

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ,
JOSÉ QUESADA SEGURA,
JAVIER SÁENZ VILLAR,
CATALINO RAMÍREZ RAMÍREZ y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

FALTA DE IDENTIDAD DE COSA JUZGADA. DESESTIMACION DEL RECURSO DE CASACION POR NO PLANTEARSE BIEN EL CONCEPTO DE LA INFRACCION ALEGADA. EL TERCERO DEL PARRAFO ULTIMO DEL ARTICULO 40 DE LA LEY HIPOTECARIA. INTERPRETACION DEL ARTICULO 66 DE LA MISMA LEY. LEGITIMACION ACTIVA DE LA ACCION DE RECTIFICACION REGISTRAL. VENTA POR CONGREGACION RELIGIOSA (SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1975).

Hechos.—La excelentísima señora doña María Teresa Rojas y Roca de Togores, Marquesa del Bosch de Ares, deduce demanda contra la Congregación Salesiana de Alicante; contra la Sociedad «Construcciones San Martín, S. A.»; contra la Caja de Ahorros del Sureste de España, y contra aquellas personas desconocidas que traigan causa de la inscripción segunda de la citada Congregación, exponiendo en síntesis: que la Congregación Salesiana acudió en su día al procedimiento especial de la Ley de 11 de julio de 1941, obteniendo a su favor declaración expresa de ser personas interpuestas los titulares que figuraban en la inscripción primera de la finca objeto de la litis, siendo la propia Congregación la que había adquirido la finca, practicándose la inscripción segunda a su favor y cancelándose la primera en virtud del correspondiente mandamiento, sin que se recogieran en la nueva inscripción practicada las condiciones resolutoria de la adquisición que figuraban en la anterior inscripción, según las cuales revertiría la finca a los transmitentes si no se construía una escuela en el plazo de un año o si se abandonaba durante el espacio de un año; que la referida Congregación había gravado la finca con una hipoteca a favor de la Caja de Ahorros del Sureste de España y vendió una participación de dicha finca a «Construcciones San Martín, S. A.». Suplica se dicte sentencia por la que se declare que la adquisición de la Congregación Salesiana, que figura en la inscripción segunda, lo fue con las referidas condiciones resolutorias, que deben consignarse en el Registro, y que al haberse cumplido el evento

de las mismas por abandono del Colegio, debe producirse la reversión a favor de los titulares de la expectativa, declarándose igualmente que es nula la compra efectuada por «Construcciones San Martín, S. A.», y en cuanto a la hipoteca existente, que debe pagar la deuda la Congregación Salesiana.

La Congregación demandada contesta diciendo que no ha abandonado en ningún momento la Escuela ni los terrenos y que no deben inscribirse condiciones de ningún género en el Registro.

La Compañía «Construcciones San Martín, S. A.», contesta alegando que había adquirido una participación indivisa de la finca sin que constaran cargas ni condiciones en el Registro, por lo que no sospechó que iba a verse arrastrada a este pleito, solicitando, en consecuencia, la absolución de la demanda y que se mandase cancelar la anotación preventiva de dicha demanda.

La Caja de Ahorros del Sureste de España, por su parte, contesta diciendo que su hipoteca tiene el carácter de primera, con prioridad registral respecto a terceros, no pudiendo imponérsele ninguna modificación en cuanto a la obligatoriedad personal del pago ni en lo referente a la garantía real establecida.

La solución del caso en Primera Instancia y en apelación.—El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Alicante desestimó la demanda, ordenando cancelar la correspondiente anotación preventiva.

La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia dictó sentencia, ante el recurso de apelación de la actora, confirmando y revocando parcialmente la sentencia recurrida, declarando que la finca registral adquirida por la Congregación Salesiana lo fue con las condiciones que constan en la inscripción primera, por lo que no constando en la inscripción segunda debe rectificarse el Registro para darles entrada, sin que tal rectificación afecte a la hipoteca de la Caja de Ahorros del Sureste de España ni a la participación comprada por «Construcciones San Martín, Sociedad Anónima», por ser terceros, que no deben ser perjudicados, y absolviendo a los tres demandados de las demás pretensiones de la parte actora.

Los dos recursos de casación.—Tanto la parte demandante como la Congregación Salesiana demandada interponen recursos de casación por infracción de ley.

La parte demandante se basa en los dos siguientes motivos: 1.º Infracción por violación del artículo 4 del Código civil, en relación con los cánones 1.530, 1.531, 1.532 y 1.679 del *Codex*, y de la doctrina legal sobre los artículos 4 y 1.302 del Código civil, porque la venta efectuada por la Congregación a favor de «Construcciones San Martín, S. A.», es nula por no haberse cumplido los requisitos de validez del Derecho canónico. 2.º Infracción por violación de los artículos 17 y 34 de la Ley Hipotecaria, en relación con los artículos 40—final—, 66 y 70 de la misma ley. No se ha aplicado el artículo 66, a pesar de estar presentada con anterioridad a la adquisición de «Construcciones San Martín, S. A.», la instancia de rectificación del Registro, habiéndose suspendido el asiento de presentación en virtud de la interposición de recurso gubernativo, y prorrogado después en virtud de la anotación de la demanda origen de este pleito.

La Congregación Salesiana basa su recurso en los siguientes motivos: 1.º Falta de aplicación del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, que niega el ejercicio de acciones de rectificación a quienes no sean titulares del dominio o de un derecho real. 2.º Violación del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, en relación con los artículos 1.940, 1.041, 1.954, 1.963 y 1.964 del Código civil. 3.º La sentencia recurrida es contraria a la cosa juzgada, pues en sentencia anterior del Tribunal Especial de la Ley de 11 de junio de 1941 se ordenó

practicar la inscripción «sin que consten cargas», con cancelación de la inscripción precedente, y ahora se pretende modificar la sentencia firme de ese Tribunal. 4.º Violación de los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria, por cuanto la prohibición de disponer que resulta de la cláusula final rescisoria del primitivo contrato de permuta de la inscripción primera no debe tener acceso al Registro por estar contenida en un contrato oneroso. 5.º Violación del párrafo 2.º del artículo 1.118 del Código civil, porque la discutida condición resolutoria por abandono del Colegio es de carácter negativo y debe entenderse cumplida cuando se cumplió la obligación principal de edificación del Colegio. 6.º Violación del artículo 1.116 del Código de Comercio, por ser una condición resolutoria contraria a la moral y a las buenas costumbres.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre, declara no haber lugar a ninguno de los dos recursos interpuestos por lo siguiente:

«Considerando que por el primer motivo del recurso interpuesto por la actora, doña María Teresa de Rojas y Roca de Togores, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la violación del artículo 4 del Código civil, en relación con los cánones...; infracciones que se hacen estribar en que el contrato por el que 'Construcciones San Martín, S. A.', adquirió de la Congregación Salesiana una participación mayoritaria indivisa en la finca litigosa no reúne los requisitos o solemnidades esenciales que dada su naturaleza son exigibles y que concreta...; mas frente a lo expresado cabe señalar: a) que si bien en el suplico de la demanda, entre otras pretensiones, lo es la de nulidad del referido contrato, se justifica, conforme al extremo c) de los fundamentos de derecho, en que nadie puede dar lo que no tiene, o lo que es igual, no puede darse lo que no es propio, intentándose un desplazamiento patrimonial de un bien concreto sin contar con el acuerdo de su verdadero titular, en cuyo único aspecto es discutida y objeto de decisión en la recurrida sentencia, por lo que en realidad aquella otra controversia traída al recurso no fue objeto de debate en el pleito ni de decisión en la sentencia, mereciendo, consecuentemente, calificarla de cuestión nueva; b) porque es tan sólo en el escrito de réplica en el que se agrega que el Rescripto Pontificio autorizando la venta operada de la finca de autos 'viene montado sobre la base de un precio ciertamente superior al que sirvió de contraprestación en el contrato traslativo', y si en vía de resumen, como así lo califica el actor, se afirma que el contrato de transmisión a favor de 'Construcciones San Martín, S. A.', se produce usando de un poder o autorización de la Santa Sede, que establece un precio muy superior al que percibe la Congregación Salesiana, además de que tales alegaciones no se reflejan o llevan al suplico, pues solamente se reitera el de la demanda, en el que la nulidad que es objeto de petición lo es por causa bien distinta, como ya quedó expresado, es que no es conforme a la génesis o razón de demandar, cuando es precisamente, y en propio decir del actor en su escrito de réplica, 'la compraventa que pretendió producir la Congregación Salesiana en favor de 'Construcciones San Martín, S. A.', la que comporta la previsión establecida para que opere la resolución'; resolución que se refiere a la del contrato de permuta o compraventa entre doña Mariana Moreno y Pérez de Vargas y sus hijos, causantes de la actora, y la Congregación Salesiana, de lo que resultaría que de darse aquella causa de nulidad imposibilitaría la de la condición resolutoria, que es la principal pretensión y fundamento de la demanda, sin perjuicio de aquella otra motivación anulatoria a los efectos de la reversión que dicha condición aparejaría; c) porque aunque se estimara que aquella referencia en el escrito de réplica al Rescripto Pontificio fue bastante para que en los escritos de réplica se hiciere por los demandados las oportunas defensas u oposiciones, tendrían-

mos que, aunque como argumento meramente subsidiario, no deja de tratarse de dicha cuestión en la recurrida sentencia, y así, cuando en el décimo de sus considerandos, precisamente remitido a la pretendida declaración de nulidad a la que se viene haciendo referencia, en el aspecto con que es discutida y decidida, se justifica su improcedencia, tanto por no existir ninguna prohibición para enajenar por parte de la Congregación Salesiana como por reunir 'Construcciones San Martín, S. A.', los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria para ser tenido como tercero hipotecario, que impide tal pretendida declaración de nulidad de la adquisición ni la consecuente del asiento registral producido, no se deja de razonar sobre la circunstancia 'de si en el Rescripto Pontificio—necesario para la enajenación de bienes de instituciones religiosas que rebasen cierta cuantía—se autorizaba la venta por mayor o menor precio del estipulado en la escritura sea trascendente en esta litis, pues ningún interés, y, por tanto, ninguna acción, tiene la actora, que no fue parte en dicho acto, para impugnarlo, ello sin tener en cuenta que antes de la compraventa, y después del Rescripto, se recibió por la Congregación un préstamo garantizado con hipoteca, que entre principal, intereses, comisiones, gastos y costas aseguraba una cantidad superior a los 18 millones de pesetas', por lo que, consecuentemente, nunca cabría decir se hubiere violado el canon 1.132 (*sic*), único precepto aplicable a la cuestión litigiosa desde este aspecto en el que quiere ser examinado por el recurso, todo lo que obliga a la desestimación de este primer motivo.»

«Considerando que por el motivo segundo del propio recurso, y por igual vía a la de su anterior, se denuncia la violación 'de los artículos 17 y 34, en relación con los artículos 40—párrafo final—, 66 y 70, todos ellos de la Ley Hipotecaria', pretendiéndose combatir la declaración mantenida en la recurrida sentencia de ser tercero hipotecario 'Construcciones San Martín, S. A.', respecto a la adquisición por compra de una participación indivisa del inmueble, al que se refiere la inscripción segunda, que motiva la inscripción cuarta, y sin que, por tanto, pueda afectarle la rectificación registral correspondiente a la referida segunda inscripción para obtener su acomodación extrarregistral, en cuanto a la condición resolutoria que aparece en la inscripción primera, y que sustancialmente apoya en que cuando 'Construcciones San Martín, S. A.', inscribió su título adquisitivo de dicha participación indivisa en el inmueble propiedad de la Congregación Salesiana, se hallaba cerrado el Registro a su acceso: primero, por la actuación gubernativa sobre rectificación registral, y segundo, al cesar sus efectos por enlazarse con la anotación preventiva de la demanda que motiva la litis; mas preciso se hace tener en cuenta que, conforme se razona en el décimo de los considerandos de dicha recurrida sentencia, la demandada 'Construcciones San Martín, S. A.', además de haber adquirido de buena fe, a título oneroso, de la Congregación Salesiana, que en el Registro de la Propiedad figuraba como titular dominical, extremos o requisitos éstos que no se discuten y, por el contrario, se le reconocen por el recurrente, cuando seis meses después de la adquisición presentó su título traslativo del dominio para su inscripción, esto es, dieciocho días después de haber solicitado la actora y don José de Rojas y Moreno la rectificación de la inscripción segunda, la nota de suspensión del asiento de presentación, extendida por el Registrador mientras se tramitaba el recurso gubernativo, quedó sin base al resolverse el recurso de apelación, que contra la negativa del Presidente de la Audiencia se interpuso ante la Dirección General, que confirmó dicha negativa, y como la anotación preventiva de la demanda no se realizó hasta el 30 de diciembre de 1970, teniendo presentado su título adquisitivo 'Construcciones San Martín, S. A.', el 12 de noviembre de 1969, no se enlazaron aquellos efectos, a los que se refiere el recurrente, de la suspensión gubernativa y la anotación de demanda, y ello, según expresión literal de la sentencia, porque la retroacción de efectos que el

artículo 66 contempla es para los supuestos de suspensión o denegación de inscripción de títulos por faltas subsanables o insubsanables, pero no para casos, como el presente, en que la única vía utilizable es la judicial y presentada en aquel intervalo, esto se, entre la cesación de efectos suspensivos declarada por la nota del Registrador durante la tramitación del expediente gubernativo y la anotación de demanda, proclama la recurrida sentencia que 'quedando en primer lugar debió inscribirse antes de extenderse la anotación preventiva de la demanda, en cuyo momento se cumplió la última exigencia para ser tenida por tercero hipotecario y ser protegida contra cualquier nulidad o resolución del derecho del transmitente'; pero es que además, continúa razonando la tan meritada sentencia, 'aun en el caso de que la anotación de demanda se retrotrajere a la fecha del asiento de presentación de la referida instancia, tampoco podría perjudicarle, de conformidad a lo dispuesto en el párrafo último del artículo 40, ya que, según el mismo, la rectificación del Registro no perjudica a los derechos adquiridos por terceros a título oneroso y de buena fe durante la vigencia del asiento que se declara inexacto, y como la compraventa tuvo lugar cuando el asiento publicaba una titularidad dominical a favor de la Congregación sin restricción alguna, 'Construcciones San Martín, S. A.', quedaba amparada por dicho precepto', por lo que, en consecuencia, sea cualquiera la interpretación que deba darse a lo sentado por la recurrida sentencia al decir 'debió inscribirse' o se tome a ese tercero, al que se refiere el artículo 40, como simplemente civil, cual parece ser el sentir de la sentencia y no menos conforme a la realidad de dicho precepto, o lo sea al hipotecario, cual pretende el recurrente, en cuyo caso no operaría tal protección, es lo cierto que el juzgador de instancia se atuvo, con criterio más o menos acertado, que no es del caso examinar, a los preceptos que se dan como violados en el motivo y sin que, por tanto, pueda jugar dicho concepto de infracción, cuando, como ha quedado expresado, el juzgador los tuvo en cuenta y aplicó, por lo que el motivo ha de ser desestimado, y con ello el recurso interpuesto por la actora...»

«Considerando que entrando en el examen del recurso interpuesto por la Congregación Salesiana, se formula el primer motivo, al amparo del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando la violación del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, y aunque no precisa el párrafo de dicho artículo que se estima infringido, máxime cuando en la sentencia hay referencia expresa al mismo en cuanto a su último párrafo—considerando décimo—y a su segundo párrafo—considerando quinto—, de su fundamentación se desprende que está queriendo referirse al párrafo primero, en cuanto determina quiénes están legitimados para el ejercicio de la acción encaminada a la rectificación registral; mas es precisamente a dicha legitimación a la que la recurrida sentencia dedica su sexto considerando, con expresa cita del tan mencionado artículo, para estimar incluidas entre las que dicho párrafo primero señala a la actora, como legitimada para el ejercicio de la expresada acción, como titular, bien de una expectativa de derecho, bien de un derecho real en formación, o una situación jurídica de pendencia, por lo que podrá haber incurrido el juzgador de instancia, en su caso, en una interpretación errónea de dicho artículo, pero lo que no puede decirse es que lo haya violado, por lo que el motivo ha de decaer; argumento que cabe perfectamente reiterar, en cuanto al segundo motivo se refiere, toda vez que denunciada la violación del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, en relación con los artículos... del Código civil, no deja el juzgador de instancia de hacer referencia tanto a la prescripción tabular, como a la extintiva, en el séptimo de los considerandos de la recurrida sentencia, con expresa cita del meritado artículo 35 de la Ley Hipotecaria, como implícito del artículo 1.693 del Código civil, y si bien de su análisis en relación a los hechos declarados en dicha sentencia llega a conclusión contraria a la pretendida por el recu-

rente, al igual que se expresó en relación al anterior motivo, podrá haber incurrido en alguna otra infracción, pero lo que no puede decirse es que lo haya desconocido, ya que la prescripción tabular se halla recogida en el primero de los citados preceptos y a la extintiva se refieren los segundos, con lo que, como ya quedó indicado, al igual que su anterior, hay que desestimar este segundo motivo.»

«Considerando que el tercer motivo del recurso denuncia, al amparo del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que la sentencia que se recurre es contraria a la cosa juzgada, con referencia a la sentencia dictada por el Juzgado Especial de la Ley de 11 de julio de 1941, con fecha 20 de junio de 1965; mas aparte de no citarse precepto infringido y concepto por el que lo fuere, incurriendo en defecto formal determinante de su inadmisibilidad en esta fase de desestimación, es que, conforme establece el artículo 1.252 del Código civil, para que la presunción de cosa juzgada surta efectos en juicio distinto de aquel en que recayó la sentencia de que se trate, preciso se hace que entre el caso resuelto por la misma y el planteado en el que se invoca exista la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron, teniendo declarado con reiteración esta Sala que aquella identidad respecto de la causa, que es la razón o motivo de pedir, ha de ser fundamental, de tal forma que de no accederse se diera una manifiesta contradicción entre los fallos, y como de los hechos declarados probados por la recurrida sentencia y no combatidos en el recurso resulta que seguidos autos por el Juzgado Especial sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de bienes eclesiásticos, por los trámites establecidos en la Ley de 11 de julio de 1941—que tuvo por objeto la inscripción de bienes de la Iglesia, Ordenes y Congregaciones religiosas inscritos a nombre de personas interpuestas al entonces fallecidas o desaparecidas—, se dictó sentencia ordenando la cancelación de la inscripción de los bienes descritos a nombre de personas que eran interpuestas, y la inscripción a favor de la Congregación Salesiana, con lo que se canceló la inscripción primera y se extendió la que constituye inscripción segunda, en la que no aparece alusión alguna a la condición resolutoria pactada 'y que constaba relacionada con todo detalle en la inscripción primera', por lo que es claro que entre aquel proceso y el actual juicio no se da aquella identidad de causa, teniendo en cuenta que la de éste no sólo es la rectificación registral para llevar a esta segunda inscripción aquella condición, sino que lo es la reversión de los bienes inscritos a nombre de la Congregación en favor de la actora y un tío de la misma, al dar por cumplida la condición resolutoria a la que estaban afectos, como no menos y conforme declara la recurrida sentencia, ni los litigantes son los mismos, ni las cosas litigiosas guardan el más elemental parecido, por lo que tampoco en cuanto al fondo el motivo puede prosperar.»

«Considerando que los motivos cuarto, quinto y sexto, últimos de este recurso, al denunciar, respectivamente, por el concepto de violación, la de los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria, párrafo segundo del artículo 1.118 del Código civil y artículo 1.116 de este propio Código, han de ser desestimados en razón a que todos ellos traen al recurso cuestiones no debatidas en el pleito ni decididas en la sentencia y, por tanto, sin acceso a este extraordinario recurso...»

COMENTARIO.—A la hora de recoger doctrina legal de esta sentencia debemos observar que, salvo en lo relativo al problema de la cosa juzgada, no hay propiamente doctrina alguna sobre el fondo, ya que el Tribunal Supremo se limita a desestimar los motivos de ambos recursos por defectos formales, al no haberse invocado el adecuado concepto de infracción de los preceptos alegados. Por tanto, el Tribunal Supremo no ha resuelto en esta sentencia los problemas hipotecarios planteados. Una vez más, el

estrecho campo de actuación del recurso de casación ha impedido la formación de doctrina hipotecaria. Pero lo cierto es que en los «considerandos» se abunda en la tesis de la Audiencia, lo que a primera vista podría inducir a la confusión de entender que se acepta la doctrina de ésta. Pero no es así, como tendremos ocasión de ir exponiendo en cada uno de los temas planteados. Y al no ser así creemos que están de enhorabuena la Ley y Reglamento Hipotecario, pues en algún punto se ha desvirtuado el sentido de los mismos, como, por ejemplo, a propósito del tercero del último párrafo del artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

A) *El asiento de presentación: suspensión en caso de recurso gubernativo y prórroga del mismo por anotación de demanda.*—Es antecedente del presente pleito la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de noviembre de 1970, magníficamente comentada en esta REVISTA por TIRSO CARRETERO (1). La parte demandante había intentado previamente en la esfera del procedimiento registral obtener la inscripción de las condiciones resolutorias que habían sido indebidamente canceladas con ocasión de la sentencia dictada en el procedimiento especial de la Ley de 11 de julio de 1941, sobre inscripción de bienes eclesiásticos a nombre de personas interpuestas. A tal efecto presentó en el Registro una instancia (suponemos que iría acompañada del título en que constaban las condiciones) solicitando la rectificación de la inexactitud registral con la constancia de tales condiciones. El Registrador denegó la rectificación pretendida. La interesada recurre gubernativamente, extendiéndose en el trámite correspondiente la nota marginal de suspensión del asiento de presentación, conforme al artículo 114 del Reglamento. Confirmada la nota del Registrador por el Presidente de la Audiencia, se produce la apelación, y la Dirección General desestima el recurso, diciendo que el recurso gubernativo no es el medio idóneo para resolver un problema de rectificación, dejando la puerta abierta a la interesada para que acuda a los Tribunales con objeto de que pueda decidirse acerca de esta cuestión para la que la vía gubernativa no es competente. Antes que esta resolución llegase al Registro de la Propiedad e influyese en la nota marginal de suspensión del asiento, la interesada obtiene asiento de presentación para la anotación de la demanda con fecha 30 de diciembre de 1970. Se plantea el problema de si el primitivo asiento de presentación de la instancia de rectificación, suspendido por la nota marginal del artículo 114 del Reglamento Hipotecario, enlaza y se prorroga en virtud del asiento de presentación de la demanda. Cuestión importante, a efectos de la prioridad registral, teniendo en cuenta que entre ambos asientos (con posterioridad al de la instancia de rectificación, pero con anterioridad al de la demanda) se había presentado la escritura de adquisición de la Entidad «Construcciones San Martín, Sociedad Anónima». Si el asiento de presentación de la rectificación no enlazaba con el de la demanda, quedaba como preferente el de «Construcciones San Martín, S. A.», una vez que constase la resolución gubernativa negativa. Si existía tal enlace, el asiento de dicha Sociedad quedaría supeditado al resultado del litigio.

