

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

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

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

NULIDAD ABSOLUTA DE INSCRIPCIONES. LAS MENCIONES NO SURTEN LOS EFECTOS DE LOS ASIENTOS REGISTRALES Y NO PERMITEN QUE PUEDA PRESCINDIRSE DE LA APORTACION DEL TITULO CONSTITUTIVO DEL DERECHO QUE SE DESEA INSCRIBIR. LAS RELACIONES PRIVADAS DE BIENES NO SON DOCUMENTO FEHACIENTE A EFECTOS DE INMATRICULACION. LA USUCAPION SECUNDUM TABULAS NO ES EXCLUSIVAMENTE TABULAR, SINO QUE REQUIERE LA POSESION EFECTIVA Y LA BUENA FE (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1974).

Hechos.—Don José María Faura Ubach formula demanda contra don Salvador Villalonga y de Carcer, marqués de Castellbel, y otros, solicitando la nulidad de las inscripciones del dominio directo de un censo sobre dos fincas, por haberse practicado la primera inscripción en base a unas menciones de dicho censo. Suplica se dicte sentencia declarando, en relación con la finca registral 2.025, la nulidad de las siguientes inscripciones: la 6.ª, de fecha 21 de julio de 1910, que fue la primera del dominio directo basada en una mención, y las posteriores, 9.ª, de fecha 4 de diciembre de 1924, y 11.ª, de 4 de noviembre de 1941; y en relación con la finca registral 212, la nulidad de la inscripción 6.ª, de fecha 5 de septiembre de 1910, y de la 11.ª, de 11 de septiembre de 1961, debiéndose expedir el correspondiente mandamiento al Registrador de la Propiedad de Tarrasa para la cancelación de dichas inscripciones.

Los demandados contestan oponiéndose, pues se atienen al contenido del Registro de la Propiedad, ya que sus títulos fueron destruidos durante la pasada guerra civil, y «aun cuando fuese cierta la argumentación del actor, a efectos dialécticos, de existir defecto en la inscripción de 1910, se habrían subsanado por el transcurso de más de sesenta años».

El Juez de Primera Instancia número 2 de Tarrasa dictó sentencia estimando la demanda y declarando la nulidad absoluta de las inscrip-

ciones de dominio directo. Dicha sentencia fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

El recurso de casación.—Los demandados interponen recurso de casación por infracción de ley, cuyos motivos son, en síntesis, los siguientes:

Motivo 1.º Error de hecho en la apreciación de la prueba documental, resultante de las certificaciones registrales aportadas—única prueba existente en el pleito—. De dichas certificaciones no se desprende que la referencia al dominio directo en la inscripción primera fuera mención, sino verdadera inscripción.

Motivo 2.º Infracción por violación del artículo 1.214 del Código civil y del artículo 20 de la Ley Hipotecaria (párrafos 1.º y 6.º de la Ley de 1909, que corresponden a los párrafos 1.º y 3.º en la vigente). Y ello por haberse dado como probada la afirmación del actor de que el censo no constaba inscrito previamente, sino sólo mencionado.

Motivo 3.º Error de hecho en la apreciación de la prueba documental—única aportada por el actor—, resultante de los documentos auténticos en que tal prueba consiste. La sentencia recurrida afirma como base fundamental de su ulterior razonamiento en favor de la pretendida nulidad formal de las inscripciones sextas de las fincas 2.025 y 212, que las mismas fueron practicadas en virtud de una simple relación de bienes suscrita y presentada en el Registro por un supuesto mandatario. Y en realidad no resulta así de las certificaciones registrales, que dicen textualmente que «todo lo relacionado consta de los asientos de que se ha hecho mención, de los testamentos que se han calendado y de una relación de derechos reales formalizada por don Antonio Puig y Soler, en la calidad de apoderado de dicho señor marqués».

Motivo 4.º Infracción por violación del artículo 14 de la Ley Hipotecaria vigente en su párrafo 1.º, pues el título de la sucesión hereditaria, a efectos del Registro, es el testamento, no la simple relación de bienes, como señala la Audiencia, siendo aquel título de carácter traslativo, habiéndose producido la transferencia con anterioridad a 1.º de enero de 1909, dada la fecha de fallecimiento del causante.

Motivo 5.º Infracción por interpretación errónea de los artículos 20 (párrafo 3.º) y 21 de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909. La inscripción practicada por el Registrador de Tarrasa en el año 1910 fue correcta, teniendo en cuenta un criterio flexible intermedio seguido por la práctica registral, plenamente legitimada por la legislación vigente en materia de inmatriculación.

Motivo 6.º Infracción por aplicación indebida del artículo 4 del Código civil y por interpretación errónea de los artículos 35 y 38 de la vigente Ley Hipotecaria.

Motivo 7.º Infracción por violación de los artículos 30 y 32 de la Ley Hipotecaria de 1909 y 30 de la vigente, así como del 76 de ambas. La nulidad prevista por el artículo 30 no es la absoluta. En cuanto al artículo 76, no se ha tenido en cuenta que las inscripciones se extinguen por la inscripción de transferencia, por lo que no es posible atacar de nulidad las inscripciones ya dejadas sin efecto por otras posteriores de transferencia del mismo derecho inscrito, pues puede ocurrir que el vicio o defecto productor de la nulidad haya desaparecido en virtud de las sucesivas inscripciones verificadas con titulación perfecta.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Federico Solano y Espín, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que los motivos 1.º y 3.º del presente recurso, en los que, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa al juzgador de instancia de haber incidido en error de hecho en la apreciación de la prueba, no pueden alcanzar la finalidad

pretendida por quienes los formulan, tanto porque, para poner de relieve dicha equivocación, son totalmente irrelevantes las certificaciones registrales en que ambos motivos se apoyan, por tratarse de las mismas en torno a las cuales giró el debate, y en que el Órgano judicial fundamentó su decisión (sentencias de 15 de junio de 1970 y 14 de febrero de 1973), como porque lo que realmente pretenden los recurrentes consiste en llegar a la conclusión, a través de una labor exegética de dichos documentos, y al margen de las reglas contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código civil, de que los asientos primeros de las fincas 2.025 y 212 del Registro de la Propiedad de Tarrasa constituyen verdaderas inscripciones y no simples menciones del censo enfiteútico objeto de la controversia, y en que el título que sirvió de base a estas transcripciones y a las sextas de las indicadas fincas no se integró únicamente por una relación de bienes suscrita por un apoderado de los pretendidos *insolventes* (*sic*) (léase herederos), sino también con unos testamentos otorgados en su favor, que, en su sentir, debieron acompañarse de las correspondientes actas de defunción de sus causantes y del Registro de actos de última voluntad, empleándose para llegar a esa deducción una vía formal inadecuada y olvidando que el Registro civil no se creó hasta el 17 de junio de 1870, y el segundo de los antes referidos hasta el Real Decreto de 14 de noviembre de 1885, fechas posteriores al fallecimiento de los testadores de quienes se pretenden derivar los derechos litigiosos, por cuyas razones, y teniéndose además presente que el número siete del artículo 1.692 es de todo punto inadecuado para denunciar las infracciones que se crean cometidas respecto a distintos preceptos de carácter sustantivo, es indudable que ambos motivos deben ser rechazados, y con ello el segundo, que por acogerse al número uno del citado artículo 1.692 no puede apoyarse, como se apoya, en supuestos fácticos contrarios a los admitidos en la resolución que se impugna, sin incurrir en el número nueve del artículo 1.729 de la Ley de Trámites, y en la consiguiente causa de desestimación en esta fase del procedimiento, aparte de que por no haberse invertido la carga de la prueba en dicha sentencia, no se pudo vulnerar el artículo 1.214 del Código civil, según declararon, entre otras muchas, las sentencias de esta Sala de 21 de diciembre de 1965 y 7 de enero de 1966.»

«Considerando que al declararse probado en la sentencia recurrida que las certificaciones registrales obrantes en las actuaciones acreditan plenamente que los asientos sextos de las fincas 2.025 y 212 del Registro de la Propiedad de Tarrasa, practicadas en 21 de julio y 5 de septiembre de 1910, respectivamente, se llevaron a efecto en virtud de una relación de bienes suscrita por un supuesto mandatario de los interesados, acompañada de los adecuados títulos sucesorios, y que respecto de la finca 2.025 existía una mención del derecho de censo discutido en su inscripción primera, y en cuanto a la 212, una alusión a estar inscrita en la antigua Contaduría de Hipotecas, según constaba también en el primero de sus asientos, y al no haberse destruido semejantes afirmaciones en el presente recurso es evidente que decaen los motivos cuarto y quinto, acogidos al número uno del artículo 1.692 de la Ley Rituaria, en los que se acusa al Tribunal *a quo* de haber infringido por violación el párrafo 1.º del artículo 14 de la vigente Ley Hipotecaria y por interpretación errónea los 20, párrafo 3.º, y 21 de la de 16 de diciembre de 1909, porque ni las simples menciones pueden surtir los efectos de los asientos registrales (resoluciones de la Dirección General de los Registros de 27 de julio de 1899 y 30 de agosto de 1911), dando lugar a que pueda prescindirse de la aportación del título constitutivo del derecho que se desea inscribir (resolución de 17 de enero de 1876), ni las inscripciones de dominio y derechos reales realizadas en aquellas Contadurías gozan de eficacia alguna si los interesados en cuyo favor estén constituidas o sus causahabientes no

solicitan su traslación a la actual oficina inmobiliaria en el plazo señalado en los artículos 401 y 402 de la Ley de 1909, cosa que no se ha verificado en el supuesto que aquí se contempla, según los hechos que se declaran probados en el primer razonamiento jurídico del acuerdo judicial impugnado; ni el párrafo tercero del artículo 20 de la ley permite el acceso al Registro de los derechos reales no inscritos anteriormente, sin que se justifique con *documento fehaciente* su adquisición con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, condición de la que carecen los inventarios o relaciones de bienes extendidos en documentos privados y suscritos por los herederos o sus mandatarios (resoluciones de 27 de abril de 1871, 30 de noviembre de 1897 y 30 de julio de 1908) o incluso los testamentos otorgados a favor de los inscribientes, cuando en ellos no se relaciona el derecho que se trate de inmatricular, puesto que, en este último caso, para surtir el efecto apetecido, habrán de ser acompañados también de aquellos documentos fehacientes, según se desprende con toda claridad de los artículos 14, párrafos 2.º y 3.º, y 16 de la vigente Ley Hipotecaria.»

«Considerando que la falta de aportación de los documentos fehacientes, a que antes se ha hecho referencia, determina que se hayan incumplido los requisitos que de modo genérico se exigen para llevar a efecto toda clase de inscripciones en los artículos 14 (párrafos 2.º y 3.º), 16, 20 y 21, y concretamente, para las relacionadas con los dominios directo y útil, en el 39, todos ellos de la Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909, y a que, en el presente caso, los asientos registrales en litigio se hayan practicado con ausencia total del título de constitución del censo, regulador de esta clase de derechos reales, tanto en la antigua Legislación Foral Catalana, según se hizo constar en las sentencias de esta Sala de 19 de febrero de 1876, 30 de enero de 1888 y 30 de enero de 1906, como en la Compilación de 21 de julio de 1960, conforme a su artículo 196, con lo que contravienen lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 2 y en el número 4.º del artículo 9, y encajan en las prevenciones del artículo 30 e incluso en las del 258 de la referida ley, siendo nulos de pleno derecho, de acuerdo con lo establecido en los artículos 4 y 1.255 del Código civil, por no haber producido efectos de ninguna clase en la realidad jurídica, y debe únicamente destruirse la apariencia provocada por un título inexistente, lo que imposibilita su subsanación con arreglo al artículo 1.311 del Código mencionado, cuyo ámbito de aplicación se reduce a los supuestos de anulabilidad comprendidos en el 1.300.»

«Considerando que, según doctrina proclamada por la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 11 de noviembre de 1969 y 22 de junio de 1972, en nuestro sistema hipotecario vigente no se admite de forma pura la usucapción *secundum tabulas*, fundada exclusivamente en la inmatriculación registral, por requerirse además para lograr tal efecto el concurso de la posesión efectiva del derecho real que se trata de adquirir por parte del usucapiente y la buena fe de éste en la posesión, sin que para conseguir estos requisitos sea suficiente con las presunciones derivadas del principio de legitimación registral, que consagran los artículos 1 (párrafo 3.º), 35, 38 (párrafo 1.º) y 97 de la Ley de 6 de febrero de 1946, puesto que las mismas no gozan de un valor absoluto, sino *juris tantum*, susceptible de ser desvirtuado por prueba en contrario (sentencias de 12 de mayo de 1961 y 10 de febrero de 1970), y puesto que el requisito de la buena fe, que en sus aspectos positivo y negativo definen los artículos 1.950 y 433 del Código civil, no opera respecto de quienes carecen de la condición de terceros, a efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, por ser sucesores hereditarios de los primeros inscribientes, ni es compatible con la falta de título, que debió servir de fundamento a la inscripción (sentencia de 26 de noviembre de 1970), y como en la hipótesis que aquí se discute, según los hechos que se declaran probados por el Tribunal *a quo*, no se ha justificado la existencia de acto posesorio alguno por parte de

los demandados con relación al censo enfiteútico debatido, y las inscripciones sextas de las fincas 2.025 y 212 del Registro de la Propiedad de Tarrasa son nulas de pleno derecho por haberse llevado a efecto sin la aportación del título censual inmatriculado, es incuestionable que entra en juego lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley vigente y sentencia de esta Sala de 4 de octubre de 1969, sin que tal derecho lo hayan adquirido por usucapión los demandados con arreglo al *Usatge omnes Causae* de la ley segunda, título II, libro VII, volumen I, de las Constituciones de Cataluña, ni por aplicación del artículo 342 de la vigente Compilación, y al haberlo entendido así el juzgador de instancia, no ha incurrido en ninguna de las infracciones que, con base en el número uno del artículo 1.692 de la Ley de Trámites, se denuncian en los motivos sexto y séptimo del recurso, que en su totalidad debe ser desestimado, sobre todo cuando el último constituye una cuestión nueva encajable en el número cinco del artículo 1.729 de la Ley Procesal y productora de dicho efecto en esta fase de procedimiento.»

COMENTARIO.—Esta sentencia se ocupa de cuatro importantes temas de Derecho hipotecario:

- a) Las menciones y alusiones a la Contaduría de Hipotecas.
- b) La inmatriculación en base a inventarios o relaciones de bienes.
- c) La nulidad de inscripciones.
- d) El sentido de la *usucapion secundum tabulas*.

Comentaremos por separado cada una de estas materias.

A) MENCIONES Y ALUSIONES A LAS CONTADURÍAS

La sentencia se refiere a la mención propiamente dicha y a la alusión de un derecho inscrito en la antigua Contaduría de Hipotecas, aplicando a ambos conceptos idéntica carencia de efectos, pero por distintas razones.

Alusiones a la Contaduría de Hipotecas

Respecto a la alusión a estar inscrito el dominio directo de un censo en la Contaduría, señala que «las inscripciones de dominio y derechos reales realizadas en aquellas Contadurías no gozan de eficacia alguna si los interesados en cuyo favor están constituidas o sus causahabientes no solicitan su traslado a la actual oficina inmobiliaria en el plazo señalado en los artículos 401 y 402 de la Ley de 1909». Nos parece evidente la ineficacia de tales asientos y la procedencia de cancelar esas alusiones por caducidad. Por ello resulta lógico que dichas alusiones no puedan servir de apoyo a ulteriores inscripciones, pues no pueden suplir el requisito de la previa inscripción exigido por el artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

Mención propiamente dicha

En cuanto a la mención propiamente dicha, se trataba de una indicación del dominio directo en la primera inscripción del dominio útil. Los recurrentes opinan que en tal supuesto no cabe hablar de mención, ya que ésta se refiere siempre a una carga o gravamen, y siguiendo la concepción del censo enfiteútico como dominio dividido, no hay aquí ningún gravamen, sino dos dominios—el directo y el útil—, cualquiera de los cuales puede abrir folio registral, pudiendo figurar ambos inscritos en el mismo asiento o en asientos distintos.

La sentencia no se preocupa de profundizar en este tema, sino que

da por supuesto el concepto de mención de censo, partiendo de la apreciación realizada por los juzgadores de instancia en base a las certificaciones registrales aportadas (1). Lo que destaca la sentencia es la ineficacia de la mención, y ello constituye su verdadera doctrina en este punto, consistente en que «las simples menciones no pueden surtir los efectos de los asientos registrales sin que pueda prescindirse de la aportación del título constitutivo del derecho que se desea inscribir».

Ahora bien, es cierto que se ha discutido si cabe considerar mención la indicación del dominio directo en una inscripción del dominio útil. Hay dos concepciones en este punto:

a) Un sector de la doctrina y de la jurisprudencia (resolución de 7 de julio de 1954 y sentencia de 6 de noviembre de 1967) entiende que la mención sólo puede hacer referencia a cargas o gravámenes, no al dominio. En este sentido se pronuncia ROCA SASTRE, cuya definición de mención ha influido, al parecer, en los recurrentes (2). ROCA entiende que no es mención ni la alusión a las cuotas indivisas no inscritas ni el supuesto del censo enfiteútico, diciendo respecto a este último: «Lo mismo cabe afirmar de todo conato que pretenda entender que se da verdadera mención dominical en el *dominio dividido enfiteútico* cuando uno de ellos abra la finca registral correspondiente separada en el Registro, separación ésta que el artículo 377 del Reglamento Hipotecario impide, pero que antes de dictarse esta norma reglamentaria, y de hecho aun después, se ha dado con frecuencia» (3). Y más adelante: «Nos resistimos a calificar de mención toda referencia al otro dominio que no haya acudido al Registro, pues se trata de una situación especialísima producida en el marco forzado, aunque destinado a desaparecer, de la división dominical enfiteútica» (4).

b) En cambio, otro sector, representado por B. CAMY, admite un concepto más amplio de mención, diciendo que es «toda referencia a algo que no forma parte integrante del asiento», y repudiando la tesis jurisprudencial, que limita su contenido a sólo aquellas referencias que se realizan a cargas o gravámenes no constituidos registralmente, bien con anterioridad o bien en el título que origina el asiento (5).

Nuestra distinción entre mención de dominio y de cargas

c) En mi opinión, se debe admitir, como punto de partida, el concepto amplio de mención que propone CAMY, pues tal mención es la referencia a gravámenes como a derecho dominical no inscrito. Téngase, además, en cuenta que el artículo 29 de la Ley Hipotecaria de 1909 hablaba

(1) La sentencia da dos razones para desestimar el motivo que alegaba error de hecho en la apreciación de la prueba: 1.ª Que la certificación registral alegada fue el documento en torno al cual giró el debate. 2.ª Que la vía del recurso a través del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es inadecuada para denunciar la infracción de preceptos sustantivos. La primera razón es discutible, pues al no existir otra prueba la certificación registral es documento auténtico en casación, y podría haberse planteado si el criterio del Tribunal *a quo* era o no equivocado. En el mismo «Considerando» el Tribunal Supremo advierte que lo que pretenden los recurrentes es llegar a la conclusión de que no hay tal mención, sino inscripción, a través de una labor exegética de la certificación registral «al margen de las reglas contenidas en los artículos 1.281 a 1.289 del Código civil». Con ello se pone sobre el tapete el problema de si son aplicables estos artículos en tema de interpretación de inscripciones. De momento no entramos en este problema. Ya dijimos algo de la aplicación del artículo 1.284, para salvar la nulidad de una inscripción oscura, en el comentario publicado en el número 497 de esta Revista, pág. 979, nota 5.

(2) Dice ROCA que mención es «la indicación o alusión hecha, en forma simple, pero expresa, en un asiento de inscripción, y en su caso de anotación preventiva, de un acto inscribible relativo a una finca, de la existencia sobre ésta de alguna carga, gravamen o derecho real inmobiliarios que se hallan meramente relacionados mas no constituidos en el título mismo objeto de dicha inscripción o anotación, y sin constar inscritos en el Registro» (*Derecho Hipotecario*, tomo III, pág. 108, 6.ª edición). Esta misma noción sirve de base al primer motivo del recurso.

(3) ROCA SASTRE, *ob. cit.* en nota anterior, pág. 115.

(4) *Ob. cit.* en nota 2, pág. 116.

(5) CAMY, pág. 817, vol. V de sus *Comentarios*, 1.ª edición de 1971.

claramente de «dominio mencionado», y hoy se emplea una fórmula amplia en la que caben los dos supuestos (6). En consecuencia, actualmente no tienen acceso al Registro ninguna de esas menciones, siendo ambas cancelables fácilmente.

Pero una vez señalado tal concepto amplio conviene distinguir en seguida esas dos clases diferentes de menciones: la mención de dominio y la mención de cargas. La distinción puede ser interesante a varios efectos (7), pero nos centraremos en el caso que nos ocupa, encuadrado en la legislación de 1909. Las menciones de cargas sólo posibilitaban la ulterior inscripción de la carga mencionada aportando el título constitutivo de la misma o el de reconocimiento por el titular registral, sin que tal inscripción tuviera carácter inmatriculador. En cambio, tratándose de las menciones que hemos llamado de «dominio» (participaciones indivisas, dominio dividido), como la primera inscripción de uno de los dominios (con mención de los otros) no agotaba la plena titularidad sobre la finca, quedaba vía libre para las posteriores inscripciones del dominio mencionado en base no sólo al título constitutivo originador de la comunidad o de la división de dominios, sino también en atención a un título meramente traslativo o de cesión de ese dominio o participación indivisa, aunque se tratase de un título que no tuviese conexión alguna con la anterior inscripción. Nos fundamos en la eficacia inmatriculadora de cualquiera de los dos dominios o participaciones indivisas de la finca, lo que demuestra que es aplicable a ellos el artículo 205 de la Ley Hipotecaria (antes 20) v, por consiguiente, la inmatriculación a través de un título traslativo adecuado (8).

La presente sentencia no parece tener en cuenta esta distinta eficacia de uno y otro tipo de mención, pues en un supuesto de mención de dominio directo, como el que nos ocupa, no parece que haya que exigir, para su ulterior inscripción, precisamente el título constitutivo, a pesar de lo cual la sentencia abunda en el «título constitutivo del derecho que se pretenda inscribir» y expresa que los asientos se han practicado «con ausencia total del título de constitución del censo», señalando una serie de preceptos infringidos por tal causa. En nuestra opinión, no es indispensable el título constitutivo del censo, pues cabía también la inmatriculación a través de un título traslativo *inter vivos* o *mortis causa*. Ciertamente que la sentencia, según veremos en el apartado siguiente, también niega que exista aquí «título traslativo inmatriculable», pero creemos que debería haber insistido más en esto, considerándolo como el «quid» de la cuestión, olvidando lo relativo al título de constitución del censo. Quizá

(6) Los «derechos susceptibles de inscripción separada y especial» a que se refiere el artículo 29 de la L. H. vigente pueden ser no sólo los derechos reales limitados, sino también las participaciones indivisas y el dominio dividido en la enfiteusis.

(7) Podría plantearse el problema, a propósito del artículo 355 del vigente Reglamento, de si pueden cancelarse las menciones de cargas al expedir una certificación relativa exclusivamente al dominio; y viceversa, si pueden cancelarse las menciones de dominio al expedir una certificación que es exclusivamente de cargas. Sólo apuntamos la cuestión.

De *iure cuncto* interesa destacar también la distinción. En cierta ocasión, aunque de pasada (comentario en el núm. 499 de la R. C. D. I., pág. 1549, nota 25), decíamos que si se hubiera permitido el acceso al Registro de las menciones se posibilitaría inscribir el título anterior constitutivo de un derecho real presentado a inscripción después de estar inscrito como libre de cargas un título posterior traslativo de dominio. Este problema sólo se plantea tratándose de las cargas, lo que haría útiles a las menciones de ese tipo. No cumplirían, en cambio, esa función las menciones de dominio, pues las inscripciones de participaciones indivisas o de dominio dividido son perfectamente compatibles entre sí, sin importar que una se practique antes que la otra.

(8) Esta tesis deriva de la concepción del censo como supuesto de dominio dividido que, equivocadamente o no, acepta la legislación hipotecaria. Sabemos que hoy predomina la idea de configurar el censo como un gravamen, siendo el dueño el titular del dominio útil; pero esta concepción no está recogida positivamente por la legislación hipotecaria, sino que lo está la del dominio dividido (artículo 377 del Reglamento Hipotecario, arts. 127 y 134 de la Ley Hipotecaria) y a ella hay que atenerse.

ROCA SASTRE también prevé la inmatriculación de cualquiera de los dominios por un título traslativo de adquisición hereditaria o de compraventa, inmatriculable al amparo del artículo 205 de la Ley (como III, pág. 598).

por este otro camino no habría dado tanta importancia al defecto padecido y, desde luego, no hubiera señalado tantos preceptos infringidos.

La cita de la doctrina de la Dirección General sobre las menciones

Fuera de ese detalle, resulta igualmente evidente la carencia de efectos de las menciones por sí mismas, sin título que las confirme, según tenía ya declarado la Dirección General de los Registros en resoluciones de 17 de enero de 1876, 27 de julio de 1899 y 30 de agosto de 1911, las cuales son citadas por la presente sentencia en apoyo de la tesis mantenida. Esta cita confirma la autoridad científica de la Dirección General.

La resolución de 17 de enero de 1876 es la más significativa a efectos del presente caso, y advierte que para practicar la inscripción de un censo mencionado es necesario aportar el «título que acredite la adquisición de los derechos que han de inscribirse», no considerando como tal la escritura pública de inventario de bienes suscrita por el heredero único.

La resolución de 27 de julio de 1899 destaca que existiendo título inscribible adecuado (se trataba de la escritura de reconocimiento del censo), la inscripción del censo anteriormente mencionado había de practicarla el Registrador, sin que fuera obstáculo que la mención no expresase con precisión absoluta todos los datos del derecho, advirtiendo a este propósito que las menciones «no producen todos los efectos de los asientos registrales». Propósito, como se verá, distinto del que anima a esta sentencia, pues en el caso de la resolución se trataba de potenciar el efecto de la mención (disculpando su imprecisión), y en esta sentencia se trata de excluir la inscripción del derecho mencionado. Pero, en fin, puede también servir de apoyo a la sentencia, en cuanto es indiciaria de que la base de la ulterior inscripción se centra en el título inscribible más que en la previa mención del derecho.

La resolución de 30 de agosto de 1911, en una consulta del Registrador de Montilla acerca de la conversión en inscripción de ciertas menciones, señala que no puede practicarse la inscripción en base exclusiva a los datos contenidos en la mención, habiéndose de presentar, en todo caso, «los títulos originarios del derecho o los supletorios que puedan sustituir a aquéllos, como se halla declarado en la resolución de 17 de enero de 1876», con lo que refuerza igualmente la tesis de minimizar el efecto de las menciones.

B) INMATRICULACIÓN EN BASE A INVENTARIOS O RELACIONES PRIVADAS DE BIENES, EN CASO DE HEREDERO ÚNICO

Otra cuestión que se plantea es la de si debe considerarse bien practicada la inmatriculación del dominio directo basada en una relación privada de bienes suscrita por un mandatario de heredero único (9) acompañada del testamento respectivo (10).

En pro de la regularidad de tal inmatriculación, la parte recurrente

(9) En la sentencia se alude a un «supuesto mandatario» y no se hace hincapié en que se trataba de «heredero único». Pero si se inscribió el título, los principios de legalidad y de legitimación exigen considerar al mandatario como tal y no «supuesto», a menos que en la propia inscripción se diga que es un «supuesto mandatario», lo que será rarísimo. En cuanto al caso de «heredero único», si era tal, dados los términos del testamento, debió prescindirse de hablar en plural («herederos»), pues es muy distinta la situación exigible en uno y en otro caso.

(10) En relación con los certificados de defunción y del Registro General de Actos de Última Voluntad, el recurrente señala que hay que estimar que el testamento iba acompañado de los correspondientes certificados. El Tribunal Supremo contesta diciendo que se olvida que el Registro Civil no se creó hasta el 17 de junio de 1870, y el de Actos de Última Voluntad lo fue por Real Decreto de 14 de noviembre de 1885, fechas posteriores al fallecimiento del testador. No deja de ser curiosa esta contestación, pero no parece tener importancia en relación con el problema planteado, aparte de que si no existían tales Registros no cabía exigir los certificados, por lo que su falta no sería un defecto de la inscripción.

alega en el motivo cuarto que el título fundamental fue el testamento (título traslativo o adquisitivo) y que la relación privada de bienes complementaba al mismo. Y en el motivo 5.º destaca la existencia de una práctica registral muy flexible en materia de inmatriculación, práctica confirmada y legitimada por la vigente legislación hipotecaria, pues, como ya dijo la resolución de 10 de marzo de 1946, no cabe exigir una prueba plena de propiedad, sino más bien la prueba de presunciones. Por todo lo cual estima que aunque la indicación del dominio directo en la inscripción primera fuera mención, la inscripción sexta suponía una inmatriculación bien practicada, que no podía considerarse nula de pleno derecho.

La sentencia contesta diciendo que no son «documentos fehacientes», justificativos de una adquisición anterior a la Ley de 1909, «los inventarios o relaciones de bienes extendidos en documentos privados y suscritos por los herederos o sus mandatarios» (resoluciones de 27 de abril de 1871, 30 de noviembre de 1897 y 30 de julio de 1908).

La relación de bienes como documento integrador del título traslativo y como documento fehaciente de una adquisición anterior

Nos parece conveniente puntualizar esta última declaración de la sentencia en relación con el caso planteado. No puede tomarse en el sentido de rechazar la relación privada de bienes suscrita por heredero único como integradora del título traslativo actual, pues la sentencia no se refiere a éste, sino al documento fehaciente de la adquisición anterior.

