

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
J. M. REY PORTOLÉS,
JOSÉ QUESADA SEGURA,
JOSÉ CERDÁ GIMENO Y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

NULIDAD Y CANCELACION DE INSCRIPCION: CUANDO ES POR NULIDAD DEL TITULO NO PUEDE DECRETARSE HABIENDO INTERVENIDO SOLO EL TITULAR REGISTRAL COMPRADOR Y NO LOS VENDEDORES. TERCERIA DE DOMINIO: SOLO PRECISA DEMANDAR A EJECUTANTE Y EJECUTADO; NO IDENTIFICACION DE LA FINCA; VALOR APROBATORIO DE LA ESCRITURA PUBLICA (SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1974).

Hechos.—Don Isidro Fernández Vegal formuló demanda de tercería de dominio contra el Banco Central, S. A., y contra doña Angela Rodríguez Pérez, alegando en síntesis lo siguiente: que por escritura pública otorgada el 10 de septiembre de 1964 compró a don Angel y a don Francisco García Alonso un prado de regadío en término de Bemibre, al sitio de la carretera Madrid-La Coruña, de 78 áreas, 24 centiáreas, que se inscribió en el Registro a su favor; que en procedimiento ejecutivo iniciado en 1970, el Banco Central embargó una finca de doña Angela Rodríguez Pérez, inscrita a nombre de la misma, con la superficie de 40 áreas y 20 centiáreas, y aunque los linderos no eran del todo coincidentes con la otra finca registral, se trataba de fincas idénticas, pues don Francisco Alonso Villaverde, de quien procedían las inscripciones de una y otra finca registral, sólo tenía en ese paraje una finca, y si figuraba inscrita a nombre de doña Angela Rodríguez Pérez lo era por un error, pues se trataba de la esposa de don Francisco García Alonso, que fue uno de los que le vendieron al actor la finca. Por todo ello solicitaba se alzase el embargo trabado sobre la finca registral de doña Angela, por ser la misma finca que figuraba inscrita a favor del actor, solicitando también la declaración de nulidad y cancelación de la inscripción de doña Angela.

El Banco Central contestó a la demanda oponiéndose y formulando reconvenición, en la que solicitaba la nulidad y cancelación de la inscrip-

ción del actor en tanto contradijera la inscripción que figuraba a nombre de la ejecutada, doña Angela Rodríguez Pérez.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Ponferrada estimó en lo fundamental la demanda ordenando se alzase el embargo, que debía quedar a disposición de su dueño, el actor.

Interpuesto recurso de apelación por el Banco Central, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid revocó la sentencia del Juzgado, desestimando la demanda de tercería, de la que absolvió a los demandados, y estimando la pretensión reconvenzional deducida por el Banco Central.

El actor interpone recurso de casación por infracción de la doctrina legal sobre litisconsorcio pasivo necesario, pues deberían haber intervenido también los vendedores de la finca que compró, y por aplicación indebida del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, ya que la Audiencia lo aplicó entendiendo que la acción reconvenzional ejercitada por el Banco Central era de rectificación de inscripciones.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Mariano Gimeno Fernández, declara no haber lugar al recurso en cuanto a la demanda de tercería, confirmando en este punto la sentencia de la Audiencia, pero declara haber lugar al recurso respecto a la pretensión reconvenzional del Banco Central, casando la sentencia de la Audiencia en parte por estimar esa pretensión, que también debió desestimarse, al igual que la demanda de tercería.

Los «considerandos» más interesantes de la primera sentencia son los siguientes:

«Considerando que el primer motivo del recurso, formalizado por el cauce del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusando un supuesto error de hecho en la apreciación de las pruebas, no puede estimarse, pues para que aquél pueda invocarse y oponerse con éxito en casación ha de apoyarse en documentos auténticos que por sí solos, sin necesidad de acudir a interpretación, demuestren evidentemente el error del Juzgador de Instancia, circunstancia que no concurre en el caso presente, pues la escritura notarial de 10 de septiembre de 1974, que es el título que esgrime el tercerista y en la que se apoya el desenvolvimiento de la tesis del motivo, hace fe y ha de considerarse como auténtica en cuanto a su fecha y motivo del otorgamiento, pero no puede amparar con igual carácter el hecho de cuál fuera la realidad de la intención de las partes y conocimiento que tuvieran de lo que vendían y adquirirían, respectivamente, reflejado en el contrato, pues era cosa propia o no de los vendedores, ineficaz, por ende, para destruir la manifestación de la sentencia recurrida de que don Angel y don Francisco García Alonso vendieron una finca ajena...»

«Considerando que independientemente de todo lo que trata de atacarse en los precedentes motivos, si, como la sentencia recurrida afirma, existe una imposibilidad de identificar separadamente la finca del tercerista de la embargada, agregando en otro pasaje que la descripción de la finca enajenada por don Angel y don Francisco García Alonso al tercerista no guarda identidad con las relacionadas en las operaciones sucesorias de donde trae causa, es evidente la procedencia de la desestimación de la tercería, que lleva a cabo la sentencia recurrida, por falta de uno de los requisitos esenciales para que pueda prosperar la demanda, cual es la clara y precisa identificación del predio que se trata de reivindicar, a lo que venía obligado el actor, de acuerdo con el principio de prueba que reconoce y declara el artículo 1.214 del Código civil, extremo éste que no ha sido tema concreto del recurso.»

«Considerando que para resolver el tema de la falta de litisconsorcio

pasivo necesario, que pudiera ser apreciable de oficio por el Tribunal, así como su alcance, en el presente caso no puede verificarse desconectado del contenido del artículo 1.539 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que por afectar al orden público del proceso sustanciado resulta también de imperativo acatamiento, tanto para las partes como para los Tribunales, al determinar quiénes son las personas que pueden ser parte en el mismo como demandados y contra los que ha de dirigirse la demanda de tercera, que son únicamente ejecutante y ejecutado, lo que impide puedan ser llamadas al proceso terceras personas no directamente vinculadas por la ejecución de que trae origen la tercera.»

«Considerando que en base a lo expuesto, la petición reconvenzional formulada por el Banco Central, conjuntamente con la petición de la absolución de la demanda, de que se declare la nulidad de la inscripción en el Registro de la Propiedad que causó la escritura de compraventa que sirve de título al accionante de esta tercera en cuanto pueda afectar al título de la ejecutada, es indudable que no sólo por lo impreciso de sus términos, sino también porque ante la falta de identificación de la finca que queda reconocida, que es lo que básicamente determina la desestimación de la tercera, hace innecesaria, y en todo caso sería procedente, la declaración de aquella nulidad, que al tener su origen en la referida escritura de compraventa habría de declararse la invalidez de aquel título, y ello no podría verificarse dentro del presente proceso a espaldas de los vendedores intervinientes en aquel contrato, lo que determina la nulidad y cancelación de la inscripción en el Registro de la Propiedad del título del tercerista dentro del actual procedimiento.»

«Considerando que sentado lo que precede resulta innecesario entrar en el examen de los motivos tercero y cuarto, ambos formulados al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cualquiera que sea la opinión que pudiera sostener este Tribunal sobre la aplicación del artículo 40 de la Ley Hipotecaria en relación con el problema planteado en ambos motivos, e igualmente sucede con los motivos quinto y sexto.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo desestima la petición reconvenzional formulada por el Banco Central.

Aunque el Tribunal Supremo cree innecesario entrar en el examen del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, eludiendo dar cualquier opinión sobre el mismo, estimamos que hubiera sido conveniente (ya que el recurrente alegaba aplicación indebida de tal artículo) haberlo interpretado en coordinación con la idea del penúltimo «considerando» acerca de la necesidad de demandar a los vendedores para obtener la nulidad de la inscripción, sin que bastara demandar al titular registral comprador. Téngase en cuenta que el artículo 40 de la Ley Hipotecaria sólo exige demandar a aquellos a quienes la inscripción conceda algún derecho, entre los que no están, por lo menos en las inscripciones de inmatriculación, los vendedores, como lo demuestra la concreción que se hace en el acta de inscripción, en la que sólo se reseña como titular registral del derecho al comprador. Para coordinar lo dicho en aquel «considerando», con la literalidad del artículo 40 sobre legitimación pasiva procesal de la acción de rectificación, debería haberse puntualizado algo más sobre este tema, insistiendo en que la normativa del citado precepto se refiere exclusivamente a la acción de mera rectificación registral, es decir, a la acción dirigida a rectificar una inscripción sin tener que declarar previamente la nulidad del título inscrito. Cuando la rectificación del Registro exige la previa declaración de nulidad del título inscrito se trata de una acción mixta: por un lado, es acción de rectificación del Registro, que debe dirigirse, según el artículo 40, contra el titular registral (el comprador en caso de título de compraventa); por otro lado, es también acción de nulidad de título, que debe dirigirse, como afirma esta sentencia, contra los interesados en dicho

título, que son ambas partes, vendedor y comprador, y no sólo este último. No hubieran sobrado en esta sentencia unas declaraciones de este o parecido tenor, máxime teniendo en cuenta que se casa una sentencia que, al parecer, había fundamentado su fallo, entre otras normas, en la regulación del artículo 40 de la Ley Hipotecaria sobre legitimación pasiva de la acción de rectificación. Pero el Tribunal Supremo ha preferido no mostrarse explícito en este tema.

POSESION CIVIL Y POSESION EN CONCEPTO DE DUEÑO. INSCRIPCION REGISTRAL Y POSESION EN CONCEPTO DE DUEÑO: ARTICULO 35 DE LA LEY HIPOTECARIA. USUCAPION ORDINARIA Y EXTRAORDINARIA (SENTENCIA DE 3 DE MAYO DE 1974).

Hechos.—El «Canal Imperial de Aragón» deduce demanda contra la Compañía Mercantil «Hijos de Dámaso Pina, S. A.», sobre nulidad de título inscrito de dominio y otros extremos, alegando ser dueño de una finca en Zaragoza, en término de Miraflores, Barrio de Torrero, número 397, que había estado inscrita a su nombre en el Registro de la Propiedad, aunque después se habían producido ulteriores inscripciones a raíz de un acuerdo nulo del Delegado de Hacienda, hasta desembocar en la que actualmente figura a nombre de la Compañía Mercantil demandada, cuya nulidad se solicita por ser nulo el título que motivó la inscripción segunda.

Son antecedentes del caso los siguientes:

1.º En 1876, don Manuel León y Torán obtuvo del «Canal» la concesión de un aprovechamiento de aguas en la acequia del Antonar y la cesión en usufructo de un terreno para la instalación de una fábrica de hiladillos, otorgándosele más tarde nueva cesión para aprovechamiento de agua y usufructo de otra porción de terreno, concesiones por las que pagaba el canon correspondiente.

2.º Vendita la fábrica por don Manuel León a la razón social «Bono, Pina y Marín», se transfirieron a su favor aquellas concesiones. Fallecido el señor Bono, se constituyó una nueva Sociedad: «Pina y Marín», que obtuvo una nueva concesión. Dicha Sociedad interesó de la Delegación de Hacienda la concesión en propiedad de los terrenos que había tenido en usufructo, obteniendo acuerdo favorable del Delegado de Hacienda en 1898, lo que permitió a la Sociedad obtener la inscripción de la finca en pleno dominio. No obstante, como tal acuerdo no era todavía firme, el «Canal» interpuso contra el mismo un recurso, declarándose nulo aquél en 1904, sin formalizarse, a pesar de ello, la cancelación registral correspondiente. La Sociedad demandada, que traía causa de la antes citada, continuó pagando el canon por concesiones de aprovechamientos de aguas y terrenos en usufructo, igual que lo venían pagando sus antecesores.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Zaragoza estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la Sociedad demandada, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza revocó la sentencia del Juzgado desestimando la demanda.

