

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ,
JOSÉ QUESADA SEGURA,
JOSÉ CERDÁ GIMENO y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

ZONA MARITIMO-TERRESTRE Y REGISTRO DE LA PROPIEDAD: ES ZONA DE DOMINIO Y USO PUBLICO, INALIENABLE E IMPRESCRIPTIBLE Y EXCEPTUADA DE LA INSCRIPCION, A LA QUE POR ELLO NO AFECTAN LAS ADQUISICIONES DE TERCEROS. LA FE PUBLICA NO SE EXTIENDE A DATOS DE HECHO. LA USUCAPION «SECUNDUM TABULAS» REQUIERE POSESION EFECTIVA Y BUENA FE (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1975).

Hechos.—El Abogado del Estado, en su peculiar representación, interpone demanda contra doña Isabel Martínez Hernández, don José Renart Pérez y don Ricardo Aragó Ferrer, así como contra la Entidad «Hetesa», sobre declaración de derechos, suplicando se dicte sentencia declarando ciertos terrenos de dominio público por estar sitos en la zona marítimo-terrestre, decretándose la nulidad de la inscripción de la finca número 18.395 del término de Cullera, en cuanto abarca 13.174,88 metros cuadrados de dominio público, y la correspondiente cancelación parcial, y además, respecto a la finca número 30.812, inscrita a nombre de «Hetesa», se expida mandamiento al señor Registrador de la Propiedad para que, aun manteniendo la cabida de la misma, se rectifique el lindero sur de ella expresando que es la zona marítimo-terrestre.

A dichos autos se incorporaron los procedentes del Juzgado de Primera Instancia de Sueca, seguidos por doña Isabel Martínez Hernández, don José Renart Pérez y don Ricardo Aragó Ferrer contra «Hetesa» y el Ayuntamiento de Cullera, por la que los demandantes reivindicaban una zona de terreno ocupada por los demandados y que aquéllos consideraban incluida dentro de la finca registral 18.395, inscrita a su nombre en el Registro.

El Juez de Primera Instancia número 5 de los de Valencia dictó sentencia estimando en parte la demanda del Abogado del Estado, declarando que la parte contenida en el plano de deslinde de la zona marítimo-terrestre,

realizado en 29 de marzo de 1966, está constituida por terrenos de dominio público, con todas las calificaciones jurídicas inherentes a esta clase de dominio, debiendo estar y pasar los demandados por esta declaración, procediendo a reintegrar al Estado las parcelas que hayan podido ocupar; se decreta la nulidad de la inscripción de la finca número 18.395, en cuanto abarca 13.174,88 metros cuadrados de terreno de dominio público, acordándose la cancelación correspondiente en la cuantía indicada. En cambio, se declara no haber lugar a la rectificación del lindero sur de la finca registral 30.821. Dicho Juzgado estima también en parte la demanda del pleito acumulado, condenando a «Hetesa» a restituir ciertos terrenos, que señala, a los actores de ese pleito.

Interpuesto recurso de apelación por doña Isabel Martínez Hernández, don José Renart Pérez y don Ricardo Aragó Ferrer y por «Hetesa», la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia confirmó la sentencia del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por «Hetesa», el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín, declara no haber lugar al recurso, destacando los tres primeros «considerandos»:

«Considerando que entre los bienes de dominio público enumerados en el artículo 339 del Código civil se encuentran no sólo las playas, a que expresamente alude el precepto, y las riberas del mar, según la Ley Tercera, Título XXVIII, de la Partida III, y artículo 1.º, número 1.º, de la Ley de 26 de abril de 1969, sino también el litoral, *litorum quoque usus publicus juris gentium est* (Ley Quinta, Título I, Libro II, de la Instituta), y zona marítimo-terrestre, que de acuerdo con lo que se expresa en el número 2.º del artículo 1.º de la Ley de 1969, citada, y los artículos 1.º de la de 7 de mayo de 1880 y 1.º de la de 19 de enero de 1928, comprende el espacio de las costas o fronteras marítimas del territorio español que bañe el mar en su flujo y reflujo, donde sean sensibles las mareas, y las mayores olas en los temporales, donde no lo sean, sin perjuicio de los derechos de los particulares, siempre que sean ellos, y no el Estado, quienes así lo acrediten (sentencia de 28 de noviembre de 1973), y como para ello se requiere que tales bienes, cuyo uso es público (art. 12 de la Ley de 1880), hayan sido desafectados por el Ministerio de Hacienda del mismo o del servicio a que estuviesen destinados (art. 20 de la Ley de 15 de abril de 1964) y que su alienabilidad haya sido objeto de una autorización previa (art. 61 de la misma ley) o, al menos, que hubiesen pasado al dominio de los particulares con anterioridad a las disposiciones antes mencionadas, y como los bienes objeto de este recurso están comprendidos entre los acabados de indicar, como expresa el sexto considerando de la resolución impugnada, y no se ha justificado en el proceso de que estas actuaciones traen causa la concurrencia de ninguno de los requisitos acabados de expresar, tanto en lo que atañe al derecho de propiedad como en lo que afecta a la posesión de dichos bienes, según los hechos que se declaran probados por el Tribunal *a quo*, procede rechazar el primer motivo del presente recurso, formulado al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se denuncia la interpretación errónea de los artículos primeros de las Leyes de Puertos y Costas, a que antes se ha hecho referencia.»

«Considerando que a la misma solución se llega si se tiene en cuenta que el principio de legitimación registral, proclamado por los artículos 1.º, párrafo 3.º; 35; 38, párrafo 1.º, y 97 de la Ley Hipotecaria, y los derechos que al tercero de buena fe concede el artículo 34 de la misma ley, supeditan sus efectos, como dice la sentencia de junio de 1974, a la circunstancia de que las inexactitudes registrales que puedan oponerse a tal principio y de derecho estén provocadas por algún título o acción que tenga acceso a la Oficina Tabular, pero no en el supuesto de que los bienes de que se trate

hayán quedado exceptuados de la inscripción, como sucede con los de dominio público, comprendidos en el artículo 339 del Código civil, ya sean de uso general o pertenezcan privativamente al Estado, mientras estén destinados a algún servicio común, al fomento de la riqueza nacional o a las necesidades de la defensa del territorio, según el artículo 5.º, número 1.º, del Reglamento de aquella ley, precepto cuya *ratio legis* es comprensible si se tiene en cuenta que la adscripción de esos bienes a tales fines les convierte en *res extracomercium* y, por consiguiente, en inalienables e imprescriptibles, como expresa el artículo 5.º, párrafo 1.º, de la Ley de 7 de marzo de 1940, las mencionadas sentencias de 28 de noviembre de 1973 y 3 de junio de 1974, lo que les dota de inmunidad frente al sistema registral inmobiliario, de cuya garantía no precisan ni por el cual pueden ser perjudicados, salvo que se produzca su desafectación o cambio de destino, cosa que aquí no ha tenido lugar, según los hechos admitidos en la sentencia recurrida; aparte de que la protección de la Oficina inmobiliaria no se extiende a los datos y circunstancias de mero hecho que consten en los correspondientes asientos, tales como la naturaleza, situación, linderos y superficie del predio inmatriculado, ni siquiera el que éste exista en la realidad (sentencias de 31 de mayo de 1955, 16 de noviembre de 1960 y 31 de octubre de 1961), por no gozar la presunción establecida en el artículo 38 de un valor absoluto y definitivo, sino *iuris tantum*, susceptible de ser desvirtuado por prueba en contrario (sentencias de 12 de mayo de 1961 y 10 de febrero de 1970), que es precisamente lo ocurrido en el caso que aquí se enjuicia, al enfrentarse la descripción de la finca de la sociedad recurrente con la realidad extrarregistral y con su posible enclavamiento, al menos parcial, en la zona marítimo-terrestre, que no ha dejado de ser de dominio nacional y uso público, como se ha dicho.»

«Considerando que tampoco puede prosperar el segundo motivo del recurso, acogido al número 1.º del mencionado artículo 1.692: 1.º Porque al no reconocerse en la resolución que se impugna la realidad del título de dominio de la Entidad recurrente, ni la identidad de la finca reclamada con la que figura en aquel título, ni aun la posesión real del terreno mencionado por parte de esa Empresa mercantil (considerandos quinto, catorce y dieciséis de la sentencia de primer grado aceptada por la Audiencia), y al no haberse destruido tales afirmaciones a través del presente recurso, en el que ni siquiera se ha utilizado el cauce que para tal fin establece el número 7.º del indicado artículo 1.692, es indudable que no concurren los requisitos exigidos por los artículos 1.940, 1.957 y 1.959 del Código civil para que las usucapiones ordinaria y extraordinaria puedan operar en favor de los poseedores del inmueble de que se trate, ni tampoco los requeridos por el artículo 348 de la misma ley civil sustantiva para el éxito de la acción reivindicatoria. 2.º Porque, aparte de lo anteriormente expuesto respecto a la fe pública registral, lo cierto es que, de acuerdo con la doctrina proclamada por la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 11 de noviembre de 1969, 22 de junio de 1972 y 3 de octubre de 1974, en nuestro sistema hipotecario vigente no se admite de forma pura la usucapión *secundum tabulas*, fundada exclusivamente en la inscripción, por exigirse, además, para lograr tal efecto, el concurso de la posesión efectiva del derecho real que se trata de adquirir por parte del usucapiente y la buena fe de éste en la posesión, requisitos ambos cuya existencia no se da por acreditada en la sentencia recurrida.»

COMENTARIO.—En esta sentencia se contiene abundante doctrina legal a propósito de la relación entre zona marítimo-terrestre y Registro de la Propiedad, que podemos resumir en los siguientes puntos:

a) La zona marítimo-terrestre es un bien de dominio y uso público, en que sólo caben derechos de los particulares cuando éstos, y no el Estado, lo acrediten, por haber sido desafectada de tal uso o autorizada su aliena-

bilidad o, al menos, que hubiese pasado al dominio de los particulares con anterioridad a la Ley de Puertos de 1880 y demás sobre la materia.

b) En el conflicto entre zona marítimo-terrestre y Registro de la Propiedad vence la condición pública de dicha zona, porque al estar excluida de la inscripción por el artículo 5.º del Reglamento Hipotecario y ser inalienable e imprescriptible, no precisa de las garantías del sistema registral, que tampoco puede perjudicarla. Por tanto, no son aplicables, en relación con dicha zona, la legitimación registral, proclamada por los artículos 1.º, 35, 38 y 97 de la Ley Hipotecaria, ni los derechos que al tercero de buena fe concede el artículo 34 de dicha ley.

c) La fe pública registral no se aplica a datos o circunstancias de mero hecho, en que cabe prueba en contrario.

d) La usucapión *secundum tabulas* (aparte de lo ya dicho sobre inaplicación del artículo 35 de la Ley Hipotecaria a la zona marítimo-terrestre) no es exclusivamente tabular, sino que requiere posesión efectiva y buena fe en la posesión, requisitos ambos que no se dan por acreditados.

Todos estos aspectos de la sentencia, altamente discutibles, están enlazados entre sí en torno al problema fundamental que se plantea en la misma, relativo al conflicto entre la condición pública de la zona marítimo-terrestre y los derechos a favor de particulares que consten en el Registro de la Propiedad.

Para solucionar ese conflicto entre zona marítimo-terrestre y Registro de la Propiedad existen dos vías de solución:

a) Entender que deben prevalecer los preceptos hipotecarios en favor del titular registral, y especialmente el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Simpatiza con esta solución PAREJO GÁMIZ (1) partiendo de que el artículo 5.º del Reglamento Hipotecario (interpretado a la luz de sus precedentes históricos) no prohíbe la inscripción de los bienes de dominio y uso público, sino que los *dispensa* de la inscripción. Por otro lado, este autor se opone a la tesis de FORNESA RIBÓ, según el cual debe prevalecer el carácter público de la zona marítimo-terrestre frente a los titulares registrales. Sin duda, PAREJO GÁMIZ no ve en la citada zona la ostensibilidad necesaria para excluirla, en todo caso, de la inscripción. Dicho autor cita también una serie de sentencias en pro de esa prevalencia del Registro respecto a las reivindicaciones de la Administración, que son las de 5 de diciembre de 1874, 8 de mayo de 1923, 1.º de diciembre de 1966 y 2 de febrero de 1974. Sin embargo, nosotros entendemos que no es una jurisprudencia tan concluyente como la contraria, que ahora veremos. Por lo menos, las dos últimas sentencias citadas no son decisivas, pues más bien se desestima el recurso de la Administración por cuestiones procesales, aunque, ciertamente, presuponen el valor de la inscripción registral.

b) Entender que debe prevalecer la condición pública de la zona marítimo-terrestre frente a las inscripciones del Registro de la Propiedad. En este sentido se pronuncia FORNESA RIBÓ (2), con una serie de argumentos no convincentes y también algunas sentencias recientes, como las de 28 de noviembre de 1973, 3 de junio de 1974 y la que ahora comentamos de 7 de mayo de 1975.

Esta sentencia es rotunda en favor del carácter público de la zona marítimo-terrestre y en contra de las inscripciones de particulares.

Podemos sintetizar así sus argumentos, señalando en relación con cada uno la otra visión posible del asunto:

1.º La zona marítimo-terrestre es bien de dominio y uso público, en que no caben derechos de los particulares sino en virtud de la correspondiente desafectación, autorización de alienabilidad o dominio de los particulares anterior a la legislación de 1880. Esta es una de las maneras de

(1) ROBERTO PAREJO GÁMIZ: *Protección registral y dominio público*, Madrid, 1975.

(2) Citado por PAREJO GÁMIZ, *ob. cit.*, pág. 165.

interpretar el artículo 1.º de la Ley de Puertos y de la vigente Ley de Costas, cuando considera tal zona como «bienes de dominio público sin perjuicio de los derechos legalmente adquiridos». Otra interpretación es la que apunta el recurrente, que nos parece más lógica: que se pueden adquirir derechos en la zona aun sin haber sido desafectada. Como dice el recurrente, de ser correcta la interpretación de que el artículo 1.º de la Ley se refiere a la previa desafectación, «quedaría sin contenido la excepción legalmente prevista, puesto que la exigencia de una previa desafectación ya les habría privado a los bienes del carácter de dominio público del que parten las referidas normas para prever posibles excepciones».

2.º Tanto el principio de legitimación como el de fe pública del artículo 34 supeditan sus efectos a la circunstancia de que las «inexactitudes registrales» estén provocadas por algún título o acción que tenga acceso a la Oficina Tabular, por lo que no son aplicables si se trata de bienes que han quedado «exceptuados» de la inscripción, como es la zona marítimo-terrestre, conforme al artículo 5.º del Reglamento Hipotecario. Por ello llega a la conclusión de que dicha zona no necesita de la garantía registral ni tampoco puede ser perjudicada por inscripciones del Registro.

Frente a esta argumentación de la sentencia cabe partir de distintas perspectivas. En primer lugar, en relación con el principio de legitimación, hay que tener en cuenta que el artículo 38 de la Ley Hipotecaria presume la titularidad y posesión del titular registral «a todos los efectos legales». Por tanto, no nos parece acertada la idea de excluir la legitimación registral en favor del titular registral frente a la reivindicación estatal de la zona marítimo-terrestre, y será al Estado a quien corresponda probar que el titular registral no ostenta titularidad ni posesión en la zona. En el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, PAREJO GÁMIZ cita numerosas sentencias en este sentido (3), respetando la presunción legitimadora del titular registral. En segundo lugar, la sentencia parte de que el artículo 5.º del Reglamento Hipotecario prohíbe la inscripción de los bienes de dominio y uso público. Pero también cabe pensar que este artículo sólo significa una *dispensa* de inscripción, no una prohibición (PAREJO GÁMIZ), o incluso que está superado por la Ley de Patrimonio del Estado (TIRSO CARRETERO). En tercer lugar, la sentencia parece entender que no hay inexactitud registral en estos casos en que no cabe acceso al Registro de los bienes de dominio y uso público; pero frente a esto hay que decir que el tercero puede desconocer perfectamente la inexactitud registral que supone la inscripción de un terreno a favor del transmitente, a pesar de que esté en la zona marítimo-terrestre. Y es que la inexactitud no se produce en este caso por no haber tenido acceso al Registro la titularidad a favor del Estado, sino por haber tenido tal acceso la titularidad del transmitente. En este sentido, nosotros creemos que cabe buena fe. Además, cabe perfectamente que el Estado solicite la correspondiente anotación preventiva de demanda de nulidad de la inscripción, a partir de cuya fecha todo tercero puede conocer la inexactitud producida. En cambio, antes de tal anotación no puede decirse sin más que no opera la buena fe (al estilo de lo que dice FORNESA RIBÓ), pues los límites de la zona marítimo-terrestre no son ostensibles ni mucho menos, a diferencia de ciertas servidumbres aparentes.

En definitiva, cabe plantear la cuestión de manera distinta a la de la presente sentencia: que en caso de conflicto entre el Estado y el titular registral por razón de la zona marítimo-terrestre, no existen privilegios o prerrogativas del Estado frente a la presunción legitimadora del artículo 38 de la Ley Hipotecaria en favor del titular registral, pues esta presunción es «a todos los efectos legales», y así lo ha reconocido la jurisprudencia de lo contencioso-administrativo, y en cuanto al artículo 34 de la Ley

(3) *Ob. cit.*, pág. 115.

Hipotecaria, si se dan los presupuestos de este precepto creemos que es de perfecta aplicación, sin perjuicio de que la Administración procure evitar las consecuencias del mismo por los medios legales pertinentes, a saber: *a priori*, inmatriculando la zona marítimo-terrestre (si prospera la tesis razonable de PAREJO GÁMIZ o se superan los términos literales del anticuado artículo 5.º del Reglamento Hipotecario) o bien anotando la correspondiente demanda de nulidad de la inmatriculación producida a favor de un particular, teniendo en cuenta que el Estado es tercero, a estos efectos, por un plazo de dos años, conforme al artículo 207 de la Ley Hipotecaria; *a posteriori*, tramitando la correspondiente expropiación forzosa de los terrenos o imponiendo las correspondientes servidumbres de salvamento y vigilancia del litoral.

3.º La zona marítimo-terrestre es *res extra commercium* y, por tanto, imprescriptible e inalienable, salvo desafectación o cambio de destino. Sin embargo, también puede pensarse que la adquisición del tercero del artículo 34 no supone prescripción adquisitiva ni enajenación por el Estado, sino adquisición *a non domino* por parte de dicho tercero de persona que en el Registro aparecía con facultades para transmitir. Por otro lado, el dogma de la imprescriptibilidad de bienes del Estado es hoy objeto de discusión entre los administrativistas. Tampoco puede olvidarse la posibilidad de desafectación tácita, que sería una forma de coordinar la legislación administrativa de los bienes del Estado con el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

4.º Aparte de ello, continúa diciendo la sentencia, la protección de la Oficina inmobiliaria no se extiende a los datos y circunstancias de mero hecho. Y cita en este sentido las sentencias de 31 de mayo de 1955, 16 de noviembre de 1960 y 31 de octubre de 1961.

Pero conviene hacer una puntualización, pues el sentido de la presente sentencia es distinto de las que cita, sobre todo de la de 16 de noviembre de 1960, que estableció de modo tajante que ni la legitimación ni la fe pública se extienden a los datos de hecho. En cambio, la sentencia que ahora comentamos no se refiere al principio de legitimación, sino sólo al de fe pública. A primera vista parece que se refiere a ambos principios, pues en el «considerando» en cuestión se refiere a los dos y emplea la expresión amplia de que «la protección de la Oficina Tabular no se extiende a circunstancias de hecho». Pero a continuación se aclara el sentido de esa frase, al explicar la razón de esa no protección, diciendo que se trata de una presunción *iuris tantum*, que se puede desvirtuar por la prueba en contrario. Esto significa que el principio de legitimación y su consiguiente presunción *iuris tantum* se aplican a los datos de hecho que consten en las inscripciones, sin perjuicio de poderse demostrar lo contrario, que es lo que aquí ha sucedido. Luego esta sentencia, más que seguir los dictados de las sentencias de 16 de noviembre de 1960 y 31 de octubre de 1961, sigue más bien la tendencia de las de 21 de marzo de 1953, 25 de enero de 1958, 27 de enero de 1973 y 20 de mayo de 1974, aunque de un modo indirecto y con rodeos, al estilo de lo que dijo la sentencia de 3 de octubre de 1974 (4).

En cuanto a la fe pública y los datos físicos, tampoco hay una declaración terminante sobre ese problema; pero al admitir la prueba en contrario, ello significa que no admite la presunción registral, en el sentido del artículo 34, como *iuris et de iure*. Desde esta perspectiva cabe decir que la sentencia niega la protección registral, a efectos de la fe pública, en materia de datos de hecho.

Ahora bien, esta conclusión merece algunas críticas. En primer lugar, la fe pública registral se aplica en ocasiones a datos de hecho, sencillamente porque no es posible separarlos de los datos jurídicos. Así, JERÓNIMO

(4) Véanse todas estas sentencias, con sus comentarios, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 509, págs. 969 a 980 y 983.

GONZÁLEZ Y GARCÍA-ARANGO. En segundo lugar, en relación con la localización de la finca en la zona marítimo-terrestre según los datos del Registro, hay que distinguir: descripciones imprecisas por sus linderos o superficie, que admiten distintas interpretaciones, respecto a las cuales no cabe aplicar a la supuesta localización de la finca la fe pública registral, pero es por la imprecisión que la descripción lleva consigo, y descripciones precisas, que dejan concretada y localizada la finca, sin lugar a dudas, en la zona marítimo-terrestre. Cuando estemos en este segundo grupo de descripciones, nos parece erróneo decir que la localización en la zona marítimo-terrestre es una cuestión o circunstancia de hecho no garantizada por el Registro. A esta conclusión había llegado precisamente FORNESA RIBÓ. Pero frente a la misma es perfectamente válida la contestación y crítica de PAREJO GÁMIZ, que puntualiza lo siguiente: «Cabe incluso que una finca inscrita, en casos excepcionales, no tenga correlativo en la realidad por razones fácticas. Pero lo que aquí se quiere decir (en relación con la situación en la zona marítimo-terrestre) es que tal finca no existe *por razones jurídicas*: por el carácter demanial de la misma, con lo que no es válida la causa alegada.» «Aquí estamos ante una finca registral plenamente identificada en la realidad: coinciden los libros hipotecarios y el mundo de los hechos. La finca real es la misma que se describe en el Registro. Con ello inmediatamente recobra su fuerza la fe pública registral, y cualquier razón *jurídica* no puede ampararse en la excepción que comentamos.»

5.º Por último, frente al carácter público de la zona marítimo-terrestre, no cabe alegar tampoco por parte del titular registral el artículo 35 de la Ley Hipotecaria, según la presente sentencia.

En dos ocasiones se refiere a este precepto: por un lado, para decir que el artículo 35, uno de los exponentes de la legitimación registral, queda sin aplicación cuando se trate de bienes de dominio y uso público, por estar éstos exceptuados de la inscripción. Este aspecto merece la misma contestación que hemos señalado en los apartados segundo y tercero. Por otro lado, la sentencia destaca que en nuestro sistema la usucapción *secundum tabulas* no es exclusivamente tabular, o sea, fundada exclusivamente en la inscripción, sino que requiere posesión y buena fe en la posesión, que aquí no se ha acreditado. En relación con esto estamos de acuerdo en que se requiere posesión efectiva y buena fe en la posesión, pero no debe enfocarse la cuestión diciendo que aquí «no se ha acreditado» tal posesión, pues el artículo 35 contempla una presunción que favorece al titular registral, en el sentido de que no tiene necesidad de acreditar lo que se presume, sino que ha de ser la parte contraria la que ha de acreditar que no hubo tal posesión efectiva. La sentencia de 3 de octubre de 1974, citada por la presente, ya cometió la misma imprecisión (6). Ahora la declaración de la sentencia que comentamos tiene mejor explicación si se parte del punto de vista de la misma en relación con los bienes de dominio y uso público: que es al particular, y no al Estado, a quien corresponde acreditar la propiedad y posesión de los bienes. Sin embargo, hemos visto antes que cabe también interpretar, a la vista del texto terminante del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, del que el 35 es una derivación o consecuencia, que la presunción legitimadora es «a todos los efectos legales» y, por tanto, también cuando el titular registral tiene un conflicto con el Estado.

Quedan así expuestos los distintos argumentos y puntos de vista de la sentencia, junto con la correspondiente perspectiva contraria de cada uno de dichos aspectos. Con ello hemos querido poner de manifiesto que se trata de un tema discutible en la legislación vigente y que seguirá siendo

(5) *Ob. cit.*, pág. 167.

(6) Véase una crítica a esta sentencia en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 511, páginas 1459 y sigs., especialmente pág. 1479.

objeto de discusión, a pesar de las declaraciones terminantes de la sentencia, en línea con la de 3 de junio de 1974.

Si planteamos la cuestión *de lege ferenda*, para nosotros no ofrece duda cuál es la solución más aconsejable, que se resume en las siguientes medidas:

1.ª Obligatoriedad de inscripción en el Registro de la Propiedad de la zona marítimo-terrestre correspondiente a cada término (7), con los planos pertinentes, al estilo de lo que preceptúa la vigente legislación de Montes Públicos. Se impone por ello una derogación, reforma, aclaración o puntualización del artículo 5.º del Reglamento Hipotecario, bastante deteriorado ya por otros preceptos de igual o superior rango. La inscripción de la zona marítimo-terrestre produciría en beneficio del Estado la aplicación del principio de legitimación registral y sus consiguientes ventajas procesales frente a cualquier perturbador. Además, por aplicación de los principios de calificación y fe pública, no podría surgir el tercero hipotecario.

2.ª Imposibilidad de inscribir las fincas de particulares sitas en la zona marítimo-terrestre, a no ser que estuviesen previamente reflejadas en el plano aportado al Registro como enclaves de la zona. Si por excepción se filtrara alguna finca en el Registro de modo indebido, serían aplicables las normas en materia de doble inmatriculación. Por otro lado, respecto a las fincas que lindaran con el mar o con la zona marítimo-terrestre, deberían establecerse idénticos requisitos de inscripción que los que se establecen en relación con las fincas lindantes con montes públicos.

Con estas medidas se evitarían muchos conflictos entre el Estado y los particulares que actualmente se plantean en la zona marítimo-terrestre.

DISTINCION ENTRE TERCERO Y PARTE EN UN PROBLEMA DE RECTIFICACION DE INSCRIPCION EN CUANTO A SUPERFICIE Y LINDEROS (SENTENCIA DE 30 DE MAYO DE 1975).

Hechos.—Don Pedro Clopes Gras y su esposa formulan demanda contra don Francisco Serra Gisbert y su esposa, sobre rectificación de inscripción de finca en el Registro de la Propiedad, exponiendo los siguientes hechos:

Que mediante escritura autorizada en 31 de enero de 1953, la madre de las esposas de los litigantes había donado a la actora dos fincas de su propiedad: un edificio fábrica, finca registral número 1.417, y un huerto de 301,96 metros cuadrados, segregado este último, con el número registral 2.053, de una finca, cuyo resto se lo reservó la madre donante, siendo el número registral de dicho resto el 1.418.

Que por escritura otorgada el 17 de noviembre de 1959, la actora, asistida de su esposo, don Pedro Clopes Gras, vendió al marido de su hermana, el demandado, don Francisco Serra Gisbert, una porción segregada de la finca registral 1.417, que es la que había sido ocupada por el edificio fábrica, arrojando el resto de dicha finca 1.417 no vendido un sobrante de 125,45 metros cuadrados.

Que por otra escritura otorgada el 14 de enero de 1960, la actora agrupó el resto de la 1.417 (antiguo edificio fábrica, de la que vendió anteriormente una parte) y la número registral 2.053 (que había adquirido por donación de su madre, con superficie en el Registro de 301,96 metros cuadrados), formando la número registral 2.316, con superficie, según el título y el Registro, de 427,41 metros cuadrados, suma de ambas superficies escrituradas de las fincas agrupadas. En esa misma escritura de agrupación vendió la mitad indivisa de la finca resultante a su hermana, ahora demandada.

(7) No así, las playas. Véase la distinción de Díez-PICAZO en *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, tomo II, pág. 40.

Que por escritura autorizada el 6 de octubre de 1960, ambos titulares de la finca agrupada (actores y demandados) declararon la obra nueva de un edificio, expresando como superficie 242 metros cuadrados, quedando el resto sin edificar.

Que por escritura otorgada el 11 de noviembre de 1968, la madre cedió a la actora, esta vez a cambio de una renta vitalicia de 8.000 pesetas mensuales, el resto de la finca 1.417, que se había reservado en la primera operación de segregación y donación, indicada al principio. En la escritura atribuyeron a ese resto transmitido la superficie de 300,42 metros cuadrados.

Que una vez concluidos los anteriores negocios jurídicos, los actores entendieron que en los títulos de referencia, así como en su reflejo en el Registro de la Propiedad, se había padecido error en cuanto a la cabida superficial de las fincas objeto de tales actos jurídicos, no correspondiendo a la realidad la extensión de medida asignada a dichas fincas, en perjuicio del resto de la finca 1.418, últimamente cedida a cambio de una renta vitalicia.

Que la subsanación de esta anómala situación, objeto de la presente demanda, requería la declaración judicial del error de medición padecido y la consiguiente rectificación de los asientos registrales erróneos, conforme al apartado d) del artículo 40 de la vigente Ley Hipotecaria.

