

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA
JOSÉ QUESADA SEGURA
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

PROPIEDAD HORIZONTAL: SERVIDUMBRE DE PASO CONSTITUIDA POR EL PROPIETARIO UNICO DE DOS FINCAS COLINDANTES RESPECTO A LOS SOTANOS DESTINADOS A PLAZAS DE GARAJE, PARA CUANDO SE PRODUJERA LA ENAJENACION A TERCEROS. CARECE DE TRASCENDENCIA REAL (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1976).

Hechos.—La entidad V. formuló demanda contra el presidente de la comunidad de propietarios de la casa número ocho de la calle de Manuel Silvela de Madrid y varios copropietarios de la misma, alegando la constitución de una servidumbre de acceso y paso sobre el local destinado a garaje de la casa número ocho de la citada calle, en favor del local de igual destino de la casa colindante, que había edificado en su día la sociedad actora lo mismo que la casa de los demandados, estableciendo la meritada servidumbre para ser efectiva cuando se verificara la enajenación de cualquiera de los pisos o locales, lo cual había tenido lugar ya. Por ello, suplica se dicte sentencia en la que se declare válidamente constituida la servidumbre de paso con entrada por la planta baja, rampas y pasillos descendientes, en las dos plantas de sótano destinadas a garaje en la casa de la calle de Manuel Silvela, número ocho de Madrid, a favor de las dos plantas de sótano, también destinadas a garaje de la colindante casa de la calle de José Marañón, número cinco, con paso directo y libre por el lugar más conveniente coincidente con el muro medianero y con hueco en el mismo, en el lugar previsto mediante sencillo tapiado de ladrillos al construirse la casa primeramente mencionada, y con obligación

para los propietarios del garaje de la casa de José Marañón, número cinco, además del pago de las obras de dicha apertura, de contribuir proporcionalmente a los gastos comunes del garaje de la casa de Manuel Silvela, ocho, por razón de dicha entrada y paso, así como asumir cuotas de propiedad, correspondientes por el espacio que requiere quede libre para el paso de vehículos, sin realizar acto obstructivo alguno.

La parte demandada se opone alegando que la servidumbre de paso no estuvo bien constituida, pues no se determinaron las condiciones más elementales, cuales son: la indemnización por el paso; si es de paso continuo para todas las necesidades del predio estableciendo una vía permanente o si se limita al paso necesario, sin vía permanente; anchura de la servidumbre de paso en relación con las necesidades del predio dominante. Además, entienden que no se trata de una servidumbre, sino sólo de un proyecto de servidumbre de paso que tenía que ser desarrollado por los comuneros y la entidad actora, por desprenderse así de la escritura aportada de adverso, en la que se dice: «se constituye igualmente servidumbre de acceso y comunicación sobre dichas plantas de sótano que forman la finca relacionada con el número uno, en favor de las plantas sótanos que igualmente se destinan a garaje, constituyendo con aquéllas comunidad, y al enajenarse a terceras personas, en la casa colindante al final del lado derecho entrando, casa número cinco de la calle de José Marañón, que actualmente también es propiedad de la misma sociedad». Y si no fueran suficientes las anteriores razones, existe el argumento de que la sociedad actora había vendido cuotas indivisas en los locales de garaje, o sea, cuotas ideales de participación en el mismo, y no plazas de garaje concretas, siendo ello incompatible con la servidumbre pretendida, pues habría que reducir plazas, al no haber sitio para todos los titulares de las cuotas indivisas compradas.

El Juzgado de Primera Instancia número diecisiete de los de Madrid dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada en todas sus partes por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

La parte actora interpone recurso de casación por infracción de Ley, basándose en la interpretación errónea del artículo 396 del Código Civil, en relación con los artículos 84.º de la vigente Ley Hipotecaria y 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, y en la no aplicación de los artículos 1.º, 13 y 38 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 5.º de la Ley últimamente citada y 605 del Código Civil.

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:

«Considerando que el motivo primero del recurso y por la vía del número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, alega interpretación errónea del 396 del Código Civil en relación con el ocho (cuarto) de la Ley Hipotecaria y el cinco de la vigente Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, que debe ser desestimado porque el alegato que contiene carece de todo fundamento ya que la tesis de la sociedad recurrente en favor de la validez de una servidumbre de paso y comunicación entre dos garajes (de dos plantas cada uno) situados en los sótanos de dos casas colindantes en construcción sobre solares que fueron del dominio de dicha sociedad, que habían de venderse en régimen de

propiedad horizontal atribuyendo a los referidos garajes el carácter de fincas independientes y la respectiva condición de predio dominante y sirviente, choca precisamente con la normativa legal que se dice infringida, en la única interpretación posible que fue la utilizada por el Juzgador de Instancia, porque si bien es cierto que el artículo 396 del Código en relación con el tres de la Ley de Propiedad Horizontal, concede a cada uno de los propietarios el derecho singular y exclusivo sobre el piso o local susceptible de inscripción registral, aunque no esté terminado de construir, en la forma determinada por los artículos 5.º de la Ley Especial y 8.º, cuarto, de la Hipotecaria, no es menos cierto, sin embargo, que también se les atribuye un derecho de copropiedad sobre los elementos, petenencias y servicios comunes del edificio entre los que se encuentran los fosos, el suelo, los cimientos y las paredes maestras que se verían afectados de hecho con el sistema de garajes ideado en el caso contemplado—según afirmaron los Juzgadores de Instancia con declaración puramente fáctica que no ha sido combatida en casación por la única vía adecuada—la alteración o modificación de los cuales sólo es posible, a tenor de lo dispuesto en el artículo 11 en relación con la norma primera del 16 de la Ley de 1960, mediante el régimen de unanimidad que allí se establece; elementos entre los que, por supuesto, es preciso incluir las servidumbres que con el carácter de comunes puedan existir, pero siempre con la limitación del número 3.º del artículo 9.º de la propia Ley, es decir, las “imprescindibles que se requieran por la creación de servicios comunes de interés general”, lo que impide la posibilidad de inclusión de una servidumbre no necesaria, ni beneficiosa para la casa que tiene que soportarla a la que, como se ha dicho, afectaría en sus elementos verdaderamente comunes; normativa ésta que, dado su valor de Derecho necesario no es susceptible de ser modificada por los propietarios, no mediando su unánime consentimiento, ni tampoco por el constructor del edificio que redacta el título constitutivo de la comunidad antes que ésta surja, si no se ratifica por todos y cada uno de los adquirentes, que, cual aquí sucedió en el contrato de adquisición de los pisos se decía que los compraban “libres de cargas y gravámenes”; otra cosa iría en contra de las prohibiciones impuestas en los artículos 7.º, 8.º y 9.º de la referida Ley en cuanto podría perjudicar el derecho de alguno de los propietarios interesados.»

«Considerando que a todo cuanto antecede no puede ser obstáculo el hecho de que en el momento de la inscripción registral de la declaración de obra nueva—que tiene lugar respectivamente en 1970 y 1973—se diese por el constructor propietario de los solares, la categoría de fincas independientes a los dos garajes discutidos que, como tales, se inscriben con constancia de la servidumbre, ni tampoco la venta por separado de los pisos y de las plazas de garaje—vinculada a la titularidad de aquéllos—con la particularidad de que si en la de éstas se hacía constar la servidumbre, no ocurría lo mismo respecto de los primeros que como ya se ha referido eran vendidos “libres de cargas y gravámenes”, pues nunca aquella configuración unilateral podía ser suficiente para desvincularlos del resto del edificio, ni de su afectación a los elementos comunes del mismo (entradas, salidas, rampas de acceso, muros maestros, tomas de agua y de luz, ascensores, etc.) ni de la relación, en fin, con los pisos vendidos de aquella forma; evidenciándose claramente que la susodicha

constancia del gravamen a estos efectos no podía tener en este caso otro alcance que el de una simple proyección de futuro sin trascendencia real alguna de presente—incompatible por otra parte, dado el precepto del artículo 530 de nuestro primer Código sustantivo con la identidad de titularidad dominical de los llamados predios dominante y sirviente—que pudiera perjudicar a terceros adquirentes que entonces no es que no se conociesen, sino que no existían, a lo que se alude, con correcta técnica jurídica, en las propias escrituras de declaración de obra nueva donde se afirma que la servidumbre se constituye “para cuando llegue el momento en que se forme una comunidad de propietarios”; lo que implica un carácter condicionado que el mismo recurso resalta—llegando incluso a sostener que se trata de una condición suspensiva del artículo 1.114 del Código Civil—, condicionamiento que como es lógico afecta no sólo al hecho en sí de su nacimiento, sino también por lo que se refiere a sus circunstancias, titularidades activa y pasiva, extensión, uso y disfrute, modo de ejercicio y sobre todo de su adecuación a la reglamentación legal, ajeno todo ello al pretendido carácter real propiamente dicho; a causa de lo cual es asimismo obligada la desestimación del motivo de obtener consecuencias registrales estrictas de la tantas veces mencionada inscripción, denunciando violación por no aplicación de los artículos uno, trece y treinta y ocho de la Ley Hipotecaria en relación con el cinco de la de Propiedad Horizontal de 1.960 y 606 del Código Civil.»

COMENTARIO.—Esta sentencia merece una crítica muy desfavorable, no ya por la decisión del caso concretamente planteado, que puede considerarse aceptable, sino por los argumentos empleados que son producto de varios confusionismos inadmisibles.

Con tales argumentos la sentencia rechaza la eficacia de una servidumbre de paso y acceso por los sótanos de dos edificios colindantes constituida por el propietario único de los mismos, a pesar de que se condicionaba su nacimiento al hecho de la ulterior separación de propiedades por enajenación a terceras personas. La sentencia se basa en que la servidumbre afectaba de hecho a elementos comunes del edificio; en que no cabe la constitución unilateral de servidumbre en nuestro sistema, por ser incompatible con el artículo 530 del Código Civil, y en que no puede tener trascendencia real de presente la inscripción del acto del propietario único de ambos edificios sometidos a condición suspensiva.

Argumentos todos ellos altamente criticables y, además, innecesarios en relación con el fin pretendido consistente en negar eficacia a la supuesta servidumbre, pues hubiera bastado señalar la imprecisión en el contenido y modo de ejercicio de la misma para excluir su carácter de derecho real, que exige una determinación que faltaba en el presente caso al no haberse previsto de antemano la situación, anchura y longitud de la zona destinada a paso. Con esta argumentación pensamos que se habría llegado a la misma solución, sin necesidad de pronunciarse de modo negativo, como ha hecho la sentencia, contra la constitución unilateral de servidumbre por el propietario único de dos edificios colindantes condicionada a la futura separación de propiedades. Ha olvidado el Tribunal Supremo que esta configuración unilateral presta grandes servicios en la práctica jurídica, como saben los Notarios y Registradores que la fomentan con un sentido creador del Derecho vivo, intuyendo la conveniencia de que las servidumbres entre dos edificios colindantes queden perfiladas antes de

formarse la respectiva comunidad de propietarios del régimen de división horizontal, ya que en otro caso, la constitución de la servidumbre sería prácticamente imposible, dada la legislación vigente que se caracteriza por la configuración de los propietarios del régimen de división horizontal como una pluralidad de dictadores, cada uno de los cuales puede por sí solo impedir cualquier modificación que afecte al edificio.

Exponemos a continuación las tres críticas principales que nos merece la sentencia:

Primera crítica.—La sentencia mezcla y confunde la normativa de la propiedad horizontal de cada edificio con la regulación de las servidumbres entre edificios distintos.

Se aceptará que una cosa es la normativa de la propiedad horizontal, pensada para regular la *relación interna* de los propietarios de un mismo edificio entre sí, y otra la normativa que regula la servidumbre entre dos edificios o fincas distintas, que se refiere a la *relación externa* entre dos fincas diferentes e independientes, prescindiendo del problema de si están o no constituidas en régimen de propiedad horizontal.

No hay más que leer los preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal para llegar a la conclusión de que sólo se refiere a la regulación de las relaciones entre los propietarios de un mismo edificio, no a las que puedan producirse entre edificios distintos a través de servidumbres, cuya regulación ha de someterse a los principios generales previstos en el Código Civil.

Pues bien, si se acepta esa distinción, se llegará también a la conclusión de que la sentencia confunde una y otra cosa. Efectivamente, en el considerando primero se dice que la servidumbre daba lugar a la infracción de preceptos sobre elementos comunes de la propiedad horizontal, citando, de modo concreto, no sólo el artículo 396 del Código Civil, 3.º de la Ley de Propiedad Horizontal y 8.º, número 4.º, de la Ley Hipotecaria, sino también los artículos 7.º, 8.º y 9.º de la misma Ley de Propiedad Horizontal. Preceptos todos ellos, insistimos nosotros, que sólo se refieren a la relación interna entre los propietarios de cada edificio, no a la relación externa entre dos edificios distintos. Así planteadas las cosas, ya se nos dirá qué importancia puede tener para la validez y eficacia de una servidumbre entre dos fincas distintas e independientes, que queden afectados los elementos comunes de una de ellas, sobre todo teniendo en cuenta que lo normal es que la servidumbre afecte a elementos importantes de un edificio, a través de ventanas, puertas, pasos, etc. El problema no es si la servidumbre puede o no afectar a elementos esenciales de un edificio, sino si puede constituirse por sí sólo el propietario único de los dos edificios de modo unilateral, cosa de la que nos ocuparemos en el apartado siguiente. Lo de menos es que una servidumbre afecte de hecho a elementos comunes de un edificio en propiedad horizontal. La cuestión debe plantearse al revés de como la plantea la presente sentencia: no se trata de que la servidumbre, por su contenido y situación de hecho resultante, afecte a elementos comunes e infrinja la normativa de la propiedad horizontal, exigiendo con ello la ratificación de los futuros adquirentes, sino que lo que hay que preguntarse con carácter previo es si puede constituir o no servidumbre en beneficio de otra finca el propietario único titular de ambas, y si se contesta que ello es posible, entonces no interesa referirse a los preceptos de la Ley de Propiedad Horizontal, que no se

aplican a las relaciones entre fincas distintas. Insistiremos en esta cuestión previa en seguida.

Hagámonos otra pregunta: si cada edificio perteneciera a distinto propietario, en lugar de pertenecer a uno sólo, ¿es que no tienen libertad uno y otro para constituir una servidumbre entre los dos edificios que afectará de modo necesario a todo futuro adquirente? Es de suponer que a nadie se le iba a ocurrir contestar que no pueden esos propietarios constituir servidumbre, pues ello iría en contra de los más elementales principios relativos a la libre contratación y a la legitimación y capacidad en materia de servidumbre. Pues bien, si se ve desde esta perspectiva la cuestión, ya se comprenderá que cuando, en lugar de ser distintos los propietarios de uno y otro edificio, éstos pertenecen al mismo, la diferencia afecta únicamente a la cuestión de si cabe o no la servidumbre de propietario y si puede resolverse este obstáculo en nuestro sistema de alguna manera, pero lo que no cabe es mezclar ese problema con el de la intervención de los futuros propietarios de los pisos de cada edificio y con las normas de la propiedad horizontal, que nada tienen que ver con el caso, como se demuestra por el ejemplo que acabamos de señalar.

Además, tenemos otra pregunta: ¿y si el propietario del predio, pensando de antemano como sirviente, decide no vender los pisos, por dedicarlos a alquiler o tarda en venderlos, y en cambio, vende los del edificio pensado como predio dominante? ¿Es que entonces no surge nunca la servidumbre? Como esto es absurdo, nosotros entendemos, confirmando la anterior argumentación, que para nada interesa el problema de la pluralidad de propietarios y la normativa de la propiedad horizontal del edificio sirviente, sino a lo sumo la existencia de dos propiedades distintas de uno y otro edificio, prescindiendo de si se ha constituido, o se constituirá en ambos, en uno de ellos o en ninguno el régimen de propiedad horizontal.

Para comprobar una vez más el confusionismo de la sentencia en el aspecto que comentamos, hay que observar que cita el apartado 3.º del artículo 9.º de la Ley de Propiedad Horizontal, como un obstáculo a la pretendida servidumbre (1). Partiendo de ese precepto, la sentencia entiende que las servidumbres que pueden afectar al propietario de un piso son sólo las imprescindibles que se requieran para la creación de servicios comunes de interés general, por lo que la que ahora se plantea no es necesaria ni beneficiosa para la casa que tiene que soportarla y debe carecer de eficacia.

Nosotros entendemos que la referencia a este artículo 9.º constituye un sofisma inadmisibles. Dicho precepto se refiere exclusivamente a las servidumbres que tiene que soportar el propietario de un piso respecto a los demás del mismo edificio, dado el texto del mismo y el contexto de toda la Ley de Propiedad Horizontal. Por tanto, no excluye para nada que un propietario de un piso tenga que soportar, además, las servidumbres que graviten sobre el edificio del que forma parte, sean o no necesarias o beneficiosas. Por cierto, lo normal es que una servidumbre no resulte beneficiosa para el predio sirviente, y mucho menos necesaria, pues

(1) Este artículo 9.º dice: «Serán obligaciones de cada propietario: ... 3.ª Consentir en su piso las reparaciones que exija el servicio del inmueble y permitir en él las servidumbres imprescindibles requeridas por la creación de servicios comunes de interés general acordadas por las cuatro quintas partes de los propietarios en las condiciones previstas en el artículo siguiente, teniendo derecho a que la comunidad le resarza los daños y perjuicios.»

todo ello cabe predicarlo en relación con el edificio dominante, nunca en relación con la casa que tiene que soportarla, como hace la sentencia.

Extraña también, y esto ya es una crítica meramente técnica, que la sentencia califique sin más, como elemento común, a la servidumbre. Desde el punto de vista del predio dominante, el beneficio que la misma representa puede, efectivamente, incluirse entre los elementos comunes de dicho edificio; pero desde el punto de vista del predio sirviente, que es el que está contemplando la sentencia, la servidumbre no es un elemento común, sino un gravamen que puede afectar a elementos comunes, sin que por ello tenga que tener la naturaleza de éstos.

En fin, la cita del artículo 8.º de la Ley de Propiedad Horizontal, como precepto infringido a causa de la servidumbre, revela una vez más que la sentencia no distingue la normativa de ésta y de la propiedad horizontal. Ese artículo se refiere a la agrupación, agregación o división de pisos o locales, que es cosa diferente de la constitución de servidumbre entre dos edificios colindantes, según tratamos de demostrar con ocasión del comentario a la Sentencia de 25 de mayo de 1976 (número 526 de esta Revista, pág. 539).

Segunda crítica.—La sentencia rechaza la eficacia de la constitución de servidumbre por el propietario único de dos fincas, a pesar de que existen vías en nuestro sistema para que la misma sea admisible.

Expondremos primeramente las afirmaciones de la sentencia respecto a la constitución unilateral de servidumbre, para después examinar las vías que, en nuestra opinión, permiten mantener la plena eficacia de la servidumbre así constituida, en contra de lo que opina la sentencia.

En primer lugar, la sentencia dice que debe mediar el «unánime consentimiento de los propietarios» y que el constructor del edificio que redacta el título constitutivo de la comunidad antes que ésta surja tampoco puede constituir la servidumbre, «si no se ratifica por todos y cada uno de los adquirentes». A través de estas primeras afirmaciones, el Tribunal Supremo no se está planteando todavía el problema de la servidumbre de propietario, pues en lugar de destacar la necesidad de que las fincas dominante y sirviente pertenezcan a distintos propietarios, lo que destaca es que han de ser los adquirentes de pisos de la finca sirviente los que den su consentimiento para la servidumbre a través de su ratificación. Por nuestra parte, advertimos una vez más la confusión de la sentencia entre normativa de la propiedad horizontal y servidumbre, a propósito del tema que planteamos en este segundo apartado. Nosotros entendemos que lo importante, a efectos de la servidumbre, es que haya separación de propiedades de edificio sirviente y dominante, no interesando para nada la existencia o no de pluralidad de propietarios en uno u otro edificio. Recordemos aquel ejemplo que poníamos referente al caso de que el propietario no quiere vender de momento los pisos del edificio sirviente, sino únicamente los del dominante. Con la postura del Tribunal Supremo nunca surgiría la servidumbre, pues exige la ratificación de los adquirentes de pisos del predio sirviente, olvidando que ésta es una cuestión que para nada interesa a una servidumbre *anteriormente constituida*.

Hemos visto también que la sentencia dice expresamente que el propietario único que redacta el título constitutivo de la propiedad horizontal no puede constituir la servidumbre. Aparte de la crítica anterior, esto significa que la sentencia no ve el alcance que tiene el título constitutivo

de la propiedad horizontal. Según el artículo 5.º de la Ley de Propiedad Horizontal, el título constitutivo se refiere a la descripción del inmueble en su conjunto, de los distintos pisos o locales del mismo, de su cuota de participación, añadiéndose que «el título podrá contener, además, 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, instalaciones y servicios, etc.». Es decir, el Estatuto de la Propiedad Horizontal se refiere a aspectos que terminan en el propio edificio y que afectan exclusivamente a los propietarios del mismo. Por tanto, nosotros entendemos que la constitución de servidumbres en favor de otro edificio colindante es algo que debe quedar fuera del Estatuto de la Propiedad Horizontal, estableciéndose en un apartado diferente, sea en la misma escritura o en otra distinta, y prescindiendo del problema de si en dicho edificio va a haber o no pluralidad de propietarios. Y si incorrectamente el propietario ha incluido la servidumbre entre los artículos del Estatuto de la Propiedad Horizontal, lo lógico es hacer una interpretación más allá del formalismo que implicaría considerarlo norma estatutaria, para llegar a la interpretación antes apuntada de que se trata de un derecho real de servidumbre entre dos edificios distintos, que queda fuera de la normativa de la propiedad horizontal. No obstante, entendemos que el propietario que redacta el título constitutivo de la propiedad horizontal debe consignar en cláusula independiente de los Estatutos la constitución de servidumbre. En otro caso, se presta a que el Tribunal Supremo aplique la normativa de los Estatutos a una institución que va más allá de la propiedad horizontal, como ha hecho en el presente caso.

Pero aun suponiendo que se interpretara que la constitución de servidumbre estaba planteada en este caso como una parte de los Estatutos de la Propiedad Horizontal, no hay que olvidar que el título constitutivo de ésta puede otorgarlo el propietario único del edificio o el conjunto de propietarios existentes en un momento dado, de modo indistinto, pues así resulta del propio artículo 5.º en su párrafo segundo. Por tanto, la sentencia tampoco ofrece argumentos desde la perspectiva de la propiedad horizontal que contempla, siendo precisamente esta institución jurídica la que expresamente permite de modo progresivo la actuación unilateral del propietario único del edificio. Ciertamente que ya en anterior Sentencia de 7 de febrero de 1976, con relación a otro supuesto distinto (2), el Tribunal Supremo negó eficacia a la cláusula de los Estatutos otorgada por el propietario único en la que se reservaba la facultad de dividir locales sin necesidad de consentimiento de la Junta de propietarios, excluyendo con ello la actuación unilateral del propietario único en ese supuesto. La presente sentencia también niega eficacia a la configuración unilateral de la servidumbre por el propietario único. En este sentido, ambas sentencias se parecen, así como también en la falta de un razonamiento adecuado para excluir la eficacia de esa actuación unilateral. Frente a ambas sentencias vale lo que decía MONET, al estudiar la naturaleza jurídica de los Estatutos de la Propiedad Horizontal: dado el carácter normativo de los mismos «surgen como tales y con la plenitud de sus efectos sin necesidad de aceptación alguna de los terceros adquirente de pisos. Los Estatutos son erigidos por la exclusiva disposición de la parte propietaria, provocando el entramado jurídico correspondiente en la plenitud de sus

(2) Puede verse esta sentencia en R. C. D. I., núm. 519, págs. ... y ss.

efectos. Y no precisan la aceptación de terceros adquirentes, por lo que se comprende huelgue toda equívoca referencia a ideas de adhesión, confirmación o consentimiento de estos terceros adquirentes, aquí inoperantes y confusionistas» (3). Pues bien, esto que denuncia MONET es lo que hacen, desde distinta perspectiva, una y otra sentencia. La Sentencia de 7 de febrero niega eficacia incluso a la aceptación de los adquirentes, partiendo de que estamos ante un contrato de adhesión no permitido; la presente sentencia, admite la eficacia de la ratificación de dichos adquirentes, sin preocuparle, por tanto, el problema del contrato de adhesión. En este aspecto, se puede decir que una y otra sentencia contienen doctrina totalmente diferente, hasta el punto de que no puede hablarse de doctrina legal sobre el problema. Nosotros no aceptamos lo que dicen las dos sentencias, porque partimos, con MONET, de que huelga hablar tanto de ratificación como de adhesión de los adquirentes.

No obstante, lo que queríamos resaltar es que el Tribunal Supremo no ha interpretado de modo progresivo la Ley de Propiedad Horizontal, a pesar de que lo está pidiendo a voces la propia realidad práctica, máxime teniendo en cuenta que reconociendo la eficacia de la actuación unilateral del propietario único no se desvirtúa la Ley, sino que se sigue precisamente lo que resulta de la misma Ley. Lo que ocurre es que el Tribunal Supremo ha contemplado, tanto en la Sentencia de 7 de febrero, como en la que ahora comentamos, casos excepcionales que podrían justificar la decisión adoptada, si no fuera porque, a la hora de señalar argumentos, se excede de forma ostensible, en perjuicio de la interpretación de los casos más normales de la propiedad horizontal.

En definitiva, nosotros no vemos en la Ley de Propiedad Horizontal un obstáculo para la constitución unilateral de la servidumbre, sino precisamente todo lo contrario: una normativa que da juego a la actuación unilateral del propietario único, que permite fundamentar la constitución unilateral de la servidumbre a quien quiera seguir la línea de aquella institución. Sin embargo, insistimos en que esto sería desde la perspectiva en que se coloca la sentencia, pues nosotros ya hemos dicho que debe separarse el tema de las servidumbres entre dos edificios de la propiedad horizontal que afecte a cada uno de ellos

La referencia de la sentencia a la expresión de «libertad de cargas y gravámenes» en las escrituras de venta de los pisos.—La sentencia no sólo atenta contra la eficacia de la constitución unilateral de servidumbre exigiendo el requisito de la *ratificación* de los adquirentes, sino también con la interpretación que da a la manifestación hecha en las escrituras de venta de los pisos de que se vendían libres de cargas y gravámenes.

Efectivamente, la sentencia interpreta que esa manifestación significa que no se ha ratificado la servidumbre, lo que impide que surta efecto la configuración unilateral de la misma.

Con ello, la sentencia no tiene en cuenta lo siguiente:

1.º Si la constitución de servidumbre tal como estaba planteada tiene la naturaleza de acto unilateral, y más adelante trataremos de demostrar la viabilidad legal de dicho acto, la expresión relativa a la libertad de cargas y gravámenes, con ocasión de la escritura de venta de un piso, no tiene por qué afectar a la servidumbre, pues la configuración unilateral

(3) FERNANDO MONET y ANTÓN: «Problemas de técnica notarial ante la nueva Ley de Propiedad Horizontal», en *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección 2.ª, vol. I, pág. 295.

significa que el aspecto volitivo se agota en la declaración unilateralmente realizada, no importando que se produzcan futuras declaraciones de voluntad de otras personas. Desde este punto de vista, la referencia a la libertad de cargas podría plantear a lo sumo un problema de saneamiento por vicios ocultos, si es que se estima aplicable el artículo 1.483 del Código Civil. Hay que recordar que la ocultación de gravámenes sólo da lugar a los efectos que regula el citado precepto, que no afectan para nada al gravamen de servidumbre, sino al contrato de compraventa, pues el adquirente puede optar por «pedir la rescisión del contrato (de compraventa) a no ser que prefiera la indemnización correspondiente». No decimos que sea aplicable el artículo 1.483, pues se da una publicidad registral del gravamen, que dificulta la consideración de «oculto», y no queremos entrar en la interpretación de este precepto sobre el problema; lo que decimos es que la servidumbre no puede quedar afectada por el hecho de que en una escritura de venta se diga que existe «libertad de cargas y gravámenes».

2.º En el supuesto del artículo 541 del Código Civil, que ofrece gran parentesco con el caso planteado, por producirse una actuación unilateral del propietario único de dos fincas y atenderse a la manifestación en contrario que puede hacerse en la escritura de enajenación, hay que recordar cuál es la interpretación que la jurisprudencia y la doctrina dan a la expresión de que la finca se vende «libre de cargas y gravámenes». Citamos en este sentido a BONET CORREA: «La frase “libre de todo gravamen”, “libre de todas cargas y servidumbres”, etc., no afectan para nada a la destinación que se revela por los signos aparentes de servidumbre que acoge el artículo 541.» Y cita entre otras, las Sentencias de 10 de enero de 1883, 6 de febrero de 1904 y 5 de enero de 1963, que se ocupan concretamente de esa frase, sin darle ningún valor desvirtuador de la servidumbre (4).

3.º Además, en el caso concreto planteado, la expresión relativa a que los pisos se vendían «libres de cargas y gravámenes» era todavía menos concluyente, pues como reconoce la sentencia, dicha expresión sólo se había empleado en relación con los pisos, no en las escrituras de venta de las plazas de garaje, pues en estas últimas se recogió claramente la servidumbre. Y si la propia sentencia dice que las plazas de garaje estaban vinculadas a la titularidad de los pisos, se advertirá que la frase «libre de cargas y gravámenes» referente a los pisos es muy poco concluyente, contradicha en todo caso por la escritura relativa a las plazas de garaje vinculadas a la titularidad de los pisos. Y es que, puestos a elegir entre lo declarado en relación con el piso o con la plaza de garaje, habría que quedarse con esta última, que es la directamente afectada por la servidumbre de paso y acceso. Aparte de esto, extraña también que, después de haberse centrado la sentencia en el aspecto del título constitutivo de la propiedad horizontal mezclándolo con la servidumbre, dé ahora gran valor al apartado de la escritura referente a la libertad de cargas, en lugar de centrarse en otro apartado de la escritura de venta de los pisos como es el del «título de adquisición», en el que sin duda se haría referencia a la existencia de la propiedad horizontal y de sus Estatutos. Y si entre éstos se incluyó la cláusula de servidumbre, se observará que las referencias a la escritura e inscripción de la propiedad horizontal

(4) JOSÉ BONET CORREA: *La constitución de las servidumbres por signo aparente*, pág. 122.

deberían ser tanto o más concluyentes que el anodino apartado relativo a las cargas. Con esto, no queremos decir que deba englobarse la servidumbre con la propiedad horizontal, pues ya hemos expresado repetidamente nuestro punto de vista, sino que queremos destacar que desde la óptica de la sentencia, que mezcla la servidumbre con el título constitutivo de la propiedad horizontal, no es muy congruente separarse de esa perspectiva en este punto concreto relativo a la frase «libre de cargas y gravámenes».

La sentencia cita el artículo 530 del Código Civil como precepto que impide la constitución unilateral de servidumbre.—Dice la sentencia que la configuración unilateral realizada por el propietario único de las dos fincas es «incompatible, dado el precepto del artículo 530 de nuestro primer Código sustantivo con la identidad de titularidad dominical de los llamados predios dominante y sirviente». Este es el argumento principal en contra de la constitución unilateral de la servidumbre, pues el artículo 530 en su párrafo primero parece impedirlo al decir que «la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño». Con esta definición, el Código sigue el aforismo romano *nemini res sua servit*.

