadero fondo del mismo. En lugar de centrarse tanto en la primera parte del mismo, debería hacerse más hincapié en la última parte, que es la clave del precepto si atendemos a sus precedentes y a su razón de ser.

Lo que pretende—por lo menos de modo primario—el artículo 639 no es ampliar la autonomía de la voluntad permitiendo la reserva parcial de la facultad de disponer ni tampoco prohibir la reserva total, sino resolver cuál es el destino de los bienes reservados si el donante fallece sin haber dispuesto de ellos.

En el Código Civil francés y en el italiano de 1865, se da la solución de que los bienes pasan a los «herederos del donante», basándose en que «donar y retener no vale». Y esto es—lo decía ya acertadamente RODRÍGUEZ ADRADOS—tanto si la reserva es total como si es parcial. Es indiferente que se reserve el donante todos los bienes o parte de ellos. En todo caso, los bienes de los que el donante no dispuso en vida pasan a los herederos del mismo y no al donatario. Es más, desde el punto de vista literal, el «algunos» tampoco aparece propiamente en dichos Códigos, pues en el francés (artículo 946) se lee: «réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation, ou d'une somme fixé les biens donnés», y en el italiano de 1865 (artículo 1.069) se lee: «riservata la facoltà di disporre di qualche oggetto compreso nella donazione, o di una determinata somma sui beni donati». El sentido del «un» y «qualche» es indefinido, no partitivo. Por tanto, no interesa la cuestión de la parte y del todo, sino la reserva de «cualquier bien», prescindiendo de si es uno, varios o todos.

Y si se dice que estos textos han servido de precedente al artículo 639, deberían tenerse muy en cuenta estas observaciones.

Ahora pasemos a la solución del Código Civil español, que se refleja en el último párrafo del artículo 639: «si muere (el donante) sin haber hecho uso de este derecho, pertenecerán al donatario los bienes o la cantidad que se hubiese reservado». La solución es contraria a la de los Códigos que acabamos de citar. Pero si es contraria, y todos lo reconocen, contraria ha de ser la solución tratándose también de reserva total. En otro caso, resul-

(5) *Ob. cit.*, págs. 427 y ss., y 456 a 458.

taría que en caso de reserva total, los bienes al fallecer el donante pasarían a su heredero y no al donatario, contra la regulación del artículo 639. Ya sé que se podría decir que el artículo 639 sólo prevé el paso de los bienes al donatario en el supuesto de reserva parcial. Pero lo que trato de decir es que, prescindiendo del «algunos» de la primera parte del precepto, la distinción que hace la doctrina entre reserva total y parcial no es lógica, desde la perspectiva final del artículo 639. Insistimos en que si se dijese que en el supuesto de reserva total, los bienes que existan al fallecer el donante pasan a sus herederos, eso sería seguir la normativa de los Códigos francés e italiano de 1865 en ese aspecto, lo que la doctrina no pretende e incluso descarta, al rechazar categóricamente la regla «donar y retener no vale».

En definitiva, nosotros no comprendemos qué diferencia puede haber entre reserva total y parcial, si en lugar de centrarnos en la cuestión de la esencia transmisiva de la institución donatoria, sobre la que también habría mucho que hablar, nos centramos en el triángulo de las relaciones entre «donante», «donatarios» y «herederos del donante».

Respecto a la literalidad del artículo 639, en su primera parte, aunque el término «algunos de los bienes» causa efectivamente una gran impresión y puede hacer tambalear la propuesta alternativa que acabamos de exponer, ya se comprende que cabe salir del laberinto terminológico de varias maneras.

En primer lugar, recordemos los precedentes francés e italiano, no ya respecto a la cuestión de fondo, en que son contrarios al sistema español, sino en la cuestión de redacción o de forma, en que se ha dicho que el legislador español los ha tenido en cuenta. Pues bien, el *qualche oggetto* del italiano es lo suficientemente concluyente para que se pueda intentar trasladar la fórmula equivalente al artículo 639. De modo que aunque el «algunos de los bienes» es *gramaticalmente* partitivo, *comparativa*, *histórica* y *jurídicamente* podría ser indefinido («cualquiera de los bienes»). Sobre todo teniendo en cuenta que el legislador tenía otra palabra más terminante si hubiera querido darle ese sentido partitivo, como era la misma que acababa de utilizar poco antes en el artículo 634, a saber, la de «parte de los bienes».

Compárese también la primera posibilidad de «reserva», la de los bienes, con la segunda posibilidad del artículo 639, la de «reserva de alguna cantidad con cargo a ellos». Aquí sí que es claro que el «alguna cantidad» es indefinido y no partitivo, pues no se dice «con cargo a parte de los bienes» ni «con cargo a algunos de los bienes», sino que «ellos» son los bienes donados, dada la contraposición entre el «algunos de los bienes» y «alguna cantidad». Pues bien, si en la reserva de cantidad no existe límite, ¿por qué va a haberlo en la reserva de bienes? Piénsese, además, que la doctrina interpreta acertadamente que esa reserva de alguna cantidad con cargo a los bienes implica la posibilidad de reserva de la facultad de hipotecarlos. Y si en la reserva de la facultad de hipotecar no hay límite, y ésta puede implicar reserva de la facultad de disponer, no se ve por qué iba a limitarse lo que el precepto permite de modo indirecto.

En último término, quedan en pie algunas objeciones del autor italiano TORRENTE, que ha admitido decididamente para el actual Derecho italiano la posibilidad de la reserva total y en el que se apoya el recurrente. Dice TORRENTE que «la lógica debería conducir o a permitir indiscriminadamente la reserva o a proscribirla del todo». O ella es contraria a la esencia de la

donación o no es contraria: *tertium non datur*; la solución contraria conduciría a una completa incertidumbre en la determinación de los límites entre validez e invalidez, y «en el fondo es remitido a la voluntad de las partes el respetarla en la sustancia y en la realidad o nada más que en la apariencia, por ejemplo, reservándose 999 en una donación de 1.000» (6).

Aunque RODRÍGUEZ ADRADOS, siguiendo a BRONDI, contesta a este último ejemplo de la «reserva casi total» diciendo que estaríamos sencillamente ante un fraude a la ley, y señala que la «indeterminación de límites entre validez y nulidad tampoco es argumento, pues lo mismo sucede en tantas instituciones jurídicas que barajan criterios cuantitativos», no cabe duda de que si lo que se discute, a efectos interpretativos, es si en el artículo 639 debe o no hacerse la distinción cuantitativa, la indeterminación de límites entre validez y nulidad es un argumento lógico para demostrar en este caso, en que faltan los límites en el precepto objeto de estudio, lo absurdo de ser nula la donación con reserva del 100 por 100, o del 99 por 100 o tantos por cientos próximos al 100 por 100 (atendiendo al argumento de ese hipotético fraude), y no serlo, por ejemplo, la del 90 por 100 o la del 80 por 100. Y que no se diga que «la parte no afectada por la reserva parece que ha de tener una entidad suficiente para ofrecer un interés para el donatario, que de otra manera no habría aceptado» (RODRÍGUEZ ADRADOS) (7), pues ya hemos visto el acierto de LACRUZ al señalar el interés del donatario en todo caso, máxime si se contempla—y lo decimos una vez más—la contraposición de intereses entre «herederos del donante» y «donatario» en el momento de la muerte del donante.

Para los que siguen la viabilidad única de la reserva parcial sería más lógico admitir la interpretación de BALBI, que señala el límite de la validez en la mitad de los bienes donados, si no fuera porque esta limitación no aparece en Derecho positivo, lo que es bien sintomático si se compara el supuesto con esos otros en que aparecen límites cuantitativos, a los que quería referirse RODRÍGUEZ ADRADOS. Sintomático de que al legislador no le ha preocupado en realidad el problema del límite cuantitativo, pues si no lo habría fijado con más precisión.

Por último, aun para quienes no admitan la propuesta de interpretación que hemos dado, al menos se reconocerá que cuando el usufructo se ha transmitido y el donante no se reserva éste, sino sólo la facultad de disponer, no hay base para decir que no ha habido transmisión de bienes al donatario. Incluso cuando hay reserva de usufructo y facultad de disponer, cabría decir que hay transmisión de bienes sujeta a posible resolución.

En cualquier caso, tampoco pretendo mantener de modo definitivo esa posición contraria a la de esta sentencia, sino destacar que la cuestión es lo suficientemente problemática para que quede la puerta abierta a un distinto planteamiento, antes que se produzca una jurisprudencia reiterada en un determinado sentido.

J. M. G. G.

(6) Citado por RODRÍGUEZ ADRADOS: *Ob. cit.*, pág. 457.

(7) *Ob. cit.*, pág. 459.