La sentencia de la Audiencia considera que no hay enlace entre ambos asientos de presentación y que no es aplicable al caso el artículo 66 de la Ley Hipotecaria, pues éste se refiere exclusivamente al recurso gubernativo por faltas en los títulos, no al supuesto de rectificación, para el que la única vía utilizable es la judicial.

En cambio, la actora recurrente entiende que el artículo 66 es perfectamente aplicable al caso, pues «recurrida la denegación de la inscripción solicitada era de necesaria aplicación el último párrafo de dicho artículo, a cuyo tenor el término quedaba en suspenso y, por tanto, el Registro

(1) *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 484, págs. 671 y ss.

técnicamente cerrado hasta la resolución definitiva del recurso, como lo impone el artículo 114 del Reglamento; mas cuando esta resolución llegó, ya había sido presentado en el Registro el mandamiento para la anotación de demanda judicial; al finalizar los efectos del actual asiento, ya estaban en juego los de la anotación y, por consiguiente, el Registro seguía cerrado, no pudiendo abrirse para inscribir la compraventa antes de dicha anotación». Con la consecuencia de que «Construcciones San Martín, S. A.», no es tercero hipotecario protegido, porque cuando acudió al Registro, ya estaba el mismo técnicamente cerrado, por lo que el derecho del recurrente es preferente y excluye el título de compraventa, a que se alude por imperativo del artículo 17 de la ley».

¿Cuál es la postura del Tribunal Supremo sobre este interesante problema?—Confirmando lo que hemos dicho antes, entendemos que el Tribunal Supremo no entra en la discusión, a pesar de recoger las declaraciones de la Audiencia. Esto nos parece clarísimo en vista de lo que se lee al final del segundo «considerando»: «Es lo cierto que el juzgador de instancia se atuvo con criterio más o menos acertado, *que no es del caso examinar*, a los preceptos que se dan como violados en el motivo y sin que, por tanto, pueda jugar dicho concepto de infracción, cuando, como queda dicho, el juzgador los tuvo en cuenta y aplicó.» Es decir, la sentencia se limita a desestimar el motivo por haberse invocado el concepto de infracción *por violación* del artículo 66 y demás que se alegan, cuando tal infracción no puede tener lugar si el juzgador de instancia aplica tales preceptos. Parece que quiere indicar que el concepto adecuado hubiera sido *interpretación errónea*. Realmente es una posición muy formalista; pero, en fin, no queremos criticar la postura del Tribunal Supremo de no querer entrar en el fondo, pues, al fin y al cabo, es consecuencia del carácter extraordinario que tiene el recurso de casación en nuestro sistema. Lo que queda claro es que no se dicta doctrina alguna sobre el problema, de modo que no estará permitido recoger como doctrina del Tribunal Supremo la de la Audiencia por el mero hecho de que ésta se resuma en la presente sentencia.

¿Cuál es nuestra posición sobre el fondo del problema?—Ante todo, creemos que tiene razón el recurrente cuando dice que la Entidad adquirente no había cumplido el requisito de la inscripción en la forma que exige el artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Nuestra interpretación de este requisito es la siguiente: el artículo 34 sólo concede la protección registral al tercero «una vez que haya inscrito su derecho». Luego *antes* de inscribir no tiene tal protección. Esto demuestra que el principio de prioridad está íntimamente enlazado con el de fe pública registral. De nada le vale al tercero del artículo 34 tener los tres primeros requisitos de protección, si antes de cumplir el último se le adelanta otro tercero. Sencillamente, porque ya no es el tercero del artículo 34. La frase «una vez que haya inscrito su derecho» debe ser objeto de interpretación sistemática, en línea con las ideas de los artículos 32, 24 y 25: equivale a «una vez que haya presentado su título, si después lo inscribe» (arts. 24 y 25 de la Ley Hipotecaria), pero sin que pueda perjudicar al tercero que presentó e inscribió antes (artículo 32 de la Ley Hipotecaria), pues para éste, el título de aquél es un título no inscrito.

A la vista de esta interpretación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria habría que concluir, sin más, que «Construcciones San Martín, S. A.», no era un tercero hipotecario del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sino un simple tercero civil antes de la inscripción.

Pero en este caso, la cuestión de prioridad se complicaba porque se discutía si el asiento preferente había sido o no prorrogado por el de la anotación preventiva, según dijimos antes.

Aun así entendemos que la interpretación que la Audiencia hace del artículo 66 de la Ley Hipotecaria no debe prevalecer en este caso, a pesar de que puede pensarse que viene fomentada por la propia Resolución de la Dirección General de 11 de noviembre de 1970, al decir que el recurso gubernativo no es el medio idóneo para la rectificación de errores.

Pensamos que el asiento de presentación de la rectificación quedó en suspenso a partir de la nota marginal del artículo 114 del Reglamento Hipotecario, acreditativa de haberse interpuesto recurso gubernativo, hasta que llegó al Registro la resolución definitiva de la Dirección (argumento: artículo 66, párrafo último, de la Ley Hipotecaria, en relación con los artículos 114 y 126 del Reglamento Hipotecario). Y en ese período de suspensión se produjo el enlace y consiguiente prórroga en virtud del asiento de presentación referente a la anotación de la demanda (argumento: artículo 66, párrafo penúltimo) (2).

Y que no se diga, como hace la sentencia de la Audiencia, que el artículo 66 de la Ley Hipotecaria sólo se refiere al recurso gubernativo por faltas en los títulos y no a la rectificación de errores, pues a ello cabe oponer lo siguiente: 1.º Que dentro del artículo 66 de la Ley Hipotecaria hay que considerar incluido el recurso gubernativo por obstáculos registrales, ya que éstos son también faltas o defectos que impiden la inscripción, y la rectificación de errores puede tener un «obstáculo registral», como aquí sucedía, que puede ser discutido en el recurso gubernativo. 2.º Que, como dice TIRSO CARRETERO (3): «En materia de rectificación de errores es conveniente restringir la doctrina inhibicionista de la resolución (de 11 de noviembre de 1970). Es cierto que el Centro Directivo no puede suplir el consentimiento del Registrador ni el de los interesados allí donde la Ley Hipotecaria ha establecido claramente que hace falta providencia judicial o sentencia en juicio ordinario para superar esta falta de consentimiento. Pero cuando no se trate de esto—termina diciendo TIRSO—, sino de decidir toda clase de desacuerdos entre interesados y Registrador sobre la calificación del error o sobre el procedimiento legal para su rectificación, si debe acudir la Dirección a interpretar la norma discutida de la Ley o el Reglamento Hipotecario y determinar en alzada de jurisdicción voluntaria lo procedente». 3.º Que si se admite la suspensión del asiento de presentación en base a la nota marginal del artículo 114 del Reglamento Hipotecario, como parece admitir la Audiencia, lo lógico es reconocer también el enlace con el asiento de presentación de la demanda, pues son cuestiones íntimamente unidas que tienen el mismo fundamento. 4.º Que en otro caso, se produce indefensión para el interesado, pues si hubiera sabido que la nota marginal del artículo 114 del Reglamento Hipotecario no iba a tener el efecto del artículo 66 de la Ley Hipotecaria habría interpuesto directamente la demanda, sin agotar el recurso gubernativo, y la hubiera presentado rápidamente en el Registro (4). 5.º Que una cosa es que la Dirección General resuelva el recurso sobre rectificación de errores en sentido negativo, y otra que no se haya iniciado, admitido y resuelto un recurso gubernativo, aunque la propia Dirección estime que no es el medio adecuado, pues, en cualquier caso, la iniciación y resolución se han producido, y esto debe bastar, a efectos del artículo 66 de la Ley Hipotecaria.

(2) Recordemos aquí lo que dicen los dos últimos párrafos del artículo 66 L. H.: «Cuando se hubiere denegado la inscripción y el interesado, dentro de los sesenta días siguientes al de la fecha del asiento de presentación, propusiera demanda ante los Tribunales de Justicia para que se declare la validez del título, podrá pedirse anotación preventiva de la demanda, y la que se practique se retrotraerá a la fecha del asiento de presentación. Después de dicho término no surtirá efecto la anotación preventiva de la demanda, sino desde su fecha.» «En el caso de recurrir gubernativamente contra la calificación del título, todos los términos expresados en los dos párrafos anteriores quedarán en suspenso desde el día en que se interponga el recurso hasta el de su resolución definitiva.»

(3) En el comentario a la citada Resolución. Lugar citado en la nota 1, pág. 682.

(4) Recuérdese que en el escrito de interposición del recurso gubernativo ya se decía que había surgido un tercero hipotecario, «y se corre el riesgo de que ocurra otro tanto respecto a una sociedad a la que ha vendido la Congregación Salesiana parte de la finca» (RCDI, núm. 484, pág. 669).

En fin, no debe olvidarse que estamos hablando de la suspensión, prórroga y efectos de un asiento de presentación, y si se admite como válido (y no se declara la nulidad) el asiento de presentación de la instancia de rectificación acompañada del título respectivo, lo lógico será aplicar a ese asiento los efectos que la ley asigna a todo asiento de presentación. Y aunque hay algún autor que vacila acerca de la procedencia del asiento de presentación en los casos de rectificación de errores, en definitiva, aconseja su práctica (5), y es lo procedente, no ya como consejo, sino como obligación, por dos razones: 1.ª Porque se va a iniciar un procedimiento registral que va a motivar un asiento, y la iniciación se produce por el asiento de presentación (art. 416 del Reglamento Hipotecario). 2.ª Porque la fecha de la rectificación es importante a efectos del principio de prioridad (art. 220 de la Ley Hipotecaria) y no va a quedar supeditada esa fecha a la exclusiva actuación del Registrador, sino que lo lógico es que se relacione con la de un asiento de presentación (argumento: art. 24 de la Ley Hipotecaria).

B) *El tercero del último párrafo del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, ¿es un tercero civil o debe haber inscrito su título?*—Se señala también como tesis de la Audiencia, la de que el tercero del último párrafo del artículo 40 de la Ley Hipotecaria es un tercero meramente civil, que no necesita el requisito de la inscripción de su título. Se expone esta idea como argumento subsidiario para el caso de que se entendiera aplicable el artículo 66 de la Ley Hipotecaria en la cuestión que acabamos de examinar.

El Tribunal Supremo destaca esta opinión de la sentencia recurrida sin aceptarla tampoco como doctrina, ya que no entra en el examen de la cuestión de fondo. Sin embargo, parece simpatizar con tal interpretación del artículo 40 de la Ley Hipotecaria al decir que «no es menos conforme a la realidad de dicho precepto». Pero esto es un clarísimo *obiter dictum* sin valor alguno, ya que no expresa que sea una interpretación mejor que la del recurrente, sino que «no es menos conforme», y, sobre todo, el Tribunal Supremo dice a continuación que «no es del caso examinar» cuál de las dos interpretaciones es la mejor.

De modo que tampoco aquí existe doctrina legal sobre el tercero del último párrafo del artículo 40. Y menos mal que es así, pues es una interpretación errónea la que considera que no es necesario el requisito de la inscripción a efectos del tercero de dicho artículo.

Realmente es insólito que pueda pensarse que este precepto se refiere al tercero civil que no ha inscrito su título. A nadie se le había pasado por la imaginación esta peregrina interpretación, que destrozaría definitivamente el principio de prioridad registral, bastante deteriorado ya por la tesis monista del tercero hipotecario. Piénsese que el titular del derecho o expectativa, que pretende acceder al Registro en virtud de la solicitud de rectificación, es también un tercero respecto a la relación en que es parte ese otro tercero adquirente a título oneroso y de buena fe (el problema de la reversibilidad del tercero, apuntado por GARCÍA ARANDA y GARCÍA HERGUEDAS) (6), y aquél puede ser también a título oneroso y de buena fe, y si sólo se defiende al tercero civil que no ha inscrito, se perjudica al tercero que instó la rectificación con anterioridad a la presentación de su título por aquél. Con la tesis del tercero civil se infringen los artículos 32 y 24 de la Ley Hipotecaria, y también el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, que hemos visto sólo concede protección al tercero «una vez que haya inscrito».

En esta cuestión del requisito de la inscripción para la protección regis-

(5) Nos referimos a ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., tomo II, pág. 197.

(6) Véase el estudio de estos autores sobre el tercero en RCDI, núm. 508, págs. 592 y ss., especialmente sobre «reversibilidad» en la pág. 598.

tral no hay discusión alguna entre hipotecaristas, y podríamos decir que es el punto en que coinciden las tesis monista y dualista del tercero, pues ambas entienden que los terceros de los artículos 32 y 34 requieren la inscripción de su título.

En relación con el último párrafo del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, ROCA SASTRE entiende que es el tercero del artículo 34, de donde se desprende que ha de tener inscrito su derecho. En cualquier caso, aun suponiendo que la rectificación no pudiera perjudicar al tercero del artículo 32 en la versión de la tesis dualista, éste también requiere la inscripción. Por eso decimos que la interpretación de la Audiencia es insólita.

En la misma línea que la doctrina, y de acuerdo con el recurrente, nosotros creemos que dicho artículo 40 se refiere a un tercero que ha inscrito su título con prioridad al que insta la rectificación registral, prescindiendo de la discusión acerca de si es un tercero del artículo 34 o del 32, que no se plantea en este caso. Nos basamos en que la Ley Hipotecaria no pretende proteger al tercero meramente civil que no ha inscrito su título, sino sólo al que ha inscrito (arts. 34 y 32); por lo que cuando señala la protección del tercero del último párrafo del artículo 40, ha de referirse a ese tercero protegido por la ley, que prescindiendo de la discusión acerca de otros requisitos, es el que ha inscrito su título. Sólo en casos aislados, la Ley Hipotecaria tiene en cuenta al tercero civil, pero es durante un plazo limitado de dos años y con carácter excepcional (7). Y no es ese el supuesto del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, que es un artículo de carácter general, verdadero compendio de las enfermedades de la inscripción. En relación con esta interpretación referida al tercero que ha inscrito, debe tenerse en cuenta lo que con todo acierto dijo MORELL: «La ley tiende siempre a amparar los derechos inscritos, a favorecer al que inscribe, y, por tanto, a que la inscripción verificada perjudique a los que no hubiesen inscrito. Por tanto, y como regla general, puede afirmarse que siempre que la ley habla de perjuicio de tercero, ese tercero es el que no ha inscrito ni intervenido en el acto o contrato que se inscribió, y siempre que habla de no poder ser perjudicado un tercero, ese tercero es el que funda su derecho en un título inscrito» (8). Y VILLARES PICÓ completa la frase de MORELL diciendo: «Tal tercero favorecido es el tercero del artículo 32, el del 31, el del 34, el del 37, el del último párrafo del 40, el del 69, el del 220 de la ley vigente» (9). En cualquier caso, si se entendiera que ese tercero favorecido por el último párrafo del artículo 40 es meramente civil, se llegaría por ese camino a una prioridad exclusivamente civil, conculcándose la prioridad registral, en contra de los artículos 17, 24 y 32 de la Ley Hipotecaria. Como dice GARCÍA-BERNARDO LANDETA, a otros fines, pero que puede ser recogido aquí al objeto que ahora tratamos, «si el artículo 40, apartado último, excluyese al tercero del artículo 32, el artículo 25, que proclama el principio *prior tempore potior iure*, no tendría sentido alguno». Y más adelante añade: «Si se fijase la preferencia por los títulos, se afirmaría que es mejor la publicidad de la escritura notarial que la del Registro de la Propiedad» (10).

Por todo ello, no comprendemos cómo ha podido seguirse esa concepción por la Audiencia, ni siquiera como argumento de carácter subsidiario. Tampoco comprendemos por qué al Tribunal Supremo, a pesar de no haber querido entrar en el problema, se le ha escapado ese *obiter dictum*,

(7) Los artículos 28 y 207 L. H. se refieren, al parecer, a un tercero civil que no ha inscrito y al que no le perjudica la inscripción durante el plazo de dos años. Esta es la opinión de VILLARES PICÓ, aunque es una cuestión discutible en la que no queremos entrar.

(8) MORELL, *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*, tomo II, pág. 593, 2.ª ed., 1925.

(9) VILLARES PICÓ en su estudio publicado en la *Revista Crítica*, núm. 469, pág. 1547.

(10) GARCÍA-BERNARDO LANDETA, «Los terceros registrales o internos», en RCDI, núm. 469, página 1523. Este autor hace esas declaraciones con el propósito de rebatir la tesis de ROCA SASTRE sobre el último párrafo del artículo 40 L. H. Nosotros las hacemos nuestras frente a la tesis de la Audiencia, que pretende considerar como tercero civil al del último párrafo del citado precepto.

que, aunque carece de valor, podría inducir o confusión si no se insiste en que no contiene doctrina legal. Esperamos que en el futuro no se seguirá la interpretación de la Audiencia, pues podría destruirse buena parte de la legislación hipotecaria.

C) *Falta de identidad de cosa juzgada. Función calificadora del Registrador en la concreción registral de la cosa juzgada.*—Decíamos antes, y ahora lo confirmamos, que es en el problema de la falta de identidad de cosa juzgada donde esta sentencia contiene doctrina sobre el fondo. Se planteó en el recurso el problema de si había identidad en la causa de la cosa juzgada entre la sentencia dictada en el procedimiento especial de la Ley de 11 de julio de 1941 sobre inscripción a nombre de la Congregación Religiosa de la finca, que figuraba a nombre de personas interpuestas, y la sentencia dictada en el presente proceso relativo a la constancia de condiciones resolutorias en la adquisición de la Congregación, que habían sido indebidamente canceladas. La presente sentencia destaca que no hay identidad de causas ni de personas en dichos procesos. Tiene toda la razón el Tribunal Supremo, hay perfecta compatibilidad entre ambos fallos: la sentencia del Tribunal Especial de la Ley de 1941 tenía por objeto declarar que la finca fue realmente adquirida por la Congregación, en lugar de por las personas interpuestas, siendo esa la causa de pedir del procedimiento previsto en dicha ley, lo cual no se opone a que posteriormente se declare en otro pleito que la finca inscrita a nombre de la Congregación está afectada a cargas o condiciones que no figuraban anteriormente o que fueron indebidamente canceladas.

Hasta aquí la doctrina de la sentencia acerca de la cosa juzgada. Pero queremos comentar en relación con este problema la importancia de la función calificadora del Registrador para que quede bien concretada en el Registro la cosa juzgada, porque creemos que el presente pleito no se habría producido si se hubiera denegado la cancelación pretendida por el mandamiento judicial que se dirigió al Registrador con motivo de aquella sentencia del Tribunal Especial. No tratamos de criticar, en concreto, la calificación registral de aquel mandamiento, pues no conocemos los términos en que estaba planteado. Simplemente, tratamos de hacer unas consideraciones de carácter general sobre la función calificadora a propósito de aquella cancelación, que ahora se considera que fue indebida. El Registrador tiene facultades para calificar la congruencia del mandato con la clase de juicio o procedimiento seguido, según el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, y aquí estamos ante un supuesto de incongruencia de este tipo. En efecto, el mandato judicial no era congruente con la clase de procedimiento regulado en la Ley de 1941, en lo relativo a la cancelación de la inscripción primera de la finca en su integridad, pues ello llevaba consigo la cancelación de los derechos o expectativas de personas que eran totalmente ajenas a aquel procedimiento. Es discutible si el procedimiento de la Ley de 11 de julio de 1941 debe dar lugar sólo a una nueva inscripción a favor del ente eclesiástico, sin cancelación alguna, o si se debe producir la cancelación de la inscripción anterior. TIRSO CARRETERO entiende que no procede tal cancelación, «puesto que ambas, conjuntamente, forman el contenido registral» (11). Aunque tiene razón, en parte, TIRSO CARRETERO, nosotros creemos que procede decretar la cancelación de la inscripción precedente, al menos en lo relativo a la titularidad registral que en ella figura, pues, como dicho autor reconoce, se altera «el fundamental extremo del titular registral», y, además, no se trata de una inscripción de transferencia, sino de un caso de simulación relativa o de representación oculta, en que lo procedente es efectuar tal cancelación parcial. Pero de lo que no cabe duda, de lo cual queremos ocuparnos aquí, es que no procede

(11) TIRSO CARRETERO, *RCDI*, núm. 484, pág. 673.

cancelar las cargas o condiciones que puedan favorecer a otras personas. Si se interesase la cancelación total de la inscripción que contiene tales cargas o condiciones existiría incongruencia entre el mandato judicial y la clase de juicio o procedimiento seguido (art. 99 del Reglamento Hipotecario), y, en todo caso, se pretendería una cancelación sin consentimiento del titular de las cargas o condiciones, ya que no interviene en el procedimiento regulado por la Ley de 1941. Por ello insistimos en que el Registrador debe denegar la cancelación pretendida en esos términos absolutos. Actuando así evita que pueda quedar perpetuada en el Registro una cosa juzgada que no es propiamente tal. En el presente caso, el recurrente entendía que había identidad de causa en la cosa juzgada. Hemos visto que no es así, pero la discusión se evita si desde el principio el Registrador exige una mayor concreción en este tipo de mandatos judiciales de cancelación. A propósito de esto advertimos que algunos mandamientos de cancelación se refieren genéricamente a la cancelación de una inscripción, lo cual es improcedente si la inscripción en cuestión contiene varios actos jurídicos, algunos de los cuales son extraños al procedimiento seguido. En estos supuestos sólo es congruente interesar la cancelación parcial de la inscripción en lo relativo al acto o derecho discutido en el pleito. El Registrador tiene facultades calificadoras de esa incongruencia, pues no se trata de una incongruencia entre lo pedido en la demanda y lo resuelto en la sentencia, sino de una incongruencia entre el mandamiento judicial en trámite de ejecución y el objeto fundamental decidido en la sentencia. La calificación de este tipo de incongruencia está prevista en el citado artículo 99 del Reglamento, y la misma es muy útil, como hemos dicho, pues evita que el Registro refleje erróneamente la cosa juzgada de la sentencia.

