

II. Sentencias del Tribunal Supremo

POR JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS: DERRIBO DE EDIFICIO Y CONSTRUCCION DE OTRO NUEVO CON MAYOR NUMERO DE VENTANAS Y HUECOS QUE EL ANTIGUO. VALOR DEL REGISTRO RESPECTO A LOS DATOS DE HECHO DESCRIPTIVOS: NO GARANTIZA SU EXACTITUD. LA INSCRIPCION NO ES CONSTITUTIVA (SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 1977).

Hechos.—Don Bienvenido V. Valiente formuló demanda contra don Tomás L. Santamaría sobre acción negatoria de servidumbre de luces y vistas, estableciendo en síntesis: que es dueño como libre de cargas de una finca rústica de regadío por cuyo lindero este limita con la casa del demandado, sita en plaza de Manrique, número 4, de Molina de Aragón; que este último ha procedido al derribo de la antigua casa y está construyendo una nueva finca urbana compuesta de planta baja y cuatro plantas más; que el antiguo edificio sólo constaba de planta baja y dos más, y el demandado no tenía en la planta baja hueco ni ventana de ninguna clase, y únicamente tenía en las dos plantas superiores, primera y segunda, abiertos en cada una de ellas, tres huecos de idénticas dimensiones en las dos plantas, dos laterales alargados hacia arriba y uno central alargado en sentido horizontal; que en la actualidad, en la nueva construcción, ha procedido a la apertura de tres huecos en la planta baja, y en las plantas primera, segunda, tercera y cuarta, tres huecos con grandes vistas sobre la finca del demandante en cada una de ellas: los de las plantas tercera y cuarta totalmente nuevos, y los de las plantas primera y segunda de mayores dimensiones y distinta forma de las que tuvo el edificio o casa vieja derribada. Suplica se dicte sentencia condenando al demandado a que cierre con obra de fábrica la totalidad de los huecos abiertos en las cuatro plan-

tas, además de todos los abiertos en la planta baja, y para el supuesto de que el Juzgado entendiese que no procedía el cierre total según lo pedido, que se condene al demandado a cerrar las ventanas de las plantas baja, tercera y cuarta en su totalidad, y que los huecos o ventanas de las plantas primera y segunda queden en el mismo estado y con las mismas dimensiones que siempre tuvieron en la casa antigua que se derribó.

El demandado se opone destacando que la finca del actor tiene una superficie, según el título, de 256 metros cuadrados, superficie que no cubre un pasillo de terreno propiedad del demandado al que dan las ventanas y huecos abiertos. Suplica se dicte sentencia declarando no haber lugar a ninguna de las peticiones de la demanda, y en caso de no admitirse así, se estime la reconvencción que formula declarando que la finca del actor está gravada con servidumbre de vistas, constituidas éstas por dos ventanas de grandes dimensiones y un balcón con galería exterior en la planta principal y tres ventanas de grandes dimensiones en la planta segunda.

El Juzgado de Primera Instancia de Molina de Aragón dictó sentencia estimando en parte la demanda y condenando al demandado a que cierre con obra de fábrica la totalidad de los huecos abiertos en la planta baja y en las cuatro plantas superiores en su pared propia contigua a la finca del actor, salvo el hueco central de la primera planta. Estima también en parte la reconvencción formulada por el demandado declarando que la finca del actor está gravada en favor de la finca del demandado por servidumbre de vistas, constituidas éstas por un hueco con voladizo central en la primera o principal de sus plantas.

Interpuesto recurso de apelación por el demandado, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid confirmó íntegramente la sentencia del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado, en base a lo siguiente:

«Considerando que en el motivo primero denuncia el recurrente la existencia de error de hecho en la apreciación de las pruebas, por entender que si en la escritura pública de compraventa, fecha 28 de julio de 1967, título en el que ampara su dominio el actor, consta que la medida superficial de la finca es de 256 metros cuadrados, se ha cometido aquel error al apreciar que su propiedad tenía más de 300 metros cuadrados y que llegaba a la línea de fachada del edificio del impugnante.»

«Considerando que este motivo no puede prosperar: Primero, porque es constante la doctrina jurisprudencial, a cuyo tenor la exactitud de las manifestaciones que en el documento público hagan los contratantes carece de fe pública en cuanto a su veracidad intrínseca, pudiendo esta prueba ser combatida y desvirtuada por los demás medios probatorios (Sentencias de 8 de marzo de 1961, 8 de octubre de 1966 y 24 de mayo de 1973, entre otras muchas). Segundo, porque en las sentencias de primera y segunda instancia no se declara que la propiedad del actor se extienda a más de 300 metros cuadrados. Tercero, porque, en definitiva, la cabida consignada en aquel instrumento público carece de carácter decisivo para fundamentar la tesis del hoy recurrente, relativa a la pretendida existencia de una franja de terreno de más de dos metros de anchura que corre a lo largo de la línea de fachada del edificio levantado por el demandado, que no pertenece al

demandante, puesto que no hay razón para situar el exceso de cabida aludido precisamente a lo largo de aquella línea y entre los predios de los hoy litigantes.»

«Considerando que el motivo siguiente acusa la violación por inaplicación del artículo 350 del Código Civil, en relación con el artículo 348 del mismo texto legal y de los artículos 9.º, 32, 193 y 201 de la Ley Hipotecaria: motivo que debe correr la misma suerte que el primero, dado que el único precepto que se reputa infringido, el citado artículo 350, se limita a establecer que el propietario de un terreno es dueño de su superficie, pero sin prejuzgar la extensión real de ésta, lo mismo que el artículo 348, con que el recurrente lo pone en relación, y en cuanto a las referidas normas de la Ley Hipotecaria, debe advertirse, por un lado, que la inscripción en el Registro de la Propiedad no tiene carácter constitutivo para la adquisición del dominio de los excesos de cabida de las fincas inscritas y, por otro, que la fe pública del Registro no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la descripción de las fincas.»

«Considerando que el motivo tercero se halla incurso en la causa de inadmisión cuarta del artículo 1.729, en relación con el párrafo primero del artículo 1.720 de la Ley Procesal, ya que, como reiteradamente tiene proclamado esta Sala, se falta a la claridad y precisión exigidas por esta última norma, respecto a la expresión del concepto de la infracción, cuando se invocan dos que sean incompatibles, cuales los de «violación» y «aplicación indebida», causa de inadmisión que en esta fase procesal lo es de desestimación.

«Considerando que el motivo cuarto y último tampoco merece ser estimado, toda vez que como base de la acusada violación por inaplicación del artículo 582, párrafo primero, del Código Civil, se parte de un supuesto, consistente en que la propiedad del hoy recurrido no alcanza a la franja de dos metros contada desde la línea de fachada del edificio construido por el recurrente, supuesto expresamente rechazado por los juzgadores de instancia, por lo que se impone, en definitiva, declarar no haber lugar al recurso con los efectos señalados en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

COMENTARIO.—Merece comentarse esa fugaz declaración de esta sentencia, al final del «considerando» tercero, de «que la fe pública del Registro no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la descripción de las fincas».

Dicha declaración podía dejar en mal lugar la posición que mantienen algunas sentencias del propio Tribunal Supremo acerca de la aplicación del principio de legitimación registral a los datos de hecho o descriptivos.

De la línea seguida por la jurisprudencia en este aspecto nos ocupamos con detenimiento al comentar una anterior sentencia, la de 20 de mayo de 1974, en el número 509 de esta Revista, en cuyo comentario advertíamos de la existencia de una jurisprudencia contradictoria, confusa y vacilante que creíamos había quedado superada por esa última sentencia de 20 de mayo de 1974, de la que dijimos que marcaba una época «esclareciendo el sentido de la jurisprudencia, después de la multiplicidad de sentencias de signo diverso, y reforzando la doctrina legal de la de 21 de marzo de 1953 (que también marcó época) y las que la siguen, de 25 de enero de 1958 y 27 de enero de 1973, con lo que, en definitiva, hay fuerte base para entender que el Tribunal Supremo extiende la presunción *iuris tantum* de

exactitud registral a los datos físicos de la finca» (pág. 979 de ese número 509).

¿Qué decir ahora, después de esta declaración de la sentencia?

En primer lugar, hay que decir que se trata de una declaración innecesaria desde la perspectiva de la propia sentencia, lo que ya de entrada puede limitar el valor de la misma frente a esa otra línea jurisprudencial.

Decimos que es innecesaria porque bastaba con esa declaración anterior de «que la inscripción en el Registro de la Propiedad no tiene carácter constitutivo para la adquisición del dominio de los excesos de cabida de las fincas inscritas» y, sobre todo, por lo que acaba de decir en el «considerando» anterior respecto a que «la cabida consignada en aquel instrumento público (y en el Registro) carece de carácter decisivo para fundamentar la tesis del hoy recurrente». Efectivamente, no se trata de que los datos del Registro relativos a la descripción no tengan valor en este caso, sino que la cabida resultante del Registro nada significa respecto a la existencia o no de una franja de terreno situada en la finca del demandado, en el límite de la del actor. Como dice la sentencia, «no hay razón para situar el exceso de cabida aludido precisamente a lo largo de aquella línea y entre los predios de los hoy litigantes». Para confirmar que todo esto nada tiene que ver con la pretendida ineficacia de los datos descriptivos registrales, también podía haberse dicho que como no consta la existencia de esa supuesta franja de terreno en los libros registrales hay que presumir que la misma no existe, o quizá que la finca del demandado lindaba según el Registro con «casa» del actor, o también que la finca del demandado no señalaba unos linderos de la casa que probasen que a continuación existiera una franja de terreno aneja a la misma. Es decir, que de los datos del Registro referentes a datos descriptivos pueden obtenerse conclusiones similares a las que pretende la presente sentencia, sin necesidad de decir que carecen de valor o de garantía. O si tales datos no se pronunciasen en esa forma terminante que acabamos de imaginar, tampoco se desprende del dato de una medida superficial inscrita que tenga que existir o no una franja de terreno en la finca en que el demandado construyó la casa con los huecos o ventanas, pues el Registro guardaba absoluto silencio sobre esa franja.