*ACCION CONTRADICTORIA DEL DOMINIO INSCRITO: PARRAFO 2.º DEL ARTICULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA. TIENE TAL CARACTER LA ACCION DECLARATIVA DE PROPIEDAD. NO ES, EN CAMBIO, ACCION CONTRADICTORIA LA ACCION DE CONDENA A LOS TITULARES REGISTRALES AL CUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE APORTACION DEL INMUEBLE INSCRITO. REFERENCIA AL PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1978).*

*Hechos.*—La entidad «Frip, S. L.», formuló demanda contra don Luis de Felipe M. y don José Rodríguez L., alegando que «Campsa» se había dirigido a la entidad actora advirtiéndole que no habiéndose acreditado la inscripción en el Registro de la Propiedad de los terrenos donde radica la Estación de Servicio, se concedía un plazo de seis meses para la regularización de dicha anomalía; y como los terrenos no estaban aún inscritos a nombre de la parte actora y los demandados no querían reconocer la propiedad a favor de aquélla, suplicaba se dictara sentencia en la que se declare: 1.º Que «Frip, S. L.», es titular propietaria de la parcela de terreno que adquirieron los socios en proindiviso en escritura pública otorgada el 14 de julio de 1960. 2.º Que dicha parcela de terreno, en parte, constituye la denominada «zona de reversión al Estado» de la Estación de Servicio que la Delegación del Gobierno en «Campsa» autorizó a «Frip, S. L.», según petición deducida por los socios fundadores de la citada mercantil. 3.º Que la referida parcela forma parte del patrimonio social, al haber sido adquirida con parte del capital fundacional escriturado. 4.º Que se obligue a los demandados a estar y pasar por esta declaración y a otorgar cuantos documentos públicos sean necesarios para tal fin, y si se negaren, a verificarlo el Juzgado en fase de ejecución de sentencia.

Los demandados se oponen alegando, entre otras cosas, que se ejercita una acción contradictoria en relación a una finca inscrita en el Registro de la Propiedad a favor de cuatro personas, sin que se ejercite la acción de anulación y cancelación de aquella inscripción.

El Juez de Primera Instancia de Cervera de Pisuerga dictó sentencia estimando la demanda, sentencia que fue confirmada íntegramente por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid.

*Doctrina de la sentencia.*—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, declara haber lugar sólo en parte al recurso de casación interpuesto por los demandados, destacando los «considerandos» primero, séptimo, octavo, noveno y décimo:

«Considerando que en la demanda originadora de las actuaciones de las que deriva el presente recurso se ejercitan diferentes pretensiones de muy diversa índole, a saber: A) Que se declare que 'Frip, S. L.', es titular propietaria de la parcela litigiosa, adquirida en proindivisión por cuatro personas, lo cual integra en realidad una acción meramente declarativa, contradictoria del dominio que registralmente figura como de esas cuatro personas. B) Que se declare que esa parcela de terreno constituye la denominada 'zona de reversión del Estado', que también envuelve el ejercicio de una acción meramente declarativa, pues su éxito no impone a los de-

mandados la realización de ninguna actividad determinada. C) Que la tal parcela, por tanto, forma parte del patrimonio social al haber sido adquirida con parte del capital fundacional escriturado, también meramente declarativo. D) Que se obligue a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración, petición de estilo que se continúa mentando en el suplico de las demandas por verdadera inercia, pues carece de significado específico. E) Que se obligue a los referidos demandados a otorgar cuantos documentos sean necesarios a fin de que sus cuotas-partes del dominio de aquella parcela sean transmitidas a la entidad demandante, en cumplimiento del pacto convenido y sin contraprestación alguna por parte de tal entidad, y si se negaren a ello, que lo verifique el Juzgado en fase de ejecución de sentencia, pretensión que envuelve el ejercicio de una acción de cumplimiento de contrato.»

«Considerando que en el tercer motivo del recurso, también formulado al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la referida ley, se denuncia la infracción, por violación, del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, que prohíbe ejercitar las acciones contradictorias del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente; en sentir de los recurrentes, se ejercita una acción contradictoria del dominio inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de unas personas individuales y, sin embargo, en la parte dispositiva de la sentencia, se llega a declarar que la finca que está inscrita a nombre de ellas pertenece a la Sociedad, sin que previamente o a la vez se hubiese declarado la nulidad o cancelación de las inscripciones correspondientes a aquellas personas particulares.»

«Considerando que efectivamente ese impedimento se establece en garantía del principio del tracto sucesivo registral y con el fin de que en el Registro no se produzcan asientos contradictorios, porque como todos están bajo la salvaguardia de los Tribunales sería imposible ampararlos cuando se contradicen entre sí.»

«Considerando que como la sentencia recurrida, en los cuatro primeros incisos de su parte dispositiva, formula unas declaraciones que contradicen unos asientos registrales que no han sido declarados nulos, resulta palmario que en esos particulares viola el precepto invocado y tiene que ser parcialmente casada.»

«Considerando que, en cambio, la petición verdaderamente fundamental de la demanda, encaminada a compeler judicialmente a los demandados a que otorguen los documentos que sean necesarios para que pueda realizarse la aportación a la Sociedad demandante de la finca litigiosa, en la forma que se había pactado entre los cuatro adquirentes de ella, constituye el simple ejercicio de una acción de condena dirigida a exigir el cumplimiento de un contrato, y no sólo no es contradictoria del dominio inscrito a favor de los demandados, sino que se basa precisamente en su reconocimiento y no exige, por consiguiente, la declaración de nulidad de ningún asiento registral; por tanto, la sentencia en el particular que condena a los demandados al cumplimiento de lo que habían convenido, no infringe el precepto invocado y tiene que ser mantenida.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo estima la demanda sólo en cuanto a la fundamental pretensión de condena, ya aludida.

**PRELACION DE CREDITOS. LA ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO SOLO TIENE PREFERENCIA RESPECTO A CREDITOS POSTERIORES, NO RESPECTO A CREDITOS REPRESENTADOS EN LETRAS DE VENCIMIENTO ANTERIOR AL EMBARGO, AUNQUE LA SENTENCIA DE REMATE SEA DE FECHA POSTERIOR. LA PREFERENCIA DEL CREDITO ESCRITURARIO VIENE DADA POR LA FECHA DEL DOCUMENTO, SIN TENER EN CUENTA OTROS RASGOS DEL MISMO** (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1978).

*Hechos.*—Doña Ana P. D. presentó demanda sobre tercería de mejor derecho contra la entidad «Seppic I...», embargante, y contra doña Concepción A. Fernández y don Rafael M. A., embargados, suplicando se dictara sentencia declarando: a) Que sobre los bienes muebles embargados por la tercerista y por la entidad «Seppic» tiene preferencia y mejor derecho aquélla, para con su producto, valor o precio ser reintegrada de su crédito con anterioridad al de la expresada Sociedad, ya que la sentencia de remate dictada en los autos de juicio ejecutivo que a su instancia se siguen en el Juzgado número 8 de Sevilla es de fecha anterior, y fue firme con anterioridad a la dictada en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos a instancia de «Seppic...» contra los mismos demandados; b) que igualmente la actora tercerista tiene preferencia y mejor derecho sobre la repetida Sociedad, para ser reintegrada de su crédito con el producto, valor o precio de la participación indivisa de doña Concepción A. Fernández sobre la casa que se describía y sobre la cuota de liquidación de ganancias que tuvo constituida con su marido, ya fallecido; c) que la tercerista tiene preferencia y mejor derecho que la expresada Sociedad sobre los derechos que le pertenecen al también demandado don Rafael M. A. en la sucesión de su fallecido padre y marido de doña Concepción, por las mismas razones.

La Sociedad demandada se opone a la demanda, negando que la tercerista tenga prelación en relación con los bienes que fueron objeto de embargo en los autos principales declarativos de mayor cuantía.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Sevilla dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha ciudad.

Doña Ana P. D., tercerista, formula recurso de casación por interpretación errónea del artículo 1.924, número 3, apartado B, y disposición *in fine*, del Código Civil, así como por violación de la doctrina legal del Tribunal Supremo, pues al estimar como título válido y eficaz anterior al embargo sólo la sentencia de remate, rechazando como título válido las letras de cambio vencidas, infringe dicha norma.

*Doctrina de la sentencia.*—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara haber lugar al recurso por lo siguiente, según la primera sentencia:

«Considerando que el número 3.º del artículo 1.924 del Código Civil atribuye preferencia a 'los créditos que sin privilegio especial consten: A) En escritura pública. B) Por sentencia firme si hubiesen sido objeto de litigio'; precisando a continuación que 'estos créditos tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias', casos en que la certeza del crédito parece *prima facie*

evidente, habida cuenta que la intervención del fedatario público en la primera hipótesis, y el procedimiento judicial en la segunda, garantizan la normal correspondencia entre la realidad documentada y la realidad jurídica.»