El Abogado del Estado, en representación del «Canal», interpuso recurso de casación alegando aplicación indebida de los artículos 436, 447, 1.940, 1.941, 1.948 y 1.959 del Código civil, por faltar en el demandado el requisito de la posesión en concepto de dueño para la usucapión que declara a su favor la Audiencia, y del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, que contiene una presunción que admite prueba en contrario, la que resulta de Instancia.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González Alegre y Bernardo, estima el recurso, destacando los «considerandos» tercero y cuarto:

«Considerando que si bien, tal como se afirma en la recurrida sentencia y nada en contrario evidencian los documentos que obran en los antes expresados folios de los autos, la Sociedad 'Hijos de Dámaso Pina' venía en el disfrute de diversas concesiones de aprovechamientos de aguas, algunas, y de aguas y usufructo de terrenos, otras, no lo es menos, y así aparece patentizado de la mera lectura de los documentos obrantes a los folios 78 a 81, que por la concesión número 330, un litro de agua por segundo y usufructo de 154 metros cuadrados, 65 decímetros cuadrados de terreno, los cuasahabientes 'Hijos de Dámaso Pina' y por esta propia Sociedad, se venía pagando al 'Canal Imperial de Aragón' el canon correspondiente por agua y terreno desde el año 1895 al 1968, en el que se dejó de pagar por estar sujeto a revisión, como de igual forma se desprende de los documentos que aparecen a los folios 357 al 361, con referencia a las concesiones números 329, 325 y 671 de aguas y usufructo de terrenos, los cánones percibidos por el 'Canal' de 'Pina y Marín' y luego 'Hijos de Dámaso Pina', referente la primera y segunda a 2.893 metros cuadrados, 38 decímetros cuadrados de terreno, y 5.375 metros cuadrados, 66 decímetros cuadrados de terreno la tercera, desde 1891 a 1967, en cuyo año se deja de pagar por estar sujetos a revisión, apareciendo de la certificación expedida por el Secretario del 'Canal Imperial de Aragón', folio 361 de los autos, que en 14 de septiembre de 1963 'Hijos de Dámaso Pina' tenía cedidos en usufructo los terrenos a que anteriormente se hacía referencia, como del obrante al folio 90, que 'Hijos de Dámaso Pina', por instancia del Consejero Secretario de dicha Sociedad, de fecha anteriormente indicada, solicitó la baja en el pago del canon por las concesiones de agua números 324, 325 y 671 y la transformación en arriendo de los terrenos propiedad de ese 'Canal' que figuran a favor de esta Sociedad en usufructo, solicitud que se dejó sin efecto por instancia posterior; todo lo que demuestra que no sólo son las concesiones números 671, 702 y 1.209 sobre las únicas que la Sociedad demandada y recurrida reconoce el pago del canon y aceptase revisión, sino que lo son también las números 324, 325 y 330, sobre cuyos terrenos anejos se viene abonando el correspondiente canon, que deja de efectuarse precisamente por igual motivo de revisión ordenada sobre los mismos, sin que, por tanto, la posesión por parte de la tan meritada Sociedad, como la de aquellos de quienes trae causa, lo fuere en ningún momento a título de dueña, desvirtuándose de forma evidente la apreciación probatoria a la que llega el Juzgador de Instancia sobre uno y otro de dichos terrenos que forman la finca de autos, lo que hace ser estimado este primer motivo del recurso.»

«Considerando que si de la estimación del primer motivo del recurso ha de tenerse conocimiento y demostrado que la Sociedad Anónima 'Hijos de Dámaso Pina' desde su constitución, y con anterioridad aquellos de los que trae causa, no poseyeron en momento alguno en concepto de dueños los terrenos que forman la finca que es objeto de litis desde la primera concesión en usufructo de los mismos, propiedad del 'Canal Imperial de Aragón', a 'Bono, Pina y Marín', después 'Pina y Marín', posteriormente 'Hijos de Dámaso Pina, S. R. C.', y últimamente 'Hijos de Dámaso Pina, Sociedad Anónima', si bien por título, que después fue declarado nulo por jurisdicción competente, les permitiese la inscripción del dominio de la misma en favor al entonces 'Pina y Marín', dando lugar a esa inexacta realidad registral, con la que se presenta como realidad extrarregistral y cuyo acomodo se pretende por el actor y hoy recurrente, es claro que ni puede hablarse de la adquisición del dominio por usucapación ordinaria, partiendo desde que la actora surge a la vida del derecho como tal Sociedad Anónima, como de la extraordinaria, en razón a la posesión de quienes,

como ha quedado indicado, trae causa, ya que tampoco lo fue en tal concepto, requisito común a una y otra prescripción adquisitiva: sólo la posesión, dice el artículo 447 del Código civil, que se adquiere y se disfruta en concepto de dueño puede servir de título para adquirir el dominio, principio que tiene su desenvolvimiento en los artículos 1930 al 1970 de dicho Cuerpo legal, no cabiendo entender que por el juego del transcurso del tiempo y justo título o por solamente el primero, unido a una mera detentación o posesión natural, se pueda adquirir el dominio de una cosa cuando falta el *animus* determinante de la posesión civil, esto es, de la posesión en concepto de dueño, única válida para que con aquellos otros requisitos se adquiriera el dominio de las cosas, sin que a ello afecte aquella inscripción registral, que hoy se mantiene, pues si bien, conforme al artículo 35 de la Ley Hipotecaria, a los efectos de la prescripción adquisitiva, será justo título la inscripción y se presumirá que aquél ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa, esta posesión, a que dicho artículo se está refiriendo, no es otra que la posesión *ad usucapionem*, esto es, en concepto de dueño, requisito que no concurre en los favorecidos por la inscripción registral, como ha quedado expresado, tanto en relación a la Sociedad demandada como en aquellos de los que trae causa, por todo lo que, al no entenderlo en tal forma el Juzgador de Instancia, es claro aplicó indebidamente al supuesto de autos los artículos 436, 447, 1940, 1941, 1948, 1957 y 1959 del Código civil, como se denuncia en el cuarto de los motivos del recurso, que consecuentemente ha de ser estimado, y artículo 35 de la Ley Hipotecaria, que hace estimable el quinto y con ello innecesario entrar en el examen de los restantes.»

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

COMENTARIO.—Dos cuestiones vamos a examinar: una de Derecho civil puro, la relación entre posesión civil y posesión en concepto de dueño, y otra de Derecho hipotecario, la relación entre inscripción registral y posesión en concepto de dueño. De ambas se ocupa esta sentencia.

1. *Posesión en concepto de dueño y posesión civil.*—La presente sentencia, al definir la posesión en concepto de dueño del artículo 432 del Código con referencia a la posesión civil del artículo 430 (1), sigue la orientación de otras anteriores, como son las de 2 de julio de 1928, 3 de octubre de 1962 y 21 de abril de 1965.

La sentencia de 2 de julio de 1928 (2) dice lo que a continuación recogemos con detalle, porque ha servido de pauta a las otras sentencias:

«Considerando que es doctrina de esta Sala, tanto con arreglo a la legislación histórica cuanto a la vigente en la actualidad, que la prescripción extraordinaria como medio de adquirir el dominio requiere no sólo el transcurso de los treinta años sin interrupción de la posesión, sino también que esa posesión no sea la simple tenencia material o posesión natural, sino que ha de ser la civil, es decir, la tenencia unida a la intención de haber la cosa como suya, por cuya razón se ha excluido de la posibilidad de prescribir a los arrendatarios, los precaristas, los guardadores y, en suma, todos aquellos que 'no son tenedores por sí más que por aquellos de quien la cosa tienen', según lo disponía antes la Ley 22, título XXXIX, de la Partida 3.ª, y ha reiterado después el artículo 430

(1) Recordemos que el artículo 430 del Código civil dice: «Posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos.» Y el artículo 432: «La posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: o en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona.»

(2) *Jurisprudencia Civil*, tomo 184, pág. 527.

del Código civil, y habiéndose consignado por el Tribunal de Instancia en el cuarto 'considerando' que si bien las fincas de que se trata las viene poseyendo desde hace más de treinta años el demandado y hoy recurrente, no es menos cierto que la prueba del pleito demuestra cumplidamente que esa posesión no la tuvo o ejerció dicho demandado en concepto de dueño, sino en el de encargado por el propietario de aquellos predios de su cultivo o administración, es forzoso reconocer que este carácter excluye el de verdadero poseedor y lo convierte en simple tenedor, razón por la cual no puede prosperar la infracción del artículo 1.959 del Código civil, con tanta mayor razón cuanto que es preciso estar a esa apreciación de hecho porque no se ha combatido en forma legal.»

«Considerando que por iguales razones es improcedente la supuesta infracción del artículo 447 del Código civil, porque si bien para la prescripción extraordinaria no se requiere título, sin embargo, es necesario demostrar que se posee a título de dueño y con intención de hacer la cosa suya, pues de lo contrario no existe verdadera posesión, sino tan sólo una tenencia a nombre de otro, como expresa el artículo 432 del Código civil.»

En el caso de la sentencia de 3 de octubre de 1962 (3), frente a la acción reivindicatoria se opone por los demandados la excepción de prescripción adquisitiva a su favor, alegando que habían estado en la posesión quieta, pacífica e ininterrumpida a título de dueños del terreno en cuestión, levantando paredes, haciendo atarjeas, poniéndolo en riego y cultivándolo. Estimada la demanda, se interpone por los demandados recurso de casación por infracción del artículo 1.959 del Código civil, y el Tribunal Supremo lo desestima, repitiendo literalmente lo que señaló la anterior sentencia respecto a la posesión civil y en concepto de dueño, con la misma referencia a las Partidas.

En la sentencia de 21 de abril de 1965 (4) diferentes vecinos de un pueblo de Galicia interponen recurso de casación contra resolución que había absuelto al Ayuntamiento demandado, entendiendo los recurrentes que se había infringido el artículo 1.959, pues llevaban en la posesión de la finca «Da Lama» más de treinta años. El Tribunal Supremo recuerda, en primer lugar, las pruebas de Instancia: que el Ayuntamiento era quien tenía la posesión de la finca y la ejercía en cada caso a través de los vecinos o grupos de vecinos, que la utilizaban en concreto para con sus rendimientos sufragar las fiestas patronales o gastos en beneficio común y, por tanto, no eran en realidad poseedores, ni siquiera poseedores inmediatos del derecho, sino simples servidores de la posesión, calidad en la cual utilizaron la finca de referencia y que no es idónea para generar el dominio por usucapión extraordinaria, puesto que este modo de adquirir sólo releva de la buena fe y el justo título. Y partiendo de aquí repite las mismas ideas de las sentencias de 1928 y 1962, refiriendo la posesión en concepto de dueño a la posesión civil, con igual alusión a la Ley 22, título 39, de la Partida 3.ª

En esta línea jurisprudencial se encuentra la presente sentencia de 3 de mayo de 1974. Se trata de un caso en que el poseedor demandado venía pagando cánones por concesiones de aguas y usufructo de terreno, a pesar de lo cual alegaba la usucapión a su favor por tener la posesión en concepto de dueño con título inscrito durante más de treinta años, expresando que si había continuado pagando a la entidad actora las cantidades señaladas en las pólizas de suscripción había sido debido a que no podía suspenderse el pago, al venir incluidos en el mismo recibo no sólo el canon por el mal llamado usufructo de los terrenos, sino el canon por concesiones de aguas, independiente este último del usufructo y de

(3) *Aranzadi*, núm. 3.530 de 1962, pág. 2404.

(4) *Aranzadi*, núm. 2.278 de 1965, pág. 1396.

la posesión en concepto de dueño. No obstante, el Tribunal Supremo hemos visto que estima el recurso de la parte actora por la razón de que «para la prescripción, tanto ordinaria como extraordinaria, se requiere el *animus* determinante de la posesión civil, esto es, de la posesión en concepto de dueño, única válida para que con aquellos otros requisitos se adquiriera el dominio de las cosas», y en el presente caso no hubo tal *animus* en ningún momento, según la sentencia, ya que se pagó de forma continuada el canon por el usufructo de los terrenos.

Para perfilar mejor el sentido de esta jurisprudencia vamos a contrastarla con algunas opiniones doctrinales, distinguiendo dos grupos fundamentales:

A) Algunos autores diferencian la posesión civil y la posesión en concepto de dueño. Así:

a) MUCIUS SCAEVOLA define la posesión en concepto de dueño desde un punto de vista *subjetivo*, en el sentido de «convicción de que la cosa poseída ha pasado a su poder del de su legítimo dueño por virtud de un justo título» (5). Y al comentar la posesión civil del artículo 430 señala las siguientes conclusiones, que revelan la distinción que el autor admite dentro del Código civil entre una y otra clase de posesión: «Cuando el Código habla de ánimo de dueño y de concepto de dueño, ¿enuncia conceptos idénticos? Opinamos negativamente. Hay diversidad en las palabras y en su significado. La intención de poseer como dueño refiere generalmente la voluntad a tiempo venidero; el concepto denota actualidad; la intención equivale a *animus*; el concepto significa *convictio*. «Si el *animus domini* genera por sí solo la *possessio civilis* es indiscutible que bajo este último dictado no podemos comprender en modo alguno la posesión que conduce a la usucapión, porque para llegar a usucapir ordinariamente la intención poco significa.» Para concluir que la «posesión civil es una abstracción sin realidad positiva» (6).

b) MANRESA define la posesión en concepto de dueño desde un punto de vista *objetivo* atendiendo a la creencia u opinión general, por tanto, no del propio poseedor, sino de los demás que le rodean. Y también la distingue, aunque con ese matiz contrario al de SCAEVOLA, de la posesión civil del artículo 430 diciendo: «Si la intención representa el estado de ánimo del poseedor, su propósito, su voluntad, y la creencia significa el convencimiento fundado en la ignorancia de los vicios de la titulación, el concepto debe ser otra cosa distinta, aunque relacionada, como es natural, con las anteriores. La intención y el convencimiento son grados diversos en el estado de ánimo del poseedor, que o quiere ser dueño o cree que realmente lo es. El concepto debe ser formado fuera de la voluntad del poseedor y aparte de la situación especial de ánimo de éste. El que pretende ser dueño, crea o no que lo es, como dueño se conduce, actos de dueño realiza y como dueño es considerado o puede ser considerado por todos los que presencian la relación o el ejercicio de su derecho. Concepto es opinión, juicio que se forma de alguna cosa; en concepto de dueño equivale a en opinión de su dueño; pero no en opinión propia, sino en opinión ajena, en opinión o juicio formado por los demás. Concepto es idea que forma el entendimiento en virtud de los actos o de los hechos que presenta o conoce. Concepto es también creencia, pero no del poseedor, sino de los que no sean de él» (7). Y al comentar el artículo 430 dice: «Hay, pues, relación entre los artículos 430, 431 y 432; pero no se confunden, porque la posesión natural comprende toda otra posesión; la posesión civil no comprende la que se ejerce en nombre de otro y la que se ejerce en con-

(5) MUCIUS SCAEVOLA: *Código civil*, tomos VIII-IX, 3.ª edición, pág. 331.