Tampoco queda claro a qué principio hipotecario se quiere referir la sentencia cuando dice eso de que «la fe pública del Registro no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho». Sabido es que aquella línea jurisprudencial favorable a los datos de mero hecho se refería exclusivamente a la presunción derivada del principio de legitimación, no a la presunción *iuris et de iure* derivada del principio de fe pública. Al emplear ahora la sentencia este término de «fe pública» no sabemos si se refiere sólo al principio de fe pública o también al principio de legitimación. Ahora bien, parece que lo emplea en sentido amplio de «publicidad registral». Pero si esto es así merece crítica desfavorable, pues la presunción derivada del artículo 38 de la Ley Hipotecaria ha de entenderse en el sentido amplio que denota la frase «en la forma determinada en el asiento respectivo», en la que caben perfectamente los datos descriptivos.

Sea de esto lo que fuere, lo cierto es que hay que destacar otra limitación del ámbito de la declaración de la sentencia, pues no puede referirse a la exclusión de la presunción de exactitud en sentido positivo, sino, a lo sumo, a la exclusión de la presunción de integridad. Que para nada afecta

a la presunción registral de exactitud, se comprueba por dos razones: 1.ª Porque el supuesto de hecho no se refiere al aspecto positivo del dato inscrito, sino al valor que se pretende dar al hecho de no estar inscrito el exceso de cabida, lo que demuestra que no estamos en el campo de la presunción de exactitud, sino en el de la presunción de integridad, campo este último en que la doctrina duda que se aplique el principio de legitimación. 2.ª Porque no se plantea directamente la interpretación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, sino del artículo 32 en relación con el exceso de cabida no inscrito, precepto este que contempla el principio de que «lo no inscrito no perjudica a tercero».

Por tanto, aun en el supuesto de que se pretendiese dar cierto alcance a la declaración de esta sentencia, nunca podría decirse que desvirtúa la presunción de exactitud de los datos de hecho descriptivos que constan inscritos, sino únicamente que los datos descriptivos no quedan cubiertos por la presunción de integridad del artículo 32, lo cual dejaría amplio campo para que el principio de legitimación registral se aplicase a los datos descriptivos a través de la presunción positiva de exactitud, consistente en que lo inscrito se presume que es exacto, salvo prueba en contrario.

No obstante, aun así no estaríamos de acuerdo con que el principio de legitimación no deba aplicarse a la presunción de integridad, es decir, a la presunción de que lo que no consta inscrito se presume que no existe, salvo prueba en contrario, pues, como dijimos en otra ocasión, la Exposición de Motivos de la Ley de 1944-46 alude a esa presunción de integridad y no sólo a la de exactitud.

En cualquier caso, una declaración como la de la presente sentencia, que hemos caracterizado como fugaz, innecesaria y carente de argumentación y de profundidad, no puede servir para deshacer aquella línea jurisprudencial contraria, que destaca la importancia de los datos descriptivos que constan inscritos en el Registro de la Propiedad.

TERRENOS DE PROPIEDAD PARTICULAR DENTRO DE LA ZONA MARÍTIMO-TERRESTRE. EL DESLINDE ADMINISTRATIVO DE LA ZONA NO TIENE EFECTOS CIVILES DE ATRIBUCION DE PROPIEDAD NI DE POSESION A FAVOR DEL ESTADO. POSIBILIDAD DE PRESCRIPCION ADQUISITIVA A FAVOR DE PARTICULARES CON ANTERIORIDAD A LA LEY DE PUERTOS DE 1880, COMO CONSECUENCIA DE DEGRADACION NATURAL DE LA ZONA. VALOR Y FUERZA DE LA PRESUNCION REGISTRAL DEL ARTICULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA (SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1977).

Hechos.—El Abogado del Estado, en su peculiar representación, presentó demanda contra doña M.ª Vicenta L. Arostegui, exponiendo que a solicitud de la demandada se siguió expediente de deslinde de la zona marítimo-terrestre de la margen izquierda de la ría de Deva, que terminó con orden de deslinde que ganó firmeza al no ser objeto de recurso, suplicando se cite sentencia acordando la declaración de dominio público de los terrenos sobrantes del deslinde de la zona marítimo-terrestre, margen izquierda de la ría de Deva, término municipal de Motrico, y en su caso, la restitución.

ción por la demandada del terreno que ocupara o hubiera ocupado, así como la declaración de nulidad y consiguiente cancelación de las inscripciones registrales.

La demandada contesta oponiendo que entre la antigua zona y la moderna existen terrenos de su propiedad que no pertenecen al dominio público.

Como hechos esenciales tenidos en cuenta en el pleito aparecen: a) Que por auto de fecha 1885, en expediente posesorio dictado por el Juzgado Municipal, entonces de Motrico, se declaró justificada la posesión en que se hallaba la antigua titular de la finca que se discute, lindante por el este y el sur con el río Deva, desde hacía cuarenta y cinco años, practicándose, en consecuencia, la inscripción primera de la finca en 1885, y a raíz de ella se realizaron sucesivas transmisiones, hipotecas y actos jurídicos de la finca, determinantes de sucesivas actividades registrales hasta el número de 46, quedando convertida la inscripción de posesión en inscripción de dominio el 23 de febrero de 1972. b) Que por Resolución de la Dirección General de Puertos y Señales Marítimas, por delegación del excelentísimo señor Ministro de Obras Públicas, de fecha 9 de noviembre de 1973, se aprobó el acta y plano de deslinde de la zona marítimo-terrestre, lindante con la finca denominada «Casa Campo», a instancia de la ahora demandada, titular registral de la finca, en los que se definen los límites de la zona antigua y actual, sin prejuzgar los derechos de particulares, absteniéndose la Administración de realizar acto alguno de naturaleza posesoria sobre los terrenos que se hallen inscritos en el Registro de la Propiedad hasta que tales inscripciones sean anuladas o canceladas por los Tribunales ordinarios.

El Juez de Primera Instancia número dos de los de San Sebastián dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara no haber lugar al recurso, siendo la doctrina de la sentencia, en esquema, la siguiente:

1.º *Efectos no civiles del deslinde administrativo de la zona marítimo-terrestre.*—Dice la sentencia que en estos deslindes «es principio general que el mismo no resuelve más que un problema de límites, es decir, la determinación de hasta dónde llega aquella zona, sin que, por tratarse de un mero acto administrativo, pueda ser determinante de declaraciones de propiedad, ni tan siquiera de posesión, lo que produce que en manera alguna pueda generar secuencia atributiva de dominio, que únicamente procede decidir en el correspondiente juicio declarativo ante la jurisdicción civil, que es el actualmente contemplado», por todo lo cual no es suficiente alegar que quedó firme la resolución administrativa de deslinde ni su fuerza de documento público, que no afecta a lo dicho. Además, añade la sentencia que «la aceptación—por el particular—de un deslinde administrativo, por la naturaleza y efectos expresados, lo único que revela es la existencia de una actividad delimitadora en el exclusivo ámbito administrativo, pero no una secuencia indeclinable dominical en favor del Estado, cual la parte recurrente pretende».

2.º *Sentido de la reserva legal de derechos de los particulares en la zona marítimo-terrestre.*—Las expresiones de la Ley de Puertos de 1880 y 1928, refiriéndose a la consideración del dominio público de la zona marítimo-terrestre, «sin perjuicio de los derechos que corresponden a los particulares», y del artículo 1.º de la Ley de Costas de 1969, que insiste en lo mismo diciendo «sin perjuicio de los derechos legalmente adquiridos», son interpretadas por la presente sentencia así: «Bien entendido que esas reservas legales de derecho afectan no exclusivamente, en contra del criterio de la parte recurrente, a los producidos por concesiones de uso y aprovechamiento o de propiedad por la soberanía real y no por otra causa, y concretamente por la derivada de actos posesorios posibilitadores, en el campo estrictamente civil de atribución dominical privada, por vía de prescripción adquisitiva, ya que a ello se opone el genérico principio de derecho de que donde la norma jurídica no distingue no se debe distinguir, y pues que si el legislador pretendiese limitar modos adquisitivos así lo habría consignado».

Más adelante, concreta más su doctrina, dejando claro que la admisión de la prescripción adquisitiva o usucapión a favor de particulares sólo se refiere a supuestos anteriores a la Ley de Puertos de 1880: «El aspecto de demanialidad de la zona marítimo-terrestre, con el efecto al mismo inherente de inenajenabilidad e imprescriptibilidad..., tiene su génesis, de tal manera específica, en la Ley de 7 de mayo de 1880, por lo que con anterioridad a ella venía posibilitada la atribución de dominio, en favor de particulares, sobre terrenos posteriormente integrados en lo que pasó a configurar tal zona marítimo-terrestre legalmente instaurada, siempre que el acto originador de tal atribución se hubiese producido antes de dicha Ley de 7 de mayo de 1880, como ya tiene reconocido esta Sala en 1.º de diciembre de 1966..., pues que con anterioridad a esta ley, por el fenómeno fáctico jurídico de la degradación, perdían el carácter de bienes demaniales sin necesitar de acto formal de desafectación para posibilitar su adquisición particular por la usucapión, que es lo declarado probado en la sentencia afectada por el recurso de que se trata, con lo que, en definitiva, produce como consecuencia que si ciertamente con posterioridad a la entrada en vigor de la referida primera Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880, dada la consideración demanial que se atribuyó a tal zona marítimo-terrestre, conformada por el espacio de las costas o fronteras marítimas del territorio español que baña el mar en su flujo y reflujo, en donde son sensibles las mareas, y los mayores de los temporales en donde no lo sean..., solamente una desafectación expresa legal puede hacer derivar derechos en favor de particulares, convirtiendo en *res privata* lo que por su propia naturaleza tenía el carácter de *res in usu publico*; en lo referente a situaciones anteriores a dicha Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880, esos derechos reconocibles a particulares podían adquirirse sin dicho acto formal de desafectación y sí simplemente por la repetida circunstancia de desafectación natural, consistente en que el bien, que inicialmente era de naturaleza privada, puede perder esa condición por alteración natural de sus condiciones físicas, por la degradación surgida de haber quedado el terreno afectado desplazado del normal destinado a uso público, al no estar entonces acogida aquella consideración demanial a lo que pasó a integrar posteriormente la expresada zona marítimo-terrestre establecida en la Ley de Puertos de que se viene haciendo referencia, dando origen a derechos legalmente ad-

quiridos por particulares con base en los distintos medios que el Derecho admite, y entre ellos, cual en el presente caso reconoce la sentencia recurrida ha sucedido, por el vehículo jurídico de la usucapión o prescripción adquisitiva del dominio, como admite la Sentencia de esta Sala de fecha 7 de mayo de 1975».