D) *Otras cuestiones.*—En ambos recursos se plantean otras cuestiones, pero no vamos a detenernos en ellas, pues sería interminable este comentario, y además, el Tribunal Supremo tampoco ha entrado en el fondo sustantivo de los problemas, por lo que no hay doctrina legal en ese aspecto. Así, si es o no nula, con nulidad absoluta, la venta realizada por Congregación Religiosa sin sujetarse al requisito del precio previsto en el Rescripto Pontificio; si cabe la *«usucapio libertatis» secundum tabulas* dentro del ámbito del artículo 35 de la Ley Hipotecaria; si las condiciones que fueron revividas constituyen o no pactos sin trascendencia real en contrato oneroso, conforme al artículo 27 de la Ley Hipotecaria, y en relación con este último, si tienen o no legitimación activa para instar la acción de rectificación registral los titulares de las expectativas derivadas de esas condiciones.

BUENA FE HIPOTECARIA: CONCEPTO. LA AUSENCIA DE BUENA FE HA DE PROBARSE DE MODO PLENO. EL MOMENTO EN QUE SE HA DE TENER BUENA FE ES EL DE LA ADQUISICION, PUES MALA FIDES SUPERVENIENS NON NOCET (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1975).

Hechos.—Don Juan Serra Prunes deduce demanda contra el Ayuntamiento de Fraga y el Abogado del Estado, en su especial representación, sobre acción reivindicatoria de finca rústica, exponiendo que por escritura otorgada en el año 1951 había comprado una finca en escritura pública, que se inscribió a su nombre cumpliéndose todos los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. El Ayuntamiento de Fraga desconoció tal adquisición de propiedad, pues pretendió considerar al actor como un

simple poseedor o cultivador de una finca propiedad del Ayuntamiento, reclamándole el pago de un canon de labor y siembra en el año 1954 por las anualidades atrasadas. En vista de ello y de otras cartas posteriores, y al único efecto de evitar el apremio y embargo de sus bienes, el actor realizó el pago de ese canon por las anualidades atrasadas desde el año 1950. Por otro lado, el Ayuntamiento de Fraga obtuvo con posterioridad la inscripción de un monte a su favor, en el que estaba incluida la finca del actor, habiéndose deslindado e incluido en el Catálogo de Utilidad Pública sin haberse citado ni oído al actor. Por todo ello suplica se dicte sentencia en la que se declare la plena validez de la escritura pública de adquisición de la finca otorgada en 1951 y se cancele la inscripción del monte en cuanto alcance a la finca en cuestión; se declare también que la misma debe ser excluida del Catálogo y que es ineficaz la Orden ministerial aprobatoria del deslinde del monte, así como las resoluciones administrativas que hubiesen sido dictadas sin reconocer el derecho dominical del actor, y se declare, por último, que no procede el pago del canon anual de labor y siembra, condenando al Ayuntamiento de Fraga a la devolución de las cantidades percibidas a partir del año 1950.

El Abogado del Estado y el Ayuntamiento contestan a la demanda oponiéndose, formulando este último reconvencción basada en que el actor dejó de satisfacer el canon de cultivo a partir de 1970, lo que significaba el incumplimiento de una obligación contractual, que permite al Ayuntamiento optar por la resolución del contrato con devolución de la finca poseída en concepto de cultivador por el demandante.

El Juez de Primera Instancia de Huesca desestimó íntegramente la demanda y la reconvencción.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza revocó la sentencia del Juzgado, estimando la demanda en casi todos sus pedimentos, incluso en cuanto a la exclusión de la finca del Catálogo y a la cancelación del deslinde, pero no en lo relativo a la ineficacia de la Orden ministerial y demás disposiciones administrativas.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado y por el Ayuntamiento, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar a ninguno de los dos recursos, salvo en cuanto al problema de la incompetencia de jurisdicción en temas administrativos, siendo de destacar en la primera sentencia, la siguiente doctrina respecto a la buena fe hipotecaria:

«Considerando que respecto a la eficacia registral del título de dominio alegado por el actor, reconocida por la Sala sentenciadora fundada en su condición de tercero de buena fe en virtud de la presunción legal que establece el artículo 34, 2.º, de la Ley Hipotecaria, declarando que ni la inscripción registral del monte a favor del Ayuntamiento de Fraga tiene virtualidad alguna, por ser de fecha muy posterior al momento del otorgamiento por el actor de la escritura pública de compraventa sobre el inmueble que radicaba en aquél, ni el pago de canon por el mismo puede significar reconocimiento del dominio a favor del Ayuntamiento demandado, pues fue precedido de reclamaciones inmediatas por parte del recurrente, a las que acompañaba los correspondientes recibos de contribución territorial extendidos a su propio nombre y al de su causante, y tras reiteradas protestas por estimar la percepción de aquel canon como pago indebido, sólo consignó *ad cautelam* para evitarse el apremio inminente con que se le aperciaba, razonamiento que cobra muy acusado relieve si se tiene presente que es el propio Ayuntamiento de Fraga quien reconoció la buena fe del actor en el acto de adquisición inmobiliaria cuando afirma (folio 22 de los autos) que la escritura de venta se llevó a efecto 'sin que el vendedor hiciera constar que pertenecía al Ayuntamiento de Fraga y que sólo tenía

el aprovechamiento de ella mediante el pago del canon...', pues la buena fe consiste en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir el dominio, según la define el artículo 1.950 del Código civil, y esa creencia la tenía el recurrente, como revela el conjunto de la prueba ('considerando cuarto'); se impugna por ambos recurrentes, en cuanto a los elementos puramente fácticos, en los dos primeros motivos del recurso articulado por el Abogado del Estado y en el motivo primero del formulado por el Ayuntamiento, que no pueden prosperar, pues no es lícito al recurrente desarticular las pruebas apreciadas en conjunto por el Tribunal *a quo*, ni sustituir con su personal criterio el más autorizado del juzgador, máxime cuando las conclusiones extraídas por ambos recurrentes no pasan de constituir presunciones, frente a la exigencia jurisprudencial de que la ausencia de buena fe se pruebe de un modo pleno, cumplido y manifiesto, que no deje lugar a dudas, bien por hechos que tienen que herir forzosamente los sentidos o bien por actos que haya realizado el mismo supuesto tercero, habiendo de hallarse referido el conocimiento de la inexactitud registral al momento de la adquisición del inmueble, o sea, a aquel en que se efectúe la tradición, siendo irrelevante que llegara o pudiera llegar a enterarse de la inexactitud después de la tradición, a efectos de privarle de la condición de adquirente de buena fe, pues *mala fides superveniens non nocet*.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo estima la demanda, salvo en lo relativo a los problemas administrativos de la Orden aprobatoria del deslinde y del Catálogo de Montes de Utilidad Pública.

COMENTARIO.—En esta sentencia se confirma la reiterada doctrina legal acerca de dos aspectos o cuestiones de la buena fe hipotecaria:

a) La ausencia de buena fe—dice la sentencia—debe probarse de modo pleno, cumplido y manifiesto, que no deje lugar a dudas, bien por hechos que tienen que herir forzosamente los sentidos o por actos que haya realizado el mismo supuesto tercero. Esta misma idea se encuentra en numerosas decisiones del Tribunal Supremo, como son: sentencias de 30 de septiembre de 1897, 13 de mayo de 1903, 12 de octubre de 1904, 23 de marzo de 1906, 30 de diciembre de 1944, 29 de marzo de 1950, 29 de marzo de 1960, 5 de febrero de 1962, 3 de octubre de 1963 (1). De esta jurisprudencia se desprende de un modo claro que no puede atacarse la presunción de buena fe a base de otras presunciones o indicios, pues la prueba ha de ser plena y manifiesta. En la presente sentencia se recalca esta idea, desechando las presunciones alegadas por los recurrentes en contra de la buena fe del actor.

Pero creemos que debían obtenerse más consecuencias de esta tesis jurisprudencial, aunque ello no resulta ya de la presente sentencia, que no se ocupa del problema que vamos a destacar. Si esa prueba de la ausencia de buena fe ha de ser «plena, cumplida y manifiesta», nos parece que debería limitarse mucho en este campo la actuación de la prueba testifical. Ya el artículo 1.248 del Código civil, al ocuparse en general de la prueba de testigos, señala las limitaciones de la misma, dándole valor pleno sólo cuando «su veracidad sea evidente», «cuidando de evitar que por la simple coincidencia de algunos testimonios queden definitivamente resueltos los negocios». Pues bien, en materia de buena fe ha de extremarse todavía más el recelo hacia la prueba testifical, pues creemos que es algo que se desprende de la naturaleza insegura de ese medio de prueba y de las declaraciones judiciales antes señaladas. No nos atrevemos a excluirla en absoluto, pero somos partidarios de limitarla hasta el máximo, no dándole valor a no ser que esté confirmada por otros medios de prueba o sea

(1) Véase el resumen de todas estas sentencias en ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo I, 6.ª ed., pág. 748.

abrumadora. En otro caso, se produciría una gran inseguridad jurídica, puesta de manifiesto gráficamente por TIRSO CARRETERO, al decir que hay «entre los fuertes eslabones de la escritura pública y la inscripción registral, y disimulado entre ellos, un eslabón inseguro, blando, casi de cartón: la prueba libre, incluso testifical, de la buena o mala fe del tercero» (2). Nosotros creemos que la declaración de esta sentencia, en línea con las anteriores, aunque no se refiere directamente a la prueba testifical, propende a inyectar alguna fuerza en ese eslabón de cartón, que destaca TIRSO CARRETERO, y debe servir de guía y advertencia a los Tribunales inferiores para que no den valor a cualquier tipo de pruebas frente a la consistente presunción de buena fe.

b) La sentencia también se ocupa del problema relativo al momento en que se ha de tener buena fe, pues los datos o hechos objeto de conocimiento por el tercero, que alegaban los recurrentes, eran posteriores a la escritura pública de adquisición de la finca (la inscripción del monte a favor del Ayuntamiento y la carta reclamando el pago del canon de cultivador eran de fecha posterior a la escritura pública de compra). Ello da motivo al Tribunal Supremo para reiterar la doctrina jurisprudencial, consistente en que la buena fe basta que se tenga en el momento de la escritura pública de adquisición, pues *mala fides superveniens non nocet*. Nosotros estamos de acuerdo con esta solución, a pesar de que algunos autores pretenden que la buena fe ha de tenerse en el momento de la inscripción (3), pues nos parece más lógico que baste ese desconocimiento de la inexactitud registral en el momento clave del otorgamiento del título inscribible, ya que si el comprador hubiera sabido, al tiempo de firmar la escritura, que el vendedor no era dueño de la finca, cabe pensar que no la habra firmado, y sería muy fuerte desconocer esa circunstancia ante la eventualidad del conocimiento posterior de la realidad cuando ya no tiene remedio la firma extendida en un momento de buena fe. Por eso es plenamente acertado el principio *mala fides superveniens*, que recoge la jurisprudencia.

No obstante, discrepamos de la expresión utilizada por el Tribunal Supremo al referirse al momento en que se ha de tener buena fe, pues alude al momento de «la adquisición del inmueble, o sea, aquel en que se efectúa la tradición», porque aunque normalmente existirá tradición instrumental por el mecanismo del párrafo segundo del artículo 1.462 del Código civil, lo cierto es que puede faltar en algún caso (por ejemplo, cuando el *tradens* no posee la finca, según el Tribunal Supremo, en otras declaraciones), y no por eso va a quedar sin aplicación el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ya que la interpretación que predomina es la que estima que dicho artículo cubre la falta de tradición, al no exigirla como requisito de protección de la fe pública registral (4). Pues bien, con la expresión de la sentencia parece como si la tradición fuese un requisito fundamental para aplicar la fe pública registral, ya que se alude a ella como determinante de la aplicación del requisito de la buena fe. Creemos que debería haberse empleado otra expresión, como, por ejemplo, señalar que es el momento del título inscribible o de la escritura pública de compra (5). A pesar de todo, estimamos en este caso inofensiva la expresión utilizada por la sentencia, pues no constituye *ratio decidendi*, ya que no se ocupa de si la tradición es o no requisito de la fe pública registral. Pero conviene depurar la terminología

(2) TIRSO CARRETERO, «Los principios hipotecarios y el Derecho comparado», RCDI, núm. 500, página 39.

(3) Son partidarios de referir la buena fe al momento de la inscripción, SANZ FERNÁNDEZ y GÓMEZ GÓMEZ (citado por ROCA, pág. 738, *ob. cit.* en la nota 1).

(4) En este sentido, HERMIDA LINARES en sus *Problemas fundamentales de Derecho Inmobiliario Registral*.

(5) Es mejor la expresión que emplean LACRUZ-SANCHO: «El conocimiento debe existir en el momento en que la voluntad pone en movimiento el mecanismo de creación del título inscribible» (LACRUZ-SANCHO, *Derecho Inmobiliario Registral*, 1968, pág. 231).

empleada para evitar confusiones en el futuro. En este sentido, la sentencia no podrá ser traída a colación cuando se plantee a fondo la cuestión de la tradición, pues, como decimos, no entra en ese problema, y cabe perfectamente pensar que se alude a la tradición porque en este caso iba unida al otorgamiento de la escritura pública de venta, ya que en el mismo «considerando» se equipara el momento de la adquisición al del otorgamiento de la escritura, al referirse a que el Ayuntamiento de Fraga «reconoció la buena fe del actor en el acto de la adquisición inmobiliaria, cuando afirma que la escritura de venta se llevó a efecto sin que el vendedor hiciera constar que pertenecía al Ayuntamiento de Fraga».

En conclusión, creemos que la doctrina de esta sentencia en relación con el momento de la buena fe consiste en excluir la mala fe posterior al otorgamiento del acto adquisitivo, sin prejuzgar para nada si debe o no existir tradición a efectos de la fe pública registral.

DOBLE INMATRICULACION: REQUIERE IDENTIDAD DE LAS FINCAS INSCRITAS. DOBLE VENTA: ARTICULO 1.473 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—Don Manuel Tomás Benito deduce demanda contra don Juan Pradillo de Osma y contra los herederos de don Victoriano Sánchez Núñez, alegando en síntesis: Que su padre había comprado a don Federico Rodríguez en el año 1929 un solar de 133 metros cuadrados y 38 decímetros cuadrados; que se inscribió a su nombre en el Registro, reinscribiéndose después en el año 1942 debido a la destrucción del Registro durante la guerra; que al fallecimiento de su padre fue adjudicado el solar al actor, obteniendo a su favor la correspondiente inscripción segunda del mismo; que en los años 1954 y 1956, el vendedor, don Federico Rodríguez, entre otras ventas de parcelas, y quizá olvidándose, dada su avanzada edad, de la venta anteriormente realizada a favor de su padre en el año 1929, vendió a don Victoriano Sánchez Núñez y a don Juan Pradillo de Osma, respectivamente, dos parcelas, que se inscribieron a nombre de los mismos en el Registro debido a una desfiguración de linderos y a la mayor superficie respecto al solar del actor; pero lo cierto es que, en virtud de tales adquisiciones, los demandados habían ocupado cada uno una parte del solar perteneciente al actor. Por ello suplica se dicte sentencia declarando: 1.º Que don Manuel Tomás Benito ostenta preferente derecho de propiedad civil y registral sobre el solar litigioso. 2.º La nulidad e ineficacia de las escrituras de compraventa otorgadas en los años 1954 y 1956 a favor de los demandados en cuanto afectan al solar del actor. 3.º La nulidad y cancelación de los asientos registrales concernientes a las fincas de los demandados en cuanto conciernen y afectan a la finca del actor, debiéndose condenar a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones, así como a derribar a su costa las vallas construidas en la parcela litigiosa dejándola libre.

El Juez de Primera Instancia número 18 de los de Madrid dictó sentencia estimando la demanda totalmente, declarando la procedencia de la cancelación de las inscripciones de los demandados en cuanto a una determinada extensión superficial que señalaba. Esta sentencia fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

El demandado don Juan Pradillo de Osma interpone recurso de casación alegando error de derecho en la apreciación de la prueba, y con carácter subsidiario, para el caso de haberse cumplido por el actor el requisito de identidad de la finca reivindicada, interpretación errónea del artículo 1.473 del Código civil en relación con la doctrina respecto a la doble

inmatriculación contenida en las sentencias, entre otras, de 20 de abril de 1950, 18 de mayo de 1953, 28 de junio de 1964 y 18 de junio de 1970.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso, destacando el tercer «considerando» a propósito de la doble inmatriculación:

«Considerando que en el motivo cuarto, articulado con carácter subsidiario de los anteriores, por idéntico cauce procesal que el motivo que antecede, se alega infracción, por interpretación errónea, del artículo 1.473 del Código civil, en relación con la doctrina contenida en las sentencias que se citan, fundada en que la Sala de instancia resuelve el conflicto de intereses derivado de la doble venta de un inmueble, supuesto que afirma es el de autos, por el simple criterio de prioridad en el tiempo de las ventas, con invocación del precepto mencionado.»

‘Es inviable el motivo por la doctrina de esta Sala, según la cual se neutralizan los efectos que la inscripción registral confiere a sus respectivos titulares, derivados de la aplicación de los artículos 34 y 38 de la Ley Hipotecaria, cuando se trate de dos inscripciones señaladas bajo números diferentes relativas al *mismo inmueble*, por ser incompatibles entre sí, como se expresa en las sentencias de 28 de junio de 1964 y en la de 18 de igual mes de 1970, citadas por el recurrente, y en las de 10 de enero de 1962, 31 de octubre de 1964 y 22 de junio de 1967, entre otras, supuesto que es el de doble inmatriculación, que requiere, de conformidad con lo establecido en el artículo 313 de la Ley Hipotecaria (*sic*) (1), se acredite que la finca objeto de doble inscripción es *idéntica*; entre la reivindicada finca número 100 y la adquirida por el recurrente—finca 1.220—no existe identidad, según la fundamentación de la sentencia recurrida, ya que en las inscripciones aportadas por el hoy recurrente se observan imprecisiones constantes de linderos’ (considerando tercero de la sentencia del Juzgado, aceptado, y en el segundo de la recurrida); así, pues, el Tribunal *a quo* no interpreta erróneamente el artículo 1.473, sino que lo aplica, que es lo que realmente combate el recurrente, y no la infracción que aduce, por ser precepto del Ordenamiento Común, y por haberse verificado en beneficio del recurrido las prioridades que en el mismo se establecen.»

COMENTARIO.—A la vista de los «resultandos» de la presente sentencia, nos parece extraña la solución dada por el Tribunal Supremo al problema de doble inmatriculación planteado por el recurrente en relación con el artículo 1.473 del Código civil.

La sentencia viene a decir que la doctrina jurisprudencial sobre doble inmatriculación sólo puede aplicarse cuando exista identidad de los dos inmuebles en cuestión, pues ha de tratarse del mismo inmueble inscrito dos veces. Doctrina que por su evidencia no tiene demasiada importancia en el tema de la doble inmatriculación.

Pero hemos dicho que nos extraña esa escueta solución del problema. De los «resultandos» se desprende claramente que en la demanda se pedía la cancelación de las inscripciones de los demandados en cuanto afectasen a la finca del actor, y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, confirmada por la de la Audiencia, estima íntegramente la demanda, declarando expresamente la procedencia de la cancelación de las inscripciones de los demandados en cuanto a una determinada superficie de las fincas inscritas. Y si se hace esta declaración es porque se aprecia identidad —aunque sólo sea parcial—de fincas, expresiva de la doble inmatriculación producida, pues en otro caso no se explicaría esa cancelación parcial de inscripciones.

(1) Es claro que quiere referirse al artículo 313 del Reglamento.

Por ello tampoco nos explicamos que el Tribunal Supremo diga que no existe identidad de fincas a efectos de la doble inmatriculación. Una cosa es que no exista identificación *plena* de la finca y, por tanto, que no haya *identidad total*, y otra que no haya que admitir esa identidad *parcial* de fincas, determinante de la cancelación parcial señalada, máxime teniendo en cuenta que es firme en casación la solución de ambas instancias.

En nuestra opinión, la desestimación del motivo del recurso debería haberse producido partiendo de la doble inmatriculación parcial existente, resolviendo el problema de si es aplicable el artículo 1.473 del Código civil en tal supuesto. En el comentario de la sentencia de 22 de junio de 1972 ya nos ocupamos de todos los criterios de la jurisprudencia en relación con la doble inmatriculación (2). Concretamente, en relación con el criterio de la prioridad registral pura sólo éramos partidarios de aplicarlo cuando se tratase de una doble inmatriculación originada por doble venta, pues «entonces entra en acción el artículo 1.473 del Código civil, que concede preferencia al adquirente que 'antes' haya inscrito en el Registro de la Propiedad», y «como los dos titulares tienen un mismo origen, ya no interesa remontarse a los títulos más antiguos de cada uno, sino a la inscripción vigente de cada titular cuya fecha denote una mayor diligencia» (3). Ello sin perjuicio de señalar, como criterio general de la jurisprudencia, el criterio acumulativo de «la normativa del Derecho civil y de la inmatriculación más antigua», y de admitir en algún caso los criterios del «tercero hipotecario» y de la «regularidad de la historia registral de una de las fincas».

La solución dada por el Juez de Primera Instancia, confirmada por la Audiencia, creemos que fue ésa, consistente en aplicar el artículo 1.473 del Código civil, y la estimamos perfectamente regular, máxime teniendo en cuenta que en el presente caso no contradecía ninguno de los restantes criterios apuntados en aquel comentario.

En definitiva, hubiera sido interesante que el Tribunal Supremo, en lugar de rehuir el supuesto de la doble inmatriculación, lo hubiera admitido, resolviéndolo en este caso de doble venta (parcial) conforme al criterio del artículo 1.473 del Código civil, continuando la doctrina mantenida por la sentencia de 10 de marzo de 1972 (4).

Pero no ha sido así, con lo cual la doctrina de esta sentencia sobre doble inmatriculación es evanescente por su completa evidencia, pues consiste en señalar que para que pueda hablarse de doble inmatriculación debe existir identidad de fincas. Y además, en nuestra opinión, puede quedar en entredicho esa cancelación parcial de las inscripciones de los demandados, que necesariamente tendrá lugar en ejecución de sentencia, al haber quedado firme la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

II. DERECHOS REALES

POSESION DE MALA FE: LA ACCION PARA LA DEVOLUCION DE LOS FRUTOS ES DE NATURALEZA PERSONAL; ABONO DE GASTOS. INTERRUPCION POR REQUERIMIENTO EXTRAJUDICIAL (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1975).