(6) SCAEVOLA, *ob. cit.* en la nota anterior, págs. 287 y 288.

(7) MANRESA: *Código civil*, tomo IV, 6.ª edición, págs. 94 y 95.

cepto distinto al del dueño, pudiendo también ejercerse ésta en nombre propio, y la posesión civil está caracterizada no por tener la cosa o el derecho por sí mismo o por otra persona, en nombre propio o ajeno, ni por tenerla en concepto de dueño, sino por la intención de haber las cosas o derechos como suyos. El ladrón tiene esta intención casi siempre; pero si es conocido el vicio de la adquisición no poseerá en concepto de dueño. La Ley sólo puede juzgar por lo que sea conocido y visible» (8).

Esta distinción que hace MANRESA entre posesión civil y en concepto de dueño influye, al parecer, en BONET RAMÓN, que dice lo siguiente al comentar el artículo 432: «La posesión en concepto de dueño presupone la civil, pero no se identifica con ella, ya que además de ese estado especial de ánimo del poseedor exige la creencia general en ese sentido formada en vista de las circunstancias que preceden y acompañan a cada posesión» (9).

c) DE BUEN también diferencia la posesión en concepto de dueño y la posesión civil expresándose así: «Se trata de contraposiciones diferentes. Así, el usufructuario y el arrendatario son poseedores civiles de su respectivo derecho de usufructo o arrendamiento y, no obstante, no poseen como dueños de la cosa, sino como tenedores de ella para conservarla o disfrutarla, perteneciendo el dominio a otra persona» (10).

Ahora bien: la tesis de DE BUEN depende de la cuestión, puramente terminológica, acerca del sentido de las palabras «dueño» y «titular». Si se admite un concepto amplio de la palabra «dueño» equiparándola a «titular», que es lo más acertado desde el punto de vista del Código civil, ya no se ve esa diferencia entre posesión civil y posesión en concepto de dueño, que señala DE BUEN.

¿Qué sugiere esta jurisprudencia en relación con las opiniones de estos autores, que desde diferentes perspectivas distinguen los dos conceptos de posesión? Que resulta artificiosa la diferenciación de ambos tipos de posesión, a pesar de existir dos artículos distintos, con términos también distintos, en el Código civil. Si se acepta esta jurisprudencia, se descartará la tesis de MUCIUS SCAEVOLA, pues no habrá ningún inconveniente en definir la posesión en concepto de dueño atendiendo al término «intención» del artículo 430; eso sí, debidamente «objetivado» para no caer en un subjetivismo inadmisibles, y se excluirá la referencia a la creencia o convicción del propio poseedor, como hace dicho autor relacionando la posesión en concepto de dueño con la buena fe, a pesar de ser conceptos distintos. También quedará descartada la interpretación de MANRESA, no debiéndose distinguir la «intención» de la posesión civil y el «concepto» de la posesión como dueño, pues ésta se reconduce a aquélla, quedando excluida esa extraña idea de la «creencia general» de los demás sobre el concepto del poseedor. En cuanto a la opinión de DE BUEN, ya hemos dicho que queda encuadrada en un tema meramente terminológico, pero aun así se oponen a ella esta sentencia y sus concordantes, al destacar la equiparación de ambos conceptos de posesión.

B) Otros autores no ven ninguna diferencia entre posesión civil y posesión en concepto de dueño. Baste citar, como opiniones más recientes, las de estos autores:

a) ANTONIO M. MORALES MORENO estudia con detenimiento la cuestión a través de los antecedentes históricos remotos e inmediatos del Código civil, de los cuales deduce la equiparación entre ambos conceptos de posesión. «Parece fuera de duda—señala—que la posesión civil está proyectada hacia la usucapión. Es la que se adquiere y se disfruta en con-

(8) MANRESA, *ob. cit.* en la nota anterior, pág. 69.

(9) BONET RAMÓN: *Código civil comentado*, 2.ª edición, pág. 387.

(10) DE BUEN: *Derecho civil común*, 3.ª edición, tomo I, pág. 230, citado por CASTÁN (tomo II, volumen I, pág. 473, nota 2, 10.ª edición).

cepto de dueño (arts. 447 y 1.941 del Código civil).» A continuación confirma esta equiparación examinando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que «ha sabido destacar—dice—la conexión que existe entre posesión civil y posesión en concepto de dueño» (11).

b) ALBALADEJO es también tajante: «La bipartición recogida en el artículo 432, que cabe calificar de posesión en concepto de titular y posesión en concepto de no titular, es la misma que en el artículo 430 se designa como posesión natural y posesión civil, definiendo aquélla como «la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona», y ésta, como «esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa a derecho como suyos». «Por mucho que se pretenda lo contrario (como hacen algunos autores), ambos artículos expresan la misma idea» (12). Y más adelante precisa lo siguiente: «Cuándo haya o cuándo no posesión en concepto de dueño es cuestión de hecho que puede fijarse por el comportamiento exterior del poseedor (por ejemplo: disponer de la cosa como suya gastando sus frutos, prestándola, introduciéndole modificaciones, ofreciéndole en venta a terceros, etc.), pero que normalmente se precisará según el concepto en que recibió la posesión (como comprador, como donatario, y no como arrendatario o como depositario, etc.), ya que mientras que no se cambie, en los términos que ya sabemos, se sigue poseyendo en aquel concepto (arts. 436 y 1.951, que remiten a él)» (13).

Esta segunda dirección doctrinal, equiparadora de ambos conceptos de posesión, queda confirmada por la jurisprudencia señalada. Nosotros también aceptamos dicha interpretación atendiendo fundamentalmente a los antecedentes históricos del Código; pero nos preguntamos: ¿Por qué dos artículos, el 430 y el 432, del mismo contenido? ¿No es esto un contrasentido? En nuestra opinión, la dualidad de preceptos se justifica por la distinta finalidad de uno y otro: el artículo 430 es el primero en materia de posesión y tiene por objeto, al igual que los primeros artículos de otras instituciones (arts. 348, 392, 467, 530, etc.), dar un concepto previo de carácter general, sin perjuicio de añadir después en otros artículos las matizaciones necesarias. El Código, en materia de posesión, ante las dificultades conceptuales existentes, ha preferido dar un concepto dualista, o sea, por yuxtaposición, distinguiendo la posesión natural (*quaestio facti*) y la posesión civil *quaestio iuris*, lo que, en definitiva, supone seguir una vía media. No se trata de una clasificación de la posesión, sino de una definición con criterio acumulativo. En cambio, el artículo 432 pretende distinguir dos conceptos específicos de posesión que tienen regulación diferente en el resto del articulado (arts. 447, 448, 1.951). Pero nada se opone a que la definición de los conceptos expresados en el artículo 432 se reconduzca hacia el ámbito del artículo 430, que es el precepto introductorio o general a tener en cuenta en toda la normativa de la posesión.

2. *Inscripción registral y posesión en concepto de dueño.*—La especialidad del caso de la sentencia que estamos comentando respecto de los supuestos de las anteriormente citadas radica en que la situación del que se decía poseedor en concepto de dueño venía reforzada por la inscripción de dominio a su favor.

Esto plantea el problema de la relación entre inscripción registral y posesión en concepto de dueño, en el que la presente sentencia no llega a profundizar.

Para esta sentencia la inscripción, al parecer, no dice nada acerca de la posesión en concepto de dueño. Da la sensación como si se tratara de un presupuesto de aplicación del artículo 35 de la Ley Hipotecaria que habría de obtenerse de la realidad extrarregistral, de modo que sólo

(11) MORALES MORENO: *Posesión y usucapión*, Madrid, 1972, págs. 83 a 89.

(12) ALBALADEJO: *Derecho Civil*, III, vol. 1.º, 1974, pág. 49.

(13) ALBALADEJO, *ob. cit.* en la nota anterior, pág. 141.

cuando existiese tal posesión fuera del Registro podría aplicarse el citado artículo 35. Al menos, es lo que deducimos del siguiente texto: «Sin que a ello afecte la inscripción registral que hoy se mantiene, pues si bien, conforme al artículo 35 de la Ley Hipotecaria, a los efectos de la prescripción adquisitiva será justo título la inscripción y se presumirá que aquél ha poseído pública, pacífica e ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa, esta posesión, a que dicho artículo se está refiriendo, no es otra que la posesión *ad usucapionem*, esto es, en concepto de dueño, requisito que no concurre en los favorecidos por la inscripción registral, como ha quedado expresado.»

Esta postura, más o menos explícita en la frase que acabamos de señalar, contrasta con la de la generalidad de los autores, que desde distintas concepciones del Derecho Hipotecario vienen todos a dar un gran valor a la inscripción registral en relación con la posesión en concepto de dueño.

Creemos conveniente ilustrar el aparente silencio del artículo 35 sobre la posesión en concepto de dueño exponiendo las diferentes opiniones doctrinales:

a) SANZ FERNÁNDEZ, autor que apenas concede valor a la presunción posesoria del artículo 38 de la Ley Hipotecaria y a la presunción de «justo título» del artículo 35, a la que considera como simple presunción *iuris tantum*, valora, en cambio, sorprendentemente la inscripción registral respecto al concepto de dueño que ha de reunir la posesión *ad usucapionem*. De una forma breve, pero concisa, dice lo siguiente: «Las cualidades que ha de revestir la posesión para ser apta para la usucapión, según el artículo 1.941—en concepto de dueño, pública, pacífica e ininterrumpida—, se presumen también, excepto la primera (o sea, en concepto de dueño), por derivarse directamente del hecho de la inscripción y guardar más relación con el título» (14). No resulta fácil medir con exactitud el alcance de estas ideas (15), pero lo indudable es que expresan el valor que debe tener la inscripción respecto a la posesión en concepto de dueño y que ésta no queda fuera del artículo 35.

b) ROCA SASTRE, aunque sea en nota a pie de página, advierte también el silencio del artículo 35 y lo aclara diciendo: «El artículo 35 de la Ley no alude a que la posesión sea 'en concepto de dueño', pero esta circunstancia ya se presupone y, naturalmente, resultará del Registro mismo, pues no cabe duda que la inscripción deberá ser en dominio o equivalente a él o de derecho real susceptible de señorío de hecho» (16). En esta conexión que señala Roca entre la inscripción de la titularidad y la posesión en concepto de dueño, nosotros vemos una consecuencia de la tesis que dicho autor mantiene a propósito de la presunción posesoria del artículo 38, que «implica—dice—la presunción de que (el titular registral) es un *propietario-poseedor* o un titular del dominio o derecho *completo* en el sentido de hallarse en su ejercicio, si bien a los solos fines legítimos, esto es, al único objeto de que *sea tratado como propietario-poseedor*, en tanto no se demuestre oportuna e idóneamente que el Registro es *inexacto* respecto de la existencia y titularidad del dominio o derecho real inscrito de cuya posesión se trate» (17). Parece, pues, que si pasan

(14) SANZ FERNÁNDEZ: *Instituciones de Derecho Hipotecario*, tomo I, pág. 533, año 1947.

(15) Por un lado, vemos que SANZ dice que «guarda más relación con el título», pero de otro lado indica que «deriva directamente de la inscripción». Creemos que, para no incurrir en contradicción, hay que interpretar del modo siguiente la tesis de SANZ: «no hace falta que la ley presuma la posesión en concepto de dueño, ya que deriva directamente tal concepto de la inscripción, pues ésta recoge el título del que se desprende que la posesión es en concepto de dueño». Claro que, desde esta perspectiva, tiene más valor el título que la inscripción en esta materia.

(16) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 6.ª edición, tomo II, pág. 15.