3.º *Valor de la presunción legitimadora del artículo 38 de la Ley Hipotecaria respecto a los terrenos sitos en la zona marítimo-terrestre y referencia a la jurisprudencia existente sobre el asunto.*—«En lo que afecta al sexto motivo del recurso, amparado en pretendida infracción de ley por aplicación indebida del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, se desestima por la sencilla razón de que si indudablemente, según tiene reconocido la Sentencia de 3 de junio de 1974, insistiendo en reiterado criterio jurisprudencial, están exceptuados de la inscripción en el Registro de la Propiedad los bienes de dominio público, a que se refiere el artículo 339, número 1.º, del Código Civil, por no necesitar tales bienes de las ventajas y garantías que proporciona el sistema registral, cuyo contenido no puede perjudicarles mientras no se produzca su desafectación o cambio de destino, así como que el principio de legitimación registral, formulado por el mencionado artículo 38 de la Ley Hipotecaria, lo es solamente con la fuerza y virtualidad de una presunción *iuris tantum*, como indican las Sentencias de 7 de mayo de 1975 y 23 de abril de 1976, entre otras, de tal modo que aquella presunción queda enervada cuando frente a la inscripción registral se acredite la real existencia de una zona marítimo-terrestre de dominio público perfectamente determinada y dentro de la cual se justifique que los terrenos litigiosos se encuentren inscritos a nombre de un particular; no obstante, todo ello es siempre y cuando se mantenga la consideración de persistencia de la naturaleza de bien de dominio público en el objeto de inscripción, pues que desaparecida esa consideración, por la tantas veces aludida desafectación natural, a causa de degradación determinante de adscripción al dominio particular del terreno inscrito, y que viene reconocido en el supuesto contemplado, cobra toda su fuerza la repetida presunción registral.»

COMENTARIO.—Esta sentencia hace unas importantes matizaciones respecto a la jurisprudencia existente sobre la zona marítimo-terrestre en relación con las propiedades de particulares con título inscrito en el Registro.

Hasta ahora, la jurisprudencia venía recalcando las notas de inalienabilidad e imprescriptibilidad de los terrenos sitos en la zona marítimo-terrestre, por ser esta zona de dominio y uso público, y daba la sensación de que no era posible la existencia de un terreno de propiedad particular dentro de dicha zona, a pesar de venir amparado por título inscrito en el Registro de la Propiedad. Así resulta de las Sentencias citadas en la presente de fechas 28 de noviembre de 1973, 2 de julio y 3 de junio de 1974, 7 de mayo de 1975 y 23 de abril y 2 de diciembre de 1976. Además, hay otra Sentencia que no tiene ocasión de citar la que ahora se comenta, que es de fecha 25 de octubre de 1976, que sólo concede derechos de propiedad a los particulares en la zona marítimo-terrestre si se demuestra que ha habido una previa desafectación o cambio de destino de la zona, y ello a pesar de que la finca litigiosa contaba con una historia registral que arrancaba del año 1871, fecha anterior a la primera Ley de Puertos.

Pues bien, la presente sentencia no se opone a esa jurisprudencia exis-

tente, pero la suaviza en alguna medida, pues contempla un supuesto en que da prevalencia a la situación registral de la propiedad privada frente al deslinde administrativo de la zona marítimo-terrestre, lo que no deja de ser insólito dentro de esa línea jurisprudencial, y además puntualiza el alcance de dicha jurisprudencia, ya que advierte que las notas de imprescriptibilidad e inalienabilidad no se oponen a la admisión de prescripción adquisitiva de terrenos por parte de particulares, siempre que se trate de situaciones de degradación natural de la zona marítimo-terrestre con anterioridad a la primera Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880.

Por un lado, esta sentencia es acertada, pues destaca esa posible degradación natural de la zona marítimo-terrestre y la posible adquisición de terrenos por los particulares no sólo como consecuencia de una desafectación administrativa expresa, como pretendía el recurrente, sino por cualquier medio adquisitivo, dando el argumento importante de que en los correspondientes preceptos de las Leyes de Puertos y de la vigente de Costas, en que se hace reserva de derechos adquiridos por los particulares, no se distingue entre medios adquisitivos, por lo que donde la ley no distingue, no debe hacerlo el intérprete, limitando el supuesto a la desafectación expresa de la zona.

Pero, por otro lado, la sentencia limita el alcance de esos preceptos de modo no convincente y, además, innecesariamente en relación con el supuesto debatido.

No acaba de quedar claro, en primer lugar, por qué sólo puede admitirse la degradación natural de la zona marítimo-terrestre y posible prescripción adquisitiva a favor de los particulares con anterioridad a la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880. Es cierto que esta ley fue la que por primera vez definió la zona marítimo-terrestre como bien de dominio y uso público, pero de ahí no puede deducirse que no quepa la degradación natural de la misma como consecuencia de haberse ganado terrenos al mar y producirse terrenos sobrantes al avanzar la línea anterior de la zona. Tanto en esa ley como en la de Puertos de 1928, se regula ese supuesto. Así, por ejemplo, en el artículo 2.º, se dice que «cuando por consecuencia de estas accesiones y por efecto de retirarse el mar, la línea interior que limita la expresada zona avance hacia aquél, los terrenos sobrantes de lo que era antigua zona marítimo-terrestre pasarán a ser propiedad del Estado, previo el oportuno deslinde por los Ministerios de Hacienda, Fomento y Marina, y el primero podrá enajenarlos cuando no se consideren necesarios para servicios marítimos u otros de utilidad pública». Si se relaciona este precepto con el artículo 1.º, en que se define la zona marítimo-terrestre, hay que llegar a la conclusión de que ese terreno sobrante deja de ser bien de dominio y uso público cuando se produce el retroceso del mar, pues ya no se adapta por definición al concepto de la zona de ser bañada por el mar en su flujo y reflujo o por las mayores olas en los temporales. Ahora bien, en el artículo 2.º hemos visto que se establece el requisito del previo deslinde para que la antigua zona pase a ser propiedad del Estado. De aquí no se desprende que no pueda ser susceptible de prescripción por los particulares, sino todo lo contrario, frente a lo que dice la presente sentencia: cuando se produce el deslinde, la parte antigua de la zona pasa a ser propiedad patrimonial del Estado y, en consecuencia, cabe la enajenación y la prescripción adquisitiva de los particulares, y antes del deslinde, también cabe interpretar que es posible la prescripción adquisitiva,

pues el deslinde sólo es requisito para que se produzca la adquisición privativa del Estado, no para que tenga lugar la desafectación natural, que se produce automáticamente atendiendo a la definición del artículo 1.º En otro caso, habría que interpretar que el deslinde administrativo tiene efectos constitutivos, y esto es inadecuado dada su naturaleza, como tiene ocasión de poner de relieve la presente sentencia a otros efectos, cuando alude a que sólo tiene consecuencias de tipo administrativo, no civil. Nosotros entendemos, pues, que con posterioridad a la Ley de Puertos de 1880 y aun a la Ley de 1928, cabe la degradación natural y la prescripción adquisitiva a favor de los particulares. Y si pasamos al artículo 5.º de la vigente Ley de Costas de 1969, la conclusión ha de ser similar, pues en su número 2.º se dice textualmente que «cuando por consecuencia de estas accesiones o por efecto de retirarse el mar, la línea interior que limita la expresada zona avance hacia aquél, los terrenos de la zona marítimo-terrestre que no constituyan playa y no sean necesarios para el uso público, se incorporarán al patrimonio del Estado, una vez recibidos por el Ministerio de Hacienda, con arreglo a la ley reguladora de dicho patrimonio y previo el oportuno deslinde». Aquí se lee que la línea interior de la zona avanza hacia el mar como consecuencia de la retirada de éste; luego la degradación es automática, como consecuencia de las accesiones y de la retirada del mar, y de la propia definición de la zona marítimo-terrestre. La referencia al previo deslinde es también un requisito para que el terreno sobrante pase al patrimonio del Estado, pero no un requisito para que el mismo sea apto para la usucapión por los particulares, pues nada de esto se dice en el precepto, por lo que hay que aplicar la definición del artículo 1.º de la zona, que lógicamente determina que haya quedado un sobrante sin ser bañado por el mar automáticamente y sin necesidad de deslinde alguno. El deslinde podrá ser interesante a efectos de prueba, pero si no se produce, no obsta a la repetida prescripción adquisitiva si ésta se consuma y se prueba el retroceso del mar en su momento oportuno.

Esta interpretación es más acorde con la redacción de los preceptos legales que aluden a las reservas de derechos a favor de particulares, pues si se entendiese que sólo se refiere a situaciones consolidadas con anterioridad a 1880, también podría decirse frente a la sentencia lo que ella misma dice: que esos preceptos no distinguen las fechas ni son disposiciones transitorias, sino que, como algo posible en el momento en que se dictan, aluden a la zona como «bien del dominio público sin perjuicio de los derechos legalmente adquiridos» (art. 1.º de la Ley de Costas de 1969) o «sin perjuicio de los derechos que correspondan a los particulares» (artículo 1.º de la Ley de Puertos de 1928).

Un sector de la doctrina tampoco quiere limitar las adquisiciones de los particulares al momento anterior a la Ley de 1880. Así, MARTÍNEZ ESCUDERO, en su libro sobre *Playas y Costas* (Editorial Montecorvo, 1970, página 150), frente a la opinión de FERNESA RIBÓ, que sólo admite la adquisición de particulares por desafectación expresa de la Administración, sin perjuicio de la posibilidad de usucapiones sobre terrenos ganados al mar, consolidados con anterioridad a la vigencia de la Ley de Puertos, señala que caben los enclaves de propiedad privada dentro de la zona marítimo-terrestre, aunque no se hayan producido por desafectación, diciendo: «Cuando la ley habla de terrenos enclavados dentro de la zona marítimo-terrestre, no puede referirse a terrenos adquiridos a la Administración previa des-

afectación, pues si hay desafectación—desafectación natural, por supuesto—, la zona marítimo-terrestre queda modificada y los terrenos desafectados y enajenados ya no forman parte de la zona marítimo-terrestre y, por tanto, no puede decirse que estén dentro de la misma». Y cita las opiniones de GARRIDO FALLA, GUAITA y ARNANZ DELGADO, favorables a la admisión de propiedades particulares dentro de la zona marítimo-terrestre, frente a la opinión de FORNESA RIBÓ. Ya el recurrente, en el caso de la Sentencia de 7 de mayo de 1975, argumentaba acertadamente lo siguiente respecto a la interpretación del artículo 1.º de la Ley de Costas: si la reserva de derechos a favor de particulares sólo se refiriese a la desafectación «quedaría sin contenido la excepción legalmente prevista, puesto que la exigencia de una previa desafectación ya les habría privado a los bienes del carácter de dominio público del que parten las referidas normas para prever posibles excepciones».