Alegó en Derecho, suplicando al Juzgado dictara en su día sentencia por la que se declarase que la finca número 2.316, propiedad indivisa de la actora y de la demandada, resultante de agrupación y sobre la que consta la declaración de obra nueva, con una superficie total inscrita de 427,41 metros cuadrados, tenía en realidad una superficie de 301,96 metros cuadrados, de la que 260 metros eran ocupados por el edificio construido, y el resto de 41 metros y 96 décimetros era andiona o patio de separación respecto a la finca 1.418, adquirida por la actora a cambio de renta vitalicia, ordenándose la correspondiente rectificación de la superficie registral.

Los demandados contestan a la demanda oponiéndose y negando la superficie alegada respecto al resto de la finca 1.418 adquirida por la actora, y, además, los demandados adquirieron a título oneroso y no podían sufrir las consecuencias de unos posibles errores, pues su título de adquisición les sitúa en posición de terceros protegidos por la Ley Hipotecaria, y que, en todo caso, concurren otros hechos constitutivos de actos propios de los actores, con la comparecencia incluso de don Pedro Clopes Gras, aprobando lo realizado por su esposa en las transmisiones.

El Juzgado de Primera Instancia de Arenys de Mar dictó sentencia estimando sólo en parte la demanda, declarando que la finca 2.316, propiedad indivisa de la actora y de la demandada, formada por agrupación de las 1.417 y 2.053, linda por todo su lado norte con la finca 1.418, propiedad de los actores, en una línea paralela a la calle de la Iglesia y distante de dicha calle en todo su recorrido 10,40 metros, decretando la rectificación del asiento registral correspondiente a la citada finca número 2.316 en ese sentido.

Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona revocó la sentencia del Juzgado, declarando que la citada finca 2.316 linda por todo su lado norte con la finca 1.418 en una línea paralela a la calle de la Iglesia y distante de dicha calle en todo su recorrido 14,40 metros, decretando la rectificación registral en esos nuevos términos.

Los demandados interponen recurso de casación basándose fundamentalmente en que eran terceros adquirentes, conforme al artículo 34, por título oneroso, frente a la inscripción del resto de la parte actora.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso, destacando el «considerando» 1.º (en cuanto a la versión de los

hechos) y el 3.º (en cuanto a la doctrina de que los recurrentes son partes y no terceros):

«Considerando que como elementos fácticos, de indispensable conocimiento para la mejor comprensión de los problemas jurídicos que entraña el presente recurso, tal y como resultan de los autos, pueden mencionarse los siguientes: 1) El 31 de enero de 1953, la madre de los actuales litigantes hizo donación, en favor de la que ahora figura como recurrida, de la mitad de una finca de su propiedad—que tenía en el Registro el número 250—, con separación de dos partes, que se segregan como fincas independientes: un edificio fábrica, sito en la casa número 3 de la calle General Mola de la localidad de Calella, que pasa a ser la número 1.417, y un huerto terreno, colindante con aquél, que se numera a partir de entonces con el 2.053, reservándose la otra mitad, a la que se asigna el 1.418, y conserva la extensión y linderos correspondientes a dicha mitad, según se corroboró con una hipoteca que más tarde se constituyó con garantía de la misma. 2) El 17 de noviembre de 1959, la donataria—hoy recurrida—vende al marido de la actual recurrente una parte que segrega de la finca número 1.417, donde ya no existía el edificio fábrica reseñado, pasando esta parte a tener el número registral 2.309. 3) El 14 de enero de 1960, la misma donataria agrupa las fincas 1.417 y 2.053, formando con ambas la que adquiere el número 2.316, de la que vende a su hermana la mitad indivisa, haciendo las dos titulares, el día 6 de octubre del mismo año, la declaración de obra nueva de un edificio construido en ella. 4) El 11 de noviembre de 1968, la madre, primitiva donante, cede a la misma hija a quien antes había donado —y que, según se ha dicho, es la actual recurrida—la mitad que se reservó, y que, como se ha expuesto, adquirió registralmente el número 1.418, a cambio de una renta vitalicia, momento en que surgió la discusión entre las hermanas acerca de la extensión y linderos de esta última finca, habida cuenta que en las ventas efectuadas en los años 1959 y 1960 se hizo constar, al parecer por error, unos que no coincidían con los reales y que implicaban un exceso de medida y cabida a costa de aquélla—es decir, la finca número 1.418—, en el que incluso se efectuaron determinadas construcciones; error, constante en la consiguiente inscripción registral, que los hoy recurridos, que son sus titulares, al fracasar las gestiones particulares, terminaron pidiendo judicialmente que fuese rectificado, con las consecuencias inevitables respecto de lo construido; pretensión a la que accedió sólo en parte la sentencia dictada en primer grado, pero que, en cambio, con revocación de aquélla, fue estimada completamente por la recurrida, apoyándose en los hechos relatados, de los que se obtienen las pertinentes deducciones y presunciones para llegar a la decisión que ahora se impugna.»

«Considerando que en el motivo primero, y por el cauce del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, se alega violación del último párrafo del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, a cuyo tenor 'en ningún caso la rectificación del asiento perjudicará los derechos adquiridos por tercero a título oneroso de buena fe durante la vigencia del asiento que se declare inexacto', argumentando que mientras los hoy recurridos son adquirentes a título gratuito, cual es la donación ya referida que la madre de ella le hace en 1953, siendo, por otra parte, primera enajenación, si de tal puede calificarse, la cesión a cambio de una renta vitalicia, a cuya virtud adquieren en 1968 la finca, inscrita en el Registro de la Propiedad con el número 1.418, en cambio, quienes recurren en este trámite son terceros, que deben estar protegidos por el indicado precepto, en cuanto que adquirieron de buena fe en segunda transmisión y a título oneroso, como es el contrato de compraventa; alegato que carece de toda consistencia porque, de acuerdo con los hechos declarados probados y sus pertinentes deducciones, no desvirtuado ninguno de ellos en casación, quien lo hace no trae causa en su adquisición registrada de la que en tiempos era la propietaria de la

totalidad de la finca, de cuya mitad hizo donación a la hoy recurrida, conservando la otra mitad, que quedó como tal y como estaba en el instante del acto de liberalidad, a la que, consiguientemente, como muy bien dice la sentencia que se recurre, no podían afectar—en cuanto a extensión y linderos—las posteriores segregaciones y agrupaciones de la mitad donada, pues el título de los que ahora reclaman no tiene otro origen que las transmisiones efectuadas en 1959 y 1960, subsiguientes a las referidas segregación y agrupación de la porción que primitivamente se donó, en las que fueron parte directa como compradores, lo que impide su catalogación de terceros adquirentes, como pretenden, haciendo entrar en juego una operación totalmente extraña no ya a su posición jurídica, sino incluso a la finca que realmente adquirieron; lo que, al margen de que el título adquisitivo de ellos sea oneroso y de que mediase buena fe de su parte, que nadie ha discutido, en todas las actuaciones precedentes a este recurso, y que, sin duda, está amparada por la presunción genérica del artículo 434 del Código civil, les inhabilita para oponerse a la rectificación del error padecido justo en el acto de transmisión efectuado a su favor y en la consiguiente inscripción registral.»

COMENTARIO.—La sentencia se ocupa de la distinción entre tercero y parte, negando a los recurrentes la consideración de terceros, porque «fueron parte directa como compradores, lo que impide su catalogación de terceros adquirentes, como pretenden, haciendo entrar en juego una operación totalmente extraña no ya a su posición jurídica, sino incluso a la finca que realmente adquirieron, lo que les inhabilita para oponerse a la rectificación del error padecido justo en el acto de transmisión efectuado a su favor y en la consiguiente inscripción registral».

Esta es la frase que queremos comentar, pues, en nuestra opinión, los recurrentes eran «terceros». Lo que pasa es que no llegamos a un resultado diferente del de la sentencia, pues a pesar de catalogarlos como tales terceros, en todo caso resultaba muy discutible que fueran «terceros protegidos».

Pero disentimos de la forma de tratar la distinción entre parte y tercero. No obstante, nos vamos a limitar a hacer unas puntualizaciones sobre esa distinción sin tratar de hacer una crítica de la sentencia, pues la complejidad de la situación de hecho nos hace dudar de si realmente fue ésta tal como nosotros la hemos interpretado.

Expondremos de forma simplificada nuestra visión del caso planteado:

«Prima» segrega una porción de su finca con superficie de 301,96 metros cuadrados. Dicha parcela segregada la dona a «Secunda», con el número 2.053, en unión de otra finca, reservándose la donante el resto de la finca, que es la número 1.418.

«Secunda» agrupa la finca 2.053, inscrita con la superficie de 301,96 metros cuadrados, con el resto de la otra finca, adquirida por donación de su madre (previa una segregación y venta de un trozo de la misma), formando la finca registral número 2.316, que se inscribe con la superficie de 427,41 metros cuadrados.

«Secunda» vende a «Tertia» la mitad indivisa de la finca 2.316, que se acaba de decir procede por agrupación, inscrita con la citada superficie de 427,41 metros cuadrados.

Posteriormente, «Prima» cede a «Secunda», a cambio de una renta vitalicia, la finca resto, número 1.418, que se reservó «Prima» al hacer la donación, expresándose en la escritura de cesión que dicha finca resto mide 300,42 metros cuadrados.

Nos preguntamos: ¿Es tercera «Tertia» ante la pretensión de «Secunda» de que se rectifique la superficie inscrita de 427,41 metros cuadrados de la finca 2.316, vendida a «Tertia» en cuanto a una mitad indivisa?

Nosotros creemos que sí, frente a la postura de la sentencia.

Cierto que «Tertia» fue parte en la operación de venta de «Secunda» a «Tertia», pero eso no es obstáculo para que sea «tercero» en relación con otras operaciones en las que no intervino. Concretamente, fue tercero en la previa operación de segregación y donación de «Prima» a «Secunda», en la que se fijó como superficie de una de las fincas la de 301,96 metros cuadrados. La totalidad de 427,41 metros cuadrados no venía previamente fijada en el Registro, pero, al menos, venía determinada (sin haber intervenido «Tertia» en la fijación) la superficie de una parte importante de la finca, 301,96 metros cuadrados, que es la porción fundamental de la finca cuya mitad adquirió. De modo que «Tertia» fue tercero respecto a esa fijación de 301,96 metros cuadrados de una parte principal de la finca, y fue tercero también en la descripción primitiva del edificio fábrica donado por «Prima» a «Secunda», que alguna superficie tendría. En definitiva, «Tertia» es tercero en cuanto confió en una superficie *mayor* de 301,96 metros cuadrados.

Además, «Tertia» fue tercero en la operación de cesión de «Prima» a «Secunda» del resto de la finca 1.418, en la que se expresó como superficie de ésta (colindante a la finca adquirida por «Tertia») 300,42 metros cuadrados.

Para llegar a estas conclusiones, nos fundamos en las notas que dan sobre el concepto de tercero GARCÍA ARANDA y GARCÍA HERGUEDAS en su interesante artículo «El tercero civil, el tercero hipotecario y su protección en nuestro Derecho» (publicado en esta REVISTA, núm. 508, pág. 591). Estos autores hablan del «tercero posicional» y del «tercero afectado», como dos notas del tercero en sentido estricto. La idea de «tercero posicional» es interesante para comprender que todo tercero es, además, parte de otra relación jurídica. En nuestro caso, el hecho de que «Tertia» (recurrente) haya sido parte en una escritura de compra a «Secunda», no excluye, sino que explica precisamente que sea tercero en la escritura previa de donación entre «Prima» y «Secunda». Como dicen los citados autores, «para que el tercero de una relación jurídica sea tenido en cuenta por el Derecho, ha de ser sujeto activo de otra relación jurídica». Luego el hecho de que una persona sea parte en una relación no excluye, sino todo lo contrario, que sea tercero en la relación registral precedente.

En cuanto a la nota de tercero «afectado», nosotros creemos que las dos operaciones en que no intervino «Tertia» le afectan, por lo que también se cumple esta nota del concepto de tercero. «El tercero, en sentido estricto, de una relación jurídica puede ser definido como la persona que no es parte de esta relación, pero es sujeto activo de otra relación objetivamente conectada y afectada por aquélla» (autores citados, pág. 599). A «Tertia» le afecta la primera operación entre «Prima» y «Secunda», en el sentido de que se refiere a la determinación de la propia finca que luego compró a «Secunda». La rectificación de descripción y superficie de las fincas de esa primera operación (donadas a «Secunda») afecta a «Tertia» y es evidente que no fue parte en esa previa operación. A «Tertia» también le afecta la operación de determinación de superficie del resto de la finca matriz y no intervino en la misma, pues fue una relación de transmisión entre «Prima» y «Secunda». Frente a esto, la sentencia dice que se trata de una finca extraña a la que adquirió «Tertia». Pero entendemos que no es tan extraña, pues es la finca colindante y matriz de la comprada por la misma. Y creemos que cuando se plantea un problema de superficies entre dos fincas colindantes, se puede dar la conexión *ob rem*, que tipifica al tercero, en la medida en que lo que se atribuye de más a una de las fincas repercute en la otra colindante.

Por todo ello, no nos parece tan evidente lo que dice la presente sentencia a propósito de la condición de parte de los recurrentes, sino que nos

inclinamos más bien hacia su catalogación como terceros, con la salvedad ya dicha.

Pero una vez afirmada su condición de terceros puede llegarse a la misma conclusión que la sentencia por otro camino, consistente en razonar que, aunque eran terceros, no reunían los requisitos de protección necesarios para ello. Esto supone distinguir dos aspectos: el concepto de tercero y la protección de tercero. Se puede ser tercero y, sin embargo, no estar protegido por el Derecho hipotecario. En el presente caso nadie discutía los requisitos de protección del artículo 34, referentes a la buena fe, onerosidad, previa inscripción del transmitente e inscripción del tercero, pero se trataba de un problema de confianza del tercero en datos físicos previamente inscritos (medida superficial y linderos), y desde esta perspectiva podría plantearse si dicho tercero (aun siendo tercero y sin negarle esta condición) tiene o no la protección de la fe pública registral respecto a los datos físicos.

No queremos entrar en ese otro aspecto del caso, pues no ha sido tratado por la presente sentencia. Baste ahora decir que consideramos erróneas las dos posturas extremas: la de que la fe pública registral se extiende siempre a los datos físicos y la de que nunca se extiende a los mismos. Creemos que en nuestro sistema hay que seguir una postura intermedia, la de admitir la protección del sistema en determinados supuestos. Concretamente, cuando no haya contradicción entre datos de superficie y linderos, cuando éstos ofrezcan suficiente precisión, cuando no haya contradicción entre los datos de superficie y linderos de la finca en cuestión y los datos de inscripción de otras fincas colindantes (supuesto de contradicción muy frecuente en la práctica y que puede ser el del caso de autos), etc. Lo que no puede decirse sin más de un modo absoluto es que la fe pública no se extiende a la superficie y linderos. Como dice acertadamente JERÓNIMO GONZÁLEZ, «la agregación de varios metros de una parcela, los límites de dos fincas, el ancho de una servidumbre, etc., quedarán al amparo del principio de publicidad en muchos casos, como declaraciones trascendentes» (1). Si no fuera así, decíamos nosotros en otro lugar (aun reconociendo las limitaciones que la fe pública tiene en relación con los datos físicos): «Si la fe pública no se extendiera a los linderos y a la línea delimitadora de la finca, la fe pública registral podría quedar en el 'vacío', pues en casos extremos, pero posibles, sólo garantizaría una titularidad meramente simbólica. Porque, ¿de qué le vale al adquirente confiar en el principio de fe pública registral cuando compra una finca de 100 hectáreas, por ejemplo, si luego el Juez le dice que sólo adquirió una hectárea y que la fe pública no se extiende a los linderos y superficie que figuran en el Registro?» (2).

De todos modos, terminemos aquí este comentario, pues el tratamiento de este problema de la protección del tercero en relación con los datos de superficie y linderos se sale de la doctrina de la presente sentencia.

VENTAJAS DE LA INSCRIPCION. CORRECTA APLICACION DE LOS ARTICULOS 32, 34 Y 38 DE LA LEY HIPOTECARIA Y 606 DEL CODIGO CIVIL. TERCERO HIPOTECARIO. PRINCIPIO DE LEGITIMACION REGISTRAL (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1975).

Hechos.—Don José Manuel Gómez Sancho formula demanda contra don Julio González Chas y cuatro más sobre declaración de propiedad de

(1) JERÓNIMO GONZÁLEZ: *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, tomo I, pág. 387.

(2) *Identificación de fincas rústicas*, trabajo en el que hicimos con F. MUÑOZ CARINANOS estas declaraciones a otros efectos, los de la relación de la fe pública con los planos.

bienes y otros extremos, estableciendo en síntesis: que el actor es propietario de dos fincas rústicas adquiridas en escritura pública, constando inscritas en el Registro todavía a nombre de su transmitente; que los demandados habían invadido una de sus fincas en cuanto a la extensión de 7.441 metros cuadrados, alegando los mismos en el acto de conciliación que habían comprado ese terreno de buena fe de quien en el Registro figuraba como dueño, como si el Registro de la Propiedad—según expresión del propio actor—fuera «el agua del Jordán, que todo lo limpia y purifica». Suplica se dicte sentencia declarando que el actor es dueño de las dos fincas descritas y que los demandados vienen detentando una porción de una de esas fincas, siendo nulas e ineficaces las transmisiones operadas entre ellos, con la consiguiente cancelación de las inscripciones registrales practicadas a favor de dichos demandados.

Los demandados contestan a la demanda oponiéndose a la misma.

El Juez de Primera Instancia número 1 de los de La Coruña dictó sentencia estimando en lo fundamental la demanda, pero fue revocada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, que desestimó la demanda, absolviendo de la misma a los demandados.

El actor interpone recurso de casación basándose, entre otros motivos, en la aplicación indebida de los artículos 32, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código civil.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso, siendo de interés el «considerando» tercero:

«Considerando que el motivo tercero, por el mismo cauce a su anterior, denuncia la aplicación indebida de los artículos 32, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código civil; mas siendo cierto que el actor, como ha quedado expresado, no inscribió su título adquisitivo del dominio de quien en el Registro figuraba, y sigue figurando, como titular del mismo, el Juzgador aplicó correctamente el artículo 32 de la Ley Hipotecaria al no reconocerle valor frente a tercero con título inscrito, y ello en conformidad con lo dispuesto en el artículo 606 del Código civil, el que no es sino fiel trasunto de dicho precepto hipotecario, por lo que tampoco resulta indebidamente aplicado en la sentencia, y al reconocer a los demandados la cualidad de terceros protegidos por sus asientos registrales, por darse en los mismos, primero, buena fe; segundo, onerosidad en su adquisición; tercero, adquisición de persona que en el Registro aparecía con facultades para transmitir, y cuarto, haber inscrito su derecho, tampoco puede decirse aplicó indebidamente el artículo 34 de la expresada ley, como así ha de entenderse respecto al 38, consagración del principio de legitimación registral en favor de los demandados, frente al actor, que no inscribió su derecho, por todo lo que el motivo ha de ser desestimado.»

COMENTARIO.—Consideramos de algún interés esta sentencia para el Derecho hipotecario, porque destaca la importancia de la inscripción con ocasión del análisis que hace de los artículos 32, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código civil, alegados por el recurrente. La sentencia hace una serie de declaraciones a propósito de tales preceptos: que se había aplicado correctamente el artículo 32 al no reconocer valor al título adquisitivo del que no inscribió frente a tercero con título inscrito; que el artículo 606 del Código civil es fiel trasunto del artículo 32 de la ley; que no se había aplicado indebidamente el artículo 34 de la ley porque se trataba de tercero protegido por sus asientos registrales al reunir los cuatro requisitos de dicho precepto; que el artículo 38 de la Ley Hipotecaria consagra el principio de legitimación registral en favor del que inscribe frente al que no lo hace.

Declaraciones todas éstas que se pueden resumir, a efectos de doctrina legal, aludiendo a la importancia de la inscripción frente a quien, aun

teniendo escritura pública, no la inscribió en el Registro. Doctrina genérica que sólo puede representar una especie de lección primera o introductoria de Derecho hipotecario, esgrimible cuando no se tenga en cuenta el valor de la inscripción, como ocurrió en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, revocada por la Audiencia. Pero no se trata de una doctrina específica acerca de la relación entre los artículos 32 y 34, ni de los terceros latino y germánico, ni de los principios de inoponibilidad y fe pública, objeto de discusión en la doctrina.

La doctrina está ávida por encontrar matices en pro de una u otra tendencia acerca del tercero en nuestro sistema. Avidez lógica, pues es algo fundamental para comprender el alcance del sistema hipotecario español, todavía discutido después de más de cien años de vigencia. Pero la presente sentencia no contiene doctrina específica sobre el problema, a pesar de que en un mismo «considerando» aparecen como protagonistas los conocidos artículos 32 y 34.

La tesis monista del tercero hipotecario quizá quiera ver en esta sentencia algún matiz en favor de la misma, diciendo que atribuye la calificación de «terceros protegidos por los asientos registrales» a los que reúnen los cuatro requisitos del artículo 34.

Por contra, la tesis dualista del tercero podría contestar diciendo que en el «considerando» la sentencia trata con separación de los terceros de uno y otro artículo: por un lado, al tratar del artículo 32, se ocupa del *tercero que tiene inscrito su título*, aludiendo sólo a este requisito de la inscripción de su título y destacando el efecto de inoponibilidad al no reconocer valor al título no inscrito frente a él; por otro lado, el tercero protegido por el artículo 34, que es el que reúne los cuatro requisitos señalados en el mismo, que la sentencia recoge sólo cuando expone que el artículo 34 no se aplicó indebidamente.

A pesar de esta suposición de matices de una y otra tesis, nosotros esperamos que en realidad ningún autor deduzca nada de esta sentencia acerca del problema del tercero, y ello es precisamente lo que queremos recalcar en este comentario. En primer lugar, porque no es objeto de discusión ni de decisión en esta sentencia (no es *ratio decidendi*). Y, en segundo lugar, porque la redacción del «considerando» no ofrece tampoco pie para ver *obiter dicta* acerca de la relación entre los artículos 32 y 34. En todo caso, si existieran esos *obiter dicta*, serían inútiles, como tales, para montar cualquier doctrina acerca del tercero hipotecario.

En conclusión, el Tribunal Supremo se ha limitado a hacer un estudio analítico de dichos preceptos, sin preocuparse, dado que no se había planteado, de la relación entre los mismos. Por eso hemos dicho al principio del comentario, y del mismo modo terminamos diciendo, que el valor de la doctrina de la sentencia es parecido al de una lección primera o introductoria de Derecho hipotecario y no al de una lección específica sobre los artículos 32 y 34.

ANOTACION PREVENTIVA DE EMBARGO: EFICACIA RESPECTO A ADQUISICIONES POSTERIORES (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1975).

Hechos.—El Banco de San Sebastián formula demanda de tercería de dominio contra el ejecutante, don Rafael de Pablo, y contra el deudor del ejecutado, don Ignacio Ituarte, alegando sustancialmente: que el Banco, también acreedor del citado don Ignacio Ituarte, siguió procedimiento ejecutivo contra el mismo, como consecuencia del cual adquirió la finca objeto de tercería, después de tres subastas y sin que compareciera mejor postor, otorgándose escritura pública a su favor; que aunque el ahora ejecutante,

don Rafael de Pablo, tenía a su favor una anotación preventiva de embargo sobre la finca de fecha anterior a la del Banco, sin embargo, no acudió al procedimiento ejecutivo iniciado por el Banco ni interpuso la correspondiente tercería de mejor derecho en el momento procesal oportuno, es decir, antes de la adjudicación definitiva de la finca; que el ejecutante, don Rafael de Pablo, pretende ahora sacar a subasta la finca, a pesar de que había sido ya adquirida por el Banco en otro procedimiento ejecutivo anterior seguido contra el mismo deudor.

El demandado, don Rafael de Pablo, contesta a la demanda oponiéndose, alegando que la anotación preventiva de embargo a su favor era anterior a la del actor y, por tanto, la adquisición realizada por éste en el procedimiento ejecutivo anterior seguido contra el mismo deudor no podía perjudicar a la anotación preferente de embargo.

El Juez de Primera Instancia número 17 de los de Madrid dictó sentencia desestimando la demanda de tercería de dominio.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha capital revocó la sentencia del Juzgado, estimando la demanda y declarando, en consecuencia, alzar el embargo practicado por el acreedor ejecutante, don Rafael de Pablo, sin perjuicio de quedar subsistente dicho embargo sobre otros bienes del deudor.

El demandado interpone recurso de casación por interpretación errónea de los artículos 1.º (último párrafo), 34 y 37 de la Ley Hipotecaria, y del 38 en sus dos últimos párrafos (en relación con los arts. 71 y 134 de la misma Ley y 143 de su Reglamento), así como de los artículos 131, regla 8.ª, y 133, párrafo segundo, de la misma.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara haber lugar al recurso, siendo de destacar el tercer «considerando» de la primera sentencia:

«Considerando que, evidentemente, la finalidad de las anotaciones preventivas de embargo es la de asegurar los resultados de un juicio y garantizar un derecho constituido. Esa función aseguradora está establecida en el artículo 9 y la regla 3.ª del artículo 166, ambos del Reglamento Hipotecario, y en el 71 de la Ley Hipotecaria, según el cual, el adquirente del dominio de una finca posteriormente a la anotación del embargo sobre la misma ha de respetar el derecho del anotante, y ha de tenerse en cuenta también que si a todos los efectos legales no existe más verdad sobre el dominio y demás derechos reales que la proclamada por el Registro—artículos 1.º y 38 de la Ley Hipotecaria—, no puede haber para el acreedor más propietario de una finca que el que lo sea según el Registro, por lo cual, anotado su derecho personal sobre los bienes inscritos a nombre de su deudor, goza de los beneficios de la fe pública registral derivada de la inscripción de dominio de éste, y en el caso de autos la adquisición del inmueble objeto de la tercería fue posterior a la anotación preventiva de embargo en favor del hoy recurrente; no obstante lo cual, y de lo razonado anteriormente, así como de la doctrina de esta Sala, según la cual el adquirente del dominio posterior a la anotación del embargo ha de aceptarlo y que las anotaciones mencionadas dan preferencia al acreedor anotante, *en cuanto a los bienes anotados*, respecto a los acreedores que tengan contra el mismo deudor otros créditos posteriores a la anotación—sentencias de 5 de noviembre de 1927 y 20 de noviembre de 1972, entre otras—, el Tribunal de Instancia revocó la sentencia del Juzgado, que desestimó la demanda, y acordó el alzamiento del embargo anotado en favor del recurrente, lo que constituye las infracciones alegadas en el recurso, que, por aplicación de lo que se dispone en el artículo 1.745 de la ley procesal civil, ha de originar la estimación del mismo y la casación de la sentencia recurrida, no siendo necesario el pronunciamiento relativo a la devolución

del depósito, ya que no fue constituido por ser disconformes las sentencias de Instancia.»

En la segunda sentencia desestima la demanda de tercería de dominio, absolviendo de la misma al titular anotante del embargo.

COMENTARIO.—Lamentamos que siendo tan claros los textos legales sobre la eficacia de las anotaciones preventivas de embargo frente a adquisiciones posteriores a las mismas, haya tenido que llegarse al Tribunal Supremo para que pusiera las cosas en su sitio. Nosotros no nos explicamos siquiera que haya podido plantearse un litigio sobre un asunto tan claro, pero menos comprendemos que la Audiencia fallase en contra de la anotación preventiva de embargo de fecha anterior. Basta leer el artículo 71 de la Ley Hipotecaria para convencerse de que al anotante no le afectan de ninguna manera las enajenaciones posteriores a la anotación: «Los bienes inmuebles o derechos reales anotados—dice el citado precepto—podrán ser enajenados o gravados, pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación.» El párrafo último del artículo 38 de la Ley Hipotecaria y el principio general del procedimiento de ejecución de «subsistencia de las cargas anteriores» (párrafo segundo del art. 133) confirman plenamente aquel artículo. Y es que si se llegara a la conclusión de que a las anotaciones preventivas de embargo les afectan no sólo las adquisiciones anteriores (como entiende la jurisprudencia y una gran parte de la doctrina), sino también las posteriores (como entendía la sentencia de la Audiencia), entonces no comprendemos para qué iban a servir las anotaciones preventivas de embargo en nuestro sistema.

Por todo esto, nos parece muy bien que el Tribunal Supremo haya casado la sentencia de la Audiencia, dejando constancia de las ventajas de la anotación preventiva de embargo respecto a adquisiciones posteriores. Según el Tribunal Supremo, «el adquirente del dominio posterior a la anotación del embargo ha de aceptarlo». Pero además, añadimos nosotros, se pone de manifiesto una ventaja procesal para el anotante: que no tiene ninguna necesidad de interponer tercerías de mejor derecho en relación con procedimientos ejecutivos basados en anotaciones posteriores, a diferencia de lo que entendía el demandante. Desde que obtiene anotación de embargo a su favor puede despreocuparse de los procedimientos seguidos por anotantes posteriores. Y si no tiene necesidad de interponer tercerías de mejor derecho respecto a anotaciones posteriores, no juega para él el límite de tiempo establecido en el último párrafo del artículo 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (1).

No obstante, la presente sentencia no tiene ocasión de resaltar esta ventaja procesal de la anotación, centrándose en la ventaja registral sustantiva en relación con el adquirente posterior.