Entendemos, sin embargo, que el obstáculo que representa el artículo 530 puede ser salvado perfectamente. No se puede confundir el ACTO con la RELACION JURIDICA RESULTANTE. Una cosa es el acto jurídico de constitución unilateral de la servidumbre y otra la relación jurídica de servidumbre. El artículo 530 contiene simplemente una DEFINICION de la SERVIDUMBRE, pero no se ocupa del acto jurídico constitutivo de la servidumbre. Por ello, mal puede servir para fundar una oposición a la configuración unilateral de la servidumbre. Del artículo 530 lo único que puede deducirse, en relación con el caso planteado, es que la situación resultante del ACTO JURIDICO UNILATERAL de constitución de servidumbre no es *todavía* servidumbre mientras no se produzca la separación de propiedades del predio dominante y el sirviente. En cambio, no se pronuncia respecto a los MODOS DE CONSTITUCION de la servidumbre, por lo que mal puede decirse, como hace esta sentencia que la configuración unilateral de la servidumbre es incompatible con el artículo 530. Algo de esto intuye la sentencia cuando dice que el acto unilateral es una «simple proyección de futuro», pero luego veremos que en este punto padece otra confusión en relación con la eficacia de los actos sometidos a condición.

Posibles vías en nuestro sistema para la admisión de la constitución unilateral de la servidumbre por el propietario de dos fincas.—Frente a las declaraciones de esta sentencia, entendemos que cabe encontrar la fórmula adecuada para admitir la configuración unilateral de servidumbre. Se ofrecen dos opciones, que exponemos a continuación:

a) *Aplicación del artículo 541 del Código Civil.*—No cabe duda de que si el propietario establece ya de antemano el signo externo aparente y otorga escritura pública declarando de modo unilateral la existencia de ese signo entre sus dos fincas, expresando que constituye servidumbre conforme al artículo 541 del Código Civil, la escritura es inscribible. Ahora bien, cabe preguntarse para qué vale otorgar esa escritura e inscribirla en el Registro en ese caso en que existe signo aparente de servidumbre,

que por sí solo, sin necesidad de declaración en escritura ni de inscripción, es el presupuesto clave del artículo 541 del Código Civil. Aunque esto es cierto, sobre todo teniendo en cuenta la interpretación jurisprudencial de la ostensibilidad de las servidumbres respecto a terceros, hay que contestar que siempre es interesante que quede fijado de antemano ese signo, a través de la escritura e inscripción, pues la determinación de su alcance podría plantear distintas interpretaciones en el futuro y, además, quedaría claramente concretada la prueba preconstituida de su existencia antes de la separación de propiedades. Por otro lado, no cabe descartar que la jurisprudencia cambie de criterio respecto a la interpretación de la no necesidad de publicidad registral de las servidumbres aparentes, pues es una postura altamente discutible, según tratamos de demostrar en otra ocasión.

No obstante, no es este primer supuesto el que más interesa plantear. El problema surge cuando de momento no existe el signo externo aparente de servidumbre a que se refiere el artículo 541 del Código Civil, y, sin embargo, el propietario de las dos fincas quiere ligar a ambas con una servidumbre futura, declarando formalmente ésta e inscribiéndola así en el Registro. ¿Cabe declarar que ello se hace conforme al artículo 541 del Código?

El tema es discutible. La contestación negativa podría darse diciendo que el artículo 541 se refiere a «un signo aparente de servidumbre» en el sentido del artículo 532, que al definir las servidumbres aparentes dice que son «las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas». Y como la declaración en escritura y su inscripción en el Registro no son signos que revelen el *uso y aprovechamiento* de la servidumbre, no cabe hablar de signo aparente a efectos del artículo 541.

Pero también podría intentarse una postura afirmativa, declarando aplicable el artículo 541, a base de interpretar que la publicidad registral tiene todavía más fuerza que la publicidad derivada de una apariencia exterior; que en varios preceptos del Código se pone de relieve la equiparación entre «título» y «signo exterior», como, por ejemplo, en el artículo 572, donde se lee que «se presume la servidumbre de medianería, mientras no haya un título, o signo exterior, o prueba en contrario, y en el artículo 574, que dice que «las zanjias o acequias abiertas entre las heredades se presumen también medianeras, si no hay título o signo que demuestre lo contrario»; y que el artículo 532 se refiere a signos exteriores de servidumbres aparentes que ya están constituidas y, en cambio, en el artículo 541 la servidumbre está en vías de constitución, porque no es imprescindible apuntar la idea de «uso y aprovechamiento», sino más bien insistir en la voluntad del propietario de relacionar ambas fincas a través del contenido aparente de una servidumbre.

Si se interpreta de modo sistemático el artículo 541, concretamente en relación con el artículo 608 del propio Código y con los efectos que la Ley Hipotecaria atribuye a la inscripción registral, es más adecuado llegar a la conclusión de que donde el artículo 541 dice «signo aparente de servidumbre», puede leerse también, con mayor razón, «declaración de servidumbre inscrita en el Registro de la Propiedad», dada la mayor fuerza legitimadora del asiento registral.

En cualquier caso, aunque se interpretara que el artículo 541 sólo ha querido referirse al «signo externo aparente de servidumbre», podría aplicarse lo dispuesto en el artículo 4.º, apartado 1.º, del Código, que dice: «procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». La semejanza o paralelismo es indudable que existe entre el «signo externo aparente» y la «inscripción registral que legitima la apariencia»; y la identidad de razón se comprueba si se tiene en cuenta que en el artículo 541 el legislador presume la voluntad del propietario respecto a la constitución de la servidumbre, y en el supuesto que examinamos la voluntad del propietario es todavía más clara y manifiesta, al revelarlo así en escritura pública.

Si se sigue esta vía del artículo 541, hay que advertir que ello ha de ser con todas sus consecuencias. Por ejemplo, se discute si ese precepto es o no aplicable en algunos territorios forales y concretamente en Cataluña. Pues bien, la misma discusión se planteará entonces en este supuesto en que se sigue la vía del artículo 541 del Código Civil. No queremos profundizar en ese tema, sino simplemente apuntarla. Además, en el artículo 541 cabe discutir si puede hablarse propiamente de actuación «unilateral» del propietario, pues se exige también el requisito de que no «se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas» (de las fincas). ¿Significa esto que el artículo 541 también cuenta con otra voluntad tácita del adquirente? Si se contestara afirmativamente, habría base para pensar que estamos ante un acto bilateral, aunque la bilateralidad se refiera a manifestaciones de voluntad tácitas. El problema es también discutible y la doctrina apenas se ha ocupado del mismo. Simplemente queremos dejar constancia de esta cuestión y dar nuestro particular punto de vista: en el artículo 541 la Ley da relevancia a la *configuración unilateral* de la servidumbre por el propietario único de las dos fincas no sólo porque lo que considera como «título» es la «existencia del signo» «establecido por el propietario», lo que significa que es lo que da positivamente base y fuerza a la constitución de la servidumbre, sino también porque la referencia final a la expresión en contrario en el título de enajenación, no hay por qué referirla necesariamente al adquirente, sino que más bien se refiere también al propietario (aunque al hacerse simultáneamente con la enajenación se adhiera a ella el adquirente), como lo demuestra la redacción del precepto al poner en la misma línea esa posibilidad con la otra de que «se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura». Esta actuación de hacer desaparecer el signo no cabe duda de que la realiza el propietario, no el adquirente; pues lo mismo podría pensarse de la frase precedente, relativa a expresar lo contrario en la escritura de enajenación: el que expresa lo contrario desvirtuando el título constitutivo es el que estableció el signo; el hecho de que pueda expresarlo también el adquirente es una declaración a mayor abundamiento que ni es necesaria ni decisia, a efectos del artículo 541, teniendo en cuenta todo su contexto y su «ratio». Sin embargo, reconocemos que es un tema discutible en que cabe mantener la tesis del acto bilateral.

b) *La constitución unilateral de la servidumbre condicionada suspensivamente a la separación de propiedades de las dos fincas.*—Esta es la otra vía que consideramos posible aparte de la anteriormente apuntada.

A través de esta vía, el propietario único declara la constitución de la servidumbre con el carácter de acto unilateral; pero, además, para evitar el obstáculo del párrafo primero del artículo 530, antes visto, añade una condición suspensiva a dicho acto unilateral, condición que consiste en el hecho de producirse la separación de propiedades de las fincas dominante y sirviente.

Planteamos esta posibilidad prescindiendo del artículo 541, sin perjuicio de que el resultado pueda o no coincidir, según la interpretación que se adopte de dicho precepto. Ahora se trata de obtener una fórmula que no quede encasillada necesariamente en el artículo 541, lo que puede tener interés para el supuesto de que se hubiera llegado a la conclusión de que dicho precepto sólo es aplicable cuando existe signo externo y no declaración unilateral inscrita; o de que dicho precepto no es aplicable en Cataluña; o de que el mismo contempla una constitución de servidumbre que tiene la naturaleza jurídica de acto bilateral tácitamente expresado. Con esta nueva fórmula, no interesan esas conclusiones, pues partimos de la base de que se establece como algo que queda fuera del artículo 541 y de todas sus consecuencias.

La naturaleza jurídica de esta fórmula se concreta en la presencia de dos hechos jurídicos en sentido amplio: por un lado, *el acto jurídico* de constitución de la servidumbre, cuya naturaleza es la de un acto unilateral realizado de modo exclusivo por el propietario único de las dos fincas, cuyo contenido volitivo se agota en la declaración de dicho propietario, sin necesitar para nada la aceptación, adhesión o ratificación de ningún futuro adquirente; por otro lado, *el hecho jurídico* en sentido estricto, condicionante del nacimiento y eficacia de la servidumbre constituida por aquel acto jurídico unilateral: ese hecho jurídico es la separación de propiedades de las dos fincas, dominante y sirviente. Adviértase que lo denominamos hecho jurídico, y es porque no interesan las declaraciones de voluntad que puedan hacerse por el adquirente en la escritura determinante de la separación de propiedades. Para la constitución de la servidumbre, ese acto jurídico de enajenación por el que se separan las titularidades de una y otra finca, sólo representa el hecho de la separación que da lugar al cumplimiento de la condición. Por tanto, desde esta perspectiva no interesa plantear el problema de la ratificación de los adquirentes, ni siquiera la interpretación de la expresión de que la finca se vende «libre de cargas y gravámenes», porque se parte de la base de que la servidumbre se constituye unilateralmente, sin otras declaraciones de voluntad que la del propietario único de las dos fincas.

En cuanto al *fundamento legal*, ya hemos dicho que no es obstáculo el párrafo primero del artículo 530, pues existe esa condición consistente en que se produzca la separación de propiedades. Cualquier otro reparo técnico en contra del acto unilateral constitutivo de la servidumbre debe disiparse teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

1.^a Desde el punto de vista de las facultades plenas que corresponden a todo propietario en relación con sus fincas, ¿por qué negar al propietario que pueda poner en conexión las dos fincas de su propiedad a través del servicio duradero que una ha de prestar a la otra? Recuérdese que se admiten las modificaciones de entidades hipotecarias, que son actos de riguroso dominio de carácter unilateral realizados por el propietario. Ejemplo: el dueño de una finca puede segregar una parte para agregarla

a otra de su propiedad (art 48 del Reglamento Hipotecario). Pues bien, estas facultades dominicales en relación con el predio dominante se concretan precisamente en la posibilidad de agregar (no en el sentido técnico, claro) o adicionar una cualidad a dicho predio. Ello es así partiendo de que la servidumbre es para la finca dominante una CUALIDAD o PARTE INTEGRANTE. Así resulta claramente del artículo 13 de la Ley Hipotecaria y del artículo 534 del Código Civil, que considera a las servidumbres como «inseparables de la finca a que *activa* o pasivamente pertenecen», confirmado todo ello por el artículo 334 del propio Código. Partiendo de esta naturaleza, no debe haber duda de que el propietario puede unilateralmente configurar partes integrantes y cualidades de su finca, como resulta del examen de algunos números del repetido artículo 334 y de los correspondientes a la accesión. En cuanto, al predio sirviente, ¿cómo se justifican las facultades dominicales que dan lugar a esa pre-servidumbre? Nosotros entendemos que si se admite la renuncia del derecho de propiedad y de los demás derechos reales, y se configura la misma como acto unilateral, como hace la doctrina, debe admitirse también esa limitación que representa una separación de parte de las facultades del dominio de una finca concreta realizada unilateralmente por su dueño, sin necesidad de que conste la aceptación de otra parte, pues tampoco en la renuncia se exige ese requisito. Además, siempre cabría acudir a la figura de la autocontratación para admitir la eficacia de esa limitación en las facultades del predio sirviente, pues es sabido que la autocontratación la admite la doctrina cuando no hay conflicto de intereses, y especialmente en relación con la conexión entre masas patrimoniales pertenecientes a un mismo sujeto. Así, DE CASTRO dice que «cabe que una persona tenga poderes sobre dos patrimonios, por sus correspondientes distintos títulos; por ejemplo, por ser titular de un patrimonio personal y de otro separado o colectivo... poderes que pueden permitirle disponer de ambos y constituir en ellos una relación contractual o realizar un acto dispositivo (por ejemplo, constituir arrendamiento, servidumbre, transmisión de la propiedad)» (5). En nuestro caso, no se trata de dos patrimonios, sino de dos fincas pertenecientes a un mismo patrimonio, pero, dada la importancia que en el derecho real de servidumbre cobra la entidad finca, no vemos ningún inconveniente en aplicar esa misma idea del autocontrato, si fuere necesario por no vencer la anterior argumentación.

2.ª En este segundo apartado queremos insistir en la importancia de la entidad finca en relación con el derecho real de servidumbre. Se ha insistido mucho por la doctrina en ese párrafo primero del artículo 530 en cuanto alude a la diversidad de propietarios y se ha olvidado la continua referencia la finca como elemento clave de la servidumbre, a diferencia de lo que ocurre en otros derechos reales. El propio artículo 530 comienza diciendo: «la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro...». Y el párrafo segundo es todavía más concluyente: «*El inmueble a cuyo favor está constituida la servidumbre, se llama predio dominante; el que la sufre, predio sirviente*». Y no digamos nada del artículo 534: «Las servidumbres son inseparables de la finca a que activa o pasivamente pertenecen.» No queremos caer en la tentación de decir que el sujeto de la servidumbre es la finca, más que el propietario, lo que sería tanto como admitir la servidumbre de propietario, en contra

(5) FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO: *Temas de Derecho Civil*, 1972, pág. 115.

del párrafo primero del artículo 530, sino que queremos recalcar que desde esta perspectiva de poner en un plano fundamental la finca, y el propio Código hemos visto que lo hace en cierto modo, cobran la finca dominante y la sirviente una autonomía suficiente dentro de un mismo patrimonio, que justifica que puede existir entre ellas una servidumbre en suspenso a través de ese acto unilateral condicionado. Y esta autonomía es todavía mayor si se contempla la cuestión desde la perspectiva de la Ley Hipotecaria, pues el Registro se lleva por fincas, asignando a cada una un número y un conjunto de folios, en contra del anterior sistema de un folio para cada propietario. Esta interferencia de la Ley Hipotecaria en el sistema del Código Civil, a través de la interpretación sistemática de uno y otro, debería hacer meditar a los que sólo ven Derecho romano en el sistema español, cuando convendría recordar que en el sistema romano no existía un Registro adecuado que hubiera permitido concretar jurídicamente cada finca de un mismo propietario.

3.ª El artículo 7.º del Reglamento Hipotecario expone, diciendo que ello es «conforme a lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley», que se debe inscribir «cualquier acto o contrato de trascendencia real que, sin tener nombre propio en derecho, modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales». Obsérvese que alude no ya a «contrato», sino también a «cualquier acto»; «sin tener nombre propio en derecho», lo que ha llevado a decir a algún autor, acertadamente, que estamos en presencia de un *numerus apertus* de fuentes o actos (ANTONIO HERNÁNDEZ GIL). «Modifique desde luego o en lo futuro», y subrayamos esta última palabra; «algunas de las facultades del dominio», entre las cuales no cabe duda que están las que llevan consigo una limitación en el uso de la finca; «o inherentes a derechos reales», que cuadra perfectamente con el contenido de este acto unilateral condicionado. Si dentro del artículo 7.º del Reglamento Hipotecario, cabe este tipo de actos, ello será porque se trata de actos válidos y eficaces, pues la inscripción no puede referirse a actos nulos.

Estas consideraciones nos llevan a una interpretación amplia del artículo 536, cuando dice que «las servidumbres se establecen por la Ley o por la voluntad de los propietarios». Nosotros entendemos, de acuerdo con los argumentos expuestos, que esta última frase se traduce en la siguiente: «o por la voluntad del propietario de cada predio», de modo que si el propietario es momentáneamente el mismo, la constituirá la voluntad de un solo propietario, que es plural en el sentido de que dispone en base a la titularidad que tiene en dos fincas. No creemos que con un argumento exclusivamente literal, que además admite esa pluralidad de sentidos, puedan desvirtuarse las consideraciones antes expuestas. Y si a todo eso se une la conveniencia en la práctica de admitir esa constitución unilateral, por las razones también señaladas, se habrá creado un ambiente propicio para admitir tal interpretación de nuestro sistema legal en materia de servidumbres.

Tercera crítica.—La sentencia desconoce el alcance del sistema hipotecario español en materia de inscripción de actos sometidos a condición suspensiva.

Efectivamente, esta sentencia no da ninguna importancia a la constancia registral del gravamen de servidumbre constituido de modo condicionado, entendiendo que el condicionamiento de la servidumbre en cuanto

a su nacimiento y a su alcance y contenido es «ajeno al pretendido carácter real propiamente dicho» y que «la constancia del gravamen a estos efectos no podía tener en este caso otro alcance que el de una simple proyección de futuro sin trascendencia real alguna de presente», sin que la misma «pudiera perjudicar a terceros adquirentes que entonces no es que no se conociesen, sino que no existían».

Esto supone un desconocimiento absoluto de lo que significa en nuestro sistema la inscripción de los actos sometidos a condición suspensiva. Sabido es que los actos inscribibles son únicamente los que tienen trascendencia real y, en cualquier caso, dichos actos afectan necesariamente a tercero por el hecho de ser inscribibles y de constar inscritos. Pues bien, el artículo 23 de la Ley Hipotecaria parte de la base de que los actos sometidos a condición suspensiva tienen acceso al Registro, y ello se confirma claramente por la regla 2.ª del artículo 9.º de la propia Ley y por la regla 6.ª del artículo 51 del Reglamento Hipotecario. Si esto es así, lo lógico es llegar a la conclusión de que tales actos tienen eficacia *erga omnes*, pues en otro caso no tendría ningún sentido su inscripción. Así lo entiende también la doctrina más autorizada. Por ejemplo, ROCA SASTRE, aun planteando que tal inscribibilidad pueda constituir «cierto alarde, que es más bien expresión de una postura atrevida por parte de nuestros legisladores hipotecarios», justifica dicha postura diciendo: «Nosotros creemos que la registrabilidad de los actos con condición suspensiva es admisible porque el derecho constituido o transmisión bajo condición suspensiva, atribuye de momento (*pendente conditione*), una expectativa que debe ser tratada como un derecho, y que participa de la naturaleza misma del derecho a que tiende, de modo que puede hablarse, desde luego, de una titularidad condicional» (6).

Por tanto, no se explica que, existiendo esos preceptos y reconociendo la sentencia que se trata de un acto sometido a condición suspensiva, pueda decirse que la constancia registral del gravamen carece de trascendencia real de presente y que es una simple proyección de futuro. Y menos coherente todavía es esa explicación referente a los terceros, en el sentido de que no puede perjudicar a éstos porque no es que no se conociesen, sino que en ese momento no existían. Con esto lo que se desconoce es el juego de la inscripción respecto a terceros. Según el artículo 32, lo no inscrito no perjudica a tercero, de donde se desprende que lo inscrito le perjudica. Y ese tercero a quien perjudica lo inscrito no tiene por qué existir en el momento en que se practique la inscripción, sino que precisamente lo normal es que no exista aún y la inscripción tenga ese efecto cautelar o preventivo respecto a futuras enajenaciones. De ningún precepto de la Ley Hipotecaria se desprende que el tercero haya de existir en el momento de la inscripción, porque ello sería tanto como desconocer el efecto de publicidad de la inscripción respecto a futuros adquirentes que han de estar a lo que el Registro publique, aunque en el momento de practicarse la inscripción todavía no existían.

Por último, la sentencia señala que el condicionamiento de la servidumbre afecta «no sólo al hecho en sí de su nacimiento, sino también por lo que se refiere a sus circunstancias, titularidades activa y pasiva, extensión, uso y disfrute, modo de ejercicio y sobre todo de su adecuación a la reglamentación legal». No sabemos exactamente qué es lo que pretende

(6) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 6.ª edición, vol. II, pág. 662.

la sentencia con esta enumeración. Caben dos posibilidades. Una de ellas sería interpretar que la sentencia considera que la constitución unilateral de la servidumbre precisó desde el principio todos esos extremos, pero que quedaron condicionados suspensivamente y por ello, carecían de momento de trascendencia real. Si esto es lo que quiere decir, y parece ser que sí, reiteramos la crítica que acabamos de hacer, pues significa que la sentencia no conoce la eficacia de la inscripción de los actos sometidos a condición suspensiva.

Otra posibilidad sería interpretar que la sentencia parte de que *en este caso concreto*, no quedó bien perfilado el contenido y circunstancias de la servidumbre y que por eso carece de trascendencia real. Si esto hubiera querido decir la sentencia, no merecería la crítica antes dicha. Pero no es eso lo que ha querido decir, pues entonces no tendría sentido todo lo que con anterioridad a esa frase había dicho la sentencia en contra de la constitución unilateral de la servidumbre, pues los razonamientos que utiliza no van dirigidos contra la imprecisión del contenido, sino contra la unilateralidad de la constitución de la servidumbre.

Pero aunque no haya querido decir esto que hipotéticamente hemos señalado como segunda posibilidad, en realidad es lo que debería haber dicho de modo claro y tajante, prescindiendo de los ataques a la unilateralidad de la servidumbre, y así hubiera resuelto el caso de la misma manera, pero con una argumentación adecuada. Queremos decir que, en nuestra opinión, debería haberse negado la trascendencia real de la servidumbre inscrita, no por estar sometida a condición suspensiva ni por tener una configuración unilateral, sino porque en el supuesto concretamente planteado, la servidumbre no se constituyó con la precisión adecuada en cuanto a su alcance y contenido, si es que, según parece, no se determinó cuál iba a ser en concreto la zona de acceso y paso, y sus dimensiones y modo de ejercicio de la servidumbre. Indeterminación ésta que dio lugar a que se vendieran cuotas indivisas de la planta destinada a garaje, que al pretender concretarse en plazas delimitadas, excedían, al parecer, del número adecuado y eran incompatibles con la existencia de una zona de paso, no determinada, por otro lado, en cuanto a sus dimensiones y situación.

Esa indeterminación e imprecisión hubieran bastado para negar acceso al Registro a la servidumbre y también para negar efectos respecto a terceros a tal supuesta servidumbre indebidamente inscrita. Y si esto era así, no hubiera habido necesidad de pronunciarse en contra de la constitución unilateral de servidumbre sometido a condición suspensiva, ni de emplear unos argumentos como hace esta sentencia, que se caracterizan por incurrir en continuas confusiones, según hemos tratado de demostrar.

Y es que la Dirección General de los Registros y la doctrina hipotecarista advierten que no se pueden admitir oscuridades u omisiones en la creación de derechos reales. Como dice SANZ FERNÁNDEZ, «la libre configuración de los derechos reales admitidos y regulados por la Ley no autoriza para crear tipos contradictorios, confusos o ambiguos de los mismos en términos que no permitan fijar exactamente su alcance y repercusión *erga omnes*» (7).

(7) SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo II, pág. 350.

Por tanto, no debe admitirse la inscripción de aquellas servidumbres en que quede sin precisar su alcance y contenido, pero esto es al margen de si su constitución es unilateral o bilateral, frente a lo que entiende esta sentencia.

J. M G. G.

TERCERIA DE DOMINIO: COMPRAVENTA CONSUMADA POR LA TRADICION CON POSESION ANTERIOR AL EMBARGO TRABADO POR LA HACIENDA PUBLICA. PREVALECE EL TITULO DEL TERCERISTA (SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1976).

Hechos.—Don Marcel A. P. formula demanda de tercería de dominio contra el Abogado del Estado y don Francisco L. B., suplicando se dicte sentencia declarando que el chalet embargado por la Hacienda Pública es propiedad del actor, alzándose el embargo trabado.

El Abogado del Estado contestó a la demanda oponiendo a la misma que la finca objeto de autos figuraba inscrita a nombre del deudor don Francisco y que cuando se otorgó la escritura de venta a favor del actor ya constaba la carga anterior del embargo practicado, no pudiendo perjudicar a terceros la existencia de un documento privado previo.

El Juzgado de Primera Instancia número dos de Tarragona dictó sentencia estimando la demanda, siendo confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al recurso, destacando los considerandos segundo y tercero:

«Considerando que también ha de sufrir la misma suerte desestimatoria el segundo motivo interpuesto por el mismo cauce del anterior y en el que se denuncia error de derecho con violación de los artículos 1.218 y 1.227 del Código Civil y 601 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque declarado probado por la Sala que la posesión del tercerista sobre la finca comprada fue anterior al embargo el mayor o menor valor de los documentos no afecta a la consumación de la compraventa efectuada.»

«Considerando que tampoco tiene prosperabilidad ninguno de los tres últimos motivos por cuanto que declarado probado por la Sala de Instancia, como en el considerando anterior se razona, que existió tradición con posesión por el tercerista de la finca con anterioridad al embargo trabado por la Hacienda, es evidente que la compraventa fue consumada, sin que exista, por tanto, ninguna de las violaciones denunciadas en dichos tres motivos.»

PROCEDIMIENTO JUDICIAL SUMARIO DE EJECUCION DE HIPOTECA DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA. PLANTEAMIENTO DE PROBLEMAS DE NULIDAD DE ACTUACIONES POR CONSIGNACION DEL PRECIO DE REMATE FUERA DE PLAZO Y NATU-

RALEZA DE TAL PLAZO, DE CADUCIDAD O DE CARACTER CONMINATORIO. EL TRIBUNAL SUPREMO NO ENTRA EN ESTOS PROBLEMAS, PUES ESTIMA QUE LA PROVIDENCIA DEL JUZGADOR QUE DECIDIO ESTAR BIEN HECHA LA CONSIGNACION, QUEDO FIRME, AL NO HABERSE INTERPUESTO RECURSO DE REPOSICION CONTRA ELLA DENTRO DEL PLAZO, SINO EXTEMPORANEAMENTE (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1976).

Hechos.—Don Antonio M. G. interpone demanda contra don José Ll. G. y don Ricardo O. M. suplicando se dictara sentencia declarando la nulidad de todas las actuaciones practicadas en el procedimiento de ejecución del artículo 131 de la Ley Hipotecaria seguido ante el Juzgado de Primera Instancia de Berga, a partir de la providencia de 18 de septiembre de 1971 que, dando por buena la consignación efectuada por el rematante, aprobó el remate de la subasta y declarando la nulidad de tal consignación extemporánea y del pago efectuado al ejecutante, si se hubiese hecho con cargo a dicha consignación, debiendo reproducirse las actuaciones nulas, cancelándose las inscripciones que hayan podido producirse en el Registro de la Propiedad de Manresa, por resultas de dicho proceso de ejecución hipotecaria.

La parte demandada se opone alegando que el plazo para la consignación no es un plazo de caducidad ni improrrogable, sino conminatorio para el rematante para estimar el efectuar el pago, que las cuestiones que ahora se plantean han ganado firmeza y ejecutoriedad en el procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria por lo que existe cosa juzgada, y que de prosperar la acción interpuesta, el citado procedimiento sería letra muerta y completamente ineficaz.

El Juez de Primera Instancia de Manresa dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, salvo respecto de las costas, que la Audiencia no impone expresamente en ninguna de las instancias.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Mariano Gimeno Fernández, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el actor, por lo que se ha dicho en resumen en el encabezamiento de esta sentencia.

TERCERIA DE DOMINIO ANTE ANOTACION DE EMBARGO PRACTICADA A FAVOR DE LA HACIENDA PUBLICA. EL CONVENIO DE UNA SUSPENSION DE PAGOS CONSISTENTE EN LA CESION DE LA FINCA A LOS ACREEDORES EN PAGO DE SUS CREDITOS PREVALECE SOBRE DICHO EMBARGO, POR SER ANTERIOR AL MISMO EL AUTO DE APROBACION JUDICIAL DEL CONVENIO, AUNQUE NO SE HAYA OTORGADO AUN LA ESCRITURA DE CESION. DISTINCION ENTRE CESION PRO SOLUTO Y PRO SOLVENDO. LA DACION EN PAGO SE RIGE POR LAS NORMAS DE LA COMPRAVENTA (SENTENCIA DE 3 DE ENERO DE 1977).

Hechos.—Don José S. Hernández, don Rafael O. Fuset y don Angel P. Quiñonero, componentes de la Comisión de acreedores del comerciante don Antonio S. Ortiz y además el Banco de Bilbao, S. A., formulan de-

manda contra el Estado suplicando se dicte sentencia declarando que a los terceristas, así como a las personas físicas y jurídicas que componían la masa de acreedores del comerciante y demandado don Antonio S. Ortiz en la suspensión de pagos del mismo pertenece en común y proindiviso la casa chalet en término de Paterna, cuya finca adquirieron los demandantes y la masa de acreedores en virtud de convenio celebrado entre los mismos y el suspenso, aprobado por auto judicial de 22 de marzo de 1971; y se ordene dejar sin efecto el embargo practicado por la Hacienda Pública en expediente seguido por el Recaudador de Tributos

El Abogado del Estado se opone a la demanda alegando que lo que se produjo en el convenio fue una cesión de bienes para el pago de deuda, figura que no atribuye a los acreedores el dominio de los bienes cedidos.

El Juez de Primera Instancia número cuatro de Valencia dictó sentencia estimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia.

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

«Considerando que las actuaciones de que trae causa el presente recurso se originaron con la suspensión de pagos del comerciante don Antonio S. Ortiz—que ahora figura como recurrido—en la que se logró un convenio entre él y sus acreedores—uno de los cuales era el Tesoro Público con un crédito preferente de 182.880 pesetas—que fue aprobado judicialmente el 22 de marzo de 1971, por el que el suspenso en pago de su total pasivo, ponía a disposición de aquéllos todos sus bienes, derechos y acciones (excepto los muebles, ropas y enseres del domicilio) tomando los acreedores posesión de ellos, con lo que se dieron por saldados y pagados, concediendo el mencionado suspenso y su esposa poderes irrevocables para proceder a las enajenaciones a que hubiere menester; apareciendo que más tarde, y concretamente el 25 de mayo del mismo año 1971, en un expediente de apremio seguido contra el propio deudor por la Recaudación de Tributos de Valencia con cuantía de 734.745 pesetas—por tráfico de empresas, impuesto de lujo, cuota de beneficios y licencia fiscal—se trabó embargo sobre una casa chalet sita en Paterna, que estaba incluida entre los bienes dados a los acreedores, siendo sacada a pública subasta para la que se señaló el día 6 de noviembre de 1973, lo que motivó que los primitivos acreedores, una vez fracasada en vía gubernativa su solicitud de suspensión, ejercitasen una tercería de dominio, con base en la propiedad de la finca que le había sido entregada con el relatado convenio; pretensión que fue estimada por la sentencia de primer grado que, a su vez, confirmó íntegramente la que ahora es objeto de recurso.»