(17) ROCA SASTRE, *ob. cit.* en nota anterior, tomo I, pág. 404.

más de treinta años desde la fecha de la inscripción sin haberse demostrado que el Registro era inexacto, la posesión presumida habrá desplegado todos sus efectos en materia de usucapión. Si se obtiene esta consecuencia de la tesis de Roca, resultará que es la opinión que más valor da a la inscripción registral en materia de posesión.

c) LACRUZ-SANCHO, aunque no se ocupan directamente de la posesión en concepto de dueño, parten de la base de que el artículo 38 se refiere a una presunción de «posesión civil, en el sentido que los artículos 430 y siguientes del Código civil dan a esta palabra, con sus limitaciones y sus posibilidades de protección. Es posesión *ad interdicta* y—salvo en la toma de razón de contratos de arrendamientos—*ad usucapionem* y tiene la medida que le marca el título inscrito» (18). Y aunque admiten la prueba en contrario recalcan también el valor de la presunción registral, al poner de relieve las dificultades de tal prueba en contrario: «La prueba de la no posesión del titular—indican—puede llegar a ofrecer dificultades, porque lo que se trata de demostrar no es el mero hecho de la tenencia material de otro—lo cual sólo probaría que el detentador era un poseedor inmediato o que había despojado al titular inscrito—, sino la posesión jurídica plena o mediata de este otro adquirida por título originario o derivativo o, al menos, la no posesión (mediata o inmediata) por parte del titular, aun no demostrándose la posesión de otro, durante ese tiempo. De lo contrario, la presunción opera en beneficio del titular declarando que ha poseído el inmueble todo el tiempo que manifiesta la inscripción» (19).

d) ANTONIO M. MORALES, aunque de pasada, dado que su objeto de estudio es el problema del justo título en el artículo 35, dice lo siguiente al relacionar la inscripción con el *concepto* en que se posee: «En la usucapión ordinaria debe existir armonía entre el derecho al que se refiere el título (justo título) y el concepto en que se posee. Caso de discordancia entre el contenido del verdadero título y el de la inscripción surge la cuestión de si el 'concepto' posesorio debe entenderse configura por el Registro o por el título sustantivo...» «La contestación—continúa diciendo—ha de inclinarse hacia el título que verosímilmente haya podido influir en la intencionalidad del poseedor, no en el plano concreto de cada poseedor, pues ello obligaría a salir del módulo presuntivo en que discurre el artículo 35 y a entrar en la prueba de cada situación particular, sino en el plano de los datos generales con que juega esta norma. En el terreno de la presunción posesoria que ella establece parece obvio que será a la inscripción, en cuanto justo título, a la que ha de atribuirse el papel de configurar la posesión presumida» (20).

No se negará que estas palabras entrañan una tendencia a vigorizar la posesión en concepto de dueño a través de la inscripción registral.

e) ALBALADEJO afirma que «la inscripción establece mientras dura la presunción de que el titular posee el derecho inscrito en concepto de pertenecerle», explicando en una nota que «aunque esto no lo dice expresamente el artículo 35 de la Ley Hipotecaria se desprende de que tiene inscrito el derecho a su favor, de modo que, a tenor del artículo 38, se presume que lo posee como suyo» (21).

Todas estas opiniones son bien expresivas en cuanto al valor de la inscripción respecto a la posesión en concepto de dueño. En cambio, la presente sentencia, con todos los respetos, nos parece insípida. No pretendemos criticar el resultado concreto a que llega, contrario a la presunción registral, pues, al fin y al cabo, la posesión en concepto de dueño es cuestión de hecho en la legislación vigente. Lo que criticamos es la penuria

(18) LACRUZ-SANCHO: *Derecho Inmobiliario Registral*, 1967, pág. 184.

(19) LACRUZ-SANCHO, *ob. cit.* en nota anterior, pág. 183, nota 2.

(20) ANTONIO M. MORALES: «La inscripción y el justo título de usucapión», *Anuario de Derecho Civil*, tomo IV de 1971, pág. 1133.

(21) ALBALADEJO, *ob. cit.* en la nota 12, pág. 163.

de la argumentación utilizada y entendemos que las frases antes señaladas no pueden servir de pauta en el futuro, como si la inscripción no dijera nada acerca de la posesión en concepto de dueño.

Planteándonos la cuestión en términos generales, fuera ya del caso concreto debatido, entendemos que la Ley Hipotecaria y la inscripción tienen mucho que decir sobre la posesión en concepto de dueño. En el artículo 38 está lo que no aparece de forma visible en el artículo 35: la presunción de posesión en concepto de dueño.

Efectivamente, si se presume que el titular registral tiene la posesión, como dicho artículo 38 no distingue, ha de comprenderse en esa presunción la posesión civil del artículo 430 del Código civil, es decir, empleando la expresión del artículo 432, la posesión en concepto de dueño. ¿Se refiere también a la posesión natural? No nos interesa ahora contestar a esta pregunta. Solamente que al no distinguir el citado artículo 38 la presunción, se refiere también la posesión civil, se comprenda o no, además, la posesión natural. Adelantamos, no obstante, que no es fácil que la Ley Hipotecaria haya querido referirse a la posesión natural, pues no existe el enlace lógico adecuado para establecer la presunción de tal posesión, ya que de la *quaestio iuris* que resulta de la inscripción no se ve por qué se va a deducir la *quaestio facti* que representa la posesión natural. En cambio, la presunción de posesión civil derivada de la inscripción es más consecuente en este aspecto dado el carácter «jurídico» de dicha posesión.

Por tanto, no importa que el artículo 35 no diga nada de la posesión en concepto de dueño, pues la presunción de la misma resulta del artículo 38, del que el citado artículo 35 es una consecuencia.

J. M. G. G.

(22) Hay que reconocer que en el presente caso el titular registral y sus antecesores habían seguido pagando unos recibos por el usufructo de terrenos, lo que era una prueba importante de su condición de usufructuarios, en contra de la inscripción. A pesar de todo la solución es discutible, pues el recibo que se venía pagando no era solamente por el usufructo, sino también por concesiones de aguas. Además, frente a ese hecho existen otros claros síntomas contrarios al usufructo: la primitiva solicitud de inscripción de dominio a través del procedimiento seguido ante el Delegado de Hacienda (aunque el acuerdo fuera nulo, pues no hay que confundir «nulidad del título» con «concepto de dueño»), las repetidas transmisiones de la finca y sucesivas inscripciones de dominio, y, en fin, la pasividad del receptor de los cánones de usufructo y concesiones, dejando subsistente la inscripción contraria durante más de sesenta años.

II. DERECHOS REALES

PRESUNCION DE TRADICION INSTRUMENTAL: NO PUEDE DESVIRTUARSE POR PRUEBAS EXTRINSECAS A LA ESCRITURA NO SIMULTANEAS NI CONCLUYENTES. LA PRESUNCION POSESORIA DEL ARTICULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA A FAVOR DEL «ACCIPIENS» REFUERZA LA TRADICION INSTRUMENTAL. AL EXISTIR ESTA, LA ACCION DEL ADQUIRENTE ES REIVINDICATORIA Y NO PERSONAL DE CUMPLIMIENTO DE CONTRATO. IDENTIFICACION DEL CUERPO CIERTO POR DOS LINDEROS FIJOS (SENTENCIA DE 18 DE ABRIL DE 1974).

Hechos.—La Empresa Mercantil «Plaza de Toros de León, S. A.», interpone demanda contra el Ayuntamiento de León exponiendo en síntesis: Que por escritura otorgada el 17 de diciembre de 1945, en ejecución de expediente de subasta, compró a dicho Ayuntamiento una parcela que éste segregó de otra de mayor cabida llamada «los terrenos y árboles del Parque de la Corredera». Por dicha escritura se operó la tradición instrumental precisándose detalladamente los linderos, de modo que aunque la superficie escriturada era de 10.242 metros cuadrados, la realmente existente dentro de tales linderos era de 13.662 metros. La adquisición se realizó con el compromiso de construir una Plaza de Toros, que se llevó a efecto por la entidad compradora, ocupando las edificaciones la superficie de 8.444 metros, quedando, por tanto, sin construir un resto de 5.217 metros, que el Ayuntamiento posee y no deja disfrutar a la actora. Suplicaba se dictase sentencia en la que estimando las acciones ejercitadas en la demanda se declarara el derecho de dominio de la parte actora sobre la totalidad de la parcela segregada, tanto en la parte edificada como en la que quedó sin edificar, condenando a la parte demandada a reintegrar a aquella las parcelas de terreno circundantes al coso taurino comprendidas dentro del perímetro de la finca segregada y con una extensión de 5.217 metros cuadrados.

El Ayuntamiento demandado contesta a la demanda oponiéndose por entender que a pesar de la tradición instrumental, la tradición real sólo se había producido respecto a los 8.444 metros cuadrados edificados, no en cuanto al resto de 5.217 metros, pues la entidad demandante nunca había poseído más superficie que la que ocupaba la Plaza de Toros construida, oponiendo la excepción de prescripción de la acción interpuesta, que estimaba de carácter personal al faltar en el actor la tradición.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de León estimó en lo fundamental la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid.

El Ayuntamiento interpone recurso de casación por violación de los artículos referentes a la interpretación de los contratos, pues la escritura de compraventa sólo podía referirse a una *traditio ficta* de 8.444 metros cuadrados, según se desprendía de los antecedentes del expediente de

subasta y de la ocupación material de terreno realizada por la entidad adquirente; por violación igualmente del párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, pues al haberse postulado en la demanda una declaración de propiedad sobre una finca de mayor extensión que la que figuraba como segregada en el Registro, con merma de la que a su vez figuraba en la inscripción de la finca matriz, forzosamente tenía que haberse interesado la cancelación o modificación de lo pertinente en dichas inscripciones, y, además, partiendo de que la acción ejercitada no podía ser la reivindicatoria, al faltar el requisito de la tradición, sino simplemente una acción dirigida a compeler al Ayuntamiento al cumplimiento de la obligación de entrega derivada del contrato, había prescrito por ser de naturaleza personal y haber transcurrido más de quince años desde la fecha de la escritura de compraventa.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso, destacando los «considerandos» tercero y cuarto:

«Considerando que tal como quedan configurados los hechos por la instancia, no cabe duda de que la acción ejercitada por la parte actora es la reivindicatoria del artículo 348 del Código civil, como afirma la sentencia recurrida y el recurso combate en su motivo cuarto, ya que se dan en el caso todos los requisitos que la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 25 de abril de 1949, 3 de febrero de 1967 y 3 de mayo de 1968, entre otras muchas), interpretando el precepto mencionado, exige: primero, título del reivindicante, en este caso, la escritura de 17 de diciembre de 1945, y posesión instrumental transmitida, sin nada que la contradiga, en virtud de ella y de lo dispuesto en el artículo 1.462 del Código civil; segundo, identidad sobre el terreno de la parcela reivindicada: cuestión de hecho afirmada por la instancia y no combatida en el recurso por el cauce legal, y tercero, perturbación posesoria perpetrada por la parte demandada, no sólo afirmada por la instancia como hecho, sino confesada por la propia parte, empeñada en legalizarla por prescripción, todo lo cual acarrea la desestimación de los motivos tratados, pues siendo la acción ejercitada la reivindicatoria no sólo decae el motivo cuarto, sino también el tercero, porque los plazos de prescripción aplicables, al tratarse de acción real sobre bienes inmuebles, serán los fijados en el artículo 1.963, que aún no han transcurrido desde el otorgamiento de la escritura de venta.»

«Considerando que en el motivo primero, por el mismo cauce que los anteriormente aludidos e invocando la violación de los artículos 1.281 y 1.283 del Código civil, en relación con los 1.224, 1.279 y 1.450 del mismo Código, y del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, y en el motivo segundo, donde por el mismo cauce se invoca la interpretación errónea de los artículos 1.462, párrafo segundo, y 1.471, se plantea a la casación el problema de la improcedencia de la reivindicación de una mayor extensión, por comprendida en los linderos consignados en la escritura de venta, descontado lo edificado, en relación con la cabida de 10.242 metros cuadrados expresada como área total de lo enajenado en la misma escritura, con lo cual parece, aunque no se dice expresamente, que se allana la parte recurrente a la reivindicación de la diferencia entre dicha cabida consignada en la escritura y el área de lo edificado; *pero en todo caso, ante el legítimo rescate de la totalidad del 'cuerpo cierto'*, procede la desestimación de ambos motivos: el primero de ellos, que es de interpretación, por la reiterada doctrina de esta Sala de que debe prevalecer la interpretación de la instancia, siempre que no sea desproporcionada, lo que no ocurre en este caso, en el cual, al detallarse en la escritura de venta límites, longitudes y ángulos de intersección con especificación de sus radios, el 'cuerpo cierto' queda perfectamente delimitado, a los efectos del artículo 1.471, con que sólo dos de los linderos permanezcan fijos, y en cuanto al segundo

motivo, porque si bien la *traditio ficta*, a que se refiere el primero de los artículos del Código civil que se dicen erróneamente interpretados, admite prueba en contrario, tanto la Ley como la jurisprudencia han puesto valladares a la posibilidad de impugnar la presunción que encierra: la primera al decir el propio artículo 'si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario' y por la sentencia de este Tribunal de 9 de enero de 1941, secundada por la de 25 de abril de 1949, entre otras, al exigir que no sea el propio vendedor quien la impugne, de no mediar sin perjuicio de tercero *pacto expreso* y válido simultáneo a la escritura de compraventa, en que el vendedor se reserve la posesión del todo o de parte de lo vendido: hipótesis muy similar a la prevista por la Ley, ninguna de cuyas circunstancias se dan en el presente caso, en que el comprador, además, está amparado en su posesión por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, ya que inscribió a su nombre la finca adquirida en el Registro de la Propiedad.»

