

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

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

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

EL PRINCIPIO DE LEGITIMACION REGISTRAL Y LOS DATOS DESCRIPTIVOS: SE EXTIENDE A LA SUPERFICIE DE LA FINCA, POR LO QUE, SI EN EL REGISTRO NO EXCEDE DE UNA HECTAREA, CABE EL RETRACTO DE COLINDANTES. VALOR DE LA CONFESION JUDICIAL (SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 1974).

Caso del retracto de colindantes de la finca «Las Feixetas»

Hechos.—Don Pedro Salamó Blanch dedujo demanda de retracto de colindantes contra don Juan Riu Coll respecto a la finca «Las Feixetas», que había sido vendida en escritura en la que constaba la superficie de 85 áreas 69 centiáreas, consignándose así en la inscripción.

El demandado contesta oponiéndose, porque, a pesar de la escritura y de la inscripción, la cabida real de la finca es de una hectárea 49 áreas y una centiárea, con lo que queda excluido el retracto conforme al artículo 1.523 del Código civil.

El Juez de Primera Instancia de Puigcerdá dictó sentencia declarando haber lugar al retracto, pero la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona revocó la sentencia del Juzgado, declarando no haber lugar al mismo.

El recurso de casación.—El demandante interpone recurso basándose, entre otros motivos, en que el demandado había confesado que cuando compró la finca sabía lo que medía y que la agregó a otra colindante propiedad de su madre, y la Sala no tuvo en cuenta esta prueba de confesión judicial, que explicaba por qué la medición del perito arrojaba más de una hectárea, cometiéndose con ello error de derecho en la apreciación de la prueba, con infracción violadora del artículo 1.232 del Código civil.

Además, en el motivo cuarto del recurso alega violación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria en relación con el 201, regla 2.ª, de la misma Ley

y con el 298, párrafo 5.º de su Reglamento, pues «la Sala entiende que la extensión superficial que la inscripción atribuye a las fincas registradas no es más que un dato secundario de identificación fuera de la protección del artículo 38 de la Ley Hipotecaria; mas la Sala desconoce que eso varía cuando la extensión superficial es elemento constitutivo y tipificador de un derecho inscrito...; el Registro manifiesta el esquema del derecho de retracto del colindante, tal como se expresa en el artículo 1.523 del Código civil, por lo que aquí la medida superficial ya no es un secundario elemento de identificación, es un elemento integrador de un derecho; los excesos de cabida se miran con recelo y no puede alterarse la medida con perjuicio de los colindantes (apartado A), art. 298, núm. 5 del Reglamento Hipotecario) si no es por los procedimientos correspondientes (art. 201, regla 2.ª de la Ley Hipotecaria...); «ahora resulta que todo eso no tiene ningún valor, que lo importante es lo que diga un perito partiendo de los límites que le cuenta el arrendatario del propietario». «Al seguir en pie la inscripción y no atenerse el juzgador a lo que en el Registro se declara y variar el dato sustancial para el retracto de la extensión superficial registrada, se viola el artículo 38 y concordantes de la Ley Hipotecaria».

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

a) En cuanto a la prueba de confesión judicial, señala que incurre en error de derecho el Juez o Tribunal que desconozca, en lo que sea perjudicial al confesante, la eficacia probatoria de dicho medio de prueba (y cita las sentencias de 16 de junio de 1910, 30 de octubre de 1911, 30 de abril de 1935, 24 de enero de 1940).

b) En cuanto al artículo 38 de la Ley Hipotecaria en relación con la medida superficial, se contiene la siguiente doctrina en el «Considerando» 2.º:

«Considerando: Que también es viable el motivo cuarto, aducido por el número primero del artículo 1.692, por infracción por violación, del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, porque contrariamente a lo que se expresa en los Considerandos segundo y tercero de la Sentencia recurrida, es indudable, por su constancia en autos, que el demandado y hoy recurrido adquirió la finca, objeto de la acción retractual, mediante escritura de 13 de diciembre de 1971, en la que se expresó como cabida la de 85 áreas y 68 centiáreas, título que tuvo acceso al Registro de la Propiedad el 28 de febrero de 1972, causando la inscripción tercera, finca número 252, así pues, desde la fecha de la inscripción se originó, por el principio de publicidad—artículos 221 y 222 de la Ley Hipotecaria y 332 de su Reglamento—, la formal de la *totalidad* del asiento y por el de la fe pública y la legitimación registral, la presunción legal de exactitud del Registro; la relación jurídica—compraventa—al ser inscrita, accedió al Registro, en la forma determinada en la escritura, a cuyo contenido, justificado por el hoy recurrente, se atuvo para el ejercicio de la acción de retracto, por integrar suficiente base probatoria del dato físico de la cabida, no estando obligado a acreditarlo, con la mención de la finca objeto del retracto, porque además de lo expresado, esa prueba podría ser de imposible realización, de oponerse a ella el adquirente de la finca, supuesto que haría ilusorio el ejercicio de la acción mencionada, teniendo en cuenta también lo reducido del plazo para ejercitarla. La viabilidad de los motivos mencionados hace innecesario el examen de los demás.»

COMENTARIO.—A) *El principio de legitimación registral y los datos físicos: Referencia especial a la medida superficial.*—La presente sentencia mantiene de una forma rotunda la aplicación del artículo 38 de la Ley Hipotecaria (legitimación registral) al dato físico de la medida superficial. Con ello se confirma la doctrina de la importante sentencia de 21

de marzo de 1953, ya robustecida, antes de la sentencia de 20 de mayo de 1974, por la de 25 de enero de 1958 y por la de 27 de enero de 1973.

Al mismo tiempo queda esclarecido y superado el ambiente más o menos confuso creado por una serie de sentencias que contenían algunas declaraciones contrarias, o por lo menos no favorables, a la aplicación del principio de legitimación a las circunstancias descriptivas.

Precisamente para aclarar un poco esta confusa dirección jurisprudencial y situar debidamente esta sentencia, vamos a examinar detenidamente los tres grupos de sentencias que se han producido:

- a) Sentencias que extienden la legitimación a los datos físicos.
- b) Sentencias que, de una u otra forma, ponen obstáculos a la aplicación de la presunción de exactitud a los datos físicos.
- c) Mención de la sentencia de 18 de marzo de 1967.

a) *Dentro del primer grupo*, tendremos las siguientes:

1. Sentencia de 21 de marzo de 1953 (1), que podemos llamar la del «Caso de las fincas Valhondo y El Cuartillo», y, desde luego, marca época, pues tiene un gran contenido doctrinal sobre la aplicación de la legitimación registral a la superficie y linderas. Se refiere al conflicto planteado entre los propietarios de esas dos fincas, reivindicando el titular de «Valhondo» la faja de terrenos próxima a la finca del demandado, llamada «El Cuartillo». Con ello salen a relucir las descripciones registrales de las fincas, produciéndose el ambiente propicio para el planteamiento del tema que estudiamos.

El actor alegaba que la finca «Valhondo», de su propiedad, lindaba por el Saliente con «Suertes de Santa María», lo que implicaba que la faja de terreno discutida era de su pertenencia. A ello se opone el demandado contestando que la citada finca no llegó nunca a lindar con las Suertes de Santa María, a pesar de los términos de la inscripción.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, teniendo en cuenta los linderos y la superficie que figuraban en el Registro. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres revocó la sentencia del Juzgado, basándose en la existencia de unos mojones y de un lindón o desnivel en la finca del actor en la zona discutida.

El demandante interpuso recurso de casación por infracción del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, aludiendo en el escrito del recurso a la intensificación dada por la última legislación al principio de legitimación registral y destacando lo siguiente, a propósito del párrafo 1.º del artículo 38: «en una correcta interpretación de este precepto, aplicado al presente caso, si la finca «Valhondo» pertenece al demandante, según admite la sentencia y contraparte, y si tal finca le pertenece en la forma—superficie y linderos—que el Registro proclama, se opera una inversión en la carga de la prueba, por lo que el problema de la suficiencia o no de la prueba practicada por el actor, único problema que la sentencia recurrida se plantea, se convierte, en pura ortodoxia, en el de la suficiencia o no de la contraprueba efectuada a iniciativa de los demandados».

La sentencia de 21 de marzo de 1953 se plantea el problema de la acción reivindicatoria en la esfera del Derecho Hipotecario, examinando la cuestión de los linderos y de la superficie en los títulos y en los asientos.

Podemos sistematizar la doctrina de esta trascendental sentencia, distinguiendo tres aspectos:

1.º El principio de legitimación registral se extiende a los datos físicos de superficie y linderos. Se refiere a ambos datos, pues a ellos aludía el escrito del recurso. Respecto a los linderos, la sentencia insiste en el lindero Saliente, «Suertes de Santa María», que figuraba en el título y en

(1) *Jurisprudencia Civil*, Madrid, 1955, marzo 1953, núm. 100, pág. 301.

la inscripción; también alude a la medida superficial registrada. Y más adelante razona así la necesidad de atender a estos datos registrales en el brillante «Considerando» penúltimo:

«Considerando que en nuestro Derecho Hipotecario el asiento registral protege las situaciones jurídicas que el mismo proclama, y no extiende *con igual intensidad* la protección a las situaciones o circunstancias de hecho, materiales o físicas, desconectadas del Registro; pero lo que no se puede afirmar sin incurrir en confusiónismo, que debilita la garantía y atractivos de la institución hipotecaria, es que la inscripción nada vale, ni nada protege en punto a las situaciones de hecho que el asiento pregona, pues, por virtud del principio de letimitación registral, la inscripción ampara al titular, no sólo con prerrogativas de rango y disponibilidad del derecho inscrito, sino también con la presunción de que lo que diga el asiento, tanto con referencia a situación jurídica como a circunstancias de la finca, en la forma o en los términos que resulten del mismo, se ha de reputar veraz, mientras no sea rectificado o declarada su inexactitud, quedando así relevado el titular «secundum tabulas» de la obligación de probar la concordancia con la realidad extrahipotecaria y desplazando esta obligación, en régimen de inversión de prueba, hacia la parte que contradiga la presunción mencionada, según se infiere de lo dispuesto en los artículos 1.º, 9.º, 21, 38, 40 apartado d) y 41 de la Ley Hipotecaria reformada y de su exposición de motivos; por lo que, al no entenderlo así la Sala sentenciadora, que actúa tan sólo en la esfera estricta del Derecho Civil, sin considerar este aspecto hipotecario del litigio, ha infringido el artículo 38, según denuncia también el primer motivo del recurso.»

2.º La presunción registral, aunque es «iuris tantum», es «vigeresa», no siendo admisible frente a ella elementos indiciarios no concluyentes. Esto es muy importante y creemos que no ha sido suficientemente destacado por los autores, pues hay que tener en cuenta que si se dijera simplemente que la legitimación registral se extiende a superficie y linderos, pero se añadiera también que cualquier prueba e indicio vale para destruir la presunción registral, todo quedaría en letra muerta. Ahora bien, no es así en esta sentencia, ya que en el último «Considerando» destaca la fuerza o vigor del asiento registral en estos términos:

«Considerando que a los Tribunales está encomendado el amparo o salvaguardia de los asientos del Registro y, a la vez, la facultad de declarar su inexactitud o discordancia con la realidad extrahipotecaria, debiendo atenderse en el cumplimiento de este doble cometido a una razonable valoración jurídica de los hechos que estimen probados para poder dar por desvirtuada la presunción «iuris tantum» de veracidad registral en punto a extensión y linderos de la finca descrita, y si bien la sentencia recurrida afirma el hecho no desmentido de casación de que en el perímetro de «Valhondo», según el Registro, y al Poniente de la zona de terreno en litigio, existen unos mojones y un lindón o desnivel de la finca, es lo cierto que la información pericial apreciada a este respecto en la sentencia recurrida no ofrece, en trance de apreciación jurídica del hecho probado, elementos de juicio por sí solos insuficientes para enervar la *vigorosa presunción de exactitud registral*, ni para estimar que la aludida faja de terreno pueda constituir finca independiente, la cual, todo caso, nunca podría pertenecer a los demandados, ni como predio independiente ni como parte integrante de la finca «El Cuartillo», ya que respecto a dicho trozo de terreno carecen de todo título de dominio, según lo reconoce la propia sentencia impugnada.»

3.º No deja de ser interesante subrayar también que en esta sentencia, aunque sea «a mayor abundamiento», se atiende a la interpretación sistemática resultante del conjunto de varios asientos, saltando incluso por encima del folio en cuestión, para contrastarlo con las descripciones

de las fincas colindantes. A sí, añade que se confirma lo relativo a superficie y linderos, teniendo igualmente en cuenta los asientos registrales de «Suertes de Santa María», «Valhondo» y «El Cuartillo», que «son coincidentes en que esta última finca—la del demandado—no linda por el Poniente con «Valhondo», como tendría que lindar si se le agregase la zona de terreno en discusión, y coinciden en que «Valhondo» debe llegar por el Saliente hasta las «Suertes de Santa María» (2).

2. *Sentencia de 25 de enero de 1958* (3), que denominaremos la del «Caso del monte "Sant Antonio del Monte"». Confirma la doctrina de la sentencia anterior, si bien sólo tiene ocasión de referirse a los linderos, pues era el único dato que se discutía. Se trataba de una acción de deslinde y el recurrente alegó que la Sala de instancia se atuvo al lindero que figuraba en el asiento registral, sin tener en cuenta que había sido modificado unilateralmente el lindero Oeste que figuraba en la inscripción primera de posesión. El Tribunal Supremo atiende, en definitiva al contenido final del Registro, con la modificación efectuada, que no considera decisiva (4), siendo de destacar la parte final del «Considerando» tercero, que rechaza el error de derecho alegado por el recurrente diciendo que «la realidad es que en tal escritura se mantiene este lindero, si bien por manifestación de los otorgantes se consigna que va desde él al Monte de la Broza, y que por el mismo lindero limita con fincas de las personas que menciona, sin que de tal suerte delimitada la finca aparezcan tales linderos enervados por prueba alguna en autos, siendo de tener en cuenta, además, que, hallándose inscrita tal escritura en el Registro de la Propiedad, así como otra otorgada posteriormente, mientras nada se decida que contrarie la situación jurídica que resulta de la inscripción registral a favor de los demandantes y sobre el particular nada se ha interesado en el pleito, éstos tienen derecho a que se les respete en la posesión que a su favor proponen tales asientos, y, por tanto, a solicitar el deslinde que interesan en su demanda».