«Considerando que el único tema de casación que se plantea en este trámite es estrictamente jurídico, consistente en determinar la naturaleza del acto contenido en el convenio de 22 de marzo de 1971, sosteniendo el recurrente en el motivo primero—formulado por el cauce del número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento—que se trata de una cesión de bienes a los acreedores que, como uno de los medios satisfechos del crédito regula el artículo 1.175 del Código Civil—que se dice infringido en concepto de violación—la cual, por su propia esencia, no entraña una

atribución de propiedad—ni siquiera fiduciaria como sostuvo parte de la doctrina científica—de los bienes que se ceden, sino su simple posesión, unida a un mandato con poder irrevocable para llevar a cabo las ventas pertinentes y cobrarse con su producto, restituyendo el remanente al deudor que sólo queda liberado «por el importe líquido de los bienes cedidos», por lo que se trata de una cesión *pro solvendo* que, aparte de no atribuir el dominio—forzoso es insistir en ello—no produce, sin más, la extinción de la obligación; interpretación sin duda correcta del precepto referido, conforme en un todo con la mantenida por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, pero que no es de aplicar al caso concreto objeto de examen en que, utilizando la facultad de hacer otra cosa que el legislador permite cuando dice «salvo pacto en contrario», el deudor cede los bienes y los acreedores los reciben no con la finalidad indicada, sino para hacer con ellos pago y liquidación definitiva y total de la deuda, como de manera expresa e indubitada se afirma en el discutido convenio, no susceptible de ser interpretado de otro modo como pretende el recurrente; lo que significa que se está en presencia no de una cesión de bienes propiamente dicha, sino de una auténtica *dación en pago* que bien se la califique de venta, o se la configure como novación, o se piense que se trata de un acto complejo, siempre estará regida en nuestro ordenamiento por las normas del contrato de compraventa—al carecer de reglas específicas, pues sólo se encuentran alusiones a la figura en los artículos 1.521, 1.636 y 1.849 del Código Civil—en la que el crédito que con ella se satisface, adquiere la categoría de precio del bien o bienes entregados, siendo, por tanto, una verdadera cesión *pro soluto* con la que se transmite no la mera posesión sino la propiedad de aquéllos, produciendo además automáticamente la extinción de la primitiva obligación, según puntualizó para supuestos semejantes la misma doctrina jurisprudencial especialmente recogida en las Sentencias de 11 de mayo de 1911, 9 de diciembre de 1943, 19 de marzo de 1953, 14 de octubre de 1961 y 1 de marzo de 1969 entre otras, todo lo cual justifica la desestimación de este primer motivo.»

«Considerando que como consecuencia de este perezimiento es asimismo obligada la desestimación de los dos restantes motivos, formulados ambos con amparo procesal en el ordinal 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, denunciando respectivamente aplicación indebida del 348 del Código y violación del 71 de la Ley eneral Tributaria; y ello, porque en los dos se está haciendo supuesto de la cuestión debatida respecto de la atribución de la propiedad en favor de los acreedores como resultado del convenio de 22 de marzo de 1971—pretendiendo la solución contraria a la que, como única adecuada, se termina de exponer—, tanto cuando se sostiene la imposibilidad de utilizar la acción reivindicatoria por estimar que no concurren los requisitos exigidos para ello por la doctrina jurisprudencial, como cuando se defiende la preferencia del crédito de la Hacienda Pública en virtud de lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley General Tributaria; desestimación que supone la del recurso en su totalidad con los consiguientes pronunciamientos del artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

REGISTRO DE VENTAS A PLAZOS DE BIENES MUEBLES. PACTO DE RESERVA DE DOMINIO. EFECTOS DE LA PUBLICIDAD DEL REGISTRO EN RELACION CON UN EMBARGO POSTERIOR DEL VEHICULO, ANOTADO EN EL REGISTRO DE LA JEFATURA DE TRAFICO. CADUCIDAD DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1977).

Hechos.—Motor Nacional, S. A., presentó demanda contra «Transportes de Mariscos, S. A.», y contra la Hacienda Pública, sobre tercera de dominio, ejercitando la acción reivindicatoria respecto a un camión marca Barreiros, que había resultado embargado en procedimiento de apremio administrativo por razón de Impuesto de Sociedades contra la entidad mercantil «Transportes de Mariscos, S. A.», basándose en que dicho camión fue vendido por la actora a la embargada en contrato con pacto de reserva de dominio hasta que hubiesen sido satisfechos todos los plazos del precio convenido, lo que no había sucedido, por lo que el referido camión era propiedad de la actora tercerista y no de la entidad embargada.

El Juez de Primera Instancia número dos de Vigo estimó la demanda, siendo confirmada la sentencia por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña.

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

«Considerando que las presentes actuaciones traen causa de una tercera de dominio instada por la sociedad que ahora aparece como recurrida, en un procedimiento de apremio seguido por la Recaudación de Hacienda de Vigo contra la entidad «Transportes de Mariscos, S. A.», en el que fue embargado el camión marca Barreiros modelo 62/62, número de motor 360.836 y de bastidor BO-582 que figuraba entre los bienes de ésta, basando el tercerista su pretensión—que prosperó en ambas instancias—en que dicho camión fue vendido por él al embargado, por contrato firmado en Vigo el 26 de noviembre de 1970 donde expresamente se contenía la reserva del dominio en favor del vendedor hasta que hubiesen sido satisfechos todos los plazos del precio convenido (450.000 pesetas), lo que no había sucedido, por lo que no tuvo lugar la transferencia de propiedad; a lo que la representación del Estado opuso únicamente que el artículo 11 de la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos, de 17 de julio de 1965 permite al vendedor optar entre exigir el cumplimiento o la resolución del contrato, pero no puede simultanear ambas acciones como se ha hecho en este supuesto, mientras que las alegaciones que ahora se hacen en los dos primeros motivos del recurso se limitan a razonar acerca del valor de la publicidad registral de acuerdo con el artículo 17 de la Orden Ministerial de 8 de julio de 1966—en relación con el artículo 1.281 del Código Civil—y de la privación de efectos frente a terceros de la misma cuando *ex lege* ha perdido su eficacia teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley especial citada, tratándose, por tanto, de cuestiones nuevas no aducidas ni consiguientemente discutidas en el pleito precedente, que tienen vedado su acceso a la casación en virtud

de lo establecido en el número cinco del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento que en este momento procesal constituyen causa de desestimación de los indicados motivos en que se contienen, carentes, por otra parte, de fundamento intrínseco en cuanto que la fecha a tener en cuenta a los aludidos efectos de la publicidad y consiguiente conocimiento en este caso por el Estado habrá de ser aquella en que el embargo se realizó y nunca la de las sentencias recaídas en el juicio de tercería como pretende el recurrente, siendo anterior, sin duda, al día 26 de noviembre de 1974 que por éste se alega.»

«Considerando que como consecuencia de cuanto queda expuesto tiene también que ser desestimado el motivo tercero y último en que por el cauce del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia aplicación indebida del 348 de nuestro primer Código sustantivo—que por supuesto, aunque no se precisa deberá entenderse referido a su párrafo segundo—puesto que es un mero corolario de lo que se dice en los anteriores y naturalmente del resultado de su valoración, en el sentido de que si quedó firme la existencia y vigencia del título que justificaba la tercería de dominio, el reconocimiento de la acción reivindicatoria que el precepto establece es el ineludible complemento que confirma su aplicación como perfectamente debida; lo cual conduce a la desestimación del recurso en su totalidad con los consiguientes pronunciamientos del artículo 1.748 de la Ley Procesal Civil.»

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS. ARTICULO 541 DEL CODIGO CIVIL. AL NO HABERSE PROBADO LA EXISTENCIA DE LA VENTANA LIIGIOSA EN EL MOMENTO DE SEPARACION DE LAS PROPIEDADES, NO CABE PLANTEAR LA APLICACION O NO DE DICHO ARTICULO A CATALUÑA, PUES FALTA EL PRESUPUESTO ESENCIAL PARA LA CONSTITUCION DE LA SERVIDUMBRE. ORDINACIONES DE SANCTACILIA (SENTENCIA DE 6 DE DICIEMBRE DE 1976).

Hechos.—Doña Alberta S. R. formuló demanda contra doña Asunción V. A. y don Juan V. R., sobre servidumbre de luces y vistas al amparo del artículo 541 del Código Civil, suplicando se dictara sentencia por la que se declare la constitución de dicha servidumbre en base a la existencia de una ventana abierta antes de la separación de la propiedad de las fincas de la actora y de los demandados, cuando la total finca pertenecía a un mismo dueño.

Los demandados contestan a la demanda oponiendo que tal servidumbre nunca ha existido ni hay título que la justifique.

El Juzgado de Primera Instancia número 6 de Barcelona dictó sentencia estimando la demanda y declarando constituida por signo aparente la servidumbre de luces y vistas.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia revocando la del Juzgado, pues entiende que no se ha probado la existencia de la ventana cuando se separaron las dos propiedades, no siendo aplicable tampoco el artículo 541 del Código Civil en Cataluña.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, declara no haber lugar al recurso, destacando los considerandos tercero, cuarto, quinto, sexto y noveno:

«Considerando que la sentencia recurrida, después de establecer de manera general que era obligación de la parte actora probar los hechos fundamentales decisivos de su pretensión, y de modo concreto, que le incumbía demostrar que la ventana litigiosa estaba construida antes de la venta de la demandada, de la segunda finca a que podría afectar la servidumbre como predio sirviente, termina por proclamar que ni propuso prueba ni precisó preguntas para acreditar los normales hechos positivos de tal construcción, por lo que concluye afirmando que “no es de estimar probada tan esencial circunstancia”; y aún añade—de manera innecesaria—“que aunque el transcurso de veintisiete años, pudiera hacer pensar en ‘una usucapión o posesión inmemorial’, a ello se opone el artículo 283 de la vigente Compilación y mucho más las previsiones y normas de las Ordenaciones de Sanctacilia”, volviendo a agregar—también innecesariamente—que, por las razones que exponía, habría que concluir estimando “que tal forma o medio de nacimiento y adquisición de las servidumbres de luces y vistas que el Código Civil establece en su artículo 541, no es aplicable, como derecho supletorio, en Cataluña, pues la Compilación y la tradición jurídica catalana exigen para ello el convenio expreso por voluntad manifestada a través de signos adecuados y directos”.»

«Considerando que contra la sentencia desestimatoria de la demanda, alza la parte actora recurrente su recurso, integrado por cinco motivos, en ninguno de los cuales se combate la apreciación que hace dicha sentencia respecto a la improbada existencia de la ventana litigiosa en el momento de separarse los fundos, por la venta de uno de ellos, por lo cual, como es natural, todos nacen condenados al fracaso.»

«Considerando que el primero que hay que examinar y resolver es el que se formula con el número quinto, en el que se denuncia la “violación de lo dispuesto en el artículo 541 del Código Civil en relación con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, relativa a la aplicación de dicho precepto legal”, violación que se comete, en sentir del recurrente “al no estimarse constituida la servidumbre de luces y vistas puesta de manifiesto por la ventana que subsistió abierta en la pared de separación de ambas fincas, al ser segregada la porción que fue enajenada a favor de la demandada doña Asunción V. A.”, ventana que, según dicha recurrente, existía anteriormente como signo aparente de la servidumbre constituida, y cuya desaparición no se pactó expresamente en la escritura de separación de propiedades, sin que contra ello—dice la referida recurrente—valga la cláusula de estilo de que la referida finca, “no se hallaba afecta a más cargas o gravámenes que el censo enfitéutico que se expresaba”.»

«Considerando que en el desarrollo de este motivo incurre la recurrente en petición de principio, pues da como existente el supuesto de hecho que la sentencia niega, o sea, que la ventana litigiosa existía con anterioridad y en el momento de separación de los fundos, supuesto de hecho necesario para que pudiera ser actuado el artículo 541 del Código Civil que se invoca, y cuya falta de probanza haría inútil el examen de la cuestión relativa a su aplicabilidad o no aplicabilidad en Cataluña.»

«Considerando que... por esta misma razón tiene que decaer también el motivo tercero en el que se denuncia la “violación de lo dispuesto en la Consuetut o capítulo sesenta y uno de las Ordinaciones de Sanctacilia vigentes en la Ciudad de Badalona, porque la sentencia recurrida, contra lo que sostiene el recurrente no niega la constitución de la servidumbre de luces y vistas objeto del pleito, ‘fundándose en no estimar la posibilidad de tener abierta ventana en la pared de común separación de los dos supuestos predios dominante y sirviente respectivamente’, sino que basa la absolución de la demanda en la circunstancia de que la parte actora no ha acreditado—como era su inexcusable obligación para el triunfo de su pretensión—”, que existiera dicha ventana en el momento en que, por venta de uno de los fundos, se procedió a la separación de ambos.»

COMENTARIO—A) *El criterio inhibicionista de esta sentencia respecto a si el artículo 541 del Código Civil es o no aplicable en Cataluña.*—Lo más característico de la presente sentencia es su inhibición en relación con este problema, que la sentencia recurrida de la Audiencia Territorial de Barcelona había solucionado en sentido negativo, es decir, considerando no aplicable el artículo 541 del Código Civil en Cataluña, «pues la Compilación y la tradición jurídica catalana exigen para ello el convenio expreso por voluntad manifestada a través de signos adecuados y directos».

Para llegar a esa postura inhibicionista, el Tribunal Supremo parte de una cuestión previa, la de si existía la ventana litigiosa antes de la separación de propiedades y si se había probado o no la existencia de la misma en el momento de tal separación. Examina las declaraciones de la sentencia recurrida sobre el particular y llega a la conclusión de que las referencias a la no aplicación del artículo 541 eran «innecesarias», pues la Audiencia afirmó que «no es de estimar probada tan esencial circunstancia» (la de la existencia de la ventana en dicho momento). Esa falta de probanza hace inútil—según el Supremo—el examen de la cuestión relativa a su aplicabilidad o no aplicabilidad (del art. 541) en Cataluña.

BONET CORREA, en un comentario de esta sentencia, dice que «el Tribunal Supremo, con gran cautela y prudencia, ante las tendencias autonomistas que van imponiéndose, ha preferido no pronunciarse sobre la cuestión de la aplicabilidad o no del artículo 541 del Código Civil a Cataluña, si bien se acoja a la falta de un requisito formal de la propia norma» (1).

Nosotros esperamos que no haya sido ése el propósito del Tribunal Supremo, pues el Derecho civil debe estar al margen de la política, por lo menos en relación con la interpretación de normas vigentes, de manera que la interpretación de si el artículo 541 del Código Civil es o no aplicable a Cataluña no debe variar ni depender de la existencia o no de tendencias autonomistas, sin perjuicio de que *a posteriori* puedan producirse

(1) BONET CORREA: «La inaplicabilidad de la constitución de servidumbre por signo aparente en Cataluña», *Anuario de Derecho Civil*, fascículo I de 1978, pág. 199.

en las normas las modificaciones que el Parlamento estime convenientes. Máxime teniendo en cuenta que la demanda se planteó en este caso en el año 1974, por lo que la solución de un problema civil nada tiene que ver con lo que apunta BONET. Aparte de que el artículo 541 no afecta a la autonomía de Cataluña, pues es una norma que existe en casi todos los Códigos europeos y es de aplicación también en todos los territorios forales de España.

Tampoco compartimos otra crítica de BONET a la sentencia. Dice este autor en ese mismo comentario: «En realidad, la sentencia del Tribunal Supremo adopta tres posiciones contradictorias: a) La primera, basarse en el propio artículo 541, si bien sea para no aplicarlo, al faltar la prueba de cuándo fue establecido el signo aparente, si antes o después de la enajenación, requisito exigido por dicha norma; b) La segunda, manifestar expresamente, como consecuencia de su posición anterior, que la falta de probanza haría inútil el examen de la cuestión relativa a la aplicabilidad del artículo 541 a Cataluña; c) La tercera es el acoger, aunque sólo sea implícita, pero textualmente, la posición de la Audiencia Territorial de Cataluña que dictó para esta sentencia, de que el artículo 541 no es aplicable a Cataluña, ya que la Compilación actual y la tradición jurídica catalana exigen para ello el convenio expreso por voluntad manifestada a través de los signos adecuados y directos» (2).

Nosotros no sabemos ver ninguna de esas contradicciones que señala BONET. Respecto a la cuestión de que la sentencia se ha basado en el artículo 541 para concluir que ese artículo no es aplicable en Cataluña, que es lo que en resumen viene a considerar BONET como contradictorio, entendemos que hay que distinguir entre lo que es un *presupuesto* de aplicación de un precepto y lo que es un *requisito* dentro del estudio de un precepto. Aquí, la sentencia considera la probanza de un extremo del artículo 541 como un «supuesto de hecho necesario para que pudiera ser actuado el artículo 541 del Código Civil que se invoca», lo que significa que es un presupuesto, cuya falta hace inútil el examen de la cuestión de si es o no aplicable en Cataluña. Esta forma de proceder es lógica porque si falta el presupuesto de aplicabilidad de un artículo, lo correcto es no estudiar los demás aspectos del mismo, ya que en otro caso se producirían innecesarios *obiter dicta* que oscurecerían la *ratio decidendi* de la sentencia.

En cuanto a la otra declaración de BONET, consistente en que el Tribunal Supremo ha recogido implícitamente la posición de la Audiencia Territorial, nos interesa dejar bien claro que no ha habido tal cosa, pues bien claramente dice la sentencia que es «inútil» e «innecesario» entrar en el fondo del problema. Esto es importante, hasta el punto de que no creemos que a nadie se le va a ocurrir en un futuro pleito en que se planteara otra vez el problema de si el artículo 541 es o no aplicable a Cataluña, citar la presente sentencia ni siquiera como exponente de un criterio de implícita negativa. Por tanto, no es que nos hayamos quedado sin saber «expresamente» cuál es la postura del Tribunal Supremo en esta sentencia, como también dice BONET (3), sino que «implícitamente» tampoco hay ningún criterio sobre el problema en la misma. Y no lo hay porque el

(2) Lugar citado, pág. 195.

(3) Lugar citado, pág. 199.

pensamiento del Tribunal Supremo es de completa inhibición, según hemos tenido ocasión de ver.

Entendemos que la crítica a la postura inhibicionista del Tribunal Supremo debe encontrarse por otro camino. Y es que nos queda la duda, una vez leídos los resultandos y considerandos de la sentencia, si la *ratio decidendi* de la Audiencia Territorial era la no aplicabilidad del artículo 541 a Cataluña o la de la falta de probanza de la existencia de la ventana litigiosa en el momento de la separación de propiedades. Para llegar a conclusiones terminantes en este punto tendríamos que disponer de todos los pasos del pleito y concretamente de los textos de las sentencias del Juzgado y de la Audiencia y del recurso de apelación del demandado después de la sentencia de Primera Instancia

Aun así, nos atreveremos a apuntar un matiz importante respecto al tema de la prueba de la existencia de la ventana, que el Tribunal Supremo considera que es el tema especial y excluyente. Nosotros creemos que una cosa es que *falte la prueba* y otra que, aun habiéndose producido una prueba, ésta no haya sido *a instancia de quien incumbe la carga de la prueba*. Ejemplo: supongamos que el actor no aporta el título de dominio que le sirve de prueba en un pleito de reivindicación, pero que la otra parte se opone a la demanda aportando un documento que, en realidad, lo que revela precisamente es la prueba de dominio a favor del actor. En este caso, el Juez tendría la prueba, pero ésta se había producido con la irregularidad procesal de que no la había propuesto quien tenía la carga de la prueba. Pues bien, aunque la irregularidad existe tanto si falta la prueba como si ha sido obtenida sin atenderse al principio de la carga de la prueba, pensamos que puede ser distinto el grado de gravedad del defecto en uno y otro caso. Si la prueba ha sido clara y tajante y el Juez la aprecia y la parte afectada por la irregularidad no reclama, ¿ha de equipararse ese supuesto al de la falta total de prueba?

Los indicios que hemos visto significativos de que en este caso existió prueba de la existencia de la ventana en el momento de la separación de propiedades son:

1.º El Juez de Primera Instancia aplicó el artículo 541 del Código Civil, por lo que cabe suponer que fue porque no tuvo duda en relación con la prueba de la existencia anterior de la ventana, pues es algo tan elemental que no cabe imaginar faltara prueba.

2.º Existió la prueba de confesión, en que, al menos según el recurrente, el demandado reconoció la existencia anterior de la ventana.

3.º No sabemos si en el recurso de apelación del demandado, éste hizo hincapié en la falta de prueba o en el tema de la no aplicación del artículo 541 a Cataluña. Pero si no le preocupó ese problema, parece que no había que replantearlo de oficio.

4.º La sentencia de la Audiencia, por lo que sabemos de ella a través del Tribunal Supremo, no dice que faltara la prueba o que no resultara la existencia de la ventana de la confesión del demandado, sino que insiste en el problema de la carga de la prueba diciendo que el actor «le incumbía demostrar que la ventana litigiosa estaba construida antes de la venta a la demandada, de la segunda finca» y que «ni propuso prueba ni precisó preguntas para acreditar los normales hechos positivos de tal construcción». Y concluye afirmando no que no hubiera pruebas, sino que «no es de estimar probada tan esencial circunstancia».

Si lo único que existió fue la irregularidad procesal en relación con la carga de la prueba y no la falta de prueba misma, ello explicaría que la Audiencia se preocupase de añadir el argumento sustantivo o de fondo consistente en que el artículo 541 del Código Civil no es aplicable en Cataluña.

Si todo esto hubiera sido realmente así—y ya hemos dicho que hablamos por indicios e hipótesis, ante la falta de textos en la sentencia—la presente sentencia del Tribunal Supremo merecería una crítica muy desfavorable, pues habría modificado el grado de importancia de los argumentos de la Audiencia, con la correspondiente indefensión para el recurrente, pues éste pudo ocurrir que se centrara en lo que aparecía como *ratio decidendi* de la sentencia, a saber, el tema del artículo 541, y que no diera importancia a un argumento subsidiario consistente en una irregularidad procesal que no implicó la falta de pruebas. Hemos visto que en uno de los motivos del recurso alude, de pasada y como algo indiscutible, a la confesión del demandado respecto a la existencia anterior de la ventana.

Llamamos, pues, la atención respecto a esa declaración del Tribunal Supremo sobre la calificación de «inútil» e «innecesario» de un argumento que quizá fuera el esencial a lo largo de la tramitación del pleito. Si la irregularidad afectaba al principio de la carga de la prueba y no a la existencia misma de la prueba, entendemos que ello hubiera podido quedar en un segundo plano, pasando al primero el tema de si el artículo 541 es o no aplicable en Cataluña, que no sería «argumento inútil ni innecesario».

Hecha esta meditación, pasamos a exponer esta última cuestión de fondo, aunque el Tribunal Supremo no haya querido entrar en la misma.

B) *El problema de si el artículo 541 del Código Civil es o no aplicable en Cataluña.*—Existen dos posiciones: la negativa y la afirmativa. Nosotros damos una solución afirmativa, aunque en cierto modo intermedia: el artículo 541 del Código Civil es aplicable en Cataluña, pero el concepto de «signo aparente» de dicho artículo es distinto en Cataluña.

Examinaremos esas distintas posiciones:

a) *La posición negativa: el artículo 541 no es aplicable en Cataluña.*—BONET CORREA, en su comentario citado, entiende que «la constitución de servidumbres por signo aparente... es una modalidad extraña... a la tradición jurídica... del Derecho histórico y vigente de Cataluña» (4).

Respecto al Derecho histórico, dice que «el Derecho catalán, consecuente con su estirpe y tradición romanista, tampoco va a considerar en sus fuentes normativas y consuetudinarias este supuesto de constitución tácita de las servidumbres». Pero dice esto porque parte de que en Cataluña sólo se tuvo en cuenta el Derecho romano clásico y justiniano, que preveía la constitución de servidumbres de una manera expresa, y no la doctrina de los glosadores y postglosadores, cuando, como tendremos ocasión de ver, la doctrina de BARTOLO tuvo importancia en Cataluña. Por otro lado, como el mismo BONET cita, hay autores catalanes que admiten la aplicación del artículo 541 antes de la entrada en vigor de la Compilación.

Respecto al Derecho vigente, advierte BONET que «a partir de 1960, en que se logra la “Compilación del Derecho civil especial de Cataluña” (los

(4) Lugar citado, págs. 196 y ss.

intentos jurisprudenciales y doctrinales favorables a la aplicación del artículo 541), carece ya de sentido, puesto que no corresponden con el querer mantener vivas las más íntimas y peculiares maneras de ser y estar según la convivencia de la sociedad y casa catalana, que estima que servidumbres de luces y vistas sólo pueden adquirirse por pacto expreso». Pero esto constituye una mera afirmación que sólo trata de argumentar diciendo que el artículo 283 «elimina la adquisición por usucapión» y que las demás servidumbres sólo pueden adquirirse por pacto, y resulta que esto último constituye otra afirmación que no queda demostrada por el citado artículo 283, según veremos más adelante.

Por tanto, la opinión de BONET no nos parece convincente, no ya sólo por la solución a que llega, sino por la falta de argumentación adecuada.

En la misma línea, pero con otros argumentos, la Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 15 de marzo de 1977, recogida en la *Revista Jurídica de Cataluña* (5), entiende que el artículo 541 del Código Civil no es aplicable en Cataluña. Los argumentos de esta sentencia se pueden sintetizar en dos: uno, de Derecho romano y otro derivado de la interpretación jurisprudencial del artículo 348 del Código Civil.

En cuanto al Derecho romano, la sentencia cita dos textos que considera contrarios al artículo 541: la Ley 30, Título II, Libro VIII del *Digesto* relativa a que «si alguien compra las casas que deben servidumbre a las suyas, se extinguen por confusión, y si las vende de nuevo, se ha de imponer expresamente la servidumbre, pues de lo contrario se venden libres»; y la Ley 7.^a del Título IV del Libro VIII del mismo Cuerpo que dice que «el que tiene dos casas, si entrega una de ellas, debe expresar la servidumbre que tenga, pues si dice en general que debe servidumbre, no vale esta declaración».

Como después veremos, no son suficientes estas citas para excluir la aplicación del artículo 541.

El segundo argumento de la sentencia de la Audiencia parte de la interpretación jurisprudencial del artículo 348 del Código Civil relativo a la libertad del dominio como principio general a tener en cuenta, y considera que el artículo 541 constituye una evidente restricción del dominio que no puede extenderse a más casos o personas que las taxativamente comprendidas en esa norma, por lo que, ante la falta de un precepto similar en la Compilación, no puede aplicarse como supletorio, ya que si el legislador de la Compilación, con cabal conocimiento de la restricción dominical contenida en el artículo 541 no quiso imponerla expresamente, tampoco puede entenderse que quisiera hacerlo tácitamente, porque lo vedaba la transcrita doctrina jurisprudencial.

Respecto a este segundo argumento, extraña que se base en una interpretación jurisprudencial de un precepto del Código Civil, cuando también podía haber aludido a la interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo que había considerado aplicable el artículo 541 a Cataluña. Además, ya que utiliza el precepto del Código Civil del artículo 348, no parece lógico desde esta perspectiva excluir la aplicación de otro precepto del mismo Código, como es el artículo 541, pues es perfectamente compatible con aquel 348, del que pretenden sacarse consecuencias. En último término, esa declaración de que para aplicarse el artículo 541 debería haberse establecido expresamente, es reversible, pues más bien hay que pen-

(5) *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 2, de 1977, de Jurisprudencia, pág. 225.

sar lo contrario, que no contemplando la Compilación la cuestión de los modos de constitución y extinción de servidumbres, y actuando el Código Civil como supletorio, lo lógico es concluir que si no se opone al precepto es que lo admite, sobre todo comparándolo con la redacción del artículo 283 de la Compilación, que excluye la usucapión de ciertas servidumbres. Otra cosa es si el artículo 541 es contrario o no a la tradición jurídica catalana, de lo que nos ocuparemos después, pues ahora sólo queremos demostrar que los argumentos de esta sentencia no son concluyentes. Ello se confirma porque, con el mismo argumento, se llegaría a no aplicar ninguna servidumbre legal o forzosa de las que el Código admite, en Cataluña, por no haber recogido la Compilación tales restricciones del dominio.

b) *La posición afirmativa: el artículo 541 es aplicable en Cataluña.*— Antes de la Compilación, la doctrina y la jurisprudencia se habían mostrado partidarias de dicha posición afirmativa.

Así, entre los autores, están los siguientes:

PELLA Y FORGAS alude a los signos aparentes, como prueba de la constitución de las servidumbres. Dice lo siguiente:

«Los signos aparentes como demostración de la existencia de la servidumbre tienen su sanción en las costumbres de Barcelona (ord. 59), en cuanto preceptúa que quien venda casas debe manifestar las servidumbres *ocultas o escondidas*, pues de lo contrario deberá abonar el demérito que ellas importen en el valor de la finca, con lo cual dicho se está que la servidumbre vista se da por constituida y se tiene como disminución del valor del inmueble.»

«En este particular—continúa diciendo—, CANCER trata de los signos aparentes de las servidumbres, cuando los dos predios pertenecieron a un mismo dueño, como en el siguiente caso:

»Sucedió que un individuo poseía dos casas contiguas y toda el agua de una vertía en la otra. Vendió esta última, no sin que el comprador viese los canales por los cuales se vertía el agua, pero algún tiempo después y ejercitando la acción negatoria de servidumbre, pidió se librase de ella a su predio. CANCER sostuvo la opinión contraria, fundándose en la Ley “binas” del *Digesto de servitutes urbanorum praediorum* (que es la Ley 36, Libro VIII, Título III) y en el comentario de PAULO DE CASTRO, a la Ley 47, Título III, Libro XXXIX, *Digesto*, y “así se resolvió por los ediles de la ciudad en el mes de enero del año 1600, que es la jurisdicción competente acerca de dichas servidumbres urbanas. Este criterio sigue la actual jurisprudencia”» (6).

Por tanto, PELLA Y FORGAS no dice explícitamente que «los signos aparentes» sean medios de constitución de las servidumbres, pero los considera como medios de prueba de la existencia de servidumbre, lo que nos acerca al supuesto del artículo 541 del Código Civil desde la perspectiva de una presunción de servidumbre. Que lo que le preocupa a PELLA Y FORGAS es la prueba se observa también por este párrafo: «En cuanto a la manera de probarse su constitución se consideró por los autores, aplicando un capítulo del *Recognoverunt Proceres* que debía aceptarse documentos, confesión de parte, *conjeturas*, testigos y todo otro modo de defensa.» Subrayamos la palabra *conjeturas*, que puede estar muy relacionada con la idea de los signos aparentes.

(6) PELLA Y FORGAS: *Tratado de las relaciones y servidumbres entre las fincas*, 2.ª edición, pág. 122.

En cualquier caso, la opinión de PELLA Y FORGAS es favorable a la fuerza del signo aparente, sobre todo teniendo en cuenta la cita que hace de CANCER.

Se cita también a otros autores favorables a la aplicación del artículo 541 a Cataluña. Así ADMETLLA Y BALSELLS, en una consulta publicada en la *Revista Jurídica de Cataluña* en el año 1897 titulada «Servidumbres: alcance de los signos aparentes de las mismas tratándose de dos predios que han pertenecido a un mismo dueño»; y MASPONS, en la misma *Revista* (7).

Muy importante es la opinión de BORRELL, que se pregunta si debe presumirse en estos casos de signos aparentes con venta de una de las fincas, si las fincas recobran la libertad e independencia y si desaparece aquella *servidumbre latente* que existía, o bien si se ha de convertir en una verdadera servidumbre. «La solución depende de la intención del enajenante, la cual el Derecho romano interpreta en sentido de desaparecer lo que tenía trazas de servidumbre; pero en España se había introducido la doctrina contraria a la presunción de libertad del dominio, la cual fue adoptada por el Código Civil en su artículo 541 y aplicada en Cataluña por la jurisprudencia posterior.»

«Puede, pues, decirse—concluye BORRELL—que queda constituida automáticamente una servidumbre cuando entre dos fincas del mismo propietario o entre las partes de una misma finca existen relaciones de dependencia que constituirían verdadera servidumbre, si las fincas fuesen de distinto propietario, cuando llegan a serlo, porque el dueño vende una de las mismas, dejando subsistentes las señales externas de dependencia, y lo mismo ocurre cuando se trata de dos partes de una finca, una de las cuales segrega el propietario» (8).