Tampoco puede interpretarse que haya que rechazar en todo caso, como documento fehaciente, la relación de bienes suscrita por heredero único o su mandatario (acompañada del testamento y certificados respectivos), si dicho documento es el que firmó en su día (con nota de liquidación) el causante de la actual herencia, como heredero único de un causante anterior, con lo que existiría en ese hipotético caso una duplicidad de relaciones privadas unidas a los testamentos y certificados correspondientes: por un lado, la relativa al título traslativo actual a favor del heredero único que pretende inscribir, y, además, como documento fehaciente de la adquisición anterior, la relación de bienes suscrita por el actual causante.

Entendemos que la declaración de la sentencia hay que relacionarla con el supuesto fáctico planteado, y de este modo hay que interpretarla en el sentido de que no cabe que la relación de bienes suscrita por el actual heredero único o su mandatario cumpla a la vez un doble cometido: el de integrar el título traslativo que se va a inscribir y el de servir de documento fehaciente acreditativo de la adquisición anterior. Esto es lo que debería rechazar, en definitiva, la sentencia, en lugar de producirse en ese tono genérico y algo impreciso. Por otro lado, las resoluciones que la sentencia cita a este propósito no guardan mucha relación con el caso (11). Hubiera sido mejor referirse otra vez a la resolución de 17 de enero de 1876 (12), pues aunque contempla el caso de un inventario de bienes recogido en *escritura pública*, lo importante en estos casos de heredero único no es el carácter público o privado del documento, sino el valor que pueda tener la declaración del único heredero sobre los bienes de la herencia. Por ello creemos que hay que tener en cuenta la explica-

(11) La Resolución de 30 de noviembre de 1897 se refiere a la *escritura de partición* y exige aportar un documento fehaciente justificativo de la adquisición anterior a 1.º de enero de 1863; pero actualmente predomina la tendencia favorable a la inmatriculación de la escritura de partición como título traslativo o, al menos, especificativo, y no simplemente declarativo. La Resolución de 30 de julio de 1908 no se refiere a un supuesto de herencia. En cuanto a la Resolución de 27 de abril de 1871 no hemos encontrado ninguna de esa fecha en la *Jurisprudencia Registral* de ROCA SASTRE-MOLINA JUYOL.

(12) Resolución ésta citada antes, a propósito de las menciones.

ción de esa resolución en su cuarto considerando, que dice así: «Considerando que aun cuando don Domingo Ventalló ha presentado un documento, cual es el testamento otorgado por su padre, en que le instituye heredero, para acreditar que ha adquirido los bienes que constituyen su herencia, no ha justificado que en ella se hallan comprendidos los censos de que se hace mérito en la escritura de inventario formado por el mismo interesado, porque este documento no es, con arreglo a las leyes y a la jurisprudencia de los Tribunales, *fehaciente* para acreditar el dominio de los inmuebles y derechos reales, como lo demuestra que si el recurrente hubiese de reclamar alguno de los censos que figuran en el mismo, no obtendría ciertamente de ningún Tribunal la declaración de su derecho si no presentaba pruebas legales de la constitución o reconocimiento del censo hecho en favor suyo o de su causante, lo cual no sucedería si el inventario practicado por el heredero constituyese por sí solo un título de dominio acabado y perfecto.» En nuestra opinión, prescindiendo de la referencia al título de constitución o de reconocimiento del censo, acerca de lo cual ya nos hemos pronunciado antes, el criterio de esta resolución debe considerarse vigente, a pesar de haberse dictado en una época en que no existía la misma normativa en materia de inmatriculación, pues la regla 4.ª del artículo 298 del vigente Reglamento Hipotecario, que, como dice LA RICA (13), tiene plena aplicación en el caso de heredero único, bien claramente exige que se justifique que se hallan comprendidos en la herencia los bienes o derechos que se solicite inscribir por algún documento fehaciente.

En conclusión, aplicando aquella resolución y este precepto, no puede admitirse que baste para inmatricular presentar el documento, público o privado, del inventario de bienes junto con el testamento y demás certificados, pues es necesario aportar un documento fehaciente o certificación catastral acreditativos de que los bienes forman parte de la herencia.

Sólo en el sentido indicado aceptamos la tesis de la sentencia alusiva a que fue irregular la inmatriculación practicada del dominio directo. Pero lo que no compartimos de ninguna manera es la idea de que tal irregularidad es determinante de la nulidad absoluta, según veremos a continuación.

C) LA NULIDAD DE INSCRIPCIONES

La sentencia, partiendo de que se incumplieron los requisitos exigidos de modo genérico para toda clase de inscripciones, en cuanto faltaba la aportación de documentos fehacientes y, singularmente, el título de constitución del censo, señala que el supuesto encaja en la prevención del artículo 30 de la Ley Hipotecaria, siendo los asientos extendidos, tanto el primero como los que se apoyaron en él, «nulos de pleno derecho, de acuerdo con lo establecido en los artículos 4 y 1.255 del Código civil, por no haber producido efectos de ninguna clase en la realidad jurídica, y debe únicamente destruirse la apariencia provocada por un título inexistente, lo que imposibilita su subsanación con arreglo al artículo 1.311 del Código mencionado, cuyo ámbito de aplicación se reduce a los supuestos de anulabilidad comprendidos en el 1.300».

(13) LA RICA considera que este número 4.º del artículo 298 del R. H. es aplicable precisamente a los supuestos de heredero único o de adjudicaciones proindiviso, pues si son varios herederos y se produce adjudicación de fincas, existirá título transmissivo, con descripción de fincas, y se estará en el caso de aplicación del artículo 298, números 1.º ó 3.º En cambio, RICA SASTRE considera aplicable el número 4.º no sólo al supuesto de heredero único, sino también tratándose de escritura de partición de herencia, al estilo de la Resolución de 30 de noviembre de 1897. Pero esta discusión no nos interesa ahora.

Los peligros de la aplicación de la nulidad absoluta en Derecho hipotecario

Consideramos excesivamente rígida la tesis de esta sentencia, consistente en aplicar la nulidad absoluta del artículo 4 del Código civil (14) a las inscripciones, a base de creer que la nulidad a que se refiere el artículo 30 de la Ley Hipotecaria es esa nulidad de pleno derecho. Este criterio resulta muy duro no ya sólo en el caso concreto debatido, sino, sobre todo, si se pretende dar a la sentencia mayor alcance, entendiendo que puede iniciar doctrina legal.

Para comprobar lo peligroso que resulta una aplicación extensiva de la nulidad absoluta a las inscripciones mal extendidas, a que se refiere el artículo 30 de la Ley Hipotecaria, y a todas las sucesivas que se apoyaron en aquéllas, pongamos primero un ejemplo. Imaginemos la multiplicidad de inscripciones practicadas allá por los años de la entrada en vigor de la primitiva Ley Hipotecaria o las que se extendieron o se extienden a poco de instaurarse una reforma legal o reglamentaria. Es de suponer que muchas de aquellas primeras inscripciones tendrían defectos similares o mayores que el que contempla esta sentencia, por lo que podrían caer en la órbita del artículo 30. Tal suposición la basamos en que los primeros encargados del Registro de la Propiedad no eran especialistas de la materia, pues no se exigían entonces las oposiciones que luego se implantaron. Aparte de esto, no hay más remedio que reconocer, dada la complejidad de la legislación hipotecaria, que cuando se produce una reforma surgen una serie de dudas interpretativas, que no siempre quedan del todo esclarecidas y otras veces la doctrina se consolida años más tarde. Hasta entonces, el Registrador se encuentra en solitario, junto con el Notario, ante el precepto legal, y tiene que dar necesariamente una solución calificando el documento en concreto, solución que podrá considerarse equivocada, pero que representa para los particulares el criterio «oficial» en materia registral, sirviendo de base para ulteriores inscripciones.

Pensemos ahora en el caos que se produciría si se generalizase y extendiese la doctrina de esta sentencia acerca de la nulidad absoluta. Muchísimas inscripciones, que han servido de apoyo a otras tantas posteriores y que ya ni siquiera se examinan por haber quedado dentro del folio registral allá en la lejanía e incluso por haberse extinguido en virtud de las sucesivas inscripciones de transferencia, podrían ser declaradas nulas ahora, como ha sucedido, en este caso, respecto a una inscripción del año 1910 sin posibilidad de convalidación, arrastrando en su nulidad a todas las demás del mismo folio, dado el clásico efecto en cadena de toda nulidad absoluta. De prevalecer ese criterio se produciría una gran inseguridad jurídica en el tráfico. Es probable que la mayoría de los interesados que a partir de ahora acudieran al Registro para inscribir su escritura de donación o de herencia prefirieran que el folio registral se encontrara en blanco, ante el temor de que en el futuro pudiera salir a relucir algún defecto—no se sabría de momento cuál—en lejanas inscripciones determinante de esa nulidad radical. De seguro que se omitirían datos registrales y se haría una nueva descripción de las fincas sin referencia al pasado, con objeto de obtener una inmatriculación al amparo del artículo 205 de la ley, que adquiriría plena firmeza a través del artículo 35.

Precisamente para evitar ese caos está la legislación hipotecaria, que actualmente fomenta la inscripción para llegar a una concordancia entre el Registro y la realidad. No sólo pretende proteger a los compradores que sean terceros hipotecarios del artículo 34, sino también a herederos

(14) Hoy habría que aludir al artículo 6.º del Código, que es el que viene a sustituir al artículo 4.º en el nuevo Título Preliminar. A pesar de cierto cambio de redacción, el problema es idéntico, y todo lo que decimos a continuación vale también en relación con el nuevo artículo 6.º

y donatarios de buena fe, que han confiado en el contenido del Registro y en la propia legislación, que prevé con gran amplitud la legitimación registral, la usucapión *secundum tabulas* y la rectificación de errores en las inscripciones. Fácilmente se comprenderá que todo ese sistema no puede quedar desvirtuado por una aplicación extensiva de la nulidad absoluta en materia registral, y mucho menos a través de la figura de la nulidad formal del artículo 30 de la ley.

El artículo 30 no se refiere a la nulidad absoluta

Este precepto no puede ser relacionado con la nulidad absoluta del artículo 4 del Código civil, pues antes hay que examinar cuál es la interpretación de dicho artículo en la legislación hipotecaria. Y mucho menos puede ser relacionado con el artículo 1.255, como hace la sentencia, pues esta norma del Código se refiere a los contratos, y la inscripción no es ningún contrato ni una declaración negocial. En este sentido, dicen LACRUZ-SANCHO que la inscripción «no es una declaración de voluntad», explicándolo así: «En sí, inscribir—la acción del Registrador de practicar la inscripción—no supone una manifestación negocial de voluntad ni tampoco una reproducción o verificación (*ascertainment*) del negocio, sino algo distinto: su publicación, tras un proceso de jurisdicción voluntaria destinado primero a comprobar, hasta cierto punto, la susceptibilidad del acto inscribible, según su contenido y circunstancias, para ser trasladado a los libros registrales y luego dar efectividad a este traslado» (14 bis).

Fuera ya de toda analogía entre declaración negocial e inscripción, en este aspecto llegaremos a la conclusión de que la legislación hipotecaria no considera como nulidad absoluta la nulidad del artículo 30. La salvedad que se hace diciendo «sin perjuicio de lo establecido en esta ley sobre rectificación de errores» es decisiva, pues determina la posibilidad de rectificar no sólo errores materiales, sino incluso errores de concepto, mucho después de estar extendida la inscripción. Entre esos errores de concepto pueden estar también las omisiones e inexactitudes sustanciales del artículo 9 de la ley, pues todas ellas son materia del asiento. Además, la falta de firma, por ejemplo, que es una circunstancia exigida por el número 8.º del artículo 9, determina la nulidad de la inscripción; pero esa nulidad no es la nulidad absoluta, que opere *ipso iure*, pues el artículo 319 del Reglamento Hipotecario prevé la rectificación de ese defecto tan fundamental mediante la firma posterior sin tener a la vista el título inscrito. Así lo reconoce el propio Tribunal Supremo, en sentencia de 7 de abril de 1970, diciendo que «la omisión de dicha circunstancia no produce la nulidad del asiento respectivo, siendo tal defecto susceptible de subsanación por el procedimiento de rectificación especial regulado en el artículo 319 del citado Reglamento» (15). Pues bien, si esto ocurre en relación con una de las circunstancias exigidas por el artículo 9, no se ve por qué no se va a producir algo análogo en los demás casos de dicho artículo. Todo lo cual revela que el artículo 30 no ha querido referirse a la nulidad absoluta (16).

Esta interpretación viene avalada por la importante opinión de BUENAVENTURA CAMY, que comenta lo siguiente: «Al declarar el artículo 30 de la Ley Hipotecaria qué es lo que se entiende por nulidad de las inscripciones, determina que ésta consistirá en la omisión o expresión con

(14 bis) LACRUZ-SANCHO: *Derecho Inmobiliario Registral*, 1968, pág. 124.

(15) Puede verse esta sentencia y un comentario mío a la misma en R. C. D. I., núm. 491, página 906.

(16) Esto vale también respecto a las inscripciones defectuosas anteriores a la legislación vigente, pues, como dicen los recurrentes, habría que aplicar, en base a la disposición transitoria 3.ª del Código civil, la legislación más benigna, que sería la vigente. No obstante, parece que tampoco era la nulidad de pleno derecho la que contemplaba el artículo 30 de la Ley de 1909. En el motivo 7.º del recurso se hace un interesante estudio del problema.

inexactitud sustancial de alguna de las circunstancias comprendidas en el artículo 9, salvo que se trate de inscripciones concisas o de aquellas otras que por su índole hubieran sido objeto de alguna excepción legal o reglamentaria, según matiza el artículo 52 del Reglamento. Pero a continuación expresa—sigue diciendo CAMY—que esa nulidad procederá 'sin perjuicio de lo establecido en esta ley sobre rectificación de errores', y si la omisión o la inexactitud puede ser rectificada a virtud del mismo título sin necesidad de otorgarse otro nuevo estaremos ante un caso de subsanación del vicio o defecto que originaba aquélla, lo cual sólo es posible respecto a lo que es anulable, pero no en cuanto a lo que sea nulo, según dijo el Supremo en sentencia de 27 de mayo de 1968. No cabe duda, pues—concluye CAMY—, de que estamos ante un caso de anulabilidad o nulidad relativa, que presupone la validez inicial y la licitud del negocio jurídico que originó el asiento, adoleciendo sólo este último del vicio o defecto de aquella omisión o expresión inexacta» (sentencia de 25 de noviembre de 1965) (17).

*El examen de la cuestión a través de la analogía
con los Derechos procesal y administrativo*

Desde esta perspectiva doctrinal podemos llegar también a un resultado minimizador del ámbito de la nulidad absoluta en Derecho hipotecario.

Por un lado, partiendo del problema de la naturaleza jurídica de la inscripción y del procedimiento registral, que no es cuestión intrascendente a estos efectos (18), se llega a una analogía—más o menos acentuada, según las posturas—con los Derechos procesal y administrativo en materia de procedimiento. No queremos entrar ahora en el problema en concreto: unos lo conceptúan como procedimiento administrativo; otros, como de jurisdicción voluntaria, y otros, como *sui generis*. En todo caso, ese género *sui* no implica desechar la analogía, sino todo lo contrario. No hay que olvidar que el procedimiento registral se sigue ante un funcionario público, cual es el Registrador, cuya calificación favorable termina en un «acto», que es la inscripción (emanada de un funcionario público).

Por otro lado, si examinamos la naturaleza jurídica del Derecho hipotecario, también encontraremos argumentos en pro de la analogía con las reglas del procedimiento administrativo o del Derecho procesal. FRANCISCO HERNÁNDEZ GIL—citado por LACRUZ—«pone de relieve la acentuación en sus normas de interés público o social, tanto cuando regula el instrumento de actuación de la publicidad, en que consiste el servicio público del Registro, como cuando protege a los que han confiado en la situación jurídica creada por él. La expresión 'servicio público'—añade—ha de ser tomada aquí en un sentido muy amplio, comprendiendo incluso la Administración de Justicia» (19). Y no digamos nada si se sigue la teoría del Registro de la Propiedad como servicio público, patrocinada por GONZÁLEZ PÉREZ y LÓPEZ MEDEL. El propio AMORÓS GUARDIOLA (20), que tiene la convicción de que «la protección que el Registro otorga al titular que inscribe es predominantemente privada», reconoce «la existencia de intereses públi-

(17) CAMY, vol. V, 1.ª edición, 1971, pág. 67.

(18) LACRUZ-SANCHO, en cambio, creen que «hallándose previstos prácticamente todos los eventos en la legislación hipotecaria, la cuestión en torno a la naturaleza del procedimiento registral no se plantea como un *prius* para deducir qué normas le son aplicables, sino más bien al contrario: de la regulación propia (hipotecaria) ha de deducirse la naturaleza del procedimiento». «Consideración—añaden—que, sin duda, resta interés a la cuestión» (*ob. cit.*, pág. 348, nota 4). Por mi parte, no estoy de acuerdo con esta opinión, y el problema que planteo es un claro ejemplo de que la cuestión de la naturaleza del procedimiento registral puede ser un *prius* para resolver el caso.

(19) Citado por LACRUZ-SANCHO, *ob. cit.*, pág. 23.

(20) En su estudio *Sobre el Derecho Inmobiliario Registral y su posible autonomía*.

cos y sociales de no pequeña entidad que aquí operan», y entiende que «quizá fuera preciso separar zonas de más directo matiz público y otras de predominante interés privado dentro de este sector jurídico». Incluso ROCA SASTRE, que cree que el Derecho inmobiliario registral es un desenvolvimiento de un grupo de preceptos de Derecho civil, advierte su relación con los Derechos procesal y administrativo de este modo: «Con el Derecho administrativo, la conexión más íntima que guarda el Derecho inmobiliario registral es respecto a la organización y modo de llevar los Registros, pues éstos, como se ha dicho antes, son órganos de la Administración del Estado, si bien al servicio del Derecho privado.» «Y con el Derecho procesal, el Derecho inmobiliario registral se halla íntimamente relacionado en lo concerniente al procedimiento estrictamente registral, como modo de producirse el Registro en su función ejercida como órgano de la Administración estatal, como actividad jurídica puesta al servicio del Derecho privado, y que participa por ello de la naturaleza propia de los denominados actos de jurisdicción voluntaria» (21).

Partiendo de estas dos perspectivas, no se negará que en materia de procedimiento, y para determinar el grado de ineficacia del acto terminal del mismo, parece más adecuado recurrir a la analogía de esas ramas del Derecho antes que a las normas dictadas en relación con las declaraciones de voluntad de los particulares.

Así se confirma la conclusión de que la nulidad absoluta debe tener escaso juego en la legislación hipotecaria.

Por ejemplo, en Derecho procesal, GUASP se plantea el problema de la ineficacia de los actos procesales preguntándose: «¿Cuándo se está, en principio, ante un caso de nulidad y cuándo ante uno de simple irregularidad? La ley española—dice—no proporciona ningún criterio general en este punto. Es muy dudoso que sea aplicable al problema procesal la norma del artículo 4 del Código civil, según la cual son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez, es decir, la presunción favorable a la nulidad; pero tampoco hay razones para basarse en el principio contrario y sostener que sólo son nulos los actos procesales que incurran en algún vicio en que ello se determine expresamente...» «Así, pues—concluye prudentemente—, para resolver este problema no cabe más que la interpretación particular y concreta de cada caso, con objeto de decidir en cada supuesto, a tenor de la interpretación literal y espiritual de los preceptos que sean aplicables, si se trata de una nulidad o de una simple irregularidad, lo que no quiere decir que el intérprete pueda discrecionalmente optar por una u otra conclusión» (22). Y advierte más adelante que «los actos procesales absolutamente nulos... son convalidables, esto es, cabe remediar la ineficacia producida si el ordenamiento jurídico lo permite, lo cual puede hacerse de muy variadas formas: desde la repetición del requisito omitido, pasando por la modificación del mal observado, hasta la omisión del practicado indebidamente» (23).

Y en Derecho administrativo, la conclusión es más terminante. GARRIDO FALLA entiende que «el artículo 4 del Código civil está pensado fundamentalmente para el ámbito jurídico privado; es justamente el límite que la ley impone a la esfera de la disponibilidad jurídica privada, a la 'autonomía de la voluntad'. Es el límite del 'lícito jurídico' de los particulares. Precisamente por esto, la sanción en estos casos es, con las salvedades que la doctrina señala, la nulidad absoluta, pues no de otra forma se puede sancionar en Derecho la falta de acuerdo entre ciertos actos ejecutados en interés privado y las normas que se han dictado para proteger el interés público. No siendo éste el caso, en cambio, cuando la Adminis-

(21) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, tomo I, pág. 16, 6.^a edición.

(22) GUASP: *Derecho Procesal Civil*, 3.^a edición, 1968, tomo I, pág. 291.

(23) GUASP ob. y tomo cit., pág. 292.

tración actúa, el papel que desempeña en el Derecho público el tema de las nulidades absolutas tiene que ser completamente diferente» (24). Y después señala: «En Derecho administrativo, la regla es la anulabilidad, siendo excepcionales las nulidades absolutas. El Tribunal Supremo recoge este principio en su sentencia de 21 de enero de 1936 al declarar que en la esfera administrativa ha de ser aplicada con mucha parsimonia y moderación la teoría jurídica de las nulidades. Y ésta es la inspiración recibida por la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, donde los casos de nulidad absoluta se tasan en el artículo 47, mientras que en el artículo 48 se enuncia la regla general de la anulabilidad» (25).

Ante la falta de una declaración expresa sobre nulidad absoluta en la legislación hipotecaria, nos parece correcto tomar como pauta las directrices del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo acerca de la nulidad absoluta de los actos administrativos (emanados de funcionarios públicos). Y aún más, consideramos conveniente calificar tales casos como de «inexistencia», mejor que de «nulidad absoluta», pues aunque podría pensarse que la cuestión es terminológica, la terminología en este caso puede ser interesante para destacar que sólo se debe predicar la ineficacia total del asiento en casos en que de la propia lectura del mismo se deduce prácticamente que «no existe asiento» en sentido jurídico (26).

Siguiendo, pues, las líneas marcadas por el artículo 47 de la Ley de Procedimiento, se nos ocurren como casos de «inexistencia» de asiento los siguientes:

1.º Inscripciones relativas a fincas radicantes en distinto distrito hipotecario, pues entonces se trata de inscripción practicada por órgano manifiestamente incompetente. Pero no incluimos en este supuesto la hipótesis del artículo 3 del Reglamento, ya que la incompetencia no es manifiesta, pues en los distritos limítrofes no está siempre clara la delimitación de términos municipales.

2.º Aquellas cuyo contenido sea tan contradictorio, que haya que calificarlo de «imposible». Como se comprenderá, es un supuesto insólito, pues, además, cabe intentar una interpretación adecuada, conforme al artículo 1.284 del Código civil. Otro ejemplo de este grupo podría ser la inscripción de muebles o derechos personales no inscribibles, pues en la legislación vigente cabe entender que es imposible «legalmente» que una inscripción tenga ese contenido. Otro supuesto: la inscripción de un acto nulo, cuya nulidad resulte claramente del título y de la inscripción.

3.º Inscripciones cuyo contenido es constitutivo de delito. Podría ser que se hubiera extendido una inscripción bajo amenazas. También cabría aplicar la nulidad absoluta cuando el título demostrase con claridad que se ha cometido algún delito y, a pesar de todo, el Registrador inscribiese sin tener en cuenta el artículo 101 del Reglamento Hipotecario (27).

4.º Inscripciones practicadas prescindiendo «total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido». La Ley de Procedimiento es exigente: ha de existir una omisión de trámites «total y absoluta». Aplicando esta idea al campo registral, ya se comprenderá que sólo cabe hablar de ello en casos en que se hubieran cometido infracciones gravísimas, impensables (ejemplo: inscripciones sin asiento de presentación). No es, en cambio, omisión «total y absoluta» del procedimiento practicar

(24) GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho Administrativo*, 6.ª edición, 1973, vol. I, pág. 476.

(25) GARRIDO FALLA, *ob. cit.*, pág. 480.

(26) Véanse las consecuencias que obtenemos más adelante, comparando la inexistencia con la carencia de valor señalativo.

(27) Recordemos el texto del artículo 101: «Los Registradores no sólo negarán o suspenderán la inscripción de todo título cuando así proceda, tomando o no anotación preventiva, sino que cuando resultare del mismo título haberse cometido algún delito, darán parte a la correspondiente Autoridad judicial, con remisión del documento respectivo, y harán constar esta circunstancia al margen del asiento de presentación.»

la inscripción omitiendo alguna de las circunstancias del artículo 9 de la ley (28).

Ha de tenerse en cuenta, además de todo lo dicho, que esta tesis es perfectamente compatible con el propio artículo 4 del Código civil (hoy 6), pues la doctrina y la jurisprudencia lo suelen aplicar restrictivamente sólo cuando de la ley o precepto, en concreto, no resulte la anulabilidad u otro tipo de sanción no tan rígido como la nulidad absoluta. Y esto es lo que ocurre en la legislación hipotecaria.

La opinión de algunos hipotecaristas recientes nos servirá para reafirmarnos en nuestra tesis restrictiva sobre la nulidad absoluta de asientos registrales.

La tesis de LACRUZ-SANCHO sobre los «asientos sin valor señalativo»

Estos autores, al relacionar los conceptos de «nulidad» y «publicidad», dicen que, en materia de asientos registrales, «cualquier comparación con la teoría del negocio jurídico carece de utilidad. Los actos negociables son expresión de una amplia autonomía conferida a los particulares, y en vía general están vinculados por exigencias formales y de fondo: la infracción de esas exigencias acarrea sanciones que están en cierta proporción con su gravedad. La infracción de las reglas procesales relativas a la publicidad, en cambio, se mide con distinto criterio: lo mismo en cuanto a sus posibilidades de subsanación, que en cuanto a los efectos de ésta o del propio asiento irregular». «Tratándose de actos de publicidad—continúan diciendo—hemos de partir de principios muy distintos a los que regulan la validez y eficacia del negocio jurídico. El asiento, mientras *parezca válido*, es, al amparo de la presunción de exactitud del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, eficaz para la defensa del derecho inscrito, y conforme a los artículos 40 y concordantes produce efectos frente a tercero: sólo perderá su eficacia cuando se rectifique (cancele, etc.) o—en parte—cuando se anuncie su impugnación. Si el asiento es aparentemente regular, ningún defecto o vicio elimina *ex tunc* (desde el momento de extenderse hasta que se impugna) la eficacia, que CORRADO llama *señalativa* del asiento, es decir, su valor de publicidad de una situación jurídica inmobiliaria en favor del titular inscrito y de quien de él traiga causa y reúna las condiciones exigidas por la Ley Hipotecaria: sólo cabrá suprimirla *ex nunc* desde que legalmente se la haga desaparecer. Al contrario, si un asiento no tiene materialmente cualidades señalativas, no podría atribuírselas la ley» (29).

A continuación, LACRUZ-SANCHO distinguen, a estos efectos, entre «asientos sin valor señalativo» y «asientos eficaces». Dentro de los primeros incluyen una serie de supuestos en que «el acto señalativo es totalmente inexistente; existe como realidad fenoménica, pero carece de relevancia jurídica, o le falta ésta, al menos, a los efectos ofensivos del Registro». Las demás omisiones o irregularidades se incluyen dentro de los «asientos eficaces, pues el «asiento sirve como tal, mientras no sea anulado, con que contenga los datos realmente esenciales» (30).

Nos parece muy bien esta tesis de los «asientos sin valor señalativo»,

(28) No ya sólo omitir alguno de los detalles de cada circunstancia del artículo 9.º, pues esto puede considerarse que es una mera *irregularidad* (concepto también tomado del Derecho Administrativo), sino la omisión de la totalidad de alguna de las ocho circunstancias de ese artículo 9.º, ya que en este último caso la nulidad no tiene por qué ser la «absoluta» si no hay omisión total y absoluta de alguno de los trámites del procedimiento. Sólo en el caso que señala LACRUZ-SANCHO, en que «la insuficiencia de los datos suministrados por el asiento hace imposible la individualización de «las personas de los otorgantes, las fincas o los derechos inscritos», podría aplicarse la sanción máxima». No así, en nuestra opinión, cuando la inscripción plantea alguna duda sustancial o es ininteligible, pues hay que intentar interpretarla aplicando el artículo 1.284 del Código civil (en contra, LACRUZ-SANCHO, *ob. cit.*, pág. 307).

(29) LACRUZ-SANCHO, *ob. cit.*, pág. 305.

(30) LACRUZ-SANCHO, *ob. cit.*, pág. 306.

pues guarda parecido con nuestra teoría de la «inexistencia de los asientos», que hemos estructurado antes sobre la base positiva del artículo 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

No obstante, creemos necesario puntualizar un extremo, y es que, en nuestra opinión, interesa más el valor señalativo que pueda tener la totalidad del folio registral, que el valor señalativo de los asientos aislados. Desde esta perspectiva podría darse el caso de asientos que en sí mismos no tuvieran valor señalativo, pero que esa carencia de valor quedara, en cierto modo, purificada por la práctica de otros asientos posteriores. Por ejemplo, LACRUZ-SANCHO toman como «asientos sin valor señalativo» los consignados en los libros contra las reglas de los artículos 17 y 20 de la Ley Hipotecaria, porque «la comparación con los demás asientos denuncia su propia ineficacia». Pues bien, nosotros creemos que hay que distinguir: si esos asientos mal practicados son los vigentes, puede opinarse como dichos autores; pero si, en base a esos asientos mal practicados, se continúa la historia registral de la finca extendiendo sucesivos asientos, ya no queda tan clara la carencia de valor señalativo de la última inscripción, que es la vigente, pues, normalmente, los interesados y el propio Registrador, al examinar el folio registral, se atienen al último asiento vigente, que es el que está bajo la salvaguardia de los Tribunales. Además, las inscripciones se extinguen por otras de transferencia, y si bien no puede entenderse que por este camino se convaliden vicios o defectos de inscripciones anteriores, no se trata propiamente de una convalidación, sino de una apariencia de «valor señalativo» del conjunto del folio registral, precisamente por medio de las inscripciones de transferencia. Con esta interpretación podría llegarse a la conclusión de que aunque el asiento, extendido con infracción de los artículos 17 y 20 de la Ley Hipotecaria, carezca de «valor señalativo» y no pueda servir de «justo título» a efectos, por ejemplo, del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, en cambio, los posteriores de transferencia sí tienen valor señalativo y en base a ellos puede operar el artículo últimamente citado. No se trata, pues, de que las inscripciones de transferencia convaliden, por sí mismas, los vicios de la inscripción irregular, ya que si el problema se plantea antes de transcurrir diez años desde la fecha de aquéllas, no podrá entenderse que la primitiva inscripción quedó convalidada. Lo único que hacen las inscripciones de transferencia es «extinguir la inexistencia o carencia de valor señalativo de aquel asiento».