COMENTARIO.—En la presente sentencia, aparte de otros temas interesantes que hemos indicado más arriba en el resumen de materias de la misma (1), se plantea el problema de si cabe desvirtuar la presunción de tradición instrumental del párrafo segundo del artículo 1.462 del Código por medio de ciertas pruebas extrínsecas a la escritura.

Se observará, desde luego, que la letra del citado precepto es terminante en el sentido de excluir las pruebas extrínsecas, ya que después de decir que «cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato», añade la siguiente frase decisiva: «si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario».

No obstante, cierto sector de la doctrina y de la jurisprudencia viene admitiendo el valor de varios medios de prueba extrínsecos a la escritura, que estudiaremos distinguiendo dos clases para dejar mejor situadas las declaraciones de esta sentencia en uno y otro aspecto: 1.º) La posesión contraria a la presunción de tradición instrumental. 2.º) El documento privado simultáneo a la escritura, como vehículo formal para acreditar la prueba en contrario de la tradición instrumental.

1) *La prueba extrínseca consistente en la posesión contraria a la tradición instrumental.*—Un detenido análisis de la jurisprudencia revela que procede a su vez, en este punto, distinguir dos grupos de problemas, dado

(1) Destaca especialmente la identificación del cuerpo cierto objeto de venta, a que se refiere el artículo 1.471 del Código, por medio de dos linderos fijos, en lugar de atender a la superficie escriturada. El tema tiene interés sobre todo teniendo en cuenta que se trataba de finca segregada, en que normalmente la identificación por la superficie es decisiva; pero la fuerza identificadora de los linderos se confirma aún en este caso de segregación; claro que es por la precisa determinación de dos de ellos, con indicación de longitudes y ángulos de intersección. También destaca en la sentencia la confirmación de la doctrina sobre los requisitos de la acción reivindicatoria. Queda fuera de comentario por el momento el problema de la relación entre el artículo 1.282 del Código civil, relativo a los medios extrínsecos de prueba en la interpretación del contrato o «título», y el párrafo 2.º del artículo 1.462, rígido en cuanto a la admisión de tales medios extrínsecos para la interpretación del «modo» o tradición (instrumental). Queda igualmente fuera de comentario el problema que plantea el recurrente a propósito del párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria sobre la necesidad de rectificar las medidas superficiales que figuran en el Registro cuando se ejercita una acción contradictoria de tales medidas; baste decir que resulta extraño que la sentencia haya hecho caso omiso de esta alegación, silenciándola; otra cosa es que carezca de fundamento, no porque el párrafo segundo del artículo 38 no se refiera también a los datos físicos identificadores, sino porque la contradicción entre el contenido de la acción ejercitada y la inscripción no existía al ser aquella conforme con la prevalente descripción resultante de los linderos, por ser muy precisa y detallada. A lo sumo, existiría contradicción entre dos datos descriptivos de la inscripción, los linderos y la superficie, que habría que resolver interpretando adecuadamente la inscripción (para lo cual sirve de ayuda el art. 1.471 del Código civil). Una vez obtenido el resultado de esa interpretación de datos contrarios (interpretación sistemática de la inscripción) se podrá saber si el contenido esencial de la misma es o no contradictorio con la acción ejercitada. Téngase en cuenta que el párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria se refiere a la contradicción entre el Registro y la acción ejercitada, no a la contradicción entre dos datos de la inscripción, de los cuales el prevalente (linderos, en este caso) no es contradictorio con la pretensión deducida.

que la valoración que el Tribunal Supremo ha hecho respecto a la posesión dependía del supuesto planteado:

a) *El problema de la posesión o falta de posesión del «tradens».*— Desde esta perspectiva, la cuestión de la posesión como medio de prueba extrínseco hay que plantearla así: ¿Se puede desvirtuar la tradición instrumental del párrafo segundo del artículo 1.462 del Código civil probando que el *tradens* no poseía la finca vendida?

La jurisprudencia permite desvirtuar por ese medio la tradición instrumental admitiendo así la prueba extrínseca a la escritura pública. En este sentido hay que citar las sentencias de 12 de abril de 1890, 25 de mayo de 1906 y otras muchas en que se resuelve acerca de si el comprador puede ejercitar la acción de desahucio (2).

La mayor parte de la doctrina confirma esta tendencia jurisprudencial (CASTÁN (3), ROCA SASTRE (4), MORALES MORENO (5), HERMIDA LINARES (6)). Otros autores se han opuesto a la misma, como, por ejemplo, LACRUZ (7) y ALBALADEJO (8). Claro que cuando entra en juego la inscripción se ha llegado a cierta aproximación, partiendo de que ante un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria huelga alegar la falta de posesión del *tradens* (9).

Sea de todo ello lo que fuere, la presente sentencia no se ocupa de este importante problema, por lo que pasamos al segundo.

b) *El problema de la posesión o falta de posesión del «accipiens».*— En este otro aspecto, la cuestión de la posesión como medio de prueba extrínseco contrario a la tradición instrumental habría que plantearlo así: ¿Se puede desvirtuar la tradición instrumental del párrafo segundo del artículo 1.462 del Código civil probando que el *accipiens* no llegó a poseer efectivamente la finca o una parte de ella, a pesar de que el *tradens* la poseía y precisamente porque el *tradens* la seguía poseyendo?

A esta otra pregunta la jurisprudencia contesta negativamente: el *tradens* no puede alegar que el *accipiens* no llegó nunca a poseer efectivamente (prueba extrínseca) si no es a través de la prueba intrínseca que

(2) PUIG BRUTAU, haciendo la importante advertencia de que hay que distinguir la *ratio decidendi* de cada sentencia y el *obiter dictum*, señala las siguientes acerca de la legitimación en el ejercicio de la acción de desahucio: sentencias de 10 de noviembre de 1903, 21 de marzo de 1916, 9 de diciembre de 1922, 2 de mayo de 1923, 7 de julio de 1927, 22 de marzo de 1930, 25 de abril del mismo año, y, además, las de 30 de marzo de 1903, 22 de noviembre de 1910, 24 de marzo de 1915, 1.º de julio de 1926, 19 de mayo de 1932, 24 de mayo de 1941, 10 de diciembre de 1945 y 12 de noviembre de 1947 (*Derecho Civil*, tomo III, vol. I, 1971, pág. 354). Téngase en cuenta también la interesante opinión de ALBALADEJO, que mantiene que todas esas sentencias sobre la acción de desahucio «no constituyen, hablando en sentido riguroso, jurisprudencia en el tema de la tradición instrumental» (*Derecho Civil*, tomo III, vol. I, 1974, pág. 121, notar 21 ter).

(3) CASTÁN, recogiendo la jurisprudencia sobre el problema, *Derecho Civil*, tomo II, vol. I, 1964, págs. 238 y 239.

(4) ROCA SASTRE: *Derecho Hipotecario*, 6.ª edición, tomo I, págs. 256 y ss.

(5) MORALES MORENO, al rebatir las opiniones de LACRUZ y ALBALADEJO, *Poseción y usucapción*, 1972, págs. 263 y ss.

(6) HERMIDA LINARES, al criticar la posición de LACRUZ, dice lo siguiente: «El párrafo 1.º del artículo 1.462 dice que se entenderá entregada la cosa vendida cuando se ponga en poder y posesión del comprador. Y el párrafo 2.º añade que cuando la venta se haga mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa, es decir, que el otorgamiento de la escritura pública equivale a poner la cosa en poder y posesión del comprador. Y de ahí deduce el Tribunal Supremo, muy acertadamente, que si el vendedor no tiene la posesión no puede entregarla.» (*Problemas fundamentales de Derecho Inmobiliario Registral*, 1973, en el que recoge anteriores trabajos del autor, pág. 172.)

(7) LACRUZ BERDEJO, en *Lecciones de Derecho Inmobiliario Registral*, 1957, págs. 160 y ss. Insiste, de pasada, en LACRUZ-SANCHO: *Derecho Inmobiliario Registral*, 1968, pág. 144.

(8) ALBALADEJO, *ob. cit.* en nota 2, pág. 127.

(9) ROCA SASTRE y HERMIDA LINARES, aunque mantienen tendencias dispares en lo relativo a si la tradición es o no requisito previo a la inscripción, vienen a coincidir en cuanto a los efectos de la falta de tradición respecto al tercero del artículo 34 L. H. (Confróntese ROCA, *ob. cit.* en nota 4, página 258, y HERMIDA, *ob. cit.* en nota 6, pág. 262.)

constituye el pacto o deducción de la misma escritura. Así, las sentencias de 31 de marzo de 1951 y 30 de septiembre de 1964.

¿Y si el que alega la falta de posesión es un tercero extraño al contrato? Parece que siguiendo la misma lógica, la alegación tendría que referirse a la falta de posesión previamente en el *tradens*, en lugar de pretender alegar la falta de posesión del *accipiens*.

Aunque la doctrina no suele distinguir claramente estos dos aspectos de la jurisprudencia, según se trate del *tradens* o del *accipiens*, creemos que hay que separar ambas cuestiones, pudiendo encontrarse el fundamento de la distinción en el número segundo del artículo 460 del Código civil (10): si el *tradens* poseía al otorgar la escritura y no hizo ninguna reserva o salvedad en la misma, aunque continúe en la posesión efectiva, pierde la posesión mediata en beneficio del *accipiens*; en cambio, si se demuestra que el *tradens* no poseía en aquel momento, mal pudo transmitir la posesión al *accipiens*.

Tratando de encuadrar la presente sentencia de 18 de abril de 1974 decíamos que no se ocupa del problema *a)* (falta de posesión del *tradens*), sino que lo hace del problema *b)* (la cuestión de la posesión del *accipiens*), pues es el propio *tradens* el que recurre contra el *accipiens*. En el escrito de contestación y en el recurso, el *tradens* señala, frente a la presunción de tradición instrumental del párrafo segundo del artículo 1.462, que el *accipiens* no tuvo nunca la posesión real y efectiva de la totalidad del terreno escriturado, ya que sólo ocupó 8.444 metros cuadrados, construyendo en ellos la Plaza de Toros, por lo que la superficie restante continuó en propiedad del *tradens*. Por ello—concluye—al reclamar el *accipiens* esa diferencia de superficie no puede justificar el dominio ni intentar con éxito la acción reivindicatoria, tratándose a lo sumo de una acción personal dirigida a que se cumpla el contrato y se efectúe la entrega, acción que dada su naturaleza personal habría prescrito.

El Tribunal Supremo en la presente sentencia hace caso omiso de la falta de posesión real y efectiva del *accipiens*, preocupándole sólo la existencia de lo que llama «posesión instrumental». En este punto su doctrina se resume así: en el «considerando» tercero (que antes hemos recogido) dice que en este caso el *accipiens* tenía título para la acción reivindicatoria, como era la escritura y posesión instrumental transmitida, sin nada que la contradiga; más adelante se aferra acertadamente a la literalidad del párrafo segundo del artículo 1.462 y a las restricciones y vallas que hay que poner a las pruebas contrarias a la presunción que dicho precepto encierra, aludiendo a la jurisprudencia relativa a que no ha de ser el propio vendedor quien la impugne, y termina diciendo en el «considerando» cuarto algo muy interesante en relación con la inscripción del *accipiens*: que está amparado en la posesión por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, ya que inscribió a su nombre la finca. Obsérvese que no se trata aquí de la previa inscripción del *tradens* ni de la confianza del *accipiens* en dicha inscripción (como se plantea en otros supuestos), sino que se trata de la fuerza que la inscripción del propio *accipiens* tiene frente al *tradens*, vigorizándose por ese mecanismo registral la presunción de tradición instrumental y debilitándose la prueba extrínseca en contrario. Con ello queda patente que el Registro de la Propiedad tiene también importancia en la resolución de los problemas que surgen *inter partes*, a propósito de la tradición instrumental, y no sólo respecto a terceros del artículo 34.