CASAS COLLDECARRERA no es tan terminante como BORRELL, y en principio se muestra incluso contrario a la aplicación del artículo 541, pues dice que «la realidad de la práctica jurídica consagra el criterio estrictamente contrario, que en el Derecho español común corresponde al artículo 541 del Código Civil y que, como sabemos muy bien, no es de aplicación en Cataluña, puesto que rigen las disposiciones romanas». Parece, pues, que deberíamos incluir a este autor entre los que niegan la aplicación del artículo 541 a Cataluña, pero no es así, pues llega por otro camino a esa aplicación, al decir: «toda vez que rige en Cataluña como fuente supletoria de Derecho, la costumbre, no puede ofrecer duda alguna la posibilidad de creación de nuevas formas legales en Cataluña por fuente consuetudinaria, ni debe costar esfuerzo alguno admitir la práctica señalada en las sentencias del Tribunal Supremo con jalones en los que cimentar la existencia de un verdadero Derecho consuetudinario en esta materia, puesto que quedan perfectamente cumplidos los requisitos necesarios para que pueda reputarse tal práctica como costumbre» (9).

Por su parte, MELÓN INFANTE no tiene ninguna duda respecto a la aplicación del artículo 541 en Cataluña, hasta el punto de que no considera necesario, al parecer, dar ningún argumento concreto sobre tal afirmación, limitándose a decir: «en general, pueden adquirirse las servidumbres de

(7) Citado por BONELL, tomo II, pág. 198, nota 5, de su *Derecho vigente en Cataluña*, refiriéndose a MASPONS en el tomo 27 de la *Revista Jurídica de Cataluña*, pág. 527.

(8) BONELL, obra y tomo citados en la nota anterior, págs. 197 y 198.

(9) Recogemos la cita que de este autor hace BONET CORREA en su comentario del *Anuario de Derecho Civil*, citado, págs. 197 y 198.

lucos y vistas por los mismos modos de adquisición que reconocen los artículos 537 y siguientes del Código Civil. Podrán, por tanto, quedar constituidas en virtud de título (contrato, acto unilateral, etc.), usucapión (con las salvedades que se indicarán a continuación), escritura de reconocimiento, sentencia firme y signo aparente por el juego del artículo 541». Y en nota a pie de página, añade: «El artículo 541 se considera aplicable a Cataluña. Existe jurisprudencia reiterada, sobre todo de los Tribunales inferiores. La doctrina catalana ha hablado en algún caso de «adquisición automática»: una servidumbre latente deviene efectiva al separarse la titularidad de los predios. En pro de la aplicación del principio del artículo 541 a Cataluña se ha aducido que en cierto modo podía fundarse también en la ordenación 59, que obligaba al vendedor de una finca a indemnizar al comprador de la misma por las servidumbres ocultas. No creemos tenga nada que ver la ordenación indicada con el artículo 541 —termina diciendo MELÓN INFANTE—. Por esto: a) En la ordenación se hace sin duda referencia a verdaderas servidumbres y no a signos de servidumbre establecidos por el propietario de las dos fincas («servidumbre de propietarios»). b) El artículo 541 presupone una apariencia de servidumbre (aparencia de servidumbre aparente) mientras que en el texto de la ordenación se hace referencia a servidumbres ocultas o escondidas: «servitut encuberta o amagada» (10).

Por tanto, MELÓN INFANTE se apoya en la jurisprudencia y en la doctrina catalana, singularmente en BORRELL, aunque no le cita expresamente. En cambio, rechaza el argumento de la Ordenación 59 de Sanctacília, que había señalado PELLA Y FORGAS. Aunque nosotros no queremos insistir mucho en el argumento de esa ordenación 59, pues existen otros más concluyentes, hay que hacer dos observaciones a MELÓN: a) Que aunque alude a servidumbres ocultas, cabe interpretar *a sensu contrario* la Ordenación 59: cuando existen signos que permitan «ver» la servidumbre, no hay necesidad de que el vendedor haga una manifestación sobre la existencia de la misma, lo que significa tanto como admitir la presunción de servidumbre por la existencia de un signo que permite ver tal servidumbre; b) Que aunque la ordenación se refiere a una servidumbre ya existente, pues se alude a la servidumbre que se va a sufrir del «vecino», no del propietario vendedor, sin embargo, no cabe duda de que es un indicio importante en favor de la fuerza del signo aparente, que combinado con otros argumentos, que después veremos, podría significar que no es tan extraño a las Ordenaciones la admisión de la servidumbre por signos aparentes que permiten que todos la vean y especialmente el comprador al que alude la Ordenación 59.

Después de la Compilación de 1960, los autores apenas se han pronunciado sobre el tema, a pesar de lo cual es significativo el silencio de FAUS y CONDOMINES, pues no consideramos criterio contrario al artículo 541, con referencia al artículo 283, la siguiente frase: «Las demás servidumbres que se enumeran en el precepto sólo pueden adquirirse por pacto» (11). Para que esto fuera decisivo, estos autores tenían que haberse planteado la cuestión en general y no contraponiéndola al concreto problema de la usucapión. Sea de ello lo que fuere sobre la opinión de estos autores, también hay que tener en cuenta que otro autor como FIGA FAURA, en su

(10) MELÓN INFANTE: «Luces y vistas en la Compilación foral catalana», *Anuario de Derecho Civil*, 1962, fascículo I, pág. 125.

(11) FAUS Y CONDOMINES: *Derecho Civil especial de Cataluña*, comentario al artículo 283, pág. 329.

Manual de Derecho Civil Catalán, publicado en 1961, recoge en el epígrafe «Constitución (de servidumbres) por presunción de la voluntad del dueño» el artículo 541 del Código Civil literalmente (12). GASSIOT (13) no alude al problema del citado precepto, si bien reconoce que «cuando fueron reguladas las servidumbres en los artículos 530 a 604 del vigente Código Civil, en forma que varios de sus preceptos se estimaron aplicables a Cataluña, fueron mantenidas, no obstante, las Ordenaciones de Sanctacilia», con lo que no sabemos si entre esos varios preceptos aplicables considera o no incluido el artículo 541 del Código. Ciertamente, más adelante dice que «como quiera que las servidumbres prediales se constituyen por título o por prescripción, con referencia a las que no cabe sean adquiridas por prescripción, se dice en las Ordenaciones que *nadie podrá alegar posesión*». Pero no parece que estas palabras impliquen una negación de la constitución de servidumbre por el *título* previsto en el artículo 541, sino que sencillamente no se plantea el problema.

Hasta aquí el estudio de la doctrina anterior y posterior a la Compilación. Respecto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, había sido claramente favorable a la aplicación del artículo 541 a Cataluña. Se suelen citar las Sentencias de 31 de marzo de 1902, 29 de mayo de 1906, 29 de diciembre de 1914 y muy especialmente la de 29 de mayo de 1911, y así también lo hace el recurrente en el presente caso. Efectivamente, esta última sentencia es decisiva, pues como dice BONET, se refirió a dos textos romanos del *Digesto*, considerándolos incluso como un antecedente remoto del artículo 541 del Código Civil. Esos dos textos, que precisamente pueden también contraponerse a los que vimos citaba la reciente sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, son, por un lado, de PAPINIANO, D. 8,2,36, y por otro, la de JULIANO, D. 8,2,37. Estos textos «recogen el supuesto de una persona que tenía dos casas cubiertas con el mismo tejado y las legó a diversas personas; se dice que las vigas de cada parte han de ser de cada uno de los dueños y que no han de tener éstos recíprocamente ninguna acción para impedir que no estén empotradas las vigas; y lo mismo si las casas se hubieran cedido a dos» (resumidas así por BONET). Este autor, que cita también otro texto similar de JAVOLENO, D. 33,3,4, dice que «en realidad, tanto este fragmento como los anteriores, más que de servidumbres adquiridas en favor de las casas, se trata de pertenencias relativas a la cosa común» (14). Nosotros entendemos que la introducción de vigas implica claramente una servidumbre, máxime teniendo en cuenta que el supuesto no se adapta a la propiedad horizontal, a pesar de que BONET entiende que esos textos aportan ya la idea y brindan la misma solución que actualmente se desarrolla en la legislación de casas por pisos o propiedad horizontal». Por otro lado, la configuración del supuesto como «pertenencia» no excluye la idea de servidumbre, pues ésta es considerada, desde el punto de vista del predio dominante, como una cualidad del mismo (art. 13 de la Ley Hipotecaria). Por todo ello, nos parece muy acertada la cita de esos textos por la Sentencia de 29 de mayo de 1911, interpretados en el mismo sentido que lo habían hecho SIMONCELLI, ARNDTS y PARDESSUS (citados también por BONET).

(12) Página 81 de su citado *Manual*.

(13) GASSIOT: *Derecho Civil especial de Cataluña*, pág. 322.

(14) BONET CORREA en su importante libro *La constitución de las servidumbres por signo aparente*, 1970, págs. 26 y 27.

En cambio, no hay ninguna sentencia del Tribunal Supremo en contra de la aplicación del artículo 541 a Cataluña. Lo que sí hay es una que también se inhibe, como hace la presente sentencia. Nos referimos a la de 12 de febrero de 1964 (15). En uno de los motivos de aquel recurso se alegaba que en Derecho catalán sólo pueden adquirirse las servidumbres por contrato, no siendo admisible «la adquisición por constitución tácita del artículo 541». Pero la citada Sentencia de 1964 tampoco tuvo ocasión de ocuparse del problema, pues desestima el recurso diciendo que la Sala sentenciadora (de la Audiencia) se basó en un contrato constitutivo de dichas servidumbres y no en signo, por lo que debe perecer el motivo. Y ahora aparece la presente sentencia, con ese mismo criterio inhibicionista, aunque por distintas razones, por lo que parece que hay una especie de fantasma en los últimos años que impide al Tribunal Supremo pronunciarse sobre esta cuestión. Esperemos que en una próxima sentencia haya un pronunciamiento claro, para evitar estas diferencias interpretativas.

Nuestra opinión sobre la aplicación del artículo 541 a Cataluña.—Nosotros entendemos que no hay ningún argumento de peso que impida la aplicación del artículo 541 del Código Civil a Cataluña.

Otra cosa es la especialidad del supuesto de dicho precepto en Cataluña. Concretamente, como apuntábamos antes, el artículo 541 alude al «signo aparente» de servidumbre entre dos fincas. Pues bien, la regla octava del artículo 283 de la Compilación considera como servidumbres no aparentes «los que no sean fácilmente visibles desde el interior del predio». Esta definición repercute, en mi opinión, en el concepto de «signo aparente», pues parece que hay que interpretarlo como aquel que es «fácilmente visible desde el interior del predio sirviente». Este concepto supone alguna diferencia respecto al que señala el artículo 532 del Código Civil, y que para FAUS y CONDOMINES la Compilación muestra unos términos mucho más suaves y mejora el precepto del Código de modo notorio (16).

Fuera ya de esta especialidad, tenemos los siguientes argumentos en pro de la aplicación del artículo 541 a Cataluña, que ahora extractamos, aunque en parte ya resultan de los comentarios críticos hechos anteriormente:

1.º El Título III, «De las servidumbres», del Libro III («De los Derechos Reales») de la Compilación catalana va regulando una serie de cuestiones concretas y particulares, sin contener disposiciones generales acerca de los modos de constitución y extinción de las servidumbres. Por tanto, si faltan preceptos sobre dichos extremos, lo más lógico es aplicar la disposición final 2.ª de la propia Compilación, que dice: «En lo no previsto en la presente Compilación regirán los preceptos del Código Civil que no se opongan a ella y las fuentes jurídicas de aplicación general.» Es así que lo relativo a «modos de constitución» no está previsto de modo general por Compilación, luego hay que aplicar el artículo 541 que es un precepto referente a los modos de constitución y no opuesto a la Compilación, que no se ocupa de ello. En definitiva, no se trata de interpretar un precepto de la Compilación, en cuyo caso sería aplicable el artículo 1.º, párrafo 2.º,

(15) Recogida en el tomo V de «Jurisprudencia» de *Derecho Catalán* de la Cátedra de DURÁN Y BAS, pág. 589.

(16) Lugar y página citados.

de la misma, sino de que no existen preceptos en ella, en cuyo supuesto es aplicable la disposición final 2.^a

2.º Pero vamos a suponer que se entendiera que el párrafo segundo del artículo 1.º de la Compilación es también aplicable cuando no existe un precepto sobre la materia, como aquí sucede. Aun así, entendemos que el artículo 1.º, párrafo segundo, no se opone a la aplicación del artículo 541 del Código Civil en Cataluña. Dicho precepto dice que «para interpretar los preceptos de esta Compilación se tomarán en consideración la tradición jurídica catalana, encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina de que aquéllos se derivan». Hay que observar que ahora se define claramente lo que debe entenderse por «tradición jurídica catalana», que no es solamente la encarnada en «las antiguas leyes y costumbres», sino también en «la doctrina». Pues bien, la doctrina de los autores, tanto antiguos como modernos, es favorable a la aplicación de dicho artículo. En cuanto a los autores más modernos, no hay más que recordar las opiniones favorables, desde distintos puntos de vista, de PELLA Y FORGAS, ADMETLLA, BORRELL, FIGA FAURA e incluso CASALS COLLDECARRERA.

Con relación a la doctrina más antigua, hay que incluir ahora ya claramente la interpretación de glosadores y postglosadores. Ya decía DE CASTRO: «En el Derecho catalán antiguo se daba gran valor a la doctrina de los doctores y, aunque en la antigua doctrina se concreta la Constitución de 1599 a las “opiniones y libros de Derecho sobre dichas leyes municipales y locales, escritas en tratados, repeticiones, lecturas, varias resoluciones, etc.”, ello significa sólo el deseo de dar fuerza obligatoria a la doctrina de los autores del principado, porque la autoridad de la glosa, sobre todo la de ACCURSIO y la de BARTOLO y BALDO, era indiscutida. Esta importancia de la opinión de los doctores no debe olvidarse al aplicar el Derecho romano en Cataluña, pues no se declaró vigente el Derecho romano clásico ni el que hoy aceptan los modernos romanistas, sino el que conocieron e interpretaron los glosadores» (17).

Por su parte, BORRELL dice que «el uso admitió, cual si fuesen leyes, las glosas de los glosadores y bartolistas más afamados», y aunque señala que «hoy no pueden invocarse sino con la eficacia limitada que la jurisprudencia concede a las opiniones de los autores» (18), dice esto con anterioridad a la Compilación, por aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y no porque en Derecho catalán fuera así, de modo que una vez que el párrafo segundo del artículo 1.º de la Compilación alude claramente a la doctrina, lo lógico es interpretar dentro de la misma la antigua glosa de los autores.

En relación con todo esto, hay que recordar que fueron los glosadores y postglosadores los que más insistieron en la adquisición tácita de las servidumbres y, concretamente, como dice BONET, es fundamental la concepción de BARTOLO. Lo que no comprendemos es cómo puede decir este autor que la adquisición tácita de las servidumbres por la vía del artículo 541 es extraña a la tradición jurídica catalana, reconociendo, como reconoce, que fue el movimiento de los glosadores y postglosadores, especialmente BARTOLO, quien, en base a los textos del *corpues Iuris Civilis* construyó la posibilidad de esta modalidad constitutiva y adquisitiva de las servidumbres en base a la voluntad tácita de las partes ante el signo

(17) *Derecho Civil de España*, I, 1955, pág. 295, nota 4.

(18) BONELL, *ob. cit.*, tomo I, págs. 25 y 26.

aparente de servidumbre existente entre dos fincas que habían pertenecido al mismo propietario (19). A menos que se entendiese que la doctrina de los glosadores y postglosadores no fue aplicable en Cataluña, pero frente a ello oponemos las dos importantes citas señaladas y la generalidad del párrafo segundo del artículo 1.º de la Compilación.

En fin, doctrina es también la opinión de CANCER respecto al caso planteado antes visto.

3.º Todavía hay más. En el Derecho romano y en el canónico, que eran aplicables en Cataluña y que, por tanto, entran en el concepto de leyes del párrafo segundo del artículo 1.º de la Compilación, también hay indicios de la adquisición tácita de las servidumbres por signo aparente. Baste señalar los tres textos antes citados, según interpretación de SIMONCELLI, pues la crítica negativa de BONET no es convincente, según hemos señalado. En relación con ello, nosotros no vemos contradicción en la existencia de una regla general sobre adquisición *nominatium* de las servidumbres en el Derecho romano y una regla especial dada la singularidad del supuesto del signo aparente derivada de los repetidos tres textos de PAPINIANO, JULIANO y JAVOLENO. En cuanto al Derecho canónico, que también era aplicable en Cataluña, según es sabido, volvemos al libro de BONET, donde se cita al Cardenal De Luca y a la «Rota Romana» del modo siguiente: «la presunción de servidumbre también se advierte en las decisiones de la “Rota Romana” y en el Cardenal De Luca. Ahora bien, existe un matiz con la doctrina de BARTOLO; mientras que para éste los hechos y la circunstancia atestiguan la conciencia del derecho que puede ser protegido, puesto que hay un consentimiento tácito de las partes, para la Rota y el Cardenal la cuestión se pone en si tales actos constituyen una servidumbre. Para el Cardenal De Luca la constitución de la servidumbre se justifica por derecho natural (*Discuss.* III., núm. 3) y distingue las servidumbres necesarias de las servidumbres que implican una mayor comodidad y amenidad; para las primeras cree que deben presumirse constituidas, mientras que para las segundas se trata de una cuestión de hecho» (20). A nosotros no nos interesa este matiz, pues creemos que la doctrina de BARTOLO era fundamental en aquella época, sino destacar, desde distintas fuentes y perspectivas, la conciencia que existía acerca de la adquisición tácita de la servidumbre en ese caso especial del signo aparente.

4.º Además, la estricta tradición jurídica catalana, entendiéndolo por tal en materia de servidumbres, la contenida en las «Ordinaciones de Sanctacilia» no se opone de modo tajante a la adquisición por signo aparente, tal como la había interpretado BARTOLO y la doctrina de aquella época, sino que simplemente la silencia. Lo único que pretenden las Ordinaciones es excluir la usucapión de determinadas servidumbres. Concretamente, la Ordenación 62 dice: «Idem, el que tendrá ventana, no la pueda obtener por prescripción, si no la tiene con escritura de su vecino; en otra manera se entiende hecha en fraude de la otra parte» (21). Se alude, efectivamente, a la escritura o «carta» del vecino, pero el propósito de esta alusión es, como se ve claramente por la redacción, excluir la prescripción. No hay ningún precepto que diga que el único modo de constitución de la servidumbre de ventana es la escritura del vecino. Lo único que se pretende en el artículo 62 es excluir la prescripción, no pronunciarse sobre otros

(19) BONET CORREA, comentario del *Anuario de Derecho Civil*, citado, pág. 197.

(20) BONET CORREA, *ob. cit.*, págs. 37 a 44.

(21) Tomamos esta traducción literal del libro de PELLA Y FORGAS, citado, pág. 159.

modos concretos de constitución que pudieran existir aplicando otras fuentes.

En cambio, no se negará que la tradición jurídica catalana es partidaria de admitir las conjeturas y la voluntad tácita en la interpretación de ciertas instituciones, concretamente en materia sucesoria. Por ello, no vemos tan extraña la idea de conjetura o voluntad tácita que pueda resultar de la aplicación del artículo 541. Incluso dentro de las «Ordinaciones» se advierte la importancia de la presunción de voluntad a efectos de extinción de la servidumbre por cerrar el signo externo de la misma. Así, en las Ordinaciones 51 y 64. La Ordenación 51 dice: «Además, si alguno hubiere poseído lucerna o lucernas y aquel cuyas son las cerrare o las haga cerrar, si después quisiere abrirlas, entiéndese que ha perdido toda la servidumbre y posesión y jamás las podrá volver a abrir.» Y la Ordenación 64: «Además, si alguno tendrá lucerna sobre el predio de su vecino, poseída por treinta y más años, y voluntariamente la cerrará, y después en algún tiempo querrá abrirla, no puede hacerlo, antes pierde en todos tiempos toda la servidumbre que ha tenido, mientras el otro pueda probar que la hubiere cerrado» (22). Si el cerrar la ventana implica para las Ordinaciones la extinción de la servidumbre, por qué no interpretar que se supone una voluntad presuntamente extintiva y por qué no interpretar que desde esa perspectiva no sería tan extraña a las Ordinaciones la adquisición por voluntad presunta derivada del signo aparente. Obsérvese que no decimos que de las Ordinaciones resulte este modo adquisitivo tácito, sino que no hay nada que se oponga con fundamento a la admisión del mismo por otras fuentes. Recuérdese también la Ordenación 59, no como expresiva de tal constitución tácita, sino como expresión de la importancia del signo aparente en la tradición jurídica catalana.

5.º Si pasamos a los preceptos de la Compilación vigente, ya hemos dicho que no hay referencia a los modos de constitución de las servidumbres y que ello nos lleva directamente al Código Civil a través de la disposición final 2.ª Pero incluso la redacción de ciertos preceptos de la Compilación nos da pie para pensar que ésta no ha querido excluir la aplicación del artículo 541 del Código. Así, la redacción del artículo 283 en su comienzo es muy significativa: «no podrán constituirse por usucapión, ni siquiera inmemorial, las servidumbres siguientes». En vista de esta redacción, síntoma de un criterio excluyente de lo que no es aplicable en Cataluña: «no podrán constituirse», nosotros entendemos lo contrario que la Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona de 1977 antes citada, que si la Compilación guarda silencio es que no ve ningún inconveniente en la aplicación del artículo 541, pues si lo hubiera visto, habría dicho expresamente, igual que lo dice respecto a la usucapión en el 283, que «no podrán constituirse por signo aparente las servidumbres».

Por otro lado, el criterio de los Ordinaciones 51 y 64 antes vistas, se recoge en el artículo 284 diciendo que ciertas servidumbres adquiridas por usucapión «se extinguirán cuando por voluntad del dueño del predio dominante se haga desaparecer el signo exterior, ventana, canal o conducción mediante el cual se ejercía». ¿No significa esto dar importancia a la voluntad tácita extintiva del dueño manifestada por la desaparición del signo aparente?

(22) Traducidas también por PELLA Y FORGAS, págs. 158 y 159

Por último, es importante hacer constar, a propósito de aquella referencia de BONET a las tendencias autonomistas, que otros territorios forales, también influidos por el Derecho romano, no han tenido inconveniente en recoger claramente la institución del artículo 541 del Código Civil. Concretamente, de modo expreso, aunque con alguna matización, la Ley 398 de la Compilación de Navarra recoge en su apartado tercero el precepto del artículo 541 del Código en los siguientes términos: «Asimismo se considerarán como servidumbres los servicios establecidos con signo aparente entre fincas de un mismo propietario, cuando se separe la propiedad de ambos por actos *inter vivos* o de la última voluntad de aquél, y al tiempo de la separación subsiste el signo y si el título de disposición no excluye expresamente la servidumbre.» Por otro lado, la Compilación de Baleares, de algún parecido con la de Cataluña en varios aspectos, no alude para nada a las servidumbres, lo que significa que rige claramente el artículo 541 del Código Civil.

Además, en casi todos los Códigos europeos y americanos existe un precepto similar al artículo 541 del Código, por lo que si no se aplicase a Cataluña, quedaría como un islote sin un precepto que responde a una finalidad sentida por casi todos los países. En fin, el artículo 541 no recoge para nada la tradición del Derecho castellano en concreto, sino la interpretación de glosadores y postglosadores, según hemos visto antes, por lo cual también se podría decir que es un precepto que no es muy conforme con la estricta tradición jurídica castellana, gallega, aragonesa, etc.

J. M. G. G.

ZONA MARITIMO-TERRESTRE: ES BIEN DE DOMINIO PUBLICO QUE ESTA FUERA DEL COMERCIO, NO PUDIENDO PERJUDICARLE LA INSCRIPCION REGISTRAL NI LA POSESION A FAVOR DE PARTICULARES, LOS CUALES DEBERIAN HABER PROBADO LA DES-AFECTACION DE ESA ZONA DE SU CONDICION DE DOMINIO PUBLICO (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1976).

Hechos.—El Abogado del Estado, en la representación que ostenta, formuló demanda contra don Javier B. A. y doña María Cristina B. A., suplicando se dictase en su día sentencia por la que se declare que los terrenos que constaban inscritos en el Registro a favor de los demandados, descritos en la demanda, situados en la zona marítimo-terrestre, son de dominio público, siendo, en consecuencia, nulas y sin valor ni efecto las adquisiciones e inscripciones registrales correspondientes, debiendo acordarse la cancelación en el Registro de la Propiedad de Bilbao-Oriente de dichas inscripciones.

Los demandados contestan oponiendo que desde hace ciento treinta y nueve años aparece documentado, en título público y notarial el pleno dominio y la quieta y pacífica posesión de las fincas y desde hace ciento ocho años esta propiedad que les corresponde está amparada por el Registro de la Propiedad, pues se trata de enclaves de propiedad particular.

El Juzgado de Primera Instancia número dos de Bilbao dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González Alegre y Bernardo, declara haber lugar al recurso, por las siguientes declaraciones de la primera sentencia rescindente:

«Considerando que ejercitada por el Abogado del Estado, en la representación del mismo, la acción reivindicatoria de los terrenos comprendidos dentro de la zona marítimo-terrestre, conocida por Barrica, del término municipal de Plencia, delimitada por deslinde, que quedó firme, acordado por Orden del Ministerio de Hacienda de uno de diciembre de 1970, se establecen como hechos y razonamientos jurídicos, conformes éstos con la doctrina de esta Sala, en la sentencia que se recurre: que el deslinde, al que se ha hecho referencia, patentizó que los terrenos ocupados por los demandados, están efectivamente comprendidos dentro de esa zona marítimo-terrestre, sin que, por tanto, pueda dudarse de la identidad de los bienes que se reivindican; que los terrenos objeto de reivindicación, “por lo menos cuando se practicó el deslinde en 1970, resultan totalmente inundados por las máximas mareas vivas equinocciales”; que siendo de dominio público la zona marítimo-terrestre, es la propia Ley el justo título que legitima al Estado para ejercitar la acción entablada, bienes que, además, no tienen acceso al Registro de la Propiedad; “que dada la atribución, en principio *ex lege*, a favor del Estado sobre la propiedad de los terrenos veindicados, el *onus probandi* corresponde a los demandados, en cuanto afirman la propiedad del terreno de que se trata”; “que la legalidad vigente (Ley de Puertos y Ley de Costas) admite la posibilidad de la existencia de enclaves de propiedad particular dentro de la zona marítimo-terrestre, legalmente adquiridos”.»

«Considerando que es tesis de la recurrida sentencia la de que, cuando comprendidos dentro del perímetro de la zona marítimo-terrestre existen terrenos que no pueden ser alcanzados por las mareas más altas, por tener costas más elevadas que las máximas pleamares, es claro que sobre tales terrenos caben verdaderos derechos de propiedad en favor de particulares, “porque realmente abarcan porciones que no constituyen la zona marítimo-terrestre, aunque estén delimitados dentro de la misma”, y como si bien actualmente el terreno reivindicado se ve totalmente invadido por las mareas vivas equinociales, es de colegir que tal suceso, aunque sin poder precisarse cuándo se produjo, lo hubo de ser relativamente reciente, habiendo datos, como el haber existido un vivero de chopos, islas verdes que sobresalen del resto del terreno arcilloso, restos de un viejo molino de los llamados de marea, como de muros de piedras, que necesariamente han de estimarse como mojones, hitos o contenciones, que definían el límite de las mareas más altas, de lo que deduce que el terreno litigioso no estaba cubierto por el mar en su flujo y reflujo, lo que unido a la inscripción registral de más de cien años con tracto ininterrumpido y posesión inmemorial, concluye el Juzgador que el terreno de que se trata como de la propiedad de los demandados.»

«Considerando que consecuentemente con lo expresado, la conclusión a la que llega el Juzgador tiene por fundamento una afirmación, calificativa de unos terrenos y una presunción, cual es, la de haber existido una línea delimitativa de la zona marítimo-terrestre en tiempo anterior a la señalada en el deslinde más baja que ésta y, por tanto, terrenos que no eran zona marítimo-terrestre; teniendo por fundamento aquélla, el que

aun estando dentro de la zona marítimo-terrestre los terrenos que por su mayor cota no los cubren las mareas más altas, no pertenecen a dicha zona, lo que determina que puedan ser objeto de propiedad particular sometida a la normativa general en cuanto a su adquisición y conservación y, deduciendo la presunción de los datos físicos referidos.»

«Considerando que contra aquella afirmación se alzan los motivos tercero y cuarto del recurso, amparados en el número primero del artículo 339, número 1.º del Código Civil y doctrina establecida en las sentencias de esta Sala que se citan, y la interpretación errónea de los artículos 1.º de la Ley de Puertos y de la de Costas, y siendo lo cierto, que si conforme a estos últimos citados artículos, constituye la zona marítimo-terrestre “el espacio de costas o fronteras marítimas del territorio español que baña el mar en su flujo y reflujo, en donde son sensibles las mareas y las mayores olas, en los temporales en donde no lo son”, quedando, por tanto, delimitada esta zona o franja de terreno por dos líneas, la una exterior, que la forma el reflujo o descenso de la marea cuando es sensible, o el mar en calma, cuando no lo es, iniciándose en la misma el mar litoral, y la otra interior, que la señala el flujo o ascenso de la marea, o en su caso, las mayores olas; la mera circunstancia de que en el terreno comprendido entre una y otra línea existan formaciones rocosas, arenosas o terrosas, que por la cota alcanzada no son cubiertas por el mar en esos movimientos u oleajes, pero que quedan rodeados por éste de tal modo que al llegar el mar a esa línea interior no tienen acceso natural, no teniendo otro carácter que el de meras accesiones de la misma, o en todo caso, pequeñas islas que serían propiedad del Estado, no pueden quedar excluidas de integrar esa zona con su consecuencia natural de ser de dominio público y sometidos a su propia normativa, y al no entenderlo así el Juzgador de Instancia, incurrió en los vicios de los que se acusa a la sentencia, en uno y otro motivo, que por ello han de ser estimados.»

«Considerando que por lo que respecta a aquella presunción, se combate en el segundo de los motivos del recurso, también amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando la violación del artículo 1.253 del Código Civil, y que ha de ser estimado por estas dos razones: a) porque como se da por probado en la recurrida sentencia que el terreno que se reivindica está totalmente invadido por las mareas vivas equinocciales, esto es, está dentro de lo que constituye zona marítimo-terrestre, y b) porque de lo que la propia sentencia denomina datos, como lo son el que en esa zona hubiese existido un vivero de chopos, la actual existencia de terrenos verdes, la de un cauce del antiguo vivero desembocaba en un molino contiguo, hoy derruido, de los llamados de marea, y restos de edificaciones de muros, puede llegarse como consecuencia obligada y lógica, a la de que en tiempos atrás la pleamar fuera más baja, esto es, la línea interior se acercase más al mar que la actual y, por tanto, que lo que es zona marítimo-terrestre no lo fuera en aquel entonces y cuyo fenómeno se afirma en la sentencia no puede precisarse cuándo se produjese, pues de tener en cuenta que la zona marítimo-terrestre no la forma una constante invasión del mar, sino una delimitación determinada por esas líneas exterior e interior, fijadas por ese flujo y reflujo u oleaje, el que compatibiliza, y así lo revela la propia Ley de Puertos, artículo nueve, el que existan plantaciones, obras y aprovechamientos que pueden ser sancionados por la Ley, me-

dian­te concesiones, o contrarios a la misma con la consecuencia inherente, como no menos enclaves de propiedad privada, cuando el Estado desafecta terrenos de esa zona, de su condición de dominio público, pero que claro, ha de ser probado por el particular cuando surge cuestión sobre ello, y sin que suponga alteración de aquella delimitación, es decir, de su condición de zona marítimo terrestre, y en ausencia de aquella prueba, de dominio público, por lo que entre un hecho y otro no existe aquel enlace preciso y directo en el que ha de estribar la prueba de presun­ciones no establecidas por la Ley.»