Y lo mismo podríamos decir del supuesto que señalan LACRUZ-SANCHO bajo el apartado f'), consistente en «la nulidad del título inscrito que se deduzca de la propia inscripción», para el caso de que, a pesar de todo, se hubieran practicado sucesivas inscripciones de transferencia.

Sabemos que si se aplicase estrictamente la teoría de la nulidad absoluta a las inscripciones no sería posible seguir la dirección que acabamos de apuntar, pues dicha nulidad es tan radical que no permite que de lo nulo surja lo válido. Pero, en nuestra opinión, no sólo hay que reducir los supuestos de nulidad absoluta en Derecho hipotecario en los términos propuestos, sino también evitar ese efecto de arrastre de la misma, sustituyéndola por la idea de «inexistencia» o por la teoría de la carencia de valor señalativo del folio registral, dentro de las cuales cabe esa «conversión en asientos eficaces», sin llegar a la convalidación de lo que es nulo de pleno derecho.

Y defendemos esta tesis, si se quiere algo atrevida, porque nos parece absurdo aplicar en Derecho hipotecario ese efecto de arrastre de inscripciones en cadena por causa de nulidad de una anterior muy lejana. Sería tanto como implantar una especie de «nulidad diabólica», al estilo de lo que era la *probatio diabolica* en materia de reivindicación, sólo que no con referencia al pasado, sino al futuro. Por todo lo que hemos dicho, no cabe la «nulidad diabólica» en Derecho hipotecario.

La teoría de la «nulidad aparente» de BUENAVENTURA CAMY

Otra opinión que guarda parecido con la idea de «inexistencia» del asiento y con la de carencia de «valor señalativo» del mismo es la de B. CAMY, que distingue entre nulidad «aparente» y «no aparente».

«Nulidad aparente—dice—es la que resulta del contenido de los asientos del Registro, de forma que su simple lectura (desde luego, por persona con conocimientos jurídicos) la pone de manifiesto. Así, el Registro «publicará» la nulidad, y esta publicidad hará que ella perjudique a todos los adquirentes al asiento de donde resulte. Aunque deberá tenerse en cuenta que no podrá calificarse nunca de nulidad aparente aquellas declaraciones publicadas en la inscripción a las cuales se tache de erróneas por haberlo sido la calificación o la interpretación del acto o contrato que las originaron, pues el juicio registral que fue base para la inscripción adquirió firmeza plena al no haber sido recurrido o impugnado en su momento y en la forma oportuna. La nulidad aparente será así la que resulte de una manera directa del asiento en relación con las normas legales aplicables» (31).

No cabe duda de que partiendo de la «nulidad aparente» no se llega a idéntica conclusión que con la teoría de la «nulidad absoluta». Así, a efectos del artículo 34, CAMY destaca que «si la nulidad no fuese aparente, si lo que publica el Registro tiene todas las características de situaciones válidas, la posterior declaración de que la inscripción es nula no afectará a los inscribientes posteriores que de buena fe y a título oneroso hayan adquirido algún derecho de quien aparecía con facultades dispositivas para ello, o sea, si se tratare de los adquirentes a que se refiere el artículo 34 de la ley». E incluso, a efectos de la aplicación del artículo 35, considera que si la nulidad no es aparente puede servir de justo título para una prescripción ordinaria de su derecho (32).

No obstante, todo depende del alcance e interpretación que se quiera dar al supuesto de «apariencia», pues CAMY no enumera los supuestos concretos. Tampoco defiende ese efecto de conversión que hemos apuntado. Por ello no nos atrevemos a decir que este autor está dentro de la línea que mantenemos.

Con todo lo dicho hasta ahora creemos haber demostrado que la doctrina de esta sentencia acerca de la nulidad absoluta de inscripciones no puede ser aplicada con amplitud, sino con gran restricción de supuestos y de efectos.

Consideraciones sobre el caso concreto planteado en la sentencia

Si fuera de ese planteamiento general descendemos al caso en concreto, lo primero que diremos es que el caso concreto nos preocupa menos que el de la aplicación generalizada a otros casos, y por eso hemos desarrollado ampliamente el problema en general. Pero de todos modos, siguiendo las líneas expuestas, creemos que la omisión del documento fehaciente en caso de inmatriculación no puede considerarse como un supuesto de nulidad de pleno derecho, no ya sólo por existir una tendencia flexible en materia de inmatriculación—fomentada incluso legalmente—, lo cual influye en el ánimo de los Registradores, sino, sobre todo, teniendo en cuenta que, en nuestra opinión, no se omitieron total y absolutamente los requisitos del procedimiento de inscripción. El asiento no se practicó exclusivamente en base a la mención de la inscripción primera

(31) CAMY, tomo V, 1.^a edición, *ob. cit.*, pág. 66.

(32) CAMY, tomo V, pág. 87.

—lo que sí sería sancionable al máximo por falta de título—, sino en base al testamento y a una relación de bienes en supuesto de heredero único. Lo que faltaba era el documento fehaciente acreditativo de la adquisición anterior, pero no el título de constitución del censo, como señala la sentencia, pues la legislación hipotecaria, equivocada o no, mantiene la tesis del dominio dividido del censo, y desde esta perspectiva no hay más remedio que reconocer que basta un título de cesión o traslativo, sin que se exija el título originador o constitutivo del censo.

Por otro lado, ha de observarse lo ya dicho acerca de los «asientos sin valor señalativo» en relación con la totalidad del «folio registral»: que, en nuestra opinión, aun suponiendo que el primitivo asiento no tuviera valor señalativo, al haberse practicado sucesivos asientos que sí tenían tal valor, el conjunto del folio adquirió un valor señalativo, que si bien no puede servir en sí para una convalidación, sí puede servir para entender aplicable el artículo 35 de la Ley Hipotecaria, llegando así a la convalidación no por las inscripciones de transferencia, sino por el transcurso del tiempo. Por tanto, frente a esa nulidad, que hemos llamado «diabólica», de arrastre, nosotros aplicamos al caso la teoría del «valor señalativo del conjunto del folio registral», que posibilita la aplicación de los principios de legitimación y fe pública y también, en base al primero, la usucapión *secundum tabulas*.

Hacia una aplicación restrictiva de la doctrina de esta sentencia

Por último, vamos a suponer que toda la argumentación expuesta no fuera convincente. Esto lo admitimos de entrada, máxime tratándose de problemas no resueltos hasta ahora. Pero siempre nos quedaría por decir que la doctrina de la sentencia debe ser aplicada con carácter excepcional y de modo muy limitado, pues es evidente que, en el fondo, ella misma se está produciendo bajo una tónica de excepción, ya que contempla un supuesto que en su sentir es un dechado de imperfecciones. Basta comprobar la lista de preceptos que considera se han infringido al practicar la inscripción, recogidos en el «considerando» tercero, transcrito al principio (arts. 14, 16, 20, 21 y 39 de la Ley de 1909; párrafo 2.º del art. 2 y número 4 del art. 9 de la Compilación de Cataluña; arts. 30 y 258 de la Ley Hipotecaria).

Por tanto, aun a quien le parezca convincente la sentencia, no le estará permitido aplicarla o alegarla en supuestos que no reúnan el mismo grado de gravedad. Y ese grado es máximo, según resulta de la propia sentencia.

Luego sólo tratándose de imperfecciones gravísimas de las inscripciones cabría aplicar la doctrina de esta sentencia sobre los artículos 4 y 1.255 del Código civil. Pero, por nuestra parte, preferimos desechar abiertamente el criterio seguido por la misma, respetando, como es natural, la opinión de nuestro más alto Tribunal, aunque no la compartamos.

D) USUCAPIÓN «SECUNDUM TABULAS»

El último «considerando» de la sentencia se ocupa de precisar el alcance del artículo 35 de la Ley Hipotecaria y sienta algunas afirmaciones que no compartimos, pues podrían dar al traste con dicho precepto, instaurado por la reforma hipotecaria de 1944-46 precisamente para «convalidar y ratificar situaciones registrales», según expresivas palabras del preámbulo de la Ley de Reforma de 1944.

La usucapión del artículo 35 de la Ley Hipotecaria no es exclusivamente tabular

Dicho «considerando» empieza bien, diciendo que en nuestro sistema no se admite «de forma pura la usucapión *secundum tabulas*, fundada exclusivamente en la inmatriculación registral (32 bis), por requerirse, además, para lograr tal efecto, el concurso de la posesión efectiva del derecho real que se trate de adquirir por parte del usucapiente y la buena fe de éste en la posesión». Esto es acertado y está plenamente admitido por la jurisprudencia (33) y por la doctrina (34), que señalan como único caso de usucapión tabular pura el del Derecho austríaco.

La buena fe del artículo 35 y la del artículo 34

Pero a continuación empiezan los confusionismos cuando estudia el requisito de la buena fe del artículo 35, pues, al parecer, la confunde con la buena fe del artículo 34, diciendo que «la buena fe no opera respecto de quienes carecen de la condición de terceros a efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, por ser sucesores hereditarios de los primeros inscribientes». En nuestra opinión, esto es inadmisibile y gravísimo, pues supone confundir «la buena fe en la posesión» (única a la que se refiere el art. 35) con «la buena fe en la apariencia» (supuesto del art. 34) (35). Por otro lado, el artículo 35 se refiere al «titular» inscrito, no al «tercero hipotecario». Ya incurrieron en un error de cierto parecido las sentencias de 4 de octubre de 1969 y 13 de mayo de 1970, manteniendo concretamente esta última que el artículo 35 «tiene circunscrito su radio de acción a los terceros que traigan causa de una titularidad registrada, no pudiendo en modo alguno amparar la situación de quien, como el actual recurrido, fue parte en el contrato que provoca la inscripción». Frente a esta jurisprudencia ya advirtió ALBALADEJO que dicho precepto, «al establecer lo que dispone sobre la usucapión en favor del titular inscrito», se refiere al «titular», sin que importe que sea «tercero» (35 bis). Lo mismo podríamos decir, a propósito de esta sentencia, añadiendo que si se incluyera el artículo 35 en la órbita del 34, se le convertiría en un precepto inútil, pues, por definición, el tercero del artículo 34 no necesita para nada de la usucapión del artículo 35, ya que su adquisición es instantánea.

Buena fe y falta de título

A renglón seguido, el Tribunal Supremo mezcla de algún modo el requisito de la buena fe con el del justo título, pues dice que aquélla «no es compatible con la falta de título que debió servir de fundamento a la inscripción», y cita en tal sentido la sentencia de 26 de noviembre de 1970.

En primer lugar, para aquellos autores que interpretan el artículo 35 en el sentido de que la inscripción es el «justo título», prescindiendo del

(32 bis). Hubiera sido mejor hablar de «inscripción» en lugar de «inmatriculación», pues el artículo 35 L. H. no sólo se aplica a las inscripciones de inmatriculación.

(33) Véanse sentencias de 11 de noviembre de 1969 y 22 de junio de 1972, citadas por la presente.

(34) Dice, por ejemplo, ROCA SASTRE que no se trata propiamente de una «usucapión tabular o registral pura, pues no basta la sola fuerza del Registro para provocar dicha conversión o transformación (de la usucapión extraordinaria en ordinaria), ya que, además, requiere la posesión *ad usucapionem* efectiva extrarregistral, continuada por el mismo titular según el Registro. Por este motivo —dice— preferimos calificar el caso de usucapión *secundum tabulas*» (tomo II, pág. 10).

(35) Para el examen de estos distintos aspectos de la buena fe puede verse el libro de JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS, *El principio de la buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho Civil español*, año 1965, especialmente, al hablar de las clases de buena fe subjetiva (págs. 57 a 60), así como al ocuparse de «la buena fe requerida para la usucapión» (pág. 250), y de «buena fe y apariencia» (página 262).

(35 bis) ALBALADEJO: *Derecho de Bienes*, III, vol. I, 1974, pág. 160, nota 86 bis.

título civil, no hay duda de que puede existir buena fe aun faltando título, pues la inscripción lo suple. Pero es que incluso aquellos autores que interpretan dicho precepto como una simple presunción de «justo título» reconocen la posibilidad de que sea compatible la buena fe en la posesión con la falta de título. Así, MORALES MORENO señala que «la nulidad o inexistencia del título puede ser desconocida para el sujeto por error de hecho o de derecho. La discordancia entre la configuración del título material y la inscripción es compatible con la buena fe del titular registral cuando éste, sin ser tercero, no haya intervenido personalmente en el acto adquisitivo. Es el caso del heredero del adquirente o de quien actuó a través de representante en el acto de la adquisición, si el representante, quizá con intenciones torcidas, no le dio cuenta del verdadero alcance del negocio celebrado, alcance que no consta en la escritura inscrita» (36).

Presunción de posesión del artículo 35

Más adelante, en relación con la presunción de posesión establecida en el repetido artículo, la sentencia indica que «según los hechos que se declaran probados por el Tribunal *a quo*, no se ha justificado la existencia de acto posesorio alguno por parte de los demandados con relación al censo enfiteúutico debatido». Nos sorprende esta declaración, pues si los titulares registrales están favorecidos por la presunción de posesión es evidente que no tienen por qué justificar acto posesorio alguno, pues será el que se oponga a la presunción quien tendrá que justificar que tal posesión no ha existido. Y resulta que en este caso la única prueba aportada la constituyen las certificaciones registrales, pues fue el propio actor quien delimitó desde el principio la cuestión partiendo exclusivamente del defecto formal de las inscripciones, sin entrar a discutir problemas de fondo. Bien está que se diga que la usucapión del artículo 35 no es exclusivamente tabular, pero nos parece excesivo no tener en cuenta que las presunciones dispensan de toda prueba a los favorecidos por ella. Por tanto, en lugar de la frase que emplea la sentencia, «que no se ha justificado la existencia de acto posesorio», debería haberse planteado esta pregunta: «¿Ha justificado el actor la falta de posesión del titular registral?»

Relación entre los artículos 33 y 35

Tampoco compartimos los razonamientos de la sentencia a propósito de la relación entre estos preceptos. Parece entender, al final del «considerando», que el artículo aplicable al caso es el 33 de la Ley Hipotecaria, lo que excluye la aplicación del 35. He aquí lo que dice después de haber examinado el artículo 35: «Las inscripciones son nulas de pleno derecho por haberse llevado a efecto sin la aportación del título censual inmatriculado, es incuestionable que entra en juego el artículo 33 de la ley vigente y sentencia de esta Sala de 4 de octubre de 1969.»

Efectivamente, fue esa sentencia la que por primera vez destacó la incompatibilidad entre los artículos 33 y 35, relegando este último al caso de actos y contratos que no fueran nulos, sino impugnables.

Pero veamos lo que nos dice ALBALADEJO en relación con esa sentencia: «No hay que tratar de evitar (como hace la sentencia) choques imaginarios entre el artículo 35 y el 33, ya que el que éste proclame que la inscripción no convalida los actos nulos, no obliga a reducir aquél a los impugnables (pensando que si comprendiese también los nulos chocaría con el 33), pues el que la inscripción valga como título, aun si es nulo el acto inscrito, no convalida éste (que sería lo que chocaría con el repetido

(36) ANTONIO M. MORALES MORENO: «La inscripción y el justo título de usucapión», *Anuario Derecho Civil*, 1971, IV, pág. 1135.

artículo 33), sino que, *aun continuando el acto sin convalidar*, se da valor de título no a tal acto, sino a la inscripción.»

«Y para el que estime (erróneamente)—sigue diciendo ALBALADEJO—que al dar algún valor a la inscripción del acto de algún modo se convalidaría éste, bastaría decir que si así fuera (que no lo es) no había sino aceptar que en su terreno el artículo 35 constituiría una excepción al 33.» «Por último—y esto sería objeción decisiva por sí sola—, reducir el artículo 35 a que haga título a la inscripción de actos y contratos impugnables es relegarle a un papel inútil, porque, como se ha expuesto ya, si el título es impugnado, la adquisición se produce, de forma que la usucapción ya no es precisa» (37).

Suscribimos íntegramente esta opinión, haciéndola nuestra, como crítica de la presente sentencia.

Diferencia entre los artículos 30 y 33

En cualquier caso, la alusión que la sentencia hace al artículo 33 de la ley supone un desenfoque de la cuestión, pues en el «considerando» anterior se aplica el artículo 30 de la misma, referente a la nulidad formal.

Entendemos que el artículo 33 no puede ser aplicado al supuesto de nulidad formal del 30. Este último incluye como causa de nulidad formal *la omisión del título* en la inscripción; en cambio, el artículo 33 se refiere a la nulidad material del acto o contrato inscrito, que no puede quedar convalidada por la inscripción. Lo que no puede hacerse es aplicar el artículo 33 a un supuesto del 30.

La diferencia entre la nulidad material y la formal es importante a efectos del artículo 33: cuando del examen de la inscripción se desprende que el título es nulo, la inscripción en sí misma (otra cosa es a través del transcurso del tiempo: art. 35) no lo puede convalidar (artículo 33). Pero si en la inscripción no aparece el título o éste es insuficiente, no es que el título no exista, sino que no ha sido recogido por la inscripción o que ésta se ha practicado sin tener en cuenta el título (supuesto del art. 30). En este último caso, la inscripción no hace ver la nulidad del título, sino que guarda silencio sobre él, quedando en blanco la cuestión de si existe o no título. Ante este silencio, lo lógico es intentar la nulidad formal de la inscripción (supuesto de anulabilidad); pero mientras no sea anulada hay que aplicar el principio de legitimación del artículo 38, presumiendo que el titular registral lo es a efectos del artículo 35. Por lo menos, mientras no se demuestra que el título no existe en la realidad o que es nulo. En un pleito como el presente, en que no se entró en el fondo del asunto, no parece adecuado aludir al artículo 33.

No obstante, lo que nos importa, en definitiva, en este comentario es llamar la atención sobre el sentido y la letra terminante del artículo 35, que no queda muy bien parado ni en esta sentencia ni en otras anteriores.

PROCEDIMIENTO DEL ARTICULO 41 DE LA LEY HIPOTECARIA: RECIBIMIENTO A PRUEBA. AUNQUE ES POSIBLE, EN GENERAL, LA APERTURA DE PERIODO PROBATORIO EN SEGUNDA INSTANCIA AL REMITIRSE EL ARTICULO 41 AL PROCEDIMIENTO DE LOS INCIDENTES, SIN EMBARGO, NO ES ADECUADO ABRIRLO EN EL PRESENTE CASO POR DEFECTOS FORMALES DE LA PROPOSICION DE PRUEBA (SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1974).

Hechos.—«Inmobiliaria Calatrava, S. A.», ejercita la acción real del artículo 41 de la Ley Hipotecaria contra don Antonio Montero Marín,

(37) ALBALADEJO, *ob. cit.* en nota 35, pág. 162.

ocupante sin título alguno de un piso del edificio «La Torre», de Ciudad Real, propiedad de la actora. El accionado formula demanda de contradicción alegando la causa 2.ª de oposición del artículo 41 de la Ley Hipotecaria.

Practicadas las pruebas pertinentes, el Juez de Primera Instancia de Ciudad Real estimó la acción real promovida por la Inmobiliaria, condenando al accionado a que desocupara el piso del referido edificio.

El accionado, señor Montero, interpuso recurso de apelación, solicitando por «otrosí» el recibimiento a prueba en relación con las preguntas a un testigo, que fueron declaradas impertinentes por el Juzgado, a pesar de ser trascendentales, y en relación con un documento nuevo que contenía declaraciones decisivas del Vicepresidente de la Inmobiliaria sobre la ocupación del piso en cuestión.

La Audiencia Provincial de Ciudad Real no admitió el recibimiento a prueba en Segunda Instancia, dado el carácter sumario del procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria.

El accionado interpone recurso de casación por quebrantamiento de forma, entendiendo que procedía el recibimiento a prueba en Segunda Instancia, conforme al procedimiento de los incidentes, al que se remite el artículo 41.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Mariano Gimeno Fernández, aunque estima que es aplicable el procedimiento de los incidentes, con posibilidad de apertura del período probatorio en Segunda Instancia, declara que en este caso no ha lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que, en primer lugar, ha de rechazarse el argumento de la resolución de la Sala de Instancia, encaminado a justificar la inadmisión de la apertura del período probatorio en Segunda Instancia, apoyándolo en que el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, que regula el procedimiento a seguir en las acciones que se ejercitan al amparo de tal precepto, debido al carácter sumario del mismo no admite prueba de ninguna clase, lo que no es cierto, pues el citado precepto dispone que si se formulara demanda de contradicción, supuesto que se da en el caso de autos, se sustanciará ésta con arreglo a los artículos 749 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que admite y regula el recibimiento a prueba a través de los artículos 752 y 753 de la misma y, claro está, que en Segunda Instancia se halla regulada la posibilidad de la apertura de período probatorio por los artículos 893 y concordantes de la propia ley.»

«Considerando que, entrando más a fondo en el escrito del recurso, analizando el contenido del escrito a medio del cual se interpone, ha de procederse a estudiar por separado cada una de las pruebas que fueron objeto de proposición en la Segunda Instancia...»

«Considerando que, en relación con la Segunda Instancia, en el escrito por medio del cual se llevó a cabo la petición, se solicitó de la Sala la apertura del período probatorio, apoyándolo en los números 2.º y 3.º del artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aduciendo que no había podido practicarse parte de la prueba testifical que fue propuesta en Primera Instancia por causa no imputable a su voluntad, prueba consistente en que fueron evacuadas preguntas determinadas por ser declaradas impertinentes por el Juzgado; pero no precisa, como con rigor formal exige el precepto del artículo 1.750 de la propia ley, la protesta o reclamaciones que hubiera verificado para subsanar la falta en aquella Instancia o la imposibilidad de verificarlo, según determinan los artículos 1.696 y 1.750 de la citada ley, lo que impide pueda ser estimada la petición con respecto a dicho particular de prueba.»

«Considerando que con respecto a la prueba documental, cuya aportación a los autos como tal se pretende, hay que distinguir también dos

supuestos distintos: uno, el que hace referencia a la intentada en Primera Instancia referente a los documentos obrantes a los folios 228 al 242 de autos, que ha de rechazarse, de un lado, porque en el propio escrito con que se acompañaron en Primera Instancia los documentos en cuestión se hacía expresa manifestación de que la procedencia o no de su admisión, así como si se estimaba o no procedente traerlos a los autos al amparo de lo que previene el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo dejaba al criterio del juzgador, y, de otro, porque contra el proveído de Primera Instancia, que aunque uniéndolo a los autos rechazó su admisión como prueba documental, se dan las mismas circunstancias que con respecto a la prueba testifical se han hecho constar en el precedente razonamiento, por lo que no puede admitirse su práctica en esta Segunda Instancia, y con respecto al resto de la prueba documental propuesta, para su aportación, como precisa el artículo 863 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es necesaria la apertura del período probatorio, que es lo solicitado por la parte hoy recurrente, sin que contra el particular de la providencia de 5 de febrero de 1974 que rechazó la admisión y acordó la devolución de los documentos que acompañó a su escrito se interpusiera recurso alguno, que la parte recurrente ni señala ni manifiesta la imposibilidad de verificarlo, ni justifica o razona suficientemente que su omisión pudiera generar indefensión, pareciendo más bien tratarse de un pretexto para dilatar la terminación del proceso dentro del que se promueve el recurso, lo que es contrario al espíritu de la ley.»

LEY DE VENTA A PLAZOS DE BIENES MUEBLES: EL PRESTAMO DE FINANCIACION A COMPRADOR DE UNOS CAMIONES, INSCRITO EN EL REGISTRO, TIENE LA PREFERENCIA SEÑALADA EN LA LEY, AUNQUE SE HUBIESEN RENOVADO LAS LETRAS SUSTITUYENDOLAS POR OTRAS DE IGUAL IMPORTE Y DE VENCIMIENTO POSTERIOR (SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1974).

Hechos.—«Financiera Ventas de Vehículos, S. A.», concedió cuatro créditos a don Rufino Trigo Torrado para la compra de otros tantos camiones «Pegaso», formalizándose los préstamos de financiación por póliza intervenida por Agente de Cambio y Bolsa y asimismo por contrato, que se inscribió en el Registro de Reservas de Dominio y Prohibiciones de Disponer de Cádiz. Ante el impago de varios plazos por el deudor y el embargo de los camiones por otro acreedor, la Entidad «Financiera Ventas de Vehículos, S. A.», formula demanda de tercería de mejor derecho contra la Sociedad embargante, «Industrial Corchera, S. A.», y el deudor, con objeto de que se declare preferente el crédito de la actora, conforme a lo establecido en la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles.

El Juez de Primera Instancia de Algeciras estimó la demanda por el total importe de la deuda, o sea, 806.939,62 pesetas más los intereses pactados y las costas. La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla dictó sentencia estimando también la demanda, pero consideró el crédito de 794.580 pesetas más los intereses pactados por mora.

La Sociedad «Industrial Corchera, S. A.», interpone recurso de casación por aplicación indebida del artículo 19 de la Ley de 17 de julio de 1965, estimando que este artículo es aplicable a los créditos nacidos de los pactos inscritos en el Registro, no a las renovaciones de letras que no se reflejaron en el mismo.

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

«Considerando (2.º) que al declararse probado en la sentencia recurrida que la Entidad actora, a través de pólizas intervenidas por Agentes de Cambio y Bolsa, financió la venta a plazos de los camiones, cuya parte de precio se reclama en el proceso de que este recurso dimana; que los correspondientes contratos se extendieron en modelo oficial, inscribiéndose en el Registro de Reservas de Dominio y Prohibición de Enajenar (segundo considerando de la Sala), y que se dejaron impagados los plazos, en torno a cuyo reintegro gira la litis (tercer considerando de la Sala), y al no haberse destruido tales afirmaciones en esta fase del procedimiento, según se ha expresado anteriormente, es indudable que la acción ejercitada goza de la preferencia que para el cobro de esas sumas le otorga el artículo 19 de la Ley de 17 de julio de 1965, en relación con los artículos 1.922, número 2, y 1.926, número 1, del Código civil, puesto que en los hechos relatados aparecen los requisitos necesarios para la consecución de ese resultado, al haberse hecho constar en los respectivos contratos las circunstancias exigidas por los artículos 6 de dicha ley y 2 de las Ordenanzas de 8 de julio de 1966, al estar inscritos en el Registro a que se refiere el artículo 23 y al gozar la misma de la presunción establecida en el párrafo primero del artículo 20 de la indicada Ordenanza; por lo que al haberlo entendido así el juzgador de Instancia, no ha incurrido en las infracciones que se denuncian en el segundo motivo del recurso, acogido al número 1 del artículo 1.692 de la Ley Procesal, sin que a ello se oponga la alegación que en él se hace de que los plazos consignados en los primitivos contratos fueron satisfechos mediante la renovación de las letras de cambio originariamente pactadas, de acuerdo con la doctrina sustentada en la sentencia de 17 de febrero de 1959, y que las ahora reclamadas no gozan de prelación alguna, al no hallarse adecuadamente inscritas, porque ni ello se deduce de los elementos fácticos que recoge el juzgador de Instancia, por lo que el motivo hace supuesto de la cuestión y se halla incurrido en la causa novena del artículo 1.729 de la Ley Rituaria, ni se expresa cuál sea el párrafo del artículo 19 de la Ley de 17 de julio de 1965, que se dice aplicado indebidamente, como es preciso para el éxito de estos vicios *in iudicando*, según sentencias de 19 de noviembre y 6 de diciembre de 1974, con lo que el motivo debe ser rechazado, al igual que los cuarto y quinto del recurso, que también se apoyan en hechos distintos de los admitidos por el Tribunal *a quo*, en orden al contenido de las escrituras públicas a que los mismos se refieren, y que para lograr el éxito apetecido debieron atacarse en cuanto a su interpretación, cosa que, como no se ha hecho, origina su improsperabilidad.»

COMENTARIO.—El recurrente plantea una interesante cuestión, que puede darse en todos los casos de créditos privilegiados atendiendo a su fecha, como, por ejemplo, tratándose de créditos hipotecarios inscritos en una determinada fecha y de créditos de financiación a comprador de bienes muebles a plazos inscritos en el Registro de la Ley Especial. El problema que plantea debe encuadrarse, en el fondo, dentro de la normativa de la novación: ¿la renovación de las letras señalando distintos plazos de vencimiento supone la extinción del crédito primitivo y la constitución por otro distinto? Si se contesta afirmativamente, se llegará a la conclusión del recurrente, consistente en que la renovación de las letras no estaba amparada por el Registro al no figurar en él.

El Tribunal Supremo ha preferido no entrar en este problema, desestimando el motivo por hacer supuesto de la cuestión, entendiendo que la alegación relativa a que los créditos reflejados en el Registro habían sido satisfechos mediante la renovación de las primitivas letras no resultaba de las pruebas fácticas de Instancia.