Por tanto, extraña que la presente sentencia admita la prescripción adquisitiva de terrenos por los particulares por el argumento de que la ley no distingue los modos adquisitivos y, en cambio, la limite a supuestos anteriores a la Ley de Puertos de 1880, cuando los preceptos que conceden las reservas de derechos tampoco distinguen las fechas de adquisición.

Además, decíamos que la limitación de fechas que hace la sentencia no sólo no es convincente, sino que tampoco es necesaria dentro del supuesto planteado, hasta el punto de que la declaración en ese sentido parece un *obiter dictum*. Efectivamente, la sentencia se plantea un supuesto adquisitivo anterior a 1880, por lo cual es lógico que diga que cabe la prescripción adquisitiva anterior a 1880, pero no lo es que añada que con posterioridad a esa fecha ya no cabe la misma. Este añadido lo debería hacer, en su caso, una sentencia que se encarase con el supuesto posterior a 1880, pero no ésta en que se plantea exclusivamente la adquisición anterior, pues con tal declaración se sale del supuesto planteado, puede mediatizar futuras decisiones y es, por tanto, un *obiter dictum*, al que no debería atenderse a efectos de doctrina legal, a pesar de la insistencia de la presente resolución.

Pero la sentencia no sólo puntualiza el sentido que hay que dar a la reserva de derechos de los particulares en la zona marítimo-terrestre, sino que también matiza el valor que tiene la presunción registral del artículo 38 de la Ley Hipotecaria en este punto.

La línea jurisprudencial existente se había mostrado demasiado dura con la presunción legitimadora del artículo 38 de la citada ley, según tuvimos ocasión de comentar con motivo de la Sentencia de 7 de mayo de 1975 (en esta Revista, núm. 515, págs. 919 a 921), hasta el punto de que parecía que no tenía ningún valor frente al deslinde administrativo de la zona, ni siquiera a través del artículo 35 de la propia ley, que, como se sabe, contempla la usucapión *secundum tabulas* derivada de la fuerza legitimadora de los asientos registrales.

Pues bien, la presente sentencia se muestra mucho más respetuosa con la presunción del artículo 38 que las anteriores. A pesar de ello, la obsesión que tiene por demostrar que no rompe la línea jurisprudencial anterior, sino que la completa decidiendo distinto supuesto, hace que no quede del todo claro cuál es el valor que se da, en definitiva, a los asientos del Registro en relación con la zona marítimo-terrestre.

En todo caso, ahí está la tajante declaración de que en el supuesto con-

templado «cobra toda su fuerza la repetida presunción registral», lo que ya es bastante para matizar esa línea dura y excluyente de la jurisprudencia. Ahora bien, para nosotros, la presunción del artículo 38 es «a todos los efectos legales» y, además, es presunción de dominio y de posesión, respecto este último que puede dar lugar a la usucapión *secundum tabulas* del artículo 35, y en todo caso invierte la carga de la prueba, haciendo que sea el Estado quien tenga que demostrar que el terreno inscrito situado dentro de la zona deslindada fue siempre de dominio y uso público. Sin embargo, reconocemos que esta sentencia no llega a tanto, pues parece que se limita a reconocer la fuerza y vigor de la presunción registral sólo cuando previamente se demuestre que la zona ha sido objeto de degradación natural. Pero si efectivamente fuera así, sería criticable desde nuestro punto de vista, pues ni en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria ni en el artículo 35 resultan esos límites de la presunción. Además, sería absurdo dar mayor valor probatorio *a priori* al deslinde administrativo que a la presunción registral, cuando precisamente en la vía administrativa no cabe perjudicar al titular registral, a pesar del deslinde, sino que el Estado ha de acudir a la jurisdicción civil ordinaria. Esto quiere decir que el mero deslinde no puede servir para desplazar la carga de la prueba en contra del titular registral. En este sentido es también criticable la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, que parece admitir ese desplazamiento de la carga de la prueba, en contra del artículo 38 de la Ley Hipotecaria y de los efectos propios del deslinde administrativo. Justo es reconocer que la presente sentencia no cae en este contrasentido, pues frente a la interpretación del Abogado del Estado recurrente, dice que se comete «defecto de petición de principio, al hacer supuesto del dominio del Estado sobre el terreno reivindicado». Es cierto que en otro «considerando» cita la doctrina jurisprudencial existencia y parece reconocer la presunción de dominio estatal sobre la zona marítimo-terrestre. Pero al final reconoce, con todos los límites que se quiera, el valor de la presunción registral del artículo 38 de la Ley Hipotecaria en el problema de la zona marítimo-terrestre, lo que exige darle unos efectos contrarios a esa presunción de dominio estatal.

PRINCIPIO DE LEGITIMACION REGISTRAL: CABE APLICAR LA PRESUNCION DEL ARTICULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA RESPECTO AL DOMINIO DE LA FINCA INSCRITA, SI ESTA ES IDENTIFICADA POR EL JUZGADOR A TRAVES DE DIFERENTES MEDIOS DE PRUEBA CON LA FINCA OBJETO DE AUTOS, SIN NECESIDAD DE HACER PREVIA RECTIFICACION DE ERRORES DESCRIPTIVOS EN EL REGISTRO. SERVIDUMBRE DE PASO: SOLO PUEDE ADQUIRIRSE POR TITULO O POR PROBADA PRESCRIPCION INMEMORIAL O PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1977).

Hechos.—Don Ignacio C. Arteaga interpone demanda contra don Nicomedes G. Gómez sobre inexistencia de servidumbre, exponiendo que era propietario como libre de cargas, según títulos y Registro de la Propiedad, de una parcela de terreno en la calle Zenit, de Aravaca, y que en base a esa completa libertad de gravámenes comenzó las obras de un chalet, que ha-

bían sido suspendidas por decretarlo así la Audiencia Provincial, en interdicto de obra que interpuso en su día el demandado, alegando que tenía derecho de paso sobre la parcela del actor, no habiendo entrado en el fondo, dada la naturaleza de los interdictos, la Audiencia Provincial. Por ello suplica ahora se dicte sentencia declarando la no existencia de ninguna servidumbre sobre su finca, dejando sin efecto las medidas cautelares del proceso interdictal, para que así pueda realizar las obras que estimase el actor necesarias en el ejercicio de su derecho de propiedad.

El demandado se opone alegando que el título esgrimido por el actor no valía ni servía para el ejercicio de su acción negatoria de servidumbre, pues faltaba coincidencia de linderos entre la descripción de su título inscrito y la de la finca que ocupaba en la realidad, por lo que no podía el actor, en base a esa titularidad, ejercitar una acción real negatoria de servidumbre.

El Juez de Primera Instancia número 14 de los de Madrid dictó sentencia estimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda de la Audiencia Territorial de dicha capital.

El demandado interpone recurso de casación basándose fundamentalmente en que había adquirido servidumbre de paso por prescripción inmemorial, con cómputo anterior al Código Civil, y en que la sentencia recurrida había infringido, por interpretación errónea, el artículo 38 de la Ley Hipotecaria y, por violación, los artículos 40-c), 211, 212, 214 y 215 de la misma ley. Se apoya en que el actor carecía de la necesaria legitimación *ad causam* para el ejercicio de la acción negatoria de servidumbre, por cuanto no coincidía la descripción registral de la finca con la que señalaba en la demanda y ocupaba en la realidad, y que para lograr la eficacia de la presunción registral de dominio, que, según el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, lo es en la «forma determinada por el asiento respectivo», debería haberse seguido con carácter previo por parte del actor alguno de los procedimientos de rectificación de errores en el Registro, y al no haberse hecho así, se había producido infracción de los citados preceptos.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín, declara no haber lugar al recurso, destacando lo que se dice en el «considerando» segundo:

«Considerando que el decaimiento de los motivos anteriores lleva consigo el de los primero y cuarto del recurso, dirigidos por la vía formal del número uno del mencionado artículo 1.692: el primero, no sólo porque el Tribunal *a quo* no ha realizado labor exegética alguna respecto al artículo 38 de la Ley Hipotecaria, sino que se ha limitado a aplicar la presunción establecida en su primer párrafo en favor de la persona que tenía inscrito el dominio de la finca litigiosa en el Registro de la Propiedad, cuya identificación estima acreditada en el proceso a través de otros medios de prueba, por lo que dicho señor no tenía necesidad de acudir al procedimiento establecido en el apartado c) del artículo 40, en relación con los 211, 214 y 215 de dicho Cuerpo legal, siendo el demandado quien debía haber justificado lo contrario y quien, al no haberlo hecho, da lugar a que el motivo se apoye en elementos fácticos distintos de los admitidos por el Juzgador de instancia; el cuarto, porque la servidumbre de paso objeto de la presente litis, por su condición de discontinua, sea o no aparente, tan sólo puede adquirirse en nuestro Ordenamiento positivo en virtud de título, conforme a lo prevenido en el artículo 539 del Código Civil (Sentencia de 11 de noviem-

bre de 1954), salvo que se hubiera obtenido por prescripción inmemorial con anterioridad a la publicación de dicho Cuerpo legal (Sentencias de 3 de julio y 14 de noviembre de 1961) o en la forma establecida en el artículo 1.939 de la misma ley sustantiva (Sentencia de 22 de octubre de 1955), circunstancias que no concurren en el supuesto que aquí se contempla, dado que la existencia de título acreditativo de este gravamen no aparece para nada en los documentos de propiedad de las fincas pertenecientes al actor, al demandado, ni en los de sus respectivos causantes, según expresamente se hace constar en los considerandos cuarto y quinto de la sentencia recurrida, y dado igualmente que ni siquiera se ha intentado probar por la parte a quien corresponde, con arreglo al artículo 1.214 del Código Civil, la prueba de la prescripción, en que el recurrente fundamenta su derecho (sexto considerando de la Sala), por lo que los elementos fácticos en que se apoyan estos motivos son contrarios a los admitidos por el Tribunal *a quo* y se hallan incursos en la causa de inadmisión señalada en el número 9 del artículo 1.729 de la Ley de Trámites, que lo es de desestimación en esta fase decisoria.»