«Considerando que la estimación de estos tres motivos implica, por aquella propia argumentación jurídica de la recurrida sentencia, a la que se hizo referencia, y en síntesis lo es, la inalienabilidad e imprescriptibilidad de estos bienes, situados fuera del comercio de los hombres, así como el que no teniendo acceso al Registro de la Propiedad, su contenido tampoco puede perjudicarles, por lo que, ni aquella inscripción, ni su posesión por los demandados, puede servir de título que justifique su propiedad por parte de éstos y, por el contrario, su procedente reivindicación por el Estado y, por tanto, al no reconocerse así por el Juzgador, incidió en los vicios de que se acusan a la recurrida sentencia en los motivos quinto y sexto, que han de ser igualmente estimados y con ello el recurso sin necesidad de examinar el motivo restante; no se hace expresa imposición de costas.»

En la segunda sentencia el Tribunal Supremo declara que los terrenos inscritos a favor de los demandados situados dentro de la zona marítimo-terrestre son de dominio público, siendo nulas y careciendo de todo valor y efecto legal las inscripciones de dichos bienes en el Registro de la Propiedad.

TERCERIA DE DOMINIO SOBRE UNAS MAQUINAS EMBARGADAS POR DEUDAS DE UN SIMPLE ADQUIRENTE FIDUCIARIO DEL TERCERISTA. TRANSMISION INEXISTENTE POR FALTA DE CAUSA (SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1977).

Hechos.—La sociedad anónima «Afa» formuló demanda contra don Manuel J. Nieto y don José Luis P. Laguna, en su calidad de ejecutante y ejecutado respectivamente, en proceso ejecutivo cambiario, sobre tercería de dominio respecto a dos palas cargadoras sobre neumáticos y dos motiniveladoras, alegando que habían sido embargadas por deudas del demandado don José Luis P. Laguna, a pesar de no ser el verdadero titular de las mismas, sino un mero adquirente de la sociedad actora a efectos administrativos con cambio de nombre en la Jefatura Provincial de Tráfico y con carácter puramente nominal y fiduciario, pues era un Consejero Delegado de la sociedad y titular de la mayoría real del capital social que se prestó a simular esa adquisición, suscribiendo un documento privado a manera de contradec­laración, en garantía de la sociedad. Suplica se dicte sentencia decretando la inmediata suspensión del apremio y declarando que las cuatro reseñadas máquinas son de la propiedad exclusiva de Afa, S. A., siendo nulo e ineficaz el embargo trabado.

El demandado don Manuel J. Nieto contesta a la demanda oponiéndose y alegando que las máquinas son propiedad del ejecutado don José Luis

P. Laguna, y así constan inscritas a su nombre en el Registro de Vehículos Automóviles de la Jefatura Provincial de Tráfico, cuyo carácter público es evidente. El otro demandado, el citado ejecutado también se opone a la demanda.

El Juez de Primera Instancia número ocho de Sevilla dictó sentencia estimando la demanda, siendo confirmada en lo fundamental por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por don José Luis P. Laguna, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Federico Rodríguez-Solano y Espín, declara no haber lugar al recurso, por lo siguiente:

«Considerando que al declararse probado por el Tribunal *a quo* en la sentencia recurrida, que las máquinas objeto de reivindicación en la tercería de dominio de que estas actuaciones proceden, son de la propiedad de la entidad actora y que la transmisión realizada por ésta a favor del recurrente, fue meramente aparente y no real, según reconoce expresamente dicho señor en el documento privado de 27 de marzo de 1969, autenticado por la prueba pericial (tercer considerando de la sentencia de primer grado y segundo de la de apelación) y, al estimar inexistente aquella transmisión por falta de causa, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 1.275 del Código Civil doctrina consignada, entre otras, en las Sentencias de esta Sala de 8 de febrero de 1963 y 26 de abril de 1967, dicho Tribunal no ha incurrido en la infracción que, al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia en el único motivo del presente recurso, no sólo porque tal consecuencia se deduce del sentido literal del propio artículo 1.275, antes citado, que considera inexistentes los contratos celebrados con causa torpe o ilícita (SS. de 6 de junio de 1916, 6 de diciembre de 1947 y 31 de octubre de 1955), como lo serían aquellos cuya finalidad consistiera en evitar que los acreedores pudieran embargar la maquinaria de la sociedad vendedora, que es lo sucedido en el supuesto que aquí se contempla, según los hechos declarados probados en la resolución que se impugna, a quien está encomendada su apreciación (SS. de 20 de octubre de 1966 y 11 de mayo de 1970), sino también porque el problema suscitado en el recurso, no se planteó durante el período expositivo del pleito, por lo que constituye una cuestión nueva, encajable en el número cinco del artículo 1.729 de la Ley de Trámites y determinante de su desestimación en esta fase del procedimiento, aparte de que la regla segunda del artículo 1.306 del Código Civil, no es aplicable cuando la nulidad de un contrato se funde en su simulación o cuando sólo uno de los que lo suscribieron entregó algo y el recurrente fue el único beneficiado por el mismo (SS. de 30 de junio de 1931 y 7 de febrero de 1959); por todo lo cual debe rechazarse el motivo y declararse no haber lugar a la estimación del recurso formulado.»

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITOS. DOBLE INMATRICULACION (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1977).

Hechos.—Don Julián O. Bruguera formula demanda contra la Asociación para el Estudio y Defensa de los intereses de la clase obrera, contra «Constructora e Inmobiliaria Galicia, S. A.», e «Inmobiliaria Techo, S. A.».

señalando que la finca que constaba inscrita a nombre de esta última en el Registro de la Propiedad número diez de los de Madrid era inexistente en la realidad, suplicando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos: a) Que se reconozca que la finca controvertida y objeto de litis forma parte integrante de la finca número 5.121, descrita en el hecho cuarto de esta demanda y, por tanto, no puede ser una finca jurídica y realmente existente ni por ello figurar como independiente e inscrita como tal en el Registro de la Propiedad, como así sucede y con el número 46.615; b) Que se declare que el pleno derecho de propiedad sobre la finca controvertida le corresponde plenamente al demandante y demás coherederos que señalaba, por ser aquélla parte integrante de la citada finca número 5.121; c) Que se declare la nulidad de todas las inscripciones que originaron la creación de la finca número 46.615, descrita en el hecho primero de la demanda y la cancelación de los asientos correspondientes a la misma en el Registro de la Propiedad; d) Que las costas de este procedimiento le sean impuestas íntegramente a las sociedades demandadas, por su mala fe al originar con su conducta esta litis.

La parte demandada contesta oponiéndose y suplicando se dictara en su día sentencia desestimando íntegramente la demanda con expresa imposición de costas.

El Juez de Primera Instancia número 16 de Madrid dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, en cuanto a que la finca 46.615 se halla parcialmente integrada, tal como está descrita en el asiento registral, dentro de la finca del demandante, debiendo rectificarse la extensión y linderos de la inscripción, de acuerdo con la realidad física reflejada en los planos acompañados al informe pericial emitido para mejor proveer por los Peritos Ingenieros Técnicos en Topografía, declarando igualmente la nulidad y ordenando la cancelación de la actual inscripción en cuanto esté en desacuerdo con los indicados planos. No hizo especial condena en costas.

Interpuesto recurso de apelación por las demandadas, la Sala segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid dictó sentencia confirmando la apelada.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por las entidades demandadas, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez Canseco y de la Puerta, declara no haber lugar al recurso, destacando los considerandos 2.º, 3.º y 4.º:

«Considerando que conforme a constante doctrina jurisprudencial, para el éxito de la acción reivindicatoria se requiere que quien lo ejercite justifique cumplidamente los requisitos siguientes, a saber, su justo título de dominio, la identificación de la cosa que reclama y la posesión o detentación de la misma por el demandado, siendo tales requisitos hechos cuya declaración corresponde a los Tribunales de Instancia, que ha de ser respetada en casación a menos que prospere la impugnación que se formule al amparo del número séptimo del mencionado artículo 1.692.»

«Considerando que por esa vía procesal se articulan los motivos primero, segundo y sexto, el primero de los cuales denuncia error de hecho y los dos últimos, sendos errores de derecho en la apreciación de las pruebas, todos ellos deben ser desestimados; en cuanto al error de hecho, porque los documentos que se invocan carecen de autenticidad a efectos de casación, ya que por sí no patentizan nada que expresamente se opon-

ga a lo que la sentencia recurrida afirma, cual tendría que acontecer para que tal error pudiera ser recogido; y en cuanto al error de derecho, porque es preciso citar la Ley referente a la valoración de la prueba que haya sido infringida por la sentencia impugnada, y ni el artículo 348 del Código Civil, ni los artículos 504 y 506 de la Ley Procesal, que son los preceptos legales que al efecto se invocan, contienen norma alguna de valoración de prueba.»

«Considerando que la desestimación de los tres motivos examinados en el considerando que antecede, acarrea la de los tres restantes, en todos los cuales se incurre en una petición de principio, pues se construyen partiendo del supuesto, que establecen por su cuenta los recurrentes, de que el actor no ha probado el dominio, ni ha identificado la finca de que se trata, siendo así que la Sala sentenciadora afirma lo contrario en declaración de hecho que ha quedado incólume.»

SERVIDUMBRE DE LEÑAS Y HIERBAS: DERECHO DE REDENCION DE LA MISMA POR PARTE DEL DUEÑO, AUNQUE EN EL TITULO CONSTITUTIVO ANTERIOR AL CODIGO CIVIL SE ESTABLECE LA PERPETUIDAD DE LA SERVIDUMBRE. NO CABE RENUNCIA GENERAL A DERECHOS TODAVIA INEXISTENTES (SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 1977).

Hechos.—Dan Amadeo T. Amat presentó demanda contra el Ayuntamiento de Berga, suplicando se dictara sentencia por la que se declarase que el actor tiene derecho a redimir la servidumbre de leñas y demás productos que a favor del Ayuntamiento de Berga, en representación de los vecinos y propietarios forasteros, consta inscrita en el Registro de la Propiedad gravando la finca, condenando al demandado a otorgar escritura pública de redención y ordenando al Registrador de la Propiedad la cancelación de la inscripción causada por la Sentencia del Juzgado de 25 de enero de 1968, que reconoció la condición de este derecho real inscribible a la servidumbre de autos.

El Ayuntamiento de Berga contesta a la demanda oponiéndose y suplica se dicte sentencia desestimando la demanda y subsidiariamente se declare que el Ayuntamiento tiene un derecho de servidumbre consistente en poder beneficiarse y hacer suyo el cincuenta por ciento de los aprovechamientos forestales en la zona de la finca Estany, proporción que ha de servir para fijar el tipo de capitalización a utilizar en la redención de la servidumbre y no el cuatro por ciento del valor anual de los productos, como pretende el actor.

Evacuado el escrito de réplica del actor y practicada la prueba pertinente, que se unió a los autos, el Juez de Primera Instancia de Berga dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el actor, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jacinto García Monge y Martín, declara haber lugar al recurso, por lo que se dice en la primera sentencia:

«Considerando que ejercitada en estos autos una acción basada en los artículos 603 y 604 del Código Civil, por el propietario de los terrenos afectados por servidumbre sobre derechos de hierbas, aleñar, hacer carbón y madera, gozar y usar de todo género de maleza y leña comprendidos en los parajes que cita, formula la acción de redimir dichas cargas, contra la sentencia que desestimó la demanda se alza el recurso, el primero de cuyos motivos se ampara en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señalando como concepto de infracción la violación, consistente en no aplicación de los artículos 603 y 604 del Código Civil y de la doctrina contenida en las Sentencias de esta Sala de 8 de mayo de 1947 y 9 de febrero de 1920, y debe sentarse inicialmente que las partes litigantes consideran como título de servidumbre la concordia firmada entre la Universidad de la Villa de Berga y los señores que cita, firmada en el año 1687, que pactan tales servidumbres en favor de los beneficiados, con carácter perpetuo, refiriéndola a los habitantes presentes y futuros, con pacto de no pedir otra cosa más que lo allí pactado y convenido, y con base fundamental en dicha concordia la sentencia recurrida, que confirma la dictada en primera instancia, tras de citar en el segundo de sus considerandos las Sentencias de esta Sala de 5 de enero de 1912 y 5 de diciembre de 1930, transcribe la doctrina de las mismas, que consiste en que, “aunque el pacto de perpetuidad no excluye sin más el derecho de redimir, ni sea oportuna una renuncia de derechos en forma genérica de aquellos cuyo nacimiento sea posterior al acto de la servidumbre” acepta la contraria solución, dado el contenido de la concordia, título de las servidumbres, y entiende y declara que aparece en ella la realidad de un acuerdo de no redimir vinculante al propietario, debiendo notarse la disconformidad de tal interpretación con la lógica, si se tiene en cuenta que la concordia en la que el Juzgador encuentra la existencia del pacto de no redimir data de 29 de enero de 1687, y el derecho de redención que ahora se ejercita nace con el Código Civil, es decir, cuando han transcurrido más de dos siglos desde la supuesta renuncia a derechos no existentes, y que después de transcurrido tan largo espacio de tiempo nacen a la vida del derecho, y debe proclamarse que cabe establecer la distinción entre la perpetuidad de estas servidumbres que es la naturaleza normal de las mismas y la facultad de ser redimidas, que no supone su negación, puesto que tal redención se ejercita mediante el pago de su valor que establece el artículo 603 invocado y que conforme a los fundamentos de la sentencia de primera instancia, cuyos considerandos acepta la ahora recurrida, tiene en cuenta las orientaciones doctrinales que, fundadas en la tendencia desvinculadora inspiró la labor de codificación, debiendo tenerse presente la doctrina que sientan las Sentencias de esta Sala de 9 de febrero de 1920 y 8 de mayo de 1947, que declaran, respectivamente, que el artículo 604 del Código Civil concede en absoluto y especialmente, sin limitación al particular dueño de todo terreno gravado con servidumbre de aprovechamiento de leñas y demás productos forestales, el derecho de redimir la carga mediante el pago de su valor, y que la Ley no pone límite ninguno por su condición de perpetuidad, estando previsto en el Código el remedio contra la duración indefinida mediante el precepto contenido en el artículo 603 que establece la facultad atribuida según jurisprudencia al dueño de la cosa gravada, a redimir tal gravamen y medio de hacerlo, razones que conducen a declarar no existe obstáculo

legal alguno para el ejercicio de la acción y debe estimarse que la resolución recurrida ha cometido el vicio de violación de los artículos 603 y 604 del Código Civil y de la doctrina citada...»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo estima la demanda en cuanto a la acción de redención de las cargas, pero no en cuanto a la pretensión de ordenar al Registrador de la Propiedad del partido la cancelación de la sentencia antes inscrita, por no existir razón jurídica para ello, sin perjuicio de las consecuencias que a fines registrales dé lugar la ejecución de la redención de las servidumbres

TERCERIA DE MEJOR DERECHO: DEMANDA INTERPUESTA EXTEMPORANEAMENTE POR HABERSE YA REALIZADO EL PAGO DE LOS BIENES ADJUDICADOS. A EFECTOS DEL ARTICULO 1.533 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL NO PUEDE CONSIDERARSE COMO MOMENTO DE INTERPOSICION DE LA DEMANDA DE TERCERIA LA RECLAMACION ADMINISTRATIVA CONTRA LA HACIENDA PUBLICA EJECUTANTE. LA VULNERACION DE UNA NORMA ADMINISTRATIVA NO SIRVE PARA FUNDAR UN RECURSO DE CASACION CIVIL (SENTENCIA DE 10 DE MARZO DE 1977).

Hechos.—El Banco Mercantil e Industrial, S. A., y el Banco Hispano-Americano, S. A., interponen demanda de tercera de mejor derecho contra «Agrupación de Envasadores de Aceite, S. A.», y contra la Administración Pública, exponiendo en síntesis: que cada uno de los demandantes había seguido en su día juicio ejecutivo contra la sociedad demandada, habiendo obtenido el embargo de sus bienes en el año 1967; que en ejecución de un acuerdo del Consejo de Ministros por la que se ponía una sanción de diez millones de pesetas a la referida sociedad, el Recaudador de Contribuciones correspondiente embargó también dos de las fincas de la misma; que el 26 de noviembre de 1969, la Zona de Recaudación anunció la subasta de los bienes de la deudora, según el *Boletín Oficial de la Provincia*, adjudicándose tales bienes al que resultó ser mejor postor por ocho millones treinta y dos mil pesetas, cuyo dinero aplicó el señor Recaudador de Contribuciones a cancelar diversas partidas que no eran objeto de la presente litis y además ingresó en la cuenta del Tesoro de la Delegación de Hacienda de Barcelona, la cantidad de siete millones ciento treinta y dos mil seiscientas cincuenta y cinco pesetas, por el concepto «Ministerio de Comercio, Disciplina del Mercado, número 27.568», cuya partida es objeto de reclamación en estos autos; que con fecha 22 de diciembre de 1969, los ahora demandantes formularon reclamación en vía administrativa ante el Ministro de Hacienda, habiendo transcurrido los cuatro meses que señala el Estatuto de Recaudación sin haber obtenido contestación respecto al mejor derecho de los demandantes, por lo que dentro de los quince días siguientes establecidos por la Ley General Tributaria, se veían en el caso de interponer la presente demanda, suplicando al Juzgado se declarara el mejor derecho que ostentan los demandantes, con prelación entre ellos que de sus títulos resulten, a hacerse pago en cuanto alcance, de los créditos ejecutados por la cantidad de siete millones ciento treinta y dos mil seiscientas cincuenta y cinco pesetas, ingresada en el Tesoro por la Recaudación de Contribuciones.

Contestada la demanda por el Abogado del Estado en representación de la Administración, y seguidos los demás trámites, el Juez de Primera Instancia número once de Barcelona dictó sentencia desestimando la demanda, sentencia que fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los demandantes, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, Conde de Borrajeiros, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que la sentencia recurrida, para fundamentar su tesis desestimatoria de la demanda de tercería originaria de las actuaciones de que deriva el presente recurso, se basa en las afirmaciones siguientes: 1.ª El pago se entiende producido al acreedor ejecutante—el Estado—, en el procedimiento de apremio seguido por la Oficina de Recaudación de Contribuciones e Impuestos del Estado, cuando, rematados los bienes en la subasta llevada a cabo en veintitrés de diciembre, con fecha veintisiete de diciembre, el cesionario de remate efectúa el ingreso del precio de remate en la Oficina Recaudadora; 2.ª Los terceristas no acreditaron, en el expediente administrativo, haber producido su reclamación previa al ejercicio de la acción civil; 3.ª La acción civil se deduce ante la jurisdicción competente, una vez ya realizado el pago, con el ingreso efectivo del importe obtenido en la subasta, en las Cajas del Tesoro; 4.ª Que este pago, efectuado antes de la presentación de la demanda, vedaba la admisión de ella, de conformidad con el párrafo tercero del artículo 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 5.ª Que la indebida admisión de la demanda, violando la norma de referencia, no permite entrar en la cuestión de fondo, puesto que las causas de inadmisión, forzosamente han de serlo de desestimación de demanda indebidamente admitida.»

«Considerando que contra la aludida sentencia, levanta el recurrente su recurso, en cuyo primer motivo, con amparo en el número sexto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia “la infracción de Ley, por cuanto—se dice—ha habido defecto en el ejercicio de la jurisdicción, dejando de conocer la Sala sentenciadora cuando había el deber de hacerlo”; en defensa de tal motivo, argumenta el recurrente: a) Que dicha Sala se abstuvo de conocer del asunto por entender que, de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1.533 de la referida Ley, nunca debió admitirse la demanda, cuando la realidad es que la tercería actual no descansa en la existencia previa de un embargo practicado *en juicio ejecutivo*, sino en el realizado por la Hacienda Pública, al cual no es aplicable el precepto invocado; b) Que en el procedimiento administrativo se denomina tercería a la reclamación dirigida al Ministro de Hacienda, la cual produce efectos automáticos en el expediente—artículos 230 y 231 del Estatuto de Recaudación de 29 de diciembre de 1948 y artículos 179 a 183 del Reglamento General de Recaudación y cuya tercería fue presentada, por tanto, en 26 de diciembre de 1969, o sea, antes que se hiciera pago del producto de la consumación de la venta, lo que ocurrió el día treinta siguiente”.

«Considerando que lo que verdaderamente viene a sostenerse en este motivo, es que la sentencia recurrida aplica indebidamente el precepto invocado—artículo 1.533—porque, para el recurrente, la tercería se dedujo el 26 de diciembre de 1969 cuando se presentó la reclamación adminis-

trativa, o sea, cuatro días antes de verificarse el pago, y, por tanto, resultaba presentada antes de dicho pago y en tiempo oportuno.»

«Considerando que esta cuestión, así planteada, merece el calificativo de nueva, por cuanto, en la demanda originaria de las actuaciones se sostenía que la tercería se deducía con la interposición de dicha demanda, y sólo después, cuando se deduce el recurso de reposición contra la providencia que decreta la inadmisión de la aludida demanda de tercería, se aventura, a vía de hipótesis, que “salvo que se interprete que la tercería propiamente dicha no es la presente que se interpone con la demanda, sino que la tercería propiamente dicha y a que ha de referirse tal artículo—el 1.533—es la que ya se interpuso con anterioridad al pago ante el excelentísimo señor Ministro de Hacienda”.»

«Considerando que por ser cuestión nueva, ya no puede ser examinada y resuelta en la casación, de conformidad a lo dispuesto en el número quinto del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y jurisprudencia concordante; aunque conviene destacar que el artículo 1.533 de dicha Ley, en su último párrafo, se refiere a la presentación de la demanda de tercería de mejor derecho deducida en la vía judicial, tanto contra el embargo que se practica en un juicio ejecutivo, como contra el que se lleva a cabo por la Hacienda Pública para el cobro de sus créditos—bien provengan éstos del impago de contribuciones e impuestos, bien procedan de otras causas—, porque, lo que con la aludida demanda se pretende, es que la jurisdicción ordinaria declare el derecho del tercero a ser reintegrado de su crédito con preferencia al acreedor ejecutante o embargante, y, por tanto, la extemporaneidad a que alude el precepto es a la de la demanda judicial y no a cualquier otra reclamación que se pueda deducir en distinta vía.»

«Considerando que en el motivo segundo, con apoyo en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa la “infracción por aplicación indebida del artículo 1.533, último párrafo, de la propia Ley, formulándose tal motivo, como *subsidiario* para el supuesto de que el primero no sea acogido por considerar que no es el cauce adecuado el número sexto del referido artículo 1.692”, y se argumenta en defensa de tal motivo, que aquel precepto—el artículo 1.533 *in fine*—es de aplicación cuando la tercería de mejor derecho descansa en un juicio ejecutivo, pero no lo es cuando descansen en un embargo practicado por la Hacienda Pública, ya que entonces—se alega—, la tercería está constituida por la reclamación dirigida al Ministro de Hacienda, quedando expedita la vía judicial si la denegare, como expresa el artículo 230 del Estatuto de Recaudación y como ha reconocido la propia Administración que, según consta en autos, “comunicó a sus principales la resolución dictada por el Ministro de Hacienda, advirtiéndole que queda expedita la acción ante los tribunales de la jurisdicción ordinaria, que habrá de promoverse en el plazo de quince días, a contar desde esta notificación”.»

«Considerando que a este segundo motivo le son aplicables los mismos razonamientos que al primero: constituye una cuestión nueva que no tiene, por tanto, acceso a la casación, y, por añadidura, y como ya queda razonado, el párrafo último del artículo 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la impugnación de cualquier clase de embargo, ya sea practicado en juicio ejecutivo, ya sea llevado a cabo por la Hacienda Pública para el cobro de sus créditos; este motivo, por consiguiente, también tiene que decaer.»

«Considerando que en el motivo tercero, y también por la vía del número primero del mencionado artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia “la infracción por violación, al no aplicarlo, del artículo 231, párrafo tercero, del Estatuto de Recaudación, y del artículo 6.º3 del Código Civil”, sosteniéndose que el artículo invocado del Estatuto de Recaudación, *a sensu contrario*, producía de modo automático la obligación por parte de la Administración de depositar el producto de la consumación de la venta en la Caja de Depósitos, afecto al resultado de la reclamación, obligación que no cumplió, infringiendo claramente lo dispuesto en el repetido artículo 231, 3.º, al ingresar dicho producto en el Tesoro.»

«Considerando que tampoco este motivo puede prosperar, porque, como reiteradamente tiene declarado esta Sala, no puede fundarse un recurso de casación civil, por infracción de Ley, en la supuesta vulneración de una norma administrativa—Sentencias de 8 de julio de 1918, 5 de agosto de 1919, 8 de mayo de 1922, 3 de mayo de 1923, 8 de mayo de 1925, 17 de marzo de 1927, 7 de mayo de 1935, 15 de marzo de 1940, 12 de febrero de 1958 y 25 de febrero de 1960—; para que este motivo declarara el éxito, tendría que declarar la jurisdicción civil—como el recurrente sostiene—que la Administración no cumplió y, por tanto, que infringió lo dispuesto en el artículo 231, párrafo tercero, del Estatuto de Recaudación, lo cual no es función de esta jurisdicción y sí propio de la contencioso-administrativa; y además, se vendrá a dejar ineficaz un acto administrativo que había ganado firmeza.»

«Considerando que afirmado por la sentencia recurrida que la demanda de tercería de mejor derecho fue deducida “una vez ya realizado el pago con el ingreso efectivo del importe obtenido en la subasta, en las Cajas del Tesoro”, y no combatidas en forma eficaz tan rotundas afirmaciones, es visto que hay que concluir proclamando—como lo hace la sentencia recurrida—que, de conformidad con el párrafo tercero del artículo 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resultaba vedada la admisión de tal demanda, sin que se pueda entrar a conocer la cuestión de fondo que en ella se planteaba, porque aquella causa de inadmisión de la demanda es forzosamente ahora causa de desestimación de la indebidamente admitida; por lo que el motivo cuarto del recurso también tiene que decaer, pues en él se acusa la infracción por violación, al no aplicarlos, de los artículos 1.927, en relación con el 1.923 del Código Civil, y 44 de la Ley Hipotecaria, relativos a la prelación de créditos, que es la cuestión de fondo que el recurso plantea.»

MONTE COMUNAL EN NAVARRA. INTERPRETACION DE LA PALABRA «HELECHAL». LEY 388 DE LA COMPILACION: APROVECHAMIENTOS DE HELECHOS QUE NO IMPLICAN PROPIEDAD DE LOS TERRENOS QUE SON COMUNALES. LA ACCION REIVINDICATORIA BASADA EN POSESION INMEMORIAL NO REQUIERE PETICION DE NULIDAD DEL TITULO DE LA OTRA PARTE. USUCAPION «CONTRA TABULAS», NO «SECUNDUM TABULAS» (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1977).

Hechos.—Doña Begoña y doña Ana María E. Allende y varios más formulan demanda contra el Ayuntamiento de Vera de Bidasoa, contra la

Excelentísima Diputación Foral de Navarra y contra el Abogado del Estado sobre reivindicación de fincas rústicas, suplicando se dictara sentencia por la que, estimando la demanda, se hagan las siguientes declaraciones y condenas: 1.º Que las fincas que se describen en el hecho primero de la demanda pertenecen en pleno y exclusivo dominio a los demandantes, por novenas e iguales partes; 2.º Que, como consecuencia de la anterior declaración, las referidas fincas han de quedar excluidas en la catalogación del Monte Ibardín, número 638, o aquel que le correspondiera en la actualidad, hecha en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública de Navarra, en favor del Ayuntamiento de Vera de Bidasoa; 3.º Que asimismo, se excluya a dichas fincas del Inventario Municipal de Bienes del citado Ayuntamiento, en el supuesto de hallarse incluidas en el mismo; 4.º Que son nulos y sin ningún valor ni efecto, cualquier título o certificación en que los demandados funden su derecho sobre los bienes objeto de este litigio; 5.º Que, consiguientemente, son también nulas y cancelables, las inscripciones o asientos registrales que puedan obrar en el Registro de la Propiedad de Pamplona y se hallen en contradicción o se opongan al dominio e inscripciones a favor de los demandantes; 6.º Que los árboles plantados por el Ayuntamiento de Vera, en las fincas litigiosas, pertenecen en propiedad a los actores; 7.º Finalmente, se condene a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones, dejando las fincas a la libre y entera disposición de los demandantes.

Contestan a la demanda, oponiéndose, el Abogado del Estado, el Ayuntamiento de Vera de Bidasoa y la Excelentísima Diputación Foral de Navarra, destacando estos dos últimos que se trata de terrenos pertenecientes al monte Ibardín comunal del Ayuntamiento de Vera y que la expresión «helechal» que aparece en los títulos de los actores se refiere exclusivamente al derecho de aprovechamiento vecinal del helecho en los citados terrenos comunales, que ha venido concediendo el Ayuntamiento a los vecinos. El Ayuntamiento formula, además, reconvención.

El Juez de Primera Instancia número dos de Pamplona dictó sentencia desestimando la demanda, estimando la reconvención del Ayuntamiento en el sentido de que los terrenos discutidos pertenecen al patrimonio comunal del Ayuntamiento sin que sobre los mismos tengan los actores ningún derecho de propiedad, declarando la nulidad y cancelación de todas las inscripciones que aparecen en el Registro de la Propiedad a nombre de los demandantes y que contraigan el derecho de propiedad del repetido Ayuntamiento.

Interpuesto recurso de apelación por los actores, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona confirmó la sentencia del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los actores por entender que se había producido interpretación errónea de la Ley 388 de la Compilación de Navarra y por aplicación indebida de los artículos 35 y 38 de la Ley Hipotecaria, al aplicarse la usucapión *secundum tabulas* a favor del Ayuntamiento, olvidando que los actores tienen su propia inscripción registral y que se trataría de una usucapión *contra tabulas*, aparte de otros motivos, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso, destacando los considerandos 2.º y 3.º:

«Considerando que el motivo primero del recurso denuncia la interpretación errónea de la Ley 388 de la Compilación del Derecho Civil Foral

de Navarra, siendo completado por el motivo segundo que aduce la violación del artículo 1.253 del Código Civil, que no pueden prevalecer frente a la apreciación conjunta de la prueba realizada en la instancia, pues no sabe en casación acudir a la prueba de presunciones cuando ha sido utilizada la prueba directa, no impugnada por el cauce procedente, que conduce a la firmeza de los hechos declarados probados por el Tribunal *a quo*, aparte de que, dispuesto por la citada Ley 388 que “bajo la denominación *helechal*, cuando este término no aparezca empleado exclusivamente para expresar la naturaleza o destino de una finca, se entienden los derechos de aprovechamiento de las producciones espontáneas de helecho de montes comunales”, la interpretación literal, lógica y sistemática del título de los recurrentes, sobre todo de los términos “producción de determinados carros de helecho” de cada uno de los terrenos, sólo puede referirse a los derechos de aprovechamiento de las producciones espontáneas de helecho del monte comunal, y aun en el supuesto de que la Sala sentenciadora hubiese estimado la existencia de una presunción *juris tantum*, inalterables como han quedado los hechos, la deducción es por completo lógica y congruente.»

«Considerando que tampoco pueden prevalecer los restantes motivos del recurso por envolver cuestiones nuevas no planteadas en el período expositivo del pleito, aparte de que también son desestimables en el fondo; el motivo tercero porque se aparta del fallo recurrido que sólo niega a los actores el derecho de propiedad sobre los terrenos que declara pertenecientes al patrimonio comunal del Ayuntamiento de Vera de Bidasoa, no a los aprovechamientos de helechos; desestimación que acarrea la del cuarto, que no es más que su proyección registral; el motivo quinto, porque no era necesario para el ejercicio de la acción reivindicatoria por el Ayuntamiento la repetición de nulidad del título de los actores, ya que aquél estaba fundado en la usucapión como consecuencia de la reconocida posesión inmemorial; y el sexto, porque no se ha dado la usucapión *contra tabulas*, sino *secundum tabulas*, procediendo, por todo lo expuesto, la desestimación íntegra del recurso.»