Por nuestra parte, creemos que todo depende de que la renovación

de las letras se estime como novación extintiva o simplemente modificativa. Parece que hay que inclinarse en este caso por la novación modificativa, pues la extintiva exige que conste el ánimo o voluntad de extinguir el crédito (argumento: art. 1.204 del Código civil), y en la duda hay que inclinarse, según la jurisprudencia y la doctrina, por la modificativa. Con la consecuencia, en este caso, de que el crédito reflejado en el Registro seguía siendo el mismo y no perdía su preferencia por el hecho de la renovación de las letras.

Por tanto, el problema planteado resulta interesante, pues revela la importancia que puede tener la distinción entre novación modificativa y extintiva a efectos del Registro de Ventas a Plazos. También podría ser interesante el tema en materia de hipotecas, pero no es lugar adecuado para tratar a fondo del mismo, máxime habiendo sido eludido por la presente sentencia.

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

SERVIDUMBRE POR «DESTINACION» DEL PADRE DE FAMILIA RESPECTO A UN PATIO PARA SERVICIO COMUN: SE DAN LOS REQUISITOS DEL ARTICULO 541 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1974).

Hechos.—Don Juan José, doña María del Sagrario y don José Antonio Suárez Aller deducen demanda contra don José Luis y don Miguel Angel García Herrero y contra don Horacio Montes Coto, alegando que los demandantes y otras personas son dueños en proindivisión de la finca que, inscrita como independiente, se describe en el Registro como «patio para servicio común de las casas que forman la manzana en el paseo de Begoña». Entre dichos titulares registrales no se encontraban los demandados. Uno de éstos, don Horacio Montes Coto, había comprado el local comercial bajo de la casa número 16 del paseo de Begoña a don Manuel Emilio, doña Aurora y don José Antonio Blanco Medina, que también aparecen como dueños del patio en cuanto a una participación indivisa, pero seguían siendo dueños de la misma, pues no la vendieron a don Horacio. A los otros demandados, don José Luis y don Miguel Angel García Herrero, se les demanda porque tenían en arrendamiento el citado local comercial, dedicándolo a la cafetería llamada «El Caballito», usando del patio común para entrada y salida de mercancías diversas destinadas o procedentes del establecimiento, expulsando hacia el patio toda clase de humos y teniendo abierta una ventana y una puerta al mismo. Suplican se dicte sentencia declarando que la finca «patio común» pertenece como finca registral independiente exclusivamente a los actores y a otros titulares que se citan en la demanda, quedando excluidos de la propiedad los demandados, y además que se declare que éstos no tienen ningún derecho sobre el repetido patio.

Los demandados se oponen entendiendo que existe derecho de servidumbre a su favor sobre el patio, pues se constituyó para el servicio común de varias casas, entre ellas la que comprende la cafetería «El Caballito».

El Juez de Primera Instancia número 1 de los de Gijón dictó sentencia estimando sólo parcialmente la demanda, declarando que el patio pertenece en copropiedad a los titulares registrales que señala la demanda; pero desestimó el segundo pedimento, referente a que los demandados no ostentan ningún derecho sobre el patio.

Interpuesto recurso de apelación por la parte actora, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo confirma la sentencia del Juzgado.

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

«Considerando que la llamada por las doctrinas francesa e italiana 'constitución de servidumbre por destinación' del padre de familia o del propietario común tuvo su origen en los postglosadores, que admitieron que cuando el propietario de dos fundos destinaba uno de ellos al servicio del otro con signos visibles, se entendía constituida la servidumbre por el hecho de dejar de pertenecer ambos predios al mismo propietario, sin que se hiciera constar manifestación contraria, y así ha pasado a nuestro Código por el doble conducto de la legislación extranjera y de la jurisprudencia y aparece formulado en el artículo 541, que dispone que 'la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas establecido por el propietario de ambas se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura'».

«Considerando que la doctrina científica y la jurisprudencia dan a la voz 'enajenar', a estos efectos, un sentido amplio, comprendiendo en él tanto la enajenación a título oneroso como la realizada a título gratuito, la enajenación total como la parcial, y además la división de una sola finca» (sentencias de 6 de febrero de 1904, 17 de noviembre de 1911, 10 de abril de 1929, 10 de octubre de 1957 y 30 de octubre de 1959).

«Considerando que en el supuesto de que el causante de una herencia haya afectado unos fundos para prestar ciertos servicios en favor de otros, estableciendo los correspondientes signos externos aparentes de servidumbres, éstas se constituyen precisamente en el momento en que sus herederos realizan la partición y prestan su conformidad a que persistan tales signos, conformidad que pueden manifestar de modo expreso, haciéndolo constar, o de manera tácita, guardando silencio sobre ello, sin hacer desaparecer aquellos signos.»

«Considerando que esto es lo que olvidan los recurrentes al formalizar su recurso, haciendo descansar todos los motivos de él en la tesis contraria, por lo que tales motivos nacen ya condenados al fracaso, porque en el caso de autos los herederos de don Luis Truan han manifestado de *manera expresa su conformidad* en que el patio siguiera siendo común y que continuara prestando aquellas servidumbres como si el padre siguiera viviendo, por lo que aparecen cumplidos los requisitos que la jurisprudencia señala para que se cree la servidumbre regulada en el referido artículo 541 del Código civil.»

«Considerando que en el primer motivo del recurso, formulado al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia un supuesto error de hecho en la apreciación de la prueba, que se pretende demostrar con la invocación de la certificación registral obrante en autos, con la cual, en tesis de los recurrentes, 'se evidencia y manifiesta inequívocamente que don Luis Truan no creó la situación de copropiedad, sino que sus herederos, al hacer la partición..., fueron quienes constituyeron la servidumbre'».

«Considerando que para la desestimación de este motivo basta tener en cuenta: Primero: Que la sentencia recurrida lo único que afirma es que 'la situación jurídica tiene su origen en su propio destino, que fue expresamente fijado por el primitivo titular del dominio', y esto no lo

contradican las certificaciones registrales invocadas. Segundo: Que quienes constituyeron las servidumbres litigiosas, según dicha sentencia, fueron los herederos al formalizar la partición, que era el momento en que efectivamente, por mutuo acuerdo, podían constituir las o hacerlas desaparecer.»

«Considerando que el motivo segundo del recurso acusa la violación del artículo 597 del Código civil, según el cual 'para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios'; pero tal motivo tiene que decaer porque los propios recurrentes, en el motivo anterior y apoyándose en la certificación registral invocada, reconocen que fueron todos los interesados quienes las constituyeron, haciendo constar, de mutuo acuerdo, que 'todos los herederos tendrán iguales derechos de luces, vistas, aguadas (*sic*), puertas y tránsito y demás servicios sobre el patio común'.»

«Considerando que también tiene que perecer el motivo tercero, en el cual se denuncia la aplicación indebida del artículo 541 del Código civil al caso litigioso porque, como ya queda razonado, este precepto exige dos series de actuaciones, que aquí se han realizado: la del destino por el causante y la manifestación expresa de sus herederos, dando su conformidad a que el patio común siga prestando todos aquellos servicios a todas las casas de la manzana que lo circundaba.»

«Considerando que igualmente tiene que ser desestimado el motivo cuarto del recurso, porque en él se denuncia la violación del artículo 1.281 del Código civil, en relación con los 530 y 536 del mismo Cuerpo legal; como los mismos recurrentes reconocen, en él, 'en la partición de bienes de don Luis Truan, sus herederos—no el causante—consignaron expresamente, y así figura inscrito..., un condominio—documento número uno de la demanda—, que es finca independiente en el Registro de la Propiedad, bajo el tenor literal de 'patio para servicio común de las casas que forman la manzana de casas del paseo de Begoña', correspondiente a la herencia de don Luis Truan'; los recurrentes, como bien claramente se advierte, olvidan que el verdadero acto por el cual nacen a la vida del Derecho las servidumbres litigadas, es precisamente ese de la partición, según ya queda razonado, pues sin él, aunque el causante lo hubiera dispuesto, podía ser incumplido ese mandato si todos los herederos estaban conformes en que no subsistiera la afectación ordenada de que ese fundo proindiviso prestase ciertas servidumbres en favor de las casas de la aludida manzana.»

COMENTARIO.—El supuesto de hecho de esta sentencia consiste en una partición de herencia en que un patio, que tiene sobre sí el signo externo de servicio común en favor de otras casas establecido por el causante, es adjudicado en copropiedad a favor de todos los herederos, siendo la alegación fundamental del recurso que el artículo 541 del Código civil no es aplicable porque la *constitución de una copropiedad* sobre el patio implica voluntad contraria a la *constitución de la servidumbre*, voluntad contraria a la que hace referencia el último inciso de dicho artículo.

Teniendo en cuenta esto vamos a examinar dos tipos de problemas:

1.º Si la constitución de una copropiedad sobre el patio a favor de todos los herederos implica o no una voluntad contraria a la constitución de la servidumbre del artículo 541 del Código civil.

2.º Si dicho precepto es aplicable cuando la división de las fincas, supuestamente dominante y sirviente, se realiza adjudicando cada una de ellas en proindivisión a favor de los mismos herederos.

Primer problema.—Relación entre la constitución de una copropiedad y la voluntad contraria a la servidumbre del artículo 541 del Código civil. Parten los recurrentes de que el Tribunal de Instancia ha incurrido en

un contrasentido al haber admitido que se constituyó una copropiedad sobre el patio a favor de todos los herederos y no excluir la servidumbre, «pues no cabe al tiempo declarar un condominio y una servidumbre como fruto de la misma voluntad y origen». Alegan aplicación indebida del artículo 541, porque «el propio título de constitución de la supuesta servidumbre, recogido en la declaración de propiedad o parte dispositiva de la sentencia, expresa lo contrario a la presunción de una servidumbre por destino, cual es la formación de un proindiviso o copropiedad». O sea, parece que quieren decir que si todos los herederos pueden usar del patio común como dueños (copropiedad), debe excluirse que puedan usar de él a título de servidumbre.

El Tribunal Supremo no contesta directamente a esta alegación, sino que la da por contestada diciendo que el artículo 541 del Código civil es aplicable al caso por darse los requisitos del mismo y, concretamente, por haberse producido una manifestación expresa de los interesados en el sentido de que el patio continuara prestando los servicios comunes, al aludirse a que «todos los herederos tendrán iguales derechos de luces, vistas, aguadas (*sic*), puertas y tránsito y demás servicios sobre el patio común». Es más, no sólo no se ocupa de las relaciones entre copropiedad y servidumbre sobre una misma finca, sino que se permite manejar con cierta libertad las expresiones de los recurrentes sobre esta cuestión, pues en el «considerando» 5.º se dice que, en tesis de los recurrentes, fueron los herederos «al hacer la partición... quienes constituyeron la servidumbre», cuando lo que éstos indican es que «al hacer la partición fueron ellos quienes constituyeron no una servidumbre, sino la finca 'proindiviso' y la copropiedad». Y en el «considerando» 7.º insiste la sentencia en que los propios recurrentes reconocen que fueron todos los interesados quienes constituyeron las servidumbres, cuando lo que éstos señalan es que constituyeron una copropiedad.

En estas condiciones, se producen dificultades para el comentarista a la hora de buscar matices en esta sentencia. Hemos visto que los recurrentes se refieren a la adjudicación en «proindiviso» del patio como una expresiva manifestación de voluntad *contraria* a la constitución de una servidumbre. Y el Tribunal Supremo no se ocupa de ese problema directamente, sino que destaca otros aspectos del caso reveladores de que hubo manifestación de voluntad expresa y positiva de servidumbre.

Con lo cual queda la duda de qué opina el Supremo sobre el problema planteado por los recurrentes y de si la doctrina de esta sentencia será o no aplicable al caso en que los herederos practican la partición adjudicándose una finca en proindivisión a favor de todos ellos, como aquí ocurrió, pero sin figurar en la escritura de partición de herencia declaraciones «expresas» relativas a la servidumbre, a diferencia de lo que, al parecer, aquí sucedía. En el «considerando» 3.º se alude a la manifestación tácita de los herederos, al silencio de los mismos, sin hacer desaparecer los signos de servidumbre. Pero se trata de un «considerando» introductorio de carácter general, y lo cierto es que la *ratio decidendi* se centra después en el hecho de haberse producido una manifestación expresa de servidumbre. ¿Y si no hubiera habido tal manifestación expresa, sino el simple hecho de constitución de una copropiedad sobre el supuesto predio sirviente, guardando silencio sobre la servidumbre? ¿Es guardar silencio, a efectos del artículo 541, constituir una copropiedad a favor de todos los herederos sobre el supuesto predio sirviente?

En nuestra opinión, lo importante en estos casos no es que haya una manifestación positiva expresa de servidumbre, siempre discutible, sino que no haya habido una declaración terminante y clara de signo contrario a la servidumbre. En los casos normales de constitución voluntaria de servidumbre es imprescindible la declaración expresa, pues el dominio se presume libre; pero en el caso del artículo 541, existiendo el signo

externo, la servidumbre se constituye, a no ser que se manifieste terminantemente lo contrario. Claro que si hay manifestación expresa favorable a la servidumbre, ya no hay necesidad de plantearse si hubo o no declaración contraria a la servidumbre. Pero lo discutible en estos casos es eso precisamente, si hay manifestación expresa de servidumbre. Es más seguro recordar que el artículo 541 lo que exige es que no haya declaración en contrario. Y desde este punto de vista, y contestando ya a los recurrentes, entendemos que la constitución de una copropiedad no implica necesariamente voluntad contraria a la servidumbre sobre la misma finca. Ambas instituciones no se excluyen: la relación de COPROPIEDAD se manifestará en el uso del patio común por parte de todos los condueños, con aplicación del régimen de mayorías del artículo 398 del Código civil en cuanto a su administración, y con la posibilidad de ejercitar sus facultades dispositivas sobre el mismo, construyendo, por ejemplo, de común acuerdo, sótanos bajo el mismo; en cambio, la relación de SERVIDUMBRE se manifestará en los servicios que el patio puede prestar a los titulares del edificio colindante: paso, luces, vistas, desagüe, y que son perfectamente compatibles con los servicios que proporciona a los dueños del mismo patio.

En definitiva, aunque el Tribunal Supremo ha preferido eludir el problema planteado por los recurrentes, diciendo que el artículo 541 del Código civil es aplicable por haberse producido una manifestación expresa de servidumbre, entendemos que hubiera bastado insistir en la falta de declaración contraria a la servidumbre, no siendo tal, a efectos del citado artículo, la constitución de una copropiedad a favor de todos los herederos sobre el patio sirviente. Ello siempre que el predio dominante no se hubiera adjudicado en proindivisión a favor de los mismos herederos y en idéntica proporción, pues entonces se hubiera producido una servidumbre de propietario. Pero éste no es el caso de la sentencia, según veremos ahora.

Segundo problema.—El artículo 541 del Código civil y la división de fincas dominante y sirviente con adjudicación de las mismas en proindiviso.

En el «considerando» 2.º, el Tribunal Supremo recuerda la amplitud de la voz «enajenar» del artículo 541, comprensiva incluso de la división de finca. Entendemos que esta interpretación amplia es acertada, pues en el citado precepto hay dos expresiones que se complementan y explican recíprocamente: «enajenar» y «separación de propiedades». Para evitar repetir la voz «enajenar», el artículo 541 utiliza la expresión «separación de propiedades», por lo que puede interpretarse que al precepto le interesa propiamente la «separación de propiedades» más que la enajenación en sentido técnico. Pero, a su vez, «la separación de propiedades» hay que interpretarla matizándola con la palabra «enajenar», a la que viene a sustituir en dicho artículo, para concluir que no se trata de una simple división o separación de «propiedades», sino de una separación de «propietarios», de una modificación de titularidades.

Ahora bien: en relación con el supuesto planteado, la declaración de este «considerando» 2.º tiene un carácter introductorio y más bien es *obiter dictum*, pues nadie discutía en el caso el problema de si el artículo 541 es o no aplicable a la división de cosa común ni el de la amplitud de la voz «enajenar». Por ello consideramos adecuado no centrarse en esa declaración ni recogerla como doctrina de esta sentencia, máxime habiendo abundantes sentencias sobre el mismo problema que se pronuncian de modo más decisivo.

Para que realmente tuviera interés esa declaración tendría que haber puntualizado que se trataba de un caso de DIVISION DE FINCA con ADJUDICACIONES EN PROINDIVISION a favor de los herederos de

las fincas resultantes, planteándose así la cuestión de titularidades coincidentes en predio dominante y sirviente y el problema de la servidumbre de propietario. Pero para haberse pronunciado sobre este tema, el recurso tenía que haber aludido de modo terminante a estos problemas, y aunque en el fondo del mismo latan estas cuestiones, sólo se recogen de pasada, por ejemplo, en el motivo segundo, en que se dice que «es imposible la servidumbre sobre cosa propia conforme al brocardo *nemini res sua servit iure servitutis*, en nota fuertemente destacada de dos predios y dos dueños». Se alude también al artículo 530 del Código civil, pero no como artículo directamente infringido por la sentencia de Instancia, sino como relacionado con el 597 del Código civil, que es el que se señala como infringido. Ante estas alusiones de pasada era difícil que el Tribunal Supremo destacase el problema.

Habrà que esperar, pues, a futuras sentencias para conocer la opinión del Tribunal Supremo acerca de la aplicación del artículo 541 a los supuestos de división de finca con adjudicación en proindiviso de las resultantes (dominante y sirviente) a favor de varios titulares que coinciden en uno y otro predio de alguna forma.

No obstante, adelantaremos ya nuestra opinión sobre este problema distinguiendo tres hipótesis, a efectos del artículo 541 del Código civil:

1.^a *Adjudicación en proindivisión de las dos fincas a los mismos herederos y en la misma proporción.*—En este supuesto se forman dos fincas independientes, pero, en nuestra opinión, no se cumple el requisito de la «separación de propiedades» exigido por el artículo 541, pues éste no se refiere a la «separación de propiedad en sentido objetivo de formación de dos fincas», sino en el sentido subjetivo de constitución de distintos propietarios en una y otra. Ello es así porque tal expresión, según dijimos, hay que relacionarla con la voz «enajenar», que de algún modo alude a modificación de titularidades, y, en todo caso, porque si no se formaría una servidumbre de propietario, prohibida por el artículo 530 del Código civil, pues según este artículo la finca «dominante» no ha de pertenecer a «la misma comunidad» que la de la finca sirviente. Y si el patio se hubiera adjudicado a los mismos titulares que el edificio colindante y con la misma distribución de cuotas, se daría la servidumbre de propietario.

Por tanto, no cabe en este supuesto aplicar el artículo 541. Pero ¿es éste el caso de la sentencia? Parece que no, pues el patio estaba adjudicado a favor de todos los herederos, pero el edificio colindante en cuestión no se había adjudicado a todos ellos, sino sólo a algunos.

2.^a *Adjudicación en proindivisión de las dos fincas a los mismos titulares, pero en distinta proporción.*—En este otro caso, a diferencia del anterior, aunque haya identidad de titulares en uno y otro predio, la distribución de cuotas es diferente respecto a cada finca. Aquí sí podría interpretarse que hay separación de propiedades, a efectos del artículo 541, pues las fincas dominante y sirviente no pertenecen a la «misma comunidad» (empleando la expresión del art. 530). Hay una diferencia de titularidades y ello excluye la servidumbre de propietario, por lo menos en la medida en que falte la coincidencia de tales titularidades. Ejemplo: si el patio sirviente pertenece a tres titulares por iguales terceras partes indivisas, y el edificio dominante corresponde a los mismos titulares, pero con distribución de dos terceras partes indivisas a favor de uno y la otra tercera parte para los dos restantes, habría coincidencia de titularidad en cuanto a dos terceras partes indivisas, pero respecto a la otra tercera parte indivisa no habría servidumbre de propietario.

3.^a *Adjudicación en proindivisión de las dos fincas a distinto número de titulares, aunque en parte coincidan.*—Este parece ser el caso de la presente sentencia: el patio se había adjudicado a todos los herederos

y cada uno de los edificios colindantes se adjudicó a algunos de ellos. El resultado era que el edificio colindante en cuestión pertenecía a menos titulares que el patio, con lo que la coincidencia de titularidades en uno y otro predio era sólo parcial no sólo por el número de titulares, sino por la proporción de cuotas de las comunidades existentes en finca dominante y sirviente.

Pues bien, si en el caso anterior hemos interpretado que existe separación de propiedades, aquí debe admitirse con mayor amplitud y aplicar el artículo 541 al supuesto planteado, por lo menos en tanto en cuanto no coincidan las participaciones indivisas en propiedad en uno y otro predio.

Por tanto, en nuestra opinión, se cumple en el caso de la sentencia el requisito de la separación de propiedades del artículo 541, por lo que no es procedente alegar, como hacen de pasada los recurrentes, la idea de servidumbre de propietario.

LA TRADICION HA DE SER LA REAL Y NO LA INSTRUMENTAL CUANDO SE TRATA DE ADJUDICACIONES AL ACREEDOR DE BIENES MUEBLES CORPORALES SUBASTADOS JUDICIALMENTE, NO ADQUIRIENDOSE LA PROPIEDAD SOLO POR LA ENTREGA DEL TESTIMONIO DEL AUTO DE ADJUDICACION, SINO QUE DEBE COMPLETARSE POR LA ENTREGA MATERIAL DE LOS BIENES (SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Hechos.—Don Juan María López de la Fuente formula demanda de tercería de dominio sobre unas cajas de *whisky* contra la Entidad «Naviera Santa María, S. A.», y contra los Interventores Judiciales de la suspensión de pagos de dicha Naviera, alegando que en juicio ejecutivo seguido contra la misma por impago de una deuda obtuvo sentencia de remate a su favor, siéndole adjudicadas por el Juzgado número 5 de Bilbao, en ejecución de sentencia, las referidas cajas de *whisky*, adquiriendo, según el actor, la propiedad por la entrega que se le hizo del testimonio del auto judicial correspondiente. Por ello suplica se dicte sentencia declarando el dominio del actor sobre las cajas de botellas, condenando a sus actuales poseedores a respetar la propiedad y a la entrega de las mismas.

Los demandados se oponen contestando que existe ciertamente un crédito a favor del actor, pero no ostenta un derecho de propiedad sobre las cajas, pues fue suspendida judicialmente la diligencia de entrega debido a que anteriormente se habían embargado los bienes en procedimiento de apremio seguidos por otros acreedores, encontrándose las cajas depositadas en el Juzgado donde se seguían esos procedimientos.

El Juez de Primera Instancia número 17 de los de Madrid desestima la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha capital.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el actor, por infracción del párrafo 2.º de los artículos 1.462 y 609 del Código civil y por violación de la doctrina legal de las sentencias de 17 de abril de 1917, 22 de marzo de 1946 y 4 de mayo de 1965, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que la única cuestión a resolver, por estar íntimamente relacionada con la motivación del recurso, es la de si el auto de adjudicación al recurrente de las cajas de *whisky* embargadas en el juicio ejecutivo, que promovió contra la Sociedad recurrida, constituye por sí solo

título de dominio suficiente y eficaz para la prosperabilidad de la tercera, de la que deriva el recurso, como sostiene aquél, o no lo es, porque al no haber sido entregados dichos bienes al ejecutante, tercerista y recurrente, no es equiparable la tradición instrumental, que implica el auto de adjudicación, a la real, criterio de la Sociedad recurrida aceptado en la sentencia impugnada.»

«Considerando que, evidentemente, la tradición fingida que supone la escritura pública de compraventa o el auto de adjudicación de bienes, a la cual se refiere el número segundo del artículo 1.462 del Código civil, puede equipararse a la entrega real de la cosa vendida o adjudicada cuando una u otro no resultare lo contrario, es decir, esa equivalencia está basada en una presunción legal *juris tantum*, que, como tal, puede ser destruida. Ahora bien: en el caso de autos lo que verdaderamente tiene excepcional relevancia y significación es la naturaleza de los bienes adjudicados y que la adjudicación se verificó por no haber concurrido postor en el procedimiento de apremio para la ejecución de la sentencia recaída en el proceso ejecutivo ya mencionado, porque, de conformidad con la doctrina de esta Sala establecida en las sentencias de 26 de junio de 1946 y 20 de octubre de 1961, 'en las adjudicaciones y venta de bienes muebles corporales subastados judicialmente, en ejecución de sentencia, rige la presunción contenida en el párrafo primero del artículo 1.462 del Código civil', según la cual se entiende entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador, norma que está de acuerdo con el párrafo segundo del artículo 1.509 de la Ley Procesal Civil, que expresamente 'ordena la entrega de los bienes subastados al adjudicatario y que firme el recibo en los autos', lo que es lógica consecuencia de la necesidad procesal de que en las actuaciones conste en todo momento en poder de quién se encuentran materialmente los bienes embargados y subastados; así, pues, la tradición exigida respecto a los bienes muebles objeto de la tercera no es la instrumental, sino la real, la cual, según doctrina de esta Sala (sentencias de 10 de abril de 1927 y 15 de igual mes de 1947, entre otras—, es la establecida en el párrafo primero del artículo 1.462, ya citado; forma de tradición no verificada con relación a los bienes adjudicados al recurrente, según las afirmaciones de hecho consignadas en el considerando primero de la sentencia recurrida, que han de ser aceptados al no haber sido combatidos eficazmente. Los dos motivos del recurso, amparados en el ordinal primero del artículo 1.692, consistentes en violación del artículo 609 y párrafo 2.º del 1.462 de igual ley sustantiva civil, y en infracción, por igual concepto, de la doctrina establecida en las sentencias que se citan, son inviables, porque en ellos se contempla y razona el supuesto de la equivalencia de la tradición simbólica a la real, no aplicable al caso de autos por lo ya expresado; por tanto, no puede atribuirse al auto de adjudicación de bienes muebles corporales la eficacia de justo título de dominio, lo que determina la inexistencia de uno de los tres requisitos esenciales establecidos por la doctrina de esta Sala, interpretativa del artículo 348 del Código civil, que impide la actuación favorable de la pretensión procesal.»

COMENTARIO.—Antes de esta sentencia había dos soluciones distintas en la jurisprudencia acerca del problema de si el auto de adjudicación de bienes muebles en procedimientos de apremio lleva o no consigo la tradición de los mismos. La presente sentencia se sitúa en una vía media, pues acepta la solución de la segunda dirección jurisprudencial, pero no excluye la otra solución para supuestos diferentes.

a) Por un lado, están las sentencias de 17 de abril de 1917 y de 22 de marzo de 1946, que alega el recurrente en el motivo segundo (1). Am-

(1) La otra sentencia que se cita en el recurso, la de 4 de mayo de 1965 (*Aranzadi*, núm. 2.441.

bos entienden que el auto de adjudicación implica la tradición partiendo de una equiparación entre el mismo y la escritura pública, a efectos del párrafo 2.º del artículo 1.462 del Código civil.

Así, la sentencia de 17 de abril de 1917 (2), en un supuesto de adjudicación de unos valores al acreedor en pago de su crédito, dice en el «considerando» 2.º lo siguiente: «Que la adjudicación en pago es el medio legal de hacer dueño al acreedor de los bienes y derechos del deudor en las mismas condiciones que éste lo fuese y produce iguales efectos que la entrega material, cual si la hubiese efectuado el mismo dueño de los bienes, ya que por su resistencia la realiza en forma simbólica el Juez..., y por dicho auto judicial pasaron los acreedores... a ser propietarios de aquellos valores con los mismos derechos que tuviesen los ejecutados, o sea, los poseedores a título de dueños..., y, por tanto, se hallan en condiciones de ejercitar acciones reivindicatorias, a las que no se opone, tratándose de bienes considerados como muebles, la falta de tenencia material, según ha declarado anteriormente esta Sala, de donde se desprende lógicamente la improcedencia de los motivos 1.º, 2.º y 3.º del recurso, que supone infringidos los artículos 430, 438 y párrafo 1.º del 464 del Código civil y 1.509 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto se basan y fundamentan en la falta de tradición u ocupación y entrega material de las acciones, para negar sin éxito la posesión obtenida por actos y formalidades legales, conforme admite el artículo 438, invocado por el propio recurrente.»

La sentencia de 22 de marzo de 1946 (3) se refiere a un caso de adjudicación judicial de dos créditos, con entrega del correspondiente testimonio como título de propiedad, a pesar de lo cual se enajenaron torticera-mente esos créditos a otra persona. Por ello se interpone la tercería de dominio, en base al citado título judicial de adjudicación. La sentencia dice que «equiparados los remates en las subastas judiciales a los contratos de venta, su aprobación y la expedición del correspondiente testimonio por el funcionario asistido de la fe pública judicial competente equivale a la entrega de la cosa vendida, dándose con ello cumplida y recta aplicación de lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 1.462 del Código civil».

b) Por contra, las sentencias de 26 de junio de 1946 y 20 de octubre de 1961 exigen que se produzca la entrega material de los bienes muebles, sin la cual no se produce la tradición, a pesar de haberse entregado el testimonio del auto de adjudicación.

La sentencia de 26 de junio de 1946 (4), en un supuesto de nulidad de la adjudicación judicial de unos títulos de depósito de la Deuda Pública que no pertenecían al deudor, dice lo siguiente: «Que en las adjudicaciones y ventas de bienes muebles subastados judicialmente en ejecución de sentencia, no es de aplicación más que en casos especiales, y como norma supletoria, lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 1.462 del Código civil, según cuya disposición se entenderá entregada la cosa mueble vendida, si se hace la venta mediante escritura pública, cuando se otorgue la escritura, si de la misma no resultare o se dedujere claramente lo contrario, sino que rige, por regla general, lo prevenido con el mismo carácter en el párrafo 1.º de dicho artículo, según el cual se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador, y esto es así no sólo por el carácter primordial que el Código civil reconoce a este precepto, sino por las propias disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en el párrafo segundo del artículo 1.509 expre-

página 1489), creemos que no tiene relación con el caso, pues no se refiere para nada al auto judicial, sino al problema general de la falta de tradición por no haber mediado escritura pública.