Hechos.—Por auto judicial de 1947 fue declarado heredero abintestato de una herencia vacante el Estado, que inscribió a su nombre por dicho título varias fincas sitas en Ejea de los Caballeros. Requerida por el Estado

(2) Comentario publicado en *RCDI*, núm. 499, págs. 1534 y ss.

(3) Lugar citado en la nota anterior, pág. 1538. Véase nota 14 de aquel comentario.

(4) Véase el resumen de esta Sentencia en *RCDI*, núm. 498, pág. 1237.

la persona poseedora de las fincas, compareció en el expediente administrativo el 20 de marzo de 1965, manifestando que ponía las fincas a disposición del Estado, absteniéndose de cualquier respuesta en relación con el reintegro de los frutos percibidos. En vista de ello, el Abogado del Estado, en representación de éste, promueve demanda el día 30 de agosto de 1971 contra dicha poseedora, doña Teresa Peire Zoco, suplicando se dicte sentencia declarando que la posesión de las fincas fue de mala fe desde el año 1947 hasta 1965, condenándose a la parte demandada a que abone los frutos percibidos en ese lapso de tiempo, consistentes en el importe de las rentas satisfechas por los arrendatarios de las fincas, con el pago de las costas del juicio.

La demandada contesta oponiéndose, formulando demanda reconventional contra el Estado para que éste abone los gastos realizados en las fincas.

El Juez de Primera Instancia número 7 de Barcelona dictó sentencia declarando que la posesión de la demandada fue de mala fe desde 1947 hasta 1965, sin condenar a ésta a la devolución de los frutos ni al Estado al pago de los gastos realizados.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia revocando en parte la del Juzgado, estimando la demanda respecto a la devolución de los frutos, pero sólo de los percibidos desde el 30 de agosto de 1956 hasta el 20 de mayo de 1965, teniendo en cuenta que respecto a los anteriores se había producido prescripción de la acción, pues ésta se promovió el 30 de agosto de 1971. En cuanto a la demanda reconventional, la estimó en parte, condenando al Estado a satisfacer los gastos necesarios realizados en las fincas durante el plazo de 30 de agosto de 1956 hasta el 20 de mayo de 1965, en que se produjo la entrega de las mismas.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por ambas partes, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta, sólo estima el recurso del Estado en parte, pero no el de la parte demandada, destacando las siguientes declaraciones de la primera sentencia:

«Considerando que... frente a la notoria confusión con que la sentencia recurrida se produce en orden a las fechas, los documentos que se invocan ponen de manifiesto que el día 11 de febrero de 1965 la codemandada y hoy también recurrente, doña Teresa Peire Zoco, fue requerida por la Sección del Patrimonio del Estado de la Delegación de Hacienda de Zaragoza para que cesase en la detentación de las fincas indebidamente poseídas..., requerimiento que fue atendido (en cuanto a la devolución de las fincas)... en 20 de marzo de 1965...»

«Considerando que igualmente deben ser acogidos los motivos quinto y sexto, ambos fundados en el número 1.º del indicado artículo 1.692, que acusan, respectivamente, la interpretación errónea del artículo 1.973 y la aplicación indebida de los artículos 1.967 y 1.969, todos del Código civil, porque la prescripción de las acciones se interrumpe no sólo por su ejercicio ante los Tribunales, que es la interrupción que aprecia la resolución impugnada al atenderse a tal respecto a la fecha de presentación de la demanda, sino también por reclamación extrajudicial del acreedor, supuesto este último que es el que aquí se ha dado, toda vez que en virtud de la reclamación del Estado, formulada en el citado requerimiento de 11 de febrero de 1965, se produjo la interrupción del plazo de prescripción de la acción encaminada al reintegro de los frutos percibidos o podidos percibir por los poseedores de mala fe, acción que, como estima el fallo impugnado y admite el aquí recurrente, es una acción personal, con plazo de prescripción de quince años, de todo lo cual se sigue que, como se sostiene en los dos motivos que se estudian, yerra la sentencia recurrida cuando sitúa el momento inicial para el reintegro patrimonial perseguido en el día 30 de

agosto de 1956, y el momento final en el día 20 de mayo de 1965, siendo así que ese momento inicial es el del día 11 de febrero de 1950, y el momento final el del día 20 de marzo de 1965, en que el Estado recuperó la posesión de las fincas.»

«Considerando que la sentencia recurrida declara que el Estado debe satisfacer a los demandados los gastos necesarios realizados en las fincas a que la demanda se refiere durante el plazo de 30 de agosto de 1956 hasta el 20 de mayo de 1965 y, en consecuencia, condena al Estado a satisfacer la cantidad que por dicho concepto quede fijada en ejecución de sentencia, pronunciamiento que se ataca en los tres motivos restantes del recurso, los cuales sólo puede ser acogidos en tanto en cuanto el fallo recurrido no determina cuáles son esos gastos necesarios realizados en las fincas y establece el indicado plazo para modificar dicho fallo, en cuanto al primer extremo, en el sentido de que tales gastos necesarios consisten en el importe de la contribución y cánones de las fincas en cuestión que han sido pagados por los poseedores de las mismas, porque si bien es cierto que, según la jurisprudencia de esta Sala que se invoca en el recurso, el derecho que al poseedor de mala fe reconoce el artículo 455 del Código civil, en orden al reintegro de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa, presupone que se haya probado en el pleito su existencia, pudiendo relegarse para el período de ejecución de sentencia la determinación de su cuantía, también lo es que en los apartados 6.º y 7.º del segundo considerando de la sentencia de primer grado, aceptado por la recurrida, se declara probado que durante el tiempo que señala, los poseedores que cita, el finado don Ambrosio Mena Marco y la codemandada, doña Teresa Peire Zoco, tuvieron las fincas en arriendo, percibieron las rentas y pagaron contribución y cánones, y por lo que se refiere al plazo, en el sentido de respetar la indicada fecha inicial de 30 de agosto de 1956, que no ha sido impugnada en ninguno de los dos recursos, sustituyendo la de 20 de mayo de 1965, que establece la sentencia recurrida, por la de 20 de marzo de 1965, ya que fue en esta última fecha cuando el Estado recuperó la posesión de las fincas.»

PROPIEDAD HORIZONTAL: REPRESENTACION PROCESAL DEL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD. NECESIDAD DE INTERVENCION DEL ADQUIRENTE EN DOCUMENTO PRIVADO EN EL TITULO CONSTITUTIVO Y EN LA APROBACION DE LOS ESTATUTOS DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL. INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION (SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—Doña Antonia Pol Pol deduce demanda contra don Juan Oliver Mateu y contra «Promociones Magalluf, S. A.», la Comunidad de Propietarios del edificio «Le Dauphine» y demás personas ignoradas a quienes pueda afectar la demanda, alegando que en virtud de la cesión de un solar realizada en documento privado a favor de don Juan Oliver Mateu, para que a su vez lo cediera a «Promociones Magalluf, S. A.», de la que era Presidente y Administrador, con objeto de que dicha Sociedad construyera en el solar y en otro colindante un gran edificio, como así hizo, denominado «Le Dauphine», en virtud de dicha cesión la demandante obtendría a cambio la entrega de un piso del edificio, así como una terraza frente a la playa y un local para restaurante; que la construcción había sido deficiente, existiendo desperfectos en el local; que no se había otorgado la escritura pública de entrega del piso, local y terraza, y además, que los Estatutos protocolizados a continuación del título constitutivo de la propiedad horizontal eran nulos por haber sido torgados unilateralmente por la parte

demandada sin contar con la actora, por lo que debía cancelarse la inscripción correspondiente.

Los demandados contestan oponiéndose a la demanda.

El Juez de Primera Instancia número 1 de Palma de Mallorca no entró en el fondo del asunto, apreciando de oficio falta de litisconsorcio pasivo necesario, al no haber sido demandados individualmente los propietarios de los pisos y locales del edificio.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca revoca la sentencia del Juzgado, entrando en el fondo, estimando parcialmente la demanda y condenando a los demandados a otorgar la escritura de cesión a favor de la actora, así como a realizar determinadas obras en el local, decretando también la nulidad y correspondiente cancelación de los Estatutos de la propiedad horizontal.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la parte demandada, el Tribunal Supremo, siendo ponente don Federico Rodríguez Solano y Espín, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, a que, entre otras muchas, se refieren las sentencias de esta Sala de 26 de noviembre de 1970, 14 de marzo de 1972 y 2 de marzo de 1974, requiere para dar lugar a que la relación jurídico procesal se declare viciosamente constituida, que se haya dejado de convocar al juicio a quienes puedan tener un interés legítimo en el derecho material puesto en controversia o resultasen afectados por la decisión judicial que en su día se pronuncie, circunstancias que no son de apreciar cuando, como aquí sucede, se ejercitaron en la demanda, que dio origen al proceso de que estas actuaciones dimanen, algunas acciones relacionadas con la comunidad de un edificio sometido al régimen jurídico de la propiedad horizontal; se solicitó el emplazamiento de su Presidente para que representara a la misma, por ser dicho señor quien está investido de capacidad adecuada para desempeñar tal cometido, según claramente se indica en el párrafo primero del artículo 12 de la Ley de 21 de julio de 1960 y reconocen explícitamente las sentencias de esta Sala de 28 de abril de 1966, 23 de abril de 1970, 31 de mayo de 1971 y 16 de junio de 1973, máxime cuando también se emplazó por edictos a cuantas personas ignoradas pudieran tener interés en el asunto, habiendo comparecido en juicio algunas de ellas; por todo lo cual decae el primer motivo del presente recurso, en que tal vicio *in judicando* se denuncia.»

«Considerando que tampoco puede prosperar el segundo motivo, en el que, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Trámite, se acusa la violación por inaplicación del artículo 1.490, en relación con el 1.485, ambos del Código civil, tanto porque la acción ejercitada en la demanda, y a que este motivo se refiere, no es la de desestimiento del contrato o de rebaja proporcional del precio pactado en una compraventa por vicios ocultos de la cosa vendida, sino la derivada del cumplimiento normal de las obligaciones, excluida del ámbito de aplicación del primero de los preceptos sustantivos citados (sentencias de 1.º de julio de 1947 y 17 de mayo de 1971) y sometida al plazo que se establece en el artículo 1.974 del referido Cuerpo legal, como porque al declararse probado en la sentencia recurrida que 'desde la entrega de lo construido a la actora se viene reclamando la subsanación de una serie de defectos de construcción y servicios que generan humedades en el local' y otra serie de desperfectos, y al producirse tal resultado, al parecer sin solución de continuidad, entraría en juego lo dispuesto en el artículo 1.973 y el plazo de prescripción habría quedado interrumpido, aunque se tratase del señalado por el 1.491, según se infiere del contenido de la sentencia de 11 de junio de 1926.»

«Considerando que igualmente declina el tercer motivo del recurso, dirigido por el mismo ordinal del que le precede, porque si bien es cierto

que, conforme al párrafo 2.º del artículo 5 de la Ley de 21 de julio de 1960, el título constitutivo de las comunidades de este tipo puede establecerse por el propietario único del edificio al iniciar su venta por pisos, no lo es menos que tal efecto no se produce cuando, en ese momento, ya se ha operado la transmisión de algunos de los departamentos o locales del inmueble de que se trate, porque de existir alguna persona con esta titularidad dominical, aun cuando su adquisición constase únicamente en documento privado, se precisa la presencia de ésta en la realización de aquel acto jurídico para que pueda quedar vinculada por el mismo, como ya se hizo constar en la sentencia de 9 de junio de 1968 y como se requiere para la aprobación de los Estatutos a que debe someterse el régimen de estas comunidades en el artículo 16 de la Ley antes mencionada, y como esto es lo sucedido en el presente caso, según las afirmaciones fácticas del Tribunal *a quo*, que no han sido desvirtuadas en el recurso por la vía formal del número 7.º del artículo 1.692, es indudable que el motivo ha de rechazarse, sobre todo si se tiene en cuenta que parte de supuestos de hecho distintos de hecho de los mantenidos por la Sala de instancia y que no expresa el párrafo del artículo 5, a que se contrae...

RETRACTO DE COMUNEROS. COMPUTO DEL PLAZO DE LA ACCION DE RETRACTO: NO DEBE CONTARSE DESDE QUE SE CONOCIO LA SUBASTA, SINO DESDE QUE SE CONOCIO EL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA POR LA QUE SE CONSUMO LA VENTA (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—Don Luis Alonso Manglano y otros copropietarios ejercitan la acción de retracto de comuneros contra don Rafael Contal Comenge y otros por la adquisición en subasta, seguida de la correspondiente escritura pública, de una participación indivisa de varias fincas de las que eran copropietarios los actores. Estos alegan que habían tenido conocimiento del otorgamiento de las escrituras de compraventa a los cinco días del mismo, ejercitando la acción de retracto dentro del plazo legal.

El Juez de Primera Instancia número 2 de Almería dictó sentencia estimando la demanda, siendo confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Peral García, declara no haber lugar al recurso interpuesto por la parte demandada por lo siguiente:

«Considerando que la cuestión planteada en el recurso se limita a combatir la resolución de instancia, que estima la acción de retracto ejercitada en cuanto se basa en declarar que al formularse la demanda no había transcurrido el plazo que señala el artículo 1.524 del Código civil, ya que ninguno de los elementos probatorios aportados demuestra que con anterioridad al mismo el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta en la forma exacta y cabal que requiere la doctrina de esta Sala, articulándose, en su consecuencia, los dos motivos que contiene el recurso sobre la base de que, en el caso del pleito, el plazo señalado en dicho precepto sustantivo se inicia el día de la celebración de la subasta, por estimar que en ella el retrayente tuvo noticia y conocimiento de la transmisión, y a este respecto no tiene en cuenta el recurrente que el Tribunal *a quo* mantiene el criterio que ese conocimiento no pudo tenerlo el retrayente, a los efectos del retracto, hasta que lo tuviera de todas las circunstancias que concurrían en la venta, lo que hace surgir, en primer término, una cuestión de hecho, cuya apreciación es denunciada en el motivo segundo del recurso, al am-

paro del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no resulta viable, ya que se pretende acreditar mediante el mismo que ese 'conocimiento' de la operación de venta fue el día de la subasta, y para ello se apoya en unos documentos que no tienen la cualidad de auténticos a los efectos de casación, y como, por otra parte, se intenta reforzar el motivo con una apreciación probatoria hecha por el propio recurrente, contraria a la realizada por la Sala sentenciadora, y argumentada aquélla por la doctrina legal, totalmente incompatible en la técnica del número 7.º del artículo 1.692, lo que hace decaer este motivo.»

«Considerando que la interpretación llevada a cabo por el juzgador del artículo 1.524 del Código civil se ajusta exactamente a la reiterada doctrina de esta Sala de casación, que exige para enervar la acción de retracto por caducidad del plazo de viabilidad que el retrayente conozca en momento oportuno de una manera total y completa no sólo la venta, sino todas sus condiciones, sin que baste la mera noticia de haberse ésta efectuado—sentencias de 6 de mayo de 1971 y 18 de noviembre de 1971, entre otras—, por lo que en el presente caso no puede admitirse que el juicio de retracto está entablado después de caducado el plazo de nueve días, porque es obvio que no puede estimarse iniciado el día de la subasta, dada la letra y espíritu del mencionado artículo 1.524 y de todo el sistema doctrinal de este Tribunal, del que se desprende que el plazo para entablar el retracto, cuando no se ha inscrito la transmisión en el Registro de la Propiedad, ha de contarse no desde la perfección del contrato, sino desde la consumación, que en el caso de autos sería el del otorgamiento de la escritura de venta, secuela de la subasta, y con más razón aún por la posibilidad de que se ejercitara hasta ese otorgamiento, por el rematante, el derecho de ceder—sentencias de 29 de febrero de 1960, 17 de febrero de 1956 y 1 de abril de 1960—, y como a mayor abundamiento, en el motivo primero, que analizamos, se señala doctrina legal que el recurrente estima infringida, sin que éste advierta que toda ella está basada en el supuesto de que el momento de inicio del plazo de los nueve días es precisamente desde que el retrayente tuvo conocimiento de la venta y del otorgamiento de la escritura, no sólo antes de la inscripción en el Registro de la Propiedad, sino al día siguiente de verificarse la venta con escritura pública, es decir, que dichas resoluciones toman como base principal para el cómputo la escritura pública, por todas cuyas razones declina el motivo segundo...»

COMENTARIO.—En esta sentencia se contiene una doble doctrina acerca del cómputo del plazo de la acción de retracto en el supuesto de existir conocimiento de la enajenación (1):

a) Por un lado, confirma la reiterada doctrina legal referente a que el cómputo sólo puede producirse si el conocimiento ha sido *pleno y completo* de la venta y de todas sus condiciones, sin que baste la mera noticia de haberse ésta efectuado. En este sentido se habían pronunciado las sentencias de 30 de octubre de 1953, 6 de mayo de 1961, 22 de marzo de 1962, 18 de noviembre de 1971 (2) y 5 de mayo de 1972 (3), entre otras. En el presente caso se recoge esta doctrina para concluir que no es el momento de la subasta el adecuado para iniciar el cómputo del retracto, lo cual es acertado, ya que el conocimiento de la subasta no supone el de todas las condiciones. Esta doctrina no excluye que si el propio retrayente declara que ejercita la acción antes de tener conocimiento pleno de todas las condiciones de la venta, porque así lo prefiere, no haya que admitir la acción, pues tal exigencia se produce para favorecer al retrayente, por lo que puede renunciar a ella. Pero si ejercita la acción en ese caso deberá cum-

(1) Sobre el otro supuesto de cómputo (la inscripción) y su relación con el «cómputo del conocimiento», véase mi comentario a la Sentencia de 5 de mayo de 1972 (RCDI, núm. 498, pág. 1247).

(2) Esta Sentencia la comenté en RCDI, núm. 489, pág. 417.

(3) Resumida y comentada en lugar citado en la nota 1.

plir, naturalmente, los requisitos del artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no pudiendo alegar, si no los ha cumplido, que el plazo de la acción no había empezado a correr todavía, pues, como dice la sentencia de 28 de mayo de 1968, que se ocupa del caso, sería «un hábil subterfugio para tratar de abrir paso a una subsanación extemporánea de las omisiones apuntadas en que incurrió al ejercitar su derecho en el acto conciliatorio» y contrario al principio de la buena fe y de los actos propios (4).

b) Por otro lado, la presente sentencia destaca que de todo el sistema doctrinal del Tribunal Supremo se desprende que el plazo ha de contarse no desde que se conozca la perfección del contrato, sino la consumación mediante el otorgamiento de la escritura pública. Por esta razón rechaza también que la subasta pueda iniciar el cómputo del plazo de la acción, añadiendo el argumento subsidiario de que si sólo se ha producido la subasta cabe todavía que el rematante ceda su derecho a la adquisición. Esta doctrina nos parece muy interesante, sobre todo teniendo en cuenta que hace ya algún tiempo insistimos en un comentario (5) sobre estas ideas. Decíamos entonces que no debía tomarse como cómputo el «conocimiento de un contrato de venta en documento privado», sino «el conocimiento de la transmisión real de la propiedad», es decir, del contrato más la tradición. Nos basábamos en las sentencias de 20 de mayo de 1943 y 8 de julio y 21 de diciembre de 1946, según las cuales «la acción de retracto, por su carácter real, no nace hasta que el adquirente de la cosa que se quiera retraer entre en posesión de la misma por tradición real o simbólica, pues hasta ese momento en que se consuma el contrato de compraventa no se lesiona realmente el derecho de preferencia del retrayente, puesto que lo que se trata de retraer no ha salido aún del dominio del vendedor, aunque puede existir por parte del comprador una acción personal para reclamarlo». En un comentario posterior insistíamos en la misma idea, destacando que era perfectamente compatible que el Tribunal Supremo exigiera el requisito de que el conocimiento fuera total y completo de la venta y de sus condiciones, con el requisito del conocimiento de la consumación de la venta por la tradición (6). Todavía vimos un matiz en pro de esa tesis en un par de sentencias de 2 de julio de 1971, aunque en éstas no se planteaba el problema y no se formó doctrina legal (7).

La presente sentencia refuerza definitivamente esa tesis del cómputo de la acción por el conocimiento de la consumación del contrato, que tanto nos venía preocupando, constituyendo en este caso *ratio decidendi* del fallo.

Admitida esta tesis del cómputo por el conocimiento de la consumación, queda por resolver el problema de la prueba de la tradición determinante de la adquisición. En el supuesto de haberse producido ya el otorgamiento de la escritura pública, como aquí ocurría, no hay problema, pues la misma lleva consigo la tradición instrumental (art. 1.462, párrafo 2.º, del Código civil). Pero si la venta se ha producido en documento privado o verbalmente, ¿debe probar el retrayente que se ha producido la tradición? ¿O le bastará alegar que ha tenido conocimiento de la venta en documento privado seguida de la tradición? Creemos que no debe exigírsele tal prueba, pues si así fuera podría eludirse fácilmente la acción de retracto sin más que otorgar el documento privado de venta, ya que la prueba de la tradición real puede llegar a ser imposible. Siguiendo modernas tendencias respecto a la carga de la prueba, entendemos que la tradición es un acto debido, que, en principio, debe seguir al contrato mientras no exista un hecho impeditivo de la misma, por lo que lo lógico es que baste alegarla, correspondiendo al demandado probar el hecho impeditivo de la tradi-

(4) Véase esta Sentencia en RCDI, núm. 471, pág. 440.

(5) En el comentario publicado en RCDI, núm. 478, pág. 791.

(6) Comentario a la Sentencia de 18 de noviembre de 1971. RCDI, núm. 489, pág. 418.

(7) Comentario de estas Sentencias en RCDI, núm. 492, págs. 1162 y 1163.

ción, en su caso (aportando el documento en que conste el aplazamiento de la entrega de la finca hasta el pago total del precio, por ejemplo).

Por tanto, esta dificultad, derivada de la prueba de la tradición, no es obstáculo para la teoría que mantenemos, pues debe resolverse atribuyendo la carga de la prueba al demandado en razón a criterios de facilidad para el mismo y de dificultad para el actor (8).