Esta sentencia destaca, por tanto, la importancia que la inscripción tiene en cuanto a los linderos y, además, revela que no hay que separar de forma tajante lo físico y lo jurídico, pues bien claramente habla de la «situación jurídica que resulta de la inscripción registral», a pesar de que se trataba del dato descriptivo de los linderos.

3. *Sentencia de 27 de enero de 1973*.—Representa igualmente un refuerzo de la línea iniciada por la de 21 de marzo de 1953. Aunque la alusión al artículo 38 es muy lacónica, relacionando la declaración del «Considerando» con el escrito del recurso recogido en los «Resultandos», se obtiene una doctrina interesante a propósito de los datos descriptivos contenidos en la inscripción. Se trata de un caso en que el asiento registral de declaración de obra nueva expresaba que la casa construida lindaba por todos los aires con terreno de la propia finca. La Sala de instancia entendió que, según el Registro, la casa no lindaba con la finca contigua del demandante (como éste pretendía a efectos de cierre de ventanas), aplicando la presunción legitimadora del artículo 38. El actor recurrente alega aplicación indebida de este precepto, y el Tribunal Supremo dice que el artículo «establece una presunción que la Sala respetó, al no existir en los autos nada que la contrariase». Esta escueta declaración queda coloreada a través de los antecedentes expuestos en el sentido de que hay que atender a la inscripción en cuanto a la no colindancia de una casa con terreno ajeno (5).

(2) Unas ideas generales de interpretación de las inscripciones pueden verse en el comentario que hicimos a la Sentencia de 3 de mayo de 1972, *RCDI*, núm. 497, pág. 977.

(3) *Jurisprudencia Civil*, Madrid, 1961, pág. 448, núm. 43, enero 1958.

(4) Aquí aparece otra muestra de la interpretación sistemática, pero no de asientos de distintas fincas, sino de asientos de la misma finca.

(5) De esta sentencia ya nos ocupamos en otra ocasión. Para más detalles véase el resumen y comentario que hicimos en esta Revista, núm. 502, págs. 662 y sigs.

La presente sentencia de 20 de mayo de 1974 confirma, definitivamente, esta orientación jurisprudencial. Pero antes de comprobarlo, veamos algunas declaraciones contrarias de otras sentencias.

b) *Sentencias no favorables a la aplicación de la presunción de exactitud registral a los datos físicos.*—Numerosas sentencias contienen declaraciones contrarias a la tesis que resultan de las sentencias antes examinadas, pero tales declaraciones no siempre son decisivas, pues la mayor parte de las veces van referidas al principio de fe pública, o son «obiter dicta», y, en cualquier caso, cuando se refieren al principio de legitimación, no son convincentes ni suficientes para destruir aquella línea jurisprudencial.

1. *Sentencia de 6 de febrero de 1974 (6).*—Se ocupa de un caso de medianería horizontal (7). En lo que ahora nos interesa, el actor ejercitó la acción de retracto de comuneros al venderse la parte de dos edificios, encima de la cual se apoyaba el piso segundo, propiedad del actor, por lo que entendía que era copropietario a efecto del retracto. Desestimada la demanda en ambas instancias, interpuso recurso de casación alegando, entre otros motivos, el contenido del Registro, interpretándolo en el sentido de que su piso formaba parte del mismo edificio. En el asiento de cada una de las partes vendidas contenía la siguiente descripción: «Casa con corral y cámara, que consta de planta baja y piso principal alto, pues, si bien la casa tiene dos pisos, pertenece el segundo a don Manuel Gómez.» ¿Implica esta descripción registral que el piso segundo forma una unidad física con la planta baja y el piso principal, como entiende el recurrente?

El Tribunal Supremo mantiene la tesis de que hay una simple medianería horizontal, pero no profundiza en la interpretación de la descripción que figura en el asiento, y se limita a rechazar el motivo del recurso, acudiendo al «lugar común y fácil» de que la publicidad registral no se extiende a los datos físicos, con lo cual va a fomentar un confusiónismo jurisprudencial en el futuro, pues esta sentencia es citada por otras posteriores (8). La sentencia dice que «la fe pública del Registro actúa, sin duda alguna, asegurando la existencia y contenido de los derechos reales inscritos, pero no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la descripción de las fincas».

A pesar de esta declaración, el principio de legitimación registral no queda afectado, por lo siguiente:

1.º Porque se está refiriendo a la fe pública, no a la legitimación, ya que, aparte de hablar de «fe pública», señala que el propietario recurrente no tiene el carácter de «tercero» con relación a sus abuelos, los testadores, de quienes trae causa. Es decir, parece que enfoca la cuestión desde el punto de vista del tercer hipotecario.

2.º Porque, aunque se entendiera que emplea la expresión «fe pública del Registro» en sentido amplio, se refiere a un caso anterior a la reforma hipotecaria de 1944-46, pues la demanda de retracto fue presentada el 4 de junio de 1941; y, como en aquella época el principio de legitimación no tenía el desarrollo ni la regulación que hoy tiene, mal podrá traerse a colación esta sentencia para un supuesto regulado por la legislación vigente.

3.º Porque, en cualquier caso, resultaba innecesaria esa declaración en contra de los datos de mero hecho que figuran en la inscripción, pues lo que revela el Registro es lo contrario de lo que pretendía el recurrente, que no hay esa unidad de finca registral, ya que se alude al piso segundo

(6) *Jurisprudencia Civil*, febrero 1947, núm. 36, pág. 507.

(7) De este tema nos ocupamos en el número 498 de esta Revista, pág. 1243, al comentar las Sentencias de 23 de mayo de 1943 y 28 de abril de 1972.

(8) Así, las Sentencias de 5 de diciembre de 1949, 16 de noviembre de 1960 y 29 de abril de 1967.

no para incluirlo en la casa, sino para excluirlo por pertenecer a otra persona. Bastaba esto, sin desvirtuar para nada el contenido del Registro ni entrar a valorar negativamente los datos de hecho.

2. *Sentencia de 5 de diciembre de 1949* (9).—En esta sentencia sólo hay un «obiter dictum», sin trascendencia alguna. Después de dar un gran valor a la nota denegatoria y al contenido del Registro, se limita a decir en la parte final del «Considerando» 2.º: «Sin que huelgue recordar, frente a las alegaciones de dicho motivo, que como ya declaró esta Sala en su sentencia de 6 de febrero de 1947, la fe pública del Registro actúa asegurando la existencia y contenido jurídico de los derechos reales inscritos, pero no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la descripción de las fincas.» No obstante, si se pretendiera dar mayor valor a este «obiter dictum», en todo caso, habría que tener en cuenta lo que hemos dicho respecto a la sentencia anterior de 6 de febrero de 1947, cuyo contenido recoge.

3. *Sentencia de 13 de mayo de 1959* (10).—Se trata de un caso de deslinde de fincas, y el Tribunal Supremo consideró correcto el deslinde efectuado, sin que pueda alegarse la descripción de las respectivas inscripciones, dado que contemplan linderos imprecisos e indeterminados. Pero esto demuestra que no es que no valgan los datos descriptivos de los asientos, sino que lo que no puede servir de apoyo es el dato impreciso o indeterminado. Más adelante, en el último «Considerando», se lee: «A pesar del artículo 9.º de la Ley y 51 de su Reglamento, es dudoso ampare la inscripción en cuanto a límite, extensión, etc., la fe pública registral.» No obstante, esta frase no puede ser decisiva tampoco, pues, aparte de que se refiere a la fe pública y no a la legitimación, emplea un tono dubitativo que no es suficiente a efectos de doctrina legal.

4. *Sentencia de 16 de noviembre de 1960* (11).—Esta sentencia es la que realmente se opone, de un modo terminante, a que los datos físicos queden cubiertos por el principio de legitimación registral.

Contempla un caso en que el actor solicita se declare que una porción de terreno de 47 metros cuadrados le pertenece como parte de la finca inscrita a su nombre, a pesar de haber construido el demandado en la misma, extralimitándose respecto a la finca de su propiedad. Desestimada la demanda por el Juez de 1.ª Instancia, la Sala revoca la sentencia declarando que el demandado construyó de buena fe en terreno ajeno, condenándole al abono del terreno al actor y ordenando la rectificación correspondiente en la finca del demandante.

Interpuesto recurso de casación por el demandado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber al recurso, aludiendo claramente y con separación a los principios de legitimación y de fe pública en relación con los datos físicos descriptivos.

En relación con el principio de legitimación, se dice que «la fuerza o energía de la presunción de exactitud del Registro de la Propiedad, materia sobre la que propiamente actúa el principio de legitimación, no se extiende a los datos registrales que sean meramente de hecho (como son los relativos a la existencia material de la finca y a sus circunstancias físicas, etc.), como afirman los preceptos de la Ley Hipotecaria, básicos en la materia (párrafo 1.º del art. 38, art. 97 y párrafo 3.º del art. 1.º). Y más adelante señala que tampoco es aplicable el párrafo 2.º del artículo 38, «al no existir en el caso de autos discordancias jurídicas, sino

(9) *Aranzadi*, año 1949, núm. 1.448, pág. 863.

(10) *Aranzadi*, año 1959, núm. 1.998, pág. 1221.

(11) *Aranzadi*, año 1960, núm. 3.480, pág. 2265.

datos de hecho o materiales... por lo que no se trata de acción contradictoria o impugnadora de derechos».

Por tanto, esta sentencia excluye del ámbito de la legitimación registral los datos físicos o de hecho. Pero merece una fuerte crítica, pues si bien tiene parte de razón en lo referente al principio de fe pública (12), no convence en el razonamiento que utiliza respecto al principio de legitimación, que sólo contempla una presunción «iuris tantum».

Efectivamente, de los artículos 38, 97 y 1.º no se desprende, de ningún modo, que la legitimación no se extienda a los datos físicos, sino más bien lo contrario, pues en el párrafo 1.º del artículo 38 se alude a «la forma determinada en el asiento respectivo», que lógicamente debe comprender la totalidad del mismo. Y es que esta sentencia parte de una separación entre lo físico y lo jurídico que no es muy adecuada. Como dijimos en otra ocasión (13), «en Derecho no cabe hacer esa separación entre la sustancia física y la jurídica, pues lo físico está invadido e invadiendo al mismo tiempo lo jurídico, de modo que la llamada «sustancia jurídica» del Registro es también la finca y sus circunstancias».

Por otro lado, resultaba innecesario haber hecho esa glosa del principio de legitimación restringiendo su ámbito, cuando en el «Considerando» 8.º se encuentra la contestación adecuada, partiendo de la presunción «iuris tantum» de dicho principio, aunque aquí se habría producido la prueba en contrario, pues dice que del conjunto de la prueba practicada «aparece de manera evidente que a la superficie de la finca del demandado, conforme al título de adquisición, le sobran más de 67 metros cuadrados, mientras que a la del actor le faltan más de 57, extensiones ambas muy aproximadas y ligeramente superiores a la parcela discutida, lo que indica que el primero ocupó parte de la finca del segundo». Podía haberse dicho que el principio de legitimación se extiende a los datos físicos, pero que el conjunto de la prueba practicada aparecía de manera evidente lo contrario. La solución del caso hubiera sido idéntica y, sin embargo, no se habría creado el confusiónismo existente, al contrariarse la acertada doctrina de la anterior jurisprudencia, representada por las sentencias de 21 de marzo de 1953 y 25 de enero de 1958.

5. *Sentencia de 31 de octubre de 1961* (14).—En el recurso se alegó interpretación errónea no sólo del artículo 34, sino también del 38. El Tribunal Supremo, en el «Considerando» 6.º, dice:

«Considerando: Que... como se declara en la sentencia de 16 de noviembre de 1960, las circunstancias de hecho consignadas en el Registro de la Propiedad de un modo inexacto no puedan hacer que la finca se conforme con lo que dice la inscripción, estando en la naturaleza misma de las cosas que el adquirente no sea protegido por confiar en una descripción inexacta, lo que ya indicaba la Resolución de la Dirección General de los Registros de 13 de junio de 1952, al expresar que los datos físicos de la finca no se hallan amparados por la fe pública, ni aun en aquellos regímenes hipotecarios más perfectos, como el alemán, por estar éste fundado sobre un Catastro bien organizado.»

(12) En el «considerando» 4.º dice que «la fe pública podrá por una ficción hacer transmitir un derecho de un no titular del mismo y dar por existente lo que en la realidad jurídica no existe; pero el legislador no puede, por la sola fuerza de la Ley, crear de la nada un área de terreno, fingir un edificio donde sólo hay un solar, *res facti iuris civilis infirmari non potest*, y así, si una finca no existe o es distinta a como el Registro la describe, ninguna disposición del Derecho puede hacer que la finca se conforme a lo que dice la inscripción, estando en la naturaleza misma de las cosas que el adquirente no sea protegido por confiar en una descripción inexacta». Pero si esto está bien en el principio de fe pública, no es aplicable al de legitimación, pues cabe la prueba en contrario de lo que el Registro indica.

(13) En «Identificación de fincas rústicas», que escribimos con FERNANDO MUÑOZ CARIÑANOS y se publicó en RCDI, núm. 505. Véase nota 102, al final, pág. 1373.

(14) *Aranzadi*, año 1961, pág. 2373, núm. 3.630.

A pesar de estas frases terminantes, hay que tener en cuenta que se refiere a la «fe pública» y no a la legitimación, aunque en el recurso se alegaban ambos artículos.

Pero, aparte de esto, se trata de un caso patológico de doble inmatriculación, en el que lo normal es que los principios hipotecarios queden sin aplicación.

En último término, la cita de la Resolución del 13 de junio de 1952, también recogida por la sentencia de 16 de noviembre de 1960, no es del todo adecuada, pues precisamente esa resolución de la Dirección General de los Registros destaca la importancia de los datos físicos identificadores, lo que ocurre es que en «obiter dictu» y por vía concesiva añade: «*si bien* los datos físicos no se hallan amparados por la fe pública...».