COMENTARIO.—Es acertada esta sentencia al considerar bien aplicada por la Sala de instancia la presunción *iuris tantum* del artículo 38 de la Ley Hipotecaria a favor de quien tenía inscrito el dominio de una finca en el Registro, a pesar de que uno de los linderos que figuraba en la inscripción no coincidía con el que tenía en realidad la finca.

Lo que no se acaba de razonar es por qué no constituye obstáculo para aplicar la presunción de dominio del artículo 38 de la Ley Hipotecaria la discordancia de datos descriptivos en el momento de interponer la demanda, y por qué no es necesario seguir con carácter previo a ésta el correspondiente procedimiento de rectificación de errores de la inscripción, como pretendía el demandado recurrente.

A primera vista, ya se advierte que si para aplicar el principio de legitimación registral fuese necesaria esa concordancia literal y exacta entre los datos formales descriptivos del asiento y los datos resultantes de la realidad física de la finca, sería tanto como dejar en letra muerta el artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

El recurrente utiliza el argumento de que el artículo 38 señala la presunción de dominio sólo «en la forma determinada por el asiento respectivo». Pero esto no puede significar que cualquier inexactitud de los datos físicos descriptivos contenidos en la primera parte del asiento paralice o destruya las consecuencias jurídicas de un asiento vigente. Lo que esa frase significa es que es necesario hacer una labor interpretadora del asiento, con lo cual ponemos de relieve la importancia que debe tener el capítulo de la interpretación de asientos registrales, tan descuidada en la doctrina hipotecarista y de la que pretendimos dar unas primeras ideas hace ya mucho tiempo, con ocasión del comentario de otra sentencia. Ahora recalcamos que la interpretación de los asientos ha de ser sistemática y, además, constructiva, con objeto de evitar que quede sin ningún efecto un asiento vigente so pretexto de una «intrascendente defectuosa descripción», como acertadamente dice la sentencia de instancia en este caso.

En el presente caso, se hizo esa constructiva interpretación del asiento, pues en el «considerando» primero se advierte que la Sala de instancia llegó a sus propias conclusiones a través de la interpretación del certifi-

cado de inscripción, y lo hizo, añadimos nosotros, dando plena eficacia a la presunción de dominio que resultaba de dicha inscripción.

Además, tratándose del problema de la identidad o identificación de la finca, como aquí se planteaba, la interpretación de inscripciones cobra una especial característica, que confirma que no es adecuada la posición del recurrente.

En la identificación de fincas no se trata sólo y simplemente de interpretar los datos del Registro, sino de confrontarlos con otros datos extrínsecos de la realidad, pues la identificación tiene ese aspecto de comprobación de si la finca inscrita en los libros es o no la ocupada en la realidad y sobre el terreno, lo que requiere esa interpretación conjunta de datos registrales y datos extrínsecos al Registro. Y si esta calificación se hace dentro de un proceso, como aquí sucedía, hay que poner en relación la certificación registral con otros medios de prueba para deducir si existe o no identidad de finca. Esto es lo que hizo el Juzgador comparando los datos registrales con el informe pericial, con la prueba de reconocimiento judicial y con los planos aportados, llegando a esa conclusión de que la finca inscrita era la misma que ocupaba en el terreno del actor, a pesar de la diferencia de algún lindero.

Luego es en el propio proceso en el que se plantea la eficacia del asiento respecto al dominio inscrito, donde se califica e interpreta directa y simultáneamente la identificación de la finca, sin necesidad de seguir un previo procedimiento de rectificación de errores.

Por tanto, la frase del párrafo 1.º del artículo 38 de la Ley Hipotecaria en que se apoya el recurrente, lo que está pidiendo es una adecuada interpretación de todos los datos del asiento, teniendo en cuenta los oportunos criterios interpretativos y no la exclusión de la eficacia del asiento. O sea, que no constituye obstáculo para que opere el principio de legitimación registral la falta de rectificación de algún dato descriptivo erróneo, pues no resulta así del artículo 38 de la ley, que es en su párrafo segundo donde exige que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente. En el supuesto de rectificación de datos descriptivos no tiene lugar la nulidad ni la cancelación del asiento en principio, sino únicamente cuando como consecuencia de lo resuelto en el pleito se produzca defecto de identidad de finca, no cuando, como aquí sucedía, se confirme la identidad de la finca inscrita con la existente en la realidad. Una vez más, se advierte que no estamos en el caso del artículo 38, ni siquiera en el de su párrafo segundo, pues se trata de un problema de identidad de finca que debe resolverse en el mismo proceso y no con carácter previo. Lo que sí puede decirse en el caso de existir alguna discordancia descriptiva es que va a ser más difícil la identificación de la finca, con la posible consecuencia de que el pleito termine declarando la falta de identidad, como ha sucedido en numerosas ocasiones, pero no impedirá entrar en el fondo del asunto ni mucho menos exigir que se siga ese previo trámite registral de rectificación de errores descriptivos antes de interponer la demanda.

Además, el trámite registral de rectificación de errores descriptivos de linderos no tiene prácticamente ninguna exigencia especial. Es el propio titular registral el que, aprovechando la realización de cualquier operación jurídica, puede rectificar los linderos reflejados en una inscripción anterior. Recuérdese la regla 4.ª del artículo 51 del Reglamento Hipotecario y la

no existencia de ningún requisito especial para la rectificación de linderos, a diferencia de la rectificación de la medida superficial. El único límite a tener en cuenta es el derivado de la calificación registral por razones de identidad de finca, que, como es sabido, cuenta con elementos limitados en nuestro sistema y que, en cualquier caso, va orientada fundamentalmente a evitar la doble inmatriculación, que no es el supuesto del presente caso.

Por todo ello, mal puede exigirse como requisito previo a la demanda lo que en la propia demanda puede hacerse a base de actualidad o rectificar aquellos datos erróneos descriptivos, siempre que no quede perjudicada la identidad de la finca. Con el citado artículo 51, regla 4.ª, del Reglamento Hipotecario en la mano, la nueva descripción de la finca en el Registro será *un efecto* del resultado del proceso favorable a la demanda en que se hace esa nueva descripción, y no *un requisito* de la misma. Es decir, como *consecuencia* de este proceso, el actor podrá obtener la rectificación del dato desiriptivo de la finca inscrita a su favor.

JUICIO DECLARATIVO SOBRE NULIDAD DE ACTUACIONES DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA: NO CABE RECURSO DE CASACION POR TENER, A ESTOS EFECTOS, LA MISMA NATURALEZA QUE EL PROCEDIMIENTO CUYA NULIDAD SE INSTA. COMPETENCIA DEL JUZGADO. SUBROGACION DE ACREEDOR POSTERIOR. PLAZO DE ADJUDICACION DE LA FINCA EN PAGO DEL CREDITO EN EL PROCEDIMIENTO DEL 131 (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1977).

Hechos.—Doña Sara L. Rodríguez formuló demanda contra «Imeca, Sociedad Anónima», y contra don Benjamín Arnáez, estableciendo en síntesis: que se había seguido procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria por don Benjamín Arnáez, acreedor hipotecario, para la devolución de un préstamo concedido a la actora; que en dicho procedimiento compareció «Imeca, S. A.», como segundo acreedor hipotecario solicitando y obteniendo la subrogación en el lugar del primer acreedor hipotecario que instó el procedimiento, subrogación que estimaba improcedente por implicar, según la actora, una burla de la suspensión del procedimiento de ejecución de hipoteca que también había seguido contra la actora dicha sociedad, y que fue paralizado por haber interpuesto dicha actora querella de falsedad de la escritura de constitución de segunda hipoteca a favor de «Imeca, S. A.»; que se siguieron los restantes trámites del procedimiento judicial sumario seguido por el primer acreedor hipotecario, en el que, como queda dicho, se subrogó como acreedor dicha sociedad, adjudicándose la finca a la sociedad como acreedor en pago de su crédito, a pesar de que había transcurrido con exceso el plazo previsto en la regla 10.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria. Por lo expuesto, suplica se dicte sentencia declarando la nulidad de actuaciones del procedimiento judicial sumario seguido por el primer acreedor hipotecario a partir de la subrogación que obtuvo «Imeca, S. A.», como segundo acreedor hipotecario y, en todo caso, la nulidad de la adjudicación de la finca a su favor.

Admitida la demanda y emplazados los demandados, no compareció don Benjamín Arnáez, que fue declarado en rebeldía, compareciendo «Ime-

ca, S. A.», que alegó defecto de litisconsorcio activo necesario por no haber sido pedida la nulidad de actuaciones por ambos cónyuges, que eran codeudores y no sólo la esposa actora; excepción perentoria de cosa juzgada; excepción perentoria de incompetencia de jurisdicción, declinando la misma a favor del Juzgado que conoció del procedimiento judicial sumario, y, además, señala que la subrogación en la posición del primer acreedor hipotecario es un derecho que concede la regla 5.ª del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, y en cuanto al plazo de adjudicación de la regla 10.ª del mismo artículo, niega que se hubiera producido caducidad.

El Juez de Primera Instancia número 9 de Madrid dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha capital.

La actora interpone recurso de casación por quebrantamiento de forma, insistiendo en sus razonamientos y alegaciones, y destacando que no existe incompetencia de jurisdicción, porque fue el Juzgado Decano de los de Primera Instancia el que, en aplicación de las normas de reparto y a la vista de la demanda, la remitió al Juzgado de Primera Instancia número 9.

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

«Considerando que el recurso de casación se da contra la parte dispositiva de la sentencia de instancia, no contra los considerandos de la misma, salvo que lo establecido en ellos constituya el antecedente obligado o la premisa indispensable del fallo, criterio sentado reiteradísimo por esta Sala a propósito del recurso de casación por infracción de ley o de doctrina (Sentencias, entre otras muchas, de 29 de enero y 27 de octubre de 1975 y 24 de marzo de 1976), pero que es igualmente aplicable al de quebrantamiento de las formas esenciales del juicio cuando el vicio procesal denunciado se reputa cometido precisamente en una resolución fundada emitida por la Audiencia.»