Pero ¿cómo explica la sentencia este efecto de la anotación preventiva respecto a las adquisiciones posteriores?

La sentencia lo explica desde la perspectiva del principio de legitimación registral, pues si bien alude a la «fe pública», esta expresión tiene en la sentencia un sentido amplio referido a aquel principio y no al del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que es el que se ocupa de la fe pública registral en sentido estricto. Dice la sentencia que «si a todos los efectos legales no existe más verdad sobre el dominio y demás derechos reales que la proclamada por el Registro—artículos 1.º y 38 de la Ley Hipotecaria—, no puede haber para el acreedor más propietario de una finca que el que lo sea según el Registro, por lo cual, anotado su derecho personal sobre los bienes inscritos a nombre de su deudor, goza de los beneficios de la fe pública registral derivada de la inscripción de dominio de éste».

Pero, en nuestra opinión, el principio de legitimación registral no es

(1) Recordemos que este artículo establece que «si (la tercería) fuere de mejor derecho no se admitirá después de realizado el pago al acreedor ejecutante».

suficiente para explicar de modo completo ese «no perjuicio» de la anotación por adquisiciones o gravámenes posteriores, a que se refiere el artículo 71 de la Ley Hipotecaria. La legitimación registral sólo sirve para destacar la confianza que para el anotante supone haberse dirigido contra el que figuraba en el Registro como propietario. Pero hay que profundizar algo más en la explicación, pues se trata de una presunción *iuris tantum* y la eficacia de la anotación no es meramente provisoria. Además, puede suceder que no haya previa inscripción de la finca a nombre del deudor, por ejemplo, en el caso de anotación de suspensión de anotación preventiva de embargo por falta de previa inscripción de la finca, que surte los mismos efectos que la anotación propiamente dicha durante el período de vigencia de la anotación de suspensión.

Entendemos que el principio de legitimación representa un telón de fondo del artículo 71 de la Ley Hipotecaria, pero no explica en concreto la *ratio* de dicho precepto.

Nosotros creemos que la explicación se encuentra en el principio de oponibilidad o inoponibilidad. Si la anotación de embargo «subsiste» a pesar de enajenaciones posteriores y no queda perjudicada por ellas, es porque el asiento de anotación *anterior* a ellas la hace *oponible* a sucesivos adquirentes, y al revés, la adquisición posterior es inoponible a la anotación practicada antes. Por tanto, el anotante es un tercero latino respecto a adquisiciones posteriores. Esto es lo que, en nuestra opinión, significa el artículo 71 de la ley.

Para confirmarlo, contrastemos el principio de oponibilidad con el de prioridad en materia de anotaciones de embargo. Ambos principios tienen el mismo fundamento: que el «titular registral» no sea perjudicado por derechos inscritos con posterioridad. Pero nosotros preferimos emplear la palabra «prioridad» en sentido estricto, cuando se plantea un problema de rango de derechos reales o de conflicto entre titulares por doble venta, pues ahí es donde tiene perfecto encaje el aforismo *prior tempore*, ya que es el Registro quien resuelve en esos casos el «antes» y el «después» de las titularidades. En cambio, cuando está frente a frente el dominio, por un lado, y las cargas y derechos reales, por otro (arts. 13 y 71 de la Ley Hipotecaria), preferimos hablar de «oponibilidad» o «inoponibilidad», según se mire.

Pues bien, el aspecto de prioridad o preferencia entre anotaciones, según el orden de los asientos, está bien claro en el propio Código civil, que en su artículo 1.927 resuelve el rango de los anotantes «por el orden de su antigüedad de las anotaciones en el Registro de la Propiedad». Ciertamente que la prioridad de las anotaciones sufre un importante correctivo en el artículo 1.923 del propio Código, diciendo que su preferencia es «sólo en cuanto a créditos posteriores». Pero aparte de que el correctivo no es tan grande (parece que no se refiere a cualquier crédito posterior, sino a créditos posteriores que tengan algún privilegio, no a créditos comunes [en este sentido, LACRUZ-SANCHO]), no nos interesa ahora destacar las limitaciones de la prioridad en materia de anotaciones, sino que pretendemos explicar aquellos supuestos en que las anotaciones tienen alguna eficacia, y en esa línea entendemos que la explicación de ese efecto (limitado o no) sólo se explica por la prioridad. Es decir, la anotación preventiva de embargo representa, en parte, una excepción al principio de prioridad (artículo 1.923, 4.º, del Código civil), pero *no toda la anotación* (permítasenos emplear esta expresión para mejor entendimiento de mi postura) es una excepción al principio; por contra, en la medida en que la anotación tenga *eficacia*, esa eficacia se explica por la prioridad registral.

Pero además de la prioridad entre anotaciones (o de la anotación respecto a otros créditos), puede plantearse en la práctica, como sucede en este caso, un conflicto entre el dominio y la anotación de embargo. Aquí

no se trata de una cuestión de «rango» de derechos, sino de oponibilidad, si bien esta «oponibilidad» responde en el fondo al mismo fundamento que la prioridad de rango, de la que nos acabamos de ocupar. Paralelamente a lo que hemos dicho sobre ese aspecto de la prioridad, la oponibilidad podrá decirse que es limitada (las anotaciones no son oponibles a las adquisiciones anteriores); pero en los casos en que no haya tal limitación, es decir, en los casos en que la anotación tenga eficacia (respecto a adquisiciones posteriores: art. 71 de la Ley Hipotecaria), no vemos otra explicación de dicha eficacia si no es a través del principio de oponibilidad.

Ciertamente, en el fondo de la sentencia late esta explicación a través de la «prioridad», pues dice que «las anotaciones... dan *preferencia* al acreedor anotante, en cuanto a los bienes anotados, respecto a los acreedores que tengan contra el mismo deudor otros créditos posteriores a la anotación». Lo único que tenemos que decir es que en este caso no se plantea propiamente un conflicto entre anotaciones, sino entre acreedor anotante y adquirente posterior de los bienes (aunque éste fue anteriormente anotante también; pero en este pleito ya no se plantea esa faceta del conflicto). Por ello, mejor que decir que «las anotaciones dan *preferencia* respecto a acreedores posteriores», resulta más adecuado indicar que «las anotaciones subsisten y son oponibles respecto a adquirentes posteriores».

Lo que debe quedar claro es que la eficacia de la anotación preventiva de embargo (en los casos en que tenga tal eficacia) no es meramente negativa, pues no se trata simplemente de una *afección que impide que surja un tercero hipotecario del artículo 34 de la Ley Hipotecaria*. Es algo más que eso si contemplamos el asiento de anotación de embargo desde la perspectiva de su eficacia positiva, y ese algo más es el efecto de prioridad y oponibilidad, que es, en resumen, lo que hemos querido poner de relieve en este comentario.

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

PROPIEDAD DE AGUAS. MERMA DE AGUAS DE UN POZO POR OBRAS EN OTRO POZO. NO PROCEDE EL CIERRE DEL POZO POR NO PROBARSE LA MERMA O PERJUICIO DEL OTRO TITULAR (SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1975).

Hechos.—Don José Febrer Marqués formula demanda contra don Antonio y don Damián Sansaloni Alles sobre ejercicio de acciones de la Ley de Aguas, suplicando se dicte sentencia por la que se declare que el pozo de los demandados, al llevar a cabo las obras de profundidad sobre él, ha perjudicado al pozo propiedad del actor al privarle de su caudal primitivo y que se condene a los demandados al cierre de su pozo, cegándolo en las condiciones que en ejecución de sentencia dictaminen los técnicos de minas, y que subsidiariamente, y para el caso de no acceder a la anterior petición, se condene a los demandados a que repongan y sustituyan al actor de manera eficaz y con garantía suficiente, con cargo a su pozo, de la merma que ha sufrido en su caudal.

Contestada la demanda por los demandados oponiéndose, evacuadas la réplica y dúplica y practicadas las pruebas pertinentes, el Juez de Primera Instancia Accidental de Mahón dictó sentencia estimando la demanda en cuanto a la petición subsidiaria.

Interpuesto recurso de apelación por los demandados, habiéndose adherido el actor a la apelación, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial

de Palma de Mallorca dictó sentencia revocando la del Juzgado y desestimando la demanda, de la que absolvió a los demandados.

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

«Considerando que el problema fundamental que plantea el presente recurso es el de la interpretación del artículo 24 de la vigente Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, en relación con la pretensión de los en su día actores y hoy recurrentes, que siendo dueños de una finca en la localidad de Ferreiras (Menorca) con dos pozos de agua existentes desde tiempo inmemorial, estimaban que uno de ellos resultaba perjudicado, al mermar su caudal, por la mayor profundidad que los actuales recurridos habían dado en 1971—fecha en que adquirieron la finca en que estaba situado—a otro pozo que también inmemorialmente funcionaba a distancia inferior a 100 metros del primero, con el fin de utilizarlo para necesidades industriales, frente a las puramente agrícolas a que hasta entonces se destinó; sosteniendo los recurrentes que la interpretación dada por la sentencia que ahora se recurre es errónea, por lo que denuncian la correspondiente infracción en el igualmente único motivo que formulan, amparado en el número 1.º de la Ley de Enjuiciamiento, donde, al margen de consideraciones acerca de la semántica de los términos que entran en juego en relación con el indicado precepto, así como de su sistemática, lo que realmente se hace, con base en que constituye uno de los criterios ineludibles de hermenéutica, es incidir en el principio finalista o teleológico que preside la regulación especial de la materia, cual es el de la salvaguarda de los derechos de tercero, al que tiene que estar supeditada la concesión a los predios, del permiso de alumbramiento de aguas o incremento de las ya alumbradas, que se dice infringido en este caso al no sancionarse el daño que se considera producido; punto éste al que se redujo la petición actora, tal y como se contiene en la demanda inicial del procedimiento, y al que, en definitiva, se limitaron, aunque con soluciones distintas, las dos sentencias de Instancia, cuyo planteamiento en casación es totalmente improsperable, porque es sobradamente conocida, por lo reiterada, la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, establecida con carácter general, según la que no basta la simple alegación de daños y perjuicios que se digan ocasionados, sino que es imprescindible probar, como dato de hecho, la realidad de los mismos y su extensión, lo que en este supuesto no se ha efectuado, pues precisamente la sentencia recurrida basa su decisión no sólo en la falta de prueba de quien demandó—actual recurrente—, sino en el resultado negativo de la pericial practicada en apelación respecto de la merma del caudal de agua alegado; conclusiones que quedaron incólumes en este trámite al no haber sido combatidas por la única vía pertinente del número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, que impide puedan obtenerse consecuencias jurídicas de un hecho que no consta se haya producido.»

PROPIEDAD HORIZONTAL. FALTA DE LEGITIMACION PARA EJERCITAR LA ACCION POR UNO DE LOS COMUNEROS, POR NO JUSTIFICARSE POR QUE NO LA EJERCITA EL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD (SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1975).

Hechos.—Don Florencio Marín Marquina, por sí y como representante legal de la Comunidad de Propietarios de la casa número 8 de la calle Clunia, de Burgos, interpone demanda de tercería de dominio contra el Estado, contra don Carlos Merino de la Peña y su esposa y contra don

Nicasio Prieto Gómez y su esposa, alegando que la Comunidad demandante adquirió el citado piso en documento privado de fecha 26 de septiembre de 1967 para que sirviera de vivienda al portero del inmueble, otorgándose la escritura pública de compraventa del referido piso el 26 de enero de 1973; que tanto el demandante como los demás copropietarios de la casa número 8 de la calle Clunia se vieron sorprendidos por la notificación que a los vendedores del piso se hacía en el *Boletín Oficial de la Provincia* de Burgos, en la que se anunciaba el embargo de varios inmuebles, entre ellos el piso objeto de este pleito. Suplica se dicte sentencia por la que se declare que el citado piso es propiedad del demandante y de los demás adquirentes en la forma que resulta de la escritura pública de 1973, y se ordene alzar el embargo trabado sobre el mismo por la Recaudación de la Zona Primera de Burgos contra don Carlos Merino de la Peña y don Nicolás Prieto Gómez.

El Abogado del Estado contestó a la demanda, oponiendo en síntesis: que por la Recaudación de la Zona Primera de Burgos se siguió expediente de apremio contra los últimamente citados por la suma de 4.152.773 pesetas, por los conceptos de contribución urbana, licencia fiscal y contribución sobre la renta de las personas físicas, más 830.573 pesetas de apremio, procediéndose al embargo y practicándose la anotación preventiva el 2 de enero de 1971, antes que la escritura de compraventa a favor de los actores, y que el documento en cuya virtud el reclamante pretendía la propiedad del mencionado inmueble es un documento privado.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Burgos dictó sentencia estimando la demanda, siendo 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 Antonio Cantos Guerrero, declara haber lugar al recurso, por lo que se establece en la primera sentencia de casación:

«Considerando que la presente tercera de dominio se promueve por don Florencio Martín Marquins, en nombre, se dice, de la Comunidad de Propietarios, en régimen de propiedad horizontal, de la casa número 8 de la calle de Clunia de la ciudad de Burgos.»

«Considerando que en el motivo segundo del recurso, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega la violación, entre otros artículos del Código civil, del párrafo 1.º del artículo 12 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, y es procedente su estimación, pues legalizada o no la venta del piso por la persona embargada antes de producirse la anotación preventiva instada por el Estado en el Registro de la Propiedad, lo que se postula en la tercera es que se reconozca que el dominio del inmueble embargado pertenecía antes del embargo a la Comunidad de Propietarios de la calle Clunia, número 8, de la ciudad de Burgos; pretensión que debió de ser ejercitada, de no existir causa que se lo impidiera, por el Presidente de la Comunidad, que es el que tiene, según el mencionado precepto, 'la representación de la Comunidad en juicio y fuera de él', sin que esto suponga, por justificar la diferencia la especialidad de la ley que regula el funcionamiento de estas Comunidades, desconocer la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 4 de abril de 1963, 15 de noviembre de 1968 y 10 de diciembre de 1971, entre otras muchas), que declara, con referencia a la Comunidad, definido en el artículo 392 del Código civil, que 'cualquiera de los partícipes puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a la Comunidad, ya para ejercitar sus derechos, ya para defenderlos', así como tampoco se conculcan las sentencias de 28 de abril de 1966 y de 23 de abril de 1970, en las que se afirma que pueden ejercitar la acción cualquiera de los comuneros de edificios bajo el régimen de propiedad horizontal que se estimen per-

judicados, aunque no sea Presidente, pero sólo en el caso excepcional de que el Presidente rehúse ejercitarla, lo cual ni siquiera se ha alegado en el presente caso.»

«Considerando que al estimar el segundo motivo, antes aludido, porque la acción fue ejercitada por uno solo de los comuneros y no por el Presidente de la Comunidad, sin que se justifique de ninguna forma la razón por la cual se prescindió de él, procede, sin entrar en el fondo de la cuestión planteada, casar la sentencia impugnada, sin que sea necesario entrar en el examen de los demás motivos.»

En la segunda sentencia se absuelve al Estado de la demanda.

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

INDEMNIZACION DE DAÑOS: AL HABER QUEDADO INDEMOSTRADO QUE LA ACTUACION CULPABLE DE LA VICTIMA HAYA SIDO LA UNICA CAUSA DE SU MUERTE PROCEDE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL CONDUCTOR CAUSANTE DE AQUELLA (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1974).

Fallecido el esposo de la actora, ocupante de una moto, por atropello de un camión, causado por una furgoneta que, según la demanda, invadió el carril contrario de la carretera, se pide una indemnización de 300.000 pesetas a los conductores de estos vehículos y, subsidiariamente, a sus compañías aseguradoras con carácter solidario. El Juzgado número 1 de Pamplona desestimó la demanda, pero la Audiencia estimó parcialmente la apelación y condenó a la compañía aseguradora de la furgoneta a pagar a la actora la cantidad de 200.000 pesetas con cargo al seguro obligatorio de la misma, confirmando en lo demás la sentencia del Juzgado.

El recurso de casación por infracción de ley es rechazado, teniendo en cuenta que la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor de 21 de marzo de 1968 consagra el principio de responsabilidad objetiva para los conductores, pues las excepciones a dicha responsabilidad son las de que el hecho fuera únicamente debido a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo. Existiendo culpa del conductor, es indiferente que la acción ejercitada sea la ejecutiva o cualquier otra de las reservadas a los interesados en dicha ley. Como en la sentencia de Instancia se dice que ha quedado indemostrado el actuar culpable de la víctima como única causa del fatal suceso, no procede la exclusión de la responsabilidad objetiva del conductor. Es inoperante la concurrencia del tercer vehículo e incompatible con la acción ejercitada, que es únicamente la directa contra el asegurador de la furgoneta, ya que el otro conductor y su asegurador fueron absueltos y no se refiere a ellos el recurso.

C. R. R.

INTERPRETACION DE CONTRATOS (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Hechos.—Una inmobiliaria contrató con una compañía constructora para que ésta le construyera un edificio de viviendas de renta limitada. El precio fijado era de unos 11 millones de pesetas, pero después llegaron a un nuevo convenio por el que señalaban otro que sobrepasaba los 12 millones. Construido el edificio y pagado íntegramente el precio, la inmobiliaria promotora demanda a la compañía constructora porque en el precio se habían incluido más de 300.000 pesetas en concepto de impuestos, de los que están exentas las viviendas de renta limitada. La demanda prosperó.

Doctrina de la sentencia.—El motivo primero del recurso cita como infringidos por violación los artículos 1.089, 1.091, 1.255, 1.258, 1.266 y 1.278 del Código civil, invocando además la doctrina de este Tribunal que dice que cuando la acción se funda en la nulidad de un acto u obligación, lo primero que debe pedirse es la declaración de aquella nulidad, y añade que la sentencia recurrida proclama la existencia y validez del pacto lícito, contrato novatorio de liquidación final, pero ignora aquella doctrina al violarla sin que nadie le haya pedido la nulidad de aquel pacto ilícito, con lo que restringe y modifica los pactos contractuales, a lo que hay que objetar que prescindiendo de la cita de los cuatro primeros artículos indicados, que contienen principios de carácter general referentes a las fuentes de las obligaciones y su eficacia, el resto del motivo contiene una contradicción en sus propios términos, puesto que empieza por admitir que la sentencia reconoce y proclama la validez del contrato, con lo cual no puede denunciarse una violación que implicaría una actitud negativa, un desconocimiento de las normas invocadas, sino que ocurre todo lo contrario, cuando lo que hace la sentencia es velar por su correcta interpretación y alcance en relación con una de las estipulaciones, que de mantenerse en el sentido que propugna el recurrente, se produciría un enriquecimiento injusto, contrario a la auténtica finalidad perseguida por el contrato, que en este punto concreto haría prosperar una obligación sin causa.

RECURSO DE REVISION: LOS MOTIVOS ENUMERADOS EN EL ARTICULO 1.796 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL HAN DE SER INTERPRETADOS RESTRICTIVAMENTE (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—El recurso de revisión es de índole extraordinaria y excepcional, según tiene declarado reiteradamente esta Sala, porque permite volver sobre una sentencia firme, lo que implica un medio impugnatorio de la veracidad de la cosa juzgada, establecida en el artículo 1.252 del Código civil, todo lo cual causa o determina que los motivos enumerados en el artículo 1.796 de la ley procesal civil, como fundamento del recurso, hayan de ser interpretados de manera rígida restrictiva, para lo cual ha de expresarse en el escrito de interposición el que sea base del recurso, requisito cuya inexcusable observancia deriva, además, del elemento temporal consignado en el artículo 1.798 de igual ley, también de ineludible cumplimiento, y cuyo cómputo se ha de efectuar referido siempre al cauce procesal utilizado.

LAUDO ARBITRAL: CONSTITUYE OBSTACULO PROCESAL INSUBSANABLE EL HECHO DE QUE EL RECURRENTE NO ACOMPAÑE TESTIMONIO DE LA ESCRITURA DE COMPROMISO (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Para la resolución de este recurso en su totalidad existe un obstáculo procesal insubsanable en que ha incurrido la parte recurrente, y es que, con arreglo al artículo 1.774 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al escrito de recurso habrá de acompañarse el testimonio de la escritura o auto judicial de formalización del compromiso, para lo que en el caso de autos es preciso y se ha omitido la constancia auténtica de los temas o puntos sometidos a decisión arbitral, sin que sea competencia de esta Sala corregir defectos u omisiones de exigencias imperativas de la ley procesal, que debieron cumplirse en su momento por la parte, apreciables de oficio por tener un carácter de orden público dentro del proceso y el rigor formal que por su naturaleza extraordinaria tiene de por sí el recurso.

La misión del Tribunal de casación en el supuesto de los arbitrajes de equidad queda limitada a dejar sin efecto lo que pueda constituir exceso en el laudo, en relación con las cuestiones que fueron determinadas en la escritura o auto judicial de formalización del compromiso, para lo que en el caso de autos es preciso y se ha omitido la constancia auténtica de los temas o puntos sometidos a decisión arbitral, sin que sea competencia de esta Sala corregir defectos u omisiones de exigencias imperativas de la ley procesal, que debieron cumplirse en su momento por la parte, apreciables de oficio por tener un carácter de orden público dentro del proceso y el rigor formal que por su naturaleza extraordinaria tiene de por sí el recurso.

CONFESION JUDICIAL: LA PRESTADA BAJO JURAMENTO INDECISORIO NO TIENE VALOR DECISIVO (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—No descansando la apreciación del Tribunal *a quo* en una determinada interpretación del contrato de arrendamiento de obra y de las diez certificaciones de obra, ni planteándose por él ninguna cuestión relativa a cuál es el sentido decisivo para el derecho de la coincidente declaración de voluntad de los interesados, mal pudo infringir las normas de nuestro primer Código sustantivo referentes a la hermenéutica contractual (arts. 1.281 y 1.282).

Tampoco puede ser acogido el motivo quinto, que aduce la violación del primer párrafo del artículo 1.232 del Código civil, puesto que, por un lado, ha de tenerse en cuenta que lo que hace prueba contra su autor, según la reiterada doctrina de esta Sala, es el conjunto armónico de todo lo confesado, y en el presente caso, la fuerza que podría derivarse en contra de la parte recurrida de absolución de la posición quinta queda enervada por la contestación dada a la posición sexta, y por otro lado, y sobre todo, que, como han recordado últimamente las sentencias de esta Sala, es doctrina jurisprudencial que la prueba de confesión judicial prestada bajo juramento indecisorio no tiene en nuestro actual ordenamiento jurídico un valor decisivo, ya que su graduación como elemento de juicio corresponde a los Tribunales de Instancia en uso de su facultad soberana en materia de apreciación de las pruebas.

NO PUEDE EL JUZGADOR APLICAR DE OFICIO A LOS CONTRATOS LITIGIOSOS LAS DISPOSICIONES DE LA ADMINISTRACION PARA LA REVISION DE LOS PRECIOS DE SUS PROPIOS CONTRATOS (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—El motivo primero denuncia la infracción del artículo 1.281 del Código civil, por cuanto establecido en el contrato inicial que «si durante la ejecución de los trabajos hubiere aumentos oficiales en los salarios o materiales a emplear en las obras, éstos aumentarían proporcionalmente en el precio del metro cuadrado edificado», la revisión de precios que se admite no es precisamente la señalada en el Decreto-Ley de 4 de febrero de 1964, con arreglo a la cual aparece calculada la revisión que se reclama, por referirse sólo a los contratos de obras del Estado y Organismos autónomos dependientes del mismo, siendo por ello necesario para su aplicación por los Tribunales de Justicia que las partes se hubieran sometido expresamente a dichas normas a efectos de la revisión pactada, lo que aquí no ha sucedido, antes bien, el propio actor recurrido cita en el fundamento de Derecho sexto de la demanda las Ordenes ministeriales que regulan los índices de aumento de materiales de la construcción y demás permitidos, por lo que al aplicar de oficio a los contratos litigiosos las disposiciones de la Administración pública para la revisión de los precios de sus propios contratos, el Tribunal *a quo* ha incidido en la infracción denunciada.

PRESCRIPCION: ADMITIDA POR EL JUEZ UNA DEMANDA, AUNQUE HAYA SIDO CON INFRACCION DEL ARTICULO 462 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, PRODUCE TODOS LOS EFECTOS JURIDICOS, ENTRE ELLOS LA INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—En el único motivo del presente recurso se acusa al Tribunal *a quo* de haber incurrido en interpretación errónea del artículo 1.973 del Código civil, por no tener presente la doctrina de esta Sala, según la cual, la mera presentación de una demanda ante el Órgano judicial correspondiente no es suficiente para interrumpir la prescripción del Derecho que a través de ella se pretenda tutelar, si la misma no reúne los requisitos necesarios para su admisibilidad, entre los que se encuentran la aportación de los documentos y copias que la ley exige y la certificación del acto de conciliación; mas al argumentar de ese modo olvida: Primero, que los hechos determinantes de la interrupción a que se refiere el artículo 1.973, por estar encomendados a la libre apreciación de dichos Tribunales, no son susceptibles de casación sino por el cauce establecido en el número 7 del citado artículo 1.692. Segundo, que aun cuando así no fuera, el Juez de Primera Instancia tuvo por promovida la demanda, y es indudable que a partir de ese momento tal escrito fue admitido plenamente, con la producción de todos los efectos jurídicos que de ello se derivan; como sólo existe defecto legal en el modo de proponer la demanda cuando no se llenen los requisitos del artículo 524, al no estar comprendidos en ellos la celebración del acto conciliatorio, su falta no convierte a aquélla en ineficaz cuando el Juez, con infracción del artículo 462, párrafo 1.º, las haya admitido a trámite sin ser acompañadas de este documento, puesto que tal falta puede ser corregida incluso de oficio, convirtiendo en válido lo practicado antes de su subsanación. Tercero, que al servir de fundamento a la prescripción regulada en el artículo 1.961 y concordantes del Código

civil, la presunción de abandono del derecho que se esté prescribiendo por parte de su titular, tal efecto no se produce cuando, como aquí ha sucedido, dicho señor acude ante los Tribunales para ejercitarlo, por implicar tal conducta el cese de su inactividad y la exteriorización de su deseo de hacerlo efectivo mediante la puesta en marcha de la actividad judicial, que es precisamente lo que interrumpe la prescripción. Cuarto, que si para el ejercicio de algún derecho, como el de retracto, se ha estimado suficiente la presentación de la pepeleta conciliatoria ante el Juzgado correspondiente, no existe motivo alguno para que se consiga idéntico resultado mediante la interposición de la demanda ante el Organismo jurisdiccional a quien esté atribuido su conocimiento, puesto que de otra forma se vulneraría el principio general de Derecho: *Ubi est eadem ratio, debet esse eadem juris dispositio*. Quinto, que la exigencia del acto de conciliación no entra en juego más que en los casos concretos que determina el artículo 460 de la Ley Rituaria, de los que, según el número 5.º de su párrafo 2.º, se exceptúan los juicios que sepromueven contra personas que residan fuera del territorio del Juzgado en que deba establecerse la demanda.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS

DESAHUCIO DE LOCAL: NO SE ACREDITA QUE LOS ACTOS CAUSANTES DEL MISMO HAYAN SIDO REALIZADOS DENTRO DEL LOCAL (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1974).

Se intenta el desahucio del local arrendado a una entidad médica para clínica y consultorio, alegando falta de salubridad e higiene, ocupando los enfermos, como sala de espera, otras dependencias de la casa no comprendidas en el contrato. El Juzgado de Colmenar Viejo desestimó la demanda e igual hizo la Audiencia.

No prevalece el recurso de injusticia, porque el único documento aportado es la carta dirigida por los otros ocupantes del edificio a la propietaria, y en ella sólo se acredita el deseo de los firmantes de que se ejercitara la acción resolutoria, pero sin que se demostrase la realización de los actos insalubres verificados fuera del local arrendado, lo que se da por supuesto para que prospere la infracción indicada.

RESOLUCION DE CONTRATO (SENTENCIA DE 28 DE MARZO DE 1974).

El propietario demanda al arrendatario de un bar, alegando que se trataba de un arrendamiento de industria, por lo que está excluido de la Ley de Arrendamientos Urbanos y no tiene derecho de prórroga forzosa. Negó el demandado tal afirmación y se opuso a la resolución pretendida. El Juzgado número 2 de Tortosa estimó la demanda, sentencia confirmada por la Audiencia de Barcelona.

No prospera el recurso de casación por infracción de ley, ya que no se cita norma legal de valoración de prueba para demostrar el error de Derecho. Se involucran dos cuestiones heterogéneas, como la calificación del arrendamiento y la existencia de tácita reconducción, lo cual supone inadmisión del recurso, pues no se utilizó el cauce procesal adecuado, que debió ser el de la fundamentación en los artículos 1.281 y siguientes del Código civil, que señala las normas para la interpretación del contrato.

PERTURBACION DEL USO DE LA COSA ARRENDADA Y RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: SI LAS OBRAS NECESARIAS PARA CONSERVAR EL EDIFICIO SUPERAN EL 50 POR 100 DEL VALOR DEL MISMO SE DA LA CAUSA DE RESOLUCION DEL ARTICULO 118 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1974).