Con la doctrina mantenida por esta sentencia interpretando restrictivamente el párrafo segundo del artículo 1.462 del Código civil en cuanto

(10) A ese precepto alude la sentencia de 31 de octubre de 1951. Recuérdese que el artículo 460 dice que «el poseedor puede perder su posesión: 2.º Por cesión hecha a otro a título oneroso o gratuito».

a las pruebas contrarias a la presunción del mismo, se confirma la tendencia jurisprudencial del apartado *b)*, anteriormente indicado. Especialmente su parecido es evidente con la sentencia de 31 de octubre de 1951, en la que el Tribunal Supremo tampoco aceptó la alegación de que el *accipiens* no había tomado posesión efectiva de toda la finca, basada en que el *tradens* recurrente había continuado en la posesión real de una parte de ella. En el «considerando» segundo de esa sentencia se lee lo siguiente: «Es lo cierto que ni de la escritura ni de ningún otro elemento de juicio resultaría destruida ni enervada la presunción legal de que por la tradición simbólica, derivada del otorgamiento de escritura pública, se entiende efectuada la entrega de la cosa vendida, ni se está tampoco en presencia de supuestos como los contemplados por múltiples sentencias de esta Sala en que la posesión *ficta* cede ante el hecho de estar poseyendo lo vendido un tercero y no el vendedor, pues si es éste quien posee, la presunción se mantiene viva en los términos del artículo 1.462, en concordancia con el número 2.º del artículo 460 del Código civil, vigorizados en cuanto al dominio inscrito por el artículo 41 de la Ley Hipotecaria» (se refiere a la de 1909) (11).

2) *El documento privado simultáneo a la escritura como vehículo formal para la prueba contraria a la tradición instrumental.*—Es fundamental en este punto comentar la aislada sentencia de 25 de abril de 1949, con objeto de poder valorar adecuadamente las declaraciones de la presente sentencia acerca de aquella decisión.

En el caso de la sentencia de 25 de abril de 1949 (12), el marqués de Lendínez había vendido la «hacienda» del mismo nombre a la marquesa de Acapulco, otorgándose la correspondiente escritura pública, en la que por no haber consentido el acreedor hipotecario la desmembración de la «hacienda», no se excluyeron de la venta cuatro fincas que el vendedor quería haberse reservado en propiedad. Por ello ambas partes, a pesar de otorgar la escritura pública de venta de la totalidad de la «hacienda» sin reserva alguna, acudieron al expediente de firmar un documento privado simultáneo a la escritura (más bien diríamos posterior en algunos instantes, pues en él se presupone la existencia de la compraventa escriturada), por el cual la marquesa de Acapulco volvía a vender al marqués de Lendínez las cuatro fincas en cuestión, estipulándose que en su día se otorgaría la escritura pública de esta segunda transmisión (una vez cancelada la hipoteca que gravaba la totalidad de la «hacienda») y que «el marqués de Lendínez no se interrumpiría en la posesión de tales fincas, en la cual no había llegado a entrar la marquesa de Acapulco más que en la forma simbólica del otorgamiento de la escritura pública».

Para valorar debidamente la *ratio decidendi* de esta sentencia hay que tener en cuenta que el problema fundamental que se planteaba era el de si el marqués de Lendínez (vendedor en la escritura y comprador en el documento privado) podía considerarse dueño de esas cuatro fincas después de los dos documentos otorgados, a efectos de poder ejercitar la acción reivindicatoria frente a la marquesa de Acapulco, o si, por el contrario, no era todavía dueño de las fincas en base a que perdió la propiedad por el otorgamiento de la escritura pública, sin haberlas readquirido aún a pesar del documento privado si se estimaba que a éste le faltaba la tradición, con la consecuencia, en tal caso, de que su acción no sería la reivindicatoria, sino una acción personal dirigida a que se cumpliera el contenido del documento privado y la obligación de entrega, acción que por ser de naturaleza personal habría prescrito.

El Tribunal Supremo entendió que se trataba de una acción reivindicatoria, entendiendo que el actor tenía título adecuado, consistiendo éste en

(11) Puede verse esta sentencia en *Aranzadi*, núm. 2.364, pág. 1609, año 1951.

(12) *Jurisprudencia Civil*, tomo XXVI, marzo-mayo de 1949, pág. 661, núm. 52, Madrid, 1951.

el segundo documento (el privado), que aunque, en general, no lleva consigo la tradición, tampoco la excluye si se justificaba por otro medio su existencia, como aquí ocurría al no haber cesado nunca el marqués de Lendínez en la posesión de las cuatro fincas. Esta declaración, contenida en el «considerando» tercero, es la fundamental y decisiva de esa sentencia.

Para reforzar esta tesis del «considerando» tercero, el Tribunal Supremo utiliza en el «considerando» cuarto un argumento «a mayor abundamiento» (pues se hace la consideración «además»), que resulta contrario al texto de la ley y a otras declaraciones de la propia sentencia. Dicho «considerando» es del siguiente tenor: «Considerando, además, que la tradición instrumental, que en su párrafo segundo reconoce el artículo 1.462, antes citado, no es sino una presunción, combatible cuando no concuerda con la realidad jurídica, y que habiendo de prevalecer en favor de terceros, si de la escritura no resulta con claridad contrariada, ha de ceder respecto a los contratantes que fuera de aquélla tengan reconocida o concertada su falta de realidad, y esto es lo que acontece en el caso cuestionado, en que al reconocerse en el documento privado de compraventa de 5 de octubre de 1912 que las cuatro fincas que en él se vendían a don Rafael Brufal estaban ya poseídas por el mismo, sin que esta cesión hubiese cesado, por convenirlo así los contratantes, la entrega de ellas, tenidas ya por el comprador, era imposible, innecesaria y contraria a la realidad la tradición *'ficta'* de escritura pública de la misma fecha, de lo que ha de seguirse que asistido aquél del derecho real de dominio, que el recurrente desconoce, no incurrió al estimarlo así la Sala de Instancia en las infracciones que acusa el primero de los motivos del recurso, que ha de ser desestimado.»

Algún autor, centrandó en este «considerando» la doctrina de esta sentencia, la comenta favorablemente diciendo: «Esta solución es muy ponderada. Es justamente la vía media para encontrar una armonización entre la exigencia de que conste en la escritura la limitación a su eficacia traditoria (art. 1.462, II) y la necesidad de valorar la voluntad en el terreno contractual por encima de la forma (art. 1.278)» (13).

Nosotros, aun respetando la opinión de este autor, no somos de su misma forma de pensar. Por un lado, ya hemos dicho que esa doctrina se produce «a mayor abundamiento», lo que le resta valor. Por otro lado, está en contradicción con lo que se expresa en el «considerando» quinto, en el que al plantearse el problema del párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria respecto a la inscripción de la primera transmisión, se reconoce que no es aplicable tal precepto y que no hay que cancelar dicha inscripción porque va a servir de base y fundamento a la inscripción de la segunda, expresándose así: «Lejos de impugnarse el derecho de dominio registrado (a favor de la marquesa de Acapulco), se parte de él en la sentencia recurrida para estimar que la titular del mismo y demandada lo transmitió al demandante en virtud de un posterior contrato de compraventa, que requiere una inscripción nueva que siga a la que antecede sin ser contradictoria de ésta.» Si todo esto se relaciona con el «considerando» tercero, en el que se alude a la necesidad de que medie la tradición para que tenga lugar la adquisición del dominio, habrá que concluir que si no hay que anular ni cancelar la inscripción de la primera transmisión será porque reunió todos los requisitos legales. Luego no se explica por qué se monta en el «considerando» cuarto un argumento negando la existencia de tradición en la primera transmisión, cuando lo que se planteaba era la existencia de tradición en la segunda transmisión, que, como se razona en el «considerando» quinto, presupone la plena validez de la primera. Y si a todo eso se añade la contradicción de esa

(13) ANTONIO M. MORALES MORENO, *ob. cit.* en la nota 5, pág. 289.

doctrina con la letra terminante del párrafo segundo del artículo 1.462, no habrá más remedio que desconfiar de tal postura.

En nuestra opinión, no había necesidad de negar la tradición instrumental para llegar a la misma solución de la sentencia. Podía haberse seguido una de estas dos vías: o bien mantener la tradición instrumental de la escritura, aunque no se hubiera producido transmisión de posesión efectiva (al estilo de la actual tesis de ALBALADEJO (14)), o bien, si no se quiere llegar a tan progresiva tendencia, admitir la tradición instrumental con cesión al *accipiens* de la posesión mediata, conservando el *tradens* la posesión inmediata, y a continuación (a los pocos instantes diríamos) tradición *brevi manu* a favor de este último, con intervención del concepto en que poseyó durante esos instantes, producida tal intervención por el nuevo título de compraventa privada.

Cualquiera de estas dos soluciones hubiera sido más concorde con el texto legal, con las restantes declaraciones de la sentencia y con el pacto del propio documento privado, en el que se reconoce que la marquesa de Acapulco entró en la posesión de las fincas, aunque sólo fuera a través de la «forma simbólica del otorgamiento de la escritura pública».

Ahora podemos ya valorar lo que la presente sentencia dice de la de 1949 y si eleva o no a doctrina legal la tesis de ese discutible «considerando». A primera vista, la presente sentencia parece como si quisiera confirmar esa tesis, pues cita la sentencia y el supuesto de pacto expreso válido y simultáneo a la escritura diciendo que es una hipótesis similar a la prevista en la Ley. Pero en seguida se comprueba que la cita de la sentencia de 1949 no puede ser más que un *obiter dictum* destinado a dar una sensación de coordinación jurisprudencial, a pesar de producirse soluciones contrarias. Y es que mal puede hablarse de formación de doctrina legal cuando el supuesto y la solución de una y otra sentencia son totalmente distintos. En la presente sentencia de 1974 no se trata de una doble transmisión, como en la de 1949; el recurrente (vendedor) se limita a alegar como prueba contraria a la tradición instrumental la existencia de actos anteriores reflejados en el expediente de subasta y en la propia exposición de la escritura expresivos de que no hubo intención de entregar la totalidad de la finca. El Tribunal Supremo lo que hace ahora, a diferencia de lo resuelto en el año 1949, es mantener los términos de la propia escritura, la literalidad del párrafo segundo del artículo 1.462 y, en definitiva, confirmar la tradición instrumental producida. Nada de esto ocurre en el caso de la sentencia de 1949, por lo que la cita de ésta no puede significar que se apliquen sus ideas, aunque tampoco se pretenda contrariarlas. Ni se sigue ni se rechaza por esta sentencia la tesis del «considerando» cuarto de la de 25 de abril de 1949.

En conclusión, a pesar de dicha sentencia y de ciertas alusiones a ella en la presente, no somos partidarios de admitir como prueba en contrario de la presunción de tradición instrumental de la escritura la resultante de un documento privado simultáneo a ella, sin perjuicio de admitir en estos casos la tradición *brevi manu* subsiguiente a la tradición instrumental, a que antes hemos aludido, y sin perjuicio de llegar a resultado parecido demostrando la simulación del negocio contenido en la escritura pública, pues en tal caso la transmisión devendría ineficaz, pero no por defecto de tradición, sino por defecto del título.

(14) ALBALADEJO, ob. y pág. citadas en la nota 2.

PROPIEDAD HORIZONTAL: LA CONSTRUCCION DE UNA ENTREPLANTA EN UN LOCAL APOYADA EN COLUMNAS DEL MISMO Y NO EN EL MURO COMUN NO REQUIERE ACUERDO UNANIME DE LOS COPROPIETARIOS (SENTENCIA DE 7 DE MAYO DE 1974).

Hechos.—Doña María del Pilar Torres Pérez y doña María Anunciación Jiménez Ruiz formulan demanda contra el Presidente de la Comunidad de Propietarios de la casa número 6 de la calle de San Vicente de Paúl, de Zaragoza, como legal representante de todos ellos, y contra los propietarios del local comercial existente en la planta baja de la casa indicada, suplicando se dicte sentencia por la que se declare dejar sin efecto el acuerdo de la Junta General Extraordinaria de Copropietarios mediante el que se autorizó por mayoría a los demandados a construir una entreplanta en el local de su propiedad, por ser necesario para ello el acuerdo unánime de todos los propietarios de la misma, declarando su nulidad, y como derivada y afecta a tal declaración, se condene a dichos demandados al derribo de la entreplanta a fin de dejar el local comercial en el mismo estado en que se encontraba antes de la obra.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Zaragoza estimó la demanda, pero su sentencia fue revocada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, que desestimó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la parte actora, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Mariano Gimeno Fernández, declara no haber lugar al recurso, destacando los siguientes «considerandos»:

«Considerando que por expresa manifestación de los actores en el escrito de demanda queda centrada o limitada la presente litis, a determinar si para la construcción por los demandados de lo que se denomina por los actores la planta nueva que hoy figura en el local comercial de los mismos en su ejecución tuvieron que servirse de elementos comunes de la casa y si por ello era o no necesario el acuerdo unánime de todos los copropietarios.»

«Considerando que la calificación de la naturaleza de las obras referidas es una cuestión de hecho, que la sentencia recurrida resuelve en el sentido de que lo construido fue un altillo o entreplanta que ocupa aproximadamente la tercera parte de la superficie del local o planta propiedad de los demandados; que el peso de la referida entreplanta no gravita sobre el muro común, sino en once columnas metálicas que se apoyan en el suelo, y si bien penetra en dicho muro medianero el entramado del pavimento, no constituye apoyo para el mismo, que lo hace en los once pilares que le sirven de sustentación, ajenos a la expresada pared, de suerte tal que la sola penetración del entramado sin servir de apoyo no altera la seguridad del edificio, ni menoscaba su estructura, ni perjudica sensiblemente los derechos de los demás copropietarios.»