6. *Sentencia de 30 de junio de 1964* (15) (Caso del deslinde de la finca «Es Pla»).—Aparte del problema de si la acción de deslinde es contradictoria del dominio inscrito, a efectos del párrafo 2.º del artículo 38 (16), esta sentencia se ocupa de la legitimación registral en relación con los datos descriptivos en los «Considerandos» 9.º y 10.º:

«Considerando: Que en el motivo tercero se alega la infracción, por no aplicación del mismo artículo 38 de la Ley Hipotecaria en su párrafo 1.º, que sanciona el principio de legitimación registral, y del artículo 1.250 del Código civil, relativo a las presunciones legales, que dispensan de la prueba a los favorecidos por ellas, infracciones que, a juicio del recurrente comete la sentencia impugnada, al sostener que, a pesar de tener a su favor la presunción de la realidad de la medida de la finca, tenía la carga de probar la medida superficial de ella.»

«Considerando: Que la sentencia impugnada no desconoce el principio legitimador del Registro, sino que lo que proclama es que la extensión superficial constituye un elemento físico, cuya realidad y exactitud no están amparadas por aquel principio—tesis ésta admitida por la jurisprudencia de este Tribunal—y, a mayor abundamiento, agrega que «en autos no se ha producido la medición que al promotor de este proceso podía interesar, deficiencia e inactividad probatoria sólo a él imputable», y que «los actos de los señores F. M. en el área cuestionada han sido lo suficientemente expresivos como para crear un estado de conciencia colectivo... y para que públicamente se les considere como propietarios», es decir, aprecia la prueba practicada como bastante para destruir aquella presunción invocada.»

Por un lado, observamos que expone la tesis de la sentencia apelada acerca de la no aplicación del principio de legitimación a la extensión superficial, y dice entre paréntesis que es «tesis admitida por la jurisprudencia de este Tribunal», sin citar ninguna sentencia en concreto. Hasta la fecha de 30 de junio de 1964 no había más que una sentencia decisiva en este aspecto—la de 16 de noviembre de 1960—; en cambio, existían las sentencias contrarias de 21 de marzo de 1953 y de 25 de enero de 1958. Entonces, ¿por qué aludirá a la «jurisprudencia»? ¿Se estará refiriendo a las sentencias que tratan de la fe pública o que sólo contienen meros «obiter dicta» sobre la legitimación?

Ahora bien, por otro lado, señala que la Sala de instancia apreció la «prueba practicada como bastante para destruir aquella presunción invocada». Esto presupone que la legitimación registral se aplica al dato físico en la medida superficial, si bien reconociendo que en el caso se había producido la prueba en contrario de la presunción «*iuris tantum*» que aquélla implica. Luego la sentencia más bien aplica el artículo 38, en lugar de excluirlo.

(15) Aranzadi, año 1964, núm. 3.737, pág. 2295.

(16) En el comentario de la RCDI, núm. 504, pág. 1165, critiqué esta sentencia en este aspecto.

7. *Sentencia de 29 de abril de 1967 (17).*—También es ambigua esta sentencia a propósito del principio de legitimación.

Por un lado, parece que se refiere exclusivamente al principio de fe pública y no al de legitimación, ya que emplea la expresión «fe pública» y cita, además de la ambivalente sentencia de 16 de noviembre de 1960, las de 6 de febrero de 1947, 13 de mayo de 1959 y 31 de octubre de 1961, que se ocupan de la fe pública.

Pero, por otra parte, se le escapa la expresión amplia de «presunción de la exactitud registral», excluyendo los datos físicos del ámbito de la misma. No obstante, creemos que la emplea para no repetir la expresión «fe pública», que acababa de utilizar.

8. *Sentencia de 16 de abril de 1968 (18).*—Es evidente que aquí no hay ninguna referencia al principio de legitimación registral, sino sólo al principio de fe pública. En el escrito del recurso se alegó interpretación errónea de los artículos 34 y 36 de la Ley Hipotecaria, y en línea con este motivo, he aquí lo que dice el «Considerando» 5.º:

«Considerando: Que tampoco cabe estimar el motivo cuarto, que alega infracción por interpretación errónea de los artículos 34 y 36 de la Ley Hipotecaria, pues, según reiterada doctrina de esta Sala, la fe pública del Registro actúa, sin duda alguna, asegurando la existencia y contenido jurídico de los derechos reales inscritos, pero no garantiza la exactitud de los datos de mero hecho relativos a la descripción de las fincas, pues como se declara en las sentencias de 16 de noviembre de 1960 y 31 de octubre de 1961, las circunstancias de hecho consignadas en el Registro de la Propiedad de un modo inexacto no pueden hacer que la finca se conforme con lo que dice la inscripción...»

c) *Mención especial de la sentencia de 18 de marzo de 1967.*—Mención separada merece esta sentencia, que contempla un caso similar al de la presente sentencia de 20 de mayo de 1974: frente al retracto de colindantes, el demandado recurre alegando que la finca estaba inscrita con superficie superior a una hectárea. Como se verá, es el mismo caso que el de la sentencia motivo de comentario, sólo que a la inversa: en lugar de basar la acción de retracto en el contenido registral en que figuraba con superficie inferior a una hectárea (sentencia de 20 de mayo de 1974), se pretendía la exclusión de la acción de retracto porque del Registro resultaba que la finca era superior a una hectárea (sentencia de 18 de marzo de 1967).

En el «Considerando» 2.º de esta sentencia de 1967, se lee: «Considerando: Que no habiendo logrado demostrar el recurrente que la finca litigiosa tiene naturaleza urbana, debe pasarse al examen y decisión del error de derecho que quiere hacer descansar en que, como el artículo 38 de la Ley Hipotecaria consagra el principio de legitimación registral, y la inscripción proclama que la finca litigiosa excede de una hectárea, no puede prevalecer contra ella la prueba pericial ni tampoco la certificación del Catastro; pero al argumentar de ese modo olvida que para patentizar un error de derecho en la apreciación de la prueba es preciso demostrar que con tal apreciación se han vulnerado determinadas normas valorativas de prueba, que ni siquiera se invocan, y que, además, como también atinadamente se razona en la sentencia impugnada, «ni se ataca la inscripción, ni la fe pública registral responde de que sean exactos los datos descriptivos de las fincas», ni la protección registral en que quiere basarse el recurrente pasa de ser una presunción «iuris tantum», como se dijo en la exposición de motivos de la Ley de 1944, que, por tanto, admite prueba en contrario.»

(17) *Aranzadi*, año 1967, núm. 3.256, pág. 2316.

(18) *Aranzadi*, año 1968, núm. 2.169, pág. 1480.

La sentencia no admite el contenido del asiento registral respecto al dato de la superficie y, además, citando la sentencia impugnada, dice que la «fe pública registral no responde de que sean exactos los datos descriptivos de la finca». Aquí sí que está claro que la expresión «fe pública» tiene un sentido amplio, pues alude a ella a propósito del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

Desde esta perspectiva, habría que incluirla en el grupo b). Pero hay que tener en cuenta que en el fondo del razonamiento late más bien la idea de que la legitimación se extiende a los datos físicos, aunque sea como presunción «iuris tantum», que admite prueba en contrario, pues bien claro y expreso es el párrafo final de este «Considerando». 2.º

En definitiva, esta sentencia nos recuerda un poco a la de 30 de junio de 1964, pero, de incluirla en algún grupo, habría que hacerlo entre las que estiman que la legitimación registral se extiende a los datos físicos.

En medio de esta situación jurisprudencial, confusa y vacilante, llega la presente sentencia de 20 de mayo de 1974.

La medida superficial registrada es la protagonista de la misma, por lo que las referencias a ella en relación con el principio de legitimación constituyen terminante «ratio decidendi» del fallo. Todo el litigio giraba en torno a ella, pues de la superficie de la finca dependía la procedencia o no del retracto de colindantes. En el escrito del recurso se invoca como infringiendo el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, al no haber tenido en cuenta la Sala de instancia que en el Registro la finca no excedía de una hectárea. El Tribunal Supremo estima el recurso porque el título de compra «tuvo acceso al Registro de la Propiedad», originándose, por el principio de legitimación registral (19) «la presunción legal de exactitud del Registro», «a cuyo contenido se atuvo el actor para el ejercicio de la acción de retracto», «por integrar suficiente base probatoria del dato físico de la cabida», «no estando obligado a acreditarlo». Frases todas estas bien expresivas en pro de una actuación amplia del principio de legitimación registral respecto a los datos descriptivos. Además, parece que se resalta que la inscripción no sólo es una presunción que *dispensa de prueba* (aspecto negativo de la presunción), sino que es también un *medio de prueba positivo*, pues «integra suficiente base probatoria del dato físico de la cabida».

Por tanto, la sentencia de 20 de mayo de 1974 es decisiva; tanto como la sentencia de 21 de marzo de 1953. Aunque no tiene el contenido doctrinal de ésta, llega a un efecto práctico más espectacular, ya que la superficie registrada determinó nada menos que la exclusión del retracto de colindantes, a pesar de la prueba pericial contraria a la inscripción.

Si la sentencia de 21 de marzo de 1953 marcó época, iniciando una interesante doctrina legal sobre el principio de legitimación, la sentencia de 20 de mayo de 1974 vuelve a marcar una época, esclareciendo el sentido de la jurisprudencia, después de la multiplicidad de sentencias de signo diverso, y reforzando la doctrina legal de la de 21 de marzo de 1953 y las que la siguen, de 25 de enero de 1958 y 27 de enero de 1973; con lo que, en definitiva, hay fuerte base para entender que el Tribunal Supremo extiende la presunción «iuris tantum» de exactitud registral a los datos físicos de la finca.

B) *El exceso de cabida superior a la quinta parte y el retracto de colindantes.*—La solución dada por esta sentencia nos sugiere también relacionar estas dos instituciones. Dado el valor que se asigna a la me-

(19) Aunque la sentencia alude también al principio de «fe pública», se trata de un mero *obiter dictum*, pues no se discutía para nada el artículo 34 LH, sino solamente el 38.

dida superficial que tiene acceso al Registro, a efectos del retracto de colindantes, cabe preguntarse: ¿podrá inscribirse el exceso de cabida inferior o igual a la quinta parte recogido en una escritura de venta de finca que no exceda de una hectárea en la inscripción precedente, pero que va a superarla una vez consignado el exceso de cabida? O en otras palabras: si una finca figura inscrita con la superficie de 95 áreas, y en la escritura de venta se indica que, según reciente medición tiene una hectárea cinco áreas, ¿podrá inscribirse ese exceso de diez áreas?

A primera vista, no hay nada que lo impida, siguiendo a la letra el párrafo D) del número 5.º del artículo 298 del Reglamento Hipotecario.

No obstante, creemos que ese párrafo D) contempla los excesos de cabida podríamos decir «inofensivos», correctores de un comprensible error en la medición primitiva; la prueba es que no exige que se acredite el exceso, sino que basta con que no sea superior a la quinta parte de la cabida inscrita.

Por tanto, esa idea no la podemos aplicar, a nuestro entender, cuando el exceso de cabida es pequeño en su cuantía, pero grande en cuanto a su posible efecto perjudicial para el colindante. El párrafo A) del citado número 5.º del artículo 298 del Reglamento Hipotecario, aunque contempla un procedimiento independiente del señalado en el párrafo D), revela la idea general del legislador de evitar perjuicios a los colindantes. En nuestro caso, el perjuicio existe, pues si se hace constar en el Registro que la finca mide más de una hectárea, se produce la presunción «iuris tantum» en tal sentido, que el colindante tendrá que destruir.

Cierto que si tal exceso de cabida accede al Registro será con la salvedad de que es «sin efectos respecto a terceros hasta transcurridos dos años». Pero, en tales circunstancias, es mejor que no acceda al Registro, si no se acredita de otra manera, pues es discutible el concepto de «tercero» en esa expresión utilizada por el artículo 207 de la Ley Hipotecaria, pudiéndose afirmar, desde el punto de vista técnico, que se refiere al tercer adquirente, más que al colindante; y, en cualquier caso, hay que procurar que no tenga acceso al Registro una mera declaración unilateral que puede ser anulada a renglón seguido.

Por tanto, entendemos que por lo menos hay que recelar de tales excesos de cabida declarados en escrituras de venta de fincas que en anterior medición no superaban la hectárea, exigiendo que se confirmen a través de alguno de los otros procedimientos reglamentarios, por ejemplo, el sencillo de la letra B) del repetido número 5.º del artículo 298 del Reglamento Hipotecario.

II. DERECHOS REALES

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO: NO SE APLICA A ELLA EL ARTICULO 1.302 DEL CODIGO CIVIL, QUE SOLO SE REFIERE A LA ACCION DE ANULABILIDAD. INTERPRETACION DE UN CONTRATO DE VENTA RESPECTO A SI EL OBJETO FUE VENDIDO POR UNIDAD DE MEDIDA O COMO CUERPO CIERTO: REQUISITOS DE LA FUNCION INTERPRETATIVA; PREVALENCIA DE LA INTENCION SOBRE LAS PALABRAS (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1974).

Hechos.—Don Francisco Soriano Miras dedujo demanda contra don Segundo Gutiérrez Rodríguez y contra otras tres personas que formaban el llamado «Grupo de Tenerife», exponiendo sustancialmente como he-

chos: Que don Segundo, después de haber realizado segregaciones y ventas de varias parcelas, vendió al «Grupo de Santa Cruz de Tenerife», constituido por los tres codemandados, por escritura otorgada el 14 de marzo de 1965, una porción de su finca de 37.422 metros cuadrados, siendo la venta por unidad de medida, y no de cuerpo cierto, pues aunque la interpretación de la escritura era confusa, la intención debía prevalecer sobre las palabras. Se basa en que el día anterior la finca fue medida por las partes, arrojando la superficie de 100.000 metros cuadrados (una vez deducidas las anteriores segregaciones), lo que demostraba que si hubiera querido comprar la totalidad del terreno se hubiera consignado esa cabida en la escritura. Ante este hecho, no debía darse relevancia a la cláusula final relativa al «cuerpo cierto», ni a la expresión de unos linderos que abarcaban mayor superficie que la que realmente se vendía, a razón de diez pesetas metro cuadrado, por un total de 375.000 pesetas. Y precisamente porque la venta se refirió sólo a 37.422 metros cuadrados, habían quedado a don Segundo 60.000 metros cuadrados, que fueron vendidos al actor por medio de escritura otorgada el 21 de febrero de 1968, a pesar de lo cual los componentes del «Grupo de Tenerife» no reconocían la propiedad del actor, pues querían ampliar la superficie de la finca que adquirieron en 1965 a costa de los 60.000 metros cuadrados del actor, a base de interpretar que la escritura de venta se refirió a un cuerpo cierto perfectamente delimitado por los linderos y no por la medida superficial inscrita en el contrato de 1965. El actor concluyó suplicando al Juzgado que, previo el pertinente trámite, se dictara sentencia declarando: 1.º) Que la transmisión efectuada por don Segundo Gutiérrez Rodríguez a los otros tres demandados, incorporada a la escritura de 14 de marzo de 1965, concreta su efecto a una superficie de 37.422 metros cuadrados, los cuales fueron enajenados a razón de diez pesetas metro. 2.º) Que los linderos consignados en dicha escritura deben ser corregidos por no corresponder a los propios de la finca vendida. 3.º) Que, efectuada la transmisión referida, el vendedor don Segundo Gutiérrez Rodríguez aún conservaba terrenos sin vender, con una cabida superior a los 60.000 metros cuadrados. 4.º) Que la compraventa posterior concertada entre don Segundo Gutiérrez Rodríguez y el actor, que consta en la aludida escritura de 21 de febrero de 1968, es válida, siendo la superficie vendida no superior a la que en este momento conservaba el vendedor.