Los arrendatarios de un hotel, que ocupa las plantas segunda a cuarta del edificio, demandan al dueño del mismo, quien ha realizado unas obras en las plantas baja y primera que han causado considerables perjuicios a los demandantes, perturbando el uso de la cosa arrendada, atentando a la seguridad del inmueble, con el fin de que se concluya con tal perturbación reponiendo los elementos comunes a su estado primitivo e indemnizando los perjuicios causados. Se acumula a este pleito otro entablado por el dueño del edificio para solicitar la resolución del contrato, al amparo del artículo 118 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

El Juzgado número 5 de Bilbao absolvió de la demanda a los arrendatarios del hotel y estimó parcialmente la demanda de éstos, debiendo ejecutar el propietario las reparaciones necesarias e indemnizar a los inquilinos. La Audiencia de Burgos revocó la sentencia anterior, absolviendo a los arrendatarios y resolviendo el contrato.

No triunfa el recurso de injusticia notoria. Considera la doctrina del Tribunal Supremo que como siniestro, dentro del artículo 118 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se han de considerar todas las averías o deterioros importantes que se produzcan en la vivienda o local, cualquiera que sea la causa que las origine, por lo que en el término «reconstrucción» se han de incluir todas las obras necesarias para volver a poner la vivienda o local en estado de servir para el destino convenido. Desde el momento en que las obras superan el 50 por 100 del valor del inmueble procede acoger la resolución pretendida, sin que quepa admitir la opinión del recurrente de que las únicas obras computables a este efecto son las de reconstruir el edificio, tesis que pugna con lo expuesto anteriormente y con la petición del recurrente de que se realicen las obras necesarias para mantener lo arrendado en su estado normal, obras que ascienden a más del 50 por 100 del valor real de las plantas arrendadas, lo que no se ha impugnado en el recurso.

DENEGACION DE PRORROGA: EL NO USO DE UN ALMACEN EQUIVALE AL CIERRE DE LOS LOCALES ABIERTOS AL PUBLICO (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1974).

Arrendada la planta baja de un edificio para almacén de una empresa de transportes de viajeros, se trasladó a otro local, quedando aquél vacío por más de dos años, por lo que se solicita la resolución del contrato. Niega el cierre el demandado, que alega se dedica ahora el local a taller de reparaciones y almacén de accesorios de los vehículos de la empresa. El Juzgado de Monforte estimó la demanda, sentencia confirmada íntegramente por la Audiencia Territorial.

Tampoco prospera el recurso de injusticia. El local ha sido alquilado para guarda de un ómnibus y para domicilio legal de la empresa de viajeros, propiedad del demandado, siendo abandonado después y permaneciendo cerrado y sin usar por más de año y medio. Esta Sala ha declarado que el no uso de los almacenes equivale a cierre de local de negocio, por lo que probado el mismo por tiempo superior al establecido en la ley, es procedente la desestimación del recurso en su totalidad.

RESOLUCION DE CONTRATO: ES INCONGRUENTE LA SENTENCIA RECURRIDA AL REVISAR LA DE PRIMERA INSTANCIA EN UN PUNTO QUE LA PARTE ACTORA NO HABIA IMPUGNADO (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1974).

Se reconoció en el contrato la posibilidad de que el arrendatario constituya una sociedad mercantil, que se subrogaría como tal arrendatario, siendo éste el único caso de subrogación autorizado por los propietarios. Asociados privadamente, desde el primer momento, el arrendatario y otra persona, se constituyó posteriormente una sociedad limitada, en la que entraron además otras dos personas distintas. El propietario entendió que con esta doble aportación se incurre en causa de resolución por cesión o traspaso ilegal, habiendo además realizado ciertas obras sin permiso del propietario. El Juzgado número 9 de Valencia declaró resuelto el contrato, sentencia confirmada en parte por la Audiencia, fundando la resolución en las obras inconsistentes.

Prospera el recurso de injusticia. Solicitada la resolución al amparo de dos causas distintas del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, la sentencia de Primera Instancia estimó que existía la de cesión o traspaso ilegal, pero no la de obras no autorizadas, sin que la parte actora apelara la desestimación de esta última causa, por lo que quedó firme en este punto, incurriendo la de Segunda Instancia en incongruencia al revisar la anterior. Como, por otra parte, la sentencia de la Audiencia Territorial desestimó la resolución por cesión o traspaso inconstituido, única apelada, procede absolver libremente a los demandados.

OBRAS NO AUTORIZADAS: EN LA FRASE «REABRIR EL SOTANO» SE HAN DE ENTENDER COMPRENDIDAS TODAS LAS OBRAS NECESARIAS PARA EL SERVICIO DEL BAR DEL QUE ERA ANEJO (SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 1974).

La hija del arrendador autorizó al inquilino, arrendatario de un bar, a realizar ciertas obras, entre ellas a «reabrir el sótano». El arrendatario transformó el pequeño sótano, destinado a trastero, en un espacio seis veces mayor que el primitivo. El arrendador, estimando que se había excedido en la realización de las obras, le demandó, solicitando la resolución del contrato. El Juzgado número 3 de Vigo desestimó la demanda, lo que confirmó la Audiencia Territorial de La Coruña.

No prospera el recurso de injusticia notoria, ya que si el sótano primitivo era una cueva pequeña, abandonada y aislada, que no guardaba relación con el local comercial, sería absurdo limitar el vocablo «reabrir» a la restringida acepción de abrirlo de nuevo tal como estaba antes, habida cuenta de las modernas características del bar y de que en el mismo se iban a instalar los servicios higiénicos, dato éste que cuidó de silenciar el actor, por lo que las obras habían de tener cierta importancia. El Juez de Instancia tuvo en consideración la importancia de las obras y las apreció como adecuadas al fin perseguido, siendo el resultado de la interpretación lógico y acorde a las circunstancias del caso, por lo que ha de ser respetada en la resolución de este recurso.

RESOLUCION DE CONTRATO Y DECLARACION DE RENTA: NO SE JUSTIFICA DE FORMA INDUBITADA EL AUMENTO DE RENTA PRETENDIDO (SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1974).

En la cláusula del contrato se establecía el aumento de renta conforme al índice del coste de la vida del Instituto Nacional de Estadística; pero instado el aumento, se niega el arrendatario al pago, por lo que se le demanda para que satisfaga el aumento y, caso de oposición temeraria, se declare resuelto el arrendamiento. La arrendataria alegó falta de legitimación de la actora, invalidez de la cláusula, caducidad de la acción e improcedencia de la reclamación por no justificar a qué se debe la cantidad que se reclama. El Juzgado número 19 de Barcelona estimó la demanda y declaró ilegítimo el aumento, pero la Audiencia Territorial la revocó.

El recurso no es admitido por el Tribunal Supremo, por no haber aducido la arrendadora ninguna razón ni indicado el resultado de ninguna operación aritmética para apreciar si es correcto el aumento de renta solicitado; de la simple lectura de la certificación del Instituto Nacional de Estadística no resulta patente lo contrario de lo afirmado en la sentencia recurrida, por lo que no puede ser estimado el pretendido error de hecho de la sentencia indicada. La desestimación de este motivo lleva consigo el rechazo de los demás.

EJECUCION DE OBRAS: LAS CONDICIONES PACTADAS POR LA USUFRUCTUARIA SON NOTORIAMENTE GRAVOSAS PARA LA PROPIEDAD, POR LO QUE CONCURRE LA CAUSA DE RESOLUCION DEL NUMERO 12 DEL ARTICULO 114 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1974).

Demanda la arrendataria de un local destinado a bar, a los propietarios del mismo para que ejecuten obras necesarias para el mantenimiento del edificio en estado de servir para el uso a que se destina. Los demandados alegan que el contrato era de vivienda, por lo que al establecerse una industria ha incurrido la arrendataria en causa de resolución y, además, los daños causados han sido producidos por la instalación del bar, formulando reconvencción, en la que se solicita la resolución del contrato. El Juzgado de Andújar desestima la demanda y admite la reconvencción, confirmando esta sentencia la Audiencia de Granada.

No prospera el recurso de injusticia. La planta baja del edificio se arrendó para vivienda, autorizando luego la usufructuaria la apertura de un bar y la entrada al mismo por el zaguán y portal del edificio, con lo que se produjeron las naturales molestias a los ocupantes de los restantes pisos. De ello se dedujo por el Tribunal *a quo* que las condiciones pactadas por la usufructuaria eran muy gravosas para la propiedad del inmueble y estimó la causa de resolución del número 12 del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, lo que ha de considerarse correcto, ya que la prohibición de transformar vivienda en local de negocio subsistió hasta el Decreto de 17 de mayo de 1973, muy posterior a la presentación de la demanda en este litigio. La presentación de un recibo suscrito por los demandados no justifica el consentimiento de los mismos a la transformación, ya que la renuncia a su derecho de impugnación ha de ser expresa y clara. Tampoco puede estimarse la caducidad de la acción, puesto que no ha transcurrido el plazo de quince años señalado en el Código civil para las acciones personales.

RESOLUCION DE CONTRATO: LA RESOLUCION DEL GOBERNADOR, ACORDANDO LA DEMOLICION DEL EDIFICIO, TIENE PLENA EFICACIA, SIN QUE SE PUEDAN ALEGAR FALTAS DE FORMA O DE FONDO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PARA DESVIRTUAR LA ACCION ARRENDATICIA (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1974).

Una sociedad de seguros tenía arrendada la planta baja, compuesta por tres locales comerciales, a distintos arrendatarios, y autorizada la demolición por el Gobernador Civil de Ciudad Real, se notificó a aquéllos para el ejercicio de su derecho de retorno, sin que hicieran nada ni desalojaran el local, por lo que se les demanda, solicitando la resolución del contrato. Tanto el Juzgado de Ciudad Real como la Audiencia de Albacete estimaron la demanda.

No tiene éxito el recurso de injusticia, porque la parte actora contrajo el compromiso, a que se refiere el número 1 del artículo 78 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de reedificar en las condiciones que allí se determinan, afirmación de la sentencia recurrida que no ha sido impugnada en el recurso. La resolución del Gobernador tiene plena eficacia para entablar la acción, sin que sea factible examinar supuestas faltas de fondo o de forma del procedimiento administrativo, ya que el artículo 79 de la Ley de Arrendamientos Urbanos dice que los Gobernadores concederán o negarán la autorización sin ulterior recurso. Como todos los restantes motivos se refieren a trámites y requisitos del procedimiento administrativo, han de decaer igualmente. Habiéndose cumplido la notificación fehaciente del artículo 78 de la misma ley, es indiferente que la notificación se haga personalmente por el arrendador o por medio de mandatario.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: EL AUMENTO TRANSITORIO DE LA RENTA IMPLICA QUE NO AUTORIZA EL ARRENDADOR EL CAMBIO DEFINITIVO DE DESTINO DE LA COSA ARRENDADA (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1974).

Se arrendó un local para venta de muebles, tejidos, electrodomésticos, etcétera, y se autorizaron obras de adaptación en el plazo de un año. El arrendatario utilizó el local simplemente para almacén, cerrado al público, y no realizó las obras de adaptación, causando daños en el local con perjuicio de la propiedad, por lo que se solicitó la resolución del contrato. El Juzgado número 2 de Cádiz estimó la demanda por concurrir la causa 3.ª del artículo 62 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, confirmando la sentencia la Audiencia Territorial.

No es admitido el recurso de injusticia notoria. De los recibos aportados se deduce que el arrendador no transigió con que el local fuera usado tan sólo como almacén sino de modo transitorio, por lo que pagó una cantidad adicional durante unos meses; la cláusula de que tales recibos no supondrían para el arrendatario la adquisición de derecho alguno, impedía la conformidad de los arrendadores en el cambio de destino del local y no puede deducirse la pretendida novación del contrato, siendo notoria la diferencia entre local destinado a venta y almacén, ya que en este último no existe la comunicación al público, esencial en el primero.

REVISION DE RENTA: SE REITERA LA DOCTRINA LEGAL DE QUE EL ARTICULO 103 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS HA SIDO DEROGADO POR EL TEXTO REFUNDIDO DE LA CONTRIBUCION TERRITORIAL URBANA (SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1974).

Se solicita por el arrendatario la reducción de renta a la declarada por el arrendador a efectos de la Contribución Urbana. Tanto el Juzgado número 3 de Burgos, como la Audiencia, estimaron la demanda.

Pero el Tribunal Supremo, confirmando lo establecido en las sentencias de 9 de junio, 19 de octubre y 5 de noviembre de 1973, admite el recurso, diciendo que el artículo 103 de la Ley de Arrendamientos Urbanos ha sido derogado por el Texto Refundido de la Contribución Territorial Urbana, que establece una valoración objetiva de las fincas urbanas y no la fundada en la declaración del propietario. Como el régimen catastral de dicho Impuesto se implantó en Burgos en el año 1973, queda sin apoyo legal la acción del arrendatario para pedir la reducción de renta a partir de dicho momento.

RETRACTO ARRENDATICIO: NO PROCEDE EL RETRACTO EN LAS CESIONES A TITULO GRATUITO DE LOS DERECHOS DERIVADOS DE UNA PROMESA DE VENTA (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1974).

Concertado el arrendamiento de un piso por una señora, como propietaria del mismo, se hace años después una notificación al arrendatario por aquella y sus dos hijos, como copropietarios, denegando la prórroga por causa de necesidad. Por suponer este hecho la existencia de una transmisión de la que no ha tenido noticia el arrendatario, éste ejercita el derecho de retracto, a lo que se opusieron los demandados. El Juzgado número 18 de Barcelona desestimó la demanda y la Audiencia confirmó íntegramente esta sentencia.

El recurso de injusticia notoria es rechazado por el Tribunal Supremo, ya que no se da en la transmisión del piso el requisito de la onerosidad, al que se refieren los artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y, por tanto, no procede el retracto pretendido. Aunque el contrato no es de donación propiamente dicha, sino de cesión de los derechos derivados de una promesa de venta, que tenía la empresa con la cedente, falta la identidad entre la cesión y la compraventa o dación en pago, a que se refiere la Ley de Arrendamientos Urbanos. Si entre cedente y cesionarios existen los lazos de madre e hijos; si la entidad vendedora no percibió cantidad alguna al celebrarse la compraventa con éstos, por tenerla percibida antes, siendo tenidos los hijos como propietarios antes de la firma del contrato, no es absurda ni ilógica la conclusión del Juzgador de Instancia de que se trata de cesión gratuita, por lo que ha de ser desestimado el recurso al no darse ninguno de los supuestos en que es necesaria la notificación de la transmisión.

REVISION DE RENTA: NO SON VALIDAS LAS CLAUSULAS DE ESTABILIZACION EN LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO CELEBRADOS ANTES DE LA LEY DE 1956 (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1974).

Se estableció en un contrato de arrendamiento de local de negocio una cláusula de estabilización adicional, por la que la renta fijada podrá revisarse cada dos años en más o en menos, siempre que el valor oro sufriera

una oscilación superior al 10 por 100. Al comprar la finca, la entidad actora se dirigió al arrendatario para que admitiese y abonase el aumento de renta, conforme a esta cláusula. Entablado procedimiento de mayor cuantía, se desestima la demanda por inadecuación de procedimiento. Se acude entonces al procedimiento arrendaticio pertinente, señalando en la demanda las cantidades que se deben abonar por el demandado en cada período de tiempo transcurrido desde el contrato, con los intereses legales correspondientes. El demandado opuso la caducidad de la acción para reclamar la revisión de renta y, en todo caso, sólo puede hacerlo desde la interposición de la demanda. El Juzgado número 14 de Barcelona declaró válida la revisión de renta, con efectos sólo desde la interposición de la demanda, sentencia confirmada por la Audiencia de la misma capital.

Interpuesto recurso de injusticia notoria—bajo la dirección de nuestro compañero José Serrano Terrades—, se dirigió a la nulidad de la cláusula adicional, y para el caso de no admitirse, se impugna como error de hecho la cuantía determinada por el Juzgador de Instancia para la actualización de la renta. La Sala estima los dos primeros motivos, ya que si la doctrina legal reconoce la validez de las cláusulas de estabilización, hay que tener en cuenta que se refiere a los contratos posteriores a la Ley de 1956 y no a los anteriores a ella. Estipulada esta cláusula en 1953, vigente la Ley de 1946, sancionadora de un rígido sistema nominalista, se produce la nulidad de tal pacto en virtud del artículo 1.255 del Código civil y, por tanto, de imposible sanación o confirmación, por lo que al no comprenderlo así, el Juez de Instancia incurre en los vicios denunciados en estos motivos y procede la estimación del recurso, sin entrar a contemplar el último de los motivos.

OBRAS NECESARIAS: POR NO HABER SIDO PARTE EN EL PROCEDIMIENTO TODOS LOS INTERESADOS, TANTO ACTIVA COMO PASIVAMENTE, NO SE RESUELVE SOBRE EL FONDO DEL LITIGIO (SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 1974).

Se demanda al propietario de una casa para que realice obras de reconstrucción y reparación de una vivienda arrendada después del incendio sufrido. El arrendador alegó que las obras de reparación superaban el 50 por 100 del valor de la casa y formuló reconvención pidiendo la resolución del contrato y la declaración de ruina de la casa. El Juzgado número 2 de Pamplona desestimó la demanda y admitió la reconvención declarando resueltos los contratos de arrendamiento. La Audiencia confirmó la sentencia anterior.

Prospera el recurso de injusticia, porque el actor es cotitular con su hermano del arrendamiento del local litigioso, habiendo procedido como si fuera él solo el interesado. La demandada no es propietaria única de la casa, sino en unión de sus dos hijos; por tanto, la relación procesal debía comprenderlos a todos, sin que lo entendiera así la Sala sentenciadora, infringiendo los artículos 394 y 398 del Código civil y la doctrina jurisprudencial que los interpreta. Uno de los principios generales del proceso es que nadie puede ser condenado sin previa audiencia, y si el actor puede citar a las personas que crea conveniente, es indudable que para lograr el éxito de sus pretensiones ha de dirigir la acción contra todos y cada uno de los que tengan interés legítimo en impugnarla, debiendo los Tribunales apreciar de oficio este punto, no pudiendo pronunciarse respecto a cuestiones que afecten a quienes, no obstante no haber sido llamados al proceso, sean extensivos a ellos los efectos de la cosa juzgada. Se anulan las sentencias anteriores, absolviendo de la demanda y de la reconvención a las partes.

REVISIÓN DE RENTA: PARA QUE LAS CLAUSULAS DE ESTABILIZACIÓN SEAN VALIDAS DEBEN PREVER TANTO EL SUPUESTO DE AUMENTO COMO EL DE DISMINUCIÓN DE LA RENTA (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1974).

En un arrendamiento de local, concertado en 1966, se estableció una cláusula de revisión de renta con carácter voluntario a partir del cuarto año de vigencia del arrendamiento, que podrá instar la sociedad arrendadora, renunciando en otra cláusula los arrendatarios al derecho de revisión de renta que pudiera corresponderles, aclarándose que la revisión de renta sería a partir del quinto año de vigencia. Posteriormente se hizo otro contrato entre las mismas partes, en el que se determinó que la revisión instada por la sociedad arrendadora se hará atendiendo a la variación del valor adquisitivo de la peseta, según los precios medios fijados por el Instituto Nacional de Estadística. En 1972 se pretendió un aumento de renta, que no fue admitido por los arrendatarios, quienes alegaron la nulidad de la cláusula referida, por lo que se les demandó. El Juzgado número 1 de Salamanca desestimó la demanda, sentencia confirmada por la Audiencia de Valladolid.

El recurso de injusticia es desestimado por el Tribunal Supremo. Con posterioridad a la Ley de 1955 es indudable la licitud de establecer medios correctores de las posibles variaciones que experimente el valor adquisitivo del dinero, pero no si implican constante aumento de la renta, sin posibilidad de disminuirla en el supuesto de que bajen los índices fijados como módulos reguladores. Como la cláusula sólo contempla el aumento de la renta, se excluye la disminución y, por consiguiente, la cláusula es estabilizadora para el arrendador, pero no para los arrendatarios, todo lo cual integra suficiente relación causal de invalidez e ineficacia de dichas estipulaciones, por aplicación de la doctrina reiterada de esta Sala.

RETORNO ARRENDATICIO: HA DE SUFRIR LA RENTA UNA REDUCCIÓN SI EL LOCAL OFRECIDO TIENE RESPECTO AL ANTERIOR LAS DIFERENCIAS QUE SEÑALA EL ARTICULO 83 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS (SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1974).

Establecido el derecho de retorno e inscrito, y efectuada la reconstrucción del edificio, el arrendatario, a la vista de que el local reservado no reunía las condiciones precisas para el negocio de garaje, según informe pericial, puesto que el anterior era exterior y el nuevo está en un sótano, con otras variaciones importantes, pide otro local más adecuado con la reducción de la renta, y caso de no poder realizarse este cambio de local, se han de indemnizar daños y perjuicios. Por la entidad demandada se opuso que de las obras efectuadas por la apertura de una nueva calle, que originaron la expropiación pertinente, se ocasionó la inutilización del local en cuestión como tal garaje, por lo que, en su caso, debería dirigirse contra el Ayuntamiento como expropiante, ya que la entidad arrendadora no se ha lucrado en absoluto con ese cambio de condiciones de este local. El Juzgado número 4 de Zaragoza desestimó la demanda y lo mismo hizo la Audiencia Territorial.

Triunfa parcialmente el recurso de injusticia notoria, en cuanto al motivo quinto, que trata de la reducción de renta, por haber variado la situación del local, conforme al artículo 83 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y de acuerdo con el 85 del mismo texto legal, ya que el local antiguo era semisótano, y el ofrecido, sótano, por lo que ha de sufrir la reducción de un 10 por 100 la renta asignada en el nuevo inmueble. No prosperan los otros motivos, por no haber probado suficientemente el cambio de rasante en la calle ni la inutilización del local para destinarlo a garaje.

DESAHUCIO: AL NO REUNIR LOS REQUISITOS DEL NUMERO 3.º DEL ARTICULO 3 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS, NO TIENE DERECHO A PRORROGA FORZOSA EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE ESPECTACULOS Y PROCEDE EL DESAHUCIO POR FINALIZACION DE PLAZO (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1974).

Arrendado un terreno para dedicarlo a espectáculos al aire libre en 1963, la arrendadora al concluir el plazo de ocho años expresa su deseo de recabar la entrega de la posesión de la finca, solicitando el desahucio del arrendatario. Se opuso éste, afirmando que el contrato decía claramente que se trataba de un local para espectáculos. El Juzgado de Primera Instancia de Segovia desestimó la demanda sin entrar a resolver el fondo del asunto. La Audiencia de Madrid revocó esta sentencia, declarando haber lugar al desahucio.

El recurso de casación por infracción de ley es rechazado por el Tribunal Supremo. El tema del pleito es el de determinar si el arrendamiento tiene por objeto un solar-jardín, en el cual el arrendatario monta su propia industria de espectáculos, o si lo cedido fue una industria de espectáculos en marcha. Excluido de la Ley de Arrendamiento Urbanos el arrendamiento de industria, el propio artículo 3 excepciona la de espectáculos en determinadas condiciones de fechas, que se aplicarán en el caso tratado, por ser anterior a la entrada en vigor de la ley actual, siendo obligatoria para dichos supuestos la prórroga forzosa, y ésta es la tesis del recurrente frente a la sentencia recurrida, en la que se da lugar al desahucio por aplicación del Código civil, ya que el objeto del arrendamiento no fue la industria, sino el local, y todos los accesorios fueron adquiridos por el arrendatario, por compra a los anteriores arrendatarios. Como la interpretación de la Sala ha de ser respetada siempre que no sea desproporcionada ni absurda, no puede prosperar ninguno de los motivos del recurso, basados en la interpretación del contrato.

DESAHUCIO DE LOCAL: LAS OBRAS REALIZADAS SIN CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR NO PUEDEN AMPARARSE EN LA AUTORIZACION HECHA PARA OTRAS DISTINTAS (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1974).

Se intenta la resolución de un arrendamiento de local por cambio de destino del mismo, por realización de obras incontestadas y por el desarrollo de actividades molestas y peligrosas. El Juzgado número 1 de Girona desestimó la demanda, pero la Audiencia de Barcelona revocó la sentencia anterior declarando resuelto el contrato existente entre los litigantes.

No prosperó el recurso de injusticia notoria, puesto que la sentencia recurrida afirma la realización de obras en 1964 para colocar unos depósitos sin conocimiento del arrendador, habiéndose utilizado para otro fin distinto del autorizado, sin que se haya probado la inexistencia de nuevas obras para este cambio de destino del hueco abierto antes. No habiéndose desvirtuado la fundamentación de las premisas en que se ampara el fallo recurrido, no existe razón alguna para negar la correcta aplicación de los preceptos en que se apoya.

DENEGACION DE PRORROGA: SI NO SE PRUEBA LA ACTIVIDAD COMERCIAL ANTERIOR DEL HIJO DEL PROPIETARIO, NO PUEDE DARSE LA CAUSA 1.ª DE EXCEPCION A LA PRORROGA FORZOSA (SENTENCIA DE 26 DE MARZO DE 1974).

El inquilino del primer piso de una casa es demandado para que desaloje el mismo, por necesitarlo un hijo del propietario con el fin de establecer un negocio propio, a lo que se opuso aquél diciendo que no es corriente instalar un negocio en un primer piso y, sobre todo, que la actividad comercial del hijo había comenzado después de hecha la notificación al arrendatario. El Juzgado de Inca estimó la demanda y declaró resuelto el contrato, pero la Audiencia de Palma revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda.

No tiene éxito el recurso de injusticia notoria, ya que no se expresa en el requerimiento al arrendatario ni se ha demostrado después que el hijo del arrendador se hallare establecido por su cuenta en actividad de comercio con un año de antelación a la fecha del requerimiento. Por el contrario, lo que ocurría es que el negocio es del padre, ayudado por el hijo, y se pretende la separación de éste estableciendo un nuevo negocio. Aunque se presente el alta en la licencia fiscal, ésta no atribuye la condición de comerciante, ya que se desvirtúa por prueba en contrario, y ha quedado improbadamente la actividad de venta ambulante del hijo con independencia del negocio de su padre.

SUBARRIENDO: NO SE DEMUESTRA LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO PREVIO AL SUBARRIENDO, POR LO QUE ESTE HA DE CONSIDERARSE VERDADERO ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 29 DE MARZO DE 1974).

Según el demandante, el subarrendatario de un local había pactado una duración de diez años para su contrato sin que se diera lugar a la prórroga del mismo. Negó el demandado que existiera tal subarriendo, porque lo que había era un verdadero arrendamiento entre ambas partes, ya que la pretendida arrendataria era la hija del arrendador, que incluso, en nombre de éste, extendía los correspondientes recibos. El Juzgado número 19 de Barcelona estimó la demanda y declaró resuelto el contrato, pero la Audiencia absolvió al demandado de todos los pedimentos de la demanda.

No triunfa el recurso de injusticia notoria, ya que el llamado contrato de arriendo entre la actora y su padre no fue presentado para su inscripción en la Cámara de Propiedad Urbana ni en ningún otro organismo oficial; escrito a máquina, se intercaló a mano la fecha de su otorgamiento, sin que aparezca constituida fianza de alquileres. En el otro contrato con el demandado no se expresa que el padre actúe en nombre de su hija, y salvo la palabra «sub» interlineada sobre la palabra «arriendo», siempre se habla de arriendo, alquileres, etc., no ateniéndose a ningún contrato anterior a favor de la recurrente. En los recibos tampoco se alude a que fueran abonados como precio de subarriendo. Para que las presunciones puedan ser combatidas es preciso acreditar que la Sala incurrió en manifiesto error de hecho o que la deducción es absurda, ilógica o inverosímil, lo que no ocurre en este caso.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: PROCEDE CUANDO CAMBIA EL DESTINO DE UN LOCAL PARA CONVERTIRLO EN ALMACEN, SIN QUE ESTA POSIBILIDAD ESTE PREVISTA EN EL CONTRATO (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1974).

Concertado un arrendamiento de local en 1970 para negocio de confección o carnicería y autorizados los arrendatarios para ciertas obras de adaptación, no se hicieron éstas ni se llegó a abrir tal local, por lo que dos años después se les demanda para que se declare resuelto el contrato. Adujeron los demandados que el local se destinaba a almacenar los géneros que compraban para su distribución, dedicándose a la industria de confección, que expresamente reconocía el contrato. El Juzgado número 1 de Burgos declaró resuelto el contrato, sentencia confirmada íntegramente por la Audiencia Territorial.

El recurso de injusticia notoria no prosperó, tanto por falta de precisión y claridad en su formulación como porque hace de la cuestión supuesto, partiendo de la hipótesis de que el local litigioso no fue arrendado para destinarlo a negocio abierto al público, tesis contraria a la que llega la sentencia recurrida, criterio de Tribunal *a quo* que ha de prevalecer si no se impugna debidamente. Destinar el local a almacén es un acto unilateral de los arrendatarios, que constituye precisamente el objeto de enjuiciamiento en el presente litigio. El anexo del contrato autorizó a los arrendatarios para dedicar el local a negocio distinto al pactado, pero no para convertirlo en almacén, no habiéndose alegado ni probado suficientemente el impedimento del contratante para ejercer actividad de comercio o industria propia de su profesión de carnicero, que es la que se previó preferentemente en el contrato.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: LOS DOCUMENTOS APORTADOS NADA PRUEBAN CONTRA LA INEXISTENCIA DE CESION O SUBARRIENDO DEL LOCAL (SENTENCIA DE 6 DE ABRIL DE 1974).