«Considerando que, por tanto, como declara la sentencia de 1 de marzo de 1978, no es el crédito en sí lo que concede el privilegio, sino la circunstancia de aparecer éste reflejado, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, en uno de estos documentos (escrituras, pólizas intervenidas por Agentes de Cambio y Bolsa o Corredor Colegiado de Comercio—según reiterada jurisprudencia de esta Sala—o sentencias), y concretamente si es quirografario, su preferencia, es decir, su mejor o peor rango frente a los créditos de la misma naturaleza (los que, sin privilegio especial, consten en documentos públicos o sentencias firmes), vendrá fijada con referencia a la fecha de los documentos en que respectivamente tengan aquéllos reflejo, sin que deban intervenir en la calificación jurídica del crédito, cuya naturaleza de preferente se discute, otros rasgos del mismo (exigible o no exigible, líquido o ilíquido, documentado en título ejecutivo o no ejecutivo), trascendentes para determinar diferentes efectos jurídicos de dicho crédito, pero no para dilucidar si puede ser considerado como escriturario.»

«Considerando que también es doctrina reiterada en numerosas sentencias que la anotación preventiva de embargo no da al acreedor que la obtiene preferencia respecto de otros anteriores, ya que, como resultado de una providencia judicial dirigida únicamente a garantizar las consecuencias del juicio, no crea ni declara ningún derecho, función propia de la sentencia, que sería, en su caso, el verdadero título a estos efectos, ni altera la naturaleza de las obligaciones, ni mucho menos convierte en real o hipotecaria la acción que anteriormente no tenía este carácter, ni produce otros efectos que los de que el acreedor que la obtenga sea preferido en cuanto a los bienes anotados, solamente contra los acreedores que tengan contra el mismo deudor otro crédito contraído con posterioridad a la anotación—sentencias de 5 de junio de 1917, 5 de noviembre de 1927 y 20 de noviembre de 1928—, pues si hubiere que atenerse exclusivamente a la prioridad de acceso al Registro, en el caso de la anotación preventiva carecería de sentido la aclaración final del número 4 del artículo 1.923 del Código Civil, ya que el embargo como acto procesal, y su subsiguiente proyección registral, la anotación, nada prejuzga sobre la verdadera situación, identidad y eficacia de los créditos ni altera la naturaleza de las obligaciones, habiendo declarado la jurisprudencia que la anotación preventiva no constituye título traslativo ni produce efectos contra terceros cuyo derecho sea anterior a la anotación, aunque no hayan sido registrados antes (sentencias de 20 de enero de 1954, 18 de febrero de 1954, 12 de junio de 1970, 21 de febrero de 1975 y 8 de abril de 1976).»

«Considerando que la aplicación de la doctrina expuesta al caso de autos hace estimable el motivo primero del presente recurso, pues admitida por el Tribunal *a quo* que la existencia y crédito de la tercerista—reflejado en dos letras de cambio libradas en 1 de abril de 1970 y con fechas de vencimiento en 7 del mismo mes y año—es anterior a la fecha del embargo (8 de abril de 1970) llevado a término por 'Seppic...' contra los bienes de los deudores comunes, resulta incuestionable la total inoperancia de la precitada medida cautelar, que sólo puede surtir efecto contra los créditos contraídos con posterioridad a la misma y, en consecuen-

cia, no puede prevalecer frente a una sentencia de remate la otra que cubre el crédito de aquél.»

«Considerando que igual suerte estimatoria ha de correr el motivo segundo, porque con arreglo a reiterada jurisprudencia cualquier título será suficiente para enervar los efectos del embargo, con tal que se acredite de cualquier modo que existía y había vencido con anterioridad al mismo (sentencias de 25 de noviembre de 1926 y 24 de febrero de 1936); lo que no puede crearse es un título posterior que antes no existiera; pero sobre la base de su existencia se mejora de forma especial si deviene litigioso (sentencias de 27 de enero y 13 de junio de 1958), por lo que cuando la sentencia recurrida sólo estima como título válido y eficaz anterior al embargo la sentencia de remate, rechazando como tal las letras de cambio vencidas, infringe por interpretación errónea el artículo 1.924, número 3.º, apartado B), y disposición final, y por violación de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias anteriormente citadas, procediendo por todo lo expuesto la estimación íntegra del recurso.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo estima la demanda de la tercerista.

*CONCEPTO DE HELECHAL EN NAVARRA. EL TERCERO HIPOTECARIO DEL ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA EN CASO DE DOBLE INMATRICULACION: CRITERIOS DE SOLUCION. AL SER EL DERECHO DE HELECHAL COMPATIBLE CON EL DOMINIO INSCRITO A FAVOR DE UN AYUNTAMIENTO, NO CABE ALEGAR INFRACCION DEL ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA. REFERENCIA A LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS (SENTENCIA DE 31 DE OCTUBRE DE 1978).*

*Hechos.*—Don Benigno Manuel A. C., don Ceferino B. E., don Francisco A. E. y don José Ramón A. A. formulan demanda contra el Ayuntamiento de Goizueta, contra el Estado y contra la Diputación Foral de Navarra, alegando ser propietarios, respectivamente, de las fincas que aparecían descritas como «helechales», en las cuales existen unos árboles que el Ayuntamiento demandado había incluido en el lote subastado como si formaran parte del Monte de Utilidad Pública inscrito a favor del mismo. Por ello suplican se dicte sentencia declarando que los demandantes son propietarios de dichas fincas, condenándose además al Ayuntamiento de Goizueta a abonar a cada uno de aquéllos el importe de los árboles que crecen en sus respectivas propiedades y que fueron talados y vendidos en pública subasta por la Corporación municipal, cuyo valor se determinará en período de ejecución de sentencia, y se disponga la nulidad y cancelación de inscripciones que consten a favor del Ayuntamiento demandado y que contradigan el derecho de propiedad de los actores.

La parte demandada contesta oponiéndose y señalando que los actores sólo tienen en esas fincas el derecho de aprovechamiento secundario de helechos y no la propiedad, que corresponde al Ayuntamiento por formar parte del monte de 5.155 hectáreas inscrito en el Registro a su favor.

El Juez de Primera Instancia de Pamplona número 2 dictó sentencia

desestimando la demanda, siendo dicha sentencia confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona.

Los actores interponen recurso de casación por violación de los artículos 348 y 349 del Código Civil; de la doctrina legal relativa a la acción reivindicatoria; de la Ley 388 de la Compilación de Navarra y por aplicación indebida de dicha ley, ya que el concepto de helechal significa en el presente caso la naturaleza o destino de la finca, texto legal que es aplicable a pesar de su fecha, pues, como señala la Ley 1, se recoge en ella el vigente Derecho civil del antiguo Reino, y por no aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, dado que los actores adquirieron a título oneroso y de buena fe de quien en el Registro aparecía con facultades para transmitir.

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

«Considerando que la desestimación de los motivos primero y segundo, formulados en apoyo del recurso de casación de que se trata y al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en pretendida infracción por violación, respectivamente, de los artículos 348 y 349 del Código Civil y doctrina legal referente al ejercicio de la acción reivindicatoria, surge con sólo tener en cuenta que los recurrentes para fundamentar tales motivos hacen supuesto de la cuestión, tratando de sustituir con su criterio el de la Sala sentenciadora, sancionador de que aquéllos no han justificado dominio sobre las respectivas fincas de que se titulan dueños, sino simplemente un mero derecho de aprovechamiento de helecho en terrenos comunales pertenecientes al Ayuntamiento, lo que no ha sido impugnado por el cauce adecuado de error de hecho que acoge el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sería el procedente, y no el del número 1.º del mismo precepto ejercitado, según tiene declarado esta Sala en sentencias, entre otras, de 13 de junio de 1936, 20 de febrero de 1940, 20 de abril de 1948, 20 de octubre de 1951, 9 de mayo de 1958, 18 de febrero y 14 de junio de 1965, y mayormente en el supuesto, cual el ahora examinado, de planteamiento de acción afectante al dominio, y concretamente a la justificación de los esenciales requisitos exigibles para su viabilidad alegados por los actores, que con aspectos fácticos, cuya apreciación incumbe al juzgador de instancia, cual tiene declarado este Tribunal en sentencia de 29 de septiembre de 1966, y como de tal índole únicamente atacable con la eficaz desvirtuación de los hechos en que se base, porque entender lo contrario determinaría el alterar la esencia y naturaleza del recurso de casación, que, como ya ha tenido ocasión de proclamar esta Sala reiteradamente, y de ello es exponente la sentencia de 9 de junio de 1933, por su carácter extraordinario y singular, es bien distinto de una tercera instancia y, por tanto, no permite inquirir, comparar ni aquilatar las pruebas practicadas en el pleito para establecer conclusiones diferentes a las sentenciadas por el Tribunal de instancia al apreciarlas.»