«Considerando que los cinco primeros motivos, que acusan la violación de los artículos 59, 430 y 431 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de las doctrinas legales que en algunos de ellos se citan, no pueden ser estimados, en virtud de la aplicación del principio recordado en el considerando precedente, ya que en todos ellos se parte del supuesto de que la sentencia recurrida, confirmatoria de la apelada, declara la incompetencia del Juzgado de Primera Instancia para conocer de la demanda formulada por la hoy recurrente, supuesto inexacto, toda vez que si bien es cierto que uno de los demandados opuso la excepción de incompetencia de jurisdicción, en concepto de 'perentoria', y que tanto la sentencia del Juzgado (considerando cuarto) como la de la Audiencia (considerando tercero), que acepta los de aquélla, razonan que para entender del juicio declarativo, a que se refiere el artículo 132 de la Ley Hipotecaria, es competente el mismo Juzgado que conoció del precedente proceso de ejecución hipotecaria, no lo es menos que esos razonamientos no trascienden al fallo de la sentencia combatida, puesto que, por una parte, no se acoge en él la excepción indicada ni, en consecuencia, se absuelve en la instancia a los demandados, y, por otra parte, en lugar de abstenerse de resolver las demás cuestiones propuestas por la actora y por la demandada que compareció en autos, como sería lo obligado de haberse estimado la excepción de incompetencia de jurisdicción, según tiene proclamado esta Sala en las Sentencias de 17 de

abril de 1886 y 27 de noviembre de 1917, entre otras, tanto el Juzgado como la Sala sentenciadora entran en el estudio de tales cuestiones y las deciden en el fallo, desestimando, al efecto, la demanda y absolviendo de ella a los interpelados.»

«Considerando que a todo ello todavía podría agregarse que la estimación de los motivos expresados, en la hipótesis de que la sentencia impugnada hubiese acogido la repetida excepción, sería totalmente inútil, puesto que enteramente superfluo sería devolver los autos a la Audiencia para que reponiéndolos al estado que tenían cuando dice la recurrente que se cometió la pretendida falta, esto es, reponiéndola al estado de dictar sentencia, volviera a dictar una nueva resolviendo las demás cuestiones propuestas por las partes, dado que, como se ha indicado, la sentencia ahora recurrida ya examinó tales cuestiones en los considerandos y las resolvió en el fallo.»

«Considerando que la misma suerte ha de correr el motivo sexto y último, en primer término, porque la falta de personalidad alegada la refiere la recurrente no al pleito del que dimana el presente recurso, sino al anterior proceso de ejecución, lo cual nunca podría constituir el fundamento de un quebrantamiento de forma de aquél, que es lo que se contempla en el número segundo del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuyo amparo se deduce este motivo, y, en segundo lugar, porque la existencia o inexistencia de los derechos de la hoy recurrida en orden a la subrogación en la primera hipoteca y a la adjudicación de la finca gravada, son temas totalmente ajenos a los perfilados en el número segundo de los artículos 503 y 533 de la misma ley, que con las reglas quinta y décima del artículo 131 de la Hipotecaria se reputan infringidos.»

«Considerando que este Alto Tribunal tiene declarado, en Sentencia de 18 de mayo de 1964, que el pleito seguido para la declaración de nulidad de determinado procedimiento sumario, ajustándose a lo ordenado en el párrafo sexto del número cuarto del artículo 132 de la Ley Hipotecaria, no obstante la forma declarativa que ha de adoptar, no tiene sustancialmente naturaleza independiente del procedimiento cuya nulidad insta, y ello da lugar a que al no ser susceptible aquél del recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal, por la aplicación del artículo 1.694 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en armonía a la doctrina de esta Sala contenida en Sentencias de 15 de marzo de 1935 y 10 de enero de 1945, el pleito dirigido a anular sus actuaciones ha de tener igual limitación procesal, conforme a los autos de 5 de marzo de 1895 y 4 de marzo de 1944, pues no cabe que las mismas cuestiones que no tenían acceso al recurso dentro de los autos en que se cometieran las supuestas infracciones, puedan alcanzarle a través del juicio seguido para obtener la anulación indicada.»

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

PROPIEDAD HORIZONTAL. ESTATUTOS: CLAUSULA DE DESTINO DE LOS LOCALES DE PLANTA BAJA A TIENDA, PROHIBIENDO ESTABLECER EN ELLOS INDUSTRIAS QUE PERTURBEN LA TRANQUILIDAD. INSTALACION DE BAR-CLUB: DISTINCION ENTRE TIENDA Y BAR. INTERPRETACION DEL JUZGADOR DE INSTANCIA. EFECTOS DE LA ADHESION DE LOS ADQUIRENTES A LOS ESTATUTOS. CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1977).

Hechos.—El Presidente de la Comunidad de Propietarios de la casa número 26 de la calle del Pintor Rosales, de Madrid, formuló demanda contra don Angel C. García D., suplicando se dictara sentencia declarando que en el local comercial izquierda de la planta baja no puede el demandado establecer el bar que pretende, ya que deberá destinar el mismo a tienda, conforme al artículo 5.º de los Estatutos de la Comunidad, cuyo texto es el siguiente: «Los locales existentes en la planta baja serán destinados a tienda por sus propietarios, siendo de cargo de éstos cuanto se refiere a ornamentación exterior, la que deberá adaptarse al estilo del inmueble, a cuyo fin, para llevar aquélla a práctica, deberá someterse el proyecto a la conformidad del Arquitecto. Este proyecto deberá ser transcrito en los contratos de arrendamiento que se celebren con relación a tales locales. No podrán establecerse en dichos locales industrias que perturben la tranquilidad de los demás propietarios».

El demandado contesta alegando que con anterioridad ejercía la actividad de «venta de ultramarinos», y en uso de sus perfectos derechos dominicales sobre el local decidió cambiar tal actividad por la de bar de categoría especial B, cosa que no estaba prohibida por los Estatutos.

El Juez de Primera Instancia número 5 de Madrid dictó sentencia estimando la demanda, sin que el demandado pueda destinar el local a bar, sino a tienda, como indican los Estatutos.

La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid confirmó la sentencia del Juzgado.

El demandado interpone recurso de casación alegando fundamentalmente que debe diferenciarse dentro del artículo 5.º de los Estatutos los conceptos de «industria» y de «tienda» que se emplean en el mismo, y que debe prevalecer aquél por ser más amplio, por lo que la recta interpretación, conforme al artículo 1.284 del Código Civil, es que los locales deben destinarse a industria que no perturben la tranquilidad de los copropietarios, y un bar-club de primera categoría no produce molestias. Parte también de la configuración de los Estatutos de la Propiedad Horizontal como un contrato de adhesión que vincula a los adquirentes y alega las Sentencias de 26 de diciembre de 1964, que declara que una «cafetería» no constituye industria molesta, y de 28 de septiembre de 1970, que sienta igual doctrina respecto a una bodega. Por último, alega incongruencia por parte de la sentencia recurrida, pues en la demanda lo único que se pedía es que se desautorizase la instalación de un bar-club porque no tenía la consideración de tienda y, en cambio, la sentencia fundamenta su resolución en que el citado bar-club es una industria incómoda o molesta, que

perturba la tranquilidad de los demás propietarios, modificando sensiblemente la esencia de la causa de pedir.

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

«Considerando que en los motivos primero y segundo, en los que se alega, respectivamente, la violación de los artículos 1.284 y 1.285 del Código Civil y la del 1.258 del mismo Cuerpo legal, ambos al amparo, así como el tercero, del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; fundamental la impugnación en la distinción, en su sentir impropio, que la Sala de instancia hace entre el concepto de ‘tienda donde se venden artículos al por menor’, autorizado expresamente en los Estatutos de la Comunidad para los bajos, y el de ‘bar’, donde se expendan bebidas de todas clases, contra cuya instalación protestan los condueños, y han de ser ambos desestimados: el primero de ellos porque es copiosa la jurisprudencia de esta Sala, que por conocida es innecesario citar, en el sentido de que ha de prevalecer, en la interpretación de los contratos, el criterio del Tribunal de instancia siempre que no sea desproporcionado o ilógico, circunstancia que no se da en el presente caso; en cuanto al segundo motivo, porque la adhesión de los adquirentes de pisos a los Estatutos de la Comunidad de la que entran a formar parte, le confiere las facultades de decisión, que constituye precisamente el fundamento de la sentencia impugnada, a través de la interpretación legal anteriormente aludida.»

«Considerando que en el motivo tercero se alega la interpretación errónea del artículo 1.253 del Código Civil, alusivo a las presunciones; artículo que en absoluto ha sido aplicado por la instancia, pues la consecuencia de sus razonamientos, que es el fallo, lo deduce no de presunciones, sino del estudio detenido de lo prescrito en el artículo quinto de los Estatutos que rigen la Comunidad, por lo cual hay que desestimar este motivo.»

«Considerando que igual suerte desestimatoria ha de correr el motivo cuarto y último, interpuesto al amparo del número segundo del artículo 1.692, alegando la incongruencia; en el sentir del recurrente, se solicita la instalación de un bar en los locales autorizados por los Estatutos para ‘tienda’, y la Sala de instancia lo deniega, entrando, sin deber entrar, en establecer una distinción entre los conceptos de tienda y de bar; pero no se tiene en cuenta, al razonar de semejante forma, que la Sala, a instancia de la oposición en la contestación a la demanda, tuvo que entrar, precisamente para ser congruente, en el análisis de la distinción entre ambas clases de establecimientos, sobre todo en el punto referente a la mayor perturbación que para los vecinos, por el horario y por la naturaleza del negocio, habría de suponer la instalación de un bar, en lugar de una ‘tienda’ para la venta de artículos al por menor, en los pisos bajos del edificio en cuestión.»

PROPIEDAD HORIZONTAL: CARECE DE LEGITIMACION ACTIVA PARA IMPUGNAR ACUERDO DE LA JUNTA EN CALIDAD DE PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD, QUIEN DEJO DE SERLO EN VIRTUD DE DICHO ACUERDO, SIN QUE SEA CONTRADICTORIO NO ENTRAR EN EL FONDO DEL ACUERDO, PUES ESTE TIENE EFICACIA EJECUTIVA PROVISIONAL (SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1977).

Hechos.—Doña Mercedes C. Hernández, en su calidad de Presidente de la Comunidad de Propietarios de un edificio en Propiedad Horizontal, presentó demanda contra doña Visitación H. Aguado, solicitando la nulidad de un acuerdo de la Junta en la que fue sustituida en su cargo de Presidente y de otros posteriores.