Arrendado un local a una persona individual con la cláusula de no ceder, subarrendar o traspasar, en todo o en parte, ni destinarlo a uso distinto del pactado, pudiendo hacerlo únicamente con permiso del propietario, se pide a éste autorización para efectuar obras, haciéndolo en nombre de «Hermanos Aylagas», lo que indica un cambio en la titularidad del negocio del que no había tenido noticia el arrendador; por ello se solicita la resolución del contrato correspondiente por cesión o traspaso inconsentido. Negó el arrendatario primitivo que su hermano compartiera el uso del local en cuestión como titular, siendo tan sólo un dependiente o asalariado suyo hasta el momento de su fallecimiento. El Juzgado número 3 de Madrid estimó la demanda y lo mismo hizo la Audiencia.

Es rechazado el recurso de injusticia, ya que la prueba documental o pericial obrante en autos no demuestra la equivocación de un modo manifiesto del Juzgador. Cuando la apreciación del Juez de Instancia es el resultado de la valoración conjunta de todas las pruebas, no es lícito desarticularlas con el propósito de llegar a una conclusión opuesta, a base de la estimación tan sólo de algunas de ellas. Los documentos aludidos sólo hacen prueba del hecho que motivó su otorgamiento, o sea, el alta y baja de la Seguridad Social, el suministro de energía eléctrica, la persona a cuyo nombre se pagaron los impuestos, el servicio telefónico, etc., pero no la inexistencia de la cesión o subarriendo del local de negocio.

NO SON VALIDAS LAS CLAUSULAS DE ESTABILIZACION EN QUE UNICAMENTE SE PREVEA UNA POSIBLE ELEVACION DE LA RENTA
(SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1975).

Hechos.—El arrendatario de un local de negocios demanda al arrendador, solicitando se declare la nulidad de una cláusula del contrato por la que la renta sería elevada en la misma proporción que el coste de la vida según el Instituto Nacional de Estadística. Triunfó la tesis del actor.

Doctrina de la sentencia.—Es constante y reiterada la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo en el sentido de que efectivamente, y al modo como se dice en el recurso, son válidos los pactos de actualización de la renta que, haciendo uso de la libertad contractual consagrada en el artículo 1.255 del Código civil, convengan los contratantes de forma bilateral y recíproca, es decir, tratando de atemperar su eficacia a las alteraciones que *en más o en menos* experimente el coste de la vida; pero no son, en cambio, válidos aquellos que se limitan a establecer de modo unilateral y arbitrario una posible y constante elevación de la renta, sin permitir correlativamente su disminución para el caso de que dicho coste disminuya; hipótesis esta segunda en que forzosamente tiene que incluirse la cláusula contemplada, pues sólo establece y prevé el supuesto de acomodación de la renta a las fluctuaciones *en alza* del nivel general de precios, lo que, sin duda alguna, va en contra de la equitativa proporcionalidad que debe presidir las mutuas prestaciones de todo contrato, que se acrecienta en los del tipo que se examina, pues su vulneración podría incluso conducir a hacer antieconómico para el arrendatario la continuidad en la relación y a convertir en ilusorio su derecho a la prórroga legal, que con carácter irrenunciable preceptúa el artículo 6 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

COMENTARIO.—Estaba el Tribunal Supremo obligado a tomar esta decisión por la reiterada doctrina jurisprudencial en este sentido. De acuerdo con la doctrina legal, pues, la sentencia es correctísima. Tiende, además, a superar el carácter de fuerte liberalismo que en materia contractual preside el pensamiento de nuestro Código civil, en pos de una mayor equidad para las partes contratantes. Protege igualmente a la parte presumiblemente más débil, el arrendatario, siguiendo las orientaciones de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Pero tal vez, si el Supremo busca «no hacer ilusorios los derechos del arrendatario», podríamos preguntarnos si no será más ilusorio todavía que el nivel general de precios baje. ¿Será un proceso irreversible el que lleva a los precios hacia arriba? Aunque en buena técnica jurídica hay que admitir las dos posibilidades: alza o baja del coste de la vida, es tan duradera la escalada—¿recuerda alguien cuál fue el último año en que se produjo una baja en el coste de la vida?—, que no es de extrañar que los contratantes excluyan la posibilidad de la baja, juzgándola, sin duda, irreal o imposible. Es prácticamente un mero formulismo lo que se exige conste en estas cláusulas de estabilización, formulismo cuya posibilidad de materialización es cada vez más remota. De aquí que probablemente haya que dulcificar un tanto la doctrina jurisprudencial, que en su intento de lograr la equidad puede llegar a situaciones contrarias a ella.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS: NO PODRA EJERCITARSE EL RETRACTO CUANDO LAS CONTRAPRESTACIONES DEL MISMO CONSISTAN EN OBLIGACIONES DE CARACTER PERSONALISIMO IMPUESTAS «INTUITU PERSONAE» (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1975).

Hechos.—El propietario de unas fincas rústicas arrendadas transmitió el dominio de las mismas a unos sobrinos suyos a cambio de que éstos le prestaran alimentos. La pretensión del arrendatario de ejercer el derecho de retracto por esta transmisión es rechazado por el Supremo.

Doctrina de la sentencia.—Lo dispuesto en el artículo 16 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos no significa que en todos los casos de transmisiones de fincas rústicas arrendadas pueda sin más ejercitarse el retracto por los arrendatarios, pues han de concurrir entre otros requisitos, el de que sea posible la subrogación del retrayente en el lugar del comprador o primer adquirente, porque aunque el retracto arrendaticio rústico regulado en tal precepto constituya, según también tiene declarado esta Sala, más que un simple derecho de subrogarse en el lugar del adquirente de una finca, una forma de acceso a la propiedad de la tierra por parte de quienes la llevan en arriendo, el efecto que del mismo se deriva es la subrogación del retrayente en el lugar del comprador o primer adquirente, lo cual implica que ocupe el lugar de éste y le sustituye no sólo en el derecho de dominio, sino también en las obligaciones o cargas que en el contrato transitorio se hayan establecido para el primer adquirente, por lo que no podrá ejercitarse el retracto cuando las contraprestaciones del mismo consistan en obligaciones de carácter personalísimo impuestas *intuitu personae*, en cuanto son intransmisibles y no puede el retrayente subrogarse en ellas.

Ello es lo que sucede con relación a la transmisión de las fincas rústicas, a que se refiere el juicio origen del presente recurso, pues, según el contrato transitorio, fueron cedidas por su propietario a los cónyuges demandados, sobrinos de aquél, a cambio de obligarse éstos a prestarle alimentos, con la extensión determinada en los artículos 142 y siguientes del Código civil, por toda la vida del alimentista, que habrá de ser considerado como persona integrante del hogar de aquéllos, y quedando la transmisión de las fincas sujeta a la condición resolutoria de que los indicados cónyuges cumplan la referida obligación alimenticia; si además se tiene en cuenta el parentesco del transmitente con los adquirentes, se revela el carácter fundamental y personalísimo de la mencionada obligación o contraprestación de tracto continuado, en la que, por tanto, no podría subrogarse el arrendatario retrayente.

PARA QUE EMPIECE A CONTAR EL PLAZO PARA EL EJERCICIO DEL RETRACTO ARRENDATICIO RUSTICO ES PRECISO QUE EL ARRENDATARIO CONOZCA TODAS LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA ENAJENACION (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Al no existir la la notificación del comprador de la finca al arrendatario, el plazo de tres meses para ejercitar el derecho de retracto no puede empezarse a contar, ya que no basta el simple conocimiento de que tal posible enajenación hubiera ocurrido, naciendo el ejercicio de tal derecho a partir de la fecha en que el retrayente, por cualquier medio, haya tenido conocimiento de la transmisión, que ha de ser completo, es decir, con todas las condiciones y circunstancias en que se haya realizado

la venta, para que de ese modo pueda, con suficientes elementos, decidir si le conviene o no ejercitar tal acción. No basta el mero conocimiento de la transmisión de las fincas, que reconoce el demandante en confesión judicial, pues es preciso, para que tenga efecto, conocer todas las circunstancias de la enajenación para poder ejercer la acción de retracto.

EL RECURSO DE REVISION DEBE TENER UNA APLICACION RESTRIC-TIVA, SIN EXTENDERSE A OTROS CASOS QUE A LOS TAXATIVAMENTE PREVISTOS (SENTENCIA DE 13 DE OCTUBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Reiteradamente ha hecho resaltar la doctrina jurisprudencial el carácter extraordinario y excepcional del recurso de revisión, y también ha destacado que este recurso—en lo que respecta a sus condiciones precisas y causas invocadas—debe tener una aplicación restrictiva, acorde con su naturaleza, por afectar tan singular remedio al principio casi absoluto de intangibilidad y de irrevocabilidad del fallo que tenga el carácter de firme, y por eso no es válido extenderlo a casos y circunstancias que no sean los taxativamente determinados y previstos en el artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dentro de sus precisos términos, sin que tan extraordinario recurso pueda constituir un medio que autorice a los litigantes para proponer un nuevo examen de cuestiones que tuvieron su ámbito adecuado en el pleito, ni tampoco para reparar negligencias en el orden probatorio.

El recurso de revisión exige, como requisito ineludible para su viabilidad, que los documentos a que dicho precepto se refiere sean decisivos para el pleito, de forma tal que por sí solos contradigan categóricamente lo contenido en el mismo y en la sentencia que le pone fin, es decir, aptos por sí mismos para provocar un pronunciamiento judicial distinto del proferido, y demostrativos de que los hechos de que la resolución partió se deben a su desconocimiento o ignorancia por parte del Tribunal, lo que no ocurre cuando el pleito ofrece por sí base suficiente para la adopción de la resolución impugnada mediante el análisis de otros elementos probatorios, que de forma rotunda y terminante no quedan desvirtuados por la aportación del documento en que el recurso se ampara.

EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION DEBE DIRIGIRSE CONTRA LA SENTENCIA QUE EN ULTIMA INSTANCIA HAYA RESUELTO LA CUESTION DE FONDO. APOYANDOSE EL RECURSO EN UNA CERTIFICACION ADMINISTRATIVA QUE SE DICE FALSA, TAL FALSEDAD HA DE SER DECLARADA EN JUICIO CRIMINAL (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1975).

Hechos.—Resuelto un contrato de arrendamiento de local de negocios, por haber sido la finca arrendada declarada en ruinas, fue desahuciada la arrendataria, doña Aquilina. Arrendados los mismos locales con posterioridad a don Manuel, doña Aquilina demanda a la propietaria y al nuevo inquilino, pero su demanda no prosperó al estimar los sentenciadores la excepción de cosa juzgada. El recurso extraordinario de revisión que interpone doña Aquilina es rechazado por el Tribunal Supremo en base a la siguiente

Doctrina de la sentencia.—El principio de preclusión, básico en el proceso moderno, obliga a que cada actividad del órgano jurisdiccional se realice precisamente dentro del plazo que a tal fin señala la ley.

A este principio básico no podía sustraerse el llamado en nuestro ordenamiento procesal civil recurso de revisión, que tiene por objeto posibilitar la rescisión de las sentencias firmes cuando cumplidamente se demuestre que han sido obtenidas empleando algún medio manifiestamente injusto. Como tan extraordinario remedio pone en entredicho la autoridad de la cosa juzgada, se comprende que la ley haya tenido buen cuidado de señalar breves plazos de tres meses, dentro de lo cual puede ser puesto en ejercicio, puntualizando incluso que debe comenzar a contarse desde el día en que se descubrieron los documentos nuevos o el fraude, o desde el día del reconocimiento o declaración de falsedad—art. 1.798 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, y determinando además que «en ningún caso podrá interponerse después de transcurridos cinco años desde la fecha de la publicación de la sentencia que hubiere podido motivarlo» (art. 1.800), porque de lo contrario se frustraría la finalidad esencial del proceso, que estriba en la seguridad jurídica que el fallo comporta.

Aparece notoria la extemporaneidad de la presentación de la demanda, porque en los hechos objeto del recurso, el *dies a quo* o día inicial del plazo de los tres meses está perfectamente determinado por las fechas de las resoluciones judiciales impugnadas, pues para los presuntos fraudes cometidos en las sentencias ha de interponerse el recurso antes de transcurridos tres meses desde la notificación de la sentencia o desde que ésta quedó firme.

Aunque se quisiera prescindir de la extemporaneidad de la interposición del recurso, y se pudiera entender que había sido presentado dentro de plazo, aun con todo, tampoco podría prosperar, porque se deduce contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y no contra la de la Audiencia, que confirmó aquélla; admitir la impugnabilidad de la sentencia de primer grado, que fue apelada, equivaldría a posibilitar una sentencia rescisoria de aquélla, dejando con todo su vigor la de segundo grado, que la había confirmado, lo cual constituye un absurdo que hay que rechazar.

De conformidad con la reiterada doctrina de esta Sala, la resolución de primer grado, al ser apelada, no es firme y, por tanto, la que debe ser recurrida es la dictada en apelación, pues la impugnación debe dirigirse contra la sentencia que en última instancia haya resuelto la cuestión de fondo, cualquiera que sea el grado del Juez o Tribunal en que haya quedado firme la sentencia que lo motive.

Aunque se hubiera podido prescindir de los insalvables obstáculos procesales que hacen inviable el recurso, tampoco éste podría prosperar porque: Primero. Se apoya en una certificación administrativa que se dice falsa y, sin embargo, no se demuestra que tal falsedad haya sido declarada en juicio criminal, como exige la jurisprudencia. Segundo. Se fundamenta también en una supuesta maniobra fraudulenta, y no sólo no se demuestra su falsedad, sino que ni siquiera se manifiesta en qué pudo consistir.

PARA LA CALIFICACION DEL ARRENDAMIENTO DE UNA FINCA URBANA COMO DE LOCAL DE NEGOCIO O DE ALMACEN HA DE ESTARSE AL DESTINO DEL OBJETO ALQUILADO (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1975).

Hechos.—La arrendadora de un local de negocio demanda al arrendatario y obtiene la resolución del contrato, por haberlo mantenido cerrado el demandado durante más de seis meses en el curso de un año.

Doctrina de la sentencia.—Para la calificación del arrendamiento de una finca urbana como de local de negocio o de almacén ha de estarse al destino del objeto alquilado, destino que, a su vez, no depende directamente

de las condiciones naturales del local al tiempo de celebrarse el correspondiente contrato, sino del pacto expreso o tácito de las partes, que en el presente caso está clara, concreta y explícitamente establecido en el contrato litigioso, al estipularse que «se alquilan estos locales sólo y exclusivamente para exposición y venta de muebles y bazar en general», por lo que al entender el Tribunal sentenciador que el arrendamiento concertado no fue el de un local para almacén y depósito de mercancías, no incurrió en la violación de los artículos 1.281, párrafo 1.º, y 1.283 del Código civil y en la aplicación indebida del artículo 62 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

A juicio del impugnante, es preciso que la falta de relación con el público ha de ser total y absoluta para poder estimar que el local se encuentra «cerrado», en el sentido empleado por el mencionado artículo 62; motivos que tampoco pueden prosperar si se tiene en cuenta: *a)* que para que exista cierre, en el sentido legal, no es necesario el cese de toda actividad en el uso del local o que éste permanezca inerte o inactivo, siempre que la actividad que en él se desarrolle, en relación con el ejercicio de la industria o comercio, tenga carácter accidental, secundario o accesorio, como en el caso de utilización eventual del local, a iniciativa del arrendatario, para raras entrevistas con algunos clientes, y *b)* que la jurisprudencia de esta Sala ha llegado a considerar como cerrado el local de negocio, aunque se hubieran realizado actividades esporádicas en relación con el público, siempre que el acceso de éste no constituya la base de su actividad normal.

El hecho de que la autorización conferida al arrendatario para realizar las obras de acondicionamiento necesarias para la utilización del local arrendado no estuviera sujeta expresamente a plazo o condición, no le exoneraba de la obligación de usar la cosa arrendada con arreglo al destino pactado de local de negocio abierto al público desde que aquélla le fue entregada, pues, como tiene declarado esta Sala, una autorización como la aludida no hay que interpretarla en el sentido de que pueda estar el local arrendado cerrado indefinidamente a pretexto de la ejecución de unas obras.

ARRENDAMIENTOS RUSTICOS. DESAHUCIO POR FALTA DE PAGO: LA NO CONSIGNACION DE LAS RENTAS VENCIDAS NO PRIVA AL ARRENDATARIO DEMANDADO DEL DERECHO DE Oponerse A LA DEMANDA (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.563 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que en los juicios de desahucio por falta de pago, el desahucio podrá ser enervado por el arrendatario mediante la consignación de las rentas adeudadas y costas causadas, si fueren conocidas, y el artículo 29 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos preceptúa que cuando el desahucio se funde en la falta de pago, el arrendatario podrá evitarlo, dentro de los ocho días siguientes al de su citación a juicio, consignando, juntamente con la renta o rentas en descubierto, los intereses de demora y el importe de las costas hasta el momento de la consignación, incluso las de ésta, cuyos preceptos lo que hacen es conceder al arrendatario el derecho a enervar o evitar el desahucio mediante la consignación en ellos prevenida, pero no significan que si no consigna las rentas reclamadas no pueda ser oído en el juicio ni oponerse a la demanda, pues ni esto se dice en ellos ni hay razón para que así sea.

Tal prohibición tampoco resulta de los artículos 1.566 y 1.567 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 54, número 3, del Reglamento de Arrendamientos Rústicos, porque tales preceptos sólo imponen al arrendatario la obligación

o carga de acreditar tener pagadas o consignar, en su caso, las rentas vencidas, las que con arreglo al contrato deba satisfacer adelantadas y las que venzan durante la sustanciación del pleito, bajo pena de que no se le admitirán las reclamaciones, recursos o incidentes que interponga o se le tendrá por desistido de los mismos, lo cual no supone que sin acreditar el pago o efectuar la consignación, no pueda tampoco oponerse a la demanda, pues en los preceptos citados no se contiene esta prohibición, y lógicamente no se le puede privar de ese derecho a oponerse a la demanda, bien negando los hechos de ésta o alegando otras razones o fundamentos que impidan el éxito de la misma, por lo que ha de poder comparecer y ser oído a estos efectos, aunque no pueda promover las reclamaciones o recursos e incidentes prevenidos en los citados artículos.

LAS VENTANAS NO CONSTITUYEN UNA «INSTALACION O SERVICIO» DE UN LOCAL (SENTENCIA DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 1975).

Hechos.—La arrendataria de un local destinado a almacén, situado en el sótano de un edificio que es demolido para construirse otro mayor, ejerce su derecho de retorno y se le adjudica en el sótano del nuevo edificio un local que carece de ventanas. Demanda la arrendataria a las propietarias, que son absueltas.

Doctrina de la sentencia.—El único problema jurídico que se suscita en el presente recurso de injusticia notoria es el relativo a la interpretación del artículo 83 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en cuanto a la exigencia que en el mismo se contiene de que los locales que se asignen a los arrendatarios reservistas que tengan el derecho de retorno previsto en la ley respecto de los edificios derruidos para ser reedificados en que tenían su primitivo arrendamiento, dispongan de «iguales instalaciones y servicios», exigencia que el motivo primero, formulado a través de la causa 3.ª del artículo 136 de la indicada ley especial, entiende fue interpretado erróneamente, con base en que el sótano que se entrega al arrendatario, sustituyendo al que tenía en el antiguo edificio, que era complemento de un local comercial destinado a ultramarinos, de que disfrutaba en un bajo de la propia casa, y que, a diferencia del anterior, carecía de ventanas o puntos de luz y ventilación, lo que constituye un alegato carente de consistencia, porque lo que el legislador ordena en el mencionado precepto, que se dice infringido, es que las viviendas o locales de negocios que se asignen como consecuencia de la reserva establecida en el artículo 82 dispongan, por lo menos, de una extensión superficial no inferior a las tres cuartas partes de la correspondiente a la que anteriormente ocupaba el arrendatario o inquilino, «de iguales instalaciones y servicios», sin que pueda apreciarse la denunciada desigualdad por el hecho de la falta de ventanas, que en sí y por sí no constituyen una instalación o servicio propiamente dichos, y sin que se haya acreditado en el litigio de que traen causa estas actuaciones que el local reservado no sea útil al fin a que se destina, que es de almacén del comercio de ultramarinos que en la misma casa explota la recurrente.

EL DEBER DE CONGRUENCIA NO PUEDE IMPONER A LOS TRIBUNALES LA NECESIDAD DE ACOGER EN TODO CASO LA FALTA DE IMPUGNACION CONTRARIA DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA QUE, CONTEMPLADAS EN SI MISMAS, SEAN IMPROCEDENTES (SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—El deber de congruencia no puede imponer a los Tribunales la necesidad de acoger en todo caso la falta de impugnación contraria de las pretensiones de la demanda que, contempladas en sí mismas, sean improcedentes. Aunque el demandante haya planteado la acción de retracto de autos al amparo de la legislación de Arrendamientos Rústicos, sosteniendo la existencia de un contrato de esta naturaleza y pidiendo que el juicio se tramite con arreglo a las normas especiales de la legislación de referencia, y el demandado haya contestado aceptando la competencia y el cauce procesal elegido por el retrayente, así como en ninguno de sus fundamentos aluda a que la relación arrendaticia esté fuera de la especial rústica, no puede olvidarse que la misma pertenece a la esfera del *ius cogens*, y tanto el derecho material a la misma correspondiente, como el derecho procesal, tienen carácter público y eminentemente social, por lo que no puede la misma modificarse por voluntad de las partes contratantes, ni rige respecto a ella la voluntad contractual ni la teoría de los actos propios.

LA ENAJENACION DE UNA FINCA INCLUIDA EN EL REGISTRO DE SOLARES PRODUCE LA DEFINITIVA EXTINCION DE LOS ARRENDAMIENTOS CONSTITUIDOS SOBRE LA MISMA (SENTENCIA DE 30 DE OCTUBRE DE 1975).

Hechos.—Los arrendatarios de unos locales de negocios situados en una finca que había sido incluida en el Registro de Solares promovieron recurso contencioso-administrativo contra tal inclusión. Aunque el Supremo decretó la nulidad del acuerdo municipal, tal acuerdo habíase ejecutado, siendo desalojados los arrendatarios de los locales, destruido el edificio y construido uno nuevo. Demandan ahora los arrendatarios que se les reponga en el arrendamiento o bien que se les indemnice.

El Tribunal Supremo desestima la demanda en base a la siguiente

Doctrina de la sentencia.—La solicitud y expedición de la licencia para la ejecución de la obra produce *ex lege* la resolución del contrato de arrendamiento, modificándose en este sentido la legislación anterior. Conforme al artículo 149 de la Ley del Suelo, cuando el propietario de una finca incluida en el Registro de Solares se propusiera acometer o terminar la edificación, el otorgamiento de la licencia produce la definitiva extinción de los arrendamientos y demás derechos personales constituidos por cualquier título en relación con los mismos, sin que repercutan de ningún modo sobre la nueva construcción ni hayan de reservarse locales a los antiguos ocupantes.

La enajenación de una finca incluida en el Registro de Solares produce la definitiva extinción de los arrendamientos y demás derechos personales constituidos por cualquier título en relación con la misma, sin que repercutan de ningún modo sobre la nueva construcción ni haya de reservarse en ella locales o habitaciones a los antiguos ocupantes, y si fuere el propietario quien se propusiere acometer o terminar la edificación, producirá el mismo efecto el otorgamiento de la licencia.

Siendo la finalidad de la citada ley facilitar la edificación de las fincas

que habrían de levantarse en los terrenos incluidos en el Registro de Solares, doctrina que no puede estar afectada por el hecho de que el acuerdo de inclusión de las fincas en el Registro de Solares estuviere pendiente de un recurso contencioso-administrativo, que no puede impedir su ejecutoriedad si así lo acuerda la autoridad municipal.

Resuelto o extinguido el contrato de arrendamiento como consecuencia de la inclusión de la finca en el Registro de Solares y otorgamiento de la licencia de obra, y derribadas las anteriores edificaciones, se hace jurídica y físicamente imposible el reestablecimiento de la posesión arrendaticia, y en cuanto a la indemnización o responsabilidad de daños y perjuicios que se pretende subsidiariamente cerca de los demandados, es de tener en cuenta que aquéllos, al solicitar la inclusión de la finca en el Registro de Solares promoviendo la incoación del oportuno expediente, no hicieron más que ejercitar un derecho, de acuerdo con lo que autoriza el apartado c) del artículo 13 del Reglamento de 5 de marzo de 1964, sin que el conocimiento que los demandados pudieran tener de la existencia del recurso contencioso-administrativo pudiera ser obstáculo a la solicitud de la licencia de obra dada la ejecutoriedad del acuerdo y subsiguiente obligación de construir, ejecutoriedad amparada por la resolución municipal sobre el particular, cuya suspensión no fue solicitada por los recurrentes, si aquel acuerdo lo estimaban lesivo, como pudieron verificarlo, al amparo de lo que autoriza el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por lo que, en cierto modo, con su omisión y abstención, consintieron la ejecutoriedad del acuerdo, sin tratar de salvar sus posibles consecuencias por cuantos medios tuvieran a su alcance.

C. R. R.

IV. FAMILIA

IMPUGNACION DE FILIACION NATURAL: *Hijo natural presunto, nacido en 1945 de padre viudo y de madre que entonces no aparece ligada por vínculo matrimonial válido.—INTERPRETACION DEL ARTICULO 119 DEL CODIGO CIVIL Y DE LA ORDEN MINISTERIAL DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 1938: La interpretación del alcance de la nota de nulidad de matrimonio, practicada en 1941, respecto a un matrimonio civil contraído en zona roja en 1937; la ineficacia o no de dicha nota en virtud de disposiciones posteriores y el artículo 4 del Código civil.—LA PRUEBA DEL MATRIMONIO: Las certificaciones del Registro Civil y los artículos 53 y 327 del Código civil y 2 y 69 de la Ley del Registro Civil.—LA BUENA FE Y SU APLICACION POR ANALOGIA AL CASO DE AUTOS: El artículo 69 del Código civil y su posible aplicación analógica al caso.—SANCHO c. GALLART y otra y MINISTERIO FISCAL (SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1972).*

Antecedentes.—1) El padre del ACTOR había contraído matrimonio en 1932 y del mismo hubo tres hijos, uno de ellos el demandante, y la madre del actor había fallecido en 1939, quedando a partir de entonces su padre en estado de viudo.

2) La DEMANDADA había contraído matrimonio civil en la zona roja en 1937, pero a los pocos días del mismo el marido marchó al frente con su unidad y desapareció desde entonces definitivamente de la vida de su esposa. Así las cosas, y desde el punto de vista personal de cada uno de ambos cónyuges, ni uno ni otro supieron a ciencia cierta si el otro existía o no y, en consecuencia, las declaraciones oficiales de cada uno están mar-

cadadas de cierto subjetivismo (en la partida de defunción de él aparecía como «soltero», y ella en una cédula personal de 1942 figuraba como «casada», y años más tarde se declaraba «soltera» en un caso y «viuda» en otro).

3) Compareciendo la demandada ante el correspondiente Juzgado Municipal en 1941, por éste se dictó AUTO declarando la nulidad del matrimonio contraído en 1937 por la demandada: todo ello en aplicación de lo dispuesto en la Orden ministerial de 22 de septiembre de 1938 y el artículo 1.º de la Orden ministerial de 12 de agosto de 1938.

4) Unos años más tarde entraron en conocimiento el padre del actor y la demandada, y de tales relaciones nació una niña—LA OTRA DEMANDADA, en unión de su madre—en el año 1945. En la inscripción de nacimiento en el Registro Civil fue reconocida por ambos padres con la condición de hija «natural» de los dos: el uno, por ser viudo, y la otra, por no hallarse legalmente «casada» en dicha fecha (dijo ser «soltera» ante el encargado del Registro).

5) Esta situación entre los interesados se mantiene sin alteraciones hasta el año 1969. En el mes de abril de 1969, y dado el inminente peligro de muerte del padre del actor, se procede a la celebración del matrimonio canónico entre dicho señor y la demandada (ante el Registro Civil ella declaró ser «viuda» de don..., fallecido en 1932, y ante el párroco se atestiguó por ella y testigos ser «soltera»). En base a dicho matrimonio, y al previo reconocimiento conjunto de los padres, la niña nacida en 1945 fue legitimada por subsiguiente matrimonio. El padre otorgaba testamento el mismo día del matrimonio, considerando a su hija «natural» hasta ese momento. Pocos días después y en el mismo mes fallecía dicho señor.

6) Inmediatamente después del fallecimiento, los hijos del primer matrimonio del difunto comenzaron sus gestiones para tratar de *anular* el matrimonio contraído con la demandada, y se basaban en la posible supervivencia del hombre que contrajo matrimonio civil en 1937 con la demandada. Averiguado que dicho señor falleció en 1950 (se consideraba «soltero»), el propio DEMANDANTE insta ante la competente Curia Diocesana un expediente, que culmina con la inscripción del matrimonio de 1937 de la demandada como «canónico» ya a finales de 1969.

Hasta aquí los hechos escuetos. El ACTOR termina su demanda con la súplica de que se dicte sentencia declarando: 1.º, que el fallecido, don... (su padre), no ha podido reconocer ni legitimar a su hija, llamada hoy..., en atención a que en ella concurren las condiciones de hija ilegítima y adulterina; 2.º, que, en consecuencia, procede rectificar los asientos del Registro Civil correspondientes a su nacimiento, por ser nula la actual inscripción, atemperándola a lo prescrito por la ley; 3.º, imponer las costas a las partes que se opongan a esta demanda.