«Considerando que a igual solución desestimatoria es de llegar en orden a los motivos tercero y cuarto, en que los mencionados recurrentes se amparan, por pretendida violación y aplicación indebida, respectivamente, del artículo 388 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, aprobada por Ley de 1.º de marzo de 1973, porque establecido

por esta normal legal que 'bajo la denominación de «helechal», cuando este término no aparece empleado exclusivamente para expresar la naturaleza o destino de una finca, se entienden los derechos de aprovechamientos de las producciones espontáneas de helecho de montes comunales', y reconocido en la sentencia recurrida, sin adecuada impugnación, que los demandantes—recurrentes—no han acreditado su pretendido dominio sobre las fincas de que se trata, sino simplemente el derecho al aprovechamiento de los helechales de los terrenos de monte comunal a que corresponden en sucesión familiar, claro es que ni se produce en dicha resolución violación ni aplicación indebida del invocado precepto legal, sino que, por el contrario, en ella se guarda adecuado acatamiento a él y se le da correcta aplicación, dado que si, de una parte, según tiene declarado esta Sala en sentencia de 16 de abril de 1964, la violación no se reduce sólo a su significado gramatical de infringir o quebrantar un precepto legal, sino que abarca los problemas que originan la inexistencia, subsistencia o determinación del alcance de la norma que se suponga violada, bien contemplado de un modo positivo—vulnerando el alcance de la norma—o ya de manera negativa—al no aplicarla cuando es procedente—, y si, de otra parte, conforme se pone de manifiesto en la sentencia de este Tribunal de 18 de junio de 1963, la aplicación indebida depende de que en el caso concreto que se contemple se den o no aquellas circunstancias de hecho tenidas en consideración por el legislador, precisamente para regular en un determinado sentido el evento que se previene, resulta indudable que en el caso ahora examinado al no reconocerse en la sentencia en cuestión que la denominación 'helechal' aparece empleada exclusivamente para expresar la naturaleza o destino de las referidas fincas, hay que entenderlo, como se hace en aquella resolución, con la exclusiva limitación al aprovechamiento de las producciones espontáneas del helecho de montes comunales, según el mencionado artículo 388 de la citada Compilación establece, pues con ello se produce tanto exacta adecuación al mismo, impeditiva de violación, como se guarda acatamiento a las circunstancias que en él se previenen, que obsta una indebida aplicación.»

«Considerando que tampoco es de estimar violación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que se aduce como soporte del motivo quinto del recurso, no aplicado, con amparo en el precitado número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Trámites Civil, porque la cualidad de tercero hipotecario de los demandantes-recurrentes, que éstos pretenden con fundamento en aquel precepto hipotecario, es una cuestión nueva, al no haber sido planteada en el pleito examinado, en el que ningún apoyo fundamentador se hizo con base en tal norma legal, con lo que ninguna infracción de ella se pudo producir en la sentencia recurrida, implicando que su planteamiento tardío en casación sea improcedente, como previenen las sentencias de esta Sala, entre otras, de 22 de mayo de 1935, 20 de enero de 1958 y 21 de abril de 1961, y bajo otro aspecto, en todo caso, porque reconocido en la tan citada sentencia recurrida que las fincas en cuestión 'forman parte de un monte inscrito a nombre del pueblo de Goizueta en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública, en 14 de marzo de 1912, y que figura en el Registro de la Propiedad a favor de dicho Ayuntamiento, inclusión llevada a cabo sin oposición por parte de nadie' (considerando primero de la sentencia de segunda instancia), impide que los precitados demandantes-recurrentes puedan pretender el reconocimiento de

derechos derivados del carácter de terceros hipotecarios que el aludido artículo 34 protege, porque cuando, como en el presente caso ocurre, por cualquier causa se producen inscripciones contradictorias, derivadas de las respectivamente practicadas a nombre de los demandantes y de la Corporación Municipal demandada, cuyos pretendidos derechos apoyan los otros demandados, a falta de acuerdos, no producidos en el supuesto examinado, corresponde a los Tribunales fijar, según las circunstancias del caso, el valor de los derechos respectivamente derivados de las mismas, al surgir una pugna que hay que resolver contenciosamente en el oportuno juicio declarativo ordinario, que es el ahora producido, debiendo estarse, en definitiva, a lo que determina la correspondiente resolución, al efecto de eliminar la doble inmatriculación, según se evidencia del contenido del artículo 313 del vigente Reglamento Hipotecario, lo que ciertamente ha de conducir, en virtud de los principios informadores de nuestro sistema registral inmobiliario, y concretamente del de la fe pública, que el reconocimiento en favor de quien proceda de la cualidad de tercero hipotecario sólo se puede efectuar para el caso que, mediante la correspondiente sentencia, haya quedado definitiva y firmemente resuelto dicho juicio, al efecto de eliminar la doble inmatriculación producida, previa la comparación o contraste entre las dos hojas registrales, a fin de determinar cuál de ellas debe prevalecer, y cuando esto no sea posible, considerar neutralizada recíprocamente la fe pública de ambas hojas registrales, inhibiéndose las normas hipotecarias, ya que no puede invocarse entonces la fuerza del Registro, y debiéndose resolver el problema planteado conforme a las normas del Derecho civil puro, lo que viene a confirmar el meritado artículo 313 del Reglamento Hipotecario al presuponer la necesidad de una declaración judicial acerca del mejor derecho al inmueble, pues que únicamente a partir de la sentencia que defina el mejor derecho de los discrepantes—en este caso demandante y la Corporación municipal demandada—es cuando podrán aplicarse las consecuencias, en sus respectivos supuestos, derivables bien de si sólo uno de los titulares tenga aquella consideración de tercero hipotecario protegido, para que prevaleciere la hoja o registro particular a él correspondiente, ya de que todos tengan la condición de terceros que reúnan las circunstancias que señala el indicado artículo 34, atribuyendo la preferencia que corresponda al respectivo y correspondiente derecho inscrito conforme a su naturaleza, ora, de no reunir ninguno de los titulares la condición de tercero hipotecario, resolviéndose la pugna conforme al Derecho Civil puro, con omisión de las normas de índole hipotecaria, y siempre en sentencia definitiva a decretar registralmente el cierre de las hojas o registros de las fincas duplicadamente inmatriculadas en todo o en parte, a fin de que pueda ordenarse en su día la cancelación de los correspondientes asientos.»

«Considerando que, además, es de tener en cuenta que al establecerse en la sentencia recurrida, por el resultado de los hechos probados que la misma contiene, no desvirtuados adecuadamente, según viene dicho, que los demandantes, ahora recurrentes, no han justificado título acreditativo del pleno dominio que pretenden en orden a las fincas de que se trata, y si únicamente el del derecho al aprovechamiento de los helechales de las mismas, siempre sería impedimento para reconocer en la litis en cuestión el carácter de tercero hipotecario que los mencionados demandantes-recurrentes pretenden, puesto que la actuación del principio de



legitimación, así como también el de fe pública, en cuanto ambos son manifestaciones de la presunción de Registro exacto, ineludiblemente requieren, a efectos de apreciación de tercero hipotecario, que quien pretenda tener tal carácter acredite, cual no se ha efectuado en el presente caso, la existencia de título amparador del dominio que se pretenda al respecto, a fin de posibilitar comparación con el que ostente aquel contra quien el carácter de tercero hipotecario se intente hacer valer, por la sencilla razón que un derecho meramente limitativo del dominio, cual el de aprovechamiento de helechales que la sentencia en cuestión se limita a reconocer en favor de los tan citados demandantes-recurrentes, en cuanto es compatible con el dominio pretendido en relación jurídica comunal, inscrito también registralmente en favor de la Corporación municipal demandada, por ésta alegado y que asimismo la sentencia recurrida reconoce, no genera los efectos deducibles del examinado artículo 34 de la Ley Hipotecaria, dado que precisamente todo derecho limitativo de dominio presupone la posibilidad de éste.»