(2) *Jurisprudencia Civil*, tomo 140, pág. 88.

(8) *Aranzadi*, núm. 273 de 1946, pág. 186.

(4) *Jurisprudencia Civil*, tomo XV, 2.ª serie, pág. 455.

samente ordena la entrega de los objetos muebles subastados al adjudicatario o comprador por el depositario y que firme sus recibos en los autos, mandato que es lógica consecuencia de deber hallarse los bienes muebles siempre a disposición del Juzgado que los subasta, conforme a lo prevenido en los artículos 1.409 y 1.410 de la misma ley, y de la necesidad procesal de que en las actuaciones conste en todo momento en poder de quién se encuentran materialmente los bienes embargados y subastados.»

Por tanto, los argumentos de esta sentencia son dos: 1.º Que en materia de bienes muebles, la regla general es la tradición real prevista en el párrafo 1.º del artículo 1.462 del Código civil, y la regla supletoria es la tradición instrumental del párrafo 2.º de dicho artículo. 2.º Que el artículo 1.509 de la Ley de Enjuiciamiento Civil expresamente ordena la entrega de los bienes muebles subastados al adjudicatario o comprador.

Sobre estos discutibles argumentos volveremos después.

La sentencia de 20 de octubre de 1961 (5), en un caso de demanda de tercería de dominio sobre maquinaria industrial, en que se alega como título el auto de adjudicación al acreedor en pago de su crédito, frente al embargo realizado por el Instituto Nacional de Previsión y la Mutua- lidad, se mantiene el embargo por débitos anteriores a aquella adjudicación, no prosperando la tercería, porque «lo que acredita el testimonio judicial aducido» es que «aquellos bienes quedaron en igual situación que antes tenían, y que antes tuvo lugar el apremio por débitos de los seguros sociales, pero al no realizar el recurrente acto alguno de disposición respecto de ellos, se estimó por la Sala de Instancia que continuaban siendo de la propiedad del industrial, que había de satisfacer las cargas de carácter laboral» («considerando» 4.º). Por todo ello se refiere el «con- siderando» 7.º a la anterior sentencia de 26 de junio de 1946, «al exponer que en las adjudicaciones y ventas de bienes muebles subastados judicial- mente en ejecución de sentencia rige la presunción contenida en la norma primera del artículo 1.462 del Código civil, 'según la cual se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del com- prador', norma que está de acuerdo con el párrafo 2.º del artículo 1.509 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que expresamente ordena 'la entrega de los bienes subastados al adjudicatario y que firme su recibo en los autos', 'lógica consecuencia de la necesidad procesal de que en las actua- ciones conste en todo momento en poder de quién se encuentran mate- rialmente los bienes embargados y subastados'».

Se recogen, pues, los dos preceptos aducidos por la anterior sentencia de 26 de junio de 1946.

c) Con la presente sentencia de 2 de noviembre de 1974 se esclarecen algunos puntos en relación con las dos posiciones existentes. El Tribunal Supremo sigue ahora una vía media. Adopta la solución de la segunda dirección jurisprudencial, pero la puntualiza y concreta de tal modo, que la hace compatible con la doctrina de la primera dirección, según los supuestos.

Para esta sentencia, dadas las especialidades del caso planteado, el testimonio del auto de adjudicación no es suficiente para la adquisición de la propiedad, necesitándose la tradición real de la cosa. Hasta ahora la doctrina es igual que la de las sentencias de 26 de junio de 1946 y 20 de octubre de 1961. Pero hace las siguientes puntualizaciones para la aplica- ción de dicha doctrina: a) que la solución indicada es para supuestos de bienes muebles *corporales* subastados judicialmente, y b) que la adjudicación se hizo al *acreedor en pago de su crédito*, por no concurrir *postor* en la subasta. Ninguna de estas puntualizaciones se encuentra en aquellas sentencias, que se refieren simplemente a los bienes muebles subastados

(5) *Aranzadi*, año 1961, núm. 3.608, pág. 2355.

judicialmente, sin aludir para nada a que ha de tratarse de bienes corporales ni a la cuestión de si la adjudicación se hizo al acreedor o a un tercero.

Por otro lado, la presente sentencia advierte al principio del segundo «considerando», como norma general y a modo de *obiter dictum* explicativo (6), que los testimonios de autos de adjudicación se equiparan a las escrituras públicas, a efectos del párrafo 2.º del artículo 1.462 del Código civil, al estilo de lo que declararon las sentencias de la primera dirección jurisprudencial de 17 de abril de 1917 y 22 de marzo de 1946, dictadas en casos de bienes muebles *incorporales*, según hemos visto. Este *obiter dictum* demuestra también que el Tribunal Supremo sigue ahora una vía media.

En definitiva, esta sentencia de 2 de noviembre de 1974 sólo en apariencia sigue la segunda dirección jurisprudencial. Aplica la misma argumentación y solución (pues cita los arts. 1.462 del Código civil y 1.509 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero restringe su ámbito de aplicación, permitiendo así dar entrada para otros casos a esas primeras sentencias de 1917 y 22 de marzo de 1946.

Desde el punto de vista técnico cabe discutir la argumentación utilizada por esta sentencia y por las anteriores de 26 de junio de 1946 y 20 de octubre de 1961. No resulta convincente relacionar el artículo 1.462 del Código civil con el 1.509 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para deducir que es aplicable al supuesto debatido el párrafo primero del artículo 1.462, en lugar del párrafo segundo. Debe observarse que el artículo 1.509 de la Ley de Enjuiciamiento es una norma de carácter adjetivo meramente procesal, que tan compatible es con el párrafo primero como con el segundo del artículo 1.462 del Código civil. No se ve por qué la «entrega», a que hace referencia el artículo 1.509, ha de ser la «tradición», ya que lo lógico (al ser una norma meramente procesal) es que se refiera a una mera «puesta en posesión» de la cosa, como trámite final del procedimiento, sin excluir que la tradición (instrumental) se haya producido anteriormente. Creemos que para resolver un problema de la tradición hay que atender sólo a preceptos sustantivos, como es el artículo 1.462, en el que se admiten indistintamente dos formas de tradición, la real y la instrumental, sin aludir para nada a la preferencia de una u otra en atención a la naturaleza de los bienes.

Sin embargo, teniendo en cuenta las peculiaridades del caso planteado, consideramos acertada la solución dada por el Tribunal Supremo. La fundamental especialidad del supuesto, a nuestro modo de ver, es que se trataba de una adjudicación en un procedimiento de apremio, sin estar depositados los bienes muebles embargados en el Juzgado que siguió ese procedimiento, sino en distinto Juzgado, en el que se había seguido el embargo a instancia de otros acreedores. Ciertamente, parece un poco fuerte que por terminar antes el procedimiento de apremio en uno de los Juzgados, con la consiguiente expedición del testimonio del auto de adjudicación, se vaya a adquirir la propiedad, dejando en entredicho y en completa inutilidad las subastas y resultados del otro procedimiento de apremio referente a un embargo preferente. En supuestos como éste parece lógico seguir la postura de la sentencia.

Por tanto, creemos que a la hora de citar la doctrina de la presente sentencia no puede quedar en silencio esa singularidad del caso debatido, lo que indudablemente hará más excepcional la doctrina de la misma.

En cambio, lo que no es tan decisivo, a nuestro juicio, es que la adjudicación se haya producido a favor del acreedor en pago de su crédito por no haber postores en la subasta. Desde luego que es más grave el problema cuando se adjudica la cosa al acreedor, pues entonces no se

(6) En varios comentarios hemos aludido al valor que pueden tener los *obiter dicta* para precisar negativamente la doctrina del fallo.

obtiene dinero en la subasta con el que poder compensar a otros acreedores, quizá preferentes, y además suelen ser adjudicaciones por debajo del valor de la cosa. Pero cuando la adjudicación es a favor de un postor, el problema puede ser similar, ya que quizá no se obtenga tampoco dinero suficiente, aparte de que en la subasta del otro procedimiento ha podido llegarse a un precio superior, más interesante a efectos de resolver el problema de todos los acreedores.

Lo importante es atender al Juzgado donde estén depositados los bienes («los bienes deben hallarse siempre a disposición del Juzgado que los subasta», dice la sentencia de 26 de junio de 1946, antes examinada). Y la razón de que cuando no se hallen a disposición del Juzgado que los subasta no sea aplicable el párrafo segundo del artículo 1.462 se encuentra, a nuestro modo de ver, en la interpretación jurisprudencial de dicho precepto, sin necesidad de acudir al artículo 1.509 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que si se recurre a ese artículo, lo mismo habría que pensar en todos los supuestos, y la sentencia sólo lo admite tratándose de bienes muebles *corporales*. Se suele interpretar el párrafo segundo del artículo 1.462 del Código civil, en relación con el párrafo primero, en el sentido de que sólo será posible la tradición instrumental cuando el vendedor se encontrase previamente en posesión de la cosa. Pues bien, en las adjudicaciones judiciales, el Juez actúa en «representación» (entiéndase esta palabra en sentido técnico o en sentido vulgar) del deudor, por lo que si la cosa está depositada en otro Juzgado mal podrá entenderse transmitida la posesión por el mero auto judicial. Por eso, en tales casos no sería apropiada la tradición instrumental. La presente sentencia sólo roza esta argumentación en el «considerando» 2.º cuando dice que la equivalencia entre escritura o auto y entrega real de la cosa «está basada en una presunción legal *juris tantum*, que, como tal, puede ser destruida». Pero, en definitiva, no desarrolla esta idea, pues se centra únicamente, según hemos visto, en la naturaleza corporal de los bienes muebles y en el hecho de tratarse de una adjudicación a favor del propio acreedor.

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

CONTRATO DE OPCION DE COMPRA CON PACTO ACCESORIO A FAVOR DEL OPTANTE DE ENTRADA EN LA POSESION MEDIANTE EL PAGO DE UNA RENTA: ESE PACTO ACCESORIO NO CONSTITUYE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO, POR LO QUE DEBE SEGUIR LA MISMA SUERTE EXTINTIVA QUE EL PRINCIPAL DE OPCION. AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD. INTERPRETACION DE CONTRATOS (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1974).

Hechos.—Don Anselmo Arenillas Alvarez formula demanda contra don Francisco Bermeosolo Giménez sobre declaración y reivindicación de propiedad y reclamación de cantidad, estableciendo en síntesis: que era propietario del piso segundo de la finca urbana situada en la calle San Leonardo, número 12, de Madrid; que había celebrado contrato de opción de compra del referido piso con el demandado, habiendo transcurrido el plazo estipulado sin que hubiera ejercitado la opción, a pesar de lo cual se negaba a abandonar el piso. Suplica se dicte sentencia declarando que el contrato era de opción de compra y que se había extinguido el derecho del demandado por haber transcurrido con exceso el plazo estipulado, por lo que debía dejarlo libre y abonar la cantidad de 1.643.000 pesetas, según el contrato.

El demandado contestó a la demanda oponiéndose y formulando reconvencción, por entender que existía un contrato simulado de arrendamiento, que subsistía a pesar de haberse extinguido la opción.

El Juez de Primera Instancia número 27 de los de Madrid dictó sentencia estimando la demanda, pero fue parcialmente revocada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha capital, pues interpretó que existía contrato de opción de compra y, al mismo tiempo, un contrato de arrendamiento de vivienda de la misma cosa, que debía continuar vigente.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el actor, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara haber lugar al recurso en la primera sentencia por lo siguiente:

«Considerando que la voluntad, que es la creadora del contrato, constituye verdaderamente la esencia, el principio activo y generador, pudiendo no solamente engendrar negocios jurídicos en los límites y bajo las condiciones que le asigna el Derecho positivo y, por consiguiente, producir efectos jurídicos, sino aun los que quiere que sean, penetrando en el mundo del Derecho no solamente 'por qué' han sido queridos, sino 'cómo' lo han sido, y si surgen dificultades de interpretación, si el Juez debe intervenir un día para determinar la naturaleza y la extensión de las consecuencias de un negocio jurídico, no se dirigirá para declarar el derecho a las reglas objetivas, superiores a las voluntades individuales, sino que deberá indagar la voluntad de los autores del negocio, la que dictará la solución del litigio.»

«Considerando que por ello las formas contractuales, figuras nítidas y vacías, tienen que adaptarse al contenido económico que para el tráfico de bienes, fin de los contratos, se propone llevar a ellas la voluntad de los contratantes, y a facilitar esa adaptación de las limitadas formas contractuales previstas por la ley o por la teoría, a la variedad de deseos y necesidades que puede presentarse en la realidad, responde el artículo 1.255 del Código civil, que proclama el principio de autonomía de la voluntad justamente con sus límites naturales, afirmando rotundamente, respecto a los contratos, el artículo 1.091 que las obligaciones que nacen de ellos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos, y en las reglas referentes a la interpretación, rindiendo particular homenaje a dicho principio, los artículos 1.281 y 1.282 se inspiran en la supuesta común intención de los contratantes, declarando el artículo 1.289 que si las dudas recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo (sentencias de 5 de noviembre de 1957, 13 de mayo de 1959, 3 de mayo de 1960, 6 de abril de 1963, 2 de noviembre de 1965, 14 de junio de 1966 y 16 de mayo de 1964).»

«Considerando que una de las manifestaciones de la libre adaptación indicada es la posibilidad de fusión de dos figuras contractuales de posible coexistencia separada, aun recayendo sobre el mismo objeto, pero que también pueden unirse por la voluntad de los interesados, insertando una de ellas como condición, estipulación, antecedente o complemento de la otra, quedando confundidas en un solo contrato (mixto) por la unidad de fin, no del formal de las relaciones jurídicas derivadas del convenio, sino del real y concreto de las recíprocas prestaciones o promesas, causa para cada uno de ellos, en los onerosos, según el artículo 1.274 del repetido Código civil.»

«Considerando que la opción de compra, precisamente por tener esa naturaleza, obliga al promitente a no vender a nadie la cosa prometida durante el transcurso del plazo pactado (aspecto negativo de la obliga-

ción contraída) y a realizar la venta a favor del aceptante, si éste usa dentro de tal plazo su derecho de opción (aspecto positivo), por lo que es generalmente de condición unilateral, salvo que el beneficiario de la opción haya de pagar una prima al que la otorga, no hallándose regulada específicamente en el Código civil, sino sometida a las disposiciones generales que acerca de las obligaciones y contratos se contienen en los títulos I y II del libro IV de dicho Código, en relación con las que regulan la materia o derechos sobre que la opción recae, como ha declarado la jurisprudencia (sentencias, entre otras, de 10 de julio de 1946, 17 de octubre de 1971, 22 de junio de 1966, 17 de diciembre de 1966 y 22 de abril de 1972), lo que muestra la imposibilidad de someterla a normas que no convienen a su esencia propia, ya que su perfección depende, de modo exclusivo, de la aceptación del optante, que realizada dentro del plazo establecido constriñe al titular del derecho al cumplimiento y fija definitivamente las recíprocas obligaciones que sobre esa base han de exigirse después (sentencias de 23 de marzo de 1945 y 18 de mayo de 1955).»

«Considerando que la aplicación de la doctrina legal expuesta al caso de autos hace estimables los motivos tercero y sexto, que denuncian, respectivamente, la violación de los 1.255, aquél, y 1.281, 1.282 y 1.283 del Código civil, éste, pues las partes pueden configurar el contrato de opción, en aras del principio de autonomía de la voluntad establecido en el artículo 1.255 de nuestro primer Cuerpo legal, con toda la amplitud que estimen necesaria, siempre que no rebase los límites preceptivos de las leyes, la moral y el orden público, siendo sólo nulos los actos realizados contra lo ordenado en las leyes preceptivas, lo que no ocurre porque el optante entre en posesión de la finca antes de haber transcurrido el plazo para el ejercicio de la opción, sobre todo cuando para concederle este derecho se ha pactado un canon de mantenimiento de acuerdo con el artículo 14 del Reglamento Hipotecario, por lo que ese desplazamiento posesorio, válido como pacto accesorio, ha de seguir la suerte del precontrato de opción de compra y no puede considerarse como independiente, según mantiene la sentencia recurrida, separándose de las pretensiones de los litigantes, ya que el demandado defendía la existencia de un contrato simulado del arrendamiento del piso, declarando la Audiencia 'que no hay antecedentes, en absoluto, que muestren la existencia de un solo contrato de arrendamiento al que se ha dado la forma de opción de compra para eludir las limitaciones legales de la renta', lo que hubiera indudablemente motivado la aceptación del vicio de incongruencia de no haberse inadmitido los dos primeros motivos por defecto formal, procediendo, por tanto, la estimación del motivo tercero, 'como asimismo la del sexto, ya que el problema que entraña la interpretación de los contratos, dada la importancia que reviste conocer la intención que las partes tuvieron al establecer el nexo que las une con obligaciones vinculantes y exigibles, permite llegar al campo de la casación por el cauce formal del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando se alega la equivocación padecida al examinar las cuestiones de Derecho derivadas del contrato, lo cual ha de hacerse con sujeción a las reglas establecidas en los artículos 1.281 al 1.289, materia que permite que la Sala resuelva con amplia libertad, cualquiera que sea la opinión del Tribunal sentenciador, siendo evidente que en el caso de autos, pese a la complejidad del contrato, aparece la opción de compra como el objeto del mismo, sin estar causalmente ligado al pacto de desplazamiento posesorio, que existe, por el contrario, como accesorio, según resulta de la intención de las partes manifestada por los términos del documento y actos anteriores y posteriores...»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo confirma la del Juzgado.

J. M. G. G.

PARA QUE LA CONFESION JUDICIAL PUEDA EVIDENCIAR UN ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA ES PRECISO QUE CONTRADIGA CLARAMENTE LAS BASES FACTICAS QUE HAN TOMADO LOS JUZGADORES (SENTENCIA DE 22 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—Don Julián suscribió un documento por el que reconocía adeudar a don Antonio más de dos millones de pesetas. Impagada tal deuda, el acreedor demanda a don Julián, quien niega la existencia del reconocimiento de deuda. Condenado el demandado al pago de la obligación, el Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida.

Doctrina de la sentencia.—Es reiterada la doctrina legal, que establece que para que la confesión judicial pueda evidenciar un error de derecho en la apreciación de la prueba es preciso que las contestaciones que a tal fin se invoquen contengan unas afirmaciones claras, rotundas y concretas, que contradigan y sean incompatibles con las que los juzgadores han tomado como bases fácticas de su resolución, sin que, por tanto, sirvan para ello manifestaciones de las que haya que deducir conclusiones de una u otra naturaleza.

PARA QUE EXISTA INCUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACION HACE FALTA UNA VOLUNTAD DELIBERADAMENTE REBELDE AL CUMPLIMIENTO (SENTENCIA DE 8 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—Vendido un piso con precio a satisfacer en varios plazos y garantizado con condición resolutoria, se produjo, según los hechos declarados probados, una situación de impago creada por el vendedor al negarse al cobro de un plazo. A renglón seguido, el propio vendedor demanda la resolución del contrato de compraventa. El demandado fue absuelto.

Doctrina de la sentencia.—En los motivos primero y tercero se denuncia violación por inaplicación del artículo 1.091 del Código civil en relación con la condición resolutoria expresa contenida en el contrato, que en opinión del recurrente no fue valorada en sus justos términos por el juzgador cuando estimó que por referirse a la obligación accesoria de abono de los intereses pactados no podía entrar en juego el mecanismo de los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil, olvidando que la resolución que se recurre no se reduce a emplear ese argumento, sino que declaró «acreditado que la falta de pago de los intereses fue creada voluntariamente por el recurrente», lo que impide la resolución por incumplimiento, tanto si es expresamente pactada como si es consecuencia de las reglas generales de los artículos 1.124 y 1.504 citados, ya que siempre, y de acuerdo con la constante y reiterada doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, se requiere no sólo el hecho en sí del incumplimiento, sino la concurrencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, lo que en este caso no existió.

REQUISITOS PARA QUE EN UN CONTRATO DE SEGURO SEA APLICABLE LA «REGLA PROPORCIONAL» (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—Una productora cinematográfica contrató con una compañía de seguros para cubrir los gastos extraordinarios que se le causaran por enfermedad, accidente o muerte del director o de la primera actriz; du-

rante el rodaje de la película enfermó el director, lo que produjo retrasos y gastos a la productora. La aseguradora es condenada a indemnizar, pero no todos los gastos, sino sólo parte proporcional de ellos.

Doctrina de la sentencia.—Para que en un contrato de seguros sea aplicable la llamada «regla proporcional», admitida por la doctrina científica y algunas legislaciones extranjeras e introducida en nuestro ordenamiento jurídico respecto a los casos de incendio, y para que se dé lugar, como consecuencia de ella, a que el asegurador limite la responsabilidad que le incumbe al sobrevenir un siniestro a resarcir tan sólo la cantidad que resulte de la comparación entre la suma asegurada y el valor real del interés garantido por el contrato, es preciso que concurren y queden debidamente acreditados, entre otros, los siguientes requisitos: Primero: Que la cantidad asegurada sea inferior al valor real del objeto del seguro, es decir, que lo pactado constituya un verdadero «infraseguro» o «subseguro»; habrá de tenerse en cuenta que estos contratos son de resarcimiento de daños y no deben constituir fuente de ingresos para el asegurado. Segundo: Que el siniestro que origina el nacimiento de la indemnización sea parcial y no total, puesto que si la cosa asegurada pereciera por completo, el asegurador estaría obligado a satisfacer la cantidad a cuyo pago se hubiera comprometido. Tercero: Que se trate de un riesgo que tenga un límite en la indemnización. Cuarto: Que, salvo casos de incendio, la póliza contenga la adhesión del asegurado al imperio de tal regla por constituir dicho documento la ley de los contratantes.

LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL ARTICULO 1.903 DEL CODIGO CIVIL NO ES SUBSIDIARIA, SINO DIRECTA (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—Durante una cacería a un menor se le disparó su escopeta, hiriendo a otro cazador y causándole lesiones que le imposibilitaron permanentemente para ejercer su trabajo. El perjudicado demanda al menor y a su tutor, que son condenados a indemnizar.

Doctrina de la sentencia.—La doctrina de esta Sala viene declarando que la responsabilidad derivada del artículo 1.903 del Código civil, en sus diversos apartados, en cuanto a aquellos que deben responder por otras personas que de algún modo les están sometidas, no es subsidiaria, sino directa, ya que se establece por razón del incumplimiento de los deberes que imponen las relaciones de convivencia social de vigilar a las personas y a las cosas que están bajo la dependencia de otra determinada, así como emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos.

Se apoya la sentencia en el hecho de no haberse adoptado por el tutor, en relación con el menor, todas las medidas necesarias para evitar que éste originara un daño por su falta de idoneidad, y el precepto mencionado le sitúa a aquél como un titular subsidiario defectivo de un haz de deberes y derechos igual a los integrantes de la patria potestad, entre los que se halla el deber de «educar» común a los padres y tutores, deber éste que se extiende a la vigilancia preventiva del daño específico.

La responsabilidad se presume siempre culposa, a no ser que su autor acredite en debida forma haber actuado con la diligencia y cuidado que requerían las circunstancias de tiempo y lugar concurrentes en el caso concreto de que se trata.

CONFESION JUDICIAL: NO ES DOCUMENTO AUTENTICO A EFECTOS DE CASACION (SENTENCIA DE 1 DE FEBRERO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Según reiterada doctrina de esta Sala, no es documento auténtico a efectos de casación la confesión judicial, ni tampoco el mismo documento que el juzgador tuvo en cuenta para emitir su fallo.

Según tiene declarado la jurisprudencia, no procede la casación contra el juicio dado por el Tribunal *a quo*, en virtud del conjunto de las pruebas, cuando, cual aquí acontece, el recurrente pretende impugnarlo por el resultado aislado de alguna de las probandas, a la que pretende imprimir fuerza preponderante sobre las demás.

Igual suerte desestimatoria han de correr los motivos tercero, cuarto, quinto y séptimo porque, fundados en el número primero del artículo 1.692, en ninguno de ellos se respetan las declaraciones de carácter fáctico de la sentencia recurrida, y partiendo de los hechos que sienta por su cuenta el recurrente, que son contrarios a los establecidos por el juzgador, construye sobre tales supuestos de hecho las infracciones legales que denuncia, lo que es inaceptable para fundar y lograr la casación.

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA (SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Con arreglo al artículo 96, en relación con el 87, párrafo 2.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra el auto que dicten en apelación las Audiencias desistiendo de la inhibitoria, sólo se dará el recurso de casación por quebrantamiento de forma, en su caso, esto es, como tiene declarado reiteradamente esta Sala, una vez fallado el pleito, en definitiva.

Es doctrina constante de este Tribunal que no basta con que en el escrito de interposición del recurso de casación por quebrantamiento de forma se exprese el número del artículo 1.693 de dicha ley en que se halle incluido, sino que es indispensable también que se consigne el precepto legal que se considere conculcado.

OBLIGACIONES: CARACTER DEL ARTICULO 1.125 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—Entre las partes se celebró un contrato de compraventa de una partida de automóviles, que debían ser satisfechos mediante letras de cambio. Impagadas algunas cambiales, el vendedor demanda al comprador. Se estimó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.125, relativo al cumplimiento de las obligaciones a plazo, así como los 1.108 y 1.100 del Código civil, no son valorativos de pruebas. En cuanto a la violación del 1.125 e interpretación errónea del 1.129, el primero de ellos, que sienta el principio general de las obligaciones a plazo, no es el aplicable, sino el 1.129, que fija la excepción para el caso de colocarse el deudor en situación de voluntaria insolvencia antes de vencer el plazo y que, conforme a los postulados de hecho, ha sido rectamente interpretado, y en cuanto a la aplicación indebida del 1.100, porque ha sido correctamente aplicado al condenar no sólo al pago de lo debido, sino al de los intereses de dicha cantidad desde la fecha de la interposición de la demanda, ya que la totalidad del crédito estaba vencido cuando se interpuso.

**POR ENCIMA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES DE UN CONTRATO
ESTAN LAS NORMAS GENERALES DE OBLIGADO ACATAMIENTO
(SENTENCIA DE 8 DE ABRIL DE 1975).**

Hechos.—Don Antonio vendió a don Manuel una parcela de terreno, sometida tal venta a la condición resolutoria de que el comprador debía edificar en la finca adquirida en plazo no superior a un año. Cumplido ampliamente tal plazo sin haberse construido, el vendedor demanda la resolución del contrato. Pero el comprador es absuelto, pues aún no estaba aprobado el plan parcial de urbanización.

Doctrina de la sentencia.—No pueden prosperar ninguno de los dos únicos motivos del recurso, en los que, haciéndose caso omiso de las limitaciones a la construcción en las zonas urbanizadas, se combate, al amparo del número 1.º del artículo 1.692, la tesis de la Instancia, alegando en el primero la violación del artículo 1.091 del Código civil, en relación con los artículos 1.255, 1.278 y 1.506 del mismo Cuerpo legal, alusivos a la libertad de contratación, a la fuerza obligatoria de los contratos y a la posibilidad de su resolución, y en el segundo, la aplicación indebida del 1.258, perfección de los contratos, en relación con el 1.256, alusivo a no quedar su cumplimiento a merced de una de las partes, pues por encima de la voluntad de las partes, a lo que aluden dichos artículos, están las normas generales de obligado acatamiento, en virtud de las cuales, al no remover el vendedor los obstáculos que impidieron la aprobación del plan parcial de ordenación y el proyecto de urbanización pertinente, le fue denegada al comprador de la parcela la autorización para edificar.

**ALCANCE DEL ARTICULO 1.124 DEL CODIGO CIVIL: PARA QUE SE
PRODUZCA LA RESOLUCION DEL VINCULO CONTRACTUAL DEBE
PATENTIZARSE UNA VOLUNTAD REBELDE AL CUMPLIMIENTO
DE LO CONVENIDO (SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 1975).**

Doctrina de la sentencia.—Es bien cierto que la resolución impugnada señala como causas de incumplimiento del contrato aquellas que hacen referencia a hechos que, como el de no haberse otorgado escritura pública de adjudicación por parte del cesionario a favor de los cedentes, y el de no haberse ajustado lo entregado a las medidas superficiales y situación de lo verdaderamente mencionado en el contrato, no lo es menos que esos incumplimientos no pueden incluirse en la letra y espíritu del artículo 1.124 del Código civil, porque independientemente del concepto que se deduzca respecto a la naturaleza de las obligaciones—accesorias o complementarias—que no fueron elevadas por las partes a presupuesto esencial de sus respectivas declaraciones de voluntad, y ese carácter es precisamente el que tienen aquellas causas que la resolución arbitral califica de incumplidas, no lo es menos que ya la doctrina de este Tribunal viene sentando que para fijar el alcance del artículo 1.124 citado es preciso tener en cuenta que este precepto normativo de la llamada «acción de resolución» responde a un principio de equidad, según el cual, dada la condición recíprocamente subordinada de las obligaciones bilaterales, es razonable liberar a cualquiera de las partes intervinientes de las que privativamente les incumben cuando la contraria deja incumplidas las suyas, pero siempre evitando que se pronuncie la «resolución del vínculo contractual» en aquellos supuestos en que no se patentice de una forma clara una voluntad rebelde al cumplimiento de lo convenido, y como en el caso del presente recurso la escritura de adjudicación que se pretende por los cedentes constituye una formalidad, que aunque no esta-

blecida en el contrato, se hace necesaria y conveniente, como complementaria que es, a los efectos de la transmisión operada, es obvio que no puede afirmarse que el cesionario incurriera en un verdadero y formal incumplimiento en el modo y forma que exige el artículo 1.124 del Código civil, por lo que no lleva en sí una resolución del contrato.