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

DIFERENCIAS ENTRE MANDATO REPRESENTATIVO Y ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1978).

Hechos.—Don Ramón fue nombrado administrador apoderado de una Cooperativa Farmacéutica, fijándosele una retribución. Cesado posteriormente en su cargo por la Junta Rectora, demanda a la Cooperativa ante la jurisdicción laboral, quien se declara incompetente. Deduce entonces la demanda solicitando indemnización ante los tribunales ordinarios.

Aunque fue acogida su pretensión en la Audiencia, el Supremo estima el recurso de la entidad demandada y absuelve a ésta.

Doctrina de la sentencia.—Lo contratado no fue la actividad del actor, ni como fin, característica del contrato de trabajo, con subordinación de disciplina y de dependencia, ni como medio, sin dependencia, cual sucede en el contrato de arrendamiento de servicios, cuyo objeto es una prestación material o intelectual, con remuneración perfectamente precisada, sino del nombramiento del actor como administrador apoderado de Cofex, por quien estaba facultado para ello, especificándose en dicha escritura la actividad a desarrollar por el actor, la cual se refiere tanto a la relación material entre éste y aquél, como a la relación externa de representación directa, lo cual determina que dicho contrato haya de ser calificado de mandato representativo retribuido.

En lo concerniente a la revocación del mandato acordado por el presidente de la Junta Rectora de Cofex, ha de tenerse en cuenta que siendo el mandato un contrato civil de confianza puede el mandante revocarlo a su voluntad y obligar al mandatario a devolver el documento en que conste; no se opone a la revocación el hecho de estipular un plazo de vigencia, siendo lícita la revocación, aunque se pacte lo contrario—número 1.º del artículo 1.732 y 1.733 del Código Civil y Sentencias del 30 de junio de 1891 y 16 de enero de 1960—, y si bien es cierto es válido el pacto de irrevocabilidad, cuando no se indemnice al mandatario, tampoco ofrece duda que, en el caso de autos, no fue establecido dicho pacto, ni la sociedad Cofex se comprometió a la irrevocabilidad por causa onerosa con terceros.

Aunque la interpretación contractual, por ser función privativa de los Juzgados de Instancia, ha de prevalecer en principio en casación, puede ser impugnada cuando se acredite que la Sala de Instancia ha infringido alguna de las normas legales de hermenéutica contractual al aplicar los hechos fijados reveladores de la voluntad de las partes en el párrafo 1.º del artículo 1.281 del Código Civil aparece establecido el aforismo *in claris non fit interpretatio*, ya que la claridad de los términos de un contrato eliminan la necesidad de interpretarlo, que es lo que sucede respecto al contenido del contrato citado en lo referente al alcance y significación de la renuncia a la indemnización expresada, evidentemente sin ninguna clase de condicionamiento, sino de manera pura y simple.

LOS HECHOS NO SE INTERPRETAN (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Jurídicamente hablando, los hechos como tales entidades objetivas se aprecian, se valoran, se obtienen consecuencias de ellos o se combaten, pero no se interpretan en sentido técnico, sobre todo con las normas de hermenéutica de los artículos 1.281 y siguientes del Código, que son las invocadas, pues están de suyo reservadas a la interpretación de los actos jurídicos en general y de los contratos en particular.

LAUDO ARBITRAL: LOS ARBITROS DEBERAN AJUSTARSE A LAS DECLARACIONES COMPRENDIDAS EN EL COMPROMISO, SIN EXTENDERSE A OTRAS, QUE NO PUEDEN DARSE POR SOBRENTENDIDAS (SENTENCIA DE 2 DE FEBRERO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Para que pueda prosperar el recurso de nulidad, establecido en el artículo 3 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, contra los laudos dictados por los árbitros de equidad, es preciso que dichos señores hayan rebasado en su actuación el mandato que les fue conferido en la correspondiente escritura de compromiso, resolviendo cuestiones de carácter principal no incluidas en aquélla, o en general excediéndose en la función que les fue encomendada, extralimitación que deberá acreditarse a través de un proceso comparativo entre los términos consignados en aquella escritura que constituye el elemento delimitativo de las facultades de los árbitros y los pronunciamientos contenidos en el laudo que dichos señores emitieron y que se ha producido en el presente caso, pues la resolución arbitral practicó no sólo la liquidación de las cuentas procedentes de las dos compañías, sino además la de otra distinta denominada Conevoz, S. A., que para nada se menciona en el convenio, alegando para ello que así se deduce de «los actos coetáneos y posteriores de las partes y de la propia intencionalidad de los otorgantes», sin tener presente que, según ha indicado con reiteración la jurisprudencia de esta Sala, la decisión de los árbitros deberá ajustarse a las declaraciones contenidas en el compromiso, sin extenderse a otras diferentes que no pueden darse en modo alguno por sobrentendidas.

RESPONSABILIDAD OBJETIVA: EL USO DE UN AUTOMOVIL IMPLICA UN RIESGO, SUFICIENTE PARA ACARREAR AQUELLA RESPONSABILIDAD (SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1978).

Hechos.—Un camión circulaba tan arrimado a la acera que golpeó con un borde a un niño en la cabeza, ocasionándole graves lesiones que le han causado permanentes secuelas. Los padres demandan al conductor del camión y a la compañía Magefesa, propietaria del mismo, reclamando una fuerte indemnización. Se acogió íntegramente la demanda.

Doctrina de la sentencia.—De entre los sistemas distinguidos por la doctrina científica, consistentes en el legal o de prueba tasada, que impone al Juzgador determinado criterio valorativo aun en contra de su propia convicción, el de libre apreciación, que prescinde de todo razonamiento o análisis crítico, y el del examen lógico de todos los diversos elementos probatorios recogidos en el proceso ponderándolos con la más amplia libertad de raciocinio a fin de fijar en la sentencia los hechos objeto del debate que merezcan la calificación de ciertos, han sido abandonados por modo general en materia civil los dos primeros, dando dominio al último por las garantías que los razonamientos llevan consigo, en cuanto justifican el cabal discurso del correspondiente órgano jurisdiccional decisor, alejándolo de lo arbitrario y personalista.

A impulsos de la doctrina dominante en el ámbito civil, por imperativos de la necesidad de reparar los daños causados en el intercambio social de actividades, la jurisprudencia de esta Sala viene inclinándose de forma acusada hacia una apreciación cada vez más objetiva de la llamada «culpa aquiliana», en virtud de lo cual, sin prescindir de los perfiles subjetivos, lo que todavía es imposible dentro de nuestra normativa, pondera de manera fundamental otros factores, como son el riesgo inherente a la movilización de determinados elementos, los que lleva consigo la consagración de una profesión determinada y los de la compensación en los beneficios de una actividad lucrativa que tiene como contrapartida las consecuencias de aquellos riesgos, conducente a la inversión de la carga de la prueba, y que concretamente aplicado a supuesto, cual el ahora contemplado, de responsabilidad derivada de la posesión de un vehículo de motor por los daños que el mismo cause al ser utilizado, se considera como una responsabilidad por riesgo, es decir, derivada del simple hecho de aquella posesión y utilización, prescindiendo de la persona del que lo maneja, y determinante de responsabilidad en tanto no se declare probado que el accidente fue producido por fuerza mayor o por un siniestro inevitable, entre el que es de incluir el atribuirle a la conducta del perjudicado o a un tercero, y aun así, siempre y cuando conste que el conductor del vehículo ha observado la diligencia debida, a causa de que el uso de un automóvil, ya de por sí, implica un riesgo para el tráfico y este riesgo es suficiente para acarrear aquella responsabilidad, en tanto la Sala de Instancia sentenciadora no la declare desvirtuada por un actuar extraño generador del daño causado, en cuanto que cuando resulte evidente un hecho que por sí solo determine probabilidad de culpa, pueda presumirse ésta y cargar al autor del atropello la obligación de desvirtuar la presunción y bien entendido que para no tomar en cuenta la antijuridicidad y la culpa, si en principio existen, es necesario demostrar que el actor del hecho causal del daño había procedido con la diligencia y cuidado debidos, según las circunstancias, y que el accidente fue debido a causas que le fueren completamente ajenas

NO EXISTE VOLUNTAD REBELDE AL CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO EN LOS DUEÑOS DE UNA OBRA QUE NO PAGAN AL CONTRATISTA POR OBSERVARSE EN LA MISMA GRAVES DEFICIENCIAS (SENTENCIA DE 7 DE FEBRERO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Según constante jurisprudencia de esta Sala, la resolución contractual por incumplimiento de obligaciones recíprocas, que el artículo 1.124 del Código Civil establece, requiere determinadas exigencias, entre las que como más importantes se encuentran la de que el principio de reciprocidad esté perfectamente caracterizado de tal modo que no se conciban unas obligaciones sin las otras, que exista verdadero incumplimiento y no sólo un cumplimiento tardío en relación con el tiempo estipulado, que la acción resolutoria la ejercite el perjudicado, o sea, quien cumplió lo que le incumbía y sufre el incumplimiento de la otra parte, debiendo manifestar su decisiva voluntad respecto a la opción —resolución o cumplimiento—que dicho precepto legal le otorga, y la existencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo

convenido, y aplicando esta doctrina al caso enjuiciado vemos que también hubo, por parte del contratista de la obra, incumplimiento del contrato o, al menos, un inadecuado cumplimiento del mismo, por lo que a la construcción de la fachada del inmueble se refiere, dadas las peligrosas grietas resultantes y que debido a negligencia del constructor o del director técnico, lo cierto es que a esta contingencia son ajenos los demandados, lo que justificaría por parte de éstos el impago de la cantidad que adeudan a fin de que se procediera a reparar esas graves deficiencias sin esperar a la terminación de la totalidad de las obras de construcción del edificio, circunstancia ésta que pone de relieve la inexistencia de la deliberada voluntad rebelde al cumplimiento de lo convenido que se requiere para la efectividad del mencionado artículo 1.124 del Código sustantivo, por lo que en todo caso ha de entenderse que al utilizar el Tribunal sentenciador de instancia el arbitrio que el párrafo tercero de dicho precepto legal le confiere, obró acertadamente, en consonancia con los principios de equidad que inspiran éste y con la doctrina establecida por esta Sala, según la cual ha de impedirse la resolución del vínculo contractual en aquellos en que no se patentice de un modo indubitado una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, no debiendo estimarse como verdadero incumplimiento contractual, a los efectos resolutorios del artículo 1.124, un simple retraso o una imperfección en el cumplimiento de la obligación.

PROPIEDAD HORIZONTAL: NO ES NECESARIO EL REQUERIMIENTO PREVIO PARA LOS GASTOS QUE SE DEVENGUEN CON POSTERIORIDAD A LA PRESENTACION DE LA DEMANDA (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Si por un lado la Ley de Propiedad Horizontal ha perseguido disciplinar el haz de derechos y obligaciones de los propietarios «con criterios inspirados en las relaciones de vecindad», estableciendo «las bases de una convivencia normal y pacífica», en palabras de su Exposición de Motivos, se ha cuidado de vigorizar «en todo lo posible la fuerza vinculante de los deberes impuestos a los titulares por lo que se refiere al abono de los gastos», según advierte el mismo preámbulo, y es en aras de tal razón finalista que aquel precepto imponga como previa a la vía judicial el requerimiento de pago en forma fehaciente al titular del piso o local como postrer intento de mantener en el círculo privado de las relaciones internas la renuncia a contribuir al pago de los gastos generales, pero una vez desoída la formal conminación e insistente el deudor en su voluntad rebelde al cumplimiento, el presupuesto de admisibilidad habrá que entenderlo acatado también en cuanto a los gastos posteriormente devengados y no satisfechos, pues así lo imponen la *ratio legis* y consideraciones de lógica cuando se trata de prestaciones de tracto sucesivo y realización periódica.

ERROR DE DERECHO: SE COMETE AL INFRINGIR UN PRECEPTO VALORATIVO DE UN MEDIO PROBATORIO (SENTENCIA DE 14 DE FEBRERO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—El error de derecho se comete cuando se infringe un precepto legal valorativo de un determinado medio probatorio, no reconociendo la eficacia que la Ley le otorga, vulnerando así una norma preestablecida y de obligado acatamiento a la que haya de ajustarse y es necesario para demostrar el error de derecho que se alega citar el precepto legal referente a la prueba que se haya infringido, así como concretar con claridad y precisión el concepto en que, a juicio del recurrente, la infracción se haya cometido.

LAS ACCIONES DEL MANDATO DERIVABLES A FAVOR DE TERCERO NO SE DAN CONTRA EL MANDATARIO (SENTENCIA DE 16 DE FEBRERO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Es consecuencia indeclinable del principio de contradicción, fundamento de nuestro proceso civil, que el litigio tenga que sustanciarse con todas las personas que están interesadas en la relación de derecho material objeto del proceso y que puedan resultar de algún modo afectados por la resolución judicial que le ponga fin; de ahí, pues, que esta Sala haya declarado: *a)* que en virtud de tal principio, como nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, no deba dictarse una sentencia cuando haya de afectar a quien no ha sido parte en el proceso; *b)* que para evitar que puedan dictarse sentencias contradictorias hay que procurar que estén presentes en el proceso todos los que puedan resultar afectados por el fallo que en él se pronuncia, y que no quede fuera alguno que posteriormente pueda ser objeto de otro proceso sobre la misma relación de derecho material controvertida en el anterior; *c)* que de no seguirse estas normas, se produciría la posibilidad de que los diferentes fallos fueren contradictorios entre sí y de imposible ejecución, y *d)* que con ello se pondría en tela de juicio la fuerza de la cosa juzgada material.

Siendo la esencia del mandato el actuar por encargo y cuenta de otro, las acciones del mismo derivables a favor de tercero sólo se dan contra el mandante y no contra el mandatario, pues aquél es, en definitiva, el vinculado.

PUEDEN ACUMULARSE LAS ACCIONES QUE SE DERIVAN DE LOS ARTICULOS 1.902 Y 1.903 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Al denunciarse en el primer motivo la interpretación errónea de los artículos 39 y 40 de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor de 24 de diciembre de 1962, hoy artículos 1 y 2

del Texto Refundido de la misma, se parte en el razonamiento del motivo del supuesto erróneo de la incompatibilidad de la acción ejecutiva concedida por los artículos antes mencionados con la establecida por los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, incompatibilidad inexistente al proclamar el artículo 4 de la citada Ley y la jurisprudencia de esta Sala la posibilidad del ejercicio de ambas conjunta o separadamente.

Tampoco produce excepción de cosa juzgada el auto ejecutorio derivado del seguro obligatorio respecto de las acciones aquilianas otorgadas por el artículo 1.902 y sus complementarios, puesto que son acciones diferentes y derivadas de distinta causa.

Los dos últimos motivos en que respectivamente se denuncia la inaplicación y la interpretación errónea de los artículos 1.902 y 1.903 por estimar que las acciones que de ambos derivan no pueden ejercitarse simultáneamente, tampoco pueden prosperar, puesto que ambos supuestos se refieren a sujetos distintos y ninguna disposición legal prohíbe su acumulación.

RETRACTO DE COLINDANTES: EL ARTICULO 1.524 DEL CODIGO CIVIL HA DEROGADO AL 1.618 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN CUANTO SE REFIERE AL PLAZO PARA EJERCICIO DE LA ACCION DE RETRACTO (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1978).

Hechos.—Don Agustín compró una finca rústica de cabida inferior a una hectárea en documento privado en el que fijaba como precio la suma de 8.000 pesetas. Posteriormente, al hacer la escritura pública a su favor se puso como precio 500.000 pesetas. Un colindante lo demanda de retracto, consignando el precio fijado en el documento privado más otra cantidad igual para gastos. Prosperó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Como tercer motivo se alega infracción del artículo 1.524 del Código Civil, en relación con el artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que a falta de inscripción en el Registro de la Propiedad del título traslativo del dominio, el plazo para ejercitar la acción de retracto ha de contarse a partir de la fecha de la escritura de venta que en este caso lo es la de 23 de diciembre de 1975, por lo que al presentar el actor su demanda de conciliación el 7 de enero siguiente y al formular la de retracto el 15 del mismo mes, se había superado el plazo de nueve días exigibles para el ejercicio de la acción, mas al razonar de esta manera olvida el recurrente que según jurisprudencia de esta Sala, el artículo 1.524 del Código Civil, posterior a la Ley de Trámites, ha derogado el artículo 1.618 de la misma, en cuanto se refiere al plazo para ejercitar la acción de retracto, por lo que desde la promulgación del Código sustantivo el término de nueve días se contará solamente desde la fecha de la inscripción de la venta de la finca en el Registro de la Propiedad o si no fuere inscrita, desde el día en que el retrayente hubiese tenido noticia de dicha compraventa, y como la sentencia impugnada declara que el demandante tuvo conocimiento de la venta, que no fue inscrita en el Registro, el 7 de enero de 1976, al interponer la demanda el día 15 del propio mes es visto que no había transcu-

rrido el término de nueve días que como plazo fatal, improrrogable y de caducidad señala el referido artículo 1.524 del Código Civil.

Es verdad que el ejercicio de toda acción de retracto viene condicionado a que el contrato por el que onerosamente se trasmita la propiedad de la finca haya sido consumado, y así lo tiene declarado la jurisprudencia al decir que la acción de retracto nace, dada su naturaleza real, en el momento en que el adquirente de la finca entra en posesión de la misma mediante su entrega real o simbólica, pues hasta entonces no se lesiona el preferente derecho del que la retrae, pero también es cierto que en el caso objeto de este recurso tal exigencia aparece plenamente cumplida, por cuanto si la escritura pública de compraventa—tradición simbólica según el artículo 1.462—se otorgó en 23 de diciembre de 1975, la demanda no se presentó hasta el 15 de enero de 1976, sin que por otra parte ello suponga, como el recurrente pretende al desarrollar el motivo, que la subrogación del retrayente haya de producirse en las mismas condiciones que en dicha escritura consta, pues la resolución impugnada declara que el retracto se ejercitó con base en el contrato privado de 23 de octubre de 1975, y que el objeto del otorgamiento del mencionado instrumento público no fue otro que el de constatar la voluntad de transmisión dominical a favor del comprador y la entrega simbólica de la finca, conforme al citado artículo 1.462, pero siendo el precio verdadero el estipulado en el primer contrato, el cual establece una presunción legal que determina la fecha de entrega en los casos de compraventa de un inmueble, pero que no obsta a que tal puesta en posesión en que dicha entrega consiste, se haya anteriormente producido, como en el presente caso acontece.

LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL REQUIERE LA CONCURRENCIA DE REQUISITOS OBJETIVOS, SUBJETIVOS Y CAUSALES
(SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1978).

Hechos.—Un bañista se sumergió en una piscina del Club Náutico Tarrasa, y advertida su presencia debajo del agua, fue sacado y sometido a auxilios, aunque no se le pudo salvar la vida. Sus herederos demandan al socorrista y al Club Náutico, quienes son absueltos por el Supremo.

Doctrina de la sentencia.—El concepto de responsabilidad extracontractual requiere la concurrencia de requisitos objetivos, subjetivos y causales, según se establece en el artículo 1.902 del Código Civil y en la doctrina de esta Sala, evidenciando los hechos probados que en el caso de autos únicamente se produjo el objetivo, consistente en el fallecimiento de la víctima, pero no los otros dos, ya que los socorristas aplicaron las conocidas técnicas de socorrismo, como también se reconoce en el considerando segundo de la sentencia recurrida, proceder al que no se puede atribuir relación causal del fallecimiento de la víctima; y al no existir responsabilidad extracontractual, tampoco la indirecta del artículo 1.903 de igual cuerpo legal, igualmente aplicado indebidamente, lo que ha de originar la prosperabilidad del motivo.

DEFINICION DE DOCUMENTO AUTENTICO (SENTENCIA DE 25 DE FEBRERO DE 1978).

Doctrina de la sentencia.—Se entienden por documentos auténticos según repetida doctrina jurisprudencial, los que teniendo legitimidad de origen y fehaciencia de contenido, acrediten por sí mismos sin necesidad de operaciones lógicas, un resultado en abierta discrepancia con el afirmado por el Juzgador *a quo*, que ha incurrido en error con evidencia objetiva y como tal dimanante con diaphanidad del objeto o cuestión contemplada, que se impone por sí sola al sujeto del conocimiento, notas configuradoras de la autonomía del documento auténtico en su doble manifestación, aludida por la doctrina, de autosuficiencia y literosuficiencia (*probant se ipsa*).

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO: TRATANDOSE DE OBRAS DE CONSERVACION DE EDIFICIOS HA DE ESTARSE A LO PACTADO POR LAS PARTES (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1976).

El arrendador reclama a los arrendatarios una cantidad por no haber cumplido éstos los pactos contenidos en el contrato de arrendamiento, según los cuales podrían labrar el terreno que les convenga en los primeros años, pero el último labrará la mitad del terreno, dejando la otra mitad a disposición del dueño para que pueda hacerse cargo del mismo el nuevo arrendatario, así como la obligación de los arrendatarios de cuidar de la casa labor con sus dependencias para el servicio de la explotación. El Juzgado número 3 de Valladolid estimó la demanda, pero la Audiencia revocó la anterior, condenando a los demandados tan sólo por los daños causados en las edificaciones existentes en la finca arrendada, sin tener en cuenta los perjuicios causados por el incumplimiento de la otra obligación.

El recurso de revisión, interpuesto por el demandante, es estimado sólo en parte. La estipulación referente al abandono de la mitad del terreno a favor de la propiedad en el último año ha de entenderse en el sentido de que este año el propietario o el nuevo arrendatario pudiera realizar las labores preparatorias del año siguiente, pero no para sembrarlo en ese año, ya que si no el arrendamiento para esa mitad no hubiera durado ocho años, sino siete. El incumplimiento de esa obligación puede originar el derecho del propietario a reclamar los daños y perjuicios por no haber podido sembrar en el año agrícola siguiente, pero no en el año último, porque en éste no había terminado el contrato todavía. La sentencia de la Audiencia no ha violado ni el artículo 1.281 ni el 1.285 del Código, al

interpretar la estipulación mencionada en ese sentido. Pero sí merece acogerse el motivo referente a las obras y reparaciones, ya que si el artículo 13 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos impone al arrendador la obligación de realizar las obras para conservación de la finca, el artículo 19 del mismo dice que cuando se trate de edificios será respetado lo pactado por las partes en el contrato y procede condenar a los arrendatarios a efectuar las obras de conservación y no sólo las necesarias para reparar los daños causados por su culpa o falta de diligencia, como estimó la sentencia recurrida, imponiéndose en este punto la revisión de dicha resolución.

DESAHUCIO: EL DERECHO DE PRORROGA DE LOS ARRENDATARIOS QUEDA ENERVADO POR EL DE NEGARSE A LA MISMA EL PROPIETARIO PARA CULTIVAR DIRECTAMENTE LA FINCA (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1976).

El actor, como usufructuario de la finca, en nombre propio y en el de su hermano, negó la prórroga que le fue propuesta por los hijos arrendatarios, al morir su madre que era la titular arrendaticia inicial y, al no haber desalojado la finca aquéllos, se formula juicio de desahucio por expiración de plazo. El Juzgado número 1 de Salamanca estimó la demanda, confirmando la Audiencia Territorial.

Se desestima el recurso de revisión. Es indiferente que el demandante fuese usufructuario o dueño, ya que con ello ningún perjuicio se causó a los recurrentes, porque estando sin extinguir el usufructo no se origina la resolución de contrato del artículo 9 del Reglamento y la acción se ejercita por quien era realmente arrendador y puede ejercitarla, siéndole reconocida su personalidad de arrendador y fuera del proceso por la firma del contrato, los pagos de la renta y la notificación del propósito de prórroga; si además demanda en beneficio de la comunidad, no es obligado el consentimiento de su hermano copartípe, ya que el arrendamiento y la negativa a su prórroga son actos equiparables a los de administración, que representan facultades contenidas dentro de las muy amplias que hasta para vender le fueron otorgadas por su hermano en el correspondiente poder. La notificación fehaciente de quedar sin efecto el derecho de prórroga del arrendamiento con más de un año de antelación a la finalización del mismo, es preferente a la de la prórroga notificada por los herederos de la arrendataria, como se deduce del artículo 11 del Reglamento, al proponerse el cultivo directo de las fincas y haberlo notificado en tiempo oportuno.

DESAHUCIO: LA ACTORA ES TERCER ADQUIRENTE DE LA FINCA ARRENDADA Y CARECE, POR ELLO, DE LA ACCION EJERCITADA PARA EL DESAHUCIO DE LOS ARRENDATARIOS (SENTENCIA DE 26 DE MAYO DE 1976).

Se solicita el desahucio de los arrendatarios ante el Juzgado de Marchena, oponiendo los demandados la excepción dilatoria de falta de personalidad en el procurador de la actora por insuficiencia o ilegalidad del

poder así como defecto legal en el modo de proponer la demanda. No estimó la demanda el Juzgado, pero la Audiencia Territorial revocó la sentencia anterior, declarando el desahucio de los colonos.

Tiene éxito el recurso de injusticia notoria, por cuanto la sentencia recurrida es incongruente, ya que la actual dueña de las fincas, y actora en el proceso, no se halla asistida de la acción que ejercita, ya que las fincas arrendadas fueron compradas para la sociedad de gananciales, régimen de su matrimonio, y, al fallecimiento de su marido por adjudicación en operaciones particionales, es decir, que la actora tiene la cualidad de tercer adquirente, lo que lleva como consecuencia la ineficacia de la acción que ejercita, pues no intervino en el contrato de arrendamiento, por cuya razón la acción inicio del proceso, apoyada en el artículo 11 y en el 28 del Reglamento, no puede prosperar, tanto más cuanto que no hay constancia del cumplimiento por parte de la actora de las obligaciones que le impone el artículo 27 del mismo Reglamento; es indiferente la forma en que la adquisición se haya producido, razones que llevan a estimar que se originó la denunciada incongruencia y, como consecuencia, que el motivo examinado sea acogido. Defectuosamente ejercitada la acción, la incongruencia se produce cuando no se llega a una resolución absolutoria, lo que no sucedió en este caso, tesis conforme con reiterada doctrina jurisprudencial, ya que los Tribunales no pueden dictar fallos apoyados en hechos que no hayan sido objeto de alegación y prueba.

RETRACTO: NO CONOCIENDOSE EL PRECIO DE LAS FINCAS, OBJETO DEL MISMO, NO CADUCA LA ACCION PARA PEDIRLO (SENTENCIA DE 1 DE JUNIO DE 1976).

El aparcerero ejercitó la acción de retracto de la finca rústica, consignando judicialmente el precio de venta. El Juzgado de Primera Instancia de Teruel estimó la demanda, pero la Audiencia de Zaragoza revocó esta sentencia.

Triunfa el recurso de revisión. Ambas sentencias coinciden en reconocer su derecho al actor, pero difieren en cuanto a la fecha en que el retrayente tuvo conocimiento de la transmisión efectuada. La primera considera que la demanda fue presentada dentro de los tres meses siguientes a esa fecha, pero la segunda cree que el plazo había transcurrido con exceso. El conocimiento de la venta ha de ser completo, de toda la operación transmisora, ya que si ha de subrogarse el adquirente en las mismas condiciones estipuladas en el contrato de venta, mal puede hacerlo si las desconoce; en este caso, pese a las afirmaciones de las sentencias de instancia de que el retrayente conocía el precio, este hecho no es exacto, ya que de la lectura de la escritura pública de compraventa y del requerimiento notarial hecho, se deduce que el retrayente ni en aquellas fechas ni ahora conoce el precio de las fincas llevadas en aparcería, porque no se fija, referido a cada finca sino de forma global, quedando entre las arrendadas, fuera de las retraídas, una de once hectáreas y además existen otras en la escritura que no son objeto de retracto. En consecuencia, procede admitir la revisión por manifiesto error en la apreciación de la prueba documental y por infracción del artículo 16 del Reglamento de 1959.

DESAHUCIO: EL ESTABLECIMIENTO DE UN INCREMENTO DE LA RENTA DEL DOBLE DE LA QUE SE VENIA PAGANDO DURANTE EL CONTRATO ES NULO Y NO IMPIDE LA CONTINUACION DEL DISFRUTE DE LA FINCA POR EL ARRENDATARIO, AVISANDO CON UN AÑO DE ANTELACION AL TERMINO DEL PLAZO DE SEIS AÑOS (SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 1976).

Solicitado el desahucio de los arrendatarios por finalización del contrato, lo concede el Juzgado de Torrijos, confirmando la Audiencia de Madrid.

No prospera el recurso de revisión. El arrendatario tiene derecho a la prórroga, pasados los seis años de un contrato de arrendamiento de finca rústica de renta igual o superior a cinco mil pesetas, pero siempre que lo notifique con un año de antelación al arrendador. El contrato tenía la cláusula de que, al terminar el mismo, si los arrendatarios quisieren continuar y no estuviesen conformes los arrendadores, la renta se subiría al doble de la consignada, con lo que se estableció una gravosa condición para impedir el uso de la prórroga, que por ser voluntaria para los locatarios y obligatoria para los propietarios en las mismas condiciones del contrato, es nula de pleno derecho y no hubiera privado a los arrendatarios de utilizar su derecho, avisando a los propietarios con un año de antelación. El abono de los impuestos por los arrendatarios, después de finalizar el arrendamiento, no implica la aceptación de la doble renta, sino la posibilidad de un comienzo de un nuevo contrato en condiciones a convenir, ya que el disfrute de la finca después de vencido el plazo obliga al arrendatario a seguir abonando la renta correspondiente al tiempo que posea la finca sin que el arrendador esté obligado a promover el desahucio inmediatamente de ponerse de manifiesto la conducta pasiva del colono, máxime cuando la existencia de la cláusula referida era indicio de la citada posibilidad.

RETRACTO: EL EJERCICIO DEL MISMO COMPETE AL NUDO PROPIETARIO SIN QUE PUEDA ADMITIRSE LA TESIS DE QUE SE DIVIDA LA POSESION ARRENDATICIA ENTRE USUFRUCTUARIO Y NUDO PROPIETARIO (SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1976).

Ejercitado el retracto de las fincas por dos de las arrendatarias y por dos de los hijos de una tercera fallecida anteriormente, el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Córdoba estima la excepción de falta de legitimación de dichos hijos, por no haberlo pedido el padre, usufructuario vitalicio de los bienes de su esposa, según el testamento de ésta; se concede respecto a los demás retrayentes. La Audiencia desestima todas las excepciones alegadas, confirmando en lo demás la sentencia de Primera Instancia.

No ha lugar a la revisión pedida. La falta de legitimación activa no puede admitirse porque los demandantes eran tales arrendatarios, como se deduce de los contratos en que fundan su acción, ya actúen como herederos de su madre o como arrendatarios por propio derecho, por ser los únicos que pueden invocar el carácter de herederos de la cotitular arren-

daticia. No puede admitirse que el arrendamiento sea ganancial por estar casadas las arrendatarias y corresponder el ejercicio a los maridos, ya que la actividad arrendaticia es personal y corresponde a la esposa arrendataria la acción sin más requisitos que la licencia marital para su ejercicio; en cuanto al viudo de la primitiva arrendataria, no ha querido continuar en el arrendamiento de la parcela porque ha preferido que lo hicieran sus hijos a la muerte de la madre, continuando desde entonces en la posesión de la finca, sin que pueda acogerse la tesis del recurrente de la división de la posesión arrendaticia de modo que se adjudique el usufructo a una persona y la nuda propiedad a otra, por ser contraria a la naturaleza del derecho de arrendamiento. También procede el retracto, aunque se ejercite sólo respecto a algunas parcelas y no respecto a otras, por constituir entre las tres retraídas más de la mitad de la extensión de la finca vendida, con lo que se cumple el artículo 16 del Reglamento. La petición del retracto en proindivisión sin concretar cuotas es lícita y correcta, ya que el precepto referido no exige determinación previa de partes para cada uno de los integrantes de ese conjunto, siendo evidente que la fijación de cuotas no afecta a vendedor y comprador sino a los propios retrayentes, quienes no han planteado cuestión sobre ello.