J. M. G. G.

## II. DERECHOS REALES

*PROPIEDAD HORIZONTAL: DISTINCION ENTRE ESTATUTOS Y REGLAMENTOS DE REGIMEN INTERIOR. EL ACUERDO DE LA JUNTA GENERAL POR MAYORIA PROHIBIENDO ESTABLECER EN UNA VIVIENDA UN CONSULTORIO MEDICO, ES NULO POR IMPLICAR UNA LIMITACION DEL DERECHO INDIVIDUAL DEL PROPIETARIO QUE SOLO CABE IMPONER POR UNANIMIDAD. DISTINCION ENTRE CLINICA Y CONSULTORIO (SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1978).*

*Hechos.*—Don César Gavilán A. formuló demanda contra la Comunidad de Propietarios de la casa número 14 de la calle de Juan Hurtado de Mendoza de Madrid, sobre nulidad de acuerdos y otros extremos, alegando que en la escritura de división horizontal inscrita en el Registro de la Propiedad se expresó que por no existir Estatutos, la Comunidad se regiría por la Ley de Propiedad Horizontal, sin que tampoco existiera ningún Reglamento de régimen interior; que el demandante comunicó a la Comunidad que en su vivienda, además de habitarla con su familia, pensaba instalar un despacho profesional en el que en horas determinadas pasaría consulta a sus posibles clientes, sin necesidad de instalar ninguna clase de aparatos ni hacer modificación alguna en la vivienda; que, con gran sorpresa, observó que se convocaba Junta General Extraordinaria en relación con lo solicitado, tomándose el acuerdo por mayoría, con oposición terminante del actor, de prohibir instalar consultorios o despachos profesionales en cualquier piso, por razón de las notables incomodidades y perturbaciones del normal uso de elementos comunes que se decía iban a producirse; que dicho acuerdo es nulo por implicar el establecimiento de una regla estatutaria limitativa que no obraba en los estatutos y no haber sido tomado por unanimidad; que la tenencia de un despacho profesional en parte de la vivienda del actor no supone la incomodidad que

sanciona el párrafo tercero del artículo 7.º de la Ley de Propiedad Horizontal. Suplica se dicte sentencia declarando la nulidad de dicho acuerdo respecto del actor.

La parte demandada contesta oponiéndose porque entendía que el actor había planteado su acción una vez caducado el plazo para impugnar acuerdos sociales, y para el caso de no apreciarse caducidad, entendía que el acuerdo de la Junta era una reiteración de una norma estatutaria implícita, que no es otra que la imposibilidad de transformar el piso comprado para vivienda en consulta o clínica médica.

El Juez de Primera Instancia número 8 de los de Madrid dictó sentencia desestimando totalmente la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

El actor interpone recurso de casación por inaplicación del artículo 348 del Código Civil y del artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, por aplicación indebida de los artículos 6.º y 13, número 4.º, de dicha ley, distinguiendo los Estatutos de los Reglamentos de régimen interior, no pudiéndose privar en éstos de derechos de los propietarios sobre sus bienes singulares; por aplicación indebida de la regla 2.ª del artículo 16 de la repetida ley en relación con el artículo 5.º de la misma, y por no aplicación de la regla 1.ª del expresado artículo 16 en relación con el 5.º

*Doctrina de la sentencia.*—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, declara haber lugar al recurso por lo siguiente, que señala después de exponer los motivos en que se apoya el recurrente:

«Considerando que el título constitutivo de la propiedad por pisos o locales, además de fijar la cuota de participación que corresponde a cada piso o local—determinada por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos, por acuerdo de todos los propietarios, por laudo o por resolución judicial—, podrá contener ‘reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales...’, formando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad—párrafos 2.º y 3.º del artículo 5 de la Ley especial sobre Propiedad Horizontal—, prescribiendo el párrafo 4.º de este precepto que ‘en cualquier modificación del título... se observarán los mismos requisitos que para su constitución’.»

«Considerando que la Ley especial, en su artículo 6, prescribe que, con independencia de lo que determine el *título constitutivo* de la propiedad por pisos o locales, y ‘para regular los *detalles de la convivencia* y la adecuada *utilización* de los *servicios* y *cosas comunes*, y dentro de los límites establecidos por la ley y los *estatutos*, el conjunto de propietarios podrá fijar *normas de régimen interior* que obligarán también a todo titular’, con lo cual viene a proclamar que existen dos clases de normas de muy distinto rango: unas, las contenidas en el título constitutivo de la propiedad y en los estatutos, que regulan la constitución y el ejercicio del derecho de cada propietario, en orden al uso y destino del edificio, y otras, integradas en el Reglamento de régimen interior, ‘para regular los detalles de la convivencia y la adecuada utilización *de los servicios* y *las cosas comunes*’, y tan esencial es esta diferencia, que mientras ‘para la validez de los acuerdos que impliquen aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatu-

tos' exige la unanimidad—regla 1.ª del artículo 16—, en cambio, 'para la validez de los demás acuerdos bastará el voto de la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación'—regla 2.ª del mencionado artículo 16.»

«Considerando que el propietario—y lo mismo el ocupante—de un piso o local sito en un edificio en que coexisten varios en régimen de propiedad horizontal tiene el derecho de gozar y disponer de él, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes—artículo 348, párrafo 1.º, del Código Civil—, y únicamente le está 'prohibido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades no permitidas en los estatutos, dañosas para la finca, inmorales, peligrosas, incómodas o insalubres'—artículo 7, párrafo 3.º, de la Ley especial.»

«Considerando que, por tanto, si en el título constitutivo de la propiedad del piso-vivienda del actor no figura la prohibición del ejercicio de su profesión por el ocupante ni existen normas estatutarias que lo impidan, resulta evidente que el acuerdo adoptado por la Junta de Propietarios, que le prohíbe a dicho demandante el establecimiento de su consultorio médico compatibilizarlo con la dedicación de la vivienda a hogar familiar del ocupante del piso, implica una verdadera limitación de sus facultades dominicales, que, a su vez, comporta la modificación de su título de dominio, y para que sea válido exige la unanimidad de todos los propietarios del edificio, como determina la regla 1.ª del artículo 16 de la Ley especial.»

«Considerando que no está de más advertir que consultorio, en general, y con arreglo al Diccionario, es el establecimiento privado donde se despachan informes o consultas sobre materias técnicas, y en sentido médico, el establecimiento dotado de los instrumentos adecuados para el reconocimiento y exploración clínica de los enfermos, mientras que clínica, también según el Diccionario, en la acepción que aquí puede interesar, es el hospital privado, más comúnmente quirúrgico, regido por uno o varios médicos; de donde claramente se infiere que si la instalación de un simple consultorio, que se compatibiliza con la dedicación a vivienda del resto del piso, no implica cambio de destino, sí, en cambio, lo comportaría el montar una clínica, para lo cual se precisan muchos más trámites administrativos, y de ahí que si prohibir la instalación en un piso de un simple consultorio constituye una verdadera limitación de las facultades del propietario, no la integra, en cambio, la prohibición de montar una clínica, que requiere otros trámites más complicados.»

«Considerando que la simple alegación de las posibles molestias que, en su día, pueda originar la concurrencia de clientes al consultorio, en mayor o menor número, es análoga a la que pueden producir las amistades, más o menos numerosas, que acudan a las viviendas de cualquiera de los ocupantes de los restantes pisos del edificio, y, sin embargo, no pueden servir de pretexto para impedir las y ni siquiera para limitarlas.»

«Considerando que si en el proyectado consultorio hubieran de instalarse y tuvieran que funcionar aparatos que produjeran ruidos o emanaciones incómodas, insalubres, nocivas o peligrosas, o se desplegaran actividades inmorales, su prohibición vendrá impuesta por las correspondientes normas y estaría comprendida en el artículo 348 del Código Civil y en los reglamentos complementarios a que implícitamente alude dicho artículo.»

«Considerando que por lo expuesto, se comprende que la sentencia recurrida comete las infracciones legales que el recurrente le imputa en los cuatro motivos del recurso, puesto que: *a)* viola los artículos 348 del Código Civil y 5 de la Ley especial, al imponer al demandante una limitación en sus facultades dominicales que la ley no establece ni figura en las reglas de constitución de la comunidad; *b)* aplica indebidamente los artículos 6 y 13, número 4, de dicha Ley especial, pues entiende que el acuerdo adoptado por la Junta de Propietarios es de régimen interno relativo a utilización de los servicios y cosas comunes, cuando en realidad se refiere al título constitutivo de la propiedad del actor, que pretende modificárselo; *c)* aplica indebidamente la regla 2.ª del artículo 16 de dicha ley, como si se tratase de un acuerdo de los propios del Reglamento de régimen interior, y *d)* deja de aplicar, en cambio, la regla 1.ª del referido artículo, a pesar de que se trataba de un acuerdo que implicaba modificación del título constitutivo del actor, para lo cual la expresada regla requiere la unanimidad de todos los propietarios.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo estima la demanda.