La demandada se opone alegando excepción de falta de legitimación activa en la actora por no ser Presidente de la Comunidad, la de falta de personalidad en la demanda porque el órgano competente es la Junta de Propietarios y la de prescripción por haber sido presentada la demanda de conciliación fuera de plazo.

El Juzgado de Primera Instancia número 9 de los de Madrid dictó sentencia estimando la excepción de falta de legitimación activa alegada por la demandada, siendo confirmada esta sentencia por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha capital.

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

«Considerando que al reconocerse expresamente en el único considerando de la sentencia apelada, en que además se aceptan los razonamientos consignados por el órgano jurisdiccional de Primera Instancia, que la demandante, 'que se persona y actúa en el pleito atribuyéndose el carácter o la cualidad de Presidente de la Comunidad de Propietarios de la casa sita en esta capital y señalada con el número 7 de la calle de Murcia', afectada por la litis en cuestión, 'fue removida del cargo indicado por acuerdo adoptado en la Junta de Propietarios de fecha 25 de noviembre de 1972, quedando privada de tal cualidad de Presidente, que en modo alguno ostentaba al formular la demanda postulando precisamente la nulidad de la precitada Junta y de los acuerdos en la misma adoptados, olvidándose al formular la indicada impugnación lo que se previene en la norma cuarta del artículo 16 de la Ley de 21 de julio de 1960, regulador de la Propiedad Horizontal', y no haberse ejercitado el recurso de casación examinado con base en error de Derecho en la apreciación de las pruebas, o error de hecho que resulte de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del Juzgador, y al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, necesariamente conduce, en consecuencia de la propia naturaleza y características del recurso de casación, a la contemplación de un esencial aspecto fáctico en éste, emanado de dichas apreciaciones contenidas en la sentencia recurrida de reconocimiento del hecho probado en tal resolución recurrida de que tales acuerdos que la precitada demandante-recurrente estima contrarios a la ley o a los Estatutos no han sido adecuadamente impugnados por aquélla ante la autoridad judicial, cual previene la referida norma cuarta del artículo 16

de la mencionada ley que regula la Propiedad Horizontal, o sea, promoviendo la correspondiente acción dentro de los treinta días siguientes a haberle sido notificado los expresados acuerdos, como ausente a la Junta en que fueron adoptados, y, por tanto, que el nombramiento de la demandada como Presidente de la Comunidad de Propietarios del inmueble de que se viene haciendo mención, con revocación del que precedentemente había sido conferido en favor de la mencionada demandante, es provisionalmente ejecutivo, según dispone la citada norma cuarta del aludido artículo 16, al no constar ordenada judicialmente su suspensión, conduciendo, en consecuencia, a que la segunda no pueda ostentar el carácter de Presidente de la tan repetida Comunidad de Propietarios con que actúa, con el efecto de carecer de legitimación activa en el proceso entablado, cual establece la sentencia recurrida, pues que solamente podría tenerla con la mera cualidad de propietario adscrito a tal Comunidad y que no ejercitó.»

«Considerando que lo expuesto en el precedente lleva a la solución desestimatoria del primero de los motivos de casación, formulado al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con base en pretendida interpretación errónea del contenido de la excepción segunda que comprende el artículo 533 de dicho Cuerpo legal adjetivo, que la recurrente denomina de falta de legitimación activa y que la indicada sentencia impugnada acoge, y por su derivación lleva también a no acoger los motivos segundo y tercero, fundamentados, respectivamente, en alegada interpretación errónea de los artículos 15 y 16 de la tan repetida Ley de 21 de julio de 1960, porque si la demandante-recurrente no impugnó adecuadamente los acuerdos adoptados en la Junta de Propietarios de 25 de noviembre de 1972, por haberlo efectuado con el carácter de Presidente de la Comunidad de Propietarios que legalmente ostentaba, al ser provisionalmente ejecutivo, de conformidad con lo consignado en la examinada norma cuarta del artículo 16 de la expresada ley, el acuerdo de nombramiento como tal Presidente de la repetida demandada y de revocación de la designación que para tal cargo precedentemente había recaído en favor de dicha demandante, determina que, con independencia del examen de la cuestión de fondo que dichos artículos 15 y 16 plantean, no puedan ser impugnados los acuerdos, que, cual los de que se trata en el supuesto contemplado, mantienen eficacia ejecutiva, aunque sea meramente provisional, pues lo que no mantiene ya eficacia, aunque sea también provisionalmente, como es el cargo de Presidente de que tenía la tantas veces mencionada demandante, ningún efecto puede producir ni, consiguientemente, ninguna acción puede conferir a su amparo.»

DECLARACION DE CONDOMINIO SOBRE UN TERRENO A FAVOR DE LOS PROPIETARIOS DE EDIFICIOS COLINDANTES. DECLARACION SIMULTANEA DE SERVIDUMBRE SOBRE ESE TERRENO. ACCION EJERCITADA POR UN SOLO COMUNERO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD: LA SENTENCIA NO PUEDE PERJUDICAR A LOS DEMAS COMUNEROS. DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS. POSESION EN CONCEPTO DE DUEÑO (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1977).

Hechos.—Don Amadeo D. López, hoy, por su fallecimiento, su viuda por sí y en beneficio de la herencia del causante, formuló demanda contra don Juan S. Figueroa, don José S. Corredera y doña María del Carmen G., su-

plicando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos: A) Se declare que el terreno existente entre la parte posterior de la casa del actor, descrita en el hecho primero del escrito de demanda, y las que forman línea con ella, propiedad de don Valentín Barreiro, Luis Fernández y Urano Cardo, y las edificaciones propiedad de los demandados con fachada a la calle del Teso, siempre estuvo abierto, sin cierre de clase alguna, hasta el pasado día 18 de agosto del año en curso, siendo el mismo poseído por el actor en condominio con el resto de los propietarios colindantes desde el mes de enero de 1933, en que adquirió el inmueble de su propiedad, y hasta el día 18 de agosto de 1974, ejercitando el actor sobre dicho terreno el derecho de paso, de luces y vistas, y ocupándolo en ocasiones con materiales para reparación de su inmueble. B) Ser cierto que sobre el referido terreno tiene la casa del actor ventanas de dimensiones superiores a las reglamentarias, en el mismo número que se señalan en el croquis o plano acompañado, las que por su construcción datan de hace muchísimos años, y asimismo el tejado de la casa del actor vierte sus aguas pluviales sobre el terreno referido, al igual que lo hacen el resto de las propiedades que confinan con dicho terreno. C) Se declare que el actor ha adquirido el condominio del terreno referido por la prescripción que señala el Código Civil, al venir haciendo actos de condominio sobre tal terreno desde hace más de treinta años. D) Se condene a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones y, en su consecuencia, se les condene a quitar las puertas o cancelas que han establecido sobre el referido terreno, dejando el mismo libre y expedito en la forma que se encontraba antes.

Admitida la demanda, se contestó por los demandados oponiéndose a la misma, y seguidos los demás trámites, el Juzgado de Primera Instancia número dos de Ponferrada estimó la demanda, siendo confirmada la sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte demandada, siendo la doctrina de la sentencia la siguiente, que sistematizamos en relación con los motivos del recurso:

1.º *El problema del litisconsorcio en los casos de condominio.*—La parte recurrente entiende que la relación jurídico procesal no estaba correctamente constituida, por existir defecto de litisconsorcio pasivo necesario, ya que el actor no ha dirigido la demanda contra todos los condóminos del terreno, a pesar de que a todos les afecta el fallo dictado, condenándoseles sin haber sido oídos. Además, en el motivo tercero alega violación de los artículos 394 y 398 del Código Civil, dado que el actor comparece en su propio nombre y derecho, no en nombre de la comunidad, ni tampoco ha acreditado acuerdo de la mayoría de los comuneros.

En relación con esto están los dos primeros considerandos de la sentencia:

«Considerando que los dos primeros motivos en que, respectivamente, y por el cauce del número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal, se denuncia interpretación errónea y violación de la doctrina legal sobre el litisconsorcio pasivo necesario, no pueden prosperar porque el actor insta una declaración de condominio a su favor y al del resto de los propietarios colindantes, y por ello, según reiterada doctrina de esta Sala, el condómino puede ejercitar las acciones que le correspondan en beneficio

de la comunidad, sin que las declaraciones hechas por el órgano judicial puedan perjudicar al resto de los copropietarios.»

«Considerando que la misma suerte desestimatoria ha de correr el tercero, en que se denuncia la violación de los artículos 394 y 398 del Código Civil, tanto por lo establecido en el anterior como porque dichos artículos se refieren al disfrute de la comunidad por los comuneros y a la administración de los bienes comunes.»

2.º *No existe violación de la doctrina de los actos propios.*—En el motivo cuarto, los recurrentes aluden a un juicio seguido con anterioridad, en que el actor declaró que el terreno objeto de litis no era de propiedad particular, por ser una vía pública, por lo cual va contra sus propios actos al solicitar la adquisición del condominio del terreno que según el mismo fue calificado como calle.

Frente a esto, el «considerando» tercero dice lo siguiente:

«Considerando que el cuarto (motivo), sin cita del número del artículo 1.692 en que se ampara, razón por la cual incide en causa de inadmisión, que en esta fase deviene en causa de desestimación, denuncia violación de la doctrina sobre los actos propios; más aún, cuando estuviera correctamente articulado, tampoco podría prosperar, puesto que dar un profano en Derecho nombre de calle a un terreno no significa en modo alguno que el concepto jurídico sea el adecuado.»

3.º *Compatibilidad entre la declaración de condominio sobre un terreno a favor de los propietarios de edificios colindantes y la declaración de servidumbre a favor de dichos edificios.*—En el quinto motivo del recurso se alega infracción por violación del artículo 392, párrafo 1.º, del Código Civil, en relación con el párrafo primero del artículo 348 del mismo y doctrina legal concordante, según la cual a todo condueño le corresponde la plena propiedad de la porción indivisa interin ésta no le sea adjudicada a alguno de modo individual. En este caso, la sentencia recurrida reconoce la existencia de un condominio sobre el terreno objeto de litis, pero se trata de un condominio *sui generis*, al estar íntimamente enlazada esta copropiedad con los edificios de que son propietarios, no pudiendo disfrutar del terreno nada más que para servicios de los propios edificios, por lo que teniendo en cuenta que los caracteres del condominio son la pluralidad en el sujeto, la unidad en el objeto y la atribución de cuotas, vemos que la unidad en el objeto se diluye y amplía a las edificaciones colindantes, con lo que se infringe el artículo 392 del Código Civil, así como el 348, pues realmente no se puede gozar del terreno de una manera individual, sino conjuntamente con el edificio, ni se puede disponer de la cuota que sobre tal condominio le corresponda, pues las disposiciones vienen sometidas a la enajenación del edificio.