Los demandados componentes del «Grupo de Tenerife» contestan a la demanda oponiéndose, alegando varias excepciones, entre ellas la falta de acción del actor, y manifestando que lo que compraron en 1965 fue como cuerpo cierto y que el otro demandado, don Segundo, venía actuando últimamente en connivencia con el actor.

El Juzgado de Primera Instancia de Puerto del Rosario dictó sentencia estimando totalmente la demanda.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas revocó parcialmente la sentencia del Juzgado, estimando la demanda sólo en cuanto a la declaración de que era válido el contrato otorgado el 21 de febrero de 1968, desestimando las demás peticiones de la demanda.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara haber lugar al recurso interpuesto por el actor, partiendo de que la venta otorgada el 14 de marzo de 1965 fue por unidad de medida y no de cuerpo cierto, y de que el actor está legitimado para interponer la acción declarativa del dominio de su finca, aunque tenga que apoyarse en la interpretación de otro contrato otorgado «inter alios», siendo decisivos, a efectos de doctrina, los «Considerandos» 4.º y 5.º de la primera sentencia.

«Considerando: Que si bien es cierto que la interpretación contractual, por ser facultad privativa del Juzgador de instancia, debe prevalecer en casación, también lo es que no debe prosperar cuando, combatida por el ordinal primero del artículo 1.692, ya citado, se acredite la infracción de normas legales de hermenéutica contractual, y, es evidente que la función interpretativa requiere, de una parte, la concreción, derivada de la valoración de la prueba, de los elementos y circunstancias que exterioricen la voluntad declara, y, de otra, la aplicación a esos elementos de las normas referidas, para determinar el alcance y sentido de la verdadera voluntad de las partes. Dado el contenido de la fundamentación de hecho de la sentencia impugnada, no ofrece duda que la intención de los intervinientes en la escritura de 14 de marzo de 1965 es contraria a la literalidad de sus términos, en orden a la extensión superficial de la finca vendida, así como al precio. Si se afirma como probado—«Considerando» 10.º de la sentencia del Juzgado, aceptado—que lo vendido fueron 37.422 metros cuadrados al precio de diez pesetas metro, es inadmisibles la conclusión a la que llega el Tribunal de instancia de que la escritura referida es «de contenido claro, no necesita interpretación especial y todo el terreno que esté dentro de los límites ha de estar comprendido en la enajenación, a los fines de cumplimiento obligacional, incluyendo la cláusula de cuerpo cierto»—«Considerando» 5.º—, porque la voluntad de las partes, en dicha escritura, no se puede obtener, según los hechos probados, de la simple literalidad de sus estipulaciones, ha de derivar de la intención de los mismos, al contratar, que por ser opuesta a la literalidad ha de prevalecer, por aplicación de lo que se dispone en el párrafo segundo del artículo 1.281 del Código civil, infringido, por tanto, por violación, aducida al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, en el motivo cuarto, que ha de ser acogido.»

«Considerando: Que el contenido del Suplico de la demanda evidencia que el actor no solicitó la anulabilidad de la compraventa que fue objeto de la escritura de 14 de marzo de 1965, sino, de manera principal, la declaración o constatación de dominio con base en la escritura de adquisición de dicho derecho, fecha 21 de febrero de 1968, frente a los demandados personales, que lo discuten y se lo atribuyen, y según esta escritura, cuya validez tiene reconocida, la declaración de dominio se refiere a la finca, que su cabida ha de determinarse en función tanto de la total de la finca matriz, de la que fue segregada, como la de las otras, centiáreas expresadas en dicha escritura, sino también las seis objeto de mandados, a virtud de la escritura de 14 de marzo de 1965, cuestión que exige la concreción de la extensión superficial de la mencionada últimamente; en la cual es indudable el interés del actor, porque, de prevalecer lo de la venta a cuerpo cierto, resultaría que los demandados personados adquirieron no sólo las tres hectáreas setenta y cuatro áreas y veintidós centiáreas expresadas en dicha escritura, sino también las seis objeto de la escritura de 21 de febrero de 1968, compradas por el hoy recurrente, y es igualmente evidente que, cuando los efectos de un contrato favorecen o perjudican a quien no interviene en el mismo, el ajeno del contrato deja de ser tercero, precisamente porque el beneficio o perjuicio excepciona el aforismo «res inter alios acta aliis neque prodest neque nocere potest» del Código justiniano. El supuesto del artículo 1.302 del Código civil no se verificó en el caso de autos, no obstante lo cual fue aplicado por la Sala de instancia—«Considerando» 3.º—, lo que integra la infracción, por aplicación indebida, de dicho precepto, alegado, al amparo de igual cauce procesal que el anterior, en el motivo primero, que también debe prevalecer.»

En la segunda sentencia confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Puerto del Rosario.

ACCION REIVINDICATORIA: NO SE CUMPLEN SUS REQUISITOS. ACCION DE DESLINDE: REQUIERE CONFUSION DE LIMITE ENTRE LAS FINCAS. ARTICULO 38 LEY HIPOTECARIA Y SUPERFICIE INSCRITA: AUNQUE DICHO PRECEPTO ESTABLECE UNA PRESUNCION «JURIS TANTUM» DE EXACTITUD DEL REGISTRO, SE HA DESVIRTUADO POR PRUEBAS EN CONTRARIO (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1974).

Hechos.—El Ayuntamiento de Lesaca presentó demanda contra don José Larralde Martiarena, sobre declaración de propiedad y reclamación de perjuicios, alegando que hace unos años hubo diferencias entre el Ayuntamiento y el demandado sobre la propiedad de una finca sita en el término municipal de Lesaca y paraje de Bagobacarria, llegándose a un acuerdo transaccional otorgándose una escritura ante Notario el 13 de septiembre de 1956. En dicha escritura se reconoció como propiedad de don José Larralde la finca que se describe, y se reconoció como terreno comunal la finca que también se describe, quedando ambas inscritas en el Registro de la Propiedad de Pamplona. Posteriormente, cuando el 7 de febrero de 1970 el Ayuntamiento sacó a subasta un aprovechamiento forestal de árboles de haya y roble, don José Larralde dijo que diecisiete de esos árboles eran de su propiedad. A la vista de ello se hizo una visita a aquel paraje y se comprobó que el cierre abarcaba una extensión superficial superior a la establecida en la escritura pública, y que los diecisiete árboles discutidos estaban en terreno comunal. Suplica se dicte sentencia declarando que es terreno comunal de la propiedad del Ayuntamiento la finca descrita y que el demandado ha invadido una porción de dicha finca, condenándosele a que devuelva esa zona y sea destruido el cierre que llevó a cabo indebidamente, con la correspondiente indemnización de daños y perjuicios; declarándose igualmente que las fincas de ambas partes deben ser deslindadas.

El demandado se opone diciendo que la realidad es que desde el primer día lo que ocupó fue lo que se le adjudicó en la escritura de transacción, y así se han podido comprobar las viejas señales hechas en los árboles para fijar los linderos y que no ha habido invasión alguna de terreno ajeno. Formula demanda reconvenzional, para el caso de que se estime la demanda en cuanto a la devolución de la porción discutida, solicitando se declare su derecho a la indemnización correspondiente por los gastos necesarios y útiles hechos en la citada zona.

El Juez de Primera Instancia número 2 de Pamplona estimó la demanda del actor y también la reconvencción.

Apelada la anterior resolución por el demandado, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona revocó la del Juzgado en todos sus pronunciamientos, a excepción del primero acerca de la finca propiedad del Ayuntamiento, no dando lugar a los demás pedimentos de la demanda ni de la reconvencción.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el actor, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso, destacando los «Considerandos» 3.º, 4.º y 6.º:

«Considerando: Que a igual conclusión desestimatoria hay que llegar respecto a los motivos tercero y cuarto, en los que se invoca la violación de los artículos 348 y 349 del Código civil y de la doctrina legal relativa a los requisitos que han de concurrir para el éxito de la acción reivindicatoria, pues basta observar: a) En cuanto al dominio del actor, que si bien es cierto que la sentencia recurrida, confirmatoria en este punto de la del Juzgado, declara que es terreno comunal propiedad de aquél la

finca cuyo dominio se le reconoce en la aludida escritura de 13 de septiembre de 1956, también lo es que el demandante no ha probado que sea suya porción alguna de la otra finca cuyo dominio se reconoció al demandado en el mismo instrumento; b) En cuanto a la identificación del objeto reivindicativo, que, a tenor de aquella resolución judicial, ni siquiera ha alegado el actor el lugar o dónde pueda encontrarse, dentro de la finca ocupada por el interpelado, la porción que trata de reivindicar, cuya cabida asciende, según afirma, a 33.890 metros cuadrados; c) En cuanto a la posesión o detentación de esa porción indeterminada por parte del demandado, que la Sala sentenciadora también declara probado que ni éste ha invadido terreno propiedad del actor ni el último ha justificado que posea menos tierra de la que en la repetida escritura se le adjudicó en propiedad.»

«Considerando: Que el motivo quinto acusa la infracción por inaplicación del párrafo primero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, motivo que tampoco puede prosperar, pues si bien este precepto establece una presunción «iuris tantum» de la exactitud del Registro Inmobiliario, ningún facto favorable para la reivindicación postulada por la Corporación recurrente puede derivarse de que la finca del demandado no figure inscrita más que con una extensión superficial de 15 hectáreas 95 áreas y 90 centiáreas, toda vez que tras la ponderada y meticulosa apreciación de las pruebas practicadas en el juicio llega el Tribunal «a que» a la conclusión de que en la expresión de dicha cabida se padeció un error, originado, sobre todo, por la defectuosa confección del plano acompañado a la escritura de 13 de septiembre de 1956, que sirvió de título formal para la inscripción en el Registro, y, en concordancia con esta conclusión, llega a establecer como hechos probados, según ya antes se ha indicado, que por parte del interpelado no ha habido invasión unilateral y posterior a la repetida escritura, ni extralimitación alguna al efectuar el cierre de su finca, cierre que realizó ajustándose estrictamente a lo que se le señaló y adjudicó materialmente al verificar la división del predio primitivo, y, que, por su parte, el actor no ha justificado que posea actualmente menos tierra de la que en la misma ocasión se le adjudicó.»

«Considerando: Que también debe rechazarse el motivo octavo y último, que aduce la infracción, por no aplicación, de los artículos 384 y 385 de aquel Código, en primer lugar porque es doctrina de esta Sala, manifestada, entre otras, en las sentencias de 2 de abril de 1965 y 27 de mayo de 1974, y en las que en ellas se citan que la acción de deslinde requiere, como uno de sus supuestos fundamentales, la confusión de límites entre dos predios contiguos, confusión que no se da en el caso litigioso, según asevera el fallo impugnado, y, en segundo término, porque, como se afirma en el «Considerando» sexto de la sentencia combatida, falta interés en el demandante para el ejercicio de dicha acción una vez desestimada la reivindicatoria, «ya que si solicitó el deslinde fue como medio de diferenciar lo que a él le correspondía una vez que el demandado entregara el exceso de cabida que la Corporación estima no le pertenece y que invadió como de su propiedad, invasión que, como reiteradamente se ha dicho, no efectuó el señor Larralde, el cual se limitó a cercar lo que ya para él se le había delimitado con estacas o mojones.»

NOTA.—Respecto a la actuación del principio de legitimación registral en cuanto a la medida superficial inscrita, véase el comentario a la sentencia de 20 de mayo de 1974, en este mismo número. La presente sentencia apenas se refiere a ese problema, pero más que excluir del ámbito de la presunción la extensión superficial, presupone su aplicación a la misma, pues destaca que se ha producido una prueba contraria a dicha presunción. Por ello podemos situar esta sentencia junto a la de 18 de marzo de 1967, a la que aludimos en el expresado comentario.

SERVIDUMBRE DE PASO DE VEHICULOS DE MOTOR: LA EXISTENCIA DE UN CAMINO PUBLICO VECINAL NO ES TITULO CONSTITUTIVO DE DICHA SERVIDUMBRE, NI CONSTA OTRO TITULO DE LA MISMA (SENTENCIA DE 14 DE OCTUBRE DE 1974).

Hechos.—Doña María Molina Pérez formula demanda contra doña Rosario Veladez Ledesma y contra aquellas personas desconocidas o inciertas que pudieran considerarse afectadas por los pedimentos de la demanda, versando sobre acción negatoria de servidumbre, estableciendo en síntesis: que la actora es propietaria de una finca rústica, cortijo denominado de «La Higuera», que está libre de cargas y gravámenes, según certificación del Registro de la Propiedad; que tal finca está atravesada, según la descripción del Registro, por un camino de herradura o vereda que se dirige a las huertas La Acedía; que en 1950 la actora abrió en su finca un nuevo camino o carretera con la finalidad de una mejor explotación de su finca, pues permitía la entrada y salida de camiones y demás vehículos de motor hasta la casa, existiendo, por tanto, desde entonces, dos vías de acceso: el carril o camino de herradura y la carretera de la exclusiva propiedad de la actora. Suplica se dicte sentencia declarando que su finca está libre de servidumbre de paso de camiones y demás vehículos de motor, condenando a la demandada a estar y pasar por este pronunciamiento.