SIMULACION DE CONTRATOS: NO PUEDEN LOS ORGANOS JURISDICCIONALES QUEDAR PRIVADOS DE LA FACULTAD PARA DECLARARLA (SENTENCIA DE 12 DE MARZO DE 1975).

Hechos.—Los actores habían subarrendado una casa para destinarla a residencia para universitarios. Demandan luego la nulidad del contrato de arrendamiento y que se les reconozca a ellos como los auténticos arrendatarios. Se estimó la demanda y el recurso de los demandados no es acogido.

Doctrina de la sentencia.—El requisito de la congruencia no exige que el Juez haya de amoldarse rígida y literalmente a lo pedido, sino que las declaraciones del fallo tengan la eficacia jurídica necesaria para quedar resueltos todos los puntos objeto del debate.

Como ya proclamó esta Sala, la contradicción requiere que el fallo recurrido, no sus fundamentos, abarque varios extremos, por lo que en el fallo de Instancia que abarque uno solo no puede sostenerse que existan disposiciones contradictorias.

En opinión de los recurrentes, se pone de manifiesto el grave error cometido por la sentencia al no valorar en su verdadera eficacia el contenido de los dos contratos; éstos, argumentan los recurrentes, no adolecen de ninguna clase de defectos, reúnen todos los requisitos esenciales y han venido produciendo plenos efectos, por lo que no se pueden tachar de simulados. Como tiene declarado la jurisprudencia: a) el error de derecho, que ampara el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es en la estimación de la prueba y no en la interpretación; b) el error de derecho, con infracción de los artículos 1.216 y 1.225 del Código civil, relativos a la eficacia de los documentos públicos y privados reconocidos legalmente, no existe cuando en la sentencia recurrida no se niega el valor probatorio de los documentos citados en cuanto a los hechos que en ellos constan, y lo que se hace es no darle la interpretación y el alcance que pretenden los recurrentes; c) el error de derecho en la apreciación de las pruebas sólo se da cuando en la sentencia se infringe algún precepto legal de los que determinan el valor que debe concedérseles, no teniendo por ciertos los hechos que con esas pruebas se patentizan; pero no hay tal error cuando de lo que se trata no es de la certeza y realidad de esos hechos, sino de la trascendencia y eficacia que puedan tener, siendo realmente lo que se impugna la interpretación que se da a los actos cuya realidad en esa forma se justifica.

La Sala sentenciadora no niega que se hubiesen plasmado en los documentos invocados lo que en ellos se afirma, sino que proclama, en uso de sus facultades jurisdiccionales, que esas declaraciones de voluntad allí exteriorizadas no fueron las queridas por las partes que las profirieron, que es cosa completamente distinta. Si fuera cierta la tesis que los recurrentes propugnan en este motivo, resultaría inimpugnable todo negocio jurídico que se hubiese constatado en documento público o en documento privado autenticado, y quedarían privados los órganos jurisdiccionales de la facultad de declarar la simulación de aquellos negocios, que su realización había sido en fraude de ley o que envolvían algún negocio fiduciario.

INCONGRUENCIA: CABE DIRIGIR EL RECURSO POR INCONGRUENCIA CONTRA LOS CONSIDERANDOS SI SON PREMISA DETERMINANTE DEL FALLO (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1975).

Hechos.—Don George y don Gobind suscribieron un contrato privado para montar un negocio en común. Una vez en marcha el mismo—una bolera—, y con ocasión de una ausencia de don George, su consocio le impidió a partir de tal momento el acceso al local y a la contabilidad. Demanda don George que se eleve a escritura pública el documento privado y que se le indemnicen los daños y perjuicios. En la Instancia se condenó al demandado a otorgar la escritura pública y a que rinda cuentas de su administración al actor. El Tribunal Supremo estima el recurso de don Gobind, al que condena únicamente al otorgamiento de escritura pública, pero no a la rendición de cuentas, pues este extremo no había sido solicitado por el actor.

Doctrina de la sentencia.—El principio de congruencia, tal y como ha venido interpretándolo esta Sala a través de una copiosa jurisprudencia, implica, en último término, una normativa que limitando las facultades del Tribunal, le constriñe a resolver según los términos en que el debate se plantea, habida cuenta las pretensiones de los litigantes deducidas en el momento procesal oportuno, siendo preciso cuando se trata de discernir si una resolución es o no incongruente, formular un juicio comparativo para deducir si el juzgador se acomodó a las pretensiones que le fueron formuladas por el actor y tuvo en cuenta también la oposición y mostrándose, en resumen, fiel al contenido del debate, tanto por lo que se refiere a las personas intervinientes como a los términos en que se sostuvo aquél, en relación con el objeto del pleito y acción o acciones ejercitadas. Conforme a reiterada doctrina de esta Sala, constituye norma general de interpretación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que la congruencia de las sentencias deba circunscribirse únicamente al fallo de las mismas y no a los fundamentos jurídicos o de hecho, si bien, como excepción a la expresada regla general, se ha estimado también que en circunstancias especiales, si los considerandos influyen esencialmente en el fallo por ser premisa determinante del mismo, cabe dirigir el recurso de incongruencia también contra ellos. Si bien la doctrina de esta Sala tiene declarado que no es preciso para que la identidad entre las pretensiones y el fallo se produzca que los pronunciamientos de éste coincidan literalmente con aquéllos, ni está vedado tampoco que la fundamentación jurídica sea diversa, se halla condicionado a que ello no implique una alteración en la causa de pedir y su congruente fundamentación de derecho, pues lo que no puede hacerse es prescindir totalmente de las pretensiones del actor y construir una tesis propia al margen de los términos de la discusión o en que ha sido planteado el debate, y coincidente con este criterio, la sentencia de esta Sala de 30 de noviembre de 1974 declara que es incongruente la sentencia que ordena la práctica de una rendición de cuentas no pedida por las partes.

NO PUEDE RECONOCERSE LA EXISTENCIA DE UNA COMUNIDAD ENTRE TITULARES DE DERECHOS DE DISTINTA NATURALEZA, COMO SON EL USUFRUCTO Y LA NUDA PROPIEDAD (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—En el motivo segundo se acusa la interpretación errónea del artículo 392 del Código civil partiendo del supuesto de que entre el derecho de usufructo atribuido al demandado sobre la mitad

de las fincas, a que este juicio se contrae, y la nuda propiedad que se adjudica a la actora sobre la misma mitad, más el pleno dominio sobre la otra mitad, integra una comunidad de aquellas a que se refiere el precepto citado; pero dicha apreciación o argumentación en que se basa el motivo, como ya expresó la sentencia de esta misma Sala de 5 de junio de 1929, y lo ratifica la de 14 de diciembre de 1973 con cita de la primera, es opuesta al concepto y esencia de la comunidad de bienes, que requiere que los derechos que estén en común sean de la misma e idéntica naturaleza, no pudiéndose reconocer la existencia de una comunidad entre titulares de derechos de distinta naturaleza, cuales son el usufructo, la nuda propiedad y el pleno dominio, que, a lo sumo, como dice la sentencia citada, podrá motivar una incidencia de titularidades jurídicas sobre un mismo objeto, pero en modo alguno una comunidad en su sentido estricto.

REQUISITOS PARA LA EXTINCION DE LA FIANZA. BENEFICIO DE EXCUSION. CARACTER SUBSIDIARIO DE LA FIANZA, AUNQUE SEA MERCANTIL (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1975).

Hechos.—La Entidad «Suplana, S. A.», suministraba materias primas a la Compañía «Plasford, S. A.». Don Leandro M. Z. había afianzado el pago de las materias primas a la Entidad suministradora. «Plasford, S. A.», se declaró en suspensión de pagos, y en el concurso de acreedores, en el que participó «Suplana, S. A.», se convino en concederle a la Entidad suspendida un aplazamiento para el pago de las deudas. Don Leandro demanda a «Suplana, S. A.», solicitando se declare extinguida la fianza. La Compañía demandada reconviene al actor exigiéndole el pago de la deuda afianzada. La Audiencia declaró no haber lugar a la demanda ni tampoco a la reconvenición, reconociendo a favor de don Leandro el beneficio de excusión implícitamente alegado. Los recursos de ambos litigantes fueron desestimados por el Supremo.

Doctrina de la sentencia.—Para que una fianza pueda declararse extinguida, por aplicación del artículo 1.851 del Código civil, es preciso que con relación a ella concurren los siguientes requisitos: A) Que la deuda garantizada sea líquida y exigible y no se refiera a operaciones futuras que produzcan indeterminación respecto de su cuantía y plazo de vencimiento, para evitar que de otra forma entre en juego lo dispuesto en el artículo 1.825 del mencionado Cuerpo legal. B) Que dicho plazo se haya prorrogado voluntariamente y de forma expresa por el acreedor, sin que, a tal fin, sea suficiente con la mera tolerancia de éste en percibir con retraso el pago de lo adeudado. C) Que el fiador no haya prestado su consentimiento a dicha prórroga, por lo que carece de acción para invocar el precepto mencionado quien la propuso o quien hizo gestiones para su concesión, consintiendo de modo más o menos explícito, pero cierto.

El beneficio de excusión únicamente producirá el efecto de enervar la obligación del fiador de satisfacer el importe de la deuda garantizada, en los casos que proceda, cuando, además de reunir los requisitos legales exigidos a tal fin, haya sido opuesto por dicho señor oportunamente en el pleito o, como dice la jurisprudencia de esta Sala, con relación a los problemas que deben resolver los acuerdos judiciales, durante el período expositivo del mismo, y no en escritos distintos a los que se regulan en los artículos 524, 540 y 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y mucho menos en los que se presentan después de constituida la relación jurídico-procesal, porque si esto último sucediera o el indicado beneficio se aplicara de oficio por los Tribunales, se produciría una verdadera incongruencia, con infracción de lo dispuesto en el artículo 359 de la misma ley, y se

provocaría la indefensión del otro litigante, que se vería impedido para formular sus alegaciones y utilizar sus medios de prueba, doctrina que en este caso se encuentra reforzada por el artículo 1.832 del Código civil, que no sólo exige para su aplicación el requisito de que el fiador se oponga, luego de ser requerido para el pago de la deuda por el acreedor, sino que impone además el deber de señalar bienes del deudor realizables dentro del territorio español y suficientes para cubrir el importe de la deuda, lo que no se cumple mediante una simple referencia a la relación del activo que el deudor haya presentado en un expediente de suspensión de pagos o con la designación imprecisa e insuficiente de tales bienes; como el fiador en su escrito de demanda únicamente solicitó se declarara la inexistencia o, en su caso, la extinción por novación de la fianza, objeto de la litis, sin invocar en su favor el beneficio de excusión, es indudable que al haber sido éste acogido por el Tribunal *a quo* en su sentencia incurrió en los defectos que se denuncian en los dos primeros motivos del recurso; que a pesar de ello no pueden conseguir el éxito apetecido por la parte impugnante, por ser doctrina reiteradamente mantenida por esta Sala la de que no habrá de prosperar el recurso de casación que se da contra el fallo y no contra sus fundamentos jurídicos, cuando el resultado a que habrá de llegarse en la sentencia, a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 1.745 de la referida ley, hubiera de coincidir con la dictada por el Tribunal *a quo*, que es precisamente lo que ocurre en este caso, dado que la fianza prestada por el demandante, pese a su condición de mercantil y a la corriente casi unánime de la doctrina científica, no goza del carácter de solidaria en nuestro ordenamiento positivo, por no desprenderse ello del sentido literal del documento ni existir en nuestro Código de Comercio disposición alguna en tal sentido, a diferencia de lo que ocurre en algunas legislaciones extranjeras, como la italiana y la argentina, por lo que la solidaridad no puede presumirse, conforme al artículo 1.137 del Código civil y el criterio mantenido por esta Sala, y siendo ello así es evidente que tal contrato, por su naturaleza subsidiaria y accesorio, respecto de la obligación principal garantizada, requiere, para que la acción dirigida contra el fiador sea eficaz, que la misma se haya dirigido previamente o a la vez contra el primer responsable, acreditándose no sólo la insolvencia de éste, sino el haberse apurado todos los requisitos legales para el cobro de la deuda, requisitos que no se han cumplido en esta litis.

INTERPRETACION DE CONTRATOS (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—El recurso pretende combatir la labor hermenéutica llevada a cabo por el juzgador de Instancia, al calificar el contrato privado de «complejo de arrendamiento de industria o negocio sobre diversos objetos o elementos, con prevalencia entre ellos de un bar y una modesta fonda en funcionamiento»; motivos que han de ser desestimados, pues el primero denuncia la violación del artículo 1.281 del Código civil, sin concreta referencia a cuál de los párrafos del invocado precepto se refiere, incurriendo, por tanto, en la causa de inadmisibilidad 4.ª del artículo 1.729 de la citada ley procesal, y el segundo de dichos motivos, aparte del vicio formal que pudiera suponer comprender, cuando debió serlo en motivos separados, la violación de los artículos 1.285, 1.286 y 1.288 del Código civil, es que dicha labor de exégesis ha de ser respetada al no resultar ilógica, absurda o desacorde con el contrato que se interpreta, sin que por ello pueda decirse que se infrinjan por tal concepto las normas de hermenéutica contractual a las que se refieren los mencionados preceptos.

NO ES ADMISIBLE INTERFERIR LA VOLUNTAD PACTADA DE LAS PARTES POR RAZONES DISTINTAS A LAS DEL ARTICULO 1.255 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1975).

Hechos.—Una Compañía mercantil vendió a diversos cultivadores ciertas cantidades de patatas para siembra, advirtiéndole que en caso de que el género fuera defectuoso debían presentar sus reclamaciones en el plazo de ocho días desde su recepción. Las patatas resultaron ser raquíticas y podridas y la cosecha se perdió. Demandan los cultivadores a la Compañía suministradora. Fue acogida la demanda en Primera y Segunda Instancia, pero el Supremo casa la sentencia de la Audiencia y absuelve a la parte demandada.

Doctrina de la sentencia.—Opuso la parte demandada como argumento básico que formaba parte esencial del contrato un aviso escrito en el que se advertía a los compradores que «al recibir la patata deben comprobar la preparación y estado sanitario de la misma, y en el caso de que no fuese satisfactorio su estado deben ponerlo en conocimiento de esta Entidad, bien por escrito o personalmente en sus oficinas dentro de los ocho días siguientes a la recepción de la patata». La sentencia de primer grado, cuyos considerandos son aceptados por la recurrida, reconoce la realidad y vigencia de dicha obligación, estimando de oficio la justificación de que el plazo de ocho días que por la Sociedad se concedió a los actores para hacer reclamaciones sobre el estado de las patatas era notoriamente insuficiente. Conforme a lo dispuesto por el artículo 1.255 del Código civil, que consagra el principio de la autonomía de la voluntad, el pacto a que se refiere el considerando anterior es perfectamente válido y, por consiguiente, la sentencia, que le niega eficacia sin haberse alegado ni demostrado por nadie que sea contrario a la ley, a la moral o al orden público, infringe por violación el citado precepto, pues no es admisible interferir la voluntad pactada de las partes por razones distintas a las que el antedicho artículo autoriza.

COMENTARIO.—Adopta aquí una postura un tanto tradicional y reaccionaria nuestro Tribunal Supremo. El mantener tan a ultranza la bandera, ya algo andrajosa, del liberalismo contractual parece a estas alturas bastante *demodè*. Resulta evidente que la cláusula del contrato en que se inserta el controvertido aviso no habrá sido querida o aceptada de buen grado por los compradores, sino que se habrán visto obligados a pasar por ese enorme recorte al plazo de reclamación por vicios ocultos de la cosa vendida, es decir, o firmaban o no sembraban patatas. Tal estado de cosas se plasmó, sin duda, en un auténtico contrato de adhesión, en el cual las estipulaciones son fijadas unilateralmente por una de las partes. De ahí que resulte más progresiva y justa la sentencia del Juez de Primera Instancia, al estimar que una de tales estipulaciones no resultaba equitativa y proceder a suprimirla o no apreciarla.

J. Q. S.

ARRENDAMIENTOS

RESOLUCION DE CONTRATO: EL ARRENDADOR NO TIENE POR QUE INDAGAR LOS TITULOS SUCESORIOS DEL ARRENDATARIO. SINO QUE HA DE ATENERSE A LO QUE POR LOS INTERESADOS SE LE COMUNIQUE (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1973).

Arrendado un piso bajo para ferretería, la arrendataria domicilió en el mismo una Sociedad Limitada sin pedir autorización al propietario.

Alegó la demandada que tal Sociedad estaba constituida por la viuda e hijos del primitivo arrendatario, estando integrada por los coherederos del mismo que estaban en comunidad, por lo que no existía ni subarriendo ni traspaso.

El Juzgado número 23 de Madrid estimó la demanda, sentencia confirmada por la Audiencia.

Se basó el recurso de injusticia notoria en no haberse dirigido la demanda contra los coherederos de la demandada, es decir, sus hijos, y en no ser el domicilio de la Sociedad Limitada el que dice el actor en la demanda. El Tribunal Supremo lo rechazó no sólo por la falta de precisión en el mismo, sino además porque la demandada se subrogó implícitamente en el arrendamiento al venir pagando los recibos y estar dada de alta en el Impuesto Industrial, sin que el arrendador tenga que indagar los títulos sucesorios que le son ajenos, ateniéndose en cuanto a quién ha de seguir en la relación arrendaticia a la decisión que por los interesados se le comunique. En cuanto al motivo segundo, referente al domicilio, los documentos aportados no son eficaces por derivar de la unilateral declaración de la parte demandada.

RESOLUCION DE CONTRATO: SI SE PERMITE EL CAMBIO DE EXPLOTACION DE LOS LOCALES MEDIANTE UNA CONTRAPRESTACION ECONOMICA, SE CONVALIDA LA SITUACION IRREGULAR CONSISTENTE EN LA CESION DE UN LOCAL (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1973).

La Entidad arrendataria renunció a parte de los locales arrendados por un nuevo contrato en el que se le autorizaba para arrendar maquinaria a favor de otros señores. Posteriormente, una nueva Sociedad solicitó el desdoblamiento del arrendamiento de los locales entre ella y el Gerente de la primitiva Entidad arrendataria, a lo que accedió la arrendadora. El nuevo arrendatario introdujo a personas extrañas sin consentimiento de la arrendadora, por lo que ésta solicita la resolución del contrato. Se opuso el demandado, alegando, sobre todo, que las personas a que se refiere el actor están ligadas a él por un arrendamiento de servicios.

El Juzgado número 1 de Sabadell estimó la demanda, pero la Audiencia de Barcelona revocó la sentencia anterior.

El Tribunal Supremo rechaza el recurso correspondiente, ya que si la actora autorizó el cambio de la forma de explotación y uso de los locales por el cedente mediante una contraprestación, convalidó la situación creada con anterioridad, sin que pueda alterar ahora el recurrente la interpretación dada por la Sala con consideraciones personales y subjetivas, dando a los documentos presentados un sentido distinto, lo que hace al amparo del número 4, y no del número 3, del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Al no haber sido demostrada la afirmación del hecho, base y apoyo de la parte dispositiva de dicha resolución, no ha lugar al subarriendo inconsentido, alegado por el recurrente.

RESOLUCION DE CONTRATO: LA AUTORIZACION PARA LAS OBRAS NECESARIAS PARA PONER EN MARCHA EL NEGOCIO NO AMPARA LAS REALIZADAS VARIOS AÑOS DESPUES (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1973).

En un local arrendado para peluquería de señoras, la arrendataria efectuó el derribo de un tabique para ampliar la capacidad del local sin

consentimiento del propietario del mismo, por lo que éste demanda la resolución del contrato, aunque unos once años después de ocurrido tal derribo.

Estimada la demanda por el Juzgado de Granollers, la Audiencia de Barcelona confirmó la sentencia. No prosperó el recurso de injusticia notoria por haberse articulado los motivos de modo confuso, englobando materias de las causas 3.ª y 4.ª del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; pero aunque se entrase en el fondo sería igual, puesto que la autorización de obras de 1950 lo fue para la puesta en marcha del negocio y no ampara las que aprecia la sentencia, realizadas en 1958, sin que se impugne eficazmente, por lo que se resuelve el contrato.

RESOLUCION DE CONTRATO: EL PODER PARA ENAJENAR FACULTA PARA AUTORIZAR EL TRASPASO DE UN LOCAL DE NEGOCIO. LA ESCASA PARTICIPACION EN EL PRECIO DEL TRASPASO PUEDE COMPENSARSE CON EL AUMENTO DE LA RENTA (SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 1973).

El demandante alega que el local del que era propietario había sido traspasado con el consentimiento solamente de su madre, usufructuaria del mismo y fallecida ya en el momento de interponer la demanda, habiéndose hecho tal traspaso a espaldas del titular de la nuda propiedad y en documento privado; por otra parte, no lo hizo ella personalmente, sino una hermana suya, que hizo uso de un poder con treinta y tres años de antigüedad cuando no estaba reconocida en nuestro Derecho la facultad de traspasar, por lo que no podía estar comprendida en tal poder, que se refería solamente a bienes propios de la mandante, sin que lo fuese éste, sobre el que sólo tenía el usufructo.

El Juzgado número 2 de Lugo desestimó la demanda, pero la Audiencia de La Coruña revocó esta sentencia, declarando la resolución del contrato. El Tribunal Supremo admite el recurso de injusticia notoria, porque para celebrar el contrato de arrendamiento no hace falta más que la capacidad necesaria para contratar, puesto que es un acto de administración, aunque si excede de seis años el plazo se necesita poder para enajenar, facultad que tiene el poder de la administradora, que concertó el contrato en cuestión. Ni la avanzada edad de la mandante ni la de la mandataria demuestran su incapacidad o la revocación del poder, por mucha que sea la duración de éste, no pudiendo considerarse gravosas para el nudo propietario las estipulaciones en virtud de las cuales se triplica la renta a percibir, y lo escaso de la participación en el precio del traspaso está compensado por el aumento de la cuantía de la renta en medida muy superior a la que regalmente le pueda corresponder. Por ello procede dar lugar al recurso, sin que se aprecie la existencia del fraude de ley pretendido.

REVISION DE RENTA: ES VALIDA LA CLAUSULA DE ESTABILIZACION PARA LA REVISION DE LA RENTA CUANDO ES BILATERAL Y CUALQUIERA DE LAS PARTES PUEDE PEDIRLA (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1973).

Pactada la revisión de renta en un contrato de arrendamiento conforme a la elevación del coste de la vida, y demostrada esta elevación con una certificación del Instituto Nacional de Estadística, el arrendatario se niega a pagar dicho aumento, por lo que se le demanda ante el Juzgado núme-

ro 33 de Madrid, que dictó sentencia desestimando la demanda, declarando no válida la cláusula de estabilización. La Audiencia Territorial revocó esta sentencia.

Interpuesto recurso de injusticia notoria, se rechaza por el Tribunal Supremo, ya que la cláusula debatida reúne las condiciones necesarias para su eficacia y validez por tener las características de bilateralidad y posibilidad de actualización rentística en más o en menos, ya que el módulo siempre es único, y como cualquiera puede instar la revisión podrá el arrendatario solicitarla igualmente, conclusiones que únicamente podrían reformarse mediante la revisión de la interpretación que se hizo en la sentencia, lo que no se ha realizado por el recurrente, no siendo dable a éste entrar en la censura de aquella resolución de la Sala sentenciadora.

RESOLUCION DE CONTRATO: PARA QUE EXISTA TRASPASO O SUB-ARRIENDO SE NECESITA QUE LA TERCERA PERSONA QUE APAREZCA EN EL LOCAL ACTUE EN NOMBRE PROPIO, EJERCIENDO POR SU CUENTA UNA ACTIVIDAD INDUSTRIAL O MERCANTIL (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1973).

Habiendo observado el dueño de un local la presencia en el mismo de una persona distinta al arrendatario, sin que se le haya dado al demandante razón alguna de la introducción y permanencia en él de esa persona, ya que no le une con el arrendatario ninguna relación laboral, se solicita la resolución del contrato por traspaso o subarriendo ilegal. Se opuso el demandado, en el sentido de que esta persona era un empleado suyo, aun cuando no esté afiliado a la Seguridad Social.

El Juez de Cervera desestimó la demanda y la Audiencia Territorial confirmó esta sentencia. El recurso de injusticia notoria es desestimado también, ya que al afirmar el actor la presencia de otra persona en el local y decir que no está vinculado al arrendatario, a él le incumbía la prueba de estos hechos, conforme al artículo 1.214 del Código civil. Si la jurisprudencia ha declarado que la presencia de un tercero en el local sin conocimiento del propietario de la finca hace presumir la existencia de un subarriendo o traspaso, es indispensable que dicho tercero actúe en nombre propio, ejerciendo por su cuenta una actividad industrial o mercantil, y esto es lo que el Juez niega que concorra en este caso a la vista de la prueba documental aportada por el demandado, afirmando que se trata de un dependiente o subordinado, sin que esta conclusión haya sido combatida en el recurso, por lo que ha de quedar firme en esta fase del procedimiento.

RESOLUCION DE CONTRATO: LA AUTORIZACION PARA REALIZAR OBRAS NO PUEDE ALCANZAR LA AMPLIACION DEL RECINTO COMPRENDIDO DENTRO DE LAS PAREDES QUE LIMITAN LO ARRENDADO (SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1973).

La propietaria de un local solicita la resolución del arrendamiento por la realización de obras incontinentadas en el mismo, lo que niega la arrendataria, que afirma la existencia de una autorización por la demandante, siendo además las obras necesarias para adaptar el local al uso o fin para el que fueron arrendados.

El Juzgado de Guernica declaró resuelto el contrato, ordenando a la

demandada que desaloje el local. La Audiencia de Burgos confirmó la sentencia anterior. El recurso de injusticia notoria es rechazado por el Tribunal Supremo, ya que los documentos que invoca el recurrente no demuestran el error de hecho sino a través de deducciones, mediante las cuales pretende establecer una conclusión contraria a la que sienta la sentencia recurrida, en la que se afirma, después de la prueba de reconocimiento judicial, que la demandada se excedió al realizar obras que no estaban autorizadas, como son las de ampliación del recinto comprendido dentro de las paredes que limitan lo arrendado, por lo que resulta evidente que la demandada rebasó en la ejecución de las obras la autorización concedida. A través del recurso de injusticia notoria no puede variarse la interpretación de los contratos, sino cuando sea errónea o ilógica, lo que no sucede en este caso.

NULIDAD DE CLAUSULA CONTRACTUAL: ES VALIDA LA CLAUSULA DE ELEVACION PROGRESIVA DE LA RENTA CUANDO SE PONE UN TOPE A ESTA ELEVACION, NO AFECTANDO AL PERIODO DE PRORROGA FORZOSA DEL ARRENDAMIENTO. NO EXISTE TRASPASO NI SUBARRIENDO CUANDO NO HAY SUSTITUCION EN LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1973).

Demanda el arrendatario de un bar o cafetería al propietario, solicitando la nulidad de una cláusula por la que se establecía el aumento progresivo de la renta durante el plazo contractual de veinte años, sin perjuicio de los posibles aumentos legales que procedieran, que se fijarían sobre la renta que se viniese pagando el mes anterior. Establecida una escudería automovilística en dicha cafetería, el propietario aprovechó para exigir otro aumento de renta. El arrendatario pide la nulidad, tanto de la cláusula de elevación de renta como de la adición hecha posteriormente con el motivo indicado. El demandado no sólo se opuso a la demanda, sino que formuló reconvencción, pidiendo la resolución del arrendamiento por subarriendo o traspaso del local a la citada Entidad deportiva.

El Juzgado número 3 de Santander desestimó la demanda y la reconvencción, mas la Audiencia de Burgos revocó parcialmente aquella sentencia declarando nula la cláusula de elevación de renta, pero manteniendo la desestimación de la reconvencción.

El correspondiente recurso de injusticia notoria es admitido en cuanto a la nulidad de la cláusula de elevación de renta, pero se mantiene en lo demás la sentencia de Primera Instancia. Examinada primeramente la reconvencción, hay que tener en cuenta que la citada escudería automovilística usó el local compartiéndolo con el bar o cafetería, sin que existiera sustitución en la relación arrendaticia excluyendo a la clientela del bar del acceso al mismo. Si han de estimarse, por el contrario, los motivos referentes a la validez de la cláusula de elevación de renta, ya que, según el artículo 97 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, la renta de los locales de negocio puede fijarse libremente, si bien hay que tener en cuenta el derecho de prórroga forzosa establecido por el artículo 57 de la misma ley. Como este derecho no nace hasta que concluye el plazo contractual, no se puede aplicar a este caso la jurisprudencia de esta Sala, que declara inválida la cláusula de elevación progresiva y constante, ya que tiene un límite, que es el de finalización del plazo contractual, a partir del cual comenzará el período de prórroga forzosa, en el que no rige la elevación, estabilizándose la renta al llegar aquella fecha.

RESOLUCION DE CONTRATO: SE DEBE PROBAR QUE LAS OBRAS REALIZADAS NO CORRESPONDEN A LAS AUTORIZADAS EN EL CONTRATO PARA QUE PROCEDA LA RESOLUCION DEL MISMO. SI LOS OCUPANTES DEL LOCAL LO SON CON CARACTER OCASIONAL O TRANSITORIO, NO HAY MOTIVO PARA CONSIDERAR LA EXISTENCIA DE TRASPASO O CESION INCONSENTIDA (SENTENCIA DE 28 DE DICIEMBRE DE 1973).

Se demanda al arrendatario de un bar por la realización de obras in-consentidas, cambiando el destino de la vivienda aneja al bar en local de negocio, así como por la cesión o subarriendo in-consentido de parte del local. El Juzgado número 10 de Madrid admitió la demanda, pero la Audiencia revocó esta sentencia.