A esto contesta la sentencia del modo siguiente:

«Considerando que el quinto motivo denuncia la violación de los artículos 348 y 392 del Código Civil, argumentando en el sentido de que la sentencia no concede una real propiedad a los comuneros, sino que estima ésta para servir a los edificios; mas tal argumentación es errónea, puesto que la propiedad puede estar limitada por servidumbres, como en el caso presente ocurre.»

4.º *Posesión en concepto de dueño apta para la usucapión.*—El recurrente parte de que no existe en este caso posesión apta para la usucapión, en primer lugar porque los hechos posesorios han sido tener ventanas sobre el terreno, verter aguas sobre el mismo, y estos hechos no llevan consigo una subordinación económica de la cosa, que es la esencia de la posesión, sino a lo sumo produciría una prescripción adquisitiva de otros derechos reales no del dominio; en segundo lugar, porque esos hechos no implican posesión en concepto de dueño, o sea, con la intención de hacer la cosa suya, sino todo lo más, la adquisición de las respectivas servidumbres.

Frente a esto, el considerando quinto de la sentencia dice:

«Considerando que los tres últimos motivos han de perecer, puesto que el sexto parte de la falsa premisa de estimar a los recurrentes propietarios, cuando la sentencia recurrida afirma lo contrario; el séptimo parte de una estimación particular de los actos posesorios de los recurridos, cuando la resolución establece que han poseído durante más de treinta años, y el octavo pretende probar que los recurridos no han poseído con *animus domini*, y la sentencia al declarar adquirido el derecho por prescripción sienta como probado lo contrario.»

RETRACTO DE COLINDANTES SOBRE UNA SOLA DE LAS TRES FINCAS VENDIDAS POR PRECIO CONJUNTO. EL REQUISITO DE LA CONSIGNACION: ADECUADA CONSIGNACION DE LA TERCERA PARTE DEL PRECIO PRESTANDO FIANZA PARA EL SUPUESTO DE QUE HUBIERE EXCESO. NO HAY OBLIGACION DE CONSIGNAR EL EXCESO DE VALOR UNA VEZ CONOCIDO EL RESULTADO DE LA PRUEBA PERICIAL (SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1977).

Hechos.—Doña María B. Esmoris formuló demanda de retracto de colindantes contra don Braulio B. Andrade, quien, al parecer, al tiempo de formular la demanda se hallaba en el extranjero, y contra el Ministerio Fiscal, exponiendo que el demandado había adquirido en escritura de 12 de enero de 1972 tres fincas por el precio conjunto de 100.000 pesetas, de las que pretende retraer como colindante con la de su propiedad una de ellas, calculando el precio declarado en la escritura de modo proporcional más gastos de legítimo abono en la suma de 35.000 pesetas, prestando caución y fianza suficiente en caso de que exceda de tal cantidad. Suplica al Juzgado se condene al demandado a que otorgue a favor de la demandante la correspondiente escritura pública de compraventa o subrogación en la misma por el precio aludido y gastos de legítimo abono, o por el que pericialmente y dentro de la proporcionalidad al total le corresponda a la finca, con los mismos gastos de legítimo abono.

El Ministerio Fiscal compareció en autos manifestando que su obligación es representar a personas realmente ausentes y no a personas que tienen domicilio conocido, aunque actualmente se hallen, al parecer, en el extranjero, a quien no tiene por qué representar.

Admitida la demanda y emplazado el demandado, compareció en los autos, en su representación, el Procurador don Juan Manuel L. Rial, contestando a la demanda oponiéndose porque el plazo de retracto había cadu-

cado al tener la actora conocimiento de la transmisión antes del otorgamiento de la escritura de venta y porque la consignación realizada no era correcta, pues las fincas comprendidas en la escritura eran de distinta clase, superficie y destino, no procediendo hacer esa proporcionalidad de la tercera parte.

El Juez de Primera Instancia de Corcubión dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada en su resultado 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 José Antonio Seijas Martínez, declara haber lugar al recurso interpuesto por la actora, por lo siguiente que señala la primera sentencia:

«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 su cabida de una hectárea ni estuvieren 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, uno de los cuales, y señalado con el número segundo, es el de que por el demandante retrayente se consigne el precio que hubiese satisfecho el comprador demandado por la finca objeto del retracto, existencia lógica toda vez que el retrayente sustituye al comprador en todos los derechos y obligaciones derivados del contrato de compraventa, si bien la rigidez de este principio de la entrega o consignación de la cantidad constitutiva del precio no está concebida en términos tan absolutos que pudiera hacer ineficaz el derecho de retracto cuando, por especiales circunstancias, no fuese conocido ese precio o sólo constase como cierto parte del mismo, pues tal contingencia la prevé el mencionado número segundo del artículo 1.618, al establecer para este supuesto que se dé fianza de consignarlo una vez que sea conocido.»

«Considerando que en aplicación de lo anteriormente expuesto al caso objeto del presente recurso, es visto que la actora, retrayente de una sola de las tres fincas rústicas que el demandado adquirió conjuntamente y por el precio global de 100.000 pesetas, al no serla posible conocer en el momento de presentar la demanda el que pudiera corresponder a la que es objeto del retracto, consignó, como trámite previo para dar curso a ésta, la suma de 35.000 pesetas, que por ser superior a la tercera parte de la cantidad importe del precio estimó ser la procedente, al propio tiempo que prestó fianza, para el supuesto de que aquélla fuese insuficiente, de consignar el exceso si lo hubiere una vez le fuere conocido, con lo que cumplió el requisito formal de la consignación que previene, en su número segundo, el precitado artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que la circunstancia de que el dictamen pericial, según la prueba practicada para mejor proveer en primera instancia, haya estimado el valor de dicha finca en 63.000 pesetas obligase a la demandante a consignar, una vez conocido el resultado de dicha prueba, la diferencia existente entre la cantidad en principio depositada y la estimada por el perito, como la sentencia impugnada declara con error, pues tal exigencia no está determina-

da por la ley ni del texto literal del precepto anteriormente aludido cabe deducirlo, y estando perfectamente trabada la litis por la consignación inicial efectuada al presentar la demanda, conforme a la cantidad que la actora creyó era la que procedía, al desconocer la que pudiera corresponder dentro del precio global que por las tres fincas vendidas se fijó en la escritura pública de compraventa, el hecho de ser mayor el valor correspondiente a la finca objeto del retracto, que resulte conocido con posterioridad, afectará a la efectividad del reintegro en el momento en que la escritura de retroventa se lleve a efecto, que ha sido afianzado, pero no al requisito formal de la consignación que fue válidamente hecha en el momento procesal oportuno, en la forma ya expuesta, y además, y en todo caso, exigir el depósito de la suma estimada pericialmente como la que a la finca en cuestión corresponde, sería tanto como prejuzgar la determinación del precio sin controversia, dado que la declaración de cuál sea ese precio corresponde al Juzgador, quien lo fijará en su sentencia de acuerdo con el resultado de la prueba practicada, sin que esté obligado a sujetarse al dictamen pericial, que no le vincula, ya que la eficacia de la prueba pericial viene determinada por la apreciación que de la misma haga aquél conforme a las reglas de la sana crítica, según dispone el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo ésta la doctrina que, interpretando el artículo 1.518 y concordantes del Código Civil, así como el citado número segundo del artículo 1.618 de la Ley Procesal, tiene establecida la jurisprudencia de esta Sala, en Sentencias, entre otras, de 19 de enero de 1944, 29 de mayo de 1957, 10 de mayo de 1958 y 19 de diciembre de 1959, declarándose en esta última, de forma expresa, que cumplido el requisito de afianzar la consignación del precio una vez que sea conocido, el precepto legal no señala plazo alguno para llevar a efecto ésta una vez se sepa el precio real, por lo que al no haberlo así entendido la Sala sentenciadora ha incurrido en la infracción, por violación, del citado artículo 1.518 del Código sustantivo, relacionado con el 1.618, número segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como la doctrina legal contenida en las sentencias que se mencionan y las relacionadas por la recurrente, cuya infracción es la que se denuncia en los motivos primero y segundo del recurso, formulados al amparo del número primero del artículo 1.692 de dicha Ley Procesal, y que por ello resulta obligado acogerlos.»

«Considerando que la estimación de los dos primeros motivos del recurso releva del examen de los dos restantes, toda vez que no pudiéndose impugnar en casación más que la sentencia de segunda instancia, que es la que se recurre, no cabe combatir los motivos o razonamientos tenidos en cuenta para el fallo de la sentencia dictada en primer grado cuando los considerandos de ésta no han sido aceptados por la pronunciada en la apelación, supuesto éste que es el que se da en el presente recurso, pues la sentencia impugnada, al afirmar, referido a la del Juez de Primera Instancia, que resuelve «con total independencia de lo que en la sentencia recurrida se expresa», confirmándola sólo por los razonamientos de la Sala, es indudable que no aceptó sus considerandos, y ello veda que puedan ser examinados los motivos por la que son combatidos por la recurrente, como determinantes del fallo desestimatorio de la demanda, pues no puede formularse ningún motivo con base en argumentación que tienda a combatir lo que no fue causa de declaración de la sentencia recurrida en casación, ya que los considerandos, si no se reflejan en el fallo, no pueden servir de

apoyo al recurso, pudiendo solamente combatirse los fundamentos que sean base de los pronunciamientos de la sentencia objeto del mismo, siendo obligado prescindir de analizar los restantes, y entre ellos, los de primera instancia que no hayan sido aceptados en la sentencia de apelación, como viene establecido por las Sentencias de esta Sala de 16 de marzo de 1956, 28 de febrero de 1957 y 14 de febrero de 1963.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo estima la demanda, declarando no probado que la actora hubiere tenido conocimiento de la completa transmisión de la finca con todas sus condiciones antes del plazo de caducidad de la acción de retracto, así como cumplido el requisito de la consignación.

NOTA.—Es obligado dejar constancia de lo acertada que es esta sentencia en sus razonamientos y conclusiones a propósito del requisito de la consignación, por lo que los suscribimos íntegramente.

J. M. G. G.