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO: NO VINCULA AL NUDO PROPIETARIO LA OBLIGACION DE CULTIVO DIRECTO ASUMIDA POR LA USUFRUCTUARIA ARRENDADORA (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1976).

Ante el Juzgado de Don Benito se interpone demanda suplicando se declare que el arrendador ha incumplido su obligación de cultivo directo a la que se comprometió su madre y coarrendadora y el derecho del arrendatario a recuperar la posesión arrendaticia por el plazo de seis años. No se admitió la demanda, por lo que se interpuso la apelación ante la Audiencia de Cáceres, que tampoco prosperó.

No tiene éxito el recurso de revisión. La intervención del nudo propietario en la suscripción del contrato de arrendamiento rústico, formalizado por su madre usufructuaria, no confiere a aquél la cualidad de arrendador, ya que el nudo propietario no puede ceder unas facultades que no tiene, por corresponder a la usufructuaria. Sólo puede tener eficacia en el supuesto de extinción del derecho del usufructuario arrendador, facilitando la continuación de la relación arrendaticia, por adquirir la cualidad de arrendador a la muerte del titular. La propuesta del cultivo directo de la finca, hecha solamente por la usufructuaria, demuestra que ella sólo es la arrendadora. Careciendo el nudo propietario de la cualidad de coarrendador, la sentencia no ha violado el artículo 1, 2.º, del Reglamento en relación con los artículos 1.543 y 1.546 del Código, ya que no vincula a aquél la obligación legal de cultivo directo asumido por la usufructuaria. El mismo arrendatario reconoció esta desvinculación entre la madre y el hijo al concertar, fallecida ésta, un nuevo contrato de arrendamiento con el hijo, en quien se había consolidado el pleno dominio.

DESAHUCIO: PARA QUE EL ARRENDAMIENTO SEA CIRCUNSTANCIAL O DE TEMPORADA ES PRECISO QUE SE DETERMINE LA CLASE DE CULTIVO A QUE SE HA DE DEDICAR LA FINCA (SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1976).

El contrato tenía un plazo de diez meses y, llegado el vencimiento del contrato el día 31 de octubre de 1973 se negó el demandado a desalojar la parcela, pretendiendo prolongar su posesión, por lo que se pidió el desahucio ante el Juzgado número 2 de Jerez de la Frontera. Se opuso el demandado alegando que este contrato, sujeto a la legislación especial, había de tener una duración mínima de seis años, sin perjuicio de la prórroga legal. El Juzgado desestimó la demanda, pero la Audiencia de Sevilla dio lugar al desahucio.

El recurso de revisión es estimado en parte. No procede la excepción de la falta de legitimación pasiva porque el demandado es el que aparece designado como arrendatario en el contrato. En cambio, sí procede la admisión del tercer motivo en que se pide que se reconozca al contrato el carácter de arrendamiento ordinario y con un plazo de seis años, porque para que pueda tener eficacia la cláusula segunda de este contrato que determina su carácter de circunstancial o temporal, es preciso que se recojan en ella todas las circunstancias que han de concurrir para su concreción y una de ellas es la clase de cultivo a que ha de dedicarse, a fin de poderlo calificar como parcial o de temporada, y como tal requisito no consta, hay que llegar a la conclusión de que lo estipulado fue un contrato de arrendamiento ordinario de finca rústica.

ARRENDAMIENTOS URBANOS

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: DEMOSTRADO QUE LA OCUPANTE DE LOS LOCALES ARRENDADOS ES UNA SOCIEDAD, AJENA AL ARRENDATARIO PRIMITIVO, PROCEDE LA RESOLUCION DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1976).

Se solicita la resolución del arrendamiento por traspaso o subarriendo inconstituido. El Juzgado número 1 de Barcelona declaró resuelto el contrato y lo confirma la Audiencia.

El recurso de casación por infracción de Ley tampoco tiene éxito. Los actores han logrado acreditar que una sociedad, a la que es extraño el demandado, tiene a su cargo, desde abril de 1973, la explotación de la unidad comercial establecida en los cuatro locales a que la demanda se refiere, sin autorización expresa o tácita de los arrendadores y sin haber seguido para ello ningún camino legalmente hábil. El recurso se funda en que el arrendador no ha hecho el preaviso notarial a que estaba obligado por la condición 11.ª del contrato, lo que demuestra su falta de buena fe, pero esto es cuestión nueva que no puede ser examinada y que es causa

de inadmisión en este trámite del proceso. No se puede examinar, por tanto, la trascendencia, de aquella estipulación y, al realizarse el subarriendo sin consentimiento de la propiedad o el traspaso con infracción de lo establecido en la Ley, se da el incumplimiento por el arrendatario de una obligación que tiene a su cargo o más bien la desobediencia de una norma prohibitiva.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: EL SOLO HECHO DEL ARRENDAMIENTO DE UN LOCAL DE NEGOCIO LLEVA IMPLICITA LA AUTORIZACION DE OBRAS DE INSTALACION DEL NEGOCIO (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1976).

Se arrendaron varios pisos de un edificio para hostel-residencia, prohibiéndose al arrendatario la ejecución de obras, salvo en lo necesario para comunicar interiormente los pisos objeto del contrato. Enterados los propietarios de la realización de obras no autorizadas, consistentes en cuartos de ducha en las habitaciones, se les demanda para que desalojen el local. El juzgado número 8 de Madrid desestimó la demanda, como también la Audiencia Territorial.

No triunfa el recurso de casación por infracción de Ley. Corresponde a los Tribunales de Instancia la interpretación de las cláusulas del contrato, sin que a ellas pueda oponerse el criterio de los litigantes, a menos que se padezca equivocación manifiesta. La aplicación de esta doctrina hace desestimables los motivos de casación alegados, pues como declara el tribunal *a quo*, el solo hecho del arrendamiento de un local de negocio lleva implícita la autorización de obras de instalación. Siendo el primitivo contrato que ligaba al arrendador con el traspasante de veinte años atrás, no es fácil suponer que el adquirente en 1965 tuviese el propósito de mantener el *status* en una industria de hostelería que, sin una nueva acomodación, sería ruinoso, por lo que se entiende concedida la autorización para las obras en cuestión, lo que hace desestimable la demanda.

DESAHUCIO: DEMOSTRADO QUE EL ARRENDAMIENTO LO ES DE INDUSTRIA, PROCEDE EL DESAHUCIO SOLICITADO (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1976).

Se intenta el desahucio del arrendatario, ya que el contrato es considerado de industria, pero aquél se opone, alegando que el contrato es de local de negocio. El Juzgado de El Vendrell desestimó la demanda, pero la Audiencia de Barcelona revocó la anterior sentencia.

No ha lugar a la casación por infracción de Ley. No se ha atacado la calificación de arrendamiento de industria por las normas hermenéuticas de los artículos 1.281 al 1.289 del Código, que ni siquiera se han citado en el recurso. Los documentos citados por el recurrente no tienen el carácter de auténticos a los efectos de la casación y es de confirmar la sentencia recurrida, que sienta como base fundamental lo siguiente: 1.º Que las partes suscribieron un contrato en 1 de diciembre de 1971 que

revela con claridad las intenciones de los contratantes de configurar un arrendamiento de industria, a la vista de las expresiones que emplearon; 2.º Que el citado contrato fue reconocido por el demandado en su contestación a la demanda, aparte de haber sido suscrito por él.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: NO SE PRUEBA SUFICIENTEMENTE LA CONVIVENCIA UNICA Y EXCLUSIVA DEL RECURRENTE CON SU MADRE, ARRENDATARIA DE LA VIVIENDA (SENTENCIA DE 18 DE ENERO DE 1977).

Seguido juicio de cognición sobre resolución de arrendamiento de vivienda por fallecimiento de la inquilina, a lo que se oponen los demandados alegando subrogación de los dos hijos en los derechos de su madre, el Juez Municipal número 7 de Madrid estimó la demanda para uno de aquéllos y la subrogación en el arrendamiento para el otro. La Audiencia Provincial revocó la anterior declaración y afirmó la resolución del contrato para los dos.

Se interpone recurso de revisión que no prevalece. Amparado este recurso en el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se aportan dos documentos que se reputan decisivos, pero ninguno de ellos reúne los requisitos legalmente requeridos, ya que uno es una carta dirigida a la madre del demandado en la que se decía que el hijo viviría, una vez contraído matrimonio, al lado de ella, lo cual es intrascendente por sí solo y carece del carácter de decisivo que se exige en estos casos, para demostrar la convivencia única y efectiva del recurrente y el otro es una carta dirigida por éste a los inquilinos para que atestigüen que es el hijo que siempre convivió con la madre, la cual, aparte de carecer del valor decisivo que se le quiere dar, fue ya presentada en fotocopia con la demanda, señal de que no se trata de un documento que ahora se recobre ni estuvo detenido por fuerza mayor ni por la otra parte, por lo que procede desestimar la revisión pretendida.

C. R. R.

V. SUCESIONES

CUARTA FALCIDIA. REDUCCION DE LEGADO. CALCULO DE LAS LEGITIMAS EN CATALUÑA, RENDICION DE CUENTAS. NULIDAD DE PARTICION. INTERPRETACION DE TESTAMENTO. Artículos 133, 198, 199, 222, 225 a 228 y 233 de la Compilación de Cataluña y 7, 675 y 885 del Código Civil (SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 1978).

El derecho al legado se adquiere por su delación en tanto que no haya sido renunciado.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Fernández Rodríguez, declara haber lugar al re-

curso de casación por infracción de Ley y de doctrina legal interpuesto por la actora y apelada contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona que había revocado la sentencia del señor Juez de Primera Instancia Decano de dicha capital.

La principal cuestión debatida gira fundamentalmente sobre si la detracción de la cuarta falcidia por los herederos puede afectar reduciéndolo al legado de bienes inmuebles establecido por el testador en los términos que recoge la sentencia, cuestión a la que responden negativamente el Juzgado y el Tribunal Supremo, basándose este último en la interpretación de los términos de dicho legado, según las siguientes consideraciones:

Considerando que, como aspectos esenciales en orden al recurso de casación de que se trata, es de tener en cuenta, de una parte, que las pretensiones formuladas por la demandante doña J. A. S., deducibles de los precisos y concretos términos de las súplicas de los escritos de demanda y de réplica que sirven de módulo rector al juicio en cuestión, con los siguientes: Primero.—Se corrija el inventario de los bienes relictos por don G. C. C., contenido en el cuaderno particional redactado por don J.-M. P. J. y protocolizado por el Notario de Barcelona, don ..., con fecha veintinueve de marzo de mil novecientos setenta y uno, escritura número mil ciento cuatro de su protocolo de dicho año, estableciendo el valor líquido de la herencia y, en función del mismo, el importe de las legítimas; Segundo.—Se declare que las fincas objeto del legado dispuesto por el testador en la cláusula IV del testamento, entre ellas la denominada «Plandolit y Ponet» de los términos de La Ametlla del Vallés y Santa Eulalia de Ronsana, pertenecen plena y exclusivamente a doña J. A. S. desde el día dieciocho de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, fecha del fallecimiento de su esposo; Tercero.—Se declare si es procedente en esta herencia que los herederos que lo desean puedan detraer bienes en concepto de cuarta falcidia, estableciendo asimismo, en caso afirmativo, su importe, declarando, en tal supuesto, que si el pago de la cuarta falcidia supone reducción de alguna de las fincas del legado ordenado a favor de la viuda del testador, dicha señora tiene derecho, si estima ser de su interés, a pagar en dinero el importe de la reducción y hacer suya la finca integrante; Cuarto.—Se declare que la citada demandante tiene derecho a disfrutar vitaliciamente de usufructo sobre los bienes libres de la herencia, y Quinto.—Se declare que la mencionada actora y sus hijos tienen la obligación de efectuar un pase de cuentas de la administración, desde la fecha del fallecimiento de don G. C., del patrimonio por él relictos, incluidas las fincas durante el tiempo anterior o posterior a la fecha del cuaderno particional, en que cada una de ellas haya sido administrada por persona o personas distintas de la que resulte ser definitivamente su adjudicataria; con la mención expresa de que una vez establecidas dichas cuentas, cada uno de los interesados tiene derecho a percibir lo que haya recibido en menos y la obligación de entregar lo que haya percibido de más, y, de otra parte, que la sentencia pronunciada en fase procesal de Primera Instancia, con desestimación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario articulada por el demandado don P. C. A. y estimando la referida demanda formulada por doña J. A. S. contra don J. C. A., don P. C. A., don L. G. A. y don J.-M. P. J., declara: Primero.—Que procede corregir el inventario de bienes relictos por don G. C. C., contenido el cuaderno particional redactado por don J.-M. P. J. y

protocolizado por Notario don ..., con fecha veintinueve de marzo de mil novecientos setenta y uno, estableciendo el valor líquido de la herencia y, en función del mismo, el importe de las legítimas, adecuadamente al resultado de la prueba practicada para mejor proveer sobre dicho particular, adicionando el activo y detrayendo el pasivo que refiere el considerando décimo de tal resolución; Segundo.—Que las fincas objeto del legado dispuesto por el testador en la cláusula IV del testamento, entre ellas la denominada «Plandolit y Ponet» de los términos de Ametlla del Vallés y Santa Eulalia de Ronsana, pertenecen plena y exclusivamente a doña J. A. S. desde el dieciocho de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, fecha del fallecimiento de su esposo; Tercero.—Que no procede, en la herencia litigiosa y por parte de los herederos, detraer ni retener falcidia; Cuarto.—Que la actora tiene derecho de usufructo vitalicio sobre los bienes libres de la herencia, y Quinto.—Que la actora y sus hijos tienen la obligación de efectuar pase de cuentas de la administración desde la fecha de fallecimiento de don G. C. C., su causante, del patrimonio relicto, incluidas las fincas, durante el tiempo anterior o posterior a la fecha del cuaderno particional en que cada una de ellas haya sido administrada por persona distinta de la adjudicataria, devolviendo o percibiendo lo que haya recibido de más o de menos, respectivamente.

Considerando que estableciendo un orden lógico en cuanto a los motivos formulados en apoyo del recurso de casación de que se trata, es de examinar en primer lugar los quinto y sexto amparados, respectivamente, en los números primero y séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, fundamentado el quinto en pretendida aplicación indebida del artículo trescientos cincuenta y nueve de dicha Ley de Trámites y de la doctrina legal establecida, entre otras en las Sentencias de diecisiete de abril de mil novecientos catorce, cuatro de julio de mil novecientos diecinueve, veintiocho de noviembre de mil novecientos treinta y tres y veintidós de abril de mil novecientos cincuenta, así como violación de los artículos mil setenta y nueve y mil doscientos sesenta y seis del Código Civil y de la doctrina legal establecida en las Sentencias de dos de julio de mil novecientos cuatro, cinco de marzo de mil novecientos veinte y veinticinco de febrero de mil novecientos sesenta y nueve, inaplicados al caso de autos debiendo serlo; y el sexto, en alegado error de hecho en la apreciación de la prueba, resultante de documentos y actos auténticos que se citan, y que, en esencia y definitiva, se manifiestan consistentes en el resultado de valoraciones periciales, relación valorada de bienes notarialmente hecha por los señores C. A., informe de la Abogacía del Estado sobre el expediente de comprobación, en lo que afecta al *quantum* de los bienes hereditarios en cuestión, reconocimiento expreso de los citados señores C. en sus respectivos escritos de contestación a la demanda iniciadora del debate jurídico de que se trata y el propio contenido de la prueba pericial en que se basa la sentencia recurrida, en lo que se contrae a partidas omitidas.

Considerando que en trance de pronunciarse sobre el indicado quinto motivo, tendente a desvirtuar la apreciación de incongruencia que aprecia la sentencia recurrida, dictada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, en la pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia número uno también de Barcelona, es de tener en cuenta que para apreciar la falta de congruencia, exigida por el artículo

trescientos cincuenta y nueve de la tan citada Ley de Trámites Civil, en el supuesto de discrepancia entre lo solicitado y lo resuelto, cual es lo contemplado en la tan mencionada sentencia recurrida, lo que ha de venir acreditado es no haberse dado cumplimiento al principio imperante en la materia *sentencia debet esse conformes libelle*, dejando sin posibilidad a los litigantes de rebatir los problemas planteados, con la indefensión que ello llevaría consigo, creándose discordancia y ausencia de correlación tanto en lo que afecta a los elementos subjetivos y objetivos de la relación jurídico-procesal, como en lo que atañe a la acción que se hubiese ejercitado, según proclaman las Sentencias, entre otras, de seis de julio de mil novecientos cincuenta y dos, veinticuatro de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro, veintitrés de enero de mil novecientos sesenta y veintinueve de marzo de mil novecientos setenta, toda vez que, como se pone de relieve en la de siete de mayo de mil novecientos sesenta y cinco y veinticuatro de febrero y veintitrés de junio de mil novecientos sesenta y seis, el principio jurídico procesal de la congruencia supone una relación de conformidad o concordancia entre las pretensiones oportunamente deducidas en los escritos iniciales del pleito y la parte dispositiva de la decisión judicial que le ponga fin, y sin consideración a los razonamientos o fundamentación, según tiene establecido esta Sala en Sentencias, entre otras muchas, de diecinueve de diciembre de mil novecientos sesenta y uno, diecisiete de diciembre de mil novecientos sesenta y cinco y cuatro de noviembre de mil novecientos sesenta y seis, ya que el principio *iura novit curia*, imperante en el ordenamiento jurídico procesal español, determina que los órganos jurisdiccionales no tengan obligación de ajustarse en sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes siempre que sean sustancialmente coincidentes con las peticiones formuladas, sin desviación de los aspectos fácticos en que aquéllos se soportan, como viene reconocido en Sentencia de veinte de mayo de mil novecientos sesenta y uno.

Considerando que del mero aspecto comparativo entre las pretensiones insertas en la demanda de que se viene haciendo mención, reiteradas en réplica, y los pronunciamientos contenidos en el fallo o parte dispositiva de la referida sentencia pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona número uno, de que se hace precisa y detallada expresión en el primero de los considerandos de la presente resolución, claramente se aprecia que ninguna discordancia se aprecia, en contra de lo apreciado por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, y, por el contrario, se observa en dicho fallo o parte dispositiva de la sentencia de Primera Instancia el debido rigor, en el orden decisor, de acatamiento a lo pretendido en la demanda en cuestión, y concretamente con limitación al pronunciamiento de corrección del inventario de los bienes relictos por don G. C. C. contenido en el cuaderno particional redactado por don J.-M. P. J. y protocolizado por el Notario de Barcelona, don ..., con fecha veintinueve de marzo de mil novecientos setenta y uno, estableciendo el valor líquido de la herencia y, en función del mismo, el importe de las legítimas, que autorizan los artículos mil setenta y nueve y mil doscientos sesenta y seis del Código Civil, el primero en tendencia complementaria o de adición de objetos o valores omitidos en el acto particional realizado y el segundo en efecto de corrección de error de cuanto derivado de tal complemento o adición, sin manifesta-

ción alguna, ni consiguiente pronunciamiento de nulidad de la referida partición, que desacertadamente aprecia la sentencia de Segunda Instancia objeto del presente recurso, pues que, en los aspectos de hecho y jurídico, en relación con pretensiones solicitadas, una cosa es la nulidad de una partición y otra el establecer en ella correcciones, reducciones de legado y denegación de cuarta falcidia, que, en cuanto ha sido también solicitado y acogido en la tantas veces aludida sentencia de Primera Instancia, implican mantenimiento de tal partición, aunque con las rectificaciones que esas declaraciones, de ser estimables, requieran realizar en ella, pero en manera alguna pueden generar incongruencia, dado que ésta se proyecta, según viene indicado, a la concordancia entre lo pedido y lo resuelto, y no con relación a la procedencia o improcedencia de los pronunciamientos solicitados sobre lo que deba manifestarse el órgano jurisdiccional, que no cabe apreciar falta por la circunstancia que la repetida sentencia de Primera Instancia contraiga tal corrección de inventario solicitada dejándolo al resultado de la prueba practicada para mejor proveer sobre dicho particular, adicionando el activo y detrayendo el pasivo que refiere el considerando décimo de tal resolución, puesto que ese complemento declarativo no tiene más alcance que el de ser un extremo accesorio coadyuvante a la efectividad del fallo, que, como de esa índole, no genera incongruencia, según tiene declarado este Tribunal en Sentencias de siete de enero de mil novecientos veinte, veintinueve de mayo de mil novecientos treinta, veintiocho de noviembre de mil novecientos treinta y tres, nueve de febrero de mil novecientos treinta y cuatro, once de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro y treinta de mayo de mil novecientos sesenta y uno; y al no haberse entendido todo ello así en la sentencia impugnada origina violación de los preceptos y doctrina legal en que el examinado quinto motivo de casación se fundamenta, correctamente ejercitado en cuanto que se contrae no a un aspecto estricta y meramente procesal, sino de índole esencialmente sustantiva, al hacer aplicación con relación a la cuestión de fondo planteada en el juicio de una pretendida e inexistente apreciación de defecto de incongruencia en la sentencia de Primera Instancia, pero no manifestada en la sentencia recurrida, con lo que en realidad no se está contemplando en ésta una situación enmarcable dentro del ámbito de los números segundo, tercero y cuarto del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, afectante a la incongruencia, sino una situación infractora en ellos reveladora, en definitiva, de una apreciación en rigor material del citado artículo trescientos cincuenta y nueve, en cuanto que, aplicándolo la Sala sentenciadora puede desvirtuar la solución dada por el órgano jurisdiccional de Primera Instancia, afecta al problema de fondo, y en consecuencia, a dicho rigor material, con manifestación sustantiva de la indicada norma.

Considerando que tratando del sexto motivo, no puede olvidarse que la apreciación de documentos o actos auténticos tendentes a la demostración de evidente equivocación del Juzgador, y exigido por el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para que pueda ser apreciado alegando error de hecho, no puede deducirse, según pretende la recurrente, del resultado de informes periciales omitidos en las actuaciones, en que se apoya la Sala sentenciadora para dictar su fallo, ni de manifestaciones efectuadas en los escritos de contestación a la demanda; lo primero porque, siguiendo reiterada

doctrina jurisprudencial, no son documentos auténticos, a efectos de casación, los dictámenes periciales (SS. de esta Sala, entre otros de veintidós de junio de mil novecientos veinticuatro, treinta de enero y veinticuatro de marzo de mil novecientos treinta, veintiocho de junio de mil novecientos treinta y cinco, dieciséis de mayo de mil novecientos cuarenta y dos y once de mayo de mil novecientos cincuenta y seis), y lo segundo a causa de que las manifestaciones de las partes en los escritos que integran el proceso, mientras no envuelvan un reconocimiento o allanamiento a las pretensiones contrarias, lo que no sucede en el supuesto actualmente contemplado, tampoco tienen el indicado preciso carácter de autenticidad, y mayormente, como se aduce en el presente caso, cuando las manifestaciones provienen sólo de algunos de los demandados, debido a que, de una parte, para que un documento o acto tenga el carácter de auténtico, a efectos de casación, es menester que por sí mismo haga prueba de su contenido, de tal suerte que contenga la demostración irrefutable sin acudir a analogías, deducciones, interpretaciones o hipótesis de un hecho que sea absolutamente contrario a las afirmaciones del Juzgador, mostrando la evidente equivocación de éste (SS., entre otras, de ocho de diciembre de mil novecientos treinta y tres, veintuno de junio de mil novecientos cuarenta y seis, cinco de enero de mil novecientos cincuenta y cinco, once de noviembre de mil novecientos sesenta y seis y veintiocho de abril y veintiséis de mayo de mil novecientos setenta y dos), lo que de ninguna manera cabe apreciar del contenido de la contestación a la demanda efectuada por don J. C. A., obrante a los folios cuatrocientos trece y cuatrocientos cincuenta y tres de los autos, y a que la meritada recurrente se remite al respecto, pues que en tales manifestaciones, desvirtuando lo alegado en el motivo que se viene examinando, no se admite la procedencia de los incrementos y deducciones que la demandante alega a realizar en el inventario de las operaciones particionales controvertidas, sino, por el contrario, se afirma que «la herencia relicta por don G. C. C. es la relacionada en el cuaderno particional elaborado por el contador-partidor y liquidador don J.-M. P. J., y protocolizado en la Notaría de don ..., en veintinueve de marzo de mil novecientos setenta y uno, es decir, algo más de un año de la muerte del testador, y que obra acompañado a la demanda como documento doce, que se reconoce como auténtico», y aunque se admite por dicho demandado «también como formando parte de la herencia el montante de la mitad de los saldos de cuentas corrientes bancarias (hecho sexto de la demanda), seguidas a nombre del testador y de la actora—documentos veintitrés y veintiséis—y que ascienden en conjunto a la suma de ciento quince mil once pesetas con cuarenta y nueve céntimos», asimismo expresa «no pueden estimarse los supuestos créditos litigiosos referidos al mismo hecho de la demanda» y por lo que respecta al supuesto pasivo de la herencia que debe detraerse del activo sucesorio, para la exacta determinación del caudal relicto y al que se refiere la demanda (hecho seis, cuatro al seis, séptimo) esta parte no reconoce autenticidad a ninguna de las supuestas deudas de su fallecido señor padre, ni por los extraños recibos, casi todos prescritos, que exhibe la actora (documentos cuatro, cinco, seis, siete, ocho, nueve y diez de la demanda), reconociendo únicamente «los gastos de última enfermedad y entierro que ascienden a la suma de ciento setenta y cinco mil setecientas cincuenta y siete pesetas con diez céntimos (documentos setenta y dos a

ochenta y dos de la demanda)», «cantidad ésta que no figura en el cuaderno particional, al no figurar tampoco los saldos de cuentas corrientes, que en su integridad pertenecían al testador, y que se compensan mutuamente, por lo que ninguna alteración debe hacerse en el cuaderno particional por ambos conceptos», llegando, en definitiva, a establecer que «el caudal relicto de la herencia coincide, pues, con el inventario en el cuaderno particional»; y, de otra parte, porque la declaración de la autenticidad de un documento no puede limitarse reconociéndola en cuanto a unos contratantes y negándola para otros, por ser una cualidad objetiva (S. de este Tribunal de primero de julio de mil novecientos cincuenta y dos).

Considerando que continuando el desarrollo normal armónico de los motivos del recurso en cuestión, es adecuado centrarse en el primero, formulando, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la tan repetida Ley de Trámites Civil, con fundamento en pretendida violación de los artículos doscientos veintiséis, ciento noventa y ocho y ciento noventa y nueve de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, aprobado por la Ley de veintiuno de julio de mil novecientos sesenta, así como igualmente violación de los artículos doscientos veintisiete, doscientos veintiocho y doscientos treinta y tres de la propia Compilación, inaplicados al caso de autos, y de la doctrina legal contenida en las Sentencias de treinta y uno de diciembre de mil ochocientos noventa y uno y tres de junio de mil novecientos sesenta y siete, por entender la recurrente la no procedencia de la cuarta falcidia que la sentencia recurrida reconoce en favor de los demandados don J. y don P. C. A., por ser el parecer de aquélla tanto que dicha cuarta falcidia está implícitamente prohibida por el testador don G. C. C., cuanto que el inventario exigible para que tal derecho pueda ser reconocido no cumple las formalidades legalmente requeridas a tal fin, al faltar en partidas del activo y del pasivo.

Considerando que la desestimación del invocado motivo primero, en cuanto al aspecto de prohibición implícita por el aludido testador en que se soporta, surge de que en el testamento otorgado por el causante don G. C. C., y que rige su sucesión, otorgado en la ciudad de Barcelona el día cinco de julio de mil novecientos sesenta y cinco, ante el Notario entonces con residencia en dicha capital don ..., ni en otro medio legal, no existe constancia alguna de que dicho testador hubiese establecido la prohibición de retención de la cuarta falcidia que autoriza el párrafo segundo del artículo doscientos veintiséis de la expresada Compilación, lo que determina que ninguna infracción, por violación, sea de apreciar en relación con tal precepto y doctrina legal a él referente, que la recurrente estima se ha producido en la sentencia impugnada, porque si ciertamente en la cláusula IV del referido testamento, al establecerse legado específico de la finca denominada «Plandolit y Ponet», sita en el término de Ametlla del Vallés y Santa Eulalia de Ronsana y, además, la mitad indivisa perteneciente al testador de dos fincas urbanas radicadas en la ciudad de Barcelona, una de ellas en Avenida General Goded, número cinco, y la otra en la calle Lincoln, número trece, cuya restante mitad indivisa de cada uno de estas dos últimas fincas pertenecía a la legataria, se consigna que es «libremente y sin limitación alguna» tal manifestación hay que entenderla relacionada exclusivamente con relación al legado a que se contrae y a los efectos que en cuanto al mismo pueda producir, pero no

entendiéndolo a prohibición de retención de la cuarta falcidia, a la que ninguna remisión se hace, ya que, conforme tiene declarado esta Sala en Sentencias, entre otras, de nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y tres, cinco de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro y tres de febrero de mil novecientos sesenta y uno, toda interpretación, y por consiguiente, tanto de las normas como de los negocios jurídicos, al ir dirigidas a indagar el significado efectivo y el alcance de una manifestación de voluntad, exige, fundamentalmente, captar el elemento espiritual, la voluntad e intención de los sujetos declarantes contenidas en la Ley o en el acto jurídico y esa tesis referida a los testamentos, en cuanto se trata de una manifestación de voluntad no recepticia, alcanza especial relieve que el legislador reflejó en la normativa del artículo seiscientos setenta y cinco del Código Civil, concediendo notoria supremacía a la voluntad real del testador sobre el sentido literal de la declaración, de acuerdo con la regla del Derecho romano *in testamentis voluntates testatium interpretantur*, y cuya aplicación en el supuesto actualmente contemplado conduce a entender que lo efectivamente querido por don G. C. C., mediante su examinada disposición testamentaria, fue que el legado específico aludido, conferido a su esposa doña J. A. S., lo percibiera ésta sin traba ni limitación, pero no que se privase del ejercicio del derecho de la cuarta falcidia que la meritada Compilación confiere a los herederos, y más habida cuenta que al consignarse la indicada manifestación testamentaria, referida a instituirse dicho legado «libremente y sin limitación alguna», a él exclusivamente hay que contraerlo, a tenor del criterio jurisprudencial al particular de que las palabras del testador han de entenderse llanamente y como suenan (SS. de este Tribunal de treinta y uno de diciembre de mil ochocientos setenta y dos y primero de febrero de mil ochocientos noventa y siete) y sin otra trascendencia, en cuanto a la cuarta falcidia, que el de examinar, cual se hará en posterior considerando, y en consecuencia decidir, si aquella expresión «libremente y sin limitación alguna», referida al mencionado legado específico, determina que haya de quedar exento de reducción que, en su caso, hubiere de practicarse en legados por no quedar libre a los herederos que hicieren uso de tal institución sucesoria, de lo prevenido, respectivamente, en los artículos doscientos veinticinco y doscientos veintiséis de la tan citada Compilación, en relación con el párrafo segundo del primero de tales preceptos y el también párrafo segundo, *in fine*, del artículo trescientos veinte del mismo ordenamiento jurídico.