Interpuesto recurso de injusticia notoria por el actor, no lo admite el Tribunal Supremo, ya que del informe pericial sólo se deduce la posibilidad de que las obras fueran realizadas para adaptar e instalar el bar en su origen, lo que no contradice, sino que es conforme a la afirmación contenida en la recurrida sentencia de que no se ha probado que dichas obras no sean las autorizadas en el contrato primitivo. Tampoco se ha probado que la permanencia de los otros ocupantes durante dos meses no lo fuese con el carácter ocasional y transitorio que se reconoce por el Juez de Instancia. Por último, el que se venga ocupando parte de la vivienda para depósito de algunos de los géneros del bar no supone transformación de la misma, y aunque se diese tal transformación no resultaría eficaz dado el destino principal del contrato, que lo es de local con vivienda, siendo ésta accesoria de aquél.

DENEGACION DE PRORROGA FORZOSA: SI EL LOCAL LO ES DE NEGOCIO Y DEDICADO A LA VENTA AL POR MENOR, NO PUEDE JUSTIFICARSE EL CIERRE POR EL HECHO DE QUE SE ALMACENEN OBJETOS EN EL PARA VENDERLOS FUERA DEL MISMO (SENTENCIA DE 29 DE DICIEMBRE DE 1973).

Arrendado un local para instalar una tienda de antigüedades, estuvo cerrado durante un año, por lo que el propietario solicitó la resolución del contrato, a lo que se opuso el demandado alegando que no había estado cerrado, sino que estaba destinado a almacenar objetos para su venta a domicilio. El Juzgado número 1 de Cádiz desestimó la demanda, pero la Audiencia de Sevilla revocó la sentencia declarando resuelto el contrato.

No prosperó el recurso de injusticia, sobre todo por la falta de precisión y claridad en la formulación del mismo, denunciando la violación de diversos preceptos de contenido distinto y antagónico, con lo que es imposible determinar la causa de resolución invocada. El recurrente no combate la afirmación de la sentencia de que el local estuvo dedicado a la realización de transacciones, lo que es característico de un local de negocio, sino que se limitó a excusar sus ausencias y cierres con argumentos refutados por la sentencia de Instancia. El hecho de que estuviese matriculado de venta al por menor de muebles y otros objetos corrobora que se trata de un local de negocio, sin que la afirmación de que nunca dejó de ejercer tal actividad tenga autoridad para imponer este criterio sobre el del Tribunal *a quo*, obtenido del conjunto de la prueba.

OBRAS INCONSENTIDAS: EL CONOCIMIENTO DE LAS OBRAS NO IMPLICA EL CONSENTIMIENTO DE LAS MISMAS. LA CARTA AUTORIZANDO UNAS OBRAS NO PUEDE COMPRENDER LAS REALIZADAS QUINCE AÑOS DESPUES (SENTENCIA DE 31 DE DICIEMBRE DE 1973).

Se arrendó un local de negocio incluyendo una cláusula por la que se exigía autorización escrita del arrendador para la realización de obras en el mismo. Solicitada la correspondiente autorización para verificar obras en 1968, no se concedió, por lo que acudió la Entidad arrendataria al competente Juzgado Municipal, que tampoco la otorgó, confirmando esta resolución la Audiencia Provincial de Madrid. Obtenido el consentimiento de la arrendadora para el cambio de la instalación eléctrica del local, la arrendataria aprovechó para realizar otras obras de bastante importancia, según se hizo constar en dos actas notariales, por lo que se pidió la resolución del contrato. La Entidad demandada afirmó la existencia de autorización por parte de la actora para estas obras. El Juzgado número 26 de Madrid desestimó la demanda, pero la Audiencia Territorial declaró resuelto el contrato revocando la sentencia de Instancia.

No es admitido el recurso de injusticia por el Alto Tribunal. La sentencia recurrida no es incongruente, pues al decir que no se ha probado el consentimiento demuestra que todas las pruebas fueron tenidas en cuenta para fundamentar el fallo, aunque no se refiriera expresamente a cada una de ellas. Lo único que resulta justificado es que la propietaria visitó el local y pudo conocer las obras, pero conocer no es consentir y, además, teniendo en cuenta que se prohibieron las obras y que no fueron autorizadas por la autoridad judicial, es anómalo que se prestara el consentimiento después. La autorización concedida en 1953 no puede entenderse válida para todo tiempo, sino sólo para las que se hagan al concederla y no para las que puedan surgir pasado el tiempo, en este caso, más de quince años. No pueden calificarse estas obras como de poca entidad y provisionales, pues forman un tabique quebrado de suelo a techo de medidas no pequeñas.

C. R. R.

NO PUEDE ATRIBUIRSE AL ANTICIPO DE UN SEMESTRE DE LA RENTA EL CARACTER DE «NUEVO TERMINO DE DURACION CONVENIDO POR LAS PARTES» (SENTENCIA DE 12 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—El arrendador de una vivienda de baja renta y situada en el mejor sitio de Valencia demanda al inquilino, solicitando la resolución del contrato por necesitar tal vivienda una hija del actor que había contraído matrimonio. Se estimó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—En el motivo segundo alega el recurrente la infracción por aplicación indebida de los artículos 114, causa 11; 62, número 1.º, y 63, párrafo 2, número 1.º, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por entenderse que cuando se efectuó el preaviso no se hallaba el contrato en período de prórroga legal, sino «en el transcurso de un nuevo término de duración convenido por las partes» a causa de haberse anticipado por el inquilino un semestre de renta; motivo que tampoco merece ser estimado, puesto que no puede atribuirse al referido adelanto de la renta la desorbitada significación que le achaca el impugnante, al tratarse tan sólo de una circunstancia que afecta al término de cumplimiento de una de las obligaciones del inquilino, y, en último lugar, porque

al no combatirlo subsiste otro de los fundamentos del fallo recurrido, el cual, con base en lo declarado por este Tribunal en la sentencia de 4 de mayo de 1955, viene a establecer que lo que exige la ley es que la acción resolutoria no se entable hasta transcurrido el plazo por el que hubiera sido pactado el arriendo, pero no que el preaviso no pueda efectuarse antes del vencimiento del contrato, siempre que se haga con un año de antelación a la fecha en que el arrendador desee ocupar la finca y sea posterior esta fecha al vencimiento del término contractual del arrendamiento.

EL ARRENDATARIO PIERDE EL DERECHO A LA PRORROGA LEGAL CUANDO EL LOCAL DE NEGOCIOS ESTE CERRADO MAS DE SEIS MESES EN UN AÑO, A MENOS QUE EL CIERRE OBEDEZCA A JUSTA CAUSA. CONCURRE ESTA JUSTIFICACION CUANDO EL HECHO QUE MOTIVO EL CIERRE NO SEA IMPUTABLE AL LOCATARIO (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1975).

Hechos.—Doña Isabel arrendó a don Basiano un local de negocios para que instalara su farmacia, cosa que efectivamente se llevó a cabo. Posteriormente, don Basiano trasladó la farmacia a otro local en la misma población y solicitó permiso al Ayuntamiento para instalar una industria de heladería y confitería en el que le había arrendado doña Isabel. El Ayuntamiento denegó el permiso por carecer el local de servicios higiénicos. Doña Isabel se niega a autorizar las obras para instalar tales servicios y demanda a don Basiano la resolución del contrato. Se desestimó la demanda en Primera y Segunda Instancia, pero el Tribunal Supremo casa tales sentencias y la acoge totalmente.

Doctrina de la sentencia.—El arrendatario está obligado a usar la cosa arrendada (art. 1.555, núm. 2.º, del Código civil), de suerte que tratándose de un local de negocio pierde el derecho a la prórroga legal cuando éste permanezca cerrado durante más de seis meses en el curso de un año, a menos que el cierre obedezca a justa causa (art. 62, núm. 3.º, de la Ley de Arrendamientos Urbanos), debiendo entenderse que concurre esta causa de justificación cuando el hecho que motivó el cierre no sea imputable al locatario, por constituir una causa extraña y superior a su voluntad, o sea, un hecho ajeno por completo a su simple comodidad o conveniencia. El cierre del local de autos durante más de seis meses seguidos obedeció a la mera conveniencia del arrendatario: ya tiene declarado esta Sala que el traslado de negocio, en este caso de farmacia, a otro local en la misma población, con cierre del establecimiento donde antes se ejercía, pone de relieve el cese voluntario y de conveniencia en el mismo; si el Ayuntamiento le participó que no podía accederse a su petición de apertura del local con destino a confitería hasta tanto no lo dotase de servicios higiénicos, tal cambio de destino obedeció al mero arbitrio del arrendatario, contrario además a lo específicamente pactado al concertarse la locación y, por tanto, contrario a lo prevenido en el número 2.º del citado artículo 1.555, respecto al destino del local al uso pactado, razón por la que la arrendadora le negó la autorización que solicitó para realizar las obras necesarias para dotar de servicios sanitarios el local, negativa totalmente fundada, todo lo cual revela la inexistencia de la pretendida justa causa.

PRESCRIPCION DE LA ACCION PARA PEDIR LA RESOLUCION DEL ARRENDAMIENTO (SENTENCIA DE 15 DE FEBRERO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—El motivo tercero, por violación del artículo 1.964 del Código civil y de la doctrina contenida en las sentencias que se citan, tampoco puede prevalecer, ya que los razonamientos utilizados al desarrollarlo evidencian que los recurrentes establecen sin más el supuesto de que cuando fue presentada la demanda (27 de marzo de 1973) había transcurrido el plazo prescriptivo de quince años, durante el cual los hoy recurridos permanecieron inactivos, no obstante conocer la cesión del derecho arrendaticio, base o fundamento de la acción resolutoria ejercitada, prescindiendo de la fundamentación de hecho de la sentencia impugnada, según la cual «el traspaso que da lugar a la resolución contractual se ha mantenido en forma disimulada o encubierta y que la parte arrendadora demandante no ha tenido posibilidad de conocer su existencia hasta el 6 de julio de 1972».

APRECIACION PROBATORIA (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1975).

Doctrina de la sentencia.—Respecto a los alegados errores en la apreciación de la prueba son asimismo desestimables, porque ha sido reiterado hasta la saciedad por la doctrina de esta Sala que para que pueda prevalecer un recurso, al amparo de la causa cuarta del artículo 136 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, es necesario que de la prueba documental o pericial obrante en autos que se invoque para fundamentarlo resulte manifiesto el error de hecho en la apreciación de la prueba que a la sentencia se atribuya, como dice el precepto legal, es decir, que de la simple lectura de los documentos o del informe aparezca, sin necesidad de interpretaciones, patente y claro lo contrario de las afirmaciones contenidas en aquélla.

J. Q. S.

V. SUCESIONES

SUSTITUCION FIDEICOMISARIA. SUS REQUISITOS. TESTAMENTO OLOGRAFO. INTERPRETACION. Artículos 783, párrafo 1.º; 785, número 1.º; 774; 781; 782, y 675 del Código civil (SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1974).

La palabra «expreso» se refiere a los llamamientos y no a las personas instituidas.

Los hechos que motivan esta sentencia son, en síntesis, los siguientes: Don J. L. F. murió bajo testamento ológrafo protocolizado, cuya cláusula segunda dice así: «Instituye herederos en la mitad de todo su haber a su hermana V. F. L., pasando por muerte de la misma a todos sus hijos, y de la otra mitad a su sobrino A. F. (sin segundo apellido), hijo natural de su hermana Manuela, ya fallecida.»

Fallecida posteriormente doña V. F. L. en estado de viuda, bajo testamento en el que dispone de todos los bienes, incluso los heredados de su hermano J. L. F., mejorando notablemente a uno de sus hijos, otro

de los hijos no mejorados demanda a aquél y a los restantes hermanos para que se declare que en virtud de la transcrita cláusula el actor y sus hermanos son herederos fideicomisarios de su tío don J. L. F., habiéndose consolidado en ellos por partes iguales la plena e indivisa propiedad de los bienes correspondientes por fallecimiento de su madre, hermana de su dicho causante, doña V. F. L., la cual, por tanto, no pudo distribuir dichos bienes heredados de su hermano desigualmente entre sus hijos, actor y demandados, herederos fideicomisarios de su tío.

El Juzgado de Primera Instancia de Chantada no estimó esta pretensión, sino otra formulada por el actor subsidiariamente, y aun ésta sólo en parte, declarando rescindida la partición de la herencia materna por lesión en más de la cuarta parte para el actor, pudiendo optar el demandado mejorado y beneficiado entre indemnizar el daño, que se fijó en 64.282,30 pesetas, o consentir en que se proceda a nueva partición.

Apelada la sentencia por el actor, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña revocó la del Juzgado y dictó otra declarando que el demandante y sus hermanos demandados son herederos fideicomisarios del testador don J. L. F., habiéndose consolidado en ellos por partes iguales la plena e indivisa propiedad de los bienes que pertenecían a dicho causante.

Interpuesto contra la sentencia de la Audiencia, revocatoria de la del Juzgado, recurso de casación por infracción de ley por el demandado mejorado, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín, declara no haber lugar al mismo, basando su decisión en los siguientes argumentos:

Que, como ya se indicó en las sentencias de esta Sala de 27 de septiembre de 1930, 2 de marzo de 1935 y 3 de julio de 1963, la sustitución fideicomisaria, en virtud de la cual el testador impone al heredero o legatario la obligación de conservar los bienes o cosa legada para entregarlos a su fallecimiento a otra u otras personas designadas por él mismo, precisa como requisitos esenciales para su existencia y efectividad: Primero: Una doble o múltiple vocación hereditaria consignada de forma expresa e inequívoca en el testamento (arts. 783, párrafo 1.º, y 785, número 1.º, del Código civil, y sentencias de 3 de julio de 1956 y 19 de noviembre de 1964). Segundo: Gravamen impuesto al fiduciario de conservar y entregar los bienes fideicomitidos al llamado en segundo lugar a la sucesión, según exige el artículo 781 y las sentencias de esta Sala de 3 de noviembre de 1890, 21 de diciembre de 1918, 8 de julio de 1920, 20 de junio de 1928 y 25 de abril de 1951. Tercero: Establecimiento de un orden sucesivo y cronológico para la adquisición de la herencia o legado, por el sustituido en primer lugar y el sustituto, de forma que venga uno después del otro en trance de continuidad sucesoria (sentencia de 6 de abril de 1954).

Que en el testamento ológrafo de 13 de mayo de 1941, protocolizado en 19 de enero de 1942, concurre el primero de los requisitos acabados de exponer, porque al expresarse en su cláusula segunda que el testador «instituye herederos en la mitad de todo su haber a su hermana—viva—, pasando por muerte de la misma a todos sus hijos», es indudable que en dicha disposición se contiene una clara vocación hereditaria en favor de los hijos de esa hermana del causante, por no ser imprescindible para su estimación que se designe nominalmente la persona del fideicomisario y ser suficiente con que se la pueda identificar por las circunstancias que respecto a ella se indiquen, como se hizo constar, entre otras, en la sentencia de 6 de marzo de 1944 y, en cierto modo, en la de 7 de diciembre de 1955, y se desprende de la redacción de los artículos 783 y 785 del Código civil, que al emplear el vocablo *expreso*, lo relacionan con los llamamientos y no con las personas instituidas; del 772, que autoriza la designación de heredero en tal forma, con lo que resultaría ilógico exigir mayores requisitos respecto del sustituto, y del contenido del 781, que no

impide incluir a personas no concebidas en los ulteriores llamamientos.

Que igualmente se aprecia en dicha cláusula la realidad y subsistencia de los requisitos segundo y tercero, antes indicados, porque la obligación del fiduciario de conservar los bienes para que a su fallecimiento se entreguen a los fideicomisarios, si bien constituye un requisito tan ineludible para la estimación de esta clase de sustituciones que su omisión originaría su ineficacia (sentencia de 3 de julio de 1881), no precisa, en cambio, que se haya impuesto específicamente en el acto de última voluntad, por ir implícita en el segundo y sucesivo llamamiento (sentencias de 29 de enero de 1916, 26 de febrero de 1919 y 28 de octubre de 1954), que, como se ha visto, se hizo en el presente caso a favor de los hijos de la primeramente instituida; ocurriendo lo mismo con el tercero de los requisitos expresados, porque tanto de los términos gramaticales de la referida cláusula, como de la intención que movió al testador a redactarla, que debe ser tenida en cuenta de forma primordial, a estos efectos, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 675 del Código civil y doctrina contenida, entre otras, en las sentencias de esta Sala de 3 de abril de 1965, 12 de febrero de 1966 y 25 de mayo y 27 de septiembre de 1971; se desprende que en ella se observó el *ordo sucessivus*, exigido a tales fines, toda vez que la utilización del gerundio *pasando*—derivado del verbo «pasar», que significa, según el *Diccionario* oficial de la Lengua, «transmitir, transferir o trasladar una cosa de un sujeto a otro»—, relacionado con la oración de que forma parte, denota que lo que se transmite es «la mitad de todo el haber del *de cuius*, que deberá ser recibido por todos los hijos de la heredera «por muerte de la misma», pasando previamente por ella, con lo que dicha señora fue instituida *ad tempus* y sin goce del *jus disponendi*, características esenciales de la sustitución fideicomisaria, siendo ello lo que tal vez influyó en el ánimo del testador para hacer la institución conjuntamente en favor de varios herederos, como lo indica el empleo de esta palabra en plural, y lo que le indujo a disponer que esa parte del haber hereditario pasara a todos los hijos de su hermana, sin exclusión de ninguna clase, impidiéndola, por tanto, transferirla a otras personas por actos *inter vivos* o *mortis causa*, e incluso hacer uso de los derechos que le confieren los artículos 823 y 848 y concordantes del Código civil y, como así lo entendió el juzgador *a quo*, la interpretación de los testamentos es materia encomendada al arbitrio de los Tribunales de Instancia y su criterio debe prevalecer en casación, salvo se evidencie que es equívoco o erróneo por contradecir alguna de las normas de hermenéutica aplicables en estos casos (sentencias de 2 de diciembre de 1966, 30 de octubre de 1970 y 14 de octubre de 1971); de ahí que no se pueda estimar que la referida cláusula contiene una sustitución comprendida en el artículo 774 del citado Cuerpo legal y que no puedan prosperar los siete primeros motivos del presente recurso, en los que además, en relación con la infracción, que se dice cometida, de los artículos 675 y 674, así como del aforismo *in dubio contra fideicomissum*, se expresa un doble concepto a través de distintos motivos, lo que da lugar a que estén redactados en forma dubitativa y a que contravengan lo dispuesto en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Que igual suerte debe correr el octavo y último motivo del recurso, porque cualquiera que sea la opinión de esta Sala acerca de la remisión, que en la parte dispositiva de la resolución que se impugna se hace a los trámites del juicio de testamentaria, lo cierto es que ni se cita por el recurrente precepto alguno en cuya vulneración apoye la nulidad que pretende, requisito exigido por la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en sus sentencias de 19 de octubre de 1944, 5 de junio de 1945 y 25 de febrero de 1967, ni el párrafo 1.º del artículo 4 del Código civil, que se dice violado, consigue el efecto pretendido por dicha parte cuando, como aquí ocurre, se trata de la validez o nulidad de actos procesales no some-

tidos en su regulación al Cuerpo de derecho material, de que el citado artículo 4 forma parte (sentencias de 28 de diciembre de 1955, 29 de noviembre de 1962 y 14 de noviembre de 1969).

COMENTARIO.—Sabido es que los requisitos que sirven para distinguir la sustitución fideicomisaria de figuras afines son el llamamiento múltiple y cronológicamente sucesivo al goce de unos mismos bienes, que es su nota esencial, y la obligación de conservar y restituir los bienes imputada al primer llamado en beneficio de los sucesivos, elemento natural, que puede ser dispensado por el testador (v. gr.: sustitución fideicomisaria de residuo) en mayor o menor grado.

Al ser *esencial* el llamamiento múltiple *ad tempus* parece que debe exigirse sea claro, sin que pueda acudirse a conjeturas o a una ampliación de las palabras—o del significado de las palabras—empleadas por el testador. Y lo único que éste dice es que instituye heredera a su hermana—que sabía vivía al hacer el testamento—, pasando por muerte de la misma a todos sus hijos, pero sin adjetivar el verbo pasar con el término «después», «luego», «a continuación», «seguidamente» u otro similar. ¿Dónde está el orden sucesivo expreso? De los cincuenta y ocho significados o acepciones que el *Diccionario* de la Lengua de la Real Academia Española recoge (en su 19.ª edición, 1970), la novena dice así: «PASAR.—... 9. Transferir o trasladar una cosa de un sujeto a otro.» ¿Es que acaso no hay transferimiento o traslado si los bienes pasan directamente del testador a sus sobrinos en el supuesto de premoriencia de la madre de éstos? Es sintomático que el actor en su demanda articule distintas peticiones con carácter subsidiario, entre ellas, la de que se reconozca la existencia de un fideicomiso de residuo, la nulidad del testamento de la madre por preterición, la rescisión de la partición por lesión. Todo se reduce a la interpretación de la voluntad del testador según los términos empleados, esto es, el significado de la frase «pasando por muerte de la misma a todos sus hijos», que puede entenderse como «pasando al producirse la muerte de la misma» o «después de muerta la misma», tesis de la Audiencia y del Tribunal Supremo, o bien estimarse equivalente a «si se produce la muerte de la misma» antes que la del testador, lo que entendió el Juzgado y estima el recurrente, aduciendo éste que no se concibe cómo una persona tan detallista como lo era el testador, que dispone con exquisito cuidado sus exequias, entierro, misas, limosnas y obras piadosas, que determina el número de sacerdotes a intervenir en sus funerales, que designa albaceas, haya dejado sin aclarar la existencia de una sustitución fideicomisaria de haberla efectivamente dispuesto. Más bien parece lo contrario: que quiso instituir por partes iguales a las dos estirpes: a su hermana viva, y caso de premorirle, a sus descendientes, en una mitad, y en otra, al hijo único de su hermana premuerta. Lo que parece corroborarse por la avanzada edad de la hermana instituida. La invocación a la madre fallecida del otro sobrino parece inclinar el ánimo a que el testador quiso establecer la paridad de situaciones entre ambas hermanas, sin limitar las facultades dispositivas de la viviente. Un indicio podría suministrarlo el estado civil del sobrino hijo de la hermana premuerta: si era soltero al tiempo del testamento parece que la analogía de situaciones es mayor, en cierto modo, y el ánimo se inclina hacia la sustitución vulgar; mientras que si este sobrino estaba casado y tenía hijos, puesto que respecto a él pudo establecerse la sustitución vulgar y no lo hizo así el testador, pudiera ser ello un dato para pensar que no tenía presente al escribir su testamento ológrafo una sustitución vulgar (porque la hubiera dispuesto igualmente para el sobrino con hijos, cuya institución aparece en la misma oración gramatical), sino una especial voluntad respecto sólo a su hermana viva en ese momento, a la que no quería dejar disponer de sus bienes que le heredase libremente entre los hijos, sobrinos del testador, sino que éstos le sucediesen igualitariamente.

La cuestión es, en suma, muy dudosa, mereciendo el máximo respeto la decisión final dada por el Tribunal Supremo. Nos advierte, y no es pequeña lección, sobre el peligro de no matizar los términos empleados, bien empleando palabras comunes claras y exactas, bien valiéndonos del propio término técnico «sustitución fideicomisaria», que ciertamente supone un nivel de conocimientos en el redactor del testamento superior al que exige la comprensión de la sustitución vulgar.

ADOPCION. PACTO SUCESORIO. DESHEREDACION. PRETERICION.
Artículos 177 (originario), 658, 667, 851, 853 y 912 del Código civil (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1975).

Aunque de los primeros considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo se deducen ya los hechos que motivan el recurso y el planteamiento del pleito, no está de más insistir en que nos encontramos ante una falta de mención de la hija adoptiva en los testamentos de los adoptantes, quienes, bajo la primitiva redacción del Código civil, se habían obligado a instituir la heredera en un tercio, por lo menos, de los bienes que de ambos cónyuges resulten al respectivo fallecimiento de cada uno; a lo que ha de añadirse que en un último testamento, complementario del anterior, el padre adoptivo, que fue de los cónyuges adoptantes el último en morir, deshereda expresamente a la adoptada por haberle injuriado gravemente y haberse dedicado a la prostitución, sin que estos hechos se estimasen como probados por el Juzgado, aunque del apuntamiento resulte claramente que la adoptada había ingresado en institución especializada en la asistencia de jóvenes descarriadas y que después de morir la madre adoptante y antes de fallecer el padre adoptivo tuvo una hija de padre desconocido.

Como primera pretensión que la actora, hija adoptiva, aduce frente a los herederos de sus padres adoptivos está la de suceder *ab intestato* en todos los bienes de ambos; subsidiariamente, sucederles en una tercera parte, y en última instancia, y sólo en cuanto a la herencia del padre adoptivo, que se declare heredera del mismo, en cuanto a un tercio de su herencia, a la hija natural habida por la adoptada, nacida después de muerta la madre adoptante y antes del fallecimiento del padre adoptivo.

El Juzgado de Primera Instancia número 13 de los de Madrid estimó parcialmente la demanda y declaró que la actora tiene derecho a la tercera parte del metálico existente en la herencia de su padre adoptivo, subsistiendo las demás disposiciones testamentarias de dicho causante (¿entre ellas, la desheredación?, preguntamos nosotros). La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid declaró, por el contrario, que la demandante, en su condición de hija adoptiva de los finados causantes y por la preterición de que fue objeto en las operaciones particionales de ambos, tiene derecho a que los herederos de los mismos le paguen el importe a que asciende la tercera parte de la respectiva herencia de cada uno de ellos.

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación por infracción de ley uno de los demandados, no así la actora, que se conforma con la tercera parte que le concede la sentencia de la Audiencia, razón ésta por lo que parece apuntar la sentencia del Supremo que no se la puede conceder el todo, por no haberlo pedido, y por la misma razón no casa la sentencia, pues de hacerlo se le concedería más de lo pedido a la parte no recurrente y la casación perjudicaría precisamente a quien ha interpuesto el recurso. No hay que olvidar que la línea seguida por anteriores sentencias del Tribunal Supremo era la de que el hijo adoptivo, a quien los adoptantes se obligaban a instituir heredero en la escritura de adop-

de los hijos no mejorados demanda a aquél y a los restantes hermanos para que se declare que en virtud de la transcrita cláusula el actor y sus hermanos son herederos fideicomisarios de su tío don J. L. F., habiéndose consolidado en ellos por partes iguales la plena e indivisa propiedad de los bienes correspondientes por fallecimiento de su madre, hermana de su dicho causante, doña V. F. L., la cual, por tanto, no pudo distribuir dichos bienes heredados de su hermano desigualmente entre sus hijos, actor y demandados, herederos fideicomisarios de su tío.

El Juzgado de Primera Instancia de Chantada no estimó esta pretensión, sino otra formulada por el actor subsidiariamente, y aun ésta sólo en parte, declarando rescindida la partición de la herencia materna por lesión en más de la cuarta parte para el actor, pudiendo optar el demandado mejorado y beneficiado entre indemnizar el daño, que se fijó en 64.282,30 pesetas, o consentir en que se proceda a nueva partición.

Apelada la sentencia por el actor, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña revocó la del Juzgado y dictó otra declarando que el demandante y sus hermanos demandados son herederos fideicomisarios del testador don J. L. F., habiéndose consolidado en ellos por partes iguales la plena e indivisa propiedad de los bienes que pertenecían a dicho causante.

Interpuesto contra la sentencia de la Audiencia, revocatoria de la del Juzgado, recurso de casación por infracción de ley por el demandado mejorado, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Federico Rodríguez Solano y Espín, declara no haber lugar al mismo, basando su decisión en los siguientes argumentos:

Que, como ya se indicó en las sentencias de esta Sala de 27 de septiembre de 1930, 2 de marzo de 1935 y 3 de julio de 1963, la sustitución fideicomisaria, en virtud de la cual el testador impone al heredero o legatario la obligación de conservar los bienes o cosa legada para entregarlos a su fallecimiento a otra u otras personas designadas por él mismo, precisa como requisitos esenciales para su existencia y efectividad: Primero: Una doble o múltiple vocación hereditaria consignada de forma expresa e inequívoca en el testamento (arts. 783, párrafo 1.º, y 785, número 1.º, del Código civil, y sentencias de 3 de julio de 1956 y 19 de noviembre de 1964). Segundo: Gravamen impuesto al fiduciario de conservar y entregar los bienes fideicomitidos al llamado en segundo lugar a la sucesión, según exige el artículo 781 y las sentencias de esta Sala de 3 de noviembre de 1890, 21 de diciembre de 1918, 8 de julio de 1920, 20 de junio de 1928 y 25 de abril de 1951. Tercero: Establecimiento de un orden sucesivo y cronológico para la adquisición de la herencia o legado, por el sustituido en primer lugar y el sustituto, de forma que venga uno después del otro en trance de continuidad sucesoria (sentencia de 6 de abril de 1954).

Que en el testamento ológrafo de 13 de mayo de 1941, protocolizado en 19 de enero de 1942, concurre el primero de los requisitos acabados de exponer, porque al expresarse en su cláusula segunda que el testador «instituye herederos en la mitad de todo su haber a su hermana—viva—, pasando por muerte de la misma a todos sus hijos», es indudable que en dicha disposición se contiene una clara vocación hereditaria en favor de los hijos de esa hermana del causante, por no ser imprescindible para su estimación que se designe nominalmente la persona del fideicomisario y ser suficiente con que se la pueda identificar por las circunstancias que respecto a ella se indiquen, como se hizo constar, entre otras, en la sentencia de 6 de marzo de 1944 y, en cierto modo, en la de 7 de diciembre de 1955, y se desprende de la redacción de los artículos 783 y 785 del Código civil, que al emplear el vocablo *expreso*, lo relacionan con los llamamientos y no con las personas instituidas; del 772, que autoriza la designación de heredero en tal forma, con lo que resultaría ilógico exigir mayores requisitos respecto del sustituto, y del contenido del 781, que no

impide incluir a personas no concebidas en los ulteriores llamamientos.