**PROPIEDAD HORIZONTAL: VALIDEZ DE LA NORMA ESTATUTARIA DE EXCLUIR A CIERTOS LOCALES DE GASTOS O DE FIJARLES UNA CUOTA DE GASTOS DISTINTA DE LA CUOTA EN ELEMENTOS COMUNES. VALIDEZ DE LA NORMA QUE ATRIBUYE EL DISFRUTE PRIVATIVO DE UNA TERRAZA QUE ES ELEMENTO COMUN A UNO DE LOS CONDOMINOS. ACUERDO DE LA JUNTA: CONSENTIMIENTO TACITO. INSTALACION DE ASCENSORES. REPARACION POR EL PROMOTOR DEL EDIFICIO DE LAS HUMEDADES PRODUCIDAS POR DEFECTO DE CONSTRUCCION (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1978).**

*Hechos.*—Don Gonzalo López de Silanes L., por sí y como Presidente de la Comunidad de Propietarios de un edificio y diversos propietarios de viviendas de dicho edificio formulan demanda contra el promotor don Antonio Osorio, contra la entidad «Industrias Osorio, S. A.», y otros, suplicando se dictara sentencia por la que se declare: *a)* Que son nulas, carentes de valor y eficacia las normas estatutarias que aparecen aprobadas en Junta Extraordinaria de 3 de noviembre de 1967, que hacen referencia a la exclusión de gastos de ascensor del sótano, bajo y entresuelo, propiedad del demandado don Antonio Osorio, hoy de «Industrias Osorio, S. A.», así como la reducción de gastos de portería al 7 por 100 de la misma finca, y la atribución al demandado don Antonio Osorio, hoy sus herederos, de la terraza o cubierta a título de disfrute privado, por ser dichas normas opuestas a la ley, contrariar los coeficientes asignados a la finca del 18 por 100 en el título constitutivo y no haberse aprobado por la totalidad de los propietarios. *b)* Subsidiariamente, para el supuesto de que no se estimase el anterior pedimento, que el acuerdo de la Junta de la Comunidad de Propietarios de 17 de julio de 1974 declaró irregulares, o lo que es igual, contrarias a la ley o nulas, las cuotas o coeficientes de participación de la finca primera, o sea, sótano, bajo y entresuelo, que venía satisfaciendo o fueron aplicadas a la repetida finca, con el solo voto en contra del señor Osorio, sin que aquel propietario impugnase el acuer-

do recurrido en el término de treinta días, por lo que quedó firme para el mismo. *c)* Que, en todo caso, el propietario de la finca primera, sótano, bajo y entresuelo, hoy de «Industrias Osorio, S. A.», no debe quedar exento o excluido de los gastos de sostenimiento y conservación de los ascensores, por tener acceso el local a las escaleras y ser dicha exención contraria a la ley, viniendo obligado a satisfacer dichos gastos con arreglo al coeficiente o cuota de copropiedad del 18 por 100 señalado en el título de propiedad horizontal. Y en esta misma proporción debe satisfacer los gastos de portería, luz y motores de elevación de agua. *d)* Que los demandados vienen obligados a consentir la instalación de nuevos ascensores en sustitución de los antiguos, siendo el acuerdo de la comunidad, que se tomó en Junta Extraordinaria de 3 de octubre de 1974, a que se refiere el apartado *d)* del hecho quinto de la demanda, vinculante para los demandados, que deben contribuir a los gastos que ocasione la referida instalación con arreglo al coeficiente que figura asignado a su respectivo piso o local y, por consiguiente, corresponde satisfacer a la repetida entidad, como dueña de la finca primera, el 18 por 100 de los gastos que se ocasionen. *e)* Que el demandado don Antonio Osorio R. viene obligado a dejar libre la azotea o terraza que forma la cubierta del edificio, por tratarse de elemento común para su uso por todos los propietarios del mismo, y en todo caso, no puede impedir que se instale en dicha cubierta el cuarto de maquinaria de los ascensores. *f)* Que el demandado don Antonio Osorio R., en calidad de promotor de las obras y vendedor de los locales o pisos del edificio, está obligado a efectuar las obras de reparación para las humedades de los pisos altos y de los que dan a la pared sur, en la forma que pericialmente se determine, indemnizando a los propietarios de los mismos de los daños y perjuicios causados, cuyo importe se concretará en período probatorio o en ejecución de sentencia.

Contestada a la demanda con oposición de los demandados, el Juez de Primera Instancia número 1 de Pontevedra dictó sentencia estimando la demanda, sentencia que fue cofirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña.

*Doctrina de la sentencia.*—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, declara haber lugar, en parte, al recurso interpuesto por los demandados, por lo siguiente:

«Considerando que los recurrentes, en los dos primeros motivos de sus respectivos recursos, atacan la apreciación probatoria que hace la sentencia recurrida, alegando que ha incurrido en error de hecho, que pretenden evidenciar con la invocación de determinados documentos auténticos obrantes en autos, que no fueron tenidos en cuenta por ella, a saber: 1.º La certificación obrante, por testimonio, al folio 373, que aparece expedida siete años antes de iniciarse el litigio y que no fue impugnada, la que según tales recurrentes justifica que los acuerdos adoptados en la Junta de 3 de noviembre de 1967 fueron debidamente comunicados y que contra ellos no se produjo reclamación alguna. 2.º El Libro de Actas de las Juntas de la Comunidad litigiosa, que tampoco fue impugnado, que acredita: *a)* que hasta la Junta de 27 de junio de 1974, no se alegó nada sobre esas supuestas irregularidades en las cuotas de participación en los gastos correspondientes al bajo y entresuelo, y sólo entonces se planteó la posibilidad de reclamar contra ella, y *b)* que hasta la Junta de 30 de diciembre

de ese año 1974, no se adoptó, por dicha Junta, decisión alguna que contrariase los estatutos adoptados en 3 de noviembre de 1967. 3.º Las escrituras públicas de los folios 33 y 140, que acreditan que los adquirentes de esas viviendas, desde el momento de sus adquisiciones, vinieron acatando y respetando esos estatutos, en la forma que se estipuló en la referida Junta de 3 de noviembre de 1967.»

«Considerando que efectivamente, y como los recurrentes sostienen en esos dos primeros motivos de sus recursos, la sentencia impugnada no tuvo en cuenta lo que los invocados documentos evidencian y desconoce lo que éstos acreditan, que es precisamente una afirmación contraria a la que sirve de base fáctica a la mencionada sentencia para llegar a la tesis anulatoria de tales estatutos.»

«Considerando que en el motivo tercero del recurso formulado por los sucesores de don Antonio Osorio R. y en el tercero y cuarto del deducido por 'Industrias Osorio, S. A.', también por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se combate la apreciación probatoria que hace la sentencia impugnada, atribuyéndole un error de derecho en tal apreciación, al desconocer y prescindir de la fuerza vinculante que a determinadas pruebas confieren los artículos 1.218, 1.225, 1.228 y 1.232 del Código Civil, que resultan violados, se alega en tales motivos: A) En el tercero de ambos recursos, que el Libro de Actas, la certificación del folio 373 y la certificación de 11 de febrero de 1967 unida a los autos para mejor proveer, si se valorasen con arreglo a las normas invocadas, vincularían al Juzgador para proclamar que hasta el 30 de diciembre de 1974, todos los propietarios demandantes respetaron, acataron y aceptaron el artículo 14 de los estatutos de 3 de noviembre de 1967 y el artículo 1.º-3, que autorizó la posesión de la terraza a título privativo y exclusivo del señor Osorio, y que todos los demandantes son copropietarios desde antes de esa última fecha, salvo dos, que lo adquirieron posteriormente. B) En el cuarto motivo del recurso de 'Industrias Osorio, S. A.', se sostiene que se viola el artículo 1.232 del Código Civil, al no otorgar a la confesión judicial del Presidente de la Comunidad la fuerza probatoria que le confiere dicha norma, y no estimar probado que desde la fecha en que se aprobaron los estatutos, todos los propietarios de las distintas fincas o viviendas vienen pagando su participación en los gastos comunes, de acuerdo con lo que en dichos estatutos se estableció.»

«Considerando que también resulta patente que si los Juzgadores de instancia hubieran tenido en cuenta lo que esas normas valorativas de la prueba ordenan, hubieran tenido que proclamar esas afirmaciones fácticas que tales elementos probatorios aseveran, y que la sentencia recurrida omite; por lo que también esos tres motivos del recurso tienen que prosperar.»