Contestada a la demanda con oposición y seguidos los demás trámites, el Juez de Primera Instancia número 1 de Marbella dictó sentencia estimando la demanda, pero fue revocada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, que desestimó la demanda, absolviendo de la misma a todos los demandados.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el actor, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara haber lugar al recurso, pues aunque destaca que no ha existido vicio de incongruencia, sí ha habido infracción de los artículos 539, 540 y 546 del Código civil, a través de los «Considerandos» 1.º y 3.º de la primera sentencia:

«Considerando: Que el examen de la sentencia recurrida permite sentar los siguientes antecedentes fácticos: a) la finca de la actora, denominada cortijo de «La Higuera», es atravesada por un camino, que aquella resolución llama *antiguo*, que va en dirección a las huertas de La Acedía, y por otro *nuevo*, abierto por ella en el año 1950, construido en parte paralelo al antiguo, y en parte aprovechando y sobre trazado del mismo; b) el camino antiguo, también denominado «vecinal», que tiene carácter público, permite incluso el paso por él de carretas, y por donde éstas pasaban pueden hoy hacerlo vehículos de motor, y el camino nuevo permite la entrada y salida de camiones y demás vehículos de la clase indicada; c) no consta título alguno constitutivo de servidumbre sobre la parte del camino nuevo cuyo trazado no coincide con el antiguo, ni tampoco consta el reconocimiento de tal gravamen por escritura otorgada por el dueño del predio que se dice sirviente, ni por anterior sentencia firme.»

«Considerando: Que los motivos segundo y tercero acusan, respectivamente, la infracción por violación de aplicación de los artículos 539 y 540 y del artículo 564 en relación con el número 1.º del 339, todos del Código civil, motivos que merecen ser estimados por las razones siguientes: a) Respecto al camino antiguo o vecinal, incluida la parte de él cuyo trazado coincide con el nuevo, si el mismo tiene carácter público, según apreciación del Tribunal «a que» no atacada eficazmente por la recurrente, es obvio que, al ser un bien de dominio público, ya lo sea del Estado (artículo 339 citado) o mejor de la provincia o del pueblo (artículo 344 del mencionado Código), el paso por el mismo no está sujeto al régimen

de derecho privado concerniente a la adquisición de las servidumbres discontinuas, como la debatida en autos, y a la manera de suplir la falta de título constitutivo de dichos gravámenes, como tampoco está sujeto a las normas jurídico-privadas relativas al contenido y goce de las servidumbres, por lo que ese paso no permite afirmar la existencia de uno de tales gravámenes sobre la finca de la actora. b) Respecto al camino nuevo, en la parte cuyo trazo no coincide con el antiguo, el paso por él está sometido, en cambio, a dicho régimen, y como, tratándose de una pretendida servidumbre discontinua, no consta la existencia de título constitutivo de la misma ni que la falta de ese título haya sido suplida por los medios determinados en el artículo 540 de aquel Código, hay que llegar a la conclusión de que está libre la finca de la actora de la servidumbre de paso de camiones y demás vehículos de motor, consideraciones que ya hacen innecesario el estudio del motivo quinto.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo estima fundamentalmente la demanda, pero deja a salvo el paso por el camino antiguo, que es de carácter público.

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

LA NOVACION PRECISA EL MISMO ACUERDO DE VOLUNTADES QUE SE EXIGE PARA CONTRAER CUALQUIER GENERO DE OBLIGACIONES. EL REEMPLAZO DE PARTE DE LA MAQUINARIA DE UNA INDUSTRIA ARRENDADA HECHO POR EL ARRENDATARIO, NO ALTERA LA CALIFICACION DEL CONTRATO. (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Hechos.—El actor arrendó una fábrica de harinas que venía explotando directamente, al demandado, por cuatro años prorrogables. Contrato que podía ser denunciado por cualquiera de las partes con once meses de anticipación al término de la prórroga. Durante el arrendamiento se inutilizaron ciertas máquinas que fueron sustituidas por otras, propiedad del arrendatario. Al ejercer el arrendador la denuncia del contrato, y negar tal derecho al arrendatario, lo demanda y obtiene el desahucio.

Doctrina de la sentencia.—El objeto del contrato lo constituyó la entrega, por tiempo determinado y precio cierto, del goce de un complejo de elementos materiales, coordinados y adecuados entre sí por su estructura y disposición, para ser destinados a un uso industrial concreto y específico, y en estado de funcionamiento, que por haber sido creado por el arrendador y estar explotado por él en el momento de la estipulación, contiene los requisitos esenciales para que se aprecie la existencia de la unidad patrimonial con vida propia a que se refiere el párrafo 1.º del artículo 3.º de la Ley de 11 de junio de 1964, excluida, en cuanto a las relaciones arrendaticias que de ella dimanen de dicha ley, y sometida a las disposiciones del derecho común.

Si bien es cierto que junto a la novación extintiva los artículos 1.203, 1.204 y 1.207 del Código civil permiten deducir la existencia de otra meramente modificativa, respecto a la cual no se ha negado la posibilidad de acreditarla por medio de presunciones, no lo es menos que esta figura jurídica, en cualquiera de sus fases, precisa para ser válida el mismo

acuerdo de voluntades que los artículos 1.261, número 1.º y 1.262 de dicho cuerpo legal, exigen para contraer cualquier género de obligaciones, debiendo resultar probado con toda claridad el «animus novandi» o voluntad de otorgarla por parte de los contratantes.

El simple cambio o reemplazo de parte de la maquinaria, menaje o mobiliario de una industria arrendada por otros elementos análogos o las aportaciones o mejoras que con relación a ellos haya realizado el arrendatario, no alteran la calificación del contrato ni modifica su naturaleza, siempre que queden subsistentes los demás elementos esenciales que la integran. Una interpretación contraria equivaldría a admitir la renuncia del arrendador a su propia industria, sin deducirla de términos claros, explícitos y terminantes, con lo que se contravendría la doctrina de esta Sala en relación con la renuncia de derechos.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL (SENTENCIA DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Hechos.—Un funcionario del Ayuntamiento que acudía a realizar notificaciones, cayó por el hueco del ascensor de un edificio propiedad de la Organización Sindical, produciéndose la muerte. Su viuda e hijos demandan al conservador de los ascensores, que fue condenado, y a la Organización Sindical, que es absuelta. Recurren los actores solicitando la condena también de la Organización Sindical, pero su tesis no es estimada.

Doctrina de la sentencia.—En opinión de la recurrente debía condenarse a los dos con responsabilidad directa, pues se da entre ellos una relación mercantil o industrial de la empresa y su dependiente, y ese dependiente realiza el daño con ocasión de sus funciones, por lo que ha existido culpa «in eligendo» en la Organización Sindical. Con relación a este motivo, conviene destacar que el invocado artículo 1.903 del Código civil contiene cinco normas específicas diferentes y una general común a todas, pues contempla cinco tipos distintos de relaciones jurídicas originadoras de la responsabilidad de uno de los elementos personales de cada relación. Aun en el supuesto de que pudiera entenderse que la recurrente se refería a la relación del dueño o director de un establecimiento con los dependientes al servicio del mismo, sería muy difícil poder encajar en ella la relación contractual que mantiene la propiedad de un edificio con el encargado oficial del mantenimiento y conservación del ascensor; y en último término, aun admitiendo esa violenta asimilación, la potencial responsabilidad de la propiedad en el caso de autos habría cesado, de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del precepto indicado, pues había concertado el servicio con persona oficialmente apta y no había incumplido ninguna de las órdenes de la Delegación de Industria.

CONTRATACION ENTRE AUSENTES (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1974).

Hechos.—Huarte y Cía. concertó con Construcciones Hosan la ejecución de una obra. Se discute en el pleito si Huarte se retrasó en tal ejecución y si por tanto está obligada a pagar la indemnización pactada.

Doctrina de la sentencia.—A efectos del cómputo del plazo de ejecución de las obras estipuladas por las partes y de la determinación del

día inicial del mismo, por «fecha del contrato» de autos, no debe entenderse la del documento que encerraba la oferta, sino el día en que se manifestó el consentimiento y se perfeccionó el contrato por el concurso de la oferta y de la aceptación (art. 1.262 del Código civil), concurso que en el supuesto de contratación entre ausentes no se produce, conforme dispone el párrafo segundo de ese precepto, sino desde que la aceptación llega a conocimiento del que hizo la oferta y siendo así que aquel documento redactado y firmado por Huarte y Cía. el 1 de agosto de 1969, fue remitido seguidamente a la recurrente para que lo aceptase y lo suscribiese, quien lo devolvió con su firma por carta de 21 del propio mes, no pudiendo tener conocimiento la actora de esa aceptación antes del siguiente día 22, es llano que el referido plazo de ejecución no pudo empezar a contarse sino desde el mencionado día 22 de agosto.

CARACTER GENERICO DEL ARTICULO 1.214 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Se denuncia violación por inaplicación del 1.214 del Código civil y de la doctrina jurisprudencial relativa al «onus probandi», de imposible prosperabilidad justo de acuerdo con esta doctrina que es constante y uniforme en destacar el carácter genérico del indicado precepto que le hace inviable a los fines pretendidos de denunciar su infracción si no se relaciona con alguna norma concreta referente a las pruebas que pueda decirse infringida. No puede decirse que se aplica indebidamente un precepto que para nada utiliza ni tiene presente el Juzgador de instancia. Se alega violación por inaplicación de la doctrina legal relativa a los actos propios elaborada por la Jurisprudencia de este Tribunal Supremo, y debe ser desestimado porque se mezclan cuestiones de hecho relativas a la prueba con apreciaciones jurídicas en relación con la indicada doctrina, que están haciendo supuesto de lo realmente cuestionado y que no es lícito en casación.

EL DEJAR PARA EL PERIODO DE EJECUCION DE SENTENCIA LA FIJACION DE LA CANTIDAD A QUE SE CONDENA A LA PARTE DEMANDADA, NO IMPLICA INCONGRUENCIA (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—El uso que los Tribunales hagan de la facultad que les concede el artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dejando para el período de ejecución de sentencia la fijación de la cantidad a cuyo pago condenan a la parte demandada, no implica incongruencia a efectos del artículo 359 de la misma ley, porque el primero de los preceptos citados deja dicha potestad al libre arbitrio de los Juzgadores. Tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de esta Sala no restringen la aplicación de la mencionada norma legal a los supuestos de que el objeto de la reclamación consista simplemente en el abono de frutos, intereses, daños o perjuicios, sino que la extienden a aquellos otros en que se solicite la entrega de sumas que, aunque concretadas en la demanda, no sean susceptibles de determinarse sin practicar una previa liquidación.

El artículo 1.214 del Código civil, por su carácter genérico, relativo al «onus probandi», no permite el éxito de un recurso de casación en el fondo más que en el supuesto de que se haya invertido en el fondo la

carga de la prueba, pero no cuando, como aquí sucede, lo realmente pretendido por el impugnante consiste en combatir la valoración de la misma.

El artículo 1.285 del Código civil no es aplicable más que cuando los términos literales del contrato no sean claros.

CESION DE CREDITOS: NO EXIGE NINGUN REQUISITO DE FORMA
(SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Conforme tiene reconocido la jurisprudencia de esta Sala, la apreciación del enlace preciso y directo a que se refiere el artículo 1.253 del Código civil, entre el hecho básico y el deducido o el que se pretende deducir, por estar sometido únicamente a las reglas del criterio humano, que no figuran determinadas en ningún precepto legal, corresponde al Tribunal de instancia, cuyo juicio ha de acatarse tanto para eliminar como para admitir la presunción, a menos que se demuestre su patente improcedencia por ilógica o absurda.

La cesión de créditos no se halla sujeta a requisito alguno de forma para que pueda entenderse perfeccionado. La cesión de créditos puede hacerse válidamente sin conocimiento previo del deudor y aun contra su voluntad, sin que la notificación a éste tenga otro alcance que el obligar con el nuevo acreedor, no reputándose pago legítimo desde aquel momento el hecho en favor del cedente, y esta doble vertiente que se desprende del artículo 1.527 del Código civil, ajena a la perfección de la cesión, no tiene otro efecto que el expresado liberatorio que para el deudor pueda tener el pago hecho al primitivo acreedor con anterioridad a tener conocimiento de la cesión.

RESPONSABILIDAD POR DAÑOS (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Hechos.—Un niño cayó a un pozo que, sin protección de obra alguna, existía en un local o nave comercial, y se ahogó. Los padres demandaron a los propietarios del local, que son condenados.

Doctrina de la sentencia.—El motivo segundo denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 1.902 del Código civil, planteando una cuestión no suscitada por el pleito, cual es la de que «el solo dato de la inscripción registral a favor de los demandados del local en que se encontraba el pozo donde el hecho ocurrió, no puede ser nexo causal exigido por la aplicación del artículo 1.902 del Código civil, que en consecuencia se infringe por aplicación indebida», cuando no es el nexo o relación de causalidad lo que se discute en el pleito, sino que la única cuestión debatida se centra en quién fuera el propietario y poseedor del local en que ocurrió el accidente al tiempo de producirse éste, porque el nexo entre la conducta de éste y el daño causado no se pone en duda por las propias partes.

COSTUMBRE LOCAL: ES PRECISO SE ACREDITE SU EXISTENCIA
(SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Para que sea de apreciar una costumbre o uso local, como fuente supletoria de derecho, a tenor del artículo 6.º, pá-

rrafo segundo, del Código vigente en la época en que el siniestro se produjo, o de su artículo 1.º, número 1, en la redacción dada por la Ley de 17 de marzo de 1973, articulada por decreto de 31 de mayo de 1974, sería preciso que su existencia se hubiera acreditado adecuadamente (sentencias de 24 de marzo de 1947 y 24 de febrero de 1962), cosa que no ha sucedido en el supuesto que aquí se contempla.

RETRACTO DE COLINDANTES: DEBE CUMPLIRSE POR PARTE DEL RETRAYENTE LA OBLIGACION INELUDIBLE DE CONSIGNAR EL PRECIO (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Hechos.—El colindante de una finca rústica enajenada pretende re-traerla, pero consigna sólo 16.000 pesetas, siendo el precio muy superior. Su demanda no se estimó.