Emplazadas las demandadas y el Ministerio Fiscal, y declarada en rebel-día LA HIJA demandada por su incomparecencia, su madre, también demandada, compareció y su opuso a la demanda, exponiendo lo pertinente, y terminaba con la súplica de que se dicte sentencia desestimando los pedimentos de la demanda y manteniendo en toda su validez la actual inscripción de nacimiento de doña... (la hija, también demandada), con imposición de costas al actor. Por el MINISTERIO FISCAL se contestó y se opuso a la demanda negando todos sus hechos, sin perjuicio de lo resultante en fase probatoria.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia.—Se dicta el 24 de noviembre de 1970, y en ella estima en todas sus partes la demanda: se basa, al parecer (no figura transcrita en la redacción oficial de los autos), en la determinación de la verdadera filiación de la hija de la demandada y del padre del actor, por considerar a la madre como «casada» en 1945 y por no darse el caso de aplicación del artículo 119 del Código civil.

Sentencia de la Audiencia Territorial.—Con fecha 30 de junio de 1971, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial dicta sentencia por la que, revocando en todas sus partes la apelada (por la demanda), desestima la demanda, absolviendo a las demandadas de los pedimentos contenidos en la demanda, sin hacer especial imposición en costas en ninguna de las instancias. Al parecer (tampoco aparece transcrita la sentencia), la Sala se basaba en el valor probatorio de los actos del Registro Civil en orden al estado de las personas—derivando de los mismos no sólo el efecto declarativo propio de su contenido, sino también el efecto probatorio respecto partes y terceros (art. 327 del Código civil)—, y llegaba a la conclusión de que la hija demandada lo era «natural» por aplicación analógica del artículo 69 del Código civil; finalmente, considera la Sala que «nunca correspondería a la demandada doña... (la hija) la condición de hija ilegítima no natural, pues si se estima que la madre al concebirla estaba ligada por vínculo matrimonial válido, su cualidad sería la de hija 'legítima' del matrimonio, sin perjuicio de que el marido hubiese podido en su día impugnar la legitimidad», y que «si se ocultaba la maternidad y era reconocida por el padre viudo, su condición sería la de hija natural presunta» (1).

El recurso de casación fue interpuesto por el actor en base a los siguientes TRES motivos, que se resumen a continuación:

1.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por aplicación indebida del artículo 119 del Código civil y de la Orden ministerial de 22 de septiembre de 1938, por violación del artículo 4 del Código civil, por interpretación errónea del artículo 327 del Código civil y por no aplicación de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que cita (resolución de 14 de marzo de 1951). Los argumentos son: que el problema del caso litigioso lo plantea correctamente el Juez de Instancia al determinar la verdadera filiación de la hija demandada como ilegítima no natural; que la nota marginal de 1941 al acta de matrimonio civil de 1937, se extendió con absoluto desconocimiento del supuesto comprendido en la Orden ministerial de 22 de septiembre de 1938, que precisamente *excluía* de su aplicación al matrimonio de 1937; que en ningún caso la nota marginal de 1941 pudo surtir efectos registrales, por ser el matrimonio de 1937 contraído civil y canónicamente (esto, recordemos, a instancia del propio demandante en 1969) y por continuar vigente hasta el fallecimiento en 1950 del marido de la demandada; que por persistir el vínculo, la dicha nota marginal es un acto nulo, con nulidad radical, por no cumplirse la Orden ministerial citada, sino que iba en contra de la misma; que, en consecuencia, no se puede sostener que en el año 1945 doña... (la madre demandada) podía contraer matrimonio válido y tener su hija la condición de hija «natural»; que incluso la nota marginal podía haber aplicado correctamente las Ordenes ministeriales de 1938 y nunca hubiera tenido tal nota otro carácter que el de una mera «suspensión de efectos» (resolución de 14 de marzo de 1951), y aun entonces la mera «suspensión» era impeditiva de un nuevo matrimonio de la contrayente, puesto que tal nota marginal no era sino una crasa mixtificación del acta matrimonial.

2.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción por aplicación indebida del artículo 69 del Código civil. Son sus argumentos: que aplicando la Sala por analogía el artículo 69 del Código civil, entiende que dicho principio de analogía no tiene cabida en el caso objeto del recurso, ya que la analogía es una institución formal integradora del Derecho, y su base en este orden son los hechos porque es la semejanza de ellos la que opera; que no se dan en nuestro caso los supuestos que hacen necesario el procedimiento analógico, ya que la norma del

(1) Estas frases vienen transcritas en el escrito del recurso de casación y de él se toman literalmente.

artículo 69 del Código civil es un matrimonio de buena o mala fe que haya sido declarado nulo, y en el caso de autos se trata de una relación carnal extramatrimonial de la que nace una hija, estando la mujer, a la sazón, válidamente casada, y para situaciones de esta clase rige el artículo 119 del Código civil; que el legislador no puede prever todos los casos posibles, pero que ningún caso, por nuevo e imprevisto que sea, puede quedar sin solución jurídica; que la buena fe no juega en este caso para nada, por existir irregularidades que revelan algo que no es precisamente la buena fe en la conducta de la demandada.

3.º Basado en el artículo 1.692, 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción por aplicación indebida de los artículos 108 y 113 del Código civil. Son sus argumentos: que considerado por la Sala que la hija nacida en 1945 tenía la cualidad de hija «legítima» del matrimonio de 1937, ello no interesa al caso presente, ya que la condición de hija «natural» de tal niña no cabe aceptarla en relación con el padre; que no cabe aceptar que sea hija natural «presunta», pues ello olvida algo esencial, que es que tal «presunción» de naturalidad *sólo puede apreciarse* cuando el reconocimiento *sólo* se efectúa por el padre o *sólo* por la madre, imponiéndose entonces el secreto (art. 132 del Código civil) sobre el otro progenitor, pero tal presunción desaparece radicalmente al hacerse el reconocimiento conjunto, como ocurrió en este caso.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que fue ponente el Magistrado don Manuel González Alegre y Bernardo, rechaza este recurso y sienta la siguiente doctrina:

Considerando que *partiendo la Sala de Instancia de que, conforme a la nota marginal, obrante en la inscripción del acta de matrimonio, contraído el día 25 de noviembre de 1937 en la ciudad de..., que aparece en el correspondiente libro del Registro Civil, por auto de 3 de febrero de 1941, «el hecho conceptuado como ‘matrimonio civil’, celebrado entre don... y..., a que se refiere la presente acta, se efectuó con sujeción a normas dictadas por el Gobierno rojo, con posterioridad al 18 de julio de 1936, y por ello se anula esta inscripción, la que no surtirá efecto legal alguno», y, consecuentemente, al tener en cuenta que el matrimonio solamente se prueba por las certificaciones del acta del Registro Civil, mientras no sean invalidadas con arreglo a Derecho, lo cual es conforme con lo dispuesto en el artículo 53 del Código civil y 2 y 69 de la Ley del Registro Civil (2), siendo de destacar cuanto preceptúa este último respecto a que «la inscripción hace fe del acto del matrimonio y de la fecha, hora y lugar en que se contrae», por lo que aquella declaración de nulidad estaba proclamando una situación de «inexistencia» de tal matrimonio; la hija nacida en 23 de junio de 1945 de las relaciones habidas entre don... y doña..., fue concebida en tiempo en que, por ser aquél viudo y ésta no aparecer ligada por vínculo matrimonial válido, no había de existir impedimento al matrimonio de ambos; la Sala se atuvo a cuanto dispone el artículo 119 del Código civil, al atribuirle la condición de hija «natural», así reconocida por ambos padres en el acta de nacimiento, sin que, por tanto, lo aplicara indebidamente, como se acusa en el primer motivo del recurso, y como tampoco puede decirse cometiere igual infracción, en relación a la Orden ministerial de 22 de septiembre de 1938, al atenerse a lo declarado por un auto dictado por distinto órgano jurisdiccional, en acatamiento a lo dispuesto por dicha Orden, ni que por ello violase lo dispuesto en el artículo 4.º del Código civil, cuando del contenido de la referida nota marginal aparece se dictó con arreglo a lo dispuesto en la misma y artículo 1.º de la Orden ministerial de 12 de agosto anterior, al hacerse constar expresamente que «el matrimonio a que se refiere el acta, se efectuó con sujeción a normas dictadas por el Gobierno rojo,*

(2) Así, en el original de la sentencia. Algún anotador—véase en *Revista de Derecho Privado*, noviembre 1972, pág. 998—añade por su cuenta: «de 18 de junio de 1870».

con posterioridad al 18 de julio de 1936», y a cuyos efectos había de atenderse, aunque por disposiciones posteriores (3) se dejase sin efecto, pues no habían de tener efecto retroactivo, *hace decaiga dicho primer motivo del recurso; pues tampoco*, y como al final de su argumentación se agrega, *no se interpretó erróneamente el artículo 327 del Código civil*, al no dar por probado un matrimonio cuya acta estaba declarada nula, *ni puede decirse violase las resoluciones de la Dirección General de los Registros que se citan, puesto que las mismas no constituyen doctrina legal*.

Considerando que *igual suerte adversa ha de corresponder a los dos últimos motivos del recurso, pues al acusarse, en el primero de ellos*, la aplicación indebida del artículo 69 del Código civil, y *en el siguiente*, igual concepto de infracción de los artículos 108 y 113 del propio Cuerpo legal, *no se combate sino*, respectivamente, *los considerandos tercero*, no el segundo, como por error se dice en el recurso, y *cuarto de la recurrida sentencia*, *sin repercusión en el fallo*, al argumentarse en los mismos a mayor abundamiento, y *presuponiendo situaciones jurídicas* desde las que también pudiera contemplarse el supuesto de autos, que conduciría a igual conclusión que la que dejó sentada en los considerandos primero y segundo, determinantes de aquel fallo.

Considerando que *la desestimación del recurso comporta la imposición de costas al recurrente*, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.748 de la ley procesal civil.

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto.

NOTAS CRÍTICAS.—1. *Ideas previas*.—Parece ya cosa admitida entre nosotros el que la presentación de los hechos que dan origen a un litigio sea cosa tanto o más importante que la transcripción de los considerandos de la sentencia que pone fin al mismo. Así, por todos, DÍEZ PICAZO (4) hace ya más de diez años proponía una depuración *doctrinal* de lo que usualmente se entiende por jurisprudencia y censuraba el hábito de repertorios y revistas jurídicas de transcribir fielmente únicamente los considerandos, lo que significa «amputar a la sentencia lo más sustancial que hay en ella» y contribuye a «hacerla todavía más ininteligible». Sin embargo, y esto sentado, no creo que las palabras y metas propuestas por dicho profesor hayan tenido el eco y aplicación práctica que indudablemente merecen. Basta repasar una y otra vez tanto repertorios como revistas especializadas, y no digamos los tratados, para ver que seguimos en España como siempre, con notables excepciones, cual la de esta misma Revista y la de algún autor aislado, como PUIG BRUTAU.

Viene toda esta introducción a cuento de que es precisamente en las sentencias de Derecho de familia donde más se nota esta peculiaridad denunciada por el profesor DÍEZ PICAZO, y donde la transcripción de los *hechos* es de esencia a todo lo que viene después. Le llena a uno de asombro la exposición sucinta—lo sucinto no equivale a lo verdadero—de las sentencias de Derecho de familia que hacen anotadores y tratadistas: cuando resulta que uno tiene en las manos el original de la sentencia piensa si se tratará de otra cosa o si viene de otro planeta. Quizá el influjo de la práctica, la tan cacareada *deformación profesional* del ejercicio en una Notaría rural y, a la par, turística, haya determinado que me autoimponga la observancia a rajatabla de una atenta y cuidadosa exposición *meditada* de los antecedentes y del supuesto de hecho del litigio. Que ello supone un inevitable

(3) Así, en el original de la sentencia. No obstante, también aquí hay anotadores que añaden por su cuenta. Véase en ADC, XXVI-2, 1973, pág. 693.

(4) Véanse *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, Tecnos, Madrid, 1.ª ed., 1966, págs. 34 y 38 y siguientes.

retraso en el comentario es cierto, pero es siempre preferible a una publicación rápida y al día que olvida factores esenciales del pleito.

2. *Distintos previos.*—Conforme a la postura trazada, vengo a distinguir tres aspectos: la realidad social subyacente a los hechos que originan el litigio, la normativa objeto de aplicación y la valoración jurídica de tal normativa en el presente caso.

A) *La realidad social subyacente.*—Antes dijimos lo importante que era la exposición de los antecedentes de hecho en las sentencias atinentes al Derecho de familia. Una demostración obvia de lo dicho es la del pleito presente. Si importante era, mucho más lo es cuando se trata de relaciones matrimoniales, y todavía más cuando concurren—superpuestas cual planos sucesivos—una serie de legislaciones inspiradas en principios diversos y de origen y antecedentes varios. Pensemos que en este litigio ha habido una confluencia de normas diversas: artículo 22, 2.º, del Fuero de los Españoles [ley fundamental, al decir de LALAGUNA (5)]; artículos 327, 119 y 4 del Código civil; artículos 2 y 69 de la Ley del Registro Civil; Orden ministerial de 22 de septiembre de 1938; Orden ministerial de 12 de agosto de 1938; Orden ministerial de 8 de marzo de 1939; Reglamento del Registro Civil en su disposición transitoria 11.ª, y otras varias también de aplicación.

Con ser trascendente esta superposición de legislaciones al caso decidido, lo es más el meollo del mismo: la eficacia o no de un matrimonio civil contraído en 1937 en la zona roja, y la ineficacia o no de la nota marginal de nulidad practicada en base al texto de la Orden ministerial de 22 de septiembre de 1938. Y así expuesta la cuestión, no puedo menos de sorprenderme de las afirmaciones de algunos comentaristas a esta sentencia (6), que tras decir que «toda la cuestión se centra sobre la posible nulidad de este último matrimonio»—el de 1937—, añaden que «el Registro Civil proclamaba en 1945 la existencia del matrimonio discutido» (7). Afirmación que en absoluto es coincidente con la exposición de hechos del pleito, como podrá ver el buen lector que hasta aquí me siga, ya que si hay algo claro es que tras el expediente judicial de 1941, el Registro proclama la nulidad del matrimonio civil de 1937 en base a la nota marginal entonces practicada. Esto es esencial y no puede ni debe desvirtuarse.

Pero no es esto todo. Este punto fundamental nos lleva a connotaciones sociológicas muy importantes. Es claro que en una idílica sociedad, sin maldad, ni guerras, ni injusticias, utópica y ucrónica, sobra el Derecho. Es claro que entre lo posible y lo deseable hay una amplia gama de supuestos. Es menos claro si producida una guerra civil, las consecuencias de ésta deberán ser repartidas de manera diversa entre los afectados por ella. Es todavía mucho menos claro que los actos jurídicos celebrados en una u otra zona de guerra deban tener o no validez y eficacia siempre y en todo caso, deban anularse para siempre o quepa luego revisar situaciones con o sin efectos retroactivos. Y como todo está por aclarar, creo oportuno recordar aquí que una cosa es el *Derecho* y otra *lo justo*, sin perjuicio de reconducir la idea de lo justo al *suum cuique tribuere* (8).

Estas implicaciones sociológicas me llevan al tema subyacente del pleito, o sea, al influjo que en numerosas vidas haya podido tener la guerra civil y a las consecuencias de todo tipo de haber habitado en la denominada «zona roja», máxime si en ella se contrajo matrimonio civil. Es éste un tema humano importante y al que se han dedicado una serie de estudios

(5) Véase «Matrimonio indisoluble y divorcio vincular en el orden jurídico español», RDP, junio 1972, págs. 485 y sigs., especialmente la 495.

(6) Véase ADC, XXVI-2, 1973, cit., pág. 694.

(7) El subrayado es mío.

(8) Véase ANGEL SÁNCHEZ DE LA TORRE: *Los principios clásicos del Derecho*, Unión Editorial, Sociedad Anónima, Madrid, 1975, págs. 17, 43 y sigs., y 213 y sigs.

por los autores (9), si bien siempre enfocando aspectos parciales del tema y sin proceder a un detenido y amplio estudio de toda la problemática general implícita en el mismo. Ello supone que ante un caso *real*, nacido de la vida diaria y de su riqueza de matices humanos, el juzgador tiende, por lo general, a simplificar y a buscar la interpretación *más razonable* y adecuada a la equidad, sin pararse a entrar en la complejidad de los problemas jurídicos con el litigio relacionados. Uno va echando de menos una aportación de la doctrina que abarque sin limitaciones toda la problemática de los matrimonios civiles contraídos en zona roja, porque—dada la edad de los afectados por tales situaciones—lo normal es que a partir de ahora puedan llegarnos litigios relacionados con estas situaciones vitales, humanas. Y nos encontramos con muchas disposiciones aplicables, cual en el caso de autos, pero sin ninguna idea directriz clara.

Por la sucesión de las *fechas*, que en el presente caso es esencial y no puede eliminarse, la realidad ha ido tejiendo una red de implicaciones a los interesados, que la normativa legal—densa y compleja, por lo abigarrada—no es capaz de resolver. De ahí que, ante el caso presente, haya que reducir al máximo el esquematismo, como hizo el Magistrado ponente, y buscar un punto de partida para el razonamiento: tal punto de partida lo constituye el matrimonio civil contraído en 1937. Para mí, la real problemática del litigio radica en los puntos siguientes: 1) el matrimonio civil contraído en 1937 y la nota marginal de nulidad practicada en 1941; 2) el nacimiento de la niña en 1945, cuando la madre no aparece «casada» en el Registro Civil, y el carácter de natural «presunta» de tal hija; 3) la anulación (sic) de oficio ordenada por la disposición transitoria 11.ª del Reglamento de la Ley del Registro Civil de 14 de noviembre de 1958; 4) las certificaciones del Registro Civil y su valor; 5) la validez y eficacia del matrimonio canónico contraído en 1969; 6) la aplicación del artículo 69 del Código civil por analogía y la extensión de la buena fe.

De toda esta real problemática que subyace en el litigio anotado, no toda es esencial. Para mí, bastan los puntos 1 y 2 para llegar a una solución justa del caso debatido. Al menos, dada la presentación de antecedentes y la manera de accionar el demandante y recurrente. Y eso es quizá lo que ha movido al ponente, tras la larga exposición del considerando primero, que le sienta la fundamentación de la decisión.

La riqueza de matices humanos que adorna el supuesto podría llevarnos a puntos más alejados. Pensemos que el hijo demandante había tenido desde 1945 tiempo sobrado para procurar la impugnación de la declaración como «natural» de la hija habida por su padre en estado de viudo en dicho año: ¿hasta qué punto esa dilación o no ejercicio de su derecho durante tanto tiempo, y su repentino interés en 1969 tras la muerte del padre, no es contrario a la buena fe o viene a ser un abuso de su derecho de impugnar? El enlace con la idea germánica de la *verwirkung* podría estudiarse en este caso (10).

B) *La normativa aplicable*.—Hablábamos antes de la confluencia en el presente litigio de normas de origen y tipos diversos. Ahora bien, dada la descomposición en fases o puntos antes efectuada, parece preferible ir desligando cada problema del subsiguiente y a cada uno tratar de aplicar la norma más adecuada. Entonces, y siguiendo el mismo orden en la exposición de los puntos conflictivos, diremos:

1.º En cuanto al *matrimonio civil de 1937 y la nota marginal de nulidad*

(9) Véase CASTÁN: *Derecho civil español común y foral*, 9.ª ed., Madrid, 1976 (revisada por GARCÍA CANTERO y CASTÁN VÁZQUEZ), y la bibliografía citada en págs. 127 (nota 1), 859 (nota 3) y 865 (nota 2).

(10) Véase BOEHMER: *El Derecho a través de la Jurisprudencia. Su aplicación y creación*, Bosch, 1959, págs. 243 y sigs., y las *Notas* al mismo de PUIG BRUTAU en págs. 279 y sigs., especialmente las 282 y 286; Díez-PICAZO: *La doctrina de los propios actos*, Bosch, 1963, 1.ª ed., págs. 93 y siguientes; DE LOS MOZOS: *El principio de la buena fe*, Bosch, 1965, pág. 207.

de 1941: tal nota marginal se había practicado en base a lo dispuesto en las Ordenes ministeriales de 12 de agosto y 22 de septiembre de 1938. Estas son, por tanto, las disposiciones a analizar.

La *Orden ministerial de 12 de agosto de 1938* (11) dispone en su *preámbulo* que «las arbitrariedades, ilegalidades y anomalías perpetradas por el separatismo y el marxismo en los Registros Civiles... exigen apremiantes medidas de ordenamiento, lo mismo en cuanto afecta a la validez esencial de los asientos que a las formalidades reglamentarias exigidas para su garantía civil»... En su artículo 1.º dispone: «Se considerarán nulas: a) las inscripciones practicadas con sujeción a normas dictadas por el Gobierno rojo, con posterioridad al 18 de julio de 1936; b) las inscripciones autorizadas por funcionarios distintos de los que determina la legislación del Registro Civil anterior a la misma fecha.» Y en su artículo 8 dice: «La nulidad de los asientos, cuando proceda, según lo dispuesto, se hará constar por nota marginal, que hará referencia a la presente Orden.»

La *Orden ministerial de 22 de septiembre de 1938* (12), por su parte, en el *preámbulo* dice: «La Orden ministerial de 12 de agosto próximo pasado fijó normas en su artículo 7 para la subsanación de los asientos del Registro Civil declarados nulos en virtud del artículo 1.º de dicha disposición. Como aclaración y ampliación de esas normas... Pero hay que señalar una excepción para las inscripciones de matrimonio. En efecto, lo mismo los nacimientos que las defunciones son hechos reales independientes de la formalidad registral y, por tanto, inscribibles por sí mismos, siendo constantes las condiciones esenciales de la inscripción, sea cualquiera la legislación que se haya aplicado y la forma en que aquélla se haya practicado. No ocurre lo mismo con las inscripciones de matrimonio, pues la celebración de éste constituye un acto jurídico subordinado al ordenamiento que lo autoriza, quedando la voluntad, en consecuencia, sujeta al imperio de una ley que puede ser, y lo ha sido en los casos regulados, opuesta a la constitución del nuevo Estado y a la organización tradicional de la familia española» (13). Y en su artículo 2 dispone que «las inscripciones practicadas a consecuencia de hechos conceptuados como matrimonios civiles contraídos durante la dominación roja, con arreglo a disposiciones distintas a las vigentes, antes del 18 de julio de 1936, y comprendidas en el artículo 1.º de la Orden ministerial de 12 de agosto citada, se considerarán nulas, debiendo anotarse marginalmente en las actas esta nulidad, y solamente podrán practicarse otras referentes a las mismas personas si contraen matrimonio con sujeción a las normas legales actualmente en vigor» (14).

En una primera perspectiva de aproximación a estas Ordenes ministeriales dictadas durante la misma guerra civil, lo más llamativo es, sin duda, el lenguaje empleado por el legislador. Sin entrar de lleno en un intento de entender este lenguaje, creo preferible remitirme al sugestivo estudio de LUIS PASTOR RIDRUEJO (15).

En una segunda perspectiva, ya en orden al litigio examinado, es posible que la señora demandada tuviera fortuna en 1941, encontrando una benévola interpretación de los supuestos comprendidos en los apartados a) y b) del artículo 1.º de la Orden ministerial de 12 de agosto de 1938, y que se considerase su caso como comprendido dentro de tales supuestos genéricos. Esto es solamente intuible de cuanto expone el actor y recurrente como «crasa ilegalidad», ya que precisamente la Orden ministerial de 22 de septiembre de 1938 excluye a los matrimonios civiles en zona roja contraídos, con arreglo a disposiciones distintas a las vigentes, antes del 18 de julio

(11) Véase en ARANZADI: *Repertorio de Legislación*, 1938, núm. 891.

(12) Véase en ARANZADI: *Repertorio de Legislación*, 1938, núm. 1.059.

(13) El subrayado es mío.

(14) El subrayado es mío.

(15) Véase «Semántica jurídica e interpretación», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor don Federico de Castro*, tomo II, págs. 427 y sigs.

de 1936; pero repito que todo ello no aparece de los hechos relatados por el ponente y se deduce de las alegaciones del recurrente. Habría que ver, en todo caso, la tramitación del referido expediente de 1941. En cualquier caso, lo que es obvio es que en el Registro Civil aparece *ya desde 1941* como «no casada» la señora demandada, y ello en base a los pertinentes preceptos de la legislación del Registro Civil entonces vigente, o sea, la Ley de 18 de junio de 1870.

2.º En cuanto al *nacimiento de una niña en 1945 de madre* que en el Registro Civil aparece como «no casada» y de padre viudo: la aplicación al caso del artículo 119 del Código civil se nos presenta con claridad. El carácter de hija natural «presunta», a que la sentencia de la Sala recurrida alude, quizá sea discutible en plano teórico, pero de un examen atento de la realidad y de los antecedentes del caso lo menos que puede deducirse es una situación de la madre como de «cuasi-soltera»: la presunción es probablemente más de tipo humano que estrictamente legal, pero razonable y dentro de lo que en un orden natural de las cosas debe impulsar a decidir al juzgador.

Sentados los hechos de la nulidad del matrimonio civil de 1937 y del nacimiento en 1945 de una niña como presuntamente natural, es claro que la razón de ser de la impugnación del demandante no tiene ninguna base objetiva y real y no puede prosperar. Esta es la última razón de ser de la sentencia, basada en una situación de hecho que se aproxima a una procreación de un hijo por padres ambos libres según el Registro Civil.

3.º En cuanto a *la anulación de oficio de la disposición transitoria 11.ª del Reglamento de la Ley de Registro Civil de 14 de noviembre de 1958*: al referirse a «anulación» parece aplicable el artículo 4 del Código civil, como sancionador de todos los tipos de actos contrarios a la ley. Sin embargo, conviene matizar un tanto y tratar de ver la cuestión algo más centrada. En efecto, dispone *la disposición transitoria 11.ª de dicho Reglamento de 1958* lo que sigue: «Quedan anuladas, debiendo cancelarse de oficio, las notas marginales de nulidad, y en cuanto afecten a hechos y circunstancias objeto del Registro, las tachaduras ordenadas por las Ordenes de 12 de agosto y 22 de septiembre de 1938 y 8 de marzo de 1939 sobre asientos en zona roja, los que estarán sujetos a las restantes Leyes, Decretos u Ordenes, sin perjuicio...»

La referencia a la *Orden ministerial de 8 de marzo de 1939* hace que sea conveniente una mera alusión a ella. Establece en su *preámbulo* que «los desafueros y tropelías perpetrados por los rojos en los Registros Civiles han culminado en un grave estrago dentro de las regiones recientemente liberadas, en proporciones que reclaman medidas inaplazables, que sirvan de complemento a las ya dictadas por este Ministerio. Aun no aceptando la conveniencia de anular todas las actas del Registro Civil, extendidas de conformidad con disposiciones *posteriores* al día del Alzamiento Nacional, porque tal ordenación produciría una considerable perturbación en el aspecto familiar, *es preciso declarar que no puede consentirse*: 1.º, que el *matrimonio*, generador de la familia y de derechos que son la base de la sociedad, *sea sancionado por personas u organizaciones de tipo político o sindical*, en suplantación de funciones que corresponden en todos los Estados civilizados a los Gobiernos legalmente constituidos, *ni que se induzca su existencia del hecho de la convivencia del hombre y de la mujer...*» (16). Por su parte, *el artículo 2* de dicha Orden ministerial—dictada «como *ampliación* de las Ordenes de 12 de agosto y 22 de septiembre de 1938»—dispuso que: «Se declaran nulas: A) Las actas extendidas a consecuencia de matrimonios *celebrados ante funcionarios distintos* de los que preceptúa la Ley del Registro Civil, según se declaró en la resolución del Servicio Nacional de los Registros y del Notariado del día 5 de noviembre

(16) Los subrayados son míos.

de 1938... D) Las producidas en virtud de matrimonios celebrados en los frentes de combate. Estas actas no pueden ser convalidadas gubernativamente... La anulación de las actas a que se hace referencia en todos los apartados de este artículo se entenderá siempre sin perjuicio de los derechos adquiridos por los hijos y por el cónyuge de buena fe si hubiesen sido originados por matrimonios contraídos con infracción del artículo 83 del Código civil.» Además, en su *artículo 10* dispuso que «la nulidad de inscripciones o anotaciones, cuando proceda, según lo dispuesto en esta Orden, se hará constar en las mismas por nota marginal que haga referencia a esta Orden, según preceptuó el artículo 8 de la Orden ministerial de este Ministerio de 12 de agosto de 1938 (17).