«Considerando que para destruir la expresada conclusión fáctica de la sentencia recurrida, a que queda hecha referencia, se formula el motivo octavo del recurso, al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de la prueba, que apoya en el contenido de la diligencia de reconocimiento judicial llevada a cabo por el Juez de Primera Instancia; pero aparte de que las diligencias de reconocimiento judicial no tienen el carácter de documento auténtico a efectos de casación, conforme a reiterada jurisprudencia de este Tribunal, en el caso de autos la valoración o interpretación del contenido de la misma ha sido hecha, como se desprende de la propia sentencia, conjugándola con el resultado del informe pericial, y de éste

se desprende que el peso o sobrecarga de la entreplanta construida no gravita sobre el muro común, sino que, como se afirma en la sentencia, se apoya y descansa en once pilares, que la sirven de sustentación, ajenos al expresado muro, sin que el hecho de que alguno de los pilares figuren adosados al muro es circunstancia que por sí sola no constituye apoyo que haga gravitar el peso de la entreplanta en el muro común, por lo que no es causa de alteración alguna en la estructura o fábrica del edificio, sino que integra una obra de modificación de los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios dentro de la planta, propiedad privativa de los demandados, obras permitidas por el artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal, sin otro requisito que la de ponerlo en conocimiento del representante de la Comunidad, no requiriendo el acuerdo unánime de todos los condueños.»

«Considerando que bajo el motivo séptimo, formulado al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa la interpretación errónea del artículo 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, precepto que lejos de ser infringido ha sido rectamente interpretado, sirviendo de apoyo a la resolución recurrida, pues dispone que la construcción de nuevas plantas y cualquier otra alteración en la estructura o fábrica del edificio en las cosas comunes afecta al título constitutivo y deben someterse al régimen establecido para las modificaciones del mismo, o sea, conforme al apartado primero del artículo 16 de la propia Ley, exigirse para la validez del acuerdo la unanimidad de todos los copropietarios; pero la construcción de una entreplanta dentro del local, cuya propiedad divisa pertenece a los demandados, no puede tener la consideración a que el citado artículo de la Ley ha querido referirse al aludir a la construcción de una nueva planta, que ha de significar una ampliación por elevación o adición o descenso de la edificación en su conjunto, pues la entreplanta discutida en el presente litigio no es más que una distribución del espacio de la planta, que pertenece a los demandados en propiedad, dentro de la cual pueden efectuar las modificaciones que estimen convenientes o necesarias para su utilización y destino siempre que no afecten a la estructura o fábrica del edificio o elementos comunes, y como la sentencia recurrida afirma que la referida entreplanta no gravita ni se sostiene en el muro o elemento común alguno, sino en unas columnas que tienen su asiento en el suelo de la misma planta, es indudable que no requiere su ejecución el acuerdo unánime de todos los copropietarios.»

LA ESCRITURA Y LA INSCRIPCION COMO DOCUMENTOS AUTENTICOS EN CASACION PARA REVELAR EL ERROR DE HECHO PADECIDO POR EL JUZGADOR DE INSTANCIA AL CONSIDERAR INCLUIDA EN EL LOCAL COMERCIAL VENDIDO LA TERRAZA, QUE CONSTITUIA EL LIMITE SUPERIOR DE DICHO LOCAL Y QUE ERA UN ELEMENTO COMUN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL (SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 1974).

Hechos.—La Comunidad de Propietarios de la finca sita en la Avenida de José Antonio, números 313-321, de Barcelona, formula demanda contra don Jaime Casases García, titular de un local comercial del edificio, por haberlo ampliado en su límite superior a costa de la terraza común del edificio, construyendo allí una nave industrial, y por haber abierto una puerta en pared medianera con objeto de comunicar su local de negocio con otro edificio que el citado demandado tenía en arrendamiento. Suplica se dicte sentencia condenando al demandado a que desaloje la terraza

o vuelo, que detentaba sin ningún derecho, y a que tapie la puerta abierta en pared medianera.

El Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Barcelona estimó en lo fundamental la demanda.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha ciudad revoca esta sentencia no en lo relativo al cierre de la puerta, sino en cuanto a la nave industrial existente en la terraza, que considera propiedad privada del demandado, a pesar del título e inscripción registral existentes.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara haber lugar al recurso interpuesto por la parte actora por lo siguiente:

«Considerando que en el primer motivo del recurso, articulado por el cauce del número séptimo del artículo 1.692, se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba que surge de las escrituras de obra nueva: división para la enajenación en régimen de propiedad horizontal; división de la 'unidad segunda' en tres locales, denominados unidad segunda A, segunda bis y segunda tris, y las tres de venta de los mencionados locales, constando en la otorgada con el demandado el 8 de abril de 1969 que éste adquiriría la unidad segunda tris con linderos bien definidos y superficie total de 90 metros por precio de 239.500 pesetas, y del contenido de tales documentos auténticos aparece evidente el error padecido por el Tribunal de Instancia al establecer que el demandado adquirió a título de dueño el local ubicado en la terraza, que es límite superior de la unidad segunda, puesto que su descripción registral así lo proclama, procediendo por ello la estimación del motivo, estimación que lleva consigo la del segundo, en que se denuncia la violación de determinadas normas legales y de la doctrina de esta Sala, puesto que al establecerse una premisa de hecho errónea se conculcan aquéllas.»

En la segunda sentencia se confirma la del Juzgado de Primera Instancia.

NOTA.—Esta sentencia ofrece especial interés porque no es frecuente, como en ella sucede, que el Tribunal Supremo considere como documentos auténticos, a efectos del recurso de casación y respecto al contenido de los mismos, a la escritura pública e inscripción registral, pues se suele basar en que fueron tenidos en cuenta por el Juzgador de Instancia al examinarlas entre otros medios de prueba. En este caso prevalece en casación el contenido de la escritura pública y de la inscripción registral acerca del objeto de venta delimitado por los linderos que figuran en dichos documentos, y con ello el Tribunal Supremo pone las cosas en su sitio, dando preferencia al «Derecho» (títulos e inscripción registral) sobre los meros hechos (la detentación de la nave industrial por el demandado).

Sobre la tesis general del Tribunal Supremo de que la certificación registral no es documento auténtico a efectos del recurso de casación puede verse, entre otras muchas, la sentencia de 23 de marzo de 1973 y nuestro comentario en *R. C. D. I.*, número 503, páginas 967 y siguientes.

TERCERA DE DOMINIO: EL REQUISITO DE LA IDENTIFICACION DE LA COSA. NO FEHACIENCIA DE DOCUMENTO PRIVADO. PROBLEMAS TANGENCIALES SOBRE EL AMBITO DE APLICACION DE LA LEY DE VENTAS A PLAZOS DE BIENES MUEBLES (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1974).

Hechos.—Don Francisco Pérez Bermúdez deduce demanda sobre tercera de dominio contra la entidad «Barranco Soler, S. A.», y contra doña

María Peregallo de Dubort, ante el embargo de aparatos electrodomésticos que «Barranco Soler, S. A.», había obtenido, entendiéndose que pertenecen a la actora en base a un documento privado con cláusula de reserva de dominio, en el que constaba la venta de diversos aparatos electrodomésticos realizada por don Francisco Pérez Bermúdez a favor de doña María Peregallo con la citada cláusula, pero no se precisaban ni detallaban aquéllos, por lo cual acompañaba un presupuesto complementario por un valor inferior al que figuraba como total en aquel documento privado porque algunos aparatos habían sido devueltos a la vendedora.

La entidad «Barranco Soler, S. A.», se opone a la demanda alegando que de ese documento privado de compraventa con cláusula de reserva de dominio lo único que se desprende es que se ha realizado una operación comercial, pero sin especificar los elementos o mercaderías objeto de la misma, y si bien se adjuntaba otro documento en el que aparecen en detalle una serie de materiales, estaba expedido únicamente por el actor, sin que constara la aprobación de la compradora. Además, el contrato no se había confeccionado en el modelo que determina la Ley de Ventas a Plazos ni se había inscrito en el Registro Mercantil, por lo que adolecía de nulidad, aun suponiendo que hubiera existido el requisito de la identificación de los objetos.

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Málaga estimó la demanda ordenando alzar el embargo, pero la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada revocó la sentencia del Juzgado declarando no haber lugar a la tercería de dominio interpuesta por el actor.

El demandante interpone recurso de casación por varios motivos: no aplicación del artículo 1.227 del Código civil; no aplicación del artículo 464 del mismo; aplicación indebida de la Ley de Ventas a Plazos siendo que el valor individual de dos de los electrodomésticos no superaban las 50.000 pesetas, cuando lo procedente hubiera sido excluir del ámbito de la Ley todos los aparatos dado que lo que se tiene en cuenta por el legislador no es el valor de cada objeto en particular, sino el importe del contrato en su integridad, como digno o no de protección por dicha Ley.

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

«Considerando que la cuestión que en el motivo primero del recurso se plantea es completamente inoperante a los fines de impugnar la sentencia de Instancia, porque ésta no basa su tesis absolutoria respecto a esos dos electrodomésticos referidos en que deben considerarse o no incluidos en la aludida Ley especial, sino que, como queda ya recordado, la basa fundamentalmente en la no aportación por el actor del título en que funda su demanda reivindicatoria en el procedimiento de tercería; por tanto, sea cual sea el criterio que pueda sostenerse respecto a si el valor que debe tenerse en cuenta para los efectos de reputar, incluida una venta de bienes muebles en la Ley especial, es el de cada objeto particular o el de la totalidad de los comprendidos en la venta, el resultado desestimatorio de la demanda tiene que permanecer inalterado como no se haya combatido adecuada y eficazmente aquella base fundamental de la sentencia.»

«Considerando que el artículo 1.227 del Código civil, que determina que la fecha de un documento privado se contará respecto de terceros desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un Registro público por razón de su oficio, no ha sido violado por la sentencia recurrida, porque ésta para desestimar la demanda de tercería se funda también en que el actor no ha acreditado la existencia del *pactum reservati domini*, ya que no consta que el documento original hubiese sido presentado al Juzgado número 5 tal como aparece relleno en la actualidad,

lo que engendra la vehemente presunción de que dicho documento al ser fotocopiado por la actora no contenía la cláusula que actualmente presenta y que ha debido serle incorporada con posterioridad a la redacción del resto del presupuesto', y tales afirmaciones de la sentencia de Instancia en nada contradicen lo que aquel precepto determina respecto a que ese documento tenía efectivamente existencia indubitada a partir del momento en que quedó incorporado a los autos que se tramitaban en el Juzgado número 5, puesto que tal existencia no comparte la demostración de que contuviese esa discutida cláusula, la cual, según presunción del Juzgador de Instancia, se sobrepuso posteriormente.»

«Considerando que en el tercer motivo del recurso, formulado con amparo en el número primero del referido artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se atribuye a la sentencia recurrida la infracción por violación, al no haberlo aplicado, del artículo 464 del Código civil, determinante de que la posesión de los muebles equivale al título; pero el recurrente, al desarrollar tal motivo, en lugar de exponer las razones por las cuales haya podido haberse cometido la violación del precepto, se extiende en consideraciones relativas a que el documento original no fue tachado de falso—lo cual nada tiene que ver con dicho precepto—y en otras referentes a la afirmada identificación de los objetos reclamados, que, según él, resultó evidenciada por la prueba de reconocimiento judicial, olvidando que la identificación, a efectos reivindicatorios, no consiste sólo en describir los objetos que reclaman identificándolos perfectamente y que ellos se encuentran en poder del interpelado, sino que se integra, además—y esto es esencial—, con la demostración de que los objetos así identificados son los que se comprenden en los títulos de dominio que se esgrimen como fundamento de la acción reivindicatoria, títulos que según la sentencia de Instancia estima no contienen esa referencia exacta y precisa.»

TERCERIA DE DOMINIO: TITULO PARA REIVINDICAR. FEHACIENCIA DE DOCUMENTO PRIVADO: FECHA DE PRESENTACION ANTE EL JUZGADO Y FECHA DEL MISMO ATENDIENDO A LOS ASIENTOS EN LOS LIBROS DE COMERCIO (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1974).