DOBLE VENTA DE INMUEBLE NO INSCRITO EN EL REGISTRO A FAVOR DE NINGUNO DE LOS COMPRADORES. FECHA FEHACIENTE DE DOCUMENTO PRIVADO. DIFERENCIA ENTRE COMPRAVENTA Y PROMESA DE VENTA. ACCESION INVERTIDA: REQUIERE BUENA FE DEL QUE EDIFICA Y QUE LO HAGA SOBRE SUELO SIN EDIFICAR (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—Don Faustino Alvarez Alvarez formula demanda contra doña Rosa Vázquez Prieto y esposo y contra los herederos de doña Corona González Santos, alegando que había comprado a esta última en escritura pública otorgada en 1968 un terreno de 4,76 metros cuadrados sobre el que existía una construcción provisional para venta de periódicos, de la que era arrendataria doña Rosa Vázquez Prieto, no sujeto el arrendamiento a la ley especial por tratarse de edificación provisional. Señala también en la demanda que sobre dicho terreno y otro mayor colindante había levantado un edificio, cubriendo el vuelo de la parcela litigiosa, por encima del local provisional arrendado a doña Rosa Vázquez. Suplica se dicte sentencia declarando que es de la propiedad del actor ese terreno y la construcción existente en el mismo, por tener título público de compraventa, y, subsidiariamente, por haberse producido un supuesto de accesión invertida, dada la mayor importancia del edificio actualmente construido; además, solicita se declare finalizado el contrato de arrendamiento del local provisional.

Doña Rosa Vázquez Prieto contesta a la demanda alegando que el terreno discutido lo había comprado en documento privado de fecha anterior a la escritura pública del actor, y que si le había permitido edificar sobre él había sido fiada de la promesa del actor de cederle a cambio más terreno de su propiedad, cesión que no había cumplido. Formula demanda reconvenicional para que el actor otorgue la correspondiente escritura de permuta de suelo por vuelo.

Los otros demandados, herederos de doña Corona González Santos, dan la razón al actor, señalando que el documento privado de fecha anterior a la escritura no fue una venta, sino simple opción de compra.

El Juez de Primera Instancia número 2 de Vigo desestima la demanda y la reconvenición, siendo confirmada *in substantia* (con alguna variante) por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el actor, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso, siendo de destacar los tres primeros «considerandos»:

«Considerando que al tratarse, en el primer motivo del recurso, del preferente derecho entre los adquirentes de un mismo predio en caso de doble venta, y siendo los títulos en los que las partes apoyan sus pretensiones, de un lado, el documento privado de 22 de diciembre de 1965 y, de otro, la escritura pública de 24 de octubre de 1968, que no llegó a inscribirse

(8) Véase la tesis de KISCH en CASTÁN, así como la Sentencia de 3 de junio de 1935 (CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, tomo I, vol. II, 11.ª ed., 1971, págs. 771 y 772.

en el Registro de la Propiedad, es fundamental destacar, de la relación de la instancia, las siguientes afirmaciones: Primera: Que el documento privado de 22 de diciembre de 1965, aunque no fue presentado en la Oficina Liquidadora de Derechos Reales hasta el 7 de julio de 1970, el 5 de junio de 1966 fue presentado por la compradora, asistida de su marido, ante Notario para que 'requiriera a la vendedora a que dicho documento fuera elevado a escritura pública pagando el resto del precio, después del primer pago efectuado en el momento de su firma, en la forma que en él se detalla, sin que la parte requerida le opusiera tacha ni en cuanto a contenido ni en cuanto a fecha, como tampoco ha sido negada su autenticidad por la vendedora en los juicios que con posterioridad se han celebrado'. Segunda: Que aunque en dicho documento privado no intervino el recurrente, actor en el pleito, éste cuando otorgó la escritura de 24 de octubre de 1968, según la expresión literal de la instancia, no combatida en el recurso, 'conocía la venta que con anterioridad se había realizado en favor de la demandada sobre el mismo objeto', 'conocimiento—agrega—que destruye la buena fe que exige el artículo 1.473 del Código civil'. Tercera: Que si los propietarios, según el documento privado, y antiguos arrendatarios del inmueble discutido permitieron construir sobre él fue porque, sin perturbarles en la posesión de su área habitable, fiaron en ciertas promesas del constructor de compensarles con la agregación de algunos metros del local lindante por él construido.»

«Considerando que en el motivo primero del recurso se polemiza, de una parte, sobre la naturaleza del contrato contenido en el documento privado y, de otra, y en este caso razonando fuera de los hechos probados, se desconoce la autenticidad de su fecha, en cuánto sea anterior a su presentación a la liquidación del Impuesto de Derechos Reales, y hay que desestimarlos, en cuanto a lo primero, al no contenerse en dicho documento una promesa de venta, no ejercitada en el plazo previsto, como se alega en el motivo, sino un verdadero contrato de compraventa, como se demuestra, en primer lugar, porque las partes contratantes no tratan de proyectar al futuro un nuevo concierto de voluntades, sino que lo cierran, incluso entrega el vendedor una cantidad como parte de pago, y por ello, en el propio documento, le otorga el comprador la correspondiente carta de pago; pero es que además ésa es también la interpretación que a dicho contrato da la instancia, la cual ni se combate con invocación de los artículos adecuados ni aunque así lo fuera, a través de la invocación de los artículos de interpretación de actos y contratos, podría prosperar por ser materia confiada a la instancia, sólo revisable en casación cuando sea absurda o desproporcionada, lo que no ocurre en el presente caso; y en cuanto al segundo extremo: primero, porque partiendo de los postulados de hecho, más arriba señalados, especialmente de la presentación ante Notario de dicho documento el 5 de junio de 1966 para requerir de los firmantes su elevación a escritura pública, adquiere autenticidad en cuanto a la fecha, artículo 1.227 del Código civil, y segundo, sobre todo por el conocimiento de él que tenía el recurrente, según afirmación tajante de la Audiencia, cuando firmó la escritura de 24 de octubre de 1968, todo lo cual es suficiente para que caiga por su base toda la argumentación del recurrente, pues los artículos 348, 609, 1.445 y 1.462 del Código civil, que en el motivo se dicen violados, no son los aplicables al caso, sino el 1.473 del mismo Cuerpo legal, que es el que aplica la instancia y que atribuye la propiedad, para el caso de doble venta de inmuebles no inscritos a favor de ninguno de los litigantes en el Registro de la Propiedad, a quien sea el primero en la posesión, que fueron los recurridos, y a falta de ésta, a quien presente título más antiguo, que también son ellos, siempre que haya buena fe, como la hay en este caso por parte de los compradores en el documento privado.»

«Considerando que no mayor consistencia tiene el segundo motivo del recurso, en el que se insiste en la casación sobre la petición que, como subsidiaria, se formuló en la demanda, invocando en favor del recurrente las consecuencias de la accesión invertida, que acarrea la incorporación del suelo a lo edificado, cuando se ha procedido de buena fe y el valor de lo edificado es notoriamente superior al valor del suelo; motivo que no puede prosperar porque esta institución, de creación jurisprudencial (sentencias de 31 de mayo de 1949 y 9 y 17 de junio de 1961, confirmadas por muchas posteriores), requiere como elemento primordial la buena fe del que edifica, o sea, la ignorancia del constructor de que el suelo sobre el que construye no le pertenece, lo que, según los postulados de hecho, en este caso no se da, y, en segundo lugar, porque ha de tratarse de 'suelo' sin edificar, y el propio recurrente en la demanda, con la que se inicia este pleito, alude a que se trata de un terreno donde había una construcción, que era el local donde la demandada ejercía su venta de periódicos.»

COMENTARIO.—Comentaremos brevemente cada uno de los puntos a que se refiere la presente sentencia y que constituyen doctrina de la misma:

a) *Distinción entre compraventa y promesa de venta.*—La sentencia señala, frente a la tesis del recurrente, que el contrato discutido es una compraventa y no promesa de venta, porque los contratantes «no tratan de proyectar al futuro un nuevo concierto de voluntades, sino que lo cierran». Al parecer, la sentencia sigue una tesis tradicional o clásica del precontrato, recogida en anteriores sentencias (1), pues alude a un «nuevo concierto de voluntades». Esta configuración tradicional del precontrato ha sido criticada por la doctrina moderna, que estima que el precontrato no se refiere a la obligación de celebrar un nuevo acuerdo de voluntades, sino que «la relación contractual se abre ya entre las partes desde el momento mismo en que el precontrato queda celebrado», y «lo que ocurre es que las partes se reservan, bien ambas o bien una sola de ellas, la facultad de exigir en un momento posterior la puesta en vigor del contrato proyectado» (2). En el mismo sentido se pronuncia ALBALADEJO, diciendo que «habiendo de contenerse en el precontrato todos los puntos necesarios para el contrato preparado, y encerrando el precontrato conformidad sobre ellos, es innecesario para que el acuerdo alcance efectividad, que se otorgue un nuevo consentimiento de las partes, bastando que éstas puedan exigir que *entre en vigor* el acuerdo (precontrato) que ya celebraron» (3). De todos modos, la presente sentencia no llega a profundizar en el tema, pues, en último término, admite la interpretación de instancia, «sólo revisable en casación cuando sea absurda o desproporcionada». A pesar de todo, señala claramente su criterio diferenciador entre compraventa y promesa de venta partiendo de premisas de la referida tesis tradicional, sometida actualmente a revisión por la doctrina.

b) *Fecha fehaciente de documentos privados.*—En la sentencia se afirma la autenticidad de la fecha de un documento privado desde el día que se entregó al Notario a los fines de un requerimiento a la parte vendedora para que lo elevara a público. Merece la pena destacar este supuesto, porque no es frecuente en la práctica. El artículo 1.227 del Código civil señala como uno de los supuestos de fehaciencia de la fecha del documento privado respecto a tercero, «desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio». Tratándose de entrega al Notario, lo normal es que sea el acta de protocolización del documento privado

(1) ALBALADEJO cita, en este sentido, las Sentencias de 2 de febrero de 1960, 5 de octubre de 1961, 18 de diciembre de 1962, 2 y 26 de marzo y 16 de octubre de 1965, 7 de febrero de 1967, 2 de octubre de 1968 (*Derecho de Obligaciones*, I, 1970, pág. 320, nota 134).

(2) Así se expresa Díez PICAZO, recogiendo la teoría de CASTRO (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, pág. 209).

(3) ALBALADEJO, obra citada en la nota 1, pág. 321.

o la escritura de ratificación y elevación a público el medio adecuado para dar aquella fehaciencia. En cambio, el acta notarial de requerimiento no es, en general, vehículo adecuado a efectos del artículo 1.227 del Código civil, pues para autorizarla no hace falta entregar al Notario el documento privado, sino simplemente manifestar ante el mismo que solicita se requiera a la otra parte firmante del documento la elevación del mismo a público. Por tanto, no es necesario que el Notario examine el documento privado ni que lo recoja en el acta. Sin embargo, es perfectamente posible, como aquí ocurrió, que el interesado entregue el documento y que el Notario lo recoja en el acta. Si así sucede, el caso es encuadrable en el artículo 1.227 del Código civil, tal como señala esta sentencia. No obstante, el Tribunal Supremo ha preferido no centrarse exclusivamente en el acta de requerimiento, pues añade el argumento fundamental («sobre todo»), consistente en que el tercero tenía conocimiento del documento privado con anterioridad al otorgamiento de la escritura pública por la que compró la finca, lo que implica respecto a ese tercero que el documento privado tenía fecha anterior a la escritura pública.

c) *Doble venta de inmuebles sin inscripción a favor de ninguno de los compradores.*—La sentencia contempla el conflicto entre el documento privado de fecha anterior y la escritura pública otorgada con conocimiento de dicho contrato. El Tribunal Supremo aplica al caso el artículo 1.473, concediendo preferencia al adquirente en documento privado, por ser el primero en la posesión, tener título más antiguo y haber actuado de buena fe. Esta postura es acertada, pues aunque el documento privado es de condición inferior a la escritura pública, lo cierto es que en el presente caso ésta no había sido inscrita en el Registro y aquél, por su parte, había sido seguido de la posesión y era de fecha más antigua. En tales condiciones, no cabía otra solución, dado lo dispuesto en el artículo 1.473 del Código civil.

d) *La buena fe en la accesión.*—Esta sentencia, al tratar del problema de la accesión invertida, deja bien claro qué es lo que debe entenderse por buena fe a efectos de la accesión. Dice que se requiere, como elemento primordial, «la buena fe del que edifica, o sea, la ignorancia del constructor de que el suelo sobre el que construye no le pertenece». Nosotros, al comentar el caso de la sentencia de 29 de abril de 1970, nos inclinamos por ese concepto de buena fe, en lugar del que había seguido la sentencia de instancia. Dijimos en aquella ocasión (4) que «en materia de accesión, tanto directa como invertida, la buena fe consiste en la creencia por parte del que edifica de que el terreno le pertenece a él en propiedad. Así se desprende de la interpretación lógica de los supuestos de accesión en relación con el artículo 433 del Código civil». «La interpretación lógica del caso de accesión por construcción extralimitada consistirá en que se exija un requisito de fuerza suficiente para producir el efecto adquisitivo de la accesión, porque el resultado ha de ser congruente con el efecto. Por ello, como en los casos de accesión el efecto es la adquisición del dominio, la buena fe requerida será la que se cifre en una creencia en la propiedad o dominio del suelo edificado, no en una creencia de que la construcción se realiza en suelo ajeno, aunque creyendo que es conforme a lo pactado.» «Por otro lado—añadíamos—, el artículo 433 del Código civil define la buena fe en el sentido de reputar poseedor de buena fe al que ignora que en su título o modo de adquirir exista vicio que lo invalide.» Todo esto podemos trasladarlo aquí como comentario de la definición que la sentencia da de la buena fe en la accesión. Y en realidad es aquí donde tienen encaje dichas observaciones, pues la sentencia de 29 de abril

(4) Véase RCDI, núm. 484, pág. 688.

de 1970 no llegó a pronunciarse sobre el problema y, por tanto, no contenía doctrina legal sobre la buena fe.

e) *La construcción sobre «suelo sin edificar» como requisito de la accesión invertida.*—Por otro lado, la sentencia indica que para que opere la accesión invertida ha de tratarse de «suelo sin edificar». En el caso discutido existía sobre el suelo una edificación para la venta de periódicos (que el actor estima es de carácter provisional), y sobre el vuelo de la misma se elevó una parte del edificio colindante de valor muy superior al de esa parcela y local de periódicos. A pesar de que, desde el punto de vista económico, lo accesorio seguía siendo el solar y el local de periódicos respecto a la parte de edificación extralimitada, consideramos acertado que el Tribunal Supremo no aplique la accesión invertida en este caso y destaque que ha de tratarse de «suelo sin edificar», porque en materia de accesión siempre se trata de suelo, no de vuelo, dado que la construcción sobre el vuelo da lugar a otras instituciones (superficie, derecho de levante, medianería horizontal), y porque la institución de la accesión invertida es una excepción de la regla general en materia de accesión y no conviene interpretarla extensivamente. Tenemos como ejemplo, el caso concreto de accesión invertida, que regula el párrafo 2.º del artículo 1.404 del Código civil, que la doctrina y jurisprudencia hipotecaria interpreta restrictivamente. En este sentido, dice CARLOS HERNÁNDEZ CRESPO que para aplicar el párrafo 2.º del artículo 1.404 del Código civil «se requiere que se trate de un terreno no edificado», por deducirse así «no sólo de la expresión del precepto: 'edificios construidos... en SUELO', y de la interpretación estricta que siempre ha de darse a la norma», sino también por señalar esta exigencia las resoluciones de la Dirección (5). Pues bien, la presente sentencia exige en general, para la accesión invertida, que se trate de edificación sobre suelo que esté sin edificar, lo cual estimamos acertado por las razones dichas.

J. M. G. G.

INSCRIPCION AL AMPARO DEL ARTICULO 206 DE LA LEY HIPOTECARIA. ERROR DE DERECHO EN LA INTERPRETACION DE LA PRUEBA POR INAPLICACION DEL ARTICULO 1.218 DEL CODIGO CIVIL. EL PROPIETARIO DE UN TERRENO ES DUEÑO DE SU SUPERFICIE. PRESUNCION JURIS TANTUM: ARTICULO 350 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1975).

Antecedentes.—La representación de doña Ana María, don Carlos y don Juan Alonso Vargas expuso en su demanda: Que en fecha 10 de julio de 1967 se había inscrito en el Registro de la Propiedad de Motril el castillo de Castell de Ferro a favor del Estado, afecto al Ministerio de la Gobernación, Dirección General de la Guardia Civil, con una cabida de 4.415 metros cuadrados, de los que 578 corresponden a la parte edificada, actualmente en ruinas. Para la inscripción, practicada al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, se certificó que el Estado poseía desde tiempo inmemorial dicho inmueble, habiendo sido utilizado en un principio por el extinguido Cuerpo de Carabineros, y en la actualidad por el Benemérito Instituto de la Guardia Civil.

Añadía que dicho castillo siempre había sido propiedad de la familia de los actores y reseñaba los títulos de las diferentes transmisiones desde su abuelo, referentes a la parcela en la que está sito el inmueble, y que

(5) HERNÁNDEZ CRESPO, «La accesión invertida», RCDI, núm. 491, pág. 752.

tal parcela la había comprado éste en 4 de julio de 1941. También sostenía que tenían la posesión ininterrumpidamente hasta el día de la presentación de la demanda, sin que hubieran sido perturbados en ella ni en el dominio por el antiguo Cuerpo de Carabineros ni por el Instituto de la Guardia Civil. Que al hacerse la inscripción a favor del Estado se reconoce que se encuentra situado el castillo dentro de la propiedad de los actores, ya que se señala como límite, por el Norte, Sur, Este y Oeste, la propiedad de don Juan Alonso Antequera, y además lo corrobora la certificación expedida por la Delegación de Hacienda, Servicio del Catastro de Rústica, en la que aparece el castillo emplazado en la parcela de los actores sin ningún camino de acceso, lo que hace imposible que fuera utilizado antes por el Cuerpo de Carabineros y posteriormente por el Instituto de la Guardia Civil.

Suplicó se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

Primero: Que los actores son los propietarios de la parcela número 49, del polígono 9, del término municipal de Gualchos, con una superficie de 3 hectáreas y 88 áreas en la actualidad y de todo lo construido sobre dicha superficie, cuyos linderos hoy son los siguientes: Norte, finca de María Alonso Antequera; Este, las de Antonio, Francisco y Ramón Alonso Antequera y casas del Patronato de Santa Adela; Sur, las citadas casas, carretera de Málaga a Almería y finca de don Gumersindo García Peregrina, y Oeste, finca de doña Carmen Prieto. Segundo: Que el castillo, inscrito a favor del Estado, quedando afecto al Ministerio de la Gobernación (Dirección General de la Guardia Civil), al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, no tiene existencia independiente de aquella superficie, que es propiedad de los actores. Tercero: Que como consecuencia de estas declaraciones y por los defectos e inexactitudes que invalidan la certificación expedida por don..., Teniente Coronel de la Guardia Civil, Primer Jefe de la Comandancia de Granada, de 15 de abril de 1970, se declare nula y sin eficacia alguna en Derecho la inscripción practicada por orden del Registrador de la Propiedad de Motril al folio 76 del tomo 370 del libro 20 de Gualchos, finca número 1.852, inscripción 1.ª Cuarto: Que como consecuencia de todas y algunas de las declaraciones anteriores se ordene la cancelación de la inscripción de posesión causada a favor del Estado, afecta al Ministerio de la Gobernación (Dirección General de la Guardia Civil), en el Registro de la Propiedad de Motril. Quinto: Que se ordene la inscripción del castillo en el indicado Registro a nombre de sus únicos titulares, doña Ana María, don Carlos y don Juan Antonio Alonso Vargas, como integrante de la parcela referida en el pronunciamiento primero de este suplico. Sexto: Que se imponga perpetuo silencio al Estado y al Ministerio de la Gobernación (Dirección General de la Guardia Civil), que actúa en su nombre, sobre su pretensión de posesión y propiedad del castillo. Séptimo: Se condene a los Organismos demandados al pago de las costas.

El Abogado del Estado contestó, en representación de los demandados, que reconocía la inmatriculación practicada en el Registro de la Propiedad y que no admitía lo alegado por los demandantes respecto de la titulación, en la que concurrían las siguientes circunstancias: a) La finca que el abuelo de los actores adquirió en 1941 no presenta gran similitud con la que hoy dicen éstos ser suya: basta comparar la descripción—extensión y linderos de ambas fincas—para comprobarlo. b) La finca que llamaremos primera está hoy inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de don Antonio Alonso Corzo, según consta en el título presentado (libro 75, tomo 3.º, folio 24, finca 226, inscripción 2.ª), y la segunda está a nombre de los actores como finca distinta, habiendo sido inmatriculada, al amparo del artículo 205, en 15 de abril de 1973, según resulta del documento número 4 de la demanda. c) Que la finca número 226 era parte de la parcela

catastral 9/49 de Gualchos, mientras que la 1.590, que parece ser, por sus linderos, la parcela 9/49, tiene en el documento mayor cabida aún que ésta; todo ello según los mismos documentos citados, aportados de adverso. d) Que en ninguno de ambos títulos se habla más que de «parcela de tierra», sin nombrarse para nada la existencia del castillo y sin que, por tanto, se incluya expresamente en ellas. E incluso la descripción del título de 1941, que, como más antiguo, tendría que prevalecer en todo caso, parece excluir el torreón o castillo del perímetro de la finca transmitida. e) Que entre los dos títulos aportados, compraventa y donación, existe una transmisión intermedia de la que no se presenta título alguno ni se prueba de ninguna forma. f) Que la posesión privada del castillo, que se establece en la demanda, es totalmente gratuita, deduciéndola sin más de la posesión de la parcela de terreno de monte sin el menor nexo lógico, pues no puede tomarse como tal, seriamente, la afirmación de que en el croquis catastral no aparece ningún camino de acceso al castillo, de lo que se quiere deducir que «es imposible haya estado habitado» (en la certificación inmatriculadora del Estado no se afirma que se haya «habitado», sino sólo que se ha «utilizado», cosa notoriamente distinta) antes por el Cuerpo de Carabineros y posteriormente por el Instituto de la Guardia Civil (hecho tercero); es evidente que el acceso al castillo ha sido siempre posible y libre, como lo pueden afirmar cuantos hayan veraneado alguna vez en Castell de Ferro, por ser una de las típicas excursiones en dicho centro veraniego. Suplicó se dictase sentencia desestimando la demanda, con imposición de costas a los actores.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que se estimó la demanda y declaró: Primero: Que los actores son propietarios de la parcela número 49 del polígono 9 del término municipal con Guelchos, con una superficie de 3 hectáreas y 88 áreas en la actualidad y de todo lo construido sobre dicha superficie, cuyos linderos hoy son los siguientes: Norte, finca de María Alonso Antequera; Este, las de Antonio, Francisco y Ramón Alonso Antequera y casas del Patronato de Santa Adela; Sur, las citadas casas, carretera de Málaga a Almería y finca de don Gumer-sindo García Peregrina, y Oeste, finca de doña Carmen Prieto. Segundo: Que el castillo, inscrito a favor del Estado, quedando afecto al Ministerio de la Gobernación (Dirección General de la Guardia Civil), al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, con la descripción que obra en el hecho primero, no tiene existencia independiente de aquella superficie, que es propiedad de los actores. Tercero: Que es nula y sin eficacia alguna en Derecho la inscripción practicada por el señor Registrador de la Propiedad de Motril al folio 76 del tomo 370 del libro 20 de Guelchos, finca número 1.852, inscripción 1.ª, y en su consecuencia debo mandar y mando la cancelación de dicha inscripción a favor del Estado, afecta al Ministerio de la Gobernación (Dirección General de la Guardia Civil), y que se proceda a inscribir el castillo en el indicado Registro a nombre de sus titulares, doña Ana María, don Carlos y don Juan Antonio Alonso Vargas, condenando al Estado a estar y pasar por estas declaraciones, todo ello sin hacer expresa imposición de costas.