Doctrina de la sentencia.—Siendo requisitos conjuntamente esenciales para que pueda darse curso a las demandas de retracto, conforme a los claros y precisos términos del artículo 1.524 del Código civil, el de que se interponga dentro de nueve días contados desde la inscripción de la venta en el Registro, y en su defecto desde que el retrayente hubiere tenido conocimiento de la venta, y el de que se consigne el precio, si es conocido, o, si no lo fuere, que se de fianza de consignarlo luego que lo sea, siendo el acto conciliatorio deducido en el plazo preclusivo que la ley señala, medio idóneo y modo adecuado de ejercitar aquel derecho, ya que sustituye a los efectos que se persiguen a la interposición de la demanda, hasta el extremo de que si en él hubiere avenencia, quedaría realizado el retracto, debe cumplirse por parte del retrayente la obligación ineludible de consignar el precio, o en su caso la de prestar fianza, requisitos que no concurren en el caso de autos, al haber caducado la acción, al intentarse extemporáneamente el acto de conciliación, aparte de la notoria insuficiencia del precio, que por desconocido, cosa extraña dadas las relaciones de parentesco que unían a los litigantes, fue calificado en la demanda previa de fianza y mucho más tarde elevado diez veces en su cuantía.

TIENE CAUSA ILICITA UN DOCUMENTO DE RECONOCIMIENTO DE DEUDA HECHO PARA ENCUBRIR EL PAGO DE UN SOBREPRECIO O PRIMA EN LA VENTA DE VIVIENDAS DE PROTECCION OFICIAL (SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Hechos.—Don Fernando y don Pedro firmaron un documento por el cual el segundo reconocía deberle cierta suma al primero. Como no la abonó, don Fernando demanda a don Pedro, pero no prosperó la demanda pues tal cantidad constituía la prima por la venta de cuarenta viviendas de protección oficial.

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.275 del Código civil establece que los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno, siendo ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral; en el caso de autos ha de llegarse a la conclusión de que el origen o causa del reconocimiento de deuda que se lleva a cabo no es un adeudo consecuencia de distintas operaciones mercantiles, sino que encubre un sobreprecio de la suma de 35.000 pesetas por vivienda de un contrato de com-

praventa de cuarenta viviendas subvencionadas, construidas al amparo de la legislación de viviendas de protección oficial, de donde surge la ilicitud de la causa, pues el artículo 29 del texto refundido de la Legislación de Viviendas Protegidas establece ya la prohibición absoluta de percibir cualquier precio o prima en la venta de viviendas de renta limitada de protección oficial, y a través de los elementos expresados se ha tratado de ocultar el verdadero origen del adeudo, causa de aquellos, con la finalidad de burlar la prohibición legal, preparándolo cuidadosa y premeditadamente, con vista a producir la confusión o duda en los Juzgadores que pudieran ser llamados a resolver si se planteara algún día contienda sobre la efectividad civil del crédito en cuestión, sin que el hecho de que dichas infracciones puedan ser objeto de sanción en la vía administrativa, pueda impedir que cuando las reclamaciones que se produzcan por los interesados se funden en títulos del orden civil, cual sucede en el presente caso, sea esta jurisdicción la llamada a conocer de las mismas y juzgar sobre su efectividad y validez con arreglo a los preceptos de este orden.

EL ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL ES APLICABLE AL CASO DEL DUEÑO DEL TERRENO QUE SE CONVIERTE EN SU PROPIO CONTRATISTA. LOS COMPRADORES DE LAS VIVIENDAS Y LOCALES TIENEN CONTRA EL LA ACCION ESTABLECIDA POR ESTE PRECEPTO (SENTENCIA DE 17 DE OCTUBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.591 del Código civil fue promulgado en época en que la relación jurídica normal que ofrecía la construcción de edificios era la derivada del contrato de empresa, que concertaba el dueño del terreno con un empresario constructor, vulgarmente denominado contratista, y establecía la obligación de éste de responder a aquél de los daños y perjuicios que se deriven de la ruina del edificio «por vicios de la construcción si aquella tuviera lugar dentro de los diez años contados desde que se concluyó», pero ello, sin embargo, no es óbice para que tal precepto se aplique a situaciones o relaciones jurídicas que con aquélla guarden analogía y no se hallen regulados de modo específico por la norma; esto ocurre con la situación del dueño del terreno que se convierte en su propio contratista y concierta contratos separados con los diferentes gremios que han de intervenir en la construcción, para vender los locales y viviendas que la integran; no podrá alegar que como no ha celebrado un contrato de obra con un único empresario, ya no podrá hablarse contratista responsable, pues ello equivaldría a permitir un fraude a la ley, porque en supuestos tales aquel primitivo propietario del terreno que construye indirectamente por medio de los múltiples gremios que él coordina, asume en realidad la cualidad de contratista, con las obligaciones y responsabilidades que a éste le impone el mencionado precepto, frente a quienes, por compra posterior, adquirieron de él toda o parte de la obra construida, y no queda exonerado de ellas por tal enajenación, ya que con semejante tesis y la argumentación de que el comprador no tenía contra él más acción que la de saneamiento por vicios ocultos del artículo 1.490 del Código Civil, resultaría que se habrían extinguido las responsabilidades que determinadamente establece el artículo 1.591, para el constructor o contratista y el arquitecto, con tal que la ruina de la obra se manifestase después de los seis meses siguientes a la compraventa, aunque no hubieran transcurrido diez años desde la conclusión de la obra.

HAN DE RECHAZARSE LOS RECURSOS FUNDADOS EN DISPOSICIONES DE CARACTER ADMINISTRATIVO (SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Ha de tenerse en cuenta que no es dable en el recurso de casación la invocación de infracción de normas que se refieren a materias extrañas a la competencia de esta Sala, y por ello la jurisprudencia reiterada ha rechazado constantemente los recursos fundados en disposiciones de carácter administrativo, como lo es este Reglamento que al recurrente le sirve de base para el motivo.

LA ELECCION PARA EL CARGO DE PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE UN EDIFICIO CONSTITUIDO EN PROPIEDAD HORIZONTAL QUE RECAIGA EN PERSONA QUE NO ES PROPIETARIO, NO ES UN ACTO NULO SINO ANULABLE (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1974).

Hechos.—El presidente de una Comunidad de Propietarios de un edificio demanda a los constructores-vendedores del mismo por la mala calidad de la construcción, que motivó la ruina de la edificación. Prosperó la demanda a pesar de los argumentos defensivos de los demandados, que sostenían que no estaba legitimado el presidente para actuar, por no ser propietario.

Doctrina de la sentencia.—El artículo 4.º del Código civil establece un principio general que se ha de aplicar en concordancia con las normas que regulen cada institución, normas que en presente caso son las contenidas en el artículo 12, párrafo 1.º, y norma 4.ª de la Ley de Propiedad Horizontal, de cuyo contexto claramente se advierte que si bien el acuerdo de los copropietarios eligiendo para el cargo de presidente de la Comunidad a persona que no tenga la condición de propietario es un acto contrario a la ley, tal acto no es nulo «ipso iure» o de pleno derecho, sino simplemente anulable a través de la oportuna impugnación ejercitada por los propietarios disidentes, puesto que éstos son los efectos que atribuye a la contravención el indicado artículo 16, norma 4.ª, y como en el caso de autos tal impugnación no se ha producido, es llano que el acuerdo de los propietarios del inmueble a virtud del cual fue elegido el presidente de la Comunidad de Propietarios es ejecutivo, y que por ende está legitimado para promover con tal carácter la demanda inicial de este pleito.

El comprador tiene acción contra el vendedor-constructor para exigirle el cumplimiento de la obligación que deriva o tiene su origen en un precepto legal, el artículo 1.591 del Código civil.

INCONGRUENCIA (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—El escrito de contestación a la demanda pone de manifiesto que los demandados reconocen deber a la entidad demandante la cantidad que resulte ser la ajustada a los suministros reales de pienso, la determinación de cuya cantidad requiere, a su juicio, la oportuna liquidación y prueba, por que es visto que la sentencia recurrida, al desestimar en su integridad la demanda, niega a la actora in-

cluso ese derecho admitido en la contestación, apartándose así de los términos en que el debate se desenvolvió, e incurriendo con ello en el vicio de incongruencia que se denuncia.

CONTRATOS: INTERPRETACION (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Reiterada doctrina jurisprudencial viene estableciendo que siendo los términos de un contrato claros y no ofreciendo dudas sobre la intención de los contratantes, se estará, por imperativo del artículo 1.281, 1.º, del Código civil, al sentido literal de sus cláusulas, disposición ésta primordial, cuya observancia se impone, siempre que el texto contractual ofrezca esa claridad que la ley exige. No es admisible, en buena técnica hermenéutica, aquella deducción que respecto a defecto de redacción de las cláusulas del contrato y consiguiente oscuridad y contradicción de las mismas, se contiene en la sentencia recurrida, cuando resulta perfectamente clara su interpretación racional, desde el momento que no ofrece dificultad alguna extraer de la simple lectura de aquellas condiciones todas las circunstancias que deriven de las mismas.

RETRACTO DE COLINDANTES (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Resulta acreditado la aprobación del plan general de urbanización y dentro del mismo figura dicha finca, que por ello tiene el carácter que por el Tribunal se le atribuye. Permaneciendo inalterado el carácter de urbana de la finca retraída, han de perecer los motivos, ya que no existe la interpretación errónea del artículo 1.523 del Código civil denunciado, por no ser rústica la finca y faltar por tanto dicho requisito.

DOCUMENTOS AUTENTICOS: REQUISITOS (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—El motivo no puede prosperar por no tener el carácter de documentos auténticos en casación los aducidos en apoyo del invocado error de hecho, al no hacer por sí mismos prueba de su contenido, sin necesidad de deducciones, análisis, interpretaciones o hipótesis y no contradecir textual o claramente lo afirmado por la Sala sentenciadora, mostrando así haber ésta incurrido en equivocación evidente, no siendo documentos auténticos los dictámenes periciales, ni las facturas que se han examinado y valorado por el Tribunal «a quo», y menos cuando han sido objeto de apreciación conjunta con los restantes medios de prueba.

GRUPO SINDICAL: SEPARACION VOLUNTARIA DEL MISMO (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Tratándose de la separación voluntaria de un miembro de un grupo sindical, que en ese momento sólo tiene pasivo y al que nada ha aportado el miembro dado de baja, carece de sentido

toda reclamación contra el grupo y más cuando éste le ha exonerado de toda responsabilidad en las cargas contraídas; fueran cuales fueran las ganancias que el día de mañana tuviera el grupo, de las que, de haber continuado en él les corresponderían a los recurrentes en la proporción que fijara el contrato que los agrupó, lo indudable es que en el momento en que voluntariamente pidieron la separación no había ganancias de ninguna clase, sino deudas, de las cuales por voluntad de todos se les exoneraba.

J. Q. S.

V. SUCESIONES

NULIDAD DE TESTAMENTO. INHABILIDAD DE TESTIGO. CARACTER PERSONAL DE LA ACCION.—LEGITIMACION PASIVA. Artículos 694 y 705 del Código civil (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 1974).

La acción de nulidad es personal. No puede declararse la nulidad sin estar demandados todos los herederos. No está legitimado pasivamente el Notario autorizante si no se alega su malicia, negligencia o ignorancia inexcusable.

Otorgados sendos testamentos notariales abiertos por marido y mujer mejorando a unos hijos, revocatorio de otros anteriores en los que los instituían por partes iguales, y resultando posteriormente probado que uno de los testigos, al tiempo del otorgamiento, era cuñado de uno de los hijos mejorados e instituidos herederos, el Juzgado de Primera Instancia de La Orotava estimó la demanda interpuesta por los hijos no mejorados y declaró la nulidad de los testamentos conteniendo la mejora y la validez de los anteriores en que se disponía igualitariamente; sentencia que fue confirmada por la de la Sección de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley, por la parte demandada y apelante, el Tribunal Supremo, en sentencia de que ha sido ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al recurso, conforme a las consideraciones que a continuación se exponen:

Que la figura jurídica del litis consorcio pasivo necesario se caracteriza, según la sentencia de 6 de abril de 1977, por su finalidad de obtener una resolución única para todos, por tratarse de una sola pretensión que a todos afecta, no sólo porque el principio de orden público de la veracidad de la cosa juzgada exige la presencia en el proceso de todos los que debieran ser parte en él, sino en evitación de resoluciones contradictorias sobre el mismo asunto si el demandante pudiera dirigirse por separado contra cada uno de los interesados, con el peligro de condenar a una persona sin ser oída, por lo que no puede declararse la nulidad o validez de un testamento sin estar presentes en el proceso todos los interesados, que son los instituidos herederos en el mismo cuya revocación o vigencia se discute, pues en la acción de nulidad de un testamento están legitimados pasivamente todos los favorecidos en él, y los contadores partidores, bastando con demandar a los herederos instituidos para cumplir con su llamamiento las condiciones requeridas para establecer una perfecta relación procesal, según declaran las sentencias de 12 de julio de 1935.

Que siendo la acción de nulidad del testamento fundamentalmente personal, por ser forzoso dirigirla contra los interesados, según el mismo

testamento, en sostener su validez, es evidente que, cuando se inste la nulidad por el defecto de ser inhábil uno de los testigos instrumentales, sin alegarse malicia, negligencia o ignorancia inexcusable del Notario que le autorizó, en nada afecta a dicho fedatario tal nulidad, que muy bien pudo obedecer a la actuación del mismo testador o de los testigos, por lo que, al no tener interés en la validez del testamento, no debe ser demandado, al no concurrir las circunstancias especificadas en el artículo 705 del Código civil, puesto que el mismo es aplicable cuando dichas circunstancias son las determinantes de la nulidad pretendida.