Que igualmente se aprecia en dicha cláusula la realidad y subsistencia de los requisitos segundo y tercero, antes indicados, porque la obligación del fiduciario de conservar los bienes para que a su fallecimiento se entreguen a los fideicomisarios, si bien constituye un requisito tan ineludible para la estimación de esta clase de sustituciones que su omisión originaría su ineficacia (sentencia de 3 de julio de 1881), no precisa, en cambio, que se haya impuesto específicamente en el acto de última voluntad, por ir implícita en el segundo y sucesivo llamamiento (sentencias de 29 de enero de 1916, 26 de febrero de 1919 y 28 de octubre de 1954), que, como se ha visto, se hizo en el presente caso a favor de *los hijos* de la primeramente instituida; ocurriendo lo mismo con el tercero de los requisitos expresados, porque tanto de los términos gramaticales de la referida cláusula, como de la intención que movió al testador a redactarla, que debe ser tenida en cuenta de forma primordial, a estos efectos, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 675 del Código civil y doctrina contenida, entre otras, en las sentencias de esta Sala de 3 de abril de 1965, 12 de febrero de 1966 y 25 de mayo y 27 de septiembre de 1971; se desprende que en ella se observó el *ordo successivus*, exigido a tales fines, toda vez que la utilización del gerundio *pasando*—derivado del verbo «pasar», que significa, según el *Diccionario* oficial de la Lengua, «transmitir, transferir o trasladar una cosa de un sujeto a otro», relacionado con la oración de que forma parte, denota que lo que se transmite es «la mitad de todo el haber del *de cuius*, que deberá ser recibido por *todos* los hijos de la heredera «por muerte de la misma», pasando previamente por ella, con lo que dicha señora fue instituida *ad tempus* y sin goce del *jus disponendi*, características esenciales de la sustitución fideicomisaria, siendo ello lo que tal vez influyó en el ánimo del testador para hacer la institución conjuntamente en favor de varios *herederos*, como lo indica el empleo de esta palabra en plural, y lo que le indujo a disponer que esa parte del haber hereditario pasara a *todos* los hijos de su hermana, sin exclusión de ninguna clase, impidiéndola, por tanto, transferirla a otras personas por actos *inter vivos* o *mortis causa*, e incluso hacer uso de los derechos que le confieren los artículos 823 y 848 y concordantes del Código civil y, como así lo entendió el juzgador *a quo*, la interpretación de los testamentos es materia encomendada al arbitrio de los Tribunales de Instancia y su criterio debe prevalecer en casación, salvo se evidencie que es equívoco o erróneo por contradecir alguna de las normas de hermenéutica aplicables en estos casos (sentencias de 2 de diciembre de 1966, 30 de octubre de 1970 y 14 de octubre de 1971); de ahí que no se pueda estimar que la referida cláusula contiene una sustitución comprendida en el artículo 774 del citado Cuerpo legal y que no puedan prosperar los siete primeros motivos del presente recurso, en los que además, en relación con la infracción, que se dice cometida, de los artículos 675 y 674, así como del aforismo *in dubio contra fideicomisum*, se expresa un doble concepto a través de distintos motivos, lo que da lugar a que estén redactados en forma dubitativa y a que contravengan lo dispuesto en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Que igual suerte debe correr el octavo y último motivo del recurso, porque cualquiera que sea la opinión de esta Sala acerca de la remisión, que en la parte dispositiva de la resolución que se impugna se hace a los trámites del juicio de testamentaría, lo cierto es que ni se cita por el recurrente precepto alguno en cuya vulneración apoye la nulidad que pretende, requisito exigido por la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en sus sentencias de 19 de octubre de 1944, 5 de junio de 1945 y 25 de febrero de 1967, ni el párrafo 1.º del artículo 4 del Código civil, que se dice violado, consigue el efecto pretendido por dicha parte cuando, como aquí ocurre, se trata de la validez o nulidad de actos procesales no some-

tidos en su regulación al Cuerpo de derecho material, de que el citado artículo 4 forma parte (sentencias de 28 de diciembre de 1955, 29 de noviembre de 1962 y 14 de noviembre de 1969).

· **COMENTARIO.**—Sabido es que los requisitos que sirven para distinguir la sustitución fideicomisaria de figuras afines son el llamamiento múltiple y cronológicamente sucesivo al goce de unos mismos bienes, que es su nota esencial, y la obligación de conservar y restituir los bienes impuesta al primer llamado en beneficio de los sucesivos, elemento natural, que puede ser dispensado por el testador (v. gr.: sustitución fideicomisaria de residuo) en mayor o menor grado.

Al ser *esencial* el llamamiento múltiple *ad tempus* parece que debe exigirse sea claro, sin que pueda acudirse a conjeturas o a una ampliación de las palabras—o del significado de las palabras—empleadas por el testador. Y lo único que éste dice es que instituye heredera a su hermana—que sabía vivía al hacer el testamento—, pasando por muerte de la misma a todos sus hijos, pero sin adjetivar el verbo pasar con el término «después», «luego», «a continuación», «seguidamente» u otro similar. ¿Dónde está el orden sucesivo expreso? De los cincuenta y ocho significados o acepciones que el *Diccionario* de la Lengua de la Real Academia Española recoge (en su 19.ª edición, 1970), la novena dice así: «PASAR.—... 9. Transferir o trasladar una cosa de un sujeto a otro.» ¿Es que acaso no hay transferimiento o traslado si los bienes pasan directamente del testador a sus sobrinos en el supuesto de premoriencia de la madre de éstos? Es sintomático que el actor en su demanda articule distintas peticiones con carácter subsidiario, entre ellas, la de que se reconozca la existencia de un fideicomiso de residuo, la nulidad del testamento de la madre por preterición, la rescisión de la partición por lesión. Todo se reduce a la interpretación de la voluntad del testador según los términos empleados, esto es, el significado de la frase «pasando *por* muerte de la misma a todos sus hijos», que puede entenderse como «pasando al producirse la muerte de la misma» o «después de muerta la misma», tesis de la Audiencia y del Tribunal Supremo, o bien estimarse equivalente a «si se produce la muerte de la misma» antes que la del testador, lo que entendió el Juzgado y estima el recurrente, aduciendo éste que no se concibe cómo una persona tan detallista como lo era el testador, que dispone con exquisito cuidado sus exequias, entierro, misas, limosnas y obras piadosas, que determina el número de sacerdotes a intervenir en sus funerales, que designa albaceas, haya dejado sin aclarar la existencia de una sustitución fideicomisaria de haberla efectivamente dispuesto. Más bien parece lo contrario: que quiso instituir por partes iguales a las dos stirpes: a su hermana viva, y caso de premorirle, a sus descendientes, en una mitad, y en otra, al hijo único de su hermana premuerta. Lo que parece corroborarse por la avanzada edad de la hermana instituida. La invocación a la madre fallecida del otro sobrino parece inclinar el ánimo a que el testador quiso establecer la paridad de situaciones entre ambas hermanas, sin limitar las facultades dispositivas de la viviente. Un indicio podría suministrarlo el estado civil del sobrino hijo de la hermana premuerta: si era soltero al tiempo del testamento parece que la analogía de situaciones es mayor, en cierto modo, y el ánimo se inclina hacia la sustitución vulgar; mientras que si este sobrino estaba casado y tenía hijos, puesto que respecto a él pudo establecerse la sustitución vulgar y no lo hizo así el testador, pudiera ser ello un dato para pensar que no tenía presente al escribir su testamento ológrafo una sustitución vulgar (porque la hubiera dispuesto igualmente para el sobrino con hijos, cuya institución aparece en la misma oración gramatical), sino una especial voluntad respecto sólo a su hermana viva en ese momento, a la que no quería dejar disponer de sus bienes que le heredase libremente entre los hijos, sobrinos del testador, sino que éstos le sucediesen igualitariamente.

La cuestión es, en suma, muy dudosa, mereciendo el máximo respeto la decisión final dada por el Tribunal Supremo. Nos advierte, y no es pequeña lección, sobre el peligro de no matizar los términos empleados, bien empleando palabras comunes claras y exactas, bien valiéndonos del propio término técnico «sustitución fideicomisaria», que ciertamente supone un nivel de conocimientos en el redactor del testamento superior al que exige la comprensión de la sustitución vulgar.

ADOPCION. PACTO SUCESORIO. DESHEREDACION. PRETERICION.
Artículos 177 (originario), 658, 667, 851, 853 y 912 del Código civil (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1975).

Aunque de los primeros considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo se deducen ya los hechos que motivan el recurso y el planteamiento del pleito, no está de más insistir en que nos encontramos ante una falta de mención de la hija adoptiva en los testamentos de los adoptantes, quienes, bajo la primitiva redacción del Código civil, se habían obligado a instituir la heredera en un tercio, por lo menos, de los bienes que de ambos cónyuges resulten al respectivo fallecimiento de cada uno; a lo que ha de añadirse que en un último testamento, complementario del anterior, el padre adoptivo, que fue de los cónyuges adoptantes el último en morir, deshereda expresamente a la adoptada por haberle injuriado gravemente y haberse dedicado a la prostitución, sin que estos hechos se estimasen como probados por el Juzgado, aunque del apuntamiento resulte claramente que la adoptada había ingresado en institución especializada en la asistencia de jóvenes descarriadas y que después de morir la madre adoptante y antes de fallecer el padre adoptivo tuvo una hija de padre desconocido.

Como primera pretensión que la actora, hija adoptiva, aduce frente a los herederos de sus padres adoptivos está la de suceder *ab intestato* en todos los bienes de ambos; subsidiariamente, sucederles en una tercera parte, y en última instancia, y sólo en cuanto a la herencia del padre adoptivo, que se declare heredera del mismo, en cuanto a un tercio de su herencia, a la hija natural habida por la adoptada, nacida después de muerta la madre adoptante y antes del fallecimiento del padre adoptivo.

El Juzgado de Primera Instancia número 13 de los de Madrid estimó parcialmente la demanda y declaró que la actora tiene derecho a la tercera parte del metálico existente en la herencia de su padre adoptivo, subsistiendo las demás disposiciones testamentarias de dicho causante (¿entre ellas, la desheredación?, preguntamos nosotros). La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid declaró, por el contrario, que la demandante, en su condición de hija adoptiva de los finados causantes y por la preterición de que fue objeto en las operaciones particionales de ambos, tiene derecho a que los herederos de los mismos le paguen el importe a que asciende la tercera parte de la respectiva herencia de cada uno de ellos.

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación por infracción de ley uno de los demandados, no así la actora, que se conforma con la tercera parte que le concede la sentencia de la Audiencia, razón ésta por lo que parece apuntar la sentencia del Supremo que no se la puede conceder el todo, por no haberlo pedido, y por la misma razón no casa la sentencia, pues de hacerlo se le concedería más de lo pedido a la parte no recurrente y la casación perjudicaría precisamente a quien ha interpuesto el recurso. No hay que olvidar que la línea seguida por anteriores sentencias del Tribunal Supremo era la de que el hijo adoptivo, a quien los adoptantes se obligaban a instituir heredero en la escritura de adop-

ción, sucedían, a falta de legitimarios, en toda la herencia. El que en la presente no se llegue a estas últimas consecuencias se debe, según creencia del comentarista, a la especial conformación de la demanda inicial, al planteamiento de la casación, a la conformidad de la actora con la sentencia de la Audiencia y, en suma, a que del fondo de los hechos emerge la conducta poco edificante de la actora y, en suma, que otra podría haber sido la sentencia de haberse planteado las cuestiones por cauces y con fundamentos jurídicos distintos.

Frente al argumento del recurrente de que la preterición sólo puede predicarse respecto a los herederos forzosos, y el adoptado, según la primitiva redacción del Código civil, no lo es, cabe decir que no se trata de preterición en el testamento, sino de preterición en la **partición**. Es evidente que el adoptado no es, en sentido literal, heredero forzoso, según aparece en la primitiva redacción del Código civil, entre otras razones, porque su derecho no arranca de la ley, sino del pacto sucesorio contenido en la escritura de adopción, si bien, debido a la irrevocabilidad de tal pacto, su situación pueda semejarse, en cierto modo, a la de un legitimario, con el que ha terminado por identificarse en virtud de las reformas legislativas posteriores.

Por ello el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre y Bernardo, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley que contra la sentencia de la Audiencia interpuso la parte demandada y apelada, según la siguiente doctrina, de la que, como al principio se ha dicho, aparecen claramente los hechos motivadores del pleito:

Que son hechos reconocidos por las partes o declarados probados en la sentencia recurrida y no combatidos en el recurso: primero, que la actora, doña I. O. G., fue adoptada por los cónyuges don A. O. R. y doña S. G. A. por escritura pública de 12 de abril de 1951, en la que se comprometían a instituir la heredera en un tercio, por lo menos, de los bienes que resultasen al respectivo fallecimiento de cada uno de ellos; segundo, que doña S. G. A. falleció el día 28 de enero de 1965, bajo testamento otorgado el 23 de octubre de 1964, en el que instituye heredero a su esposo, omitiendo toda mención de la hija adoptiva; tercero, que don A. O. R. falleció el 24 de enero de 1969, habiendo otorgado testamento el 6 de junio de 1968, en el que institúa únicos y universales herederos a su hermano, don E. O. R., y sobrino, don A. O. F., y un segundo, complementario, de 1.º de julio siguiente, en el que, tras ratificar dichas instituciones de herederos, desheredaba expresamente a la hija adoptiva por causas de injurias graves contra el causante y dedicación a la prostitución; cuarto, que por don A. O. R. se practicaron las correspondientes operaciones particionales al fallecimiento de su esposa, por escritura de 26 de marzo de 1965, y por los herederos de don A. O. R. al fallecimiento de éste, según escritura de 16 de diciembre de 1969, teniendo acceso al Registro de la Propiedad en lo referente a los bienes inmuebles de la herencia; quinto, que en dichas operaciones particionales de uno y otro cónyuge fue totalmente excluida la hija adoptiva, doña I. O. G.

Que ante dicha exclusión en la herencia de sus padres adoptivos, se ejercita por la actora en la presente litis una acción personal de petición de herencia, en su condición o cualidad de hija adoptiva de los mismos, sobre cuantos bienes, derechos y acciones dejaron a su fallecimiento, que pretende lo sea en la proporción de forma principal o para, en su caso, subsidiaria, y que concreta: A) En relación a la herencia de doña S. G. A.: 1) la totalidad de la herencia, con reserva de la cuota usufructuaria al cónyuge supérstite, de estimarse hubo preterición, y 2) subsidiariamente, de estimarse no la hubo, un tercio de dicha herencia, en concurrencia con don A., esposo de la causante y su heredero testamentario. B) En cuanto a la herencia de don A. O. R.: 1) la totalidad de la herencia si se

estima haber preterición, por no existir motivos de desheredación, o, en su caso, que hubo reconciliación; 2) subsidiariamente, para el caso de no estimarse lo anterior (la preterición), un tercio de la herencia, en concurrencia con los herederos testamentarios, don E. R. y don A. O. F., y 3) de no estimarse ninguno de los supuestos anteriores (estimación de la desheredación) declarar heredera de don A. O. a la hija de la actora en un tercio de la herencia, en concurrencia con dichos testamentarios.

Que importa consignar, a efectos de resolución de este recurso, que desestimada en la sentencia de Primera Instancia la desheredación de la actora, aducida por los demandados, conforme al segundo de los testamentos otorgados por don A. O., al no estimar probadas las causas que en el mismo se señalan, quedó firme, a virtud del principio de la *reformatio in pejus*, como no menos, que la recurrida sentencia, en el fondo, deniega cuanto en la preterición testamentaria esgrime la actora y con la que pretende justificar lo que hace objeto de pretensión principal en el suplico de la demanda, desestimada por la sentencia de apelación, dando lugar a la que lo es con carácter subsidiario, con lo que la actora muestra su conformidad al no recurrir de dicha sentencia.

Que si conforme a lo expresado ha de reconocerse a la actora su condición o cualidad de hija adoptiva de los cónyuges don A. O. y doña S. G. y el compromiso o pacto sucesorio contraído por éstos, en la escritura de adopción de 13 de abril de 1951, fecha ésta determinante de la legislación aplicable en cuanto a los derechos sucesorios de la persona adoptada, conforme al que se obligaban a instituir la heredera de un tercio, por lo menos, de los bienes que de uno y otro cónyuge resultasen a su respectivo fallecimiento, por lo que a dicho respecto ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 177 del Código civil antes de su reforma por Ley de 24 de abril de 1958: «El adoptado no adquiere derecho alguno a heredar fuera de testamento al adoptante, a menos que en la escritura de adopción se haya éste obligado a instituirle heredero», y, por tanto, si bien no se le reconoce la cualidad de heredera legitimaria o forzosa en la herencia de sus padres adoptivos, si heredará por el compromiso o pacto sucesorio que se impusieron los adoptantes en favor de la adoptada en la escritura de adopción, verdadera estipulación o contrato hereditario de naturaleza irrevocable, así reconocido, de aplicación tanto para los supuestos de sucesión intestada como testamentaria sin referencia a la persona adoptada, esto es, fuera de testamento, puesto que lo contrario no equivaldría sino a una verdadera desheredación sin justa causa, que no puede admitirse, si bien lo sea en concurrencia, en cada caso, con los herederos legítimos o testamentarios en la proporción correspondiente, toda vez que su derecho a la herencia nace, como se indica, de dicho pacto o compromiso y, por tanto, sin que lo pueda desvirtuar el silencio que representa tanto el no otorgar testamento, como el hacerlo con omisión de la persona adoptada, todo lo cual hace decaer los motivos primero y cuarto del recurso, en cuanto su fundamento estriba, en hacer depender los derechos sucesorios de la actora, en la sucesión de los recurrentes, en la necesaria institución testamentaria, para, consiguientemente, en virtud de aquel silencio en relación a la misma en los testamentos de sus padres adoptivos, negarle todo derecho a su herencia.

Que los motivos segundo y tercero, aunque formulados por números distintos del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que aquél lo es por el ordinal primero, denunciando la violación de los artículos 1.080, en relación con los 814, 807, 177 (en su relación originaria) y 174, modificado por Ley de 24 de abril de 1958, todos ellos del Código civil, mientras que por el tercero, amparado en el número segundo, se tacha de incongruente, con violación del artículo 359 de dicha Ley Procesal Civil, a la sentencia recurrida, permite su agrupación el que sea precisamente la aplicación por el juzgador de Instancia de aquel primeramente señala-

do precepto el fundamento de uno y otro motivo, y a la vez que, en el sentir del recurrente, es indebidamente aplicado, dicha aplicación es la determinante de tal incongruencia, y si, en efecto, cabe señalar, en relación a cada uno de dichos motivos, que ejercitada por la actora, como ya quedó expuesto, la acción personal de petición de herencia, y el resultado al que se llega en la sentencia, en virtud de lo sancionado en tan meritado artículo y, consecuentemente, variando los términos en los que se desenvolvió la litis, es lo propio que una acción constitutiva y la correspondiente de condena, lo que tanto podía justificar, teniendo además en cuenta los términos del suplico de la demanda y el fallo de la sentencia, la estimación de aquella denunciada incongruencia o la de la aplicación indebida de dicho precepto, sin embargo, es lo cierto que, conforme a lo expresado en los anteriores considerandos, desestimados el primero y cuarto de los motivos del recurso, la sentencia que se dictare en lugar de la casada, al tener que reconocer, en su condición de hija adoptiva, a lo que los adoptantes se obligaron a instituir la heredera, por lo menos, en un tercio de la herencia de cada uno, los derechos hereditarios derivados de tal pacto, esto es, teniendo que estimar la demanda en cuanto a la petición que en su suplico se hace en aquella forma subsidiaria que quedó consignada, sería notablemente más onerosa para la parte recurrente y, por el contrario, más beneficiosa para la recurrida, que dio a aquélla su conformidad, por lo que, de acuerdo a doctrina de esta Sala, es improcedente todo recurso cuando en la nueva resolución que se dictare hubiere de llegarse a la misma conclusión o a conclusión más gravosa a la que llegó la sentencia que había de ser casada, hace procedente la desestimación de dichos motivos y con ello la del recurso, con la preceptiva imposición de costas a la parte recurrente.

INCAPACIDAD DEL TESTADOR. Artículos 663, número 2.º, y 666 del Código civil (SENTENCIA DE 20 DE FEBRERO DE 1975).

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, conde de Borrajeiros, declara no haber lugar al recurso que por infracción de ley y de doctrina legal interpuso la parte demandada y apelada contra la sentencia de la Sala Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas, revocatoria de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de la misma capital, conforme a las siguientes consideraciones, de las cuales se deduce que el problema debatido es el de la apreciación de la capacidad del testador, resuelto negativamente por el Juzgado y afirmativamente por la Audiencia y el Tribunal Supremo.

Que la cuestión que plantea el recurso—que es una de las varias que fueron objeto del pleito que lo provoca—se reduce sencillamente a determinar si, cual sostiene la parte actora y recurrente, don J. D. B., en 27 de junio de 1963, cuando otorgó testamento abierto ante el Notario de Las Palmas de Gran Canaria don J. Z. C., no se hallaba ya en el pleno goce de sus facultades mentales a consecuencia de la demencia senil que se le diagnosticó a finales de 1965, en el correspondiente expediente de incapacidad que terminó por sentencia de 6 de diciembre de dicho año, que lo declaró incapaz en vista de los dictámenes médicos, que proclamaban que ese cuadro psíquico que ahora presentaba no se improvisa ni surge en el momento, sino que arrastra de años atrás, en los cuales ya producía incapacidad, o, por el contrario, y como la sentencia recurrida afirma, aunque pudiera ser casi seguro que va en la fecha del testamento estaba incapacitado, con esa casi seguridad que insinuaban los Peritos, no constituía la fijeza y seguridad que la doctrina legal exige para

declarar la incapacidad de una persona retrotraída a una fecha concreta anterior a la en que se hace tal declaración.

Que la sentencia recurrida, enfrentándose con la aludida prueba pericial médica obrante en autos, aunque comparte el convencimiento de aquellos facultativos respecto a la casi seguridad de la incapacidad del testador retrotraída a la fecha del testamento, recalca, sin embargo, que ella no tiene la *fuerza inequívoca o de seguridad exigida* por la doctrina legal para estimar como acreditada esa falta de capacidad, máxime cuando no aparece complementada—tal deficiencia probatoria—por unos abundantes testimonios de declaración del testador—que no se han ofrecido—y, en cambio, aparece contrarrestada por las rotundas manifestaciones del Notario autorizante y de los testigos del testamento, que afirman la plena capacidad del referido testador.

Que contra esta sentencia, la parte recurrente alza su recurso, integrado por cuatro motivos, todos ellos formulados al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en los cuales lo que en realidad se combate es la apreciación probatoria que de los dictámenes periciales hizo la Sala sentenciadora, atacándola desde distintos puntos de vista, pretendiendo demostrar que aquellas vacilantes manifestaciones de los médicos—que hablan de que «aproximadamente», «casi seguro», «no puede afirmarse», «hace más de un año que estaba plenamente desarrollada la enfermedad»—debían vincular al Tribunal sentenciador y conducirlo inexcusablemente a declarar que don J. D. B. estaba incapaz ya el 27 de junio de 1963, a consecuencia de la demencia senil que se le diagnosticó dos años más tarde en grado muy avanzado y con período de desarrollo que también databa de años atrás; ese ataque a la apreciación de la prueba pericial realizada por los juzgadores de Instancia queda por completo sustraída a la censura en casación, por virtud de lo dispuesto en el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y jurisprudencia uniforme que lo desarrolla.

Que en el primero de los motivos del recurso se alega que la sentencia recurrida ha infringido, por el concepto de interpretación errónea, la doctrina legal establecida por las sentencias que en el motivo se relacionan; se argumenta por la recurrente en defensa de él: a) que la sentencia impugnada se apoya en dos fundamentos, a saber: primero, estimar que, a su juicio, para determinar la incapacidad de una persona no basta el informe pericial, sino que se precisa además la prueba testifical de relación con el sujeto en cuestión, y segundo, el prestigio de la fe notarial del funcionario azeado y prevenido en esa tarea y la apreciación testimonial de los que testificaron al acto del otorgamiento, y b) que la doctrina legal invocada de ningún modo obliga a que por testimonios de la vida de relación del testador se pueda determinar su capacidad o incapacidad, sino que permite destruir esa presunción *juris tantum* de capacidad sin que tenga que obtenerse una declaración previa de incapacidad para anular el testamento de una persona.

Que para la desestimación de este motivo basta observar: primero, que la sentencia recurrida no sostiene que para la declaración de incapacidad no sea suficiente la afirmación médica que lo proclame, siendo necesario complementarla con otros elementos probatorios, sino que lo que tal sentencia afirma es que la casi seguridad que los médicos aseveran en el concreto caso de autos no tiene, a juicio de la Sala, la fuerza inequívoca exigida por la doctrina legal si no se complementa con el resultado de otras pruebas que la corroboren y reafirmen; segundo, que si los juzgadores de Instancia, al contemplar y valorar la prueba pericial practicada, apreciaron que no tenía esa fuerza inequívoca que exige la jurisprudencia, actuaron dentro de los límites de sus facultades y se atemperaron a la verdadera exégesis que sobre la presunción general de capacidad tiene establecida la doctrina legal invocada, y por eso pudieron

sentar acertadamente la conclusión de que el diagnóstico retrospectivo de los especialistas en Psiquiatría no es suficiente para acreditar por sí solo la incapacidad de don J. D. B., retrotraída al 27 de junio de 1963, precisión inexcusable para otorgar la pretensión formulada por la demandante, y tercero, porque la frase deslizada por dichos juzgadores, respecto al convencimiento que dicen compartir con los médicos informantes, no puede analizarse desligándola de las que le preceden y le subsiguen, con arreglo a las cuales se infiere claramente que lo que comparten es el criterio de la «casi seguridad de la incapacidad referida al momento de otorgar el testamento, como se deduce fácilmente del empleo de aquellas otras frases y del análisis que hacen del resto de las pruebas, que comparten y revelan que no admiten más que como *casi segura* esa supuesta incapacidad en aquellas fechas».

Que en el motivo segundo sostiene la parte recurrente que la sentencia recurrida ha infringido, por interpretación errónea, el artículo 1.253 del Código civil, pues no obstante compartir los juzgadores el convencimiento de los Peritos médicos, que entienden que el señor D. B. estaba ya incapaz en la fecha en que otorgó el discutido testamento—dice dicha sentencia—, no llegan a declarar tal incapacidad por estimar que ello debió acreditarse con la prueba testifical de relación con el testador y, además, porque rechazan tal incapacidad el Notario y los testigos intervinientes en el instrumento público.

Que también este motivo tiene que ser rechazado: primero, porque los juzgadores de Instancia, para llegar a declarar que no se ha acreditado suficientemente la incapacidad del testador en el momento en que otorgó el combatido testamento, no hicieron uso de la prueba de presunciones ni tuvieron en cuenta para nada lo dispuesto en el invocado artículo 1.253, que, por tanto, no pudo ser interpretado erróneamente; segundo, porque no puede reputarse como hecho base, conocido y cierto, para de él deducir el desconocido la afirmación de la incapacidad del testador en el momento del otorgamiento—que se atribuye al informe médico con carácter de seguridad absoluta, cuando en realidad se formula en términos dubitativos—y, consiguientemente, no puede deducirse como hecho desconocido esa misma incapacidad; tercero, porque ese modo de argumentar hace supuesto de la cuestión, estimando ya como hecho cierto y probado el mismo que había que demostrar, y cuarto, porque, en último término, aunque se quisiera entender que los médicos proclamaban en su dictamen la incapacidad del testador ya en el momento del otorgamiento, aun con todo los juzgadores de Instancia no perdían su facultad de apreciar la prueba pericial con sujeción a las reglas de la sana crítica—artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—y en armonía con el resultado de las restantes pruebas, ya que el dictamen pericial dejó de constituir el llamado «juicio de peritos» de la antigua Ley Procesal de 1.855 y quedó reducido a simple medio probatorio no vinculante para el juzgador.

Que en el motivo tercero vuelve a invocarse la infracción del artículo 1.253 del Código civil, ahora por el concepto de violación y con carácter subsidiario del anterior motivo, sosteniéndose nuevamente que aquella afirmación médica de la casi segura incapacidad del testador en la fecha del testamento debía acarrear, como consecuencia inexcusable, la declaración judicial de dicha incapacidad.

Que al razonar de este modo, la parte recurrente esgrime los mismos argumentos erróneos de los motivos anteriores—que ya quedan desvirtuados—y, además, pretende imponer a los juzgadores de Instancia el empleo de la prueba de presunciones, aunque ellos no la estimasen necesaria y aunque llegaran a formar su convencimiento decisorio por otros medios de prueba.

Que como cuarto y último motivo del recurso se alega que la sentencia recurrida infringe, por el concepto de violación, al no haberlo aplicado debiendo serlo, el número 2.º del artículo 663 del Código civil, en relación con la violación del artículo 4 del mismo Cuerpo legal, ya que si se parte de que el dictamen médico, tantas veces invocado, proclamaba—en tesis de la recurrente—la incapacidad del testador en 27 de junio de 1963, debieron los juzgadores de Instancia aplicar aquel primer precepto y estimar que efectivamente estaba incapacitado, declarando, en consecuencia, la nulidad del aludido testamento.

Que este motivo tampoco puede prosperar, porque su éxito presupone, como base, la estimación de alguno de los anteriores, que demostrase que efectivamente el testador en la fecha que otorgó el tan combatido testamento se encontraba ya afectado por aquella demencia senil que se le diagnosticó a finales del año 1965 como plenamente desarrollada, y que ese desarrollo que ahora presentaba ya lo incapacitaba también en junio de 1963; pero tal demostración no se consiguió pese a los reiterados esfuerzos realizados en aquellos tres motivos anteriores.

F. C. L.