A la vista de esta Orden ministerial, cuya finalidad, lenguaje y estilo son bien similares a las Ordenes antes transcritas de 1938, combinada con la disposición transitoria 11.ª del Reglamento de 1958, nos encontramos ante una situación poco clara: de una parte, por imperio de las Ordenes ministeriales dictadas *durante* la misma guerra, se procede en 1941 a la nulidad de oficio del matrimonio de 1937; de otra parte, en 1958 se ordena la *anulación*, también de oficio, de las notas marginales de nulidad practicadas en base a las Ordenes ministeriales citadas. Y ante este doble efecto legal combinado, nos debemos preguntar si es que, en consecuencia, se produce una reviviscencia de los matrimonios declarados nulos. Esto es una cuestión trascendente en el caso del litigio. De otra manera expuesto, ¿habrá una *retroacción absoluta* de la anulación ordenada en 1958? Sin entrar ahora en qué tipo concreto de nulidad es esa denominada «anulación», y acudiendo a los principios generales en tema de *Derecho transitorio*, según el magisterio de don FEDERICO DE CASTRO (18), podemos aquí recordar que son formas típicas de retroacción *tácita* las disposiciones complementarias o ejecutivas, cual *los Reglamentos*, y también aquellas disposiciones que tengan por objeto establecer un régimen general y uniforme: en tal sentido, parece obvio y claro que el Reglamento de 1958 debiera tener una retroacción absoluta, por responder al tipo de disposiciones a que se alude como típicas. Sin embargo, no es tan claro cual aparece, ya que, por otra parte, y en cuanto afecta al ESTADO FAMILIAR, éste—nos dice DE CASTRO (19)—se regula por la legislación vigente en el momento en que sucede el hecho o acto que lo origina y ella señala los derechos y acciones que de él se derivan, y como ejemplo, perfectamente encajable en nuestro caso examinado, nos plantea el de un menor nacido *antes* de la publicación del Código, con derecho a ser reconocido por hijo natural, conforme a la legislación de Toro entonces vigente (sentencia de 9 de julio de 1896).

Así las cosas, se nos presenta nuestro caso en examen con una apariencia bifronte: de un lado, desde 1941, el matrimonio de 1937 se reputa a todos los efectos como *no válido* y con una nota marginal de nulidad, que perdura hasta 1958 (aquí cabría recordar que el marido contrayente fallece en 1950, lo que no deja de tener su importancia en el caso), y de otro lado, el Reglamento de 1958 aparece con carácter *retroactivo* en general, si bien con la *excepción* de lo atinente a los *estados familiares*. Parece, por tanto, que la situación de la mujer contrayente en 1937 de un matrimonio civil aparece clara en orden a su *libertad*, como desligada de todo vínculo conyugal. Esta consecuencia es muy importante, y de ahí que sea explicable la afirmación del Magistrado ponente, escueta, al decir en su extenso considerando primero—respecto a la nota marginal de nulidad de 1941—que «... aunque por disposiciones posteriores se dejase sin efecto, pues *no habían de tener efecto retroactivo*» (20).

(17) Véase dicha Orden en ARANZADI: *Repertorio de Legislación*, 1939, núm. 291.

(18) Véase *Derecho Civil de España. Parte General*, tomo I, Madrid, 1955, págs. 705 y 720 y siguientes.

(19) Véase *op. cit.*, págs. 737 y *sig.*

(20) El subrayado es mío.

4.º En cuanto a las *certificaciones del Registro Civil y su valor*: la aplicación al caso de los artículos 327 y 53 del Código civil y artículos correspondientes de la Ley del Registro Civil (2 y 69) y su Reglamento parece clara. Con la importante distinción de que depende de cuál sea el *momento exacto* de la vida de la mujer contrayente en 1937 de matrimonio civil, ya que en unos casos regirá la Ley de 18 de junio de 1870, y en otros, la nueva Ley de 8 de junio de 1957. En cualquier caso, y en orden al valor de las certificaciones del Registro Civil, me remito a los tratados sobre el Registro Civil (21).

5.º En cuanto a la *validez y eficacia del matrimonio canónico contraído en 1969*, ante el mismo cabe adoptar dos posiciones: una, de impugnación, y otra, de mantenimiento del mismo. La *primera* es la del demandante y recurrente, y la *segunda* es la seguida por el Magistrado ponente. La *primera* podría basarse, muy débilmente, en que contraído el matrimonio civil en 1937 por la demandada, anulada retroactivamente en 1958 la nota marginal de nulidad de 1941 y procediéndose a la inscripción *como canónico* del matrimonio de 1937 en la Curia Diocesana ya en 1969 (por parte de la actitud del demandante, diligente y rápido en sus actividades tras la muerte del padre), aparece dibujada una situación confusa que cabría enlazar con la bigamia (22); ahora bien, tal consecuencia es exclusivamente deducible de un planteamiento teórico muy superficial, y sin atenerse a la realidad escueta de los hechos y a la aplicación en cada momento histórico de la normativa a cada situación aplicable.

La *segunda posición*, adoptada por el Tribunal Supremo, es la adecuada, y no se llega a ella sino con un extremado rigor lógico, aunque el ponente la despache brevemente en su segundo considerando. Aun admitiendo la argucia del demandante de inscribir canónicamente el matrimonio de 1937, habría que recordar que el marido contrayente entonces ya falleció en 1950: sería mucho pedir que de tal plano teórico de conceptos se descienda al terreno de la realidad y se intente mantener un matrimonio en que uno de los contrayentes falleció en 1950. La cosa es clara: aunque en un plano teórico se mantuviese que el matrimonio de 1937 subsistía, ya *desde 1950*, la señora contrayente en 1937 era legalmente libre para contraer nuevo matrimonio. Luego si contrae matrimonio canónico en 1969 siendo ya *libre*, lo menos que cabe pedir es reconocer la situación de buena fe de ambos contrayentes de 1969.

El problema se centra, como es lógico, en la condición o no de «natural» de la niña engendrada en 1945: no lo será siempre que se mantenga que en dicho año la madre estaba legalmente casada y que tal situación persistía en 1969, en tanto no fuera desvirtuada. Repito que es éste un planteamiento exclusivamente teórico del recurrente. Ahora bien, admitido el planteamiento a efectos dialécticos, parece que la situación cabría parangonarla con aquella relativa a los hijos ilegítimos nacidos del matrimonio nulo, y así lo hace el profesor LALAGUNA (23), quien escribe que «parece un contrasentido admitir la condición de legitimidad de los hijos nacidos de matrimonio nulo, incluso en el supuesto de mala fe de ambos cónyuges, y negar el estado de hijo natural al nacido de la unión extramatrimonial entre personas que carecen de capacidad para contraer matrimonio», y añade más adelante que «el mismo principio general de Derecho que inspira el párrafo 3.º del artículo 69 debe conducir en el campo de las relaciones extramatrimoniales a borrar toda huella de discriminación en el *status* de los hijos ilegítimos».

En todo de acuerdo con este especialista de Derecho de familia, me

(21) Véase PERE RALUY: *Derecho del Registro Civil*, Madrid, 1962; Díez-PICAZO: *Sistema de Derecho Civil*, vol. 1.º, Tecnos, 1975, págs. 304 y sigs. En prensa este trabajo, anunciada la obra de LUCES GIL: *Derecho Registral Civil*.

(22) Véase CASTÁN, *op. cit.*, 1976, págs. 894 y sigs. y bibliografía citada allí.

(23) Véase *op. cit.*, pág. 528.

parece su postura progresiva y conforme con la equidad y la justicia. Esto nos lleva al último de los puntos conflictivos planteados.

6.º En cuanto a la *aplicación del artículo 69 del Código civil por analogía y la extensión de la buena fe*: los argumentos del recurrente, rechazando la aplicación *por analogía* del artículo 69 del Código civil, son técnicamente correctos. Sin embargo, aun admitiendo su defectuoso planteamiento teórico de considerar subsistente el vínculo civil de 1937, es dable reconocer en nuestro caso examinado una situación que tiene idéntica *causa* que la reguladora del artículo 69, como bien ha dicho LALAGUNA, y de ello a la aplicación extensiva de la buena fe no hay más que un paso.

Por tanto, la condición de la niña engendrada en 1945, que era la de natural, por el subsiguiente matrimonio de sus progenitores queda en *legitimada* por subsiguiente matrimonio a todos los efectos legales.

C) *La valoración jurídica de la normativa aplicable al caso.*—Vimos ya la confluencia de disposiciones varias al caso presente, lo que en buena lógica implica una distinta valoración jurídica de las mismas.

Ahora bien, si el material normativo se inscribe dentro de y con arreglo a un conjunto de creencias, convicciones, sentimientos y prejuicios, como muy bien ha apuntado el profesor DÍEZ PICAZO (24), es obvio concluir de ello que el origen de cada norma determinará, en principio, la valoración adecuada. Así, las normas del Código civil aplicables al caso—los artículos 119, 69, 4 y 327—deberán ser analizadas en su contexto respectivo, para lo cual me remito a los tratados respectivos de Derecho civil. Por su parte, las normas de la Ley y Reglamento del Registro Civil, siempre en función de un hecho inscribible, deberán ser analizadas como formando parte de ese gran apartado del Derecho privado que es el Derecho denominado ya «registral civil», y a los tratadistas del mismo me remito. Finalmente, ya sólo nos quedan aquellas normas de tipo más bien reglamentario o administrativo, que es el grupo formado por las Ordenes ministeriales de 12 de agosto y 22 de septiembre de 1938 y 8 de marzo de 1939, en cuyo análisis cabría entrar, pero ello nos llevaría demasiado lejos; aunque su aspecto sociológico y lógico-lingüístico son prometedores, por una elemental norma de ética no cabe pasar a su estudio, ya que al haberse procedido a su anulación por la disposición transitoria 11.ª del Reglamento del Registro Civil no tendría sentido que nos detengamos en tal análisis.

De esta manera sucinta cada grupo normativo aplicable al litigio analizado ha sido examinado. Sólo nos resta precisar cuál de todos ellos ha sido tenido en cuenta de manera especial por el juzgador como *base* de su decisión. Parece que, en principio, el Tribunal Supremo ha tomado en cuenta los artículos 327 y 119 del Código civil, y que sienta como *presupuestos* de su decisión los siguientes: uno, que el Registro Civil, mediante la declaración de la nota marginal de nulidad de 1941, proclamaba una situación de *inexistencia* del matrimonio de 1937, y otro, que la niña nacida en 1945, concebida en un tiempo en que el padre es viudo y la madre no aparece ligada por vínculo matrimonial válido, tiene la condición de «natural».

Parece, por tanto, que en el caso examinado la *ratio decidendi* ha consistido en que la situación de ambos progenitores era de libertad en el momento de engendrar la niña, lo que lleva a la inevitable consecuencia de que ésta sea considerada como «natural». En definitiva, es el principio *favor filii* el que triunfa otra vez: o bien por razones de equidad, atendidos los antecedentes del caso, o bien porque el análisis teórico de los problemas dentro de cada fase histórica del litigio lleva al mismo fin.

3. *Recapitulación.*—Después de todo lo expuesto en páginas precedentes, cabe decir como *recapitulación*:

(24) Véase *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, pág. 190.

1.º Que la realidad social nos muestra aquí el influjo de la guerra civil en orden a los matrimonios civiles contraídos en zona roja.

2.º Que los elementos fácticos trascendentes han sido en este caso dos: el matrimonio civil de 1937 y el nacimiento de la niña en 1945.

3.º Que en el supuesto del litigio se ha dado una confluencia normativa con superposición de diferentes legislaciones y retroacción de normas reglamentarias.

4.º Que la disposición transitoria 11.ª del Reglamento del Registro Civil de 1958, al proceder a la anulación de oficio de las Ordenes ministeriales de 1938 y 1939, plantea el tema de su posible retroactividad absoluta, de la que habrá que exceptuar lo tocante al estado familiar.

5.º Que es dable y postulable en forma genérica la extensión del principio general del párrafo 3.º del artículo 69 del Código civil a las relaciones extramatrimoniales, como bien ha dicho LALAGUNA.

6.º Que la valoración jurídica de cada norma implicada en el litigio no puede sino ir dependiente del respectivo origen de cada una, con remisión a los tratadistas en cada caso.

7.º Que los presupuestos de la decisión del juzgador han consistido en la *inexistencia* del matrimonio de 1937 y en la condición de *libertad* de los padres al procrear a la niña en 1945.

4. *Resumen final.*—A la vista de lo expuesto, cabe concluir:

1.º Falta una aportación doctrinal completa en tema de matrimonios civiles contraídos en zona roja.

2.º Los elementos fácticos han sido decisivos en el litigio analizado.

3.º La *ratio decidendi* consiste aquí en que los padres al engendrar gozaban de una situación personal de libertad civil, lo que se traduce en que la hija habida debe ser reputada como «natural».

4.º La sentencia del Tribunal Supremo se inscribe en una línea *interpretativa* de los preceptos legales (al decir de DÍEZ PICAZO).

5.º Debe acogerse la idea de LALAGUNA de la posible extensión del principio general del artículo 69, 3.º, del Código civil.

J. C. G.

V. SUCESIONES

NULIDAD DE TESTAMENTO.—DOLO.—*Artículos 1.269, 1.275 y 673 del Código civil* (SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 1975).

Hechos.—Doña A. G. S. murió el 14 de septiembre de 1971 en estado de viuda, a la edad de noventa y un años, bajo testamento notarial abierto otorgado el 15 de noviembre de 1966, en el que, revocando otro anterior, instituye herederas a sus dos únicas hijas, mejorando a una de ellas con cargo al tercio de este nombre y al de libre disposición, en la forma resultante de la partición efectuada en el mismo testamento.

Aduciendo posibles indicios, tales como que la testadora carecía de ilustración, su carácter retraído, que padecía sordera y se encontraba semiparalítica desde 1962, que los testigos no conocían realmente a la testadora y, sobre todo, centrando la cuestión en que la hija mejorada usó de dolo o fraude en la captación de la voluntad de la testadora, con la que convivía y cuyos bienes administraba, la hija no mejorada demanda a su hermana favorecida ampliamente en el testamento materno, pidiendo que se declare: 1.º La nulidad del testamento por haber existido dolo causante grave

empleado por la demandada, que debe quedar por ello totalmente privada de su derecho a la herencia. 2.º La nulidad de dicho testamento por no haberse observado las formalidades establecidas en los artículos 685 y 686 en relación con el artículo 687 del Código civil. 3.º El complemento de la legítima estricta a favor de la actora por cuantía de 1.555.665 pesetas. Todo ello, aunque no se dice expresamente, en forma alternativa o subsidiaria.

La demandada aduce que no hubo error en la partición; niega que la testadora careciera de ilustración o fuese retraída, pues era normal a sus años; se cubre con la afirmación de los testigos de conocer a la testadora, contenida en el testamento, sin que tal afirmación haya sido desvirtuada, y sostiene rotundamente que no hubo dolo ni captación de voluntad, antes bien, la voluntad espontánea y libre de la testadora se manifiesta claramente en la cláusula quinta del testamento, según la cual «consciente de que en esta partición de bienes sale mejorada su hija doña T., quiere la testadora que la diferencia existente entre el importe de su haber y el valor de los bienes adjudicados se considere incluido en el tercio de libre disposición de su herencia, y si tal tercio fuese insuficiente, con cargo también al tercio de mejora de su misma herencia, a cuyo efecto lega y mejora a su mencionada hija en tales excesos.»

El Juzgado de Primera Instancia número 10 de Madrid estimó parcialmente el tercero de los pedimentos de la demanda y reconoció el derecho de la actora a recibir el suplemento de su legítima estricta en la suma de 218.565 pesetas. Apelada esta sentencia por la demandante, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid desestimó la apelación. Interpuesto recurso por la actora, de casación por infracción de ley, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, conde de Borrajeiros, declara no haber lugar al mismo conforme a las siguientes consideraciones:

Que en el primer motivo del recurso, formulado al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia un supuesto error de Derecho en la apreciación de la prueba, estimándose que «el fallo recurrido no ha aplicado debidamente los artículos 1.269, 1.275 y 673 del Código civil», y que no se ajustó «a las normas de los artículos 1.218-2.º, 1.225, 1.232, 1.243, 1.248 y 1.253, también del Código civil», en relación con los 632 y 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en defensa de la procedencia de tal motivo se alega: a) Que «se han apreciado erróneamente los hechos probados en autos que la parte demandante adujo como generadores del dolo en que se fundaba la petición de nulidad del testamento». b) Que «se ha apreciado erróneamente la eficacia probatoria de los hechos derivados de la confesión judicial de la demandada, pericial, testifical, documental y presunciones, al no ajustarse a las normas de los artículos» citados en segundo lugar. c) Que la apreciación de los hechos es errónea, pues de ellos debía deducirse—a su juicio—que el testamento impugnado no representa la voluntad consciente de la testadora y que ésta actuó engañada y sin darse cuenta de lo que hacía o firmaba. d) Que la sentencia que se combate obtiene de los hechos alegados unas presunciones puramente subjetivas. e) Que la conducta de la demandada no es correcta. f) Que no es necesaria la prueba directa para poderse afirmar la existencia del dolo, según la jurisprudencia.

Que el motivo no puede prosperar porque adolece de múltiples defectos de forma y de fondo que lo hacen totalmente inviable: en primer lugar, porque invoca la aplicación indebida de los artículos 1.269, relativo al dolo; 1.273, referente al objeto de los contratos, y 673, que hace relación a la nulidad de los testamentos otorgados con violencia, dolo o fraude, cuando precisamente la sentencia no los aplica por no haber apreciado los supuestos de hecho necesarios para su aplicación; en segundo lugar, porque tales artículos no contienen normas valorativas de prueba que vinculen al juzga-

dor en determinado sitio y, por tanto, no pueden invocarse como demostrativos de un error de Derecho en la apreciación de la prueba; en tercer lugar, porque aunque en el motivo se invocan algunos artículos que contienen normas de aquella clase—artículos 1.218-2.º, 1.225, 2.232, por ejemplo—, sin embargo, no se indica el concepto en qué se suponen infringidos, ni se explica la manera en qué ha podido cometerse su infracción; en cuarto lugar, porque la invocación del artículo 1.243 del Código civil en un recurso de casación carece de sentido, pues tal norma se limita a hacer referencia al valor que a la prueba de Peritos haya de dar la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuyo artículo 632 se proclama que los Tribunales no están obligados a sujetarse al dictamen de los Peritos; en quinto lugar, porque el artículo 659 de la ley procesal se concreta a determinar que los Jueces y Tribunales apreciarán la prueba testifical conforme a las reglas de la sana crítica, y el 1.248 del Código contiene una norma simplemente admonitiva y no vinculante para los juzgadores de Instancia, y en sexto lugar, porque la infracción del artículo 1.253 del Código civil no puede denunciarse por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Que en el motivo segundo, formulado al amparo del párrafo 1.º del citado artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la violación de los artículos 1.269, 1.275 y 673 del Código civil—que en el anterior motivo había denunciado por *no haber sido aplicados debidamente*—, y para su defensa se alega: *a)* que las deducciones obtenidas por el juzgador de Instancia de los hechos probados han sido obtenidas con falta de lógica; *b)* que si se atiende al testamento de 1963, se comprueba que la intención de la testadora era no perjudicar a su hija, la demandante; *c)* que si se compara con el que se combate, se observan anomalías en la firma y más aún en la rúbrica de la testadora; *d)* que su sordera era casi total; *e)* que la tenían en completo aislamiento; *f)* que la conducta de la demandada era maliciosa; *g)* que todas estas circunstancias conducían a convencer que el testamento último no representaba la voluntad consciente de doña A. G.; *h)* que los testigos y la *vox populi* estiman que hubo dolo; *i)* que la posibilidad de que la otra hija influyera en su favor en la testadora la había también cuando se otorgó el testamento de 1963; *j)* que la rúbrica no se parece en nada a la de la aludida testadora y no se puede atribuir a la misma mano que manuscibió la firma, y *k)* que la afirmación del Notario de que tenía aquella plena capacidad no obliga a los Tribunales.

Que tampoco este motivo puede ser estimado por las siguientes razones: Primera. Porque al no prosperar el primero y no haberse logrado acreditar la realidad de los hechos de los cuales hubiera de deducirse la existencia de dolo en el otorgamiento del testamento que se impugna, resulta inoperante la invocación de los artículos que sancionan con la nulidad, la concurrencia del aludido dolo. Segunda. Porque, además, en este segundo motivo, la parte recurrente se dedica a hacer, a su modo, una crítica de la apreciación probatoria realizada por el juzgador, alegando ciertas circunstancias fácticas, que deberían ser invocadas por otro cauce legal, y pretendiendo obtener de ellas consecuencias diferentes a las extraídas por dicho juzgador de Instancia. Tercera. Porque varias de esas circunstancias, además de no haber sido justificadas, son incompatibles a los fines del recurso, pues no se puede compaginar la afirmación de que la testadora fue engañada y firmó lo que no conocía, con la aseveración de que la rúbrica estampada en el testamento impugnado no es de su propia mano, como tampoco se compadece la invocación del dolo con la falta de capacidad de la testadora, que también se había alegado en la demanda. Cuarta. Porque en el mismo motivo amalgama las cuestiones referentes a la nulidad del testamento por dolo, con las relativas a la nulidad por falta de cumplimiento de las formalidades legales, que debían ser planteadas en motivos diferentes.

Que en el motivo tercero, la parte recurrente, con amparo también en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la «violación de los artículos 685, 686, 687 y 697 del Código civil y la *equivocada estimación jurídica de los hechos* en que se funda el fallo sobre el extremo... relativo a la nulidad del testamento por no haberse observado las formalidades legales establecidas en aquellos artículos», y manifiesta en defensa de tal motivo: a) que como la actora niega que los testigos conocieran a la testadora y, en cambio, la demandada sostiene que sí, desaparece la fuerza probatoria que pudiera tener la manifestación del Notario y corresponde la prueba de tal conocimiento a la propia demandada; b) que del hecho de que dos de los testigos vivan cerca de la casa de la testadora no es lógico deducir, como hace la sentencia, que podían conocerla; c) que como dicha testadora padecía—según la recurrente—una intensa sordera, había que cumplir las formalidades que se exigen para el supuesto de sordera total; d) que el Notario no conocía a la testadora ni dice nada de su sordera, y e) que como carecía de Documento Nacional de Identidad, ello engendraba la imposibilidad de identificar a la testadora y se trasladaba la carga de la prueba de su identidad a la demandada, que es quien sostiene la validez del testamento.

Que la compleja enunciación del motivo impone su desestimación, porque, amparándose en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se dedica a atacar la apreciación de la prueba hecha por los juzgadores de Instancia, contravinendo lo taxativamente determinado en el párrafo 9.º del artículo 1.729 de dicha ley y jurisprudencia concordante; pero es que, además: a) muchas de las argumentaciones que se emplean en defensa de la procedencia del motivo no han sido justificadas en la oportuna vía procesal; b) algunas no guardan relación con el supuesto de autos, como ocurre con la alegada carencia de Documento Nacional de Identidad, que nada tiene que ver con la imposibilidad de identificación de la testadora, a que se refiere el artículo 686 invocado, que es, además, cuestión nueva; c) algunas otras son completamente intrascendentes a los fines del recurso, y d) el sugestivo problema referente a que cuando se impugna la afirmación del Notario de que los testigos manifiestan conocer a la testadora, ese conocimiento debe probarlo el que sostenga la validez del testamento, no cuenta con el asenso de la doctrina científica ni jurisprudencial.

Que el cuarto motivo del recurso, que se refiere a la última petición de las que, en forma excluyente, postula la actora en su demanda, relativa al complemento de su legítima, lo formula la recurrente, «al amparo de los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando *infracción por violación*, dada su inaplicación, del artículo 818 del Código civil, y por aplicación indebida del artículo 808 del propio Cuerpo legal, ... y *error de Derecho en la apreciación de los informes periciales* sobre la valoración de los bienes dejados por la testadora, y *error de hecho* derivado de los documentos bancarios traídos en período probatorio, cuya suma de las partidas incluidas es errónea, agregando en el desarrollo del motivo que se han infringido por inaplicación los números 1.071, 1.074 y 1.077 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil*.»

Que la formulación de este motivo adolece de tales deficiencias procesales, que hacen inexcusable su desestimación, pues, con olvido de las reglas formales que le impone en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y cuya omisión se sanciona en el 1.729 de ella, ampara un mismo motivo, simultáneamente, en los números 1.º y 7.º del artículo 1.692, y aún amalgama en él la invocación, también simultánea, del error de hecho y de Derecho, y por si ello fuera poco, no concreta cuáles son los documentos auténticos que podrían evidenciar aquél, ni cuáles las normas valorativas de prueba que supone vulneradas, ni el concepto en que lo han sido, atribuyendo, además, a la prueba pericial el valor vinculante que le niega

el artículo 632 de la meritada ley procesal; defectos todos ellos tan esenciales, que ya no permiten entrar a examinar las cuestiones que en el motivo se plantean (sentencias de 7 de octubre de 1929, 30 de junio de 1954, 10 de abril de 1963, 30 de junio y 13 de diciembre de 1975 y 7 de julio y 24 de noviembre de 1966, entre otras muchas que podrían citarse).

COMENTARIO.—Interesa no pasar por alto el sugestivo problema—así calificado por el propio Tribunal Supremo—de que cuando se impugna la afirmación del Notario de que los testigos manifiestan conocer al testador, ese conocimiento o desconocimiento precisa ser probado. Y se pregunta sobre quién recae la carga de la prueba, si corresponde probar ese conocimiento (hecho positivo) a quien mantiene la validez del testamento por esa causa o si, por el contrario, debe probar la falta de conocimiento (hecho negativo) la parte que pretende se declare la nulidad del testamento por esta razón. Aunque la regla general es que corresponde la prueba de los hechos a quien afirma su existencia, esta regla no es absoluta y, desde luego, la misma no puede jugar cuando por la intervención de la Autoridad, sus agentes o un funcionario público se establece implícitamente una presunción de veracidad a favor de tales autoridades, agentes o funcionarios (v. gr.: presunción de veracidad a favor del agente denunciante en las multas de tráfico). Por eso no es de extrañar que, a renglón seguido, manifieste el Tribunal Supremo que la tesis según la cual en los casos dudosos o litigiosos el conocimiento afirmado por los testigos del testador deba probarlo el que sostenga la validez del testamento, *no cuenta con el asenso de la doctrina científica ni jurisprudencial*. En efecto, nos encontramos aquí con una manifestación de un particular (ya que no admito que el testigo participe del ejercicio de una función pública ni cuasi-pública)—el testigo—hecha en escritura pública, que de no ser cierta o de no corresponder a la realidad implicaría falsedad en documento público. Luego sería ilógico que se partiese del principio de que tal manifestación es falsa, como vendría a resultar si la carga de la prueba correspondiese a quien afirmase la certeza de tal conocimiento, es decir, lo mismo que afirmó el testigo. Téngase en cuenta que no se trata de algo afirmado directamente por el Notario y, como tal, amparado por la fe pública notarial, sino de que el Notario da fe de la manifestación hecha por el testigo y bajo su responsabilidad de afirmar que conoce al testador. Lo que sucede es que ante las dificultades de la vida moderna, se está manteniendo artificialmente la exigencia de un requisito—presencia de testigos en el testamento—que en los casos normales no añade garantía alguna al testamento y que, por lo mismo, debería haber sido ya suprimida desde que cesó su utilidad hace mucho tiempo. No puede menos de merecer una dura crítica el legislador cuando contemplamos tantas reformas legislativas de escasa utilidad y, en cambio, se descuidan los acuciantes problemas de la realidad. Y la cuestión es importante, porque la supresión de los testigos evitaría la incoación de muchos pleitos inútiles, de antemano condenados a fracasar, pero que perturban la tranquilidad de las familias y ocasionan gastos superfluos y hasta difícilmente soportables.

En otro orden de ideas, se roza aquí la también interesante cuestión de la posibilidad de una teoría unitaria del dolo. En realidad, no es que tal intento sea imposible, sino que del mismo no parece que puedan derivarse consecuencias prácticas verdaderamente trascendentales. Quizá sea ésta y no otra la razón de que no se haya abordado seriamente el propósito por la doctrina, por tratarse de una construcción más bien teórica. Recordemos que en el Derecho romano no parece existiera un concepto unitario del dolo, lo que es concorde con el escaso interés que los juristas romanos demostraron por la abstracción, sino que el concepto del «dolo malo» se ofrece con una doble consideración: como supuesto de hecho del delito, equivalente a lo que en la moderna técnica llamaríamos intención, voluntad o actuación antifuréticas, y como conducta desleal o engañosa, tendente

a procurarse un lucro injustificado a costa de la otra parte que interviene en el negocio. Esta segunda acepción es de aparición más tardía que la primera, pues su nacimiento requiere que ya estén plenamente configuradas las relaciones patrimoniales, los derechos de crédito, el concepto de la *bona fides* contractual, y su elaboración es obra del Derecho pretorio. Mientras que la primera significación, mucho más antigua, se enlaza con la responsabilidad extracontractual derivada de cualquier hecho ilícito y su origen se remonta a las XII Tabas.