Interpuesto recurso de apelación, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada dictó sentencia por la que estimó el recurso, revocó la sentencia apelada y desestimó la demanda, sin imposición de costas en ninguna de las instancias.

Instado recurso de casación, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, casó y anuló la sentencia de la Audiencia, y en la segunda sentencia confirmó en todas sus partes la dictada por el Juez de Primera Instancia, sin hacer especial imposición de costas en ninguna de las instancias.

Los considerandos de la primera sentencia dicen:

Considerando que tratándose del ejercicio de una acción reivindicatoria, la Audiencia, en contradicción con lo acordado por el Juez de Primera Instancia, después de afirmar en el considerando cuarto de su sentencia «que respecto a la identificación de la finca dentro de la que está enclavado el castillo, inscrito a favor del Estado, puede estimarse conseguida, según se deduce del conjunto de la prueba practicada», desestima la demanda por las razones expuestas en los considerandos quinto y séptimo: en el primero de los cuales se niega que don Juan Alonso Antequera estuviera legitimado como dueño para otorgar el título con el que actúan los actores, hijos suyos, en relación a la finca donde se dice ubicado el castillo, que es la escritura de donación de 27 de septiembre de 1969; porque el donante—se dice—no ha justificado ningún título de transmisión con relación a su padre, don Antonio Alonso Corso, que fue el que adquirió la parcela en cuestión, entre otras de mayor extensión, por escritura de 4 de julio de 1941, habiéndolas inscrito en el Registro, título éste que no se pone en duda, así como también en el mismo considerando se duda de la identificación por no coincidir la extensión de las fincas donadas con la que se dice tener la parcela 49 del polígono 9; en el séptimo considerando lo que se pone en entredicho es que el castillo, aunque esté dentro de la parcela 49 del polígono 9, forme parte de la misma, al no hacerse referencia a él en ninguno de los títulos.

Considerando que el primero de los razonamientos de la instancia a que acabamos de aludir se combate en el recurso con apoyo en el párrafo séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entre otros, en el motivo quinto del recurso, por error de Derecho en la interpretación de la prueba, por inaplicación del artículo 1.218 del Código civil, al no conceder eficacia probatoria a dos documentos públicos, que además revisten la consideración de auténticos, cuales son: la escritura pública de donación de 27 de septiembre de 1969, que dio lugar a la reanudación del tracto de las fincas en cuestión, al ser inmatriculada en el Registro al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, sin reclamación de los demás posibles herederos del último titular registral, y el asiento practicado del castillo a favor del Estado, en el que se dice textualmente: «cuyos linderos son los siguientes: por el Norte, Sur, Este y Oeste, con propiedades de don Juan Alonso Antequera, identificado catastralmente en el polígono 9, parcela 49», y es procedente acogerlo: en lo que a la escritura de donación se refiere, porque nadie, aun después de inscrita en el Registro de la Propiedad, ha puesto en duda la legitimación de quien la otorga ni ha impugnado el asiento registral, y en cuanto a lo de que la extensión no coincida con la de la parcela, porque la Sala incurre en un error: lo donado son tres parcelas, cuya extensión total es superior a la catastrada bajo el número 49 de la parcela 9; de ellas, la que virtualmente coincide es la descrita en tercer lugar; en cuanto a la inscripción registral a nombre del Estado, certificada al folio 6.º, en primer lugar, no ha de ser inconveniente para darle la consideración de auténtica el que sea la que se alegue como título por el demandado, y en segundo lugar, ha de admitirse su eficacia al afirmar de forma categórica la ubicación de la finca en el polígono y parcela catastral del que han probado ser dueños los actores.

Considerando que admitido este motivo no hay para qué entrar en el estudio de los cuatro primeros.

Considerando que el motivo sexto se interpone al amparo del número primero del artículo 1.692, por inaplicación del artículo 350 del Código civil, y al haber prosperado el motivo quinto, con la consecuencia de dar por probado que la parcela donde está ubicado el castillo pertenece a los recurrentes, ha de prosperar igualmente este motivo, pues según el mencionado artículo, «el propietario de un terreno es dueño de su superficie», lo que quiere decir, como proclaman las sentencias de este Tribunal de 3 de julio de 1907 y 1.º de febrero de 1909, que existe una presunción *juris*

tantum de que todo lo comprendido dentro del perímetro superficial de la propiedad pertenece al propietario, y que quien alegue la pertenencia de cualquier construcción que esté ubicada dentro de ella habrá de probarla; es cierto que en la certificación del Teniente Coronel Jefe del Sector de la Guardia Civil de Granada, que sirvió de base para la inscripción del castillo a favor del Estado, se dice que el Estado «lo poseía desde tiempo inmemorial»; pero esta mera afirmación no puede servir de base para declarar una usucapión que después de declarada serviría de título al Estado; mas en ningún momento se ha alegado, cuanto menos probado, y, por tanto, al no haberse destruido la presunción legal del artículo 350 del Código civil a ella hay que atenerse, conforme se postula en este motivo.

La sentencia segunda se fundamenta en las mismas razones de la primera y en las de la sentencia de Primera Instancia.

COMENTARIO.—La mayoría de los autores, al comentar el artículo 350 del Código civil, se refieren a las limitaciones del derecho de propiedad en él apuntadas y no a la presunción *juris tantum* que contiene y que ha puesto de relieve la jurisprudencia; presunción consistente en que todo lo comprendido dentro del perímetro superficial de un predio pertenece al propietario de éste.

Son pocas las sentencias que se refieren a ello. La que comentamos nos cita las de 3 de julio de 1907 y 1.º de febrero de 1909. La primera, referente a un asunto de aguas nacidas en el subsuelo de una finca, expresamente recoge la citada presunción *juris tantum*. La sentencia de 27 de febrero de 1963 dice: «Declarándose en el fallo impugnado que dentro de la parcela G está comprendida la casa cortijo reclamada, es indudable que no se concede más ni cosa distinta de lo mandado en la ejecutoria, y sí lo que ésta acordó, ya que el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que la misma contenga, al no hacer ninguna salvedad la ejecutoria.»

En la última parte del último considerando de la sentencia que estudiamos se contiene una cuestión que aunque pudiéramos decir que es sabida, viene bien verla escrita. La certificación del representante de la Administración exponía que el castillo lo poseía el Estado desde tiempo inmemorial. Esta afirmación—dice la sentencia—no puede servir para declarar una usucapión, no alegada ni probada. No es suficiente para destruir la presunción del artículo 350 del Código civil.

Conviene, por último, meditar unos momentos en la consecuencia *registral* de todo ello. Tal vez no se debió acceder a la inmatriculación, pedida al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria. La cita del artículo 350 hubiera servido de buena base para una calificación denegatoria.

B. M. B.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

ES NULA TODA TRANSACCION REALIZADA CON UN TRABAJADOR SOBRE LAS INDEMNIZACIONES DEBIDAS POR ACCIDENTE LABORAL (SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 1975).

Hechos.—El Jefe Administrativo de una Empresa cuando viajaba para la misma sufrió un accidente de circulación del que quedó con incapacidad permanente. La Empresa y el trabajador lesionado suscribieron un conve-

nio por el cual el empleado percibía cierta cantidad a cambio de renunciar a cualquier reclamación. Posteriormente demandó el trabajador a la Empresa ante la Magistratura de Trabajo y obtuvo indemnización. Demanda ahora la Empresa a su ex empleado alegando que ha sido indemnizado dos veces. El Tribunal Supremo desestima la demanda.

Doctrina de la sentencia.—El motivo séptimo, formulado al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación del artículo 4 del Código Civil, en relación con el artículo 36 de la Ley de Contrato de Trabajo, es estimable, porque es evidente la nulidad radical del pacto consignado en el documento, por el que el demandado, hoy recurrente, renuncia a las indemnizaciones a que pudiese tener derecho por causa de su accidente de trabajo *in itinere*, ya que, de acuerdo con la citada norma laboral, es nula toda renuncia (y la transacción la lleva implícita siempre) de las indemnizaciones a que el trabajador tenga derecho por accidente en el trabajo; que en ningún caso podría recibir el trabajador directamente, sino mediante constitución del depósito correspondiente en el Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, nulidad que confirma el Código Civil en su artículo 4 del texto originario, y número 3 del artículo 6 del texto articulado vigente, que prescribe que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son ambos nulos de pleno Derecho, salvo que en ellas—lo que en el caso de autos no ocurre—se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

LA FUERZA PROBATORIA DE LA CONFESION JUDICIAL NO ES SUPERIOR A LA DE LOS DEMAS ELEMENTOS PROBATORIOS (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Se denuncia en el motivo tercero la violación del artículo 1.232 del Código civil, sin tener presente que las normas sobre el valor de la confesión, singularmente la genérica del apartado primero del artículo 1.232 mencionado, sólo es correctamente citable, como norma infringida por el Tribunal de Instancia, en vía de amparo del «error de Derecho», pero no por la de infracción del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues ya viene declarando con reiteración la doctrina de esta Sala que la apreciación de esa prueba de confesión sólo es impugnabile por el cauce del número séptimo de dicho precepto rituario, por lo que forzosamente ha de perecer este motivo, como asimismo el cuarto, dado que la fuerza probatoria de la confesión judicial no es superior a la de los demás elementos probatorios, y debe apreciarse ella por el Tribunal en combinación con otras y no con independencia, y es obvio que la sentencia que se recurre exterioriza la apreciación conjunta de toda la practicada, por lo que siendo así, y como resultado de todo lo expuesto, se impone la desestimación del recurso.

INDEMNIZACION DE DAÑOS (SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1975).

Hechos.—En una industria de fabricación de muebles que ocupaba los bajos de un edificio, se declaró un incendio que destruyó la totalidad del inmueble. El propietario del mismo demanda al titular de la industria y obtiene indemnización.

Doctrina de la sentencia.—Las dos sentencias de instancia, de acuerdo con el examen racional y conjunto de las pruebas practicadas, declararon acreditado no sólo el hecho en sí y sus consecuencias, sino que dicho titular de la industria en que se originó el incendio no había instalado los medios necesarios para sofocarlo, tales como extintores, tomas de agua para mangueras, etc., a que venía obligado según la memoria aprobada cuando se le concedió la licencia gubernativa, de acuerdo con el Reglamento de 30 de septiembre de 1961 sobre industrias insalubres, peligrosas y molestas, omisiones que retrasaron la intervención de los bomberos, motivando que el fuego adquiriese grandes proporciones que determinaron las destrucciones producidas; declaraciones de hecho que han quedado incólumes en este trámite, pues el recurso ni siquiera las impugna por la única vía adecuada del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, lo que priva de toda consistencia al motivo primero.

Es imposible estimar el segundo y último de los motivos formulados, donde por la misma vía procesal se alega violación del artículo 1.105 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias de esta Sala que menciona, porque haciendo supuesto del cuestionado, y contrariamente a la realidad de los hechos tal y como se declaró acreditada, sostiene la existencia del caso fortuito, a que los referidos precepto y doctrina se refieren, que, evidentemente, no tenían que ser aplicados al declararse probada la negligencia, causante de los daños, de parte de quien ahora hace el alegato.

NO TIENE EL CARACTER DE «AUTENTICO» EL DOCUMENTO OBJETO DE CONTROVERSIAS EN EL JUICIO (SENTENCIA DE 10 DE MAYO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—El primer motivo denuncia un «error de hecho» sobre la base del documento de compraventa concertado por las partes contendientes, sin tener presente el recurrente, por una parte, que no puede en modo alguno atribuir la cualidad de «auténtico» al documento que precisamente es objeto en el juicio de controversia y discusión sobre su alcance y sentido.

Los testimonios judiciales aportados a un proceso como prueba documental, derivados de diligencias preparatorias o preliminares, no tienen la condición de auténticos a efectos de casación.

COMPROMISO NO FORMALIZADO PARA SOMETER UNA CUESTION A ARBITRAJE (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Conforme a lo dispuesto en los artículos 11 y 19 de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953, y doctrina de esta Sala establecida, entre otras, en las sentencias de 26 de septiembre de 1964 y 18 de febrero de 1974, solamente el compromiso formalizado voluntaria o judicialmente, o la pendencia de esta última especie de formalización, impide a los Jueces o Tribunales conocer de la controversia sometida o que se intenta someter por la vía jurisdiccional al fallo arbitral, puesto que si el compromiso no se hubiere voluntariamente formalizado o no se hubiese hecho uso del derecho que reconocen los artículos 9 y 10 de dicha ley, el contrato preliminar de arbitraje quedará sin efecto.

INTERPRETACION DE CONTRATOS: EL ARTICULO 1.281 DEL CODIGO CIVIL PARTE DE LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO ESCRITO (SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1975).

Hechos.—El actor celebró un contrato verbal con la Entidad demandada, por el cual esta última le confería su representación, cobrando un 7 por 100 el representante del importe de las obras que consiguiese para la Compañía representada. Reclama ahora el demandante sus porcentajes sobre unas obras que no le habían sido satisfechos por la Compañía. Se acogió la demanda.

Doctrina de la sentencia.—En materia de interpretación de contratos viene sentando la doctrina de esta Sala que, aun cuando el texto de la ley no lo diga expresamente—artículo 1.281 del Código civil—, de su referencia al sentido «literal» de las cláusulas contractuales se desprende que el precepto parte de la existencia de un contrato escrito, y en este aspecto es cierto que esta calidad no la tiene realmente el que es objeto de los autos de los que deriva el presente recurso, pues tratándose de un convenio verbal ha surgido entre ellos la cuestión de si en dicho pacto se comprendía o no aquellas otras obras que afectaban a las realizadas en las Cajas de Ahorros de Santiago de Compostela y La Coruña, cuestión ésta que resuelven las sentencias de instancia, conclusión deducida de la apreciación conjunta de la prueba, de la que buena parte de ella la constituyen las presunciones utilizadas por el Tribunal *a quo*, al igual que lo hace el Juzgado de primer grado en su resolución, por lo que tal criterio ha de ser respetado en casación, al no aparecer que al llevarla a cabo aquel Tribunal haya incurrido en evidente error, equivocación o abuso de su facultad discrecional al efecto que aconseje su rectificación.

El artículo 1.283 del Código civil no constituye norma relativa a la apreciación de la prueba, sino una de las reglas de interpretación de los contratos que el Código sustantivo establece para fijar el sentido y el alcance de las declaraciones de voluntad que aquéllos contienen.

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 1975).

Hechos.—«Industrias Agropecuarias, S. A.», concertó un contrato con don Ramón, por el que se comprometió a venderle 10.000 cerdos. Le entregó 7.000 y manifestó que siéndole imposible suministrarle el resto declaraba extinguido el contrato. Don Ramón demanda a la Entidad vendedora solicitando indemnización de daños y perjuicios, que se determinarán en período de ejecución de sentencia. La Audiencia condenó a IASA a indemnizar al actor en la cuantía de 500.000 pesetas. El recurso del actor, quien no se conforma con esa cantidad, es acogido por el Supremo.

Doctrina de la sentencia.—El caso previsto en el número seguro del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se ampara el motivo primero del recurso, es el de las sentencias cuyo fallo no es congruente con las pretensiones de las partes; hipótesis que no se da en el presente caso, pues en la demanda se pedía que «Industrias Agropecuarias, S. A.», indemnice al demandante de los daños y perjuicios irrogados por el incumplimiento del contrato, y la instancia condena a la Sociedad demandada a que indemnice al actor en la cantidad de 500.000 pesetas, no pudiendo, por tanto, prosperar el motivo.

Al partir del hecho probado de que IASA ha incumplido los contratos

que había suscrito con el actor, al que, por tanto, ha de indemnizar daños y perjuicios, falta sólo por fijar la cuantía de la indemnización por el incumplimiento del contrato, y para fijarla hay que puntualizar determinados datos. Es llano que consta en los autos el número de kilogramos y las fechas en que debieron ser entregados, y que falta por ser concretado el perjuicio, la determinación del valor de los cerdos en el mercado libre durante las fechas en que debieron ser entregados, del cual dato, que sólo podrá ser fijado en ejecución de sentencia, había de deducirse, en primer lugar, el precio al que debieran venderse y, en segundo lugar, la diferencia entre ese precio libre y el del contrato, el cual, multiplicado por el número de kilogramos que debieron ponerse a disposición del comprador, dará la cifra exacta del perjuicio sufrido por el recurrente, o sea, hay que aplicar la primera, que no la segunda, de las hipótesis previstas en el artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo siempre absolutamente inoportuna la invocación del artículo 1.103 del Código civil, alusivo a la posible moderación de la responsabilidad nacida de la negligencia, supuesto diferente del incumplimiento voluntario del contrato de que se trata.

NO ES INCONGRUENTE LA SENTENCIA QUE DESGLOSA EN DOS CONCEPTOS LA CANTIDAD TOTAL SOLICITADA EN EL SUPlico DE LA DEMANDA (SENTENCIA DE 16 DE MAYO DE 1975).

Hechos.—Los actores habían arrendado una fábrica de cerámica a los demandados. Por falta de pago obtuvieron el desahucio, pero los arrendatarios desahuciados todavía ocuparon la fábrica once meses más. Reclaman los demandantes el pago de las rentas de dos anualidades que no les habían sido satisfechas e indemnización por el tiempo que tardaron en desalojar la fábrica arrendada. Prosperó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—En el motivo primero se alega no ser congruente la sentencia impugnada, ya que no sólo se condena al recurrente al pago de lo reclamado, como rentas devengadas y no abonadas, sino además al pago de los perjuicios sufridos por los arrendatarios, que no fueron reclamados en la demanda.

Es inviable el motivo porque determinándose la incongruencia en función de la inadecuación entre las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes y el fallo, el examen comparativo de esos elementos evidencia no existe disconformidad, porque el contenido del suplico de la demanda, en relación con los hechos tercero y cuarto de la fundamentación de la misma, pone de manifiesto que la cantidad reclamada de 422.416 pesetas está integrada por 262.000 por rentas devengadas vigentes el contrato de arrendamiento y 160.416 por no haber sido entregado el local y fábrica arrendados hasta pasados once meses después de haber vencido el plazo contractual, y en virtud del fallo se condena al recurrente a pagar 227.300 pesetas por el concepto de rentas adeudadas y no abonadas y 160.416 en concepto de perjuicios por la no devolución de la fábrica y enseres en el plazo contractual estipulado.

LA DONACION DE MATERIALES DE LA CONSTRUCCION ANTES DE SER INCORPORADOS A LA OBRA NO REQUIERE ESCRITURA PUBLICA (SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1975).

Hechos.—El actor—un Arquitecto—, en compensación a la colaboración y servicios que durante cierto tiempo le había venido prestando la demandada, le ofreció construirle y entregarle un chalet. Una vez terminado, le reclama los pagos que tuvo que hacer. La demandada fue absuelta.

Doctrina de la sentencia.—No puede prosperar el primer motivo, en que se alega la violación por no aplicación del artículo 633 del Código civil, en relación con los artículos 334 y 359, así como de los párrafos primero y tercero del 358, porque si bien los materiales de construcción una vez que se unen a la obra de forma inseparable alcanzan la consideración de inmuebles, nada impide que sean donados antes de incorporados, pues hasta entonces son bienes muebles, así como el importe de la mano de obra invertida para ella; en cuyo caso se hace innecesaria, cuando la entrega se hace por pura liberalidad, como se afirma por la instancia y no se combate en el recurso, la formalidad de la escritura pública, que prescribe el artículo 633 para las donaciones de inmuebles.

LA FALTA DE ACEPTACION DE UNAS LETRAS LIBRADAS EN NADA AFECTA AL NEGOCIO JURIDICO REALIZADO (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—En los tres motivos del recurso se razona por el recurrente en el sentido de estimar que concertado el pago del precio por medio de tres letras de cambio *previamente aceptadas* a treinta, sesenta y noventa días, al haberse librado y presentado al cobro sin la concertada previa aceptación demuestran la inexistencia del contrato; mas al hacerlo así olvida el recurrente que es doctrina constante y reiterada de esta Sala que la interpretación de los contratos es facultad exclusiva del Tribunal de instancia y habrá de ser respetada mientras no resulte ilógica o absurda, por lo que no afectando a la existencia y vigencia del contrato el hecho de haber sido o no aceptadas las letras ha de estarse a la declaración del Tribunal *a quo*. La falta de la aceptación en las letras libradas, como ya se ha establecido, no afecta en nada al negocio jurídico realizado y en el que hubo acuerdo de voluntades sobre la cosa y el precio.

DONACIONES: EL ABRIR A FAVOR DE OTRA PERSONA UNA CUENTA EN UN BANCO RESERVANDOSE LA FACULTAD DE DISPONER IMPLICA LA FALTA DE ANIMUS DONANDI (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1975).