«Considerando que en los motivos 5.º, 6.º y 7.º de ambos recursos se imputan a la sentencia recurrida las siguientes infracciones legales: A) En el 5.º, interpretación errónea del artículo 16, norma 1.ª, párrafos 1.º y 2.º, de la Ley de Propiedad Horizontal, que comete dicha sentencia, al declarar la nulidad y carencia de valor y eficacia del artículo 1.º, párrafo 3.º, de los estatutos de 3 de noviembre de 1967, sobre la base de que entrañando una modificación del título constitutivo, necesitaba la aprobación unánime requerida por la invocada norma, que no se obtuvo por no concurrir todos los propietarios a la referida Junta, desconociendo los Juzgadores de instancia—dicen los recurrentes—que el artículo 16 mencionado

posibilita la obtención del *consensus*, tanto expresa como presuntivamente, por actos posteriores de los no asistentes a la Junta, dejando transcurrir el plazo de caducidad de la correspondiente acción impugnativa del acuerdo adoptado y demostrando una adhesión tácita a él, acatando los estatutos establecidos en la Junta. B) En el motivo 6.º, ambos recurrentes alegan que la sentencia impugnada ha cometido la violación o falta de aplicación de la doctrina legal contenida en las sentencias que citan, sobre el consentimiento tácito, que se deduce del hecho inequívoco de que desde la aprobación de los estatutos de 3 de noviembre de 1967, la totalidad de los propietarios—salvo los que fueron adquirentes posteriores—acataron y respetaron las normas estatutarias hasta el 30 de noviembre de 1974. C) En el motivo 7.º, alegan también ambos recurrentes que la sentencia que combaten no sólo omite el hecho constatado de la eficacia y aplicación de las normas estatutarias impugnadas durante siete años, sino que además inaplica la doctrina legal de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, contenida en las sentencias que señalan, al condenar al primero de dichos recurrentes a consentir la instalación de la sala de maquinaria de ascensores sobre la terraza, y al segundo, a contribuir en un 18 por 100 a los gastos de instalación de los ascensores y gastos de portería, cuyos pronunciamientos contrarían la doctrina legal invocada.»

«Considerando que en el motivo octavo, los sucesores de don Antonio Osorio Rodríguez, por oportuna vía, denuncian la violación o falta de aplicación del artículo 5.º, párrafos 3.º y 4.º, de la Ley de Propiedad Horizontal, que, según ellos, comete la sentencia recurrida, al declarar que es contrario a la ley el artículo 1.º, párrafo 3.º, de los estatutos, en cuanto atribuye a su causante el uso privativo de la terraza, mientras conserve la propiedad de pisos o locales en el inmueble litigioso, pues los preceptos invocados autorizan a que en el título constitutivo o por posterior modificación del mismo, se regule el uso o destino del edificio, de sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, de donde se infiere—según los recurrentes—que la norma estatutaria aludida no es contraria a la ley, ya que los copropietarios pueden conceder el uso y disfrute privativo de la terraza a uno de los condueños, siempre que haya unanimidad, si no se estableció en el título constitutivo.»

«Considerando que 'Industrias Osorio, S. A.', en el motivo octavo de su recurso, denuncia la violación o falta de aplicación de los artículos 3.º, b), párrafo segundo; 5.º, párrafos segundo y tercero, y 9.º, número 5.º, de la Ley de Propiedad Horizontal, que dice comete la sentencia recurrida, al declarar carente de valor y eficacia la norma estatutaria contenida en los apartados B) y C) del artículo 14, relativa a la exención de contribuir a los gastos de ascensor y reducción al 7 por 100 de los gastos de portería por parte del propietario del bajo y entresuelo, por entender que dicha norma es contraria a la ley y a los coeficientes asignados al bajo y al entresuelo en el título constitutivo; según este recurrente, es cierto que la Ley de Propiedad Horizontal exige que en el título constitutivo—artículo 3.º—se fije la cuota de participación en los elementos comunes, por lo que constituye derecho necesario la asignación de la cuota, pero también es cierto que no prohíbe, sino que autoriza que atendiendo al uso que ocasionalmente se presuma que va a efectuarse del servicio—artículo 5.º, párrafo segundo—, se exima de ciertos gastos o se reduzca la cuota, llegando a autorizar expresamente en el párrafo 5.º del artículo 9.º que el reparto

se haga *con arreglo a lo especialmente establecido*, cuya libertad de pactos proclama igualmente el párrafo segundo del apartado b) del artículo 3.º y sancionan las sentencias de 22 de abril de 1974 y 27 de abril de 1976.»

«Considerando que resulta acreditado por los recurrentes que la sentencia recurrida ha incurrido en un evidente error de apreciación probatoria, al no tener en cuenta: 1.º Que las cláusulas estatutarias fueron aprobadas en la Junta de 3 de noviembre de 1967, y no han sido impugnadas por los no asistentes a ella dentro de los treinta días siguientes al en que llegaron a su conocimiento. 2.º Que desde entonces vinieron siendo acatadas por todos los propietarios de los locales y viviendas ubicadas en el edificio litigioso sin el menor reparo. 3.º Que en la Junta de 16 de julio de 1974 sólo se habló de recabar asesoramientos jurídicos sobre una supuesta irregularidad en las cuotas de participación correspondientes al bajo y al entresuelo, propiedad del señor Osorio, pero sin variar las cuotas de distribución de gastos. 4.º Que aunque en la Junta de 30 de diciembre de ese mismo año se aprobó un presupuesto para 1975, con unas cuotas de participación diferentes de las que se habían aprobado en la Junta de 3 de noviembre de 1967, este acuerdo fue impugnado y declarado nulo por la Audiencia Territorial en sentencia de 23 de marzo de 1974, que no consta haya sido recurrida.»

«Considerando que sentadas estas afirmaciones, aparece notorio que la sentencia recurrida infringe las normas que se denuncian por los recurrentes en los motivos anteriores, los cuales, por tanto, tienen que ser estimados, pues declara nulas unas cláusulas estatutarias legalmente pactadas, que no sólo fueron impugnadas dentro de plazo, sino que desde su adopción vinieron siendo acatadas y respetadas por todos los obligados.»

«Considerando que en el motivo cuarto del recurso de los sucesores de don Antonio Osorio R., se denuncia un supuesto error de hecho en la apreciación de la prueba, que se pretende evidenciar con la invocación de la copia de la escritura de división horizontal de 2 de enero de 1964, obrante al folio 58, a tenor de la que, según dichos recurrentes, ése es el día *a quo* del que debe arrancar el cómputo del plazo de caducidad establecido en el artículo 1.591 del Código Civil.»

«Considerando que para la desestimación de este motivo basta tener en cuenta que el documento invocado carece de todo signo de autenticación, ya que es una simple xerocopia sin firma de ninguna persona o funcionario que garantice su autenticidad, y, además, aunque estuviera debidamente autorizada, nunca constituiría prueba irrefutable de que en la fecha de la declaración estaba concluida la obra, ya que el artículo 8.º, regla 4.ª, de la Ley Hipotecaria también admite la inscripción de los edificios en régimen de propiedad por pisos *una vez comenzada la obra*.»

«Considerando que en el motivo noveno, los sucesores de don Antonio Osorio R. alegan que la sentencia recurrida infringe, por violación o falta de aplicación, el artículo 1.253 del Código Civil, al conjeturar que las humedades apreciadas en el inmueble de litis son consecuencia de defectos constructivos, para concluir proclamando que incumbe al promotor de su reparación, ya que, en opinión de tales recurrentes, no hay enlace lógico entre aquel hecho base y la conclusión deducida.»

«Considerando que en el motivo décimo, esos mismos recurrentes sostienen que la sentencia recurrida infringe por violación el artículo 1.490



del Código Civil, en relación con los 1.484, 1.485 y 1.486 del mismo Cuerpo legal, al no estimar la caducidad de la acción entablada respecto a la reparación de las humedades denunciadas, que, en opinión de tales recurrentes, son defectos o vicios ocultos.»

«Considerando que en el motivo undécimo imputan a dicha sentencia la violación del artículo 1.591 del Código Civil, por equiparar la existencia de humedades en el edificio a su ruina incipiente y no estimar caducada la acción esgrimida, pues desde la declaración de la obra nueva, hecha en 2 de enero de 1964, hasta la presentación de la demanda, realizada el 7 de marzo de 1975, habían transcurrido más de diez años y había caducado dicha acción.»

«Considerando que para comprender la improcedencia de todos estos motivos basta tener en cuenta: 1.º Que la sentencia de primer grado, aceptada por la de apelación para condenar a la reparación de las denunciadas humedades, se basa en que provienen del 'mal estado de la terraza' y de 'no existir en la misma ni la masa asfáltica—necesaria—ni sumideros de desagüe, y de estar las paredes sin cales y descorchadas', según el informe pericial obrante en autos, lo cual demuestra que la sentencia no hace uso de presunciones, sino que, por apreciación de las pruebas directas—reconocimiento judicial y pericial—, estima cuáles son las causas originadoras de tales humedades. 2.º Que la sentencia de segundo grado proclama que esa condena, fundamentada por el Juzgado en aquella exterior consideración, 'viene reforzada por el reconocimiento de la existencia de las humedades aducidas, que, en cuanto es reveladora de un *defecto constructivo*, demanda su reparación, que, según doctrina jurisprudencial, incumbe al promotor'. 3.º Que no habiendo acreditado los recurrentes cuál era el día en que debió comenzar a correr el plazo de caducidad de esta acción reparadora de daños y perjuicios por defectos constructivos, y no estando tampoco proclamado en la sentencia ni reflejado en la prueba practicada, no puede estimarse tal caducidad.»