Considerando que a igual solución desestimatoria es de llegar en lo que hace relación con el aspecto de pretendido incumplimiento en el inventario formado, como presupuesto preciso para el ejercicio de la cuarta falcidia, por los herederos demandados don J. y don P. C. A., de la formalidad requerida a tal fin de que no falten en él partidas del activo y pasivo, que la recurrente aduce se han omitido, dado que, al no venir desvirtuados los aspectos de hecho reconocidos en la sentencia recurrida, cual se deduce de la solución desestimatoria a que se llega en el quinto de los precedentes considerandos, cuyos razonamientos conducen a la no estimación del sexto de los motivos de casación formulados, por el que se pretendía el reconocimiento, al amparo del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de error de hecho en la apreciación de las pruebas, resultantes de documentos y

actos auténticos que se expresaban encaminados a demostrar la equivocación evidente del Juzgador, no producida, y establecerse como probado por la Sala de Instancia, que dictó la recurrida sentencia, de una parte, la concurrencia de «... todos los requisitos exigidos en el artículo doscientos veintiséis de la Compilación» (considerando quinto, *in fine*, de la citada sentencia recurrida), así como que «... no se ha aportado prueba alguna, con suficiente fuerza demostrativa, de la de las distintas partidas, que según la actora, constituyen el activo con que debía adicionarse el inventario, e incrementarse el valor de los bienes relictos...» «y respecto de las distintas partidas que componen el pasivo, que según la actora se omitieron en las operaciones particionales tampoco se probaron «... con la reflexión de que...» en cuanto a los saldos de las cuentas corrientes indistintas, abiertas a nombre del causante y su esposa, fueron baja en la herencia por actos propios de ésta al ser percibidos por ella, después del fallecimiento de aquél, sin tener en cuenta que tales saldos, desde ese momento pertenecen únicamente a los herederos del marido, o en ambos cónyuges, según quién o quienes de ellos hicieron los ingresos dinerarios, con que nutrieron la cuenta...» (considerando sexto de la sentencia en cuestión) con la también apreciación probatoria de que «... el avalúo practicado, por el contador-partidor, es correcto» (final del considerando segundo de la tan citada sentencia recurrida), pone de manifiesto, bajo un aspecto de la cuestión, que se está en presencia de hechos inalterables en casación, al no haber sido eficientemente desvirtuados por la recurrente a medio del cauce adecuado prevenido en el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la repetida Ley de Trámites Civil, originando, en consecuencia, que lo en definitiva pretendido a este respecto por la parte que formula el recurso es hacer valer su propio criterio sobre el más autorizado del Juzgador, evidenciando con ello, según constata la Sentencia de veinticuatro de febrero de mil novecientos cincuenta y uno, la insuficiencia de los medios empleados para justificar la infracciones que al particular alega; y, bajo otro aspecto, que no existe constancia de omisiones que demanden corrección del inventario de los bienes relictos de don G. C. C., contenido en el cuaderno particional de que se viene haciendo mención, porque ya viene dicho que las partidas de activo y pasivo alegadas por la actora no han sido probadas, y el saldo de las cuentas corrientes invocadas al reconocerse probado en la sentencia en cuestión que fueron baja de la herencia por actos propios de la demandante doña J. A. S., al ser percibidos por ésta a raíz del fallecimiento del causante, su esposo, no pueden tomarse como incremento susceptible de figurar en el inventario, al no ser un efectivo actual a efectos de éste, si se considera, como es procedente, que lo inventariable es lo realmente existente y no lo dejado de existir, por desplazamiento de la masa hereditaria determinante de su exclusión de ella, que por otra parte podría haber tenido un destino de efectividad de créditos a abonar por derivación de dicho óbito por otras causas, además de que, en el orden jurídico, en aplicación ortodoxa de la teoría de la «causa torpe», no puede alegar la existencia de un defecto quien es precisamente el que le haya dado origen; todo lo cual conduce a que ninguna violación se ha producido, en la sentencia que se recurre, de los artículos ciento noventa y ocho, ciento noventa y nueve, doscientos veintisiete, doscientos veintiocho y doscientos treinta y tres de la invocada Compilación del Derecho Civil

•

Especial de Cataluña, y doctrina legal con tales preceptos relacionada, por pretendida inaplicación al caso de autos, desde el momento en que no se dan los supuestos que contemplan, por la sencilla razón de que lógica y jurídicamente no puede entenderse aplicable lo que carece de aplicación al caso, en virtud de los principios de que faltando la causa no puede producirse el efecto» y que «no dado el antecedente no puede producirse el consiguiente».

Considerando que los antecedentes y razonamientos expuestos y desarrollados en los precedentes considerandos, apreciadores de la no situación de incongruencia en la sentencia de Primera Instancia, que la recurrida sentencia inadecuadamente establece, y la práctica en forma del inventario de la herencia del causante don J. y don P. C. C., cual exige el párrafo último del artículo doscientos veintiséis de la precitada Compilación, para viabilizar el ejercicio del derecho para detraer la falcidia, que autoriza el indicado precepto legal, determina la precisión de entrar en el examen y decisión, que aquella apreciación de incongruencia vedó, sobre los pronunciamientos instados, mediante los pedimentos segundo, tercero, cuarto y quinto de la súplica de la demanda rectora del juicio de que este recurso dimana, reiterados en réplica, tendentes a las declaraciones de que las fincas objeto del legado dispuesto por el testador en la cláusula IV del testamento, entre ellas la denominada «Plandolit y Ponet» de los términos de La Ametlla del Vallés y Santa Eulalia de Ronsana, pertenecen plena y exclusivamente a doña J. A. S. desde el día primero de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, fecha del fallecimiento de su esposo; si es procedente en la herencia de que se trata que los herederos puedan detraer bienes en concepto de cuarta falcidia, estableciendo asimismo, en caso afirmativo, su importe, declarando, en tal supuesto, que si el pago de la cuarta falcidia supone reducción de alguna de las fincas del legado ordenado a favor de la viuda del testador, dicha señora tiene derecho, si estima ser de su interés, a pagar en dinero el importe de la reducción y hacer suya la finca íntegramente; si la demandante, doña J. A. S., tiene derecho a disfrutar vitaliciamente de usufructo sobre los bienes libres de la herencia, y si la referida actora y sus hijos tienen la obligación de efectuar un pase de cuentas de la administración desde la fecha del fallecimiento de don G. C. C. del patrimonio por él relictó, incluidas las fincas, durante el tiempo, anterior o posterior a la fecha del cuaderno particional, en que cada una de ellas haya sido administrada por persona o personas distintas de la que resulte ser definitivamente su adjudicataria; con la mención expresa de que una vez establecidas dichas cuentas, cada uno de los interesados tiene derecho a percibir lo que haya recibido de más, y en relación con cuyos pedimentos segundo, tercero, cuarto y quinto, que cobran nuevo vigor por la no estimación de la referida incongruencia apreciada por la recurrida sentencia, se proyectan los motivos de casación hasta ahora no examinados.

Considerando que reconocido en los séptimo y octavo antecedentes considerados, por consecuencia de los razonamientos en ellos consignados, la desestimación, y por ello de la pretensión a que el mismo tendía de mantenimiento, en lo afectante a los demandados don J. y don P. C. A., de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona número uno, de que se viene haciendo mención, en el particular que declara «en relación con lo postulado en el tercero de los pedimentos

de la expresada súplica, que no proceda, en la herencia litigiosa, y por parte de los herederos, *detraer ni retener falcidia*», es de pronunciarse sobre el motivo segundo, contraído a si es de llegar al mismo pronunciamiento, y por ello si es, asimismo, de acordar la improcedencia de tal declaración, en lo que guarda relación con los hijos legítimos naturales que pueda tener el también demandado don L. C. A., hijo del meritado causante don G. C. C., instituidos por ésta, en su dicho testamento de fecha cinco de julio de mil novecientos sesenta y cinco, con la salvedad de las disposiciones a que alude, y entre ellas del referido legado conferido a la demandante doña J. A. S., herederos universales en el remanente de todos los bienes, derechos y acciones, presentes y futuros, no legados, en conjunción con los precitados don J. y don P. C. A., también hijos del indicado testador, en la proporción de una tercera parte a cada uno de dichos don J. y don P. y la restante a los designados hijos «legítimos naturales» que pudiera tener el don L., con las condiciones que en cuanto a ello se expresa en el precitado testamento, y singularmente de corresponder al citado don L. C. A., por durante toda su vida natural, el usufructo de la parte asignada a tales hijos «legítimos naturales» una vez extinguido el universal legado a la meritada esposa del causante tan referido (cláusula IV del testamento aludido).

Considerando que la desestimación del expresado primer motivo de casación y, por tanto, la no desvirtuación, según lo que viene anteriormente razonado, de la pretensión a que el mismo tendía de que los herederos don J. y don P. C. A. no tenían derecho a retener la cuarta falcidia, con base en la apreciación, no admitida, de incumplimiento del inventario exigido al efecto en el párrafo último del artículo doscientos veintiséis de la tantas veces aludida *Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña*, y a causa de que, con su oposición a la demanda inicial y acogerse a dicha falcidia en cuanto por razón de los legados no quede libre la cuarta parte del activo hereditario líquido, han puesto en ejercicio ese derecho, lleva a examinar el segundo de los motivos, proyectado, según sus precisos términos y al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la *Ley Rituaria Civil*, a criterio de la recurrente, por estimar en lo que se contrae a los también designados herederos hijos no concebidos de don L. C. A., tanto con base en los indicados razonamientos desestimados empleados en el aludido motivo segundo con relación a los mencionados don L. y don P. C. A. cuanto por alegar que les fue concebida en las operaciones porticionales practicadas por el contador-partidor testamentario don J.-M. P. J., sin que hubiese sido pedido por quien debiera hacerlo, al no reconocerse por la invocada recurrente facultades a tal fin al referido contador-partidor testamentario.

Considerando que, para hacer una correcta consideración y dar adecuada solución a dicho segundo motivo de casación, es de apreciar que lo pretendido, en orden a la cuarta falcidia en la súplica de la demanda de que se trata, que rige los autos de que el presente recurso dimana, y que se concreta en el pedimento tercero de dicha súplica, reiterado en réplica, simplemente en que «se declare si es procedente en esta herencia que los *herederos que lo deseen* puedan *detraer bienes* en concepto de cuarta falcidia, estableciéndose asimismo, en caso afirmativo, su importe, declarando, en tal supuesto, que si el pago de la cuarta falci-

día supone reducción de alguna de las fincas del legado, ordenado a favor de la viuda del testador, dicha señora tiene derecho, si estima ser de su interés, a pagar en dinero el importe de la reducción y hacerlo suya íntegramente», en tanto que al referido motivo segundo, a lo que especialmente tiende no es a la obtención de esa declaración de si es procedente en la herencia de que se trata «que los herederos que *lo deseen* pueden detraer bienes en concepto de cuarta falcidia», con los aspectos declarativos complementarios postulados para una solución afirmativa, significativo implícitamente de un derecho al reconocimiento de la efectividad de dicha cuarta falcidia, siempre y cuando los herederos *lo deseen*, sino a que judicialmente se niegue tal derecho a los «herederos hijos no concebidos» de don L. C. A., conforme se deduce del aspecto fundamentado del precitado motivo segundo, con lo que se trata, mediante éste, el convertir en casación una solicitud de posibilidad de detraer bienes en concepto de cuarta falcidia, postulado en la citada demanda, de desearlo los herederos, con los indicados aspectos complementarios de producirse una solución afirmativa a tal pretensión, por otra, no formula en el juicio de que se trata, de negar el ejercicio de ese deseo, de ser formulado, en favor de los aludidos «herederos hijos no concebidos» de don L. C. A., creando, en su virtud, una cuestión nueva en casación que, como de tal índole, hace inadmisibile el examinado motivo segundo, y que en esta fase procesal en que se aprecia es causa de desestimación, porque, en materia de casación, dada su esencia y naturaleza, es fundamental que el recurso que se interponga por infracción de Ley o de doctrina legal haya de referir sus alegaciones y razonamientos a lo que en el pleito se hubiera debatido, y conforme a lo solicitado, sin que sea lícito proponer cuestiones que no lo han sido en él oportunamente (SS. de esta Sala de dieciséis de febrero de mil novecientos treinta y cinco, veintidós de mayo de mil novecientos treinta y cinco, nueve de febrero de mil novecientos cuarenta, siete de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres y veintiuno de abril de mil novecientos sesenta y uno, entre otras).

Considerando que tratando del tercero de los relacionados motivos de casación, formulado, al amparo también del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en pretendida violación de los artículos doscientos treinta de la Compilación tantas veces mencionado y seiscientos setenta y cinco del Código Civil, así como del artículo doscientos veintidós de la propia Compilación y ochocientos ochenta y dos y ochocientos ochenta y cinco del referido ordenamiento jurídico civil común, que en parecer de la recurrente no han sido aplicados al caso de autos debiendo serlo, es de llegar a la solución de su estimación, porque, de una parte, siendo normativa consignada en el artículo doscientos veintidós de la invocada Compilación de Cataluña, en específica regulación al respecto de lo establecido en los artículos ochocientos ochenta y dos y ochocientos ochenta y cinco del Código Civil, que el derecho al legado se adquiere por su delación en tanto que no haya sido renunciado, lo que no consta haya sucedido en el presente caso, aunque sin consentimiento de la persona gravada o, en su caso, de la facultad para la entrega que, no podrá el legatario tomar posesión por su propia autoridad de la cosa o derecho legados, salvo ciertos supuestos entre los que no se encuentra el contemplado en el actual debate jurídico, confiere facultad para solicitarlo ante la autoridad judicial po-

niendo en ejercicio la correspondiente acción al respecto, y en el presente caso promovido, mediante la pretensión de la declaración, postulada en el pedimento segundo de la súplica del escrito inicial de demanda, de «que las fincas objeto del legado dispuesto por el testador en la cláusula IV del testamento—refiérese al aludido otorgado por don G. C. C.—, entre ellas la de denominada «Plandolit y Ponet» de los términos de La Ametlla del Vallés y Santa Eulalia de Ronsana, pertenecen plena y exclusivamente a doña J. A. S.—la legataria demandante—desde el día dieciocho de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, fecha del fallecimiento de su esposo»; y, de otra parte, a causa de que el específico legado a que se contrae dicho pedimento segundo no viene afectado por reducción alguna, toda vez que al haber sido instituido tal legado «libremente y sin limitación alguna», tanto implica una disposición expresa de disponer que ha de ser cumplida sin reducción alguna, toda vez que si gramaticalmente la expresión «libremente» es significativa de situación de exención, o sea, de producción del efecto de eximirse y privilegiado, que lo mismo quiere decir gracia, ventaja o exención especial que se concede, y la manifestación «limitación» es carencia de límites, determinando tales conceptos, conjuntamente examinados, toda ausencia de trabas o limitaciones, y ser lo libre e ilimitado equivalente, de hecho y jurídicamente, a carente de todo régimen reductor, pues que no reducción, también apreciado gramaticalmente, equivale a no disminuir o minorar y, por tanto, a exención especial reductiva y carencia de límite en su efectividad, claro es que no ha de entenderse afectado en consecuencia por la cuarta falcidia, ya que si ciertamente esta institución, reflejada en la auténtica, Ley séptima, Título cincuenta, Libro sexto del Códex y la Novela primera, Título primero, Capítulo segundo, que fue aceptada en el Derecho de Castilla, mediante la Ley diez, Título sexto, Partida sexta, y detalladamente viene regulada en la vigente Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña, promulgada por Ley de veintiuno de julio de mil novecientos sesenta, en virtud de la cual se reconoce al heredero instituido en testamento el derecho, por lo menos, a la cuarta parte de la herencia, determinando que los legados cuyo valor exceda de lo que obtenga por causa de muerte la persona gravada por voluntad del testador, serán reducibles por ineficaces, salvo que el gravado los cumpla íntegramente sabiendo que son excesivos, como dispone el párrafo primero del artículo doscientos veinticinco de dicho cuerpo legal especial teniendo el heredero, a quien por razón de los legados no quede libre la cuarta parte del activo hereditario líquido, el derecho a retener en propiedad dicha llamada falcidia, a cuyo fin podrán ser reducidos los legados en la medida necesaria, como reconoce el párrafo primero del artículo doscientos veintiséis de la expresada Compilación, en tanto que el testador no hubiere dispuesto expresamente que se cumpliesen sin reducción alguna, que es lo ocurrido en el presente caso ante la expuesta equivalencia gramatical y jurídica del término «reducir», en cuanto a su alcance y efectos, con la expresión «libremente y sin limitación alguna», lo que en definitiva es consecuencia ineludible del concreto reconocimiento que en ese precepto de la invocada Compilación se viene a hacer del principio genéricamente acogido en el artículo seiscientos setenta y cinco, en relación con el seiscientos cincuenta y ocho, del Código Civil, de que la voluntad del testador manifestada en testamento es la Ley de la sucesión, y que ha sido reiteradamente reco-

nocido en doctrina jurisprudencial de la que son exponente, entre otras, las Sentencias de esta Sala de veintidós de marzo de mil novecientos cinco, primero de febrero de mil novecientos seis y veintitrés de noviembre de mil novecientos cincuenta y siete; y al no haberlo entendido así la sentencia recurrida produce evidente infracción de lo normado en los relacionados artículos doscientos veintidós y doscientos treinta de la Compilación aludida, seiscientos setenta y cinco, ochocientos ochenta y dos y ochocientos ochenta y cinco del Código Civil y doctrina legal con ellos relacionada, en que se soporta el motivo tercero de casación de que se trata.

Considerando que la estimación del precitado tercer motivo de casación, conducente al reconocimiento de acción a la legataria doña J. A. S. para reclamar el referido legado específico, que es consecuencia del ejercicio de acción «ex testamento» amparada por los ya invocados artículos doscientos veintidós de la Compilación de Cataluña y ochocientos ochenta y cinco del Código Civil, una vez transcurridos los términos que el mil veinticinco del mismo cuerpo legal sustantivo común previene al respecto y la no reducibilidad del legado en cuestión a que también se llega en el examen del referido motivo tercero, en virtud de venir exceptuando al respecto en el párrafo segundo, *in fine*, de la repetida Compilación, produciendo, en contra de lo apreciado por la Sala de Instancia que dictó la sentencia recurrida, el no tener la consideración de inoficioso en orden a la cuarta falcidia de que se viene haciendo mención, lleva a la innecesariedad del examen del motivo cuarto ejercitado en apoyo del recurso de que trata, al afectar a las mismas cuestiones y con la misma consecuencia estimatoria que al efecto viene acogida tratando del tan citado motivo tercero, y dado que el citado cuarto motivo viene expresamente formulado por la recurrente, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Rituaria Civil, también por pretendida violación de los artículos ochocientos ochenta y cinco y mil veinticinco del Código Civil, en relación con los doscientos veintidós de la expresada Compilación y ochocientos ochenta y dos del referido Código, y de la doctrina establecida, entre otras, por las Sentencias de veinticuatro de junio de mil novecientos once, tres de febrero de mil novecientos treinta y seis de noviembre de mil novecientos treinta y cuatro, pero con el expreso carácter de *ad cautelam*, o sea, en relación con los anteriores y para el caso de que no haya tenido ya acogida en el examen de los motivos precedentes al indicado cuarto, y concretamente de no obtener solución positiva, cual la ha tenido, el tercero.

Considerando que todo lo hasta ahora razonado, y singularmente la estimación a que en la presente resolución se llega en orden a los motivos de casación tercero y quinto, produce asimismo la lógica acogida del séptimo, formulado a amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la tan aludida Ley de Enjuiciamiento Civil, por aducida aplicación indebida del artículo séptimo del Código Civil, en relación con el ciento treinta y tres de la citada Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, porque, en contra de la tesis sostenida en el penúltimo de los considerandos de la sentencia recurrida, reconocido que el legado específico establecido en favor de la demandante doña J. A. S., cónyuge supérstite del testador don G. C. C., y afecta a las fincas expresadas en la cláusula IV del testamento otorgado por dicho causante, entre

ellas la denominada «Plandolit y Ponet» de los términos de La Ametlla del Vallés y Santa Eulalia de Ronsana, con la consiguiente pertenencia de ellas, plena y exclusivamente, a la referida legataria desde eu día dieciocho de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, fecha del fallecimiento de su esposo, claro es que ninguna ausencia de buena fe o falta de amparo legal al respecto, como tampoco los demás problemas planteados y que han sido objeto del debate jurídico de que se trata, cabe apreciar en la referida demandante-legataria doña J. A. S., ni, por otra parte, es de estimar la existencia en su actuar en la litis de una situación de abuso de derecho o de un ejercicio antisocial del mismo, dado que no pueden apreciarse tales circunstancias en quien se limita a poner en ejercicio un derecho y que, además, en ciertas facetas es procedente, bajo un aspecto a causa de que el principio jurídico *quod tibi non nocet et alteri potest ad id obligatus est* se refiere a los casos en que se trata de impedir el provecho ajeno sin ninguna utilidad ni ventaja propia, que aquí se produce, de tal manera que, como tiene proclamado este Tribunal en Sentencias, entre otras muchas, de catorce de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro y uno de junio de mil novecientos cuarenta y seis, quien usa de su derecho a nadie daña; bajo otro aspecto, debido a que tanto el abuso del derecho como el ejercicio antisocial del mismo, según reiterada doctrina jurisprudencial, de la que son preciso exponente las Sentencias de esta Sala de catorce de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro y veintidós de septiembre de mil novecientos cincuenta y nueve, requiere el uso de un derecho objetivo o externamente legal, un daño a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica e inmoralidad o antisocialidad en ese daño, manifestada en forma subjetiva (cuando el derecho se actúa con la intención de perjudicar o, sencillamente, sin un fin serio o legítimo), o bajo una forma objetiva (cuando el daño proviene de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho), y esa situación no es de apreciarla en la meritada demandante legataria, cuya actividad ha venido limitada a poner en movimiento unos determinados derechos que le venían conferidos por el testamento de su difunto marido y que, por consecuencia de lo precedentemente expuesto, se le reconocen en la presente resolución como procedentes; y, finalmente, en el campo jurídico, la buena fe se presume y únicamente es de desvirtuar esa presunción acreditando conducta claramente contraria, que no procede reconocer en quien, una vez más sea dicho, ejercite derechos en determinadas manifestaciones se reconoce le amparan.

Considerando que a lo anteriormente expuesto en nada obsta el contenido del artículo ciento treinta y tres de la invocada Compilación, cuyo alcance si tiende a prohibir, por modo general, la imposición sobre la legítima de condiciones, términos, modos, usufructos, fideicomisos y otras limitaciones o cargas, y si las impusiere se tendrán por no puestas, y con las proyecciones específicas que el mismo precepto detalla, es sobre la base de que no existan determinadas limitaciones legalmente reconocidas, como es la contenida en el tantas veces mencionado artículo doscientos treinta, *in fine*, de la referida Compilación, consistente en la admisión de que, en la institución de legados, el testador disponga se cumplan sin reducción alguna y que, como queda dicho, es la situación creada en relación con el legado específico instituido, a favor de doña J. A. S.,

en la cláusula IV del testamento otorgado por su fallecido marido don G. C. C.

Y en la segunda sentencia, nuestro más Alto Tribunal viene a decidir:

Considerando que en cuanto al primero de los pedimentos formulados en la súplica del inicial escrito de demanda rectora del juicio en cuestión, reiterado en réplica, tendente a la declaración de que «se corrija el inventario de los bienes relictos por don G. C. C., contenido en el cuaderno particional redactado por don J.-M. P. J., y protocolizado por el Notario de Barcelona, don ..., con fecha veintinueve de marzo de mil novecientos setenta y uno, escritura número mil ciento cuatro de su protocolo de dicho año, estableciendo el valor líquido de la herencia y, en función del mismo, el importe de las legítimas», la revocación de la Sentencia dictada, con fecha veintitrés de mayo de mil novecientos setenta y cinco, por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona número uno, surge de lo consignado al respecto en la precedente sentencia de casación, y concretamente en sus considerandos quinto, sexto, octavo y decimotercero, puesto en relación concordante con lo expuesto en el sexto de la dictada, con fecha ocho de octubre en fase procesal de Segunda Instancia, por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia territorial de Barcelona, de lo que se deduce la ausencia de los presupuestos precisos para la viabilidad de tal pretensión; y mayormente en cuanto que, aun no siendo determinante de la situación de incongruencia que la recurrida sentencia aprecia en la de Primera Instancia por las razones expuestas en la precedente sentencia de casación, al requerirse para la apreciación de falta de congruencia disparidad entre lo pedido y lo resuelto y no en orden a la fundamentación ejercitada, sin embargo, lo que realmente implica lo solicitado en dicho pedimento primero de la súplica de la demanda, puesto en conexión con las restantes pretensiones insertas en la misma súplica, no es el ejercicio de una acción de mera corrección de inventario, inserto en cuaderno particional, instada en el tan citado pedimento primero, sino en realidad de nulidad de tal cuaderno, no ejercitada, desde el momento en que el conjunto de lo pretendido en la tan expresada demanda, de ser plenamente estimados, producirían una esencial transformación en sus bases, efectos y consecuencias, del meritado cuaderno y operaciones particionales que en consecuencia comprende.

Considerando que, por el contrario, es de confirmar la referida sentencia pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona número uno, en el particular afectante al pedimento segundo de la invocada súplica de demanda, también reiterado en réplica, encaminado a que «se declare que las fincas objeto del legado dispuesto por el testador en la cláusula IV del testamento—refiérese al otorgado por don G. C. C., motivador del planteamiento de la litis de que se trata—, entre ellas la denominada «Plandolit y Ponet» de los términos de La Ametlla del Vallés y Santa Eulalia de Ronsana, pertenecen plena y exclusivamente a doña J. A. S. desde el día dieciocho de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, fecha del fallecimiento de su esposo», por conducir a ese pronunciamiento los argumentos consignados en el duodécimo considerando de la referida precedente sentencia de casación, en conexión con los considerandos segundo y tercero de la precitada sentencia de Primera Instancia, y que se dan por reproducidos al respecto.

Considerando que lo expuesto en el mencionado considerando duodécimo de la expresada sentencia de casación que precede, lleva asimismo a estimar el pedimento tercero de la tan repetida súplica de demanda, asimismo reiterado en alzada, por el que se interesa que «se declare si es procedente en esta herencia—alúdese a la de don G. C. C.—que los herederos que lo deseen puedan detraer bienes en concepto de cuarta falcidia», pero sin que sea procedente, cual también se postula por la demandante, establecer el órgano jurisdiccional «su importe» ni declarar que si el pago de la cuarta falcidia supone reducción de alguna de las fincas del legado ordenado en favor de la viuda del testador, dicha señora tiene derecho, si estima ser de su interés, a pagar en dinero el importe de la reducción y hacer suya la finca íntegramente; pues, en cuanto a lo primero, por la sencilla razón de que en este caso a los Jueces y Tribunales sólo corresponde hacer declaraciones conforme a expresas, claras y precisas peticiones de las partes, y no a fijar aspectos indeterminados que requieran una actividad valorativa técnica que no es propia de realizar por el Juzgador, cuyo comportamiento al particular no puede rebasar de la convalidación judicial de la requerida valoración de técnicos; y lo segundo, porque estimado el pedimento segundo de la demanda en cuestión, reconocedor de pertenencia plena y exclusivamente a doña J. A. S. desde el día dieciocho de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, fecha del fallecimiento de su esposo, de las fincas objeto del legado dispuesto por el testador en la cláusula IV del testamento de que se viene haciendo mención, entre ellas la denominada «Plandolit y Ponet», de los términos de La Ametlla del Vallés y Santa Eulalia de Ronsana, deviene inconsistente la referida solicitud de que si el pago de la cuarta falcidia supone reducción de alguna de las fincas del referido legado, la legataria tiene derecho, si estima ser de su interés, a pagar en dinero el importe de la reducción y hacerla suya íntegramente, toda vez que esta modalidad del pedimento tercero de la meritada demanda claramente da a entender viene subordinada a la no estimación del pedimento segundo del propio escrito rector, en ortodoxa aplicación del principio lógico, con proyección jurídica, que la concesión del pleno y exclusivo dominio sobre un bien impide el reconocimiento de limitaciones o reducciones, en razón a que lo que se reconoce como pleno y exclusivo, y en consecuencia absoluto, no admite aquéllas.

Considerando que en trance de pronunciarse sobre los pedimentos cuarto y quinto de la demanda tan citada, por los que se insta, respectivamente, la declaración de que la demandante, doña J. A. S., «tiene derecho a disfrutar vitaliciamente del usufructo sobre los bienes libres de la herencia» y que «se declare que la actora y sus hijos tienen la obligación de efectuar un pase de cuentas de la administración, desde la fecha del fallecimiento de don G. C., del patrimonio por él relictos, incluidas las fincas durante el tiempo, anterior o posterior a la fecha del cuaderno particional—se contrae al formado por el contador-partidor don J.-M. P. J. nombrado por el testador referido—, en que cada una de ellas haya sido administrada por persona o personas distintas de la que resulte ser definitivamente adjudicataria; con la mención expresa de que una vez establecidas dichas cuentas, «cada uno de los interesados tiene derecho a percibir lo que haya sido recibido en menos y la obligación de entregar lo que haya percibido de más», la estimación de tales pretensiones tiene

adecuado fundamento en los razonamientos expuestos en el decimotercero de los considerandos de la sentencia que dictó el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona número uno, a que se viene haciendo referencia y que se dan aquí por reproducidos; y puesto que, en lo que a dicho pedimento cuarto de demanda se refiere, el usufructo vitalicio a que hace referencia, reconocido por el testador don G. C. C., en favor de su viuda, la demandante doña J. A. S., mediante la cláusula V del testamento que exige la sucesión hereditaria del primero, implica una declaración meramente del reconocimiento de tal derecho o de usufructo vitalicio y, por tanto, con independencia de que puedan existir o no bienes con que atenderlo, ya que, en el orden jurídico, una cosa es el reconocimiento de la existencia de un derecho y otra la posibilidad de hacerlo efectivo y más en cuanto que la inexistencia de bienes hereditarios que puede revelarse en una partición no veda la posibilidad de que puedan aparecer como existentes con posterioridad, según revela el contexto del artículo mil setenta y nueve del Código Civil, y en cuanto al pedimento quinto aludido, a causa de que al reconocerse que las fincas objeto del legado dispuesto por dicho testador en la cláusula IV de su testamento, entre ellas la denominada «Plandolit y Ponet» de los términos de La Ametlla del Vallés y Santa Eulalia de Ronsana, pertenecen plena y exclusivamente a la precitada legataria demandante doña J. A. S. desde el día dieciocho de diciembre de mil novecientos sesenta y nueve, fecha del fallecimiento de su esposo, unido a que hayan venido poseyendo y administrando alguno de los hijos de la mencionada demandante legataria bienes adscritos a tal legado, según se evidencia de lo actuado en los autos motivadores del presente recurso, determina que sea procedente la declaración solicitada de la obligación de pase de cuentas de la administración efectuada, por ser una consecuencia fáctico-jurídica del dominio reconocido a la que insta ese pronunciamiento, en aplicación del principio genérico de que las cosas producen normalmente sus beneficios en favor de su dueño.

COMENTARIO.—La cuarta falcidia es el derecho que tiene el heredero que adquiere la herencia en primer lugar—aunque sea por sustitución vulgar, pupilar o ejemplar—al que por razón de los legados y disposiciones asimiladas no le queda libre la cuarta parte del activo hereditario líquido, para retener en propiedad dicha parte, reduciendo a este fin los legados en la medida necesaria, siempre que practique el inventario de la herencia en tiempo y forma oportunos, que son los mismos preceptos para la cuarta trebeliánica, y, además, el testador no se lo haya prohibido. Esta prohibición puede ser terminante y expresa o bien conjetural y tácita, resultante de los términos en que esté redactado el legado o cláusula testamentaria. Esto último es, cabalmente, lo que ocurre en el caso debatido, en que al haber sido dispuesto el legado «libremente y sin limitación alguna», entiende el Tribunal Supremo, coincidiendo con el Juzgador de Primera Instancia, que esos términos impiden que el legado de cosa específica sea reducido por el juego de la cuarta falcidia.