Hechos.—Don Pedro, con los saldos de sus cuentas bancarias, abrió dos cartillas de ahorro a nombre de su sobrino don Jesús, reservándose él la facultad de disponer libremente de las cantidades. Cuando iba a hacer uso de este derecho, pudo comprobar que su sobrino ya había dispuesto íntegramente de las sumas. Demanda el tío al sobrino, quien se defiende alegando que se trataba de una donación. Se estimó la demanda en la instancia y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso.

Doctrina de la sentencia.—El demandante, al abrir las cartillas a nombre del demandado, se reservó la libre facultad de disponer de las cantidades ingresadas, por lo que sin ese *animus donandi*, motivador del voluntario desprendimiento irrevocable de la cosa donada en favor del donatario, no puede admitirse la existencia y validez de la donación.

Lo que caracteriza distintamente a las donaciones *mortis causa* es la permanencia de la cosa donada en el dominio y libre disposición del donante, por lo que son revocables y resultan ineficaces si no se justifican por el otorgamiento de disposiciones testamentarias y no difieren su efectividad al momento del fallecimiento, como exige la sentencia de 3 de enero de 1905.

Aunque se hubiese demostrado que el demandante no se había reservado la libre disposición de dichas sumas y que, por tanto, hubiese habido *animus donandi*, aun en esos hipotéticos supuestos se trataría de donaciones *mortis causa*, que para su efectividad requerirían haberse constituido con las formalidades de los testamentos—que no ofrecen—y serían esencialmente revocables. Mientras no se consiga demostrar por adecuadas vías que no se ha hecho en favor del demandante la reserva de la libre disposición de las cantidades litigiosas, no se puede hablar de la existencia de donaciones *inter vivos* ni *mortis causa*, pues falta el esencial requisito del *animus donandi*, y no será posible obtener el fallo casacional pretendido.

INTERPRETACION DE CONTRATOS (SENTENCIA DE 24 DE ABRIL DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Constante y uniforme doctrina jurisprudencial tiene proclamado que la interpretación efectuada por los juzgadores de instancia tiene que prevalecer sobre la particular e interesada de los litigantes, a menos que se demuestre que es irracional, ilógica o contraviene algún precepto de ley, lo que aquí ni siquiera se ha intentado; todo ello abstracción hecha de la bondad del juicio interpretativo que se discute en este trámite, a causa de la claridad indubitada de los términos literales del contrato objeto de debate, hasta el punto de que muy bien pudiera aplicarse la igualmente doctrina reiterada de este Tribunal Supremo de que *in claris non fit interpretatio*.

J. Q. S.

CUMPLIMIENTO DE DEPOSITO (SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—El padre de los demandantes dona al Estado una colección de obras prehistóricas con destino al Museo Arqueológico Nacional. Independientemente de ello, los demandantes depositan en el mencionado Museo otras colecciones para salvarlas del peligro de la guerra. Terminada ésta, se reclama la devolución y no se practica ésta por entender la Dirección General de Bellas Artes que todo lo depositado había formado parte de la donación citada. Agotada la vía administrativa, el Juez ordena la devolución, la Audiencia la confirma y el Supremo desestima el recurso en base a los siguientes razonamientos:

Doctrina de la sentencia.—El depósito se constituyó por el recurrido de una manera indistinta y, por tanto, en su nombre y en nombre y representación de su hermana, pudiendo cualquiera interponer la reclamación.

Asimismo hay que aceptar la interpretación sentada en la instancia, conforme a la doctrina legal, salvo que sea ilógica o absurda, y, en consecuencia, que el Estado no poseyó los bienes con un *animus dominii*, sino, por el contrario, en nombre ajeno y en concepto de depositario, sin que tal hecho se haya atacado por el cauce del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley Procesal, debiendo, por tanto, desestimarse, puesto que la usucapción requiere una posesión en nombre propio y con buena fe.

DECLARACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DE CULPA EXTRA CONTRACTUAL (SENTENCIA DE 3 DE MARZO DE 1975).

Hechos.—La parte actora reclama una indemnización de daños por haber sufrido unas lesiones por causa de un accidente de circulación originado por el conductor del vehículo que ahora es la parte demandada.

También figura demandada la Compañía de Seguros, que satisfizo una cantidad de 300.000 pesetas en el juicio de faltas correspondiente, por entender el actor que los daños ascienden a 5.000.000 de pesetas. La parte demandada alegó prescripción de la acción ejercitada. El Juez de instancia aprecia la prescripción y absuelve de la demanda. La Audiencia confirma. El Tribunal Supremo sienta la siguiente doctrina:

Doctrina de la sentencia.—La valoración de la prueba relativa a la interrupción del plazo de prescripción es de exclusiva competencia de la Sala de instancia, y lo alegado por el recurrente de su intención de demandar es contrario a la premisa fáctica sentada en la sentencia recurrida, ya que para interrumpir el plazo de prescripción de una acción determinada es absolutamente necesario que se haya ejercitado dicha acción y no otras que tengan con ella mayor o menor analogía, como revela el posesivo usado en el artículo 1.973 del Código civil.

En consecuencia, desestima el recurso de casación por infracción de ley.

RECLAMACION DE CANTIDAD. SUBSANACION DE DEFECTO (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1975).

Hechos.—Con ocasión de unas relaciones comerciales se libra por el demandante una letra de cambio, que fue aceptada debidamente por uno de los demandados y avalada por el otro. Dicha letra se protestó por falta de pago. Despachada por el Juez la correspondiente ejecución, se oponen a ella los demandados alegando defecto en el modo de promover demanda ejecutiva e indebida acumulación de acciones y prescripciones y otros motivos. El Juez desestimó la oposición y mandó seguir la ejecución. La Audiencia confirma la sentencia. Se interpone recurso de casación por quebrantamiento de forma y el Tribunal Supremo desestima.

Doctrina de la sentencia.—La subsanación de posibles defectos cometidos en la citación de remate debe pedirse en el primer trámite procesal **que pueda hacerse inmediatamente** después de cometida la infracción, y no cabe decir que se pidió dicha subsanación si no se utilizaron a tiempo los recursos legales contra las resoluciones origen de la falta. El número 1.º del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo se refiere a quienes por ignorar la existencia del juicio carecen de los medios adecuados para la defensa de sus derechos, y, en consecuencia, el demandado, notificado por diligencia defectuosa, fue conocedor del emplazamiento.

SEGURO. RECLAMACION DE LA SUMA ASEGURADA (SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1975).

Hechos.—El actor reclama la entrega de la cantidad resultante del seguro, a lo que se opone la Compañía aseguradora por no haberse pagado una de las primas. El Juez estima la demanda y ordena el pago; la Audiencia la confirma. El Tribunal Supremo sienta la siguiente doctrina desestimando el recurso interpuesto:

Doctrina de la sentencia.—El lugar de pago es susceptible de fijación por las partes al contratar, conforme a los artículos 1.170 y 1.254 del Código civil; pero este lugar es susceptible de variación por el propio acuerdo de las partes, no existiendo violación de los citados artículos ni del 425 del Código de Comercio, y, por tanto, si se suspendió el pago de una de las primas del seguro durante treinta días, y ello es debido a la volun-

tad exclusiva de la Aseguradora, no debe protegerse la situación creada por el Ordenamiento jurídico.

No se pueden plantear problemas interpretativos para obtener una solución en contra de los hechos declarados probados, cuyo simple examen evidencia la solución contraria a la que pretende el recurrente, siendo improcedente alegar violación de los artículos 1.281 y 1.282, en relación con los artículos 1.255, 1.256 y 1.258, todos del Código civil, ya que la interpretación de los mismos se vuelve contra el recurrente y justifica la decisión que se impugna.

RECLAMACION DE CANTIDAD (SENTENCIA DE 21 DE ENERO DE 1975).

Hechos.—Se reclama una cantidad por la parte actora en juicio ejecutivo y el Juez ordena la ejecución. La parte demandada se opone por falta de emplazamiento de los intervinientes en la litis. El Juez dicta sentencia ordenando la ejecución; la Audiencia lo confirma. Se interpone el recurso de casación por quebrantamiento de forma y el Tribunal Supremo lo desestima sentando la siguiente doctrina:

Doctrina de la sentencia.—1. Aunque se equipara la falta de emplazamiento con la circunstancia de que no se haya dado traslado al apelante para responder, lo cierto es que el recurrente no hizo reclamación en este sentido ni pidió la subsanación de la falta.

2. La falta de citación afectó a una persona distinta de la ejecutada y, por tanto, el vicio no puede prosperar, porque es necesario para ello que afecte personalmente al recurrente.

3. La certificación del Secretario omitió una diligencia solicitada por el recurrente, pero éste no intentó subsanar la omisión.

RECLAMACION DE CANTIDAD (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—Celebran las partes un contrato de venta con precio aplazado. El actor pidió las llaves para utilizar el local comprado, pero no pudo por existir una filtración de aguas, que causó daños a unos muebles depositados en el local por el actor.

El actor solicita la indemnización de los daños en base, entre otras razones, a que la compraventa había sido con pacto de reserva de dominio. El demandado alegó la prescripción de la acción ejercitada porque en dicho pacto el comprador adquirió la posesión conforme al artículo 1.462 del Código civil. El Juez desestima la demanda y admite la prescripción; la Audiencia confirma la sentencia. Interpuesto el recurso de casación por infracción de ley, el Tribunal Supremo lo desestima sentando la siguiente doctrina:

Doctrina de la sentencia.—Independientemente de que los daños alegados se produjeron por falta de cuidado en las personas encargadas de la vigilancia de las aguas, no por vicio de la construcción, y, por tanto, no se viola el artículo 1.591 del Código civil, debiendo estar a lo dispuesto por el artículo 1.902 del Código civil, hay que estimar la prescripción alegada conforme dispone el artículo 1.968, que establece el plazo de un año para los casos de responsabilidad del artículo 1.902 citado.

CUESTION DE COMPETENCIA (SENTENCIA DE 5 DE MARZO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—La sumisión a la competencia de un Juzgado supone una declaración de voluntad, que como negocio jurídico extraprocésal requiere la exteriorización del elemento intencional de las partes de someterse al Juzgado correspondiente y conforme al cual han de resolverse los conflictos que surjan por la discrepancia entre la voluntad declarada y la real, como sucede en el caso presente, en el que a pesar de haber una sumisión a un Juzgado debe deducirse lo contrario de la correspondencia de los litigantes, que tiene la fuerza probatoria necesaria para producir la creencia racional de que las partes no tuvieron la intención de someterse a la competencia de ningún Juzgado.

J. S. V.

ARRENDAMIENTOS URBANOS**OBRAS INCONSENTIDAS: LA REDUCCION DE UN HUECO EN UN 39 POR 100 DE LA SUPERFICIE Y LA CONVERSION DE UN BALCON EN VENTANA SON OBRAS QUE MODIFICAN LA CONFIGURACION DEL LOCAL ARRENDADO (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1973).**

El arrendatario realizó obras sin consentimiento del arrendador que modificaban, a juicio de éste, la configuración del local arrendado. El Juzgado de Algeciras estimó la demanda, pero la Audiencia de Sevilla revocó esta sentencia.

El recurso de injusticia notoria es acogido por el Tribunal Supremo, que admite la tesis del recurrente. El dictamen emitido por un Aparejador, designado por las partes de común acuerdo, evidencia que en el local se han efectuado obras recientes, cubriendo el antepecho con obra de fábrica, que reduce en más del 39 por 100 la superficie primitiva del hueco, convirtiéndolo en simple ventana, corroborando este dictamen el acta notarial aportada, en la que se aprecia por el fedatario este mismo hecho, lo que acredita el manifiesto error en la apreciación de la prueba en que ha incurrido la Sala sentenciadora. Dadas las características de la obra, tienen la entidad e importancia suficientes para estimar que su ejecución ha producido un cambio sustancial y sensible en la configuración del local arrendado, y habiéndose llevado a efecto por el demandado años después de celebrado el contrato sin consentimiento del arrendador, determinan su resolución por la causa 7.ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

REALIZACION DE OBRAS: NO DETERMINAN LA RESOLUCION LAS OBRAS NECESARIAS PARA UNIR DOS LOCALES CUYO DESTINO COMUN SE DEDUCIA DE LOS TERMINOS DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1973).

Habiendo realizado el arrendatario obras que alteran la estructura de los locales arrendados, convirtiéndolos en un solo almacén o salón, haciendo desaparecer la pared que los dividía, el arrendador interpuso la demanda, a la que se opuso el arrendatario, alegando que estaba autorizado para

realizar la unión de ambos locales y que además había obtenido el consentimiento de la actora para la ejecución de tales obras. Tanto el Juzgado número 6 de Sevilla como la Audiencia de esta capital desestimaron la demanda.

Interpuesto recurso de injusticia notoria es rechazado por el Tribunal Supremo, ya que en el documento aportado con la demanda se autorizaba al demandado para que efectúe obras de arreglo para su negocio sin traspasar los límites que puedan dañar la conservación de la finca que se había arrendado para almacén, de lo que se deducía que el objeto del arrendamiento no fue un local, sino dos para destinarlos al único fin de almacén. Las obras realizadas no se ha probado que perjudiquen a la finca y su fin exclusivo era unir los dos locales arrendados partiendo de una autorización escrita de la arrendadora, deducida de los términos en que se halla concebido el contrato entre las partes litigantes, sin que pueda prevalecer la interpretación del recurrente frente a la de los juzgadores, que no es arbitraria ni ilógica. No basta con expresar en el recurso la causa en que se funda, sino también el concepto por el que se estima cometida la infracción, y al no haberlo determinado tiene que ser desestimado el recurso en su totalidad.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: LA AFILIACION A LA SEGURIDAD SOCIAL COMO TRABAJADOR AUTONOMO NO ES COMPATIBLE CON TRABAJAR COMO DEPENDIENTE AL SERVICIO DE LOS ARRENDATARIOS (SENTENCIA DE 12 DE ENERO DE 1974).

Arrendado un local, que consta de dos perfectamente diferenciados: uno dedicado a la venta de objetos de escritorio y otro a imprenta, el contrato se hallaba en periodo de prórroga forzosa; pero el uso del local es compartido, además de los arrendatarios, por otra persona, que ocupa la zona dedicada a imprenta con total independencia de la otra parte, por lo que se solicita la resolución del arrendamiento por cesión o traspaso ilegal. El Juzgado de Tudela y la Audiencia de Pamplona estimaron la demanda.

No admite el recurso de injusticia notoria el Tribunal Supremo, por cuanto reconocido el hecho base de ser trabajador autónomo el demandado desde 1962, y habiéndose afirmado por los demandados que siempre trabajó por cuenta de ellos como dependiente, no puede decirse que la deducción de la Sala sea absurda o irracional, por lo que ha de prevalecer sobre la de la parte, ya que no se puede discernir cuál de las dos soluciones es más aceptable, sin que la actividad valorativa del juzgador pueda ser sustituida por la de los interesados mientras no vulnere las reglas de su ejercicio.

RESOLUCION DE ARRENDAMIENTO: NO PUEDE ADMITIRSE CUANDO LAS OBRAS REALIZADAS LO HAN SIDO OBLIGADAMENTE POR EL ESTADO DEL EDIFICIO Y POR NO HABERLAS REALIZADO EL PROPIETARIO (SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 1974).

Se arrendó parte de un inmueble con la prohibición de realizar obras sin consentimiento del arrendador, así como la de ceder o subarrendar sin el mismo consentimiento. Verificadas obras de transformación y asociado un hermano del arrendatario en el negocio, se solicitó por el arrendador la resolución del contrato. Opuso el arrendatario que las obras habían sido

obligadas por el estado del edificio y, en su caso, por el Ayuntamiento, viéndose forzado a realizarlas por no haberlo hecho el arrendador, al que tuvo que reclamar judicialmente el importe de las mismas. Desestimada la demanda por el Juzgado número 2 de Tarragona y por la Audiencia de Barcelona, se interpuso recurso de injusticia notoria.

Este no prospera, porque no pueden admitirse como prueba documental los testimonios de otros juicios anteriores, tanto más cuanto no demuestran la equivocación evidente del juzgador ni la prueba de confesión judicial tiene un valor superior al del resto de las pruebas efectuadas. Estimada la prescripción de la acción para impugnar el pretendido traspaso, no es admisible llegar a conclusiones distintas de las que llegó la Sala, y lo mismo ocurre con la no autorización de las obras por el arrendador.

RESOLUCION DE CONTRATO: NO PUEDE ALEGARSE LA FALTA DE CONSENTIMIENTO DEL ARRENDADOR CUANDO NO HAY RAZONES SUFICIENTES PARA NO CONSENTIR LAS OBRAS REALIZADAS (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1974).

Arrendadas diversas dependencias de una casa, como integrantes de un local de negocio, en el contrato se autorizó a realizar obras con conocimiento previo del arrendador. Efectuadas obras, que suponían una modificación total de la configuración de los locales, contra la voluntad y consentimiento del arrendador, se presenta demanda solicitando la resolución del contrato. Se desestimó la demanda, tanto por el Juzgado número 4 de San Sebastián como por la Audiencia Territorial de Pamplona.

El recurso de injusticia notoria es igualmente rechazado, ya que en el contrato primitivo se autorizó al arrendatario a efectuar obras que fuesen necesarias para la marcha del negocio, permitiéndose tanto en el momento inicial del mismo como cuantas veces se considerase oportuno durante el período de vigencia del contrato, lo que se ratificó en el contrato posterior de 1965. Por tanto, se estima que todas las disposiciones referentes a la autorización y condiciones impuestas al arrendatario han sido cumplidas por él, y de los documentos exhibidos se acredita el conocimiento que tuvo el actor de las obras. Si la distinción entre conocimiento y consentimiento está bien fijada por la jurisprudencia, en el caso actual lo interesante no es establecer la diferencia entre ambos conceptos, sino estudiar las razones expuestas para justificar la falta de consentimiento y ver si son o no procedentes; en sentir de los dos juzgadores de instancia que han intervenido en el pleito, no son bastantes para esta negativa, por lo que ha de desestimarse el recurso en su totalidad.

NULIDAD DE CLAUSULA CONTRACTUAL: ES NULA LA CLAUSULA QUE SOLO PREVE EL AUMENTO DE LA RENTA CONFORME A LA VARIACION EN EL COSTE DE LA VIDA SIN TENER EN CUENTA UNA POSIBLE DISMINUCION (SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 1974).

Se estableció en un contrato de arrendamiento de local de negocio una cláusula por la que el precio del arrendamiento «se ajustará anualmente a las posibles fluctuaciones en alza del nivel general de precios, utilizándose para este cómputo el índice oficial de precios al por mayor». La interpretación de esta cláusula originó diversos procedimientos judiciales, y en el que es objeto de este comentario se pide por el arrendatario la nulidad de la referida cláusula. El arrendador se opuso y formuló a su

vez reconvencción, alegando que había desmantelado el arrendatario unos grupos electrógenos, lo que no podía hacer sin autorización del propietario. El Juzgado número 6 de Madrid desestimó la demanda y la reconvencción. La Audiencia revocó parcialmente la sentencia declarando nula la cláusula debatida, pero desestimando igualmente la reconvencción.

Interpuesto recurso de injusticia notoria, no es admitido por el Tribunal Supremo, ya que la desaparición de los grupos electrógenos no produjo variación esencial de la forma del local, resultando improbadamente el exceso que se atribuye al demandante en el uso del local, ya que ni del contrato ni de la certificación del Ayuntamiento se deduce que los tales grupos se hallasen definitivamente incorporados al inmueble, como pretende el recurrente. Los pactos de actualización de renta sólo serán válidos cuando sirvan a esta finalidad, y no lo serán cuando se limiten a establecer una posible y constante elevación de renta, sin permitir su disminución para el supuesto de que baje el coste de la vida, lo que va en contra de la proporcionalidad equitativa de las recíprocas pretensiones, pudiendo llegar a convertir en antieconómica por el arrendatario la continuación del arrendamiento, haciendo ilusoria la utilización de la prórroga legal, que establece la Ley de Arrendamientos Urbanos.

RESOLUCION DE CONTRATO: CUALESQUIERA QUE SEAN LOS MOVILES DEL CAMBIO DE TITULARIDAD DE UN LOCAL, SE HAN DE OBSERVAR LOS REQUISITOS QUE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS ESTABLECE PARA EL TRASPASO O CESION (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1974).

Frente a la alegación del actor de que existe traspaso o cesión ilegal de un local de negocio, el arrendatario dice que su esposa e hijos le ayudan, sin que haya dejado de ser él quien lleva el negocio. El Juez de Balaguer estimó la demanda, pero la Audiencia de Barcelona revocó esta sentencia absolviendo al demandado.

Prospera el recurso de injusticia notoria, ya que la sentencia recurrida, no obstante estar probado que el arrendatario se dio de baja en la contribución industrial, dándose de alta su esposa simultáneamente—también demandada—, reconociendo igualmente el mismo en una declaración jurada ante la Delegación de Mutualidades Laborales que continuará el negocio su esposa, no dio lugar a la resolución del contrato, basándose en que el único fin de estos hechos era obtener la pensión de la Mutualidad, que era incompatible con todo trabajo remunerado por cuenta ajena o con toda actividad propia. Basta la afirmación de hecho de la sentencia recurrida para estimar el primero de los motivos del recurso, ya que cualesquiera que sean los móviles que indujeron al demandado al cambio de titularidad, se hizo sin consentimiento del actor y sin guardar las formas que establece la Ley de Arrendamientos Urbanos para el traspaso, que es lo que en realidad hizo el demandado, que no conservó la titularidad del negocio, sino que la cedió íntegramente a su esposa.

RESOLUCION DE CONTRATO: LA AFIRMACION DE QUE LA AUTORIZACION PARA SUBARRENDAR NO TIENE LIMITACION DE TIEMPO HA DE SER PROBADA POR EL ARRENDATARIO FRENTE A LA ASEVERACION CONTRARIA DEL ACTOR (SENTENCIA DE 27 DE FEBRERO DE 1974).