«Considerando que en el pedimento, letra G), del suplico de la demanda, los actores tienen buen cuidado de postular que se condene a los demandados 'a efectuar las obras de reparación de las humedades de los pisos altos y los que dan a la pared sur, contigua al Casino Mercantil, en la forma que pericialmente se determine, indemnizando a los propietarios de los mismos de los daños y perjuicios causados, cuyo importe se concretará en período probatorio o en *ejecución de sentencia*'; por tanto, se impone la desestimación del motivo duodécimo, en que por adecuada vía, se denuncia la supuesta incongruencia de la sentencia y la violación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al deferir para el período de ejecución aquella determinación, ya que con arreglo a lo establecido en el párrafo segundo del artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cabe reservar para este período la fijación del importe de esa condena.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo desestima los pedimentos contenidos en los párrafos a), b), c) y e) del suplico de la demanda inicial de los autos, así como también el contenido en el inciso final del párrafo d), relativo a la cuota que se atribuye a «Industrias Osorio, S. A.», y estima parcialmente el pedimento contenido en el primer inciso del párrafo d), relativo a quedar vinculados los demandados a consentir en la instalación de nuevos ascensores—con tal de que no se realice en la terraza, cuyo disfrute es privativo de los herederos de don Antonio Oso-

rio R.—, en cuyo concreto particular condena a los demandados, absolviéndoles del resto de las peticiones contenidas en la demanda, salvo las del párrafo d), cuya condena ha quedado firme.

**RETRACTO DE COLINDANTES: DEMANDA DENTRO DE PLAZO. NO IMPUGNADA OPORTUNAMENTE LA PROVIDENCIA DANDO POR ADMITIDA LA DEMANDA, NO CABE ALEGAR EN CASACION UN DEFECTO PROCESAL YA SUBSANADO PARA APOYAR UNA PRETENDIDA CADUCIDAD DE LA ACCION DE RETRACTO. EL CONOCIMIENTO DE LA VENTA POR EL RETRAYENTE HA DE SER COMPLETO, A EFECTOS DEL COMPUTO DE LA ACCION (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1978).**

*Hechos.*—Doña Mercedes C. Pellicer, nudo propietaria de una finca, presentó demanda contra don Constantino B. Borrás y don José O. Pastor, sobre retracto de colindantes, alegando que hacía tres días había tenido conocimiento de que ambos demandados, suegro y yerno, habían comprado un campo colindante con el suyo de siete hanegadas y media, y suplicando se dicte sentencia por la que se condene a los demandados a que dentro de tercer día otorguen a favor de la actora escritura de venta de la finca objeto de retracto, bajo apercibimiento de otorgarse de oficio a costa de los demandados, en otro caso.

La parte demandada se opone contestando que se trata de dos fincas y no de una; que el campo de la actora no linda con el campo de seis hanegadas, tres cuarterones y cuarenta brazas, ni tampoco con el otro campo comprado de una hanegada, un cuarterón y diez brazas, del que está separado por un canal de riego; que no se han acompañado a la demanda las copias de los documentos que previene la ley como base del retracto; que la acción había caducado, por no subsanar tal defecto y haber transcurrido ya el plazo de nueve días, y subsidiariamente, que tampoco sería viable la acción ejercitada, dado que conocía la venta y sus condiciones con mucha antelación.

El Juez de Primera Instancia de Gandía dictó sentencia estimando la demanda, señalando como precio el de 100.000 pesetas por hanegada más el importe de los gastos correspondientes.

Apelada la anterior sentencia por la parte demandada, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia estimó en parte el recurso, revocando parcialmente la sentencia y declarando que sólo procedía el retracto en cuanto a una finca de superficie cuatro hanegadas y veintisiete brazas y media, finca registral 33.976, condenando a los demandados a que dentro de veinte días otorguen escritura de venta a favor de la actora, a razón del citado precio de 100.000 pesetas por hanegada.

*Doctrina de la sentencia.*—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Seijas Martínez, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados, por lo siguiente:

«Considerando que el retracto de colindantes, que el artículo 1.523 del Código Civil establece en favor de los propietarios de tierras contiguas cuando se vende una finca rústica en la que concurra esta circunstancia de colindancia, y no exceda de una hectárea su cabida ni estuviesen separadas por alguno de los accidentes de terreno que dicho precepto legal

enumera, es uno de los retractos legales que, en términos generales, el artículo 1.521 del mencionado Código define y cuyo válido ejercicio, en el orden procesal, viene condicionado por el cumplimiento de determinados requisitos que en forma imperativa tiene establecidos el artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y este derecho a retraer concurre en la demandante, la cual presentó su demanda dentro del improrrogable plazo de nueve días, a contar del en que la inscripción de la compraventa por el demandado en el Registro de la Propiedad tuvo lugar, como así lo declara la sentencia objeto del recurso, confirmando la de primer grado, que estimó la demanda, frente a la cual se alza el presente recurso, que consta de tres motivos, de los cuales, en este momento procesal decisorio, sólo cabe el examen y resolución del primero y tercero, dado que el segundo fue rechazado en la fase de admisión, al ser declarado inadmisibile, y resolviendo ya sobre el primero de tales motivos, su desestimación resulta obligada, por cuanto que acogido al número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en él se acusa la infracción, por inaplicación, del número 7.º del artículo 1.618 de la misma, sin citar precepto alguno sustantivo en que apoyar la caducidad de la acción, que dice producida a causa de no haberse presentado con la demanda copia de la escritura de poder del Procurador de la parte actora y haber transcurrido con exceso el plazo válido para retraer cuando, a instancia del recurrente, una vez emplazado y comparecido en las actuaciones, se subsanó dicho defecto, y aparte de ser precepto meramente procesal el que como infringido se alega, no apto para sustentar en él un recurso de casación de fondo, es lo cierto que el Juez de Primera Instancia dictó providencia teniendo por presentada la demanda e intentando el retracto, la que admitió a trámite, ordenando depositar la cantidad consignada para responder del precio de la venta en la Caja General de Depósitos, y conforme dispone el artículo 1.622, acordó la suspensión del curso del procedimiento hasta que se acreditase la celebración del acto de conciliación, y una vez realizado esto se emplazó al demandado recurrente con entrega de las correspondientes copias, quien al advertir la omisión de la copia del poder antes referido solicitó su entrega, la que le fue facilitada, previo requerimiento, para que la aportase a la parte demandante, pero sin que impugnase en el momento procesal oportuno la resolución que tuvo por intentado el retracto y admitida la demanda, por lo que no le es factible alegar posteriormente esta excepción y pretender oponer al retracto ejercitado un defecto procesal que, precisamente a su instancia, fue subsanado, y así lo tiene declarado esta Sala en sentencias, entre otras, de 23 de marzo de 1949 y 18 de enero de 1951.»

«Considerando que igual suerte desestimatoria ha de merecer el tercero y último de los motivos, amparado, como el anterior, en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que denuncia infracción, por violación a causa de su inaplicación, del artículo 1.524 del Código Civil, relacionado con el 1.623 de la referida Ley Procesal, por estimar el recurrente que la demandante tuvo conocimiento de la venta de la finca objeto del retracto con bastante anterioridad a la inscripción registral, pues si bien es cierto que desde la fecha de la compraventa y la de la inscripción transcurrió cerca de un año y que, conforme indica el citado artículo 1.524, si la retrayente hubiere tenido conocimiento durante ese dilatado lapso de tiempo de la enajenación, habría de computarse el plazo

preclusivo de los nueve días a partir del en que tuvo noticia de la transmisión de la finca objeto del retracto, no es menos cierto que, como tiene declarado reiterada doctrina jurisprudencial, ese conocimiento ha de ser completo de todos los pactos, condiciones y circunstancias en que la venta se haya realizado, para que de ese modo pueda decidir, con suficientes elementos de juicio, si le conviene o no ejercitar la acción retractual, y a este respecto, la sentencia impugnada expresamente declara que 'la retrayente no tuvo conocimiento completo de la compraventa de las fincas de los demandados con anterioridad al momento señalado en la demanda o la inscripción registral', por lo que esta declaración fáctica es la que ha de prevalecer dado que no ha sido impugnada por la vía adecuada, que lo era la del número 7.º del mencionado artículo 1.692, habiéndose limitado el recurrente a pretender que prevalezca su criterio frente al más objetivo, ponderado e imparcial del Tribunal *a quo*, lo que no le es lícito.»

J. M. G. G.