COMENTARIO.—Realmente es preocupante el tema que plantea esta sentencia y que late en todo el trasfondo del asunto, relativo a la diligencia a emplear por el fedatario para asegurarse de la idoneidad de los testigos. En la mayoría de los casos, los testigos son propuestos por los propios testadores o los parientes de éstos, a quienes hay que advertir muy especialmente acerca de todas las causas de inhabilidad en lenguaje llano y comprensible. Atendiendo a esta y otras circunstancias, tales como la dificultad de encontrarlos, ya sea en lugares apartados, ya, incluso, en las propias capitales, debido a la acusada falta de solidaridad con el prójimo y sus problemas y al temor de verse con ello comprometido, a la falta de conocimiento real por el Notario de esos mismos testigos o, en su defecto, a la falta de ese conocimiento de los testigos respecto al testador y viceversa, viniendo a ser no unos colaboradores, sino unos «invitados de piedra», etc., etc., hubo ya voces autorizadas que, hace años, abogaron por su supresión en los casos normales al menos. Así, Vicente Fausto Navarro, siendo Notario de Huesca, insistió en ello, propuesta que fue comentada favorablemente en las páginas 57 a 59 de la revista «La Notaría», correspondientes al número 6, en el año 1929; y en el año siguiente la misma revista volvió a machaconear en lo mismo (número 3, páginas 181 y siguientes), habiendo sido luego la cuestión repetida hasta la saciedad, indicando la conveniencia de tal supresión, ya que, en definitiva, ninguna garantía añaden y son un potencial peligro desde el punto de vista de la nulidad formal del documento, como se comprueba en el presente caso (Cfr., BLOCH RODRÍGUEZ: *Los testigos en los testamentos notariales*, «R. D. N.», núm. 16, págs. 353-390; núms. 17-18, págs. 315-331; «La Notaría», 1929, núm. 8, *Hacia la supresión de los testigos instrumentales*, páginas 78-81. J. BOLLINI: *Testigos instrumentales. Necesidad de su reforma*, «A. D. C.», II, 3, 1949; «Boletín Informativo del Ilustre Colegio Notarial de Granada», año 1966, pág. 335; año 1958, pág. 544. E. TAULET: *Los testigos en los testamentos notariales*, «R. D. P.», 1940, págs. 52-54).

TITULOS NOBILIARIOS. INALIENABILIDAD. IMPRESCRIPTIBILIDAD. MEJOR DERECHO (SENTENCIA DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1974).

La posesión cede ante el mejor derecho al título.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandado y apelante contra la sentencia de la Sala 1.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 4 de esa capital, conforme a la siguiente doctrina:

Considerando: Que por el primer motivo del recurso, amparado en el nuncia exceso en el ejercicio de la jurisdicción por la Sala sentenciadora, número sexto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se decuando, después de agotar la que le corresponde, al declarar el mejor de-

recho del actor, adiciona la condena del demandado a guardar perpetuo silencio en cuanto al tema del mejor y preferente derecho del actor y a abstenerse de cualquier pretensión a titularse en lo sucesivo Conde de O, más teniendo en cuenta que esta fórmula, un tanto arcaica y anacrónica, si se quiere, que tuvo su origen en las acciones «ad silentium imponi», esto es, para la imposición de silencio perpetuo, y no constituye sino un estadio en la evolución de la acción declarativa, que se recoge en nuestra Ley de Partidos, en su forma de acción de jactancia o provocatoria, para que aquel que se vanagloria de una situación o difama la de otro promoviese el correspondiente procedimiento, condenándole, en otro caso, a perpetuo silencio, hoy no es otra cosa que la de una mera fórmula de rancio medievalismo que ha venido manteniéndose no obstante su ociosidad, dado el grado y eficacia que hoy tiene la acción declarativa, sin más significación que el de la tutela jurídica que se reconoce a la situación que se declara en la sentencia, implícitamente equivalente a que al demandado no le asiste el derecho que venía ejercitando, siendo éste el único sentido y alcance en el que puede admitirse dicha parte dispositiva del fallo de la sentencia recurrida, no puede decirse constituya extralimitación de jurisdicción, conociendo el Juzgador de asunto que no fuere de la competencia judicial, determinada por la materia que es objeto de litis, lo que hace decaer este primer motivo.

Considerando: Que por el motivo sexto del recurso, de preferente examen a sus anteriores al ampararse en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de derecho, con cita como infringida de la doctrina que se contiene en las sentencias que se reseñan, y que se hace consistir en no darse una conexión congruente entre el hecho básico y la consecuencia que el Juzgador deduce, como lo es, el que por no existir en los autos constancia de la Real Carta de creación y de que se concediera al causante del demandado Carta de sucesión sin perjuicio de tercero de mejor derecho y no licencia o autorización de uso de un título extranjero, se concluya que el Condado de O sea título castellano; mas aparte de que dicha doctrina que se da como infringida, sin especificar el concepto en el que lo sea, no hace sino abundar cuanto dispone el artículo 1.253 del Código civil, respecto a aquel enlace preciso y directo según las reglas del entendimiento humano, es que el Juzgador de instancia, para llegar a la conclusión de ser el título de nobleza Conde de O castellano, no lo cifra en sólo la deducción de dichos dos hechos, sino en la prueba directa de otros que da por probados, y así, teniendo en cuenta la falta de aportación a los autos de la Real Carta de creación, frente a la simple creencia que alega el demandado, de haber sido otorgada por Felipe IV como III de Portugal, a favor del caballero portugués don V. de M. en contemplación a su matrimonio con doña J. de C. y M. y como dote de ésta, se da por contradicho por los hechos probados de ser el título concedido por Felipe IV de España y no como III de Portugal, siendo aquél el correspondiente a la dinastía española, así como el que después de la independencia de Portugal, respecto a la persona de Felipe III, quedando al servicio de la independizada nación y a la de sus nuevos reyes portugueses dicho caballero, los de España titularon Condes de O a varios descendientes españoles de aquel matrimonio entre don V. de M. y doña J. de C., de cuyo título se concedió Carta de sucesión al causante del demandado, lo que, en el sentir del Juzgador, implicaba tratarse de un título del Reino, pero aun si se estimase que de este último hecho se dedujera aquella consecuencia, que lo habría de ser abundando en los hechos anteriores, al no caber combatirla por esta vía utilizada, el motivo habría de ser desestimado; desestimación que implica la del segundo, tercero y cuarto de los motivos, en los que el recurrente trata de que se atribuya a tal mencionado título el de naturaleza portuguesa, el primero de éstos, al denun-

ciar la violación del artículo 1.214 del Código civil, cuando es visto que el Juzgador de instancia se atuvo al principio del «onus probandi» que dicho artículo sanciona; el segundo, porque si, como se da por probado, el título se concedió por monarca español a caballero portugués, si bien quedase al servicio de Portugal y al de sus reyes, cuando se separa de la obediencia a Felipe III (1 de diciembre de 1640), que lo era IV de España, continuándose en descendientes españoles, para más tard ser rehabilitado precisamente en ascendientes del demandado, sin necesitar de su revisión y tramitación correspondiente a títulos extranjeros, a la que se refiere el artículo 30 de la ley de 4 de mayo de 1948 y 2.º del decreto de 4 de junio siguiente, puesto que aunque Portugal estuviese bajo la dinastía de los Austria, de Felipe II a IV, como reyes de dicha nación I, II y III, no fue nunca territorio español, de ahí que no sean de aplicación al supuesto de autos dichos artículos y consecuentemente se diga que hayan sido violados; y tercero, cuarto de los indicados, porque si, como se ha expresado, el Condado de O es tenido por dignidad castellana, ni el Juzgador violó los anteriormente indicados preceptos ni aplicó indebidamente el artículo 17 del Real Decreto de 17 de mayo de 1912, del que sólo puede entenderse se hace implícita referencia como argumento a mayor abundamiento, para señalar que al no tratarse de supuesto comprendido en el mismo la conclusión ha de ser a la que se llega por el Juzgador.

Considerando: Que conforme a la legislación secular que normativa cuanto a grandezas y títulos de nobleza se refiere, restablecidas, después de su abolición por decreto de 1 de junio de 1931, por ley de 4 de mayo de 1948, interesa destacar como notas más características las de su inalienabilidad, salvo lo dispuesto en el artículo 13 de la ley de 11 de octubre de 1820, e imprescriptibilidad a través de su transmisión por ministerio de la ley, conforme dispone la ley 45 de las de Toro, por la que al «óptimo poseedor corresponde el mejor derecho frente a cualquier poseedor de hecho, al que no cabe calificar sino de precarista y por tanto sin poder usucapir, cualquiera que fuere el tipo de posesión, y como el Juzgador de instancia da por probado por el actor toda su ascendencia por línea directa hasta remontarse a los primeros Condes de O, cuyo título fue transmitido hasta llegar como tronco común y actor y demandado doña M. de P., que casó con don J. M. de A., de cuyo matrimonio tuvieron dos hijos, una hembra, doña M. J. A. P., que casó con don J. M. C., que es la cabeza de la estirpe del demandado, y un varón, don J. C. de A. y P., cabeza de la estirpe del actor, pues este señor contrajo matrimonio con doña M. C. F. M., cuyo hijo don M. A. F. M., casó con doña M. A. D., los que tuvieron una hija, doña C. A. D., que contrajo matrimonio con don G. H. B., uno de cuyos hijos casó con doña I. C. F., de cuyo matrimonio nació don M. H. C., que casó con doña E. de R. M., padres del demandante, y si por tanto de dicha genealogía aparece, como el título se transmitió «ipso iure», esto es por ministerio de la ley, hasta llegar al hoy actor, por lo que permite calificarle de óptimo poseedor, no puede verse afectado en su mejor derecho al título por la posesión o aprehensión de hecho o material de otra persona, en el caso de autos por la del demandado, cuya posesión tiene que ceder ante la de dicho óptimo poseedor, sea cualquiera el tiempo que haya transcurrido en dicha posesión, nunca apta para usucapir, conclusión a la que llega el Juzgador de instancia al estimar la demanda, es claro que ni aplicó indebidamente la ley 45 de Toro, ni violó el artículo 1.930 en su párrafo 2.º del Código civil, ya que aquella imprescriptibilidad, a la que se hizo referencia, determina, por un lado, el que el poseedor de hecho que no tenga la posesión civilísima no puede perderla porque en verdad está poseyendo, y no puede producirse la prescripción extintiva aunque no tenga la posesión de hecho, luego no siendo de aplicación al supuesto de autos dicho párrafo 2.º del artículo 1.930 del Código civil, no puede decirse haya sido

violado, por lo que ha de decaer el quinto de los motivos del recurso; sin que tampoco sea de admitir el que, por tratarse de título concedido en territorio que dejó de pertenecer, o sustraído de la soberanía española, se rija por las normas que en el mismo regula la prescripción, cuando es lo cierto, y por notorio así cabe afirmarlo, Portugal no fue nunca territorio español, y no menos cierto, por probado, que el título se transmitió a españoles en territorio de la soberanía de Felipe IV, después de la caída de su reinado como Felipe III de aquella nación.

Considerando: Que igual suerte adversa a la de sus anteriores ha de corresponder a los motivos séptimo y octavo del recurso, el primero de ellos al denunciarse por la vía del número 1, del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la violación del artículo 29 del decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprobó el Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil, y que se relaciona con el 504 y 506 de dicha ley procesal, con lo que se viene a combatir, por cauce inadecuado, la prueba de la filiación del actor, a la vez de acusarse la posible existencia de vicios procesales inoperantes en este recurso; y en cuanto al segundo, porque al acusarse la violación de la pragmática de Carlos I de 22 de diciembre de 1534, y aunque pudiera suscitarse el problema de su vigencia, al no ser hoy los títulos nobiliarios sino simplemente honoríficos, una vez perdido su carácter patrimonial suprimidas las exacciones que antes comportaban, es que, como se afirma en la recurrida sentencia, «el demandado no ha aportado a los autos prueba alguna de la concurrencia de las circunstancias que pudieran determinar la aplicación de dicha pragmática».

PARTICION. CONTADOR-PARTIDOR. CARACTER. PLAZO. Artículos 894 y 897 del Código civil (SENTENCIA DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1974).

El artículo 894 del Código civil se refiere sólo a los que sobreviviendo al testador sean capaces, compatibles, hayan aceptado el cargo y quieran desempeñarlo.

El plazo para desempeñar el cargo se cuenta desde que conoce la muerte del testador y su nombramiento.

La cuestión relativa al conocimiento es de hecho, incluida en el artículo 1.692, número 7.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil a efectos de casación.

Pretendida la nulidad de las operaciones particionales en razón a haberlas realizado fuera de plazo uno de los contadores-partidores, habiendo fallecido otro y subsidiariamente que se declarase rescindida la partición por lesión en más de la cuarta parte, el Juzgado de Primera Instancia de Chantada, estimando parcialmente la demanda, declaró rescisión de la partición por lesión en más de la cuarta parte y la obligación de que el demandado beneficiado por ella indemnizase al actor perjudicado en la suma de 17.844 pesetas, sentencia que confirmó la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña.

Interpuesto recurso de casación por infracción de ley por el actor y apelante, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, conde de Borrajeiros, declara no haber lugar al mismo, conforme a los siguientes razonamientos:

Considerando: Que aunque nuestro Ordenamiento civil admite la institución de los Testamentarios, Contadores, Partidores o Comisarios, no los regula debidamente, limitándose a disponer, en el artículo 1.057 del respectivo Código, que «el testador podrá encomendar por actos vivos o mortis causa para después de su muerte la simple facultad de

hacer la partición a cualquiera persona que no sea uno de los herederos»; no determina, por consiguiente, ni la naturaleza del cargo ni especifica las clases, ni señala siquiera el plazo dentro del cual deben desempeñar su cargo, ni los derechos y deberes de los designados, ni las maneras de extinguirse dicho cargo, en cuanto a cada uno de los individualmente designados, ni en cuanto al órgano colegiado cuando se organiza con carácter pluripersonal.

Considerando: Que, por ello, la jurisprudencia, en su función integradora, vino a llenar parte de esas lagunas, proclamando, con carácter general, que esa especie de mandato especial post mortem guardaba cierta analogía con el cargo de albacea, y, por tanto, que le eran aplicables las disposiciones que regulan éste, en cuanto resulten compatibles con la naturaleza de aquél —sentencias de 24 de febrero de 1903, 5 de febrero de 1908, 14 de enero y 13 de noviembre de 1912, 23 de octubre de 1923, 22 de febrero de 1929 y 5 de julio de 1947.

Considerando: Que, por lo tanto, el organismo particional, al igual que el albaceazgo, podrá ser unipersonal o colectivo, y en este último supuesto los designados podrán venir llamados para actuar sucesivamente —unos en defecto de otros—, o para actuar simultáneamente, pudiendo, a su vez, éstos estar designados con carácter mancomunado simple, o con carácter llamado «solidario» (artículo 894 del Código civil, aplicable por analogía a los Contadores, según la doctrina jurisprudencial que queda aludida).