Se alega como causa de resolución del contrato la realización de obras que modifican la configuración del local y que debilitan la resistencia de los materiales empleados en la construcción, así como que autorizado el

demandado para subarrendar el local durante un año, se ha prorrogado indebidamente el subarriendo durante más de dos años, convirtiéndose en un traspaso ilegal e inconsentido. El Juez de La Orotava estimó la demanda y decretó la resolución, sentencia confirmada por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

El recurso de injusticia notoria no prospera, ya que los recibos aportados con el escrito de contestación a la demanda, firmados por tres personas, sólo acreditan el pago de la renta y no son prueba suficiente para justificar la novación subjetiva del arrendador si no van unidos a otros medios probatorios, siendo su interpretación privativa del juzgador de instancia. La afirmación de que la autorización para subarrendar no tenía limitación de tiempo, hecha por el arrendatario, ha de ser probada por él, ya que debe ser expresa y escrita, según el artículo 22 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por lo que el Tribunal sentenciador ha aplicado correctamente el artículo 1.214 del Código civil y la doctrina legal que se cita.

RESOLUCION DE CONTRATO: LA SUSTITUCION DE UNAS PUERTAS POR OTRAS Y LA INSTALACION DE UNOS SERVICIOS NUEVOS NO SON CAUSA DE RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 6 DE MARZO DE 1974).

El actor alegó la realización de obras de transformación de local y la falta de consentimiento del arrendador por ser de escasa entidad, negando ambas cosas los demandados. El Juzgado de Baza y la Audiencia de Granada desestimaron la demanda.

El recurso de injusticia notoria es rechazado debido a que las obras no necesitan el consentimiento del arrendador por ser de escasa entidad, al no afectar ni alterar la configuración del local arrendado ni la resistencia de los materiales empleados, por lo que no pueden ser causa de resolución del arrendamiento, ya que se limitaron a la sustitución de dos puertas de madera por una metálica y a la instalación de unas tazas para urinarios, sin cambios en paredes, techo y suelo ni en el emplazamiento de los servicios, como pretendía el recurrente.

DENEGACION DE PRORROGA: NO EXISTE JUSTA CAUSA PARA EL CIERRE DE UN LOCAL CUANDO SE HACE POR CONVENIENCIA E INTERES DEL ARRENDATARIO (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1974).

Subrogada la esposa del arrendatario en la titularidad del contrato por fallecimiento de su esposo, el local permaneció cerrado por más de cinco años sin que en él se lleve a cabo negocio o actividad alguna. La demandada alega que no ha dejado de funcionar el negocio, que es un almacén de botellas usadas y venta al por mayor, por lo que no tiene que abrir todos los días. El Juzgado número 5 de Málaga estimó la demanda, sentencia confirmada por la Audiencia de Granada.

El recurso de injusticia notoria se basó en la existencia de «justa causa» para el cierre del local, como era la enfermedad de una hija de la arrendataria y la inexistencia de cierre continuado del mismo. El Tribunal Supremo no lo acoge, ya que resulta probado que en vida del esposo de la demandada estaba el local abierto al público, cesando dicha situación al ocurrir el óbito de aquél, de modo que el cierre durante cinco años, período en el que sólo una vez al mes o en plazos más largos ha ido la arrendata-

ria al almacén, ha sido continuado, y la enfermedad de la hija surgió a los tres años de hallarse cerrado el local; todo ello ha ocurrido porque la arrendataria se ha dedicado a atender otro negocio, por convenirle más a sus intereses, con el consiguiente perjuicio para el arrendador, quien está interesado en que el local continúe en las mismas condiciones que estaba anteriormente.

TRASPASO ILEGAL: AL SUSTITUIR UNA SOCIEDAD A OTRA COMO ARRENDATARIA DE UN LOCAL SIN AUTORIZACION DEL ARRENDADOR, SE INCURRE EN LA CAUSA 5.ª DEL ARTICULO 114 DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS (SENTENCIA DE 23 DE MARZO DE 1974).

Se autorizó en el contrato que los arrendatarios constituyesen una Sociedad, que se subrogaría en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, pero siempre que se haga en el primer año de vigencia del arrendamiento, dedicándose el local a comercio de accesorios de automóviles y similares. Ocupado el local por una Sociedad Limitada, que sustituye a una Anónima, constituida a poco de convenirse el arrendamiento, se solicita por el propietario la resolución del contrato, ya que la Sociedad se constituyó dos años después de la fecha del mismo, alegando traspaso o cesión ilegal. El Juzgado número 8 de Sevilla declaró resuelto el contrato, lo que confirmó la Audiencia Territorial de la misma capital.

El recurso no prospera porque el motivo fundamental se basa en la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba, y no hay tal error, ya que la escritura de constitución de Sociedad fue debidamente apreciada por el Juez de instancia en su sentencia, estimando la existencia de una nueva Entidad, que sustituyó a la inicialmente creada, que era la autorizada por la referida cláusula del contrato. Al no traer la segunda Sociedad causa de la primera existe variación de la situación arrendaticia, por lo que probado que un tercero distinto de los arrendatarios se ha introducido en el goce de la cosa arrendada, no puede decirse que se haya infringido la causa 5.ª del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por lo que procede la desestimación del recurso.

C. R. R.

V. SUCESIONES

NULIDAD DE TESTAMENTO.—DOMICILIACION DE LOS TESTIGOS.—CONSENTIMIENTO Y VOLUNTAD DEL TESTADOR.—Artículos 681, número 2.º; 687; 694, y 696 del Código civil (SENTENCIA DE 8 DE MARZO DE 1975).

El testamento es acto esencialmente solemne.

Los hechos que han originado la casación de la sentencia de la Audiencia por el Tribunal Supremo, quien confirma en su segunda sentencia la dictada por el Juzgado, son los siguientes:

Don A. D. R. casó en primeras nupcias con doña P. G. V. en el año 1935, de cuyo enlace tuvo dos hijos, los actores, apelados y recurrentes, don J. y doña C. D. G.

Fallecida doña P. G. V. en 1953, su viudo contrajo segundas nupcias con

la demandada, apelante y recurrida, doña M. B. G., en 1954, de cuyo matrimonio tuvo dos hijas, las también demandadas, menores de edad, C. e Y. D. B.

El 8 de enero de 1970, don A. D. R., que había sido internado dos días antes en una clínica de la ciudad de V. por haberse agravado la enfermedad cerebral que venía padeciendo desde 1966, otorga testamento notarial abierto en el que consta haber sido redactado conforme a minuta presentada al fedatario, y en el cual manifiesta el testador que oportunamente liquidó la sociedad conyugal que tenía constituida con su primera esposa, sin que sus hijos J. y C. D. G. tengan nada que reclamar por este concepto; señaló determinadas cantidades que había de colacionar su hijo J. D. G., conminándole con que si tratase de ocultar o discutir las colaciones, se reduciría su participación en la herencia a la parte que le correspondiese en el tercio de legítima estricta; legó a su segunda esposa, doña M. B. G., el pleno dominio del tercio de libre disposición, aparte de la cuota legal usufructuaria, y en el resto de sus bienes instituyó por únicos y universales herederos a sus cuatro hijos, terminando por nombrar defensor judicial de sus hijos menores y albaceas, contadores-partidores.

Fallecido el testador el siguiente día 11 de enero, a consecuencia de hipertermia central y arteriosclerosis cerebral, los hijos de su primer matrimonio demandan la nulidad del testamento basados en que uno de los testigos no estaba domiciliado en la ciudad de V., sino en el pueblo de M., según acreditaba acta notarial instruida al efecto, encontrándose accidentalmente en el sanatorio donde se otorgó el testamento, y el Notario no da fe en el testamento de conocer a dicho testigo; además, el testador carecía de la capacidad precisa para haber dispuesto su voluntad en los términos que resultan de la minuta escrita presentada al Notario.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de V. estimó la demanda y declaró nulo el testamento (el testimonio de la sentencia no dice el fundamento del fallo, aunque de las consideraciones del Tribunal Supremo se deduce que fue el de la falta de domiciliación de dicho testigo, unida a la falta de fe de conocimiento del mismo por el fedatario), mientras que la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de la misma ciudad revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda absolviendo de ella a los demandados.

Los actores y apelados interponen recurso de casación por infracción de ley fundamentado en los siguientes motivos:

Primer motivo.—Por infringir la sentencia recurrida los artículos seiscientos noventa y cinco y seiscientos noventa y seis del Código civil, por interpretación errónea, y violación de los artículos seiscientos setenta y seiscientos ochenta y siete del mismo Código y de la doctrina consignada en sentencias de veinticinco de noviembre de mil novecientos dos y nueve de octubre de mil novecientos cincuenta y seis, por falta de aplicación, al desestimar la Sala sentenciadora la demanda de estos autos. Se ampara en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El artículo seiscientos noventa y cinco del Código civil establece con carácter general para los testamentos abiertos que: el testador expresará su última voluntad al Notario y a los testigos, y que redactado el testamento con arreglo a ella, se leerá en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con dicha voluntad, en cuyo caso será firmado en el acto por dicho testador y los testigos que puedan hacerlo. Como excepción de ese principio general de expresión verbal de su última voluntad del testador al Notario, el artículo seiscientos noventa y seis del mismo Código establece que cuando el testador que se proponga hacer testamento abierto presente por escrito su disposición testamentaria, el Notario redactará el testamento con arreglo a ella y lo leerá en voz alta en presencia de los testigos para que manifieste el testador si su con-

tenido es la expresión de su última voluntad. El paralelismo entre ambos artículos es evidente: en ambos casos ha de ser el propio testador quien haga llegar al Notario, bien verbalmente o por medio de nota escrita, lo que quiere que constituya la expresión de su última voluntad. Esta obligación de que sea el propio testador quien exprese verbalmente al Notario su última voluntad o le entregue directamente la nota o minuta que la contenga tiene una clara razón de ser y constituye una elemental cautela, señalada por la jurisprudencia—sentencia de veinticinco de noviembre de mil novecientos dos—: se trata de evitar que poniendo delante del testador, como expresión de su voluntad, disposiciones no pensadas ni acordadas por él, ratifique por sorpresa lo que no había tenido ocasión ni acaso intento de manifestar. Aquel paralelismo entre los citados artículos seiscientos noventa y cinco y seiscientos noventa y seis ha sido sancionado en forma indubitable por la jurisprudencia—sentencia de nueve de octubre de mil novecientos cincuenta y seis—. Aplicando la anterior doctrina al caso del presente recurso resultan las infracciones denunciadas en este motivo. En el proceso quedó probado que la minuta por la que se redactó el testamento otorgado por don A. D. no fue confeccionada por él, sino por el Abogado G., ni fue ni pudo ser entregada por el testador al Notario, según declara la sentencia recurrida. Es, pues, evidente la infracción señalada en este motivo de la sentencia que se recurre, que debió declarar nulo por esta causa el testamento de don A. D., de conformidad con lo prevenido en el artículo seiscientos ochenta y siete del Código civil, quedando al no hacerlo así infringido también este precepto; procederá casar dicha sentencia, dictando en su lugar otra más ajustada a Derecho.

Segundo motivo.—Por infringir la sentencia recurrida los artículos seiscientos noventa y cuatro y seiscientos ochenta y uno, número dos, del Código civil, por violación, y la doctrina de la sentencia de diez de junio de mil novecientos sesenta y seis, y por interpretación errónea de la doctrina de las sentencias de veintiuno de noviembre de mil ochocientos noventa y nueve y treinta de abril de mil novecientos nueve. Se ampara también en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es sabido que dada la trascendencia de los actos de última voluntad y de las circunstancias que en ellos pueden concurrir, el Código civil sujeta el otorgamiento de testamento a una serie de requisitos formales de rigurosa observancia, cuya infracción acarrea la nulidad de la disposición testamentaria. Así resulta de su artículo seiscientos ochenta y siete, a cuyo tenor será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades, respectivamente, establecidas en este capítulo. La jurisprudencia ha sancionado este principio en multitud de sentencias, entre ellas: las de diecinueve de junio de mil novecientos cincuenta y ocho, veinticuatro de octubre de mil novecientos sesenta y tres, diez de junio de mil novecientos sesenta y seis y veintiocho de octubre de mil novecientos sesenta y cinco. El artículo seiscientos noventa y cuatro del Código civil exige para el testamento abierto que sea otorgado ante Notario y tres testigos idóneos, y el artículo seiscientos ochenta y uno, número dos, del mismo Cuerpo legal, dispone que no podrán ser testigos en los testamentos los no domiciliados en el lugar del otorgamiento, a no ser que aseguren conocer al testador y el Notario conozca a éste y a aquéllos o en los casos exceptuados por la ley. No estándose en el supuesto de este recurso ante ninguno de esos casos de excepción legal, es obvio que sólo pudieron válidamente ser testigos en el testamento de don A. los que estuviesen domiciliados dentro del término municipal de V., lugar donde se otorgó, salvo el caso de aquellas personas que asegurasen conocer al testador y a las que a su vez conociese el Notario, quien también habría de conocer al testador. Pues bien, uno de los testigos del testamento, don L. B., no era vecino de V., sino de M., ni se daba en el mismo la otra

circunstancia alternativa de conocer al testador y el Notario conocerle a él, extremo este último sobre el que el Notario no da fe en el testamento. De la prueba realizada en el proceso ha quedado demostrado que don L. B. fue siempre vecino y residente habitual de M. y no conocía al testador, al Notario ni a ninguna otra persona de las que intervinieron en el testamento, ni era tampoco él conocido por el Notario ni por ninguno de los intervinientes. Con lo cual, por estar comprendido dicho testigo en la causa de inidoneidad que determina el artículo seiscientos ochenta y uno, apartado segundo, del Código civil, el testamento de don A. D. se otorgó únicamente ante dos testigos válidos, infringiendo la sentencia recurrida, al decretar la validez de aquel testamento, el artículo seiscientos noventa y cuatro del mismo Código, y dejando de aplicar el artículo seiscientos ochenta y siete, que quedó con ello también infringido. La sentencia recurrida, partiendo de la realidad expuesta de que don L. B. ni era vecino de V., ni conocía al testador, ni el Notario le conocía a él, argumenta para llegar al fallo en base a expresarse en el testamento que comparecen al otorgamiento los testigos instrumentales, mayores de edad, de esta vecindad, sin excepción legal para serlo según aseguran, don L. B., don... y don..., que le ven, entienden y aseguran conocer, dando después fe el Notario de la idoneidad de los testigos. La Sala considera la discordancia existente entre la realidad y la apariencia creada por las manifestaciones, en orden a su vecindad, que se dicen hechas por el testigo en el testamento, y se apoya para resolver esta disyuntiva en las sentencias de veintiuno de noviembre de mil ochocientos noventa y nueve y treinta de abril de mil novecientos nueve, interpretándolas erróneamente al hacerlo. En efecto, la sentencia de veintiuno de noviembre de mil ochocientos noventa y nueve establece que no es razón bastante para declarar la nulidad de un testamento la sola consideración de que a uno de los testigos del mismo le faltaran siete meses para ser mayor de edad, porque estando tenido este testigo como mayor, según aprecia el Tribunal sentenciador y resulta comprobado por hechos anteriores y posteriores al otorgamiento del testamento, semejante posesión de estado debe producir para los que de buena fe requirieron la intervención del menor en concepto de mayor. En la otra sentencia citada de treinta de abril de mil novecientos nueve, se declara que cuando se trata de las condiciones del testigo de un testamento, si la persona que como tal figura ha intervenido atribuyéndose el carácter de domiciliado en el lugar del otorgamiento y existe fundamento racional para que tanto el Notario autorizante como el testador y demás testigos puedan y deban reconocer la certeza de dicho carácter, no es lícito resolver a posterioridad...; en otro considerando sigue diciendo: «En el caso del presente recurso, como el testigo F.... no sólo no aparece inscrito como vecino en término municipal distinto del en que fue otorgado el testamento, sino que, según estimación del mismo Tribunal sentenciador, era tenido como vecino de V.—lugar del otorgamiento—, cuya población frecuentaba asiduamente por estar interesado en un establecimiento industrial de dicha ciudad, y que la casa donde vivía se hallaba situada en un barrio que es prolongación de aquel donde moraba el testador, es manifiesto, por lo antes expuesto, que pudo el Notario y el mismo testigo F. reputar a éste vecino de V., aunque habitase una casa enclavada en término municipal diferente, ya por razón de la proximidad, ya por la habitualidad con que iba a V., ya por aparecer interesado en un establecimiento industrial de esta población...» Las circunstancias concurrentes en los supuestos analizados en las dos citadas sentencias son totalmente diferentes a lo sucedido en el otorgamiento del testamento de don A. D., y el espíritu de dichos fallos es interpretado erróneamente en la sentencia recurrida. En los casos analizados por estas sentencias, los intervinientes en el testamento tenían sobrados motivos racionales para considerar idóneos a los testigos cuya idoneidad después se discutió. En cambio, en el testamento de don A., al

testigo don L. B. no le conocía ninguno de los intervinientes; fue requerido para tomar parte como testigo por encontrarse accidentalmente en una habitación del sanatorio donde se otorgó el testamento; no se le preguntó más que su nombre, sin exigirle identificación de ningún tipo, pues de haberlo hecho hubiese quedado aclarada su vecindad de M., y se limitó a firmar un testamento redactado y mecanografiado fuera del sanatorio con anterioridad al acto de su lectura. Siendo esto así, son los intervinientes interesados en el testamento o el Notario autorizante los que dieron lugar a esa situación no acorde con la realidad, de que habla la sentencia recurrida; situación que no es similar a las contempladas en las sentencias comentadas, que se citan en la recurrida en apoyo del fallo al que llega; en consecuencia, la sentencia recurrida deberá ser casada dictando en su lugar otra más ajustada a Derecho.

Tercer motivo.—Por infringir la sentencia recurrida el artículo seiscientos sesenta y tres, número dos, del Código civil, por violación. Se ampara igualmente en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El artículo seiscientos sesenta y tres del Código civil determina que está incapacitado para testar el que habitual o accidentalmente no se hallare en su sano juicio. El testamento cuya impugnación ha dado origen a la sentencia recurrida fue otorgado por don A. D. sin que tuviese la capacidad suficiente para lo mismo. La enfermedad cerebral que padecía, y que le causó la muerte tres días después, ya en otras ocasiones anteriores había afectado a sus facultades intelectuales, permaneciendo en estado inconsciente o de semiinconsciencia durante varios días. Los datos erróneos en la redacción del testamento, como designar en él a su primera esposa por un nombre que nunca usó, señalar su domicilio en lugar distinto del que tenía y demás equivocaciones y anomalías contenidas en el instrumento público, acreditadas en el proceso, que en estado de lucidez habría corregido el testador, patentizan la falta de capacidad para otorgarlo, infringiendo la sentencia recurrida el artículo seiscientos sesenta y tres, número segundo, del Código civil al decretar la validez del testamento.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín, en su único considerando declara haber lugar al recurso de casación y estimando el segundo motivo del recurso, en su segunda sentencia confirma la dictada por el Juzgado número 3 de V. en su totalidad. Dicho considerando dice así:

Considerando que dado el carácter esencialmente solemne que el testamento abierto presenta en nuestro Ordenamiento jurídico, se hace preciso, para que el mismo sea válido y eficaz, que se hayan observado en su otorgamiento cuantas formalidades se establecen al efecto en el capítulo I, título III, del libro III del Código civil, según se hace constar expresamente en el artículo seiscientos ochenta y siete de dicho Cuerpo legal, al extremo de que el incumplimiento de cualquiera de ellas provocaría su nulidad, aun cuando no pudiera dudarse racionalmente de que el mismo reflejaba con fidelidad la voluntad del testador (sentencias de diecinueve de junio de mil novecientos cincuenta y ocho, diez de junio de mil novecientos sesenta y seis y seis de febrero de mil novecientos sesenta y nueve); como entre esas formalidades se encuentra la necesidad de que se celebre en presencia de tres testigos idóneos (artículo seiscientos noventa y cuatro, párrafo primero) y éstos deben estar domiciliados en el lugar del otorgamiento, a no ser que aseguren conocer al testador y el Notario conozca a éste y aquéllos (artículo seiscientos ochenta y uno, número dos), y como, según los hechos que se declaran probados en la resolución que se impugna, semejante requisito no concurre en el supuesto que aquí se contempla, en cuanto a uno de los testigos que asistieron a la formalización del acto de última voluntad objeto del litigio, no puede ponerse en duda que el

testamento debe declararse nulo y que ha de prosperar el segundo motivo del recurso, en que dicha infracción se denuncia, al amparo del número uno del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que sea preciso entrar en el análisis de los restantes motivos.

COMENTARIO.—Es siempre lamentable la anulación de un acto o negocio jurídico por motivos formales. Evidentemente, la forma cumple una función específica, propia de cada acto o contrato en particular, además de la genérica, común a todos ellos, consistente en garantizar el fondo. Lo externo, el ropaje, la vestidura, nos asegura que debajo o tras de ello existe algo real y verdadero, no el vacío; en el caso del testamento, que existe una voluntad real y verdadera del testador. Y yo me pregunto: ¿en qué medida, hasta qué punto, el que un testigo sea vecino o esté domiciliado en el lugar del otorgamiento tiene influencia o acredita esa real voluntad? Que el Notario diga en el testamento que conoce al testigo no domiciliado, ¿aumenta o contribuye a garantizar la voluntad del testador? Si hemos de ser sinceros, habremos de concluir que ese tipo de formalidades, que más bien son formalismos, resultan contraproducentes en la actualidad. Frente a la afirmación de un testigo de que es vecino o tiene su domicilio en la localidad, o que no es pariente del heredero o legatario en los testamentos abiertos, ¿qué solución le queda al Notario sino la de admitir por buena esa aseveración? En localidades pequeñas queda a veces la sospecha, por la coincidencia de apellidos, de si efectivamente el parentesco acaso existirá, pese a las aclaraciones solicitadas por el fedatario. No parece lógico, prudente ni aconsejable que una falta de domiciliación del testigo no cubierta por la declaración del Notario de conocer (ya que siempre el Notario da fe de conocer al testador o de haberle identificado por testigos de conocimiento), así como de conocer al testador (pues si el Notario identificase a éste por cualquier otro medio es indispensable que los testigos estén domiciliados en el lugar del otorgamiento), impida entrar en la cuestión capital del testamento, que es la de si efectivamente recoge la deliberada y última voluntad del testador. Aún más: ¿Es que acaso no se ha reconocido jurisprudencialmente la posibilidad de tener varios domicilios? ¿No se encuentra también amparado en la ley ese domicilio múltiple? En estos y otros muchos casos aparece patente que lo aconsejable es, desde luego, y sin tardanza, la supresión de los testigos en los testamentos otorgados ante Notario, salvo únicamente en aquellos casos especiales en que se exigen para cualquier otro instrumento.

F. C. L.