¿Es posible elaborar, desde el punto de vista de nuestro Derecho positivo, una teoría unitaria del dolo? A pesar del diverso origen de esta figura, entiendo que no existe obstáculo insuperable para ello. El Código civil se refiere fundamentalmente al dolo en las obligaciones y contratos (actos bilaterales) y en los testamentos (actos unilaterales). Con referencia a los primeros hay un concepto más amplio y otro más restringido de dolo. El concepto lato se expresa en el artículo 1.107, que contrapone el deudor de buena fe al deudor doloso, esto es, de mala fe. Dolo equivale, pues, aquí a mala fe o, como concisa y magistralmente ha dicho el Tribunal Supremo, a voluntad deliberadamente rebelde en la ejecución o cumplimiento de lo convenido. El significado más estricto se recoge en el artículo 1.269, que lo define con reminiscencias romanas, insistiendo en el aspecto *activo* (palabras o maquinaciones), mientras que según el 1.107 es indiferente que la conducta sea de acción o de omisión. El dolo testamentario, recogido en el artículo 673, y al que también se refieren los artículos 674 y 756, números 6.º y 7.º, equivale a captación ilícita de voluntad. No es difícil encontrar como común denominador a todas las acepciones el término de «fraude» o «conducta desleal» dirigida a obtener un lucro indebido. Adviértase que el artículo 1.269 corresponde a la rúbrica del consentimiento contractual, por lo que es evidente, y así lo ha venido configurando la doctrina, que el dolo es, en cualquier caso, un vicio del consentimiento que afecta o lo padece una de las partes del negocio y es causado por la otra parte o por un tercero, que puede estar más o menos relacionado con alguna de las partes o beneficiario por la conducta dolosa. Y frente a esto no cabe argumentar que el único dolo que se tiene en cuenta en los contratos es el que provenga de la otra parte directamente, en primer lugar, porque el artículo 1.269 es un precepto simplemente definitorio, de alcance, por tanto, interpretativo y sujeto él mismo a interpretación, sin que sea imperativo ni limitativo en sus consecuencias y alcance, y en segundo lugar, porque los principios generales del Derecho, entre ellos los de buena fe, confianza provocada por la conducta ajena, actos propios, etc., vedan la interpretación favorable que quien empleó el dolo, que, a mayor abundamiento, quedaría libre de las consecuencias utilizando un testaferro. Una posible consecuencia de este modo de discurrir podría ser la ampliación del concepto de dolo, aplicable a cualquier esfera, para proteger la buena fe y salir al paso de las maniobras de quienes tienen el aparente poderío que proporciona la superior cultura, dinero o posición social.

SUCESION DEL HIJO ADOPTIVO.—NULIDAD DE LA ADOPCION.—PODER PARA ADOPTAR: EXTINCION.—CARACTER CONSTITUTIVO DE LA ESCRITURA PUBLICA.—Artículos 178, 179 (en su primera redacción) y 1.732 del Código civil (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1975).

La adopción ofrece un marcado carácter contractual *sui generis*. La escritura pública de adopción es la que contiene la voluntad vinculante de las partes, que hasta ella puede cambiar.

Hechos.—Los cónyuges don J. A. P. y doña I. P. P. otorgaron poder con fecha 4 de junio de 1950 a favor de varios Procuradores para que cualquiera de éstos pudiese representarlos y adoptar en su nombre a la niña P. G. M., que ya convivía con ellos, hija de padres desconocidos y acogida en el Hogar Provincial de Z., y a tal fin otorgasen la correspondiente escritura pública de adopción. Esta se aprobó por auto del Juzgado de Primera Instancia de Z. el 6 de junio de 1951, y el 11 de marzo de 1952 murió la poderdante doña I. P. P., otorgándose la escritura pública de adopción el 26 de abril de 1952 por la representación de la Excm. Diputación de Z. y uno de los Procuradores apoderados, en nombre de ambos cónyuges, pues no se había comunicado a ninguno de los apoderados la muerte de la poderdante, madre adoptante, ni tampoco había sido revocado el poder. En la escritura de adopción figuraba la institución de heredera a favor de la adoptada.

El viudo y padre adoptante, don J. A. P., contrajo segundas nupcias con doña M. P. G., demandada, apelada y recurrida en este pleito, y con fecha 5 de abril de 1963 protocolizó notarialmente el cuaderno de manifestación de bienes de la herencia de su primera esposa, adjudicándose, como único interesado en la sociedad conyugal y como único heredero de la misma, en virtud del testamento otorgado a su favor por su esposa premuerta el 28 de julio de 1942, todos los bienes relictos, los cuales, a continuación y en el mismo día, vendió en escritura pública a la hermana de su segunda esposa, doña D. P. G., asimismo demandada, apelada y recurrida en este litigio, por la suma de 39.060 pesetas, cantidad notoriamente inferior al valor real de los bienes.

El adoptante y vendedor, don J. A. P., que había sido citado a conciliación el 4 de mayo de 1968 por la adoptada, actora, apelante y recurrente en este asunto, murió el 14 de septiembre siguiente dejando consignada su última voluntad en testamento notarial abierto otorgado el 20 de junio de 1956 (por tanto, después de otorgada la escritura de adopción y de su segundo matrimonio), en cuya cláusula segunda dice que «con fecha 26 de abril de 1952, y mediante escritura ante el Notario de Z. don..., el testador y su difunta consorte, doña I. P. P., adoptaron a la niña P. G. M..., llamada hoy I. A. P.», y tras instituir en su legítima a su segunda esposa, dice en la cláusula cuarta que en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, presentes y futuros, instituye y nombra por su única y universal heredera a su hija adoptiva, I. A. P., en pleno y absoluto dominio, con sustitución a favor de sus descendientes para el caso de premorirle.

La hija adoptiva demanda a la segunda esposa de su padre adoptivo y a la hermana de ésta, compradora de los bienes de sus padres adoptivos, y solicita se declare:

1) Que la actora es hija adoptiva de los cónyuges don J. A. P. y doña I. P. P. y heredera de ambos, instituida tal en la escritura de adopción.

2) La nulidad del cuaderno de manifestación de herencia protocolizado, relativo a la herencia de su madre adoptiva, así como la nulidad de la subsecuente compraventa, ambas de fecha 5 de abril de 1963, por simulación de esta última, además, y la de las inscripciones registrales causadas.

3) Se le reconozca su carácter de heredera de su padre adoptivo.

Y las demás peticiones congruentes con las antedichas.

Las demandadas contestaron sustancialmente que al afirmar el Procurador don J. B.—que representó a ambos cónyuges en la adopción—que no le habían revocado los poderes incurre en un manifiesto error, pues la muerte de uno de los poderdantes hace ya de sí que se extinga el apoderamiento, y teniendo en cuenta que con anterioridad al otorgamiento de la escritura había fallecido uno de los poderdantes, concretamente, la esposa y cónyuge adoptante, tal poder carecía de toda efectividad, siendo nula la escritura de adopción, y que, además, la adoptada se había desinte-

resado de su padre enfermo, abandonando el hogar a los dieciocho años.

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de Valencia desestimó la demanda, sentencia confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia. La actora y apelante interpone recurso de casación por infracción de ley en base a los siguientes motivos:

Primer motivo.—Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida incide en aplicación indebida del párrafo 3.º del artículo 1.732 del Código civil. La sentencia recurrida desestima la demanda origen de estos autos por entender que cuando don J. B. (Procurador apoderado) acudió a la Notaría de Z. para otorgar la escritura de adopción había fallecido la adoptante y, por consiguiente, se había extinguido su mandato y su poder de representación. Al llegar a esta conclusión se aplica indebidamente el precepto legal citado. La aplicación de dicha norma tiene que partir de la consideración de la actuación de don J. B. como un mandatario provisto de un poder de representación para actuar en nombre de su mandante. Si así fuera, es claro que el precepto en cuestión habría sido rectamente aplicado. Mas no fue así. La actuación de don J. B. no fue una actuación de mandatario, ni una actuación representativa. Doña I. P. y su esposo, don J. A., manifestaron ante Notario, con fecha 4 de junio de 1950, su voluntad de adoptar a la menor P. G. M., y de adoptarla en las mismas condiciones que se encontraban ya fijadas en el expediente administrativo de la Diputación Provincial y en el expediente judicial del Juzgado de Primera Instancia. De este modo: a) La voluntad de adoptar se formó en el seno de las personas adoptantes y fue personalmente emitida por ellos ante Notario. b) La voluntad negocial, emitida personalmente por los adoptantes, cubría todo el contenido del negocio de adopción: persona adoptada y pactos o estipulaciones, pues expresamente se hacía referencia a lo ya aprobado por el Juzgado. Resulta evidente que en estos términos la actuación de don J. B. no se puede calificar como actuación de mandatario o de apoderado, pues se limitó en la escritura de 26 de abril de 1952 a ser portador de una voluntad ya formada y ya manifestada o emitida, que él no modificaba en ninguno de sus puntos. Una persona que actúa en estos términos no es nunca un mandatario o representante, sino lo que una extraordinariamente larga tradición jurídica denomina *nuncius*. No hay representación en la situación del nuncio, portavoz o mensajero, que actúa como mero instrumento de la voluntad ajena y emite la declaración ajena. El representante forma él, en todo o en parte, la voluntad negocial, en virtud de la autorización o legitimación que el *dominus negotii* le ha conferido. El *nuncius* se limita a ser un puro instrumento pasivo de transmisión. Por eso se comprende que así como la muerte del mandante puede suponer una decadencia o extinción del mandato y del poder de representación del mandatario, por carecer de soporte subjetivo la voluntad negocial formada por este *ex post*, no puede ocurrir lo mismo cuando se ha confiado a un emisario o nuncio que transporte una declaración emitida y formada. La muerte del *dominus* no tiene entonces ningún efecto, porque ello significaría destruir su propia voluntad negocial. La conclusión anterior se refuerza si se tiene en cuenta que los negocios jurídicos del Derecho de familia no pueden en ningún caso realizarse por medio de representante o de mandatario, en atención del carácter personalísimo que revisten, y que toda intervención de un tercero que en ellos tenga lugar, dado que, como ya hemos dicho con anterioridad, presupone una voluntad negocial integrante formada en la persona del interesado, tanto en lo que se refiere a su contenido interno, como en lo que se refiere a los efectos jurídicos que haya de producir y a la persona en relación con la cual haya de producirlos, no puede en modo alguno calificarse como actuación de mandatario, sino como actuación de un emisario o nuncio.... lo que hace que sea completamente inaplicable a ella el artículo 1.732 del

Código civil, que constituye todo el fundamento de la resolución recurrida, el cual, por consiguiente, ha sido infringido, por el concepto que más arriba dejamos reseñado.

Segundo motivo.—Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida incide en interpretación errónea de los artículos 178 y 179 del Código civil en su primitiva redacción, vigente en el momento de otorgarse la adopción de autos. Los artículos 178 y 179 del Código civil, en la redacción originaria que tenían cuando en el año 1952 se produjo la adopción de la recurrente, decían que: Primero. La adopción se verificaría con autorización judicial, debiendo constar necesariamente el consentimiento de determinadas personas y oírse al Ministerio Fiscal sobre el asunto, aprobando finalmente el Juez, previas las diligencias que estimara necesarias, la adopción, si ésta se encontrara ajustada a la ley y fuera conveniente para el adoptado (art. 178). Segundo. Que aprobada la adopción por el Juez definitivamente, se otorgaría escritura, expresando en ella las condiciones con que se hubiera hecho e inscribiéndose después en el Registro Civil correspondiente (art. 179). En aquellos artículos, anteriores a 1958, nada autorizaba para considerar la escritura pública como elemento formal constitutivo del negocio jurídico de adopción. El trámite formal constitutivo de la adopción lo era el expediente judicial, sin el cual la adopción en cuanto acto jurídico era inexistente. Pero la escritura pública notarial no pasaba de ser un trámite final con un valor de simple publicidad y con evidente carácter instrumental de facilitación de la prueba y de título de legitimación del estado civil que se adquiriría. Son varias y poderosas las razones para entenderlo así. En primer lugar, el carácter sustancial o esencial de las formas y solemnidades jurídicas (*forma dat esse rei*) tiene en el Derecho moderno, regido por principios espiritualistas, un carácter marcadamente excepcional, de suerte que sólo en aquellos casos en que el texto de la ley atribuya a la solemnidad o a la forma ese carácter esencial de requisito del acto, dicho carácter podrá ser sostenido, pero sin posibilidades de interpretación analógica ni aun extensiva. En segundo lugar, los artículos 176 y 177, tras la reforma de 24 de abril de 1958, corroboraban la anterior interpretación, pues así como el artículo 176 terminaba diciendo será nula la adopción en la que no se cumplan estos requisitos, para hacer referencia con ello al previo expediente judicial, con manifestación en él del consentimiento, a la audiencia del Ministerio Fiscal y a la final aprobación del Juez, nada, en cambio, se decía respecto de una posible nulidad en el artículo 177, que es donde se contenía el mandato de otorgamiento de escritura pública. En síntesis, una adopción sin expediente, o sin expediente regular, es nula, pero no puede decirse lo mismo de una adopción sin escritura pública. Si hubo expediente judicial regularmente tramitado, la escritura pública será un requisito de efectividad, pero no de esencia, al que en rigor le es aplicable un precepto semejante al del artículo 1.279 del Código civil: habrá obligación de otorgar la escritura pública, pero en modo alguno inexistencia jurídica del acto. En otro sentido, los preceptos legales denunciados se interpretan también erróneamente al considerar que en nuestro caso ha faltado la escritura pública. Aun cuando se quisiera llegar a la conclusión de que la escritura pública era constitutiva de la adopción, este requisito de la escritura pública debe entenderse únicamente como una exigencia de que las manifestaciones de voluntad de los interesados aparezcan en un documento público otorgado en presencia de un Notario. Lo que en ningún caso exigía, ni tampoco exige, el Código civil es la unidad de acto en este tipo de escrituras, de manera similar a como puede entenderse exigida en materia testamentaria. Pues bien, no olvidamos que la escritura que doña I. P. P. otorgó en Valencia el 4 de junio de 1950 ante el Notario de aquella ciudad don F. B. L., aunque se la calificara como escritura de poder, fue ya real-

mente una manifestación de la voluntad de adoptar a la niña P. G. M., y de adoptarla en los mismos términos ordenados por el Juzgado de Primera Instancia, no siendo la comisión que se confirió a don J. B. otra cosa que una función de emisario o nuncio. Nos parece bastante claro que la adopción llenó el requisito legal de que constaran en escritura pública los consentimientos necesarios, y que se expresaran en escritura pública las condiciones en las que se hacía.

Tercer motivo.—Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida incide en interpretación errónea del artículo 177 del Código civil en la redacción vigente con anterioridad a la Ley de 24 de abril de 1958. Si la adopción de la recurrente por doña I. P. P. y por don J. A. P. se produjo de un modo válido y eficaz en Derecho; si no fue una adopción realizada por medio de mandatario o representante, como anteriormente hemos reseñado, por no tener la intervención de don J. B. más que la de un simple emisario o nuncio, y si, además, los consentimientos y las condiciones internas del negocio se reflejaron en escrituras públicas, parece claro que aquella adopción ha debido surtir todos sus efectos, y en especial la consideración de la adoptada como heredera de la adoptante, de suerte que al no admitir esta conclusión, la sentencia recurrida incide en la infracción de ley que hemos denunciado. La exclusión del carácter y del título de heredera de la adoptada se produce en la sentencia recurrida, cuyos fundamentos acepta por dos tipos de razones: La primera sería la idea de que el derecho hereditario del adoptado no deriva simplemente de la adopción, sino de la escritura pública, y que, además, esta última sólo podía imponer a la adoptante la obligación de instituir heredero al adoptado en el futuro, que quedaría ineficaz en el caso de que no llegara a ser cumplida. La segunda razón podía ser la de que aun admitiendo la validez de la escritura de 26 de abril de 1952, ésta no podía haber surtido efectos sucesorios por ser posterior al momento del fallecimiento de la causante. Tanto una como otra conclusión son contrarias no sólo al espíritu, sino también a la letra de los preceptos de nuestro ordenamiento jurídico y dan lugar a las infracciones que hemos denunciado. En relación con la validez y alcance de los derechos hereditarios de los hijos adoptivos, en la situación anterior a la reforma de 1958, ha sido últimamente categórica la sentencia de la Sala a la que tenemos el honor de dirigirnos de 11 de octubre de 1974. Según esta sentencia, la promesa de instituir heredero, en el Derecho anterior a 1958, implicaba, si el adoptante no hizo testamento, el derecho del adoptado de convertirse en heredero universal, y si hubo testamento en favor de otros legitimarios o de terceros, con exclusión del adoptado, el que éste conservara el mismo derecho que pudiera corresponder a los hijos legítimos, criterio que había obtenido ya el respaldo de la jurisprudencia a partir de la sentencia de 19 de abril de 1915, que fue después corroborada por otras dos sentencias del mismo Tribunal de 9 de abril de 1942 y 30 de mayo de 1951. Limitándonos, pues, a la doctrina definitivamente fijada por esa sentencia de 11 de octubre de 1974, debemos entender que la promesa de instituir heredero al adoptado, en el Derecho anterior a 1958, producía plenos efectos, tanto si el adoptante cumplía la promesa otorgando testamento como si no llegaba a hacerlo así. Llegando a esta conclusión, nos parecen absolutamente inadmisibles las dos razones que en el caso actual se esgrimen para privar de eficacia al derecho hereditario de la hoy recurrente: que el derecho hereditario—se dice—no deriva de la adopción, sino de la escritura, y que en nuestro caso ese derecho hereditario no puede ser eficaz por ser la escritura posterior al momento de la muerte de la adoptante y, por tanto, al momento de la apertura de la sucesión. La primera proposición es absolutamente inexacta: el derecho hereditario de la adoptada deriva de la adopción misma, y es uno de los pactos en que la adopción puede concre-

tarse; que para su plena eficacia han de constar, con los demás, en escritura pública, como dos negocios jurídicos diferentes, de los cuales emanen efectos jurídicos diferentes también, ya que, como en el motivo anterior hemos razonado, la escritura pública no tiene otro valor que el de instrumento de publicidad e instrumento de ejecución de lo consentido y estipulado en el expediente judicial. Y tampoco puede decirse que, en un caso como el actual, se otorgaran los pactos sucesorios con posterioridad al momento de la apertura de la sucesión. Pues la voluntad de doña I. P. P. de adoptar a la recurrente, y de adoptarla con una determinadas, concretas y expresas condiciones, una de las cuales era la de instituir la heredera, se había producido ya en escritura pública desde el 4 de junio de 1950. Efectivamente, en 4 de junio de 1950 y ante Notario, doña I. P. P. dejó manifestada su voluntad de adoptar y su voluntad de dar a la adopción los términos ordenados por el Juzgado de Primera Instancia, entre los cuales se encontraba el de instituir heredera a la adoptada. Y ello aun prescindiendo de que la voluntad y compromiso de hacer heredera a la adoptada había sido ya manifestado por la adoptante desde el momento mismo en que ésta solicitó la iniciación del expediente de la adopción. La conclusión de todo ello nos parece obvia: hubo una promesa de instituir heredera a la adoptada, promesa que formó parte del contenido del negocio jurídico de adopción y que se reflejó en escritura pública con anterioridad al fallecimiento de la causante, términos todos los cuales que permiten, sin ningún esfuerzo hermenéutico, sostener que tal promesa y pacto sucesorio produjo todos los efectos jurídicos que le son propios, entre otros, el de atribuir a la adoptada sus plenos derechos hereditarios; de manera que al no entenderlo así, la sentencia recurrida ha incidido en las infracciones de ley que más arriba hemos dejado denunciadas.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Baltasar Rull Villar, declara no haber lugar al recurso conforme a las siguientes consideraciones:

Que según los términos de la legislación vigente, al producirse los hechos que se alegan como base de la demanda, conjugando los artículos 178 y 179 del Código civil con los artículos 1.825 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento, particularmente el 1.831, se advierte que la adopción ofrece un marcado carácter contractual *sui generis*; que además del consentimiento del adoptante y del adoptando o, en su caso, su representante legal, requiere la previa autorización judicial, que se concederá si estima el Juez que procede según Derecho, es decir, si concurren las circunstancias a que el Código la condiciona y que es útil al adoptando, ordenando el citado artículo 1.831 que se entregue a los interesados el oportuno testimonio «para el otorgamiento de la correspondiente escritura», con lo cual queda bien clara la finalidad concreta de las actuaciones anteriores, en cuya virtud no es admisible la posición de la parte recurrente, por la que se convertiría en inútil el trámite final de la ratificación de la voluntad de las partes en la escritura pública, hasta cuyo momento puede cambiar; a lo que cabe añadir que cualquiera que sea el criterio que se tenga en Derecho constituyente sobre la conveniencia de cambiar el sistema, y que por afectar al *status* personal y familiar fuera más propio resolverlo por decisión estrictamente judicial, es lo cierto que tal criterio no pasa de plantear un problema de *lege ferenda* que no es éste el cauce idóneo para resolver, y que en Derecho constituido es la escritura pública la única que contiene la manifestación de voluntad vinculante de las partes.

Considerando que, en su virtud, no son admisibles las razones en que se funda el motivo primero del recurso, porque habiéndose conferido el poder para el otorgamiento de la escritura de adopción y utilizado por el mandatario, en el sentido amplio del artículo 1.709 del Código civil, cuarenta y cuatro días después del fallecimiento de la mandante, había quedado extinguido el mandato, conforme a lo dispuesto en el número 3.º del artícu-

lo 1.732 del Código civil, y el mandatario no podía suplir por su cuenta, ni sustituir, una voluntad que ya no podía conocerse por haber fallecido la persona a quien se atribuye, sin que, a los efectos del artículo 1.738 del propio Cuerpo legal, se haya declarado probado que el mandatario ignoraba la muerte del mandante, ni sería presumible dado el largo tiempo transcurrido, ni es admisible en atención al cambio de circunstancias que motivaron la adopción, que fue proyectada por un matrimonio que en aquel momento había disuelto la muerte de uno de los cónyuges; por todo lo cual carece de efectos la escritura de referencia.

COMENTARIO.—Parece, en efecto, que no son del todo consistentes los argumentos y razonamientos jurídicos invocados por la parte recurrente, que insiste machaconamente en la idea del *nuntius* y su posible diferenciación del «apoderado» para, a través de tal diversificación, llegar a la conclusión de que como al primero no le son aplicables las normas del segundo, y en el caso del *nuntius* la voluntad está ya formada desde el principio, no actúa aquí la ineficacia o extinción por muerte del que expresó su voluntad y la transmitió ya formada al *nuntius* con la exclusiva finalidad de que éste la enunciase simplemente en el momento oportuno. Y que a los negocios jurídicos del Derecho de familia, tales como el matrimonio y la adopción, les conviene más la figura del *nuntius* o mensajero, que la del apoderado.

Pero aun admitiendo que esto sea así, se olvida por el recurrente que la voluntad del poderdante debe subsistir hasta que exista la concurrencia de la voluntad de la otra parte que interviene en el negocio, precisamente para poder servir de soporte a la expresión que de ella hace el *nuntius* o mensajero, pues, de lo contrario, éste actuaría en el vacío. Por otra parte, a salvo estas diferencias, tradicionalmente vienen siendo aplicables a ambas figuras jurídicas las mismas normas (en nuestro Código civil, las del mandato, sea o no representativo, arts. 1.709-1.739), entre otras razones, por la analogía entre ambas y las dificultades prácticas en el deslinde de supuestos. También es discutible que, en todo caso, el poder para adoptar se aproxime a la idea del *nuntius*, por muy especiales, concretas e individualizadas que sean las facultades conferidas, no siendo posible desconocer la validez de un poder conferido para adoptar a cualesquiera de los acogidos en el Hogar Provincial de X. Sin olvidar que en la escritura pública, la intervención se verifica siempre en nombre propio o en representación de otra persona, sin admitir una tercera especie.

Quizá obsesionado por esa distinción, que convierte en eje y medula del recurso, no se refiere el recurrente a algunos aspectos que hubieran podido ser de importancia decisiva en el pleito, tales como:

a) La posible aplicación del artículo 1.738 del Código civil al presente caso. Si «lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante..., es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe», pudiera estimarse que una vez probado que el Procurador desconocía la muerte de la esposa poderdante y siendo la adoptada un «tercero» (ya que la expresión «tercero» de este artículo equivale a persona distinta del poderdante y del apoderado) podría ser eficaz respecto a ella la adopción. Y a esta solución parece dar pie el Tribunal Supremo al manifestar «... sin que, a los efectos del artículo 1.738..., se haya declarado probado que el mandatario ignoraba la muerte del mandante ni sería presumible dado el largo tiempo transcurrido...».

b) La subsistencia parcial de la escritura de adopción respecto al padre adoptante, que vivía al otorgarse la escritura y no se ha probado notificase la muerte de su esposa al apoderado ni, mucho menos, hubiese revocado el poder. A favor de la afirmativa cabe invocar la doctrina de los propios

actos, ya que en el testamento de fecha muy posterior da por válida la adopción, el principio de la seguridad jurídica, el de que la interpretación de la adopción en los casos dudosos ha de hacerse en favor del adoptado, que la conclusión de tal adopción privó a la adoptada de la posibilidad de haberlo sido por otra persona, que la negligencia (en este caso del adoptante, al no comunicar la muerte de su esposa al apoderado ni hacer la menor observación con posterioridad a la escritura de adopción) no merece la tutela jurídica, y esa negligencia se aproxima en este caso a la mala fe, creando además una apariencia jurídica de legitimidad (v. gr.: inscripciones en el Registro del estado civil) que conviene sea protegida, por lo que no es la demandante quien debe probar la validez de la adopción, sino las demandadas a quienes incumbe probar su nulidad (con la consecuencia de que a éstas correspondería probar que el apoderado conocía la muerte de la poderdante, y no que es la actora quien debía probar su ignorancia). Y al principio de la conservación del negocio jurídico. Por el contrario, son consideraciones de peso que inclinan hacia la solución negativa, la variación de las circunstancias (no es lo mismo la adopción por un matrimonio que por una persona viuda, y de una niña por un hombre solo) y la de que como la escritura debe otorgarse en los términos del auto judicial aprobando la adopción, como en éste figuraban ambos cónyuges como adoptantes, no cabe que la escritura de adopción se otorgue por uno solo de ellos, ni tampoco que habiendo fallecido con anterioridad uno de los cónyuges subsista la adopción respecto al otro. A este particular se refiere precisamente el final del segundo considerando cuando dice que «ni es admisible en atención al cambio de circunstancias que motivaron la adopción, que fue proyectada por un matrimonio que en aquel momento había disuelto la muerte de uno de los cónyuges».

Ante el silencio de nuestra legislación y también, todo hay que decirlo, ante un planteamiento poco hábil del recurso, nuestro Tribunal Supremo se ha decidido por la solución más clara y segura, que puede originar menores dificultades, negando que sea posible la llamada «adopción póstuma», nombre con el que se conoce la realizada una vez fallecido alguno de los adoptantes, después de la aprobación judicial y antes del otorgamiento de la escritura pública. A diferencia de lo establecido en las legislaciones alemana, francesa e italiana, que admiten esa posibilidad. El B. G. B. se expresa así: «La aprobación del contrato de adopción no puede tener lugar después de la muerte del adoptando. Después de la muerte del adoptante, sólo es admisible la aprobación cuando el adoptante o el adoptando han presentado la petición de aprobación al Tribunal competente, o cuando habiendo redactado o hecho redactar el contrato ante el Juez o ante Notario, han confiado la presentación al Tribunal o al Notario. La aprobación hecha después de la muerte del adoptante produce los mismos efectos que si se hubiese realizado antes» (parágrafo 1.753). Según el Código civil francés, «si el adoptante fallece después que el acto que constata la voluntad de formalizar el contrato de adopción ha sido recibido y que la solicitud de homologación ha sido presentada al Tribunal civil, se continúa el procedimiento y se admite la adopción, si ha lugar. En este caso, la adopción produce sus efectos desde el momento de la muerte del adoptante. Los herederos del adoptante pueden, si estiman inadmisibile la adopción, elevar al Procurador de la República todas las memorias y observaciones a este respecto» (art. 366). Y, análogamente, el Código civil italiano establece que «... si el adoptante fallece después de haber prestado el consentimiento y antes que se dicte el decreto, se puede proceder al cumplimiento de los actos precisos para la adopción. Los herederos del adoptante pueden presentar al Tribunal memorias y observaciones para oponerse a la adopción. Si se admite la adopción, produce sus efectos desde el momento de la muerte del adoptante» (art. 298).

c) El testamento del padre adoptivo, otorgado bastantes años después de la adopción y una vez contraídas las segundas nupcias, en el que instituye heredera a su hija adoptiva, sirve para reforzar las anteriores consideraciones a favor de ésta, en relación con la doctrina relativa a los actos propios, la apariencia jurídica, la falta de protección a la negligencia y la protección a la buena fe provocada por la fundada confianza en la conducta ajena.

d) Tampoco se ha hecho valer por la demandante la posible posesión de estado civil de hija adoptiva, apoyada en la inscripción registral, que, entre otros, hubiera producido el efecto de invertir la carga de la prueba.

e) La naturaleza jurídica de la adopción, como acto complejo o de formación sucesiva, integrado por una sucesiva concatenación de actos preordenados a la producción de un único efecto final jurídico, cuya fuerza, eje o núcleo de facultades para seguir el procedimiento arranca del consentimiento manifestado en la solicitud inicial dirigida al Tribunal, la subsiguiente ratificación ante éste y la aprobación judicial, es un punto de vista que, aunque discutible, hubiera reforzado la tesis de la actora. Aun a falta de expresa alusión por ésta, el Tribunal Supremo parece rechazarlo, si bien con cierta cautela, al referirse a la naturaleza o carácter contractual *sui generis* de la adopción y manifestar que, fuera cual fuese la solución deseable, en el Derecho constituido es la escritura pública la única que contiene la manifestación de voluntad vinculante de las partes. De aquí resulta claramente que sin escritura pública no existe adopción, pues ésta tiene carácter constitutivo, con las consecuencias de que es imposible el desistimiento por cualquiera de las partes hasta que se haya otorgado la escritura pública y que el Juez no puede suplir la voluntad de ninguna de las partes rebeldes. Claro es que el desistimiento injustificado puede dar lugar a responsabilidad e indemnización por daños y perjuicios, materiales o morales.

F. C. L.