Considerando: Que el trasplante al Derecho sucesorio de los institutos de la mancomunidad simple y la solidaria, que tan perfecto encaje encuentra en el Derecho de obligaciones, tenía que producir desafortunadas consecuencias en la práctica si la doctrina científica y la jurisprudencia no se hubieran cuidado de paliarlas, porque bien se comprende que nada tienen que ver la mancomunidad simple y la mancomunidad solidaria que se predicen de una obligación o de un crédito, con esas mismas calificaciones atribuidas a unos albaceas o a unos Contadores, que no pueden asimilarse a conjunto de obligaciones o créditos, sino simplemente a cargos o mandatos especiales post mortem.

Considerando: Que para poder calificar debidamente la naturaleza de los Contadores designados por la causante de este litigio, se hace necesario tener en cuenta que la cláusula de designación dice literalmente: «nombra Contadores-partidores de su herencia, con amplias facultades, a don Constantino López Yáñez, cura párroco de Revelle, y a don José López López, de Outerio, vecino del expresado Recelle, prorrogándoles el plazo por todo el tiempo necesario».

Considerando: Que, de acuerdo con lo que dispone el artículo 897 del referido Código civil, y toda vez que no se establece claramente la solidaridad, ni se fija el orden en que deben desempeñar su cargo, «se entenderán nombrados mancomunadamente y desempeñarán el cargo como previenen los artículos anteriores», es decir, que «sólo valdrá lo que todos hagan de consumo, o lo que haga uno de ellos, legalmente autorizado por lo demás, o lo que, en cada caso de disidencia acuerde el mayor número».

Considerando: Que la recta interpretación de esta última norma —tanto para los albaceas como para los contadores— aconseja entender que la mayoría o la unanimidad a que se refiere, es la que se exterioriza solamente por los *supervivientes* que sean *capaces*, no tengan *incompatibilidad*, hayan aceptado el cargo y quieran desempeñarlo; ya que la contraria exégesis vendría a dejar supeditada la pervivencia del órgano particional a las imprevisibles contingencias de que todos los designados habrían de sobrevivir al testador, habrían de conservar su capacidad para desempeñar el cargo, no habrían de incurrir en ninguna causa de incompatibilidad o remoción y habrían de querer ejercerlo; contingencias todas ellas que en muy pocos casos se podrían producir, con lo que se

privaría de seguridad jurídica a una institución nacida, precisamente, para procurar ésta.

Considerando: Que si acudimos a nuestro Derecho histórico tradicional comprobamos que, efectivamente, cuando eran varios los Contadores designados, valía lo que hiciesen los que tenían capacidad para realizar la partición, ya que, como decía la Ley 6.^a del Título X de la Partida 6.^a, «si muchos fueren los testamentarios en cuya *mano* denare alguno su testamento, todos deben ser en uno para cumplirlo, si pudieren en aquella manera... Pero si acaesciere que todos lo pueden y ser o no quieren, lo que ficiere los dos o el uno, debe valer maguer los otros no se acierten»; y siguiendo esa tradicional doctrina, el propio proyecto de 1851 prescribía que cuando son dos o más los albaceas, y no pueden o no quieren intervenir todos, valdrá lo que haga el menor número, aunque sea uno sólo.

Considerando: Que nuestra antigua jurisprudencia se manifestó de acuerdo con tal doctrina, siendo ejemplo de ello la sentencia de 18 de junio de 1864, que declaró «que si son tres los albaceas nombrados, la incapacidad de uno no basta para privar a los otros de sus facultades», y la de 18 de marzo de 1865, que estableció que «si la mayor parte de los albaceas designados no quisieran o no pudieran desempeñar el albaceazgo, podrán hacerlo los que queden».

Considerando: Que este Tribunal Supremo, posiblemente teniendo en cuenta estos antecedentes históricos, siguió en esa línea tradicional, siendo ejemplo de ello los siguientes fallos: a) la sentencia de 14 de mayo de 1891, que se enfrentó con una cláusula en la que la testadora nombraba tres ejecutores testamentarios, a los cuales —decía— «doy pleno poder y facultad de cumplir este testamento», y cuya sentencia proclamó que «ni de la llana inteligencia de las palabras de la testadora en la cláusula, ni del sentido general del testamento puede deducirse que fuera la voluntad de aquélla dejar sin efecto el nombramiento de uno de sus albaceas si los otros dos no aceptaban o habían muerto»; b) la sentencia de 18 de junio de 1899, que estableció que «siendo tres los albaceas nombrados mancomunadamente, los actores constituyen la mayoría, a la que expresamente se confieren en el testamento las más amplias facultades, y entre ellas la de enajenar los bienes para la ejecución de lo ordenado en el mismo, y porque si en caso de disidencia entre los albaceas mancomunados debe prevalecer el voto de la mayoría, según el artículo 895 del Código, lo que ésta acuerde dentro del círculo de sus facultades es válido, aunque dejen de concurrir a la deliberación la minoría de los que ejercen el cargo; y c) la sentencia de 24 de mayo de 1954, que casó un fallo de apelación que había declarado nula una cláusula testamentaria porque en ella se había designado Contador al Notario autorizante del testamento en unión de otra persona, sentando este Tribunal de marzo de 1970, cuando el testador había fallecido en 18 de enero de 1961.

Considerando: Que en el desarrollo de este motivo y en defensa de su estimación, se alega: a) que la sentencia impugnada para rechazar la pretensión de nulidad fundada en haber sido practicada después de dos años del fallecimiento del testador, se basa en que los demandantes no han podido probar que el señor López Yáñez tuviera conocimiento de su nombramiento un año antes de haber llevado a cabo dicha partición; y b) que esto constituye un tema estrictamente jurídico, en el que basta tener en cuenta la fecha del fallecimiento del testador y la fecha en que la partición se realizó, para obtener la conclusión de que dicho plazo está caducado.

Considerando: Que realmente el problema que se plantea en este motivo del recurso es el relativo a la determinación inicial en que comienza a correr el plazo para que el Contador pueda ejercer su cometido, pues mientras los demandados y los Juzgadores de instancia sostienen que es

aquel en que, ya fallecido el causante, llega a conocimiento del Contador su designación; por el contrario, el demandante alega, ahora, en su recurso, que dicho plazo comienza a correr desde el fallecimiento del testador, sin que al impugnante de la partición realizada le incumba probar que el designado tenía conocimiento de tal designación.

Considerando: Que al argumentar de este modo el recurrente olvida: a) que cuando planteó su demanda sostenía en apoyo de su pretensión anulatoria de las particiones, «que el señor López Yáñez conocía perfectamente su nombramiento, incluso antes del fallecimiento del causante» —folio 33 vuelto de los autos del Juzgado—, y que «al conocer su nombramiento, a patir desde ese mismo instante comienza a contar el plazo en que ha de realizar las operaciones particionales», por lo que ahora no puede alterar tal alegación; b) que la sentencia de primer grado, aceptada por la de apelación, proclama que no resulta acreditado aquel extremo tan transcendental, y esta afirmación no ha sido combatida; y c) que la sentencia de segundo grado recalca, además, que ese conocimiento ha de revestir siempre «una constatación probatoria muy caracterizada, conocimiento que no se justifica en los autos haber obtenido el señor López Yáñez», y cuya apreciación no se atacó por el debido cauce.

Considerando: Que el momento inicial del plazo para que el Contador pueda realizar la partición no es el de la aceptación del cargo, como parece indicar el artículo 904 del Código civil, pues si así se entendiera se vendría a dejar a merced de aquél la prolongación excesiva de un plazo que la ley quiere que sea corto y perfectamente definido en su inicio; ni lo es tampoco el hecho del conocimiento por dicho Contador de su designación, porque ésta, por sí sola, no le faculta para actuar, sino que su legal actuación sólo puede comenzarla después de que ocurra el fallecimiento del testador y se compruebe que tal designación no ha sido revocada por disposición testamentaria posterior.

Considerando: Que en el caso de autos, estimándose probado por la sentencia recurrida que el Contador señor López Yáñez no tuvo conocimiento de su designación hasta un año antes de proceder a la práctica, y no habiéndose combatido por la vía procesal adecuada —la del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil— tal afirmación fáctica resulta evidente que la ha realizado dentro del plazo legal, por lo que también el segundo motivo del recurso tiene que decaer.

COMENTARIO.—Trata esta sentencia con encomiable claridad una serie de cuestiones, algunas de las cuales ya habían sido objeto de estudio por el propio Magistrado Ponente en la «Revista General de Derecho» (*Los llamados contadores solidarios. Imposibilidad de que tal solidaridad produzca sus naturales efectos e inadecuación de aquella denominación*, en «R.G.D.», enero-febrero 1958, págs. 12-21, y marzo, págs. 258-279), y que pueden sintetizarse así:

1.ª *Aplicación a los contadores-partidores de las normas relativas al albaceazgo*.—Es cuestión ya admitida pacíficamente en la doctrina y reiterada por la jurisprudencia. Muchos estudios, en sus mismos enunciados, hacen referencia a ello (v. gr.: VALLET, J.: *Intervención de albaceas y de contadores-partidores testamentariamente designados, habiendo un solo heredero actual sujeto a fideicomiso condicional y varios legatarios*, «A. D. C.», vol. XII-1, 1959, págs. 273-280, J. BATISTA: *Estudios sobre la ejecución testamentaria*, «R. D. P.», marzo 1970, págs. 215-243; abril 1970, páginas 307-344. A. WEILL: *Personnes ou autorités a qui peut être conférée la charge d'administrer la sucesión et de procéder au partage*, en «Estudios de Derecho Contemporáneo», II, págs. 145-174; *Administradores, curadores, ejecutores, contadores-partidores y árbitros en la sucesión por causa de muerte*, en «La Notaría», septiembre 1963, págs. 109-130). Naturalmente, desde el punto de vista conceptual, histórico y por sus respec-

tivas funciones se distinguen perfectamente todos esos cargos (Cfr. M. GIL-TRAM: *La administración de la herencia en el Derecho español*, 1950, página 149, especialmente).

2.^a *Especial sentido en que puede hablarse de mancomunidad y solidaridad; presunción favorable a la primera.*—En este último punto, la interpretación que la sentencia da al artículo 895 del Código civil puede calificarse de benévola, por cuanto la exigencia de que habla el precepto sólo se predica o entienda referida a los que efectivamente han entrado o están dispuestos a ejercer su cargo («lo hayan aceptado y quieran des-empañarlo»). En refuerzo de este punto de vista cita precedentes históricos y precedentes jurisprudenciales. Ello obliga a perfilar netamente cuál sea la voluntad del testador, pues éste puede disponer que en el supuesto de que, por cualquier causa, no puede tener lugar esa actuación conjunta, quedará sin efecto el nombramiento a favor del otro o de los otros. Piénsese en el deseo de un recíproco control.

3.^a El momento inicial en que comienza a correr el plazo de «prescripción» para el ejercicio del cargo es el determinado por la concurrencia de los dos requisitos consistentes en: conocimiento de la muerte del testador y conocimiento de su nombramiento.

En este punto cabe entender que el plazo comienza a contarse:

a) De manera fatal y automática desde que ocurre la muerte del testador, pues se presume el conocimiento por el contador-partidor o, al menos, existe para éste la posibilidad de enterarse de su nombramiento. Desde el punto y hora que existe un Registro General de Actos de Última Voluntad podría aplicarse la doctrina general de la publicidad registral a los actos de última voluntad que constan en dicho Registro.

b) Desde que el nombrado ha expresado o dado a entender con su actuación que acepta el cargo, según una interpretación literalista del artículo 904, inciso primero, del Código civil. La sentencia rechaza esta solución, dando como argumento «que si así se entendiera, se vendría a dejar a merced de aquél —del contador, albacea, etc.— la prolongación excesiva de un plazo que la ley quiere que sea corto y perfectamente definido en su inicio». Parece olvidarse que los herederos o los interesados en la herencia tienen un medio muy sencillo para evitar esa indeterminación, consistente en requerir al albacea, contador-partidor, etc., para que manifieste si acepta o no el cargo, en el bien entendido que «se entenderá aceptado si no se excusa dentro de los seis días siguientes...» (artículo 898 del Código civil).

c) Desde que el nombrado sabe con absoluta certeza que puede comenzar a ejercer el cargo por haber tenido noticia de su nombramiento y porque este se encuentra contenido en el último testamento válido del causante. Exigir este perfecto conocimiento, con la inversión de la carga de la prueba que ello implica para los herederos, confiados ya en que el albacea o contador-partidor no ejercería el cargo, parece en verdad excesivo.

La cuestión es delicada, pues en la práctica intervienen tanto el deseo por el ejecutor testamentario de evitar lo que pudiera estimarse como oficiosidad excesiva por su parte, como la necesidad de impedir que algún heredero o interesado en la herencia demasiado hábil vaya dando largas a fin de que transcurra el tiempo de caducidad, o sea el mismo nombrado quien, para no enemistarse con unos u otros herederos, vaya dilatando su actuación hasta poder aducir el transcurso del tiempo como causa impeditiva de la misma.

Por todo ello, pudieran sentarse las siguientes conclusiones:

1. No se presume el conocimiento de su cargo por el albacea o contador-partidor.

2. La importancia del mismo exige que de manera inequívoca se señale el momento inicial a partir del cual comienza a contarse la caducidad de su nombramiento.

3. Este momento o su determinación no puede dejarse a la libre determinación de una de las partes interesadas, sea cualquiera de los herederos, legatarios, etc., sea el propio albacea o contador-partidor.

4. El ejecutor testamentario que con su conducta o falta de actuación haya provocado la confianza de alguno de los interesados de que no intervendrá, no puede escudarse en la falta de un requerimiento o notificación formal ni en la falta de un absoluto y seguro conocimiento de su nombramiento para pretender actuar extemporáneamente.

5. Probado que el albacea o contador-partidor tuvo de alguna manera conocimiento de su cargo, siquiera imperfectamente, existe para él una obligación de diligencia o posibilidad de conocimiento más perfecto que invertiría la carga de la prueba; y, en consecuencia, bastaría a los herederos probar ese conocimiento inicial imperfecto y la conducta pasiva del albacea para que fuera éste quien se encontrase excluido de entrar en el ejercicio del cargo.

6. La notificación y requerimiento notariales hechos por cualquier interesado en la herencia al albacea o contador-partidor soslaya todos los anteriores inconvenientes.

F. C. L.