Hechos.—«Industrias Fernández, S. A.», formula demanda de tercería de dominio contra la Recaudación de Contribución de la Zona Tercera Capital-Pueblos de Salamanca y contra «Cerámica de la Maza», reivindicando una serie de bienes muebles embargados a esta última entidad por razón de débitos fiscales.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Salamanca estima la demanda ordenando alzar el embargo, siendo confirmada esta sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Salamanca.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Abogado del Estado, en representación de la Recaudación de Contribución, por lo siguiente:

«Considerando que la acción que ejercita el tercerista es realmente la reivindicatoria y son elementales para ejercitarla con éxito los siguientes requisitos: 1.º) La identificación del bien reivindicado. 2.º) La perturbación posesoria que gravita sobre la cosa en el momento en que se actúa. 3.º) La demostración de la legitimidad del título en cuya virtud se procede, pudiendo decirse que en el presente caso, partiendo de la indiscutida concurrencia de las dos primeras, se discute solamente en el recurso, como se ha discutido en el pleito, la concurrencia del tercero, que no es otro,

y así lo reconocen ambas instancias, que el contrato firmado el 30 de noviembre de 1967 entre quien traspasó los bienes cuestionados a la entidad deudora del Fisco: 'Cerámica de la Maza Nuestra Señora del Carmen, Sociedad Anónima', y la parte actora en la tercería: 'Industrias Fernández de Oviedo, S. A.', suministradora a aquélla de determinada maquinaria *en régimen de depósito* mientras no fuera saldado totalmente su importe; título de propiedad que por ser privado no adquiere, en cuanto a su fecha, autenticidad contra tercero hasta el día 23 de agosto de 1969, *en que fue presentado* ante el Juzgado de Primera Instancia de Oviedo, habiéndose producido el embargo de la Hacienda Pública, al encontrarlos entre los de la Cerámica mencionada, el 15 de septiembre siguiente...»

«Considerando que, según afirma el artículo 1.225 del Código civil, 'el documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública', lo que ocurre es que contra tercero sólo hará fe, en lo que a su fecha se refiere, cuando ésta se autentifique de cualquiera de las formas que prescribe el artículo 1.227 del mismo cuerpo legal; una de ellas, citada por dicho precepto en tercer lugar, es: 'desde el día que se entregue a un funcionario público por razón de su oficio'; en el presente caso, el documento privado, título para la reivindicación, firmado en 1967, no puede perjudicar a tercero, en este caso el acreedor embargante, hasta el 23 de agosto de 1969, en que se presentó en un Juzgado, y ya es indiferente, al menos en cuanto a la autenticidad de la fecha, aquélla en la que el mencionado Juzgado falle el asunto que se le sometió; pero es más, la jurisprudencia de esta Sala, convencida de que lo importante es la autenticidad del acto que revalida la fecha, en las sentencias de 10 de enero de 1929 y 30 de enero de 1958 afirma que no hay inconveniente en que la fecha de un documento privado *se tenga por cierta* desde que se compruebe por medio de otros actos que alejen toda sospecha de falsedad o simulación, agregando a modo de ejemplo: 'por asientos de libros de comercio', a lo que también se refiere la Instancia para este caso; conceptos únicos que son los operantes para determinar la validez del título reivindicatorio discutido, ya que la estimación del artículo 464 del Código civil es meramente subsidiaria, y que de forma inexplicable no han sido para nada aludidos ni discutidos en un recurso en que se razona en todo momento que la posesión equivale al título, y con equivocación se combate el exhibido como si la Instancia reconociera que el título que ampara al tercerista es la sentencia de 27 de mayo de 1970 del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Oviedo, lo cual lo hace desestimable, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar la 'Cerámica de la Maza Nuestra Señora del Carmen, S. A.', contra quien sin título para ello le vendió los bienes objeto de la tercería.»

SERVIDUMBRE DE VISTAS Y «ALTIUS NON TOLLENDI». OBLIGACION DE NO HACER: ARTICULO 1.098 DEL CODIGO CIVIL. INCONGRUENCIA (SENTENCIA DE 18 DE MAYO DE 1974).

Hechos.—Doña Guillermina Warning Voss y doña Sara, doña Delia y don Carlos Sureda Warning deducen demanda contra la entidad «Hoteles de Mallorca, S. A.», alegando que dicha Sociedad había construido un hotel frente a la finca de los actores, de forma que vulneraba la servidumbre de vistas y *altius non tollendi* (de no edificar en la parte norte del predio sirviente más arriba del antepecho de las ventanas de la finca dominante) que tenía a su favor la finca de los demandantes, según resultaba de las correspondientes inscripciones registrales. Suplican se dicte sentencia declarando el derecho de servidumbre a su favor, condenando

a la entidad demandada a la demolición de las obras en lo que sea necesario para que quede respetado aquel derecho.

«Hoteles de Mallorca, S. A.», contesta oponiéndose a la demanda, entendiendo que la pretendida servidumbre que reflejan los libros registrales no era más que un pacto personal entre los primitivos titulares, no un verdadero gravamen o derecho real de servidumbre.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Palma de Mallorca dictó sentencia estimando la demanda sólo en cuanto a la declaración del derecho de servidumbre a su favor, pero sin condenar a la entidad demandada a la demolición de las obras.

Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca dictó sentencia estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por los demandantes, pero condenaba a la entidad demandada no a la demolición de las obras, sino a la indemnización correspondiente, basándose en razones de equidad y de analogía con el supuesto de accesión invertida.

Ambas partes interponen recurso de casación: los actores, por inaplicación del artículo 1.098 del Código civil, por aplicación indebida del artículo 1.101 del Código civil, por incongruencia de la sentencia, por aplicación indebida de la doctrina legal sobre accesión invertida, etc., y la parte demandada, por entender que no había servidumbre a favor de los actores, sino una simple mención registral sin trascendencia real, entre otros motivos.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Juan Antonio Linares Fernández, declara no haber lugar al recurso interpuesto por «Hoteles de Mallorca, S. A.», ya que debía prevalecer el criterio interpretativo de la Sala sentenciadora respecto a la calificación de las servidumbres, al no ser falto de lógica. En cambio, declara haber lugar al recurso interpuesto por los actores, ya que existía incongruencia en la sentencia de la Sala, dado que concedía cosa distinta de la solicitada, que no fue la indemnización de daños y perjuicios, sino la demolición de lo construido en cuanto vulneraba el contenido de las servidumbres. Y, además, por lo que destacan los dos últimos «considerandos»:

«Considerando que, como consecuencia, también es procedente la aceptación de los motivos segundo y tercero del recurso, que, amparados en el número primero del artículo 1.692, acusan aplicación indebida del artículo 1.101 del Código y falta de aplicación de los 1.099 y 1.098, pues en las obligaciones de no hacer son aplicables los preceptos citados en segundo lugar y no el 1.101, que se refiere al incumplimiento de las obligaciones en general, y los 1.099 y 1.098 regulan expresamente el caso en que se infringió la obligación de no hacer, mandando que cuando la obligación consista en no hacer y el deudor ejecutase lo que se le había prohibido, se llevará a efecto lo dispuesto en el párrafo segundo del 1.098, es decir, que se deshaga lo mal hecho.»

«Considerando que justificado en autos que la edificación sobre la finca afectada por servidumbre de vistas, en favor de propiedad de los actores, en altura que impide la visión desde el predio dominante, constituye un menoscabo para el ejercicio de tal derecho, y que el predio dominante tiene por el lateral derecho vistas oblicuas, que han quedado aminoradas en el sector que cierra lo edificado en una anchura de dos a tres metros, por la parte de la edificación del 'Hotel Victoria', que limita un sector de unos dos o tres metros las vistas laterales y aparece construido sobre una zona del solar gravado; así lo reconoce la sentencia recurrida con acierto en vista del resultado de las pruebas practicadas, por lo que sin necesidad de especial estudio de los demás motivos del recurso y por razón de que la obligación de no hacer cuando se quebranta lleva aparejada la consecuencia de deshacer lo hecho con infracción legal,

se impone dar lugar al recurso entablado por la parte actora y, en su consecuencia, casar y anular la sentencia recurrida, sin expresa condena de costas por lo que a este recurso se refiere.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo acuerda la demolición de una parte del «Hotel Victoria» de Palma, por estar construido sobre terreno afecto a la servidumbre de vistas, en la medida en que priva de vistas oblicuas por el lateral derecho de la finca de los actores, lo que será fijado en ejecución de sentencia.

COMUNIDAD DE BIENES Y COSA JUZGADA: LA SENTENCIA DESFAVORABLE A LOS INTERESES DE LA COMUNIDAD, DESESTIMÁNDOSE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA INSTADA POR ALGUNOS COPROPIETARIOS, NO PRODUCE COSA JUZGADA NI PUEDE PERJUDICAR A LOS DEMÁS, QUE PUEDEN, POR TANTO, EJERCITAR DE NUEVO LA ACCIÓN REIVINDICATORIA SOBRE EL MISMO ASUNTO (SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 1973).

Hechos.—Don José Sugasti Necedal, doña María del Carmen Martínez Carranza y don Daniel de Meñaca Carranza, éste por sí y en beneficio de los demás copropietarios herederos de doña Concepción Sagasti, deducen demanda contra doña Inés Paula Goiri Sertucha y varios más sobre acción reivindicatoria, nulidad de título e inscripciones, alegando que los demandados se adjudicaron en escritura de herencia de don José Gutiérrez-Barquín, otorgada en el año 1967, cuatro fincas, que eran las mismas que estaban ya adjudicadas e inscritas a favor de los actores en base a una escritura del año 1940 a través de una larga larga historia registral, a diferencia de las inscripciones de los demandados, que lo fueron al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria. Por ello suplican se dicte sentencia declarando la identidad de fincas de ambos títulos y la nulidad del título e inscripciones de los demandados.

Los demandados se oponen alegando excepción perentoria de cosa juzgada, pues con anterioridad a este pleito se había promovido por otros copropietarios acción reivindicatoria sobre las mismas fincas, que fue desestimada por faltar el requisito de la identificación de tales fincas, siendo ya firme aquella sentencia, y a pesar de ello los actores vuelven ahora sobre el mismo asunto.

El Juez de Primera Instancia número 7 de los de Bilbao desestimó la demanda, pero su sentencia fue revocada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, que estimó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los demandados, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez Canseco y de la Puerta, declara no haber lugar al recurso, confirmando la doctrina legal existente sobre las relaciones de la cosa juzgada y la comunidad de bienes, resumida más arriba, y que desarrolla el primer «considerando»:

«Considerando que pese a que el condueño no tiene *ipso iure* la representación de los demás para actuar en juicio, y aunque las relaciones jurídicas entre los partícipes no son solidarias ni indivisibles, ello no obstante, dada la naturaleza y caracteres de la comunidad de bienes, la jurisprudencia ha venido siempre admitiendo, pudiendo citarse las sentencias de 4 de abril de 1921, 29 de octubre de 1951, 8 de abril de 1965 y 14 de marzo de 1969, que cualquiera de los partícipes puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, tanto para ejercitar-

los como para defenderlos, por lo que un condueño puede entablar la acción reivindicatoria en beneficio de todos, pues ha de actuar en provecho de la comunidad y no exclusivamente para sí, y para compaginar la doctrina de la cosa juzgada con la no intervención de todos los condóminos se limita la eficacia de la sentencia dictada respecto a los que no fueron parte en el pleito al caso de que la misma les sea favorable, sin que les perjudique la adversa o contraria, pues, como declara la sentencia de 17 de junio de 1927, para que el fallo obtenido por un condómino afecte a los demás se precisa que haya resultado en interés de todos ellos, doctrina jurisprudencial en la que es preciso insistir y cuya aplicación al caso aquí debatido acarrea al desestimación de los dos primeros motivos del recurso.»

PRESCRIPCION EN CATALUÑA: EL ARTICULO 342 DE LA COMPILACION SE REFIERE A UN ESTADO POSESORIO Y NO A UNA SITUACION DE ABANDONO DE LA FINCA SIN POSESION DE NADIE. IDENTIFICACION DE FINCA. LA DISCORDANCIA ENTRE LA TITULARIDAD REGISTRAL DEL MARIDO DE LA VENDEDORA Y LA TITULARIDAD DE ESTA REFLEJADA EN LA ESCRITURA DE VENTA QUEDO SUBSANADA AL RECONOCER EL CONTRATO LA HIJA DE AMBOS UNA VEZ FALLECIDOS (SENTENCIA DE 27 DE OCTUBRE DE 1973).

Hechos.—Don Juan Galofre Grau deduce demanda contra el Ayuntamiento de Vandellós y otros reivindicando una finca inscrita a nombre del actor que había comprado en escritura de fecha 1930, suplicando se dicte sentencia declarando la propiedad a su favor y ordenando la nulidad y cancelación de la inscripción primera obtenida por el Ayuntamiento de Vandellós en el año 1961, por ser la misma que la del actor (supuesto de doble inmatriculación).

Contestada la demanda por el Ayuntamiento oponiéndose y seguidos los trámites pertinentes, el Juez de Primera Instancia número 1 de Reus dictó sentencia desestimando la demanda, pero la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona revocó la del Juzgado estimando esencialmente la demanda.

El Ayuntamiento interpone recurso de casación basándose en error de hecho en la apreciación de la prueba por parte de la Audiencia, en violación por falta de aplicación del artículo 342 de la Compilación de Cataluña (pues el Ayuntamiento dice que llevaba en posesión de la finca más de cuarenta años) y porque el actor no llegó a identificar la finca por la totalidad de sus linderos, sino sólo por algunos, contra la doctrina legal contenida en la jurisprudencia que cita (entre otras, sentencias de 30 de enero de 1915, 29 de abril de 1929, 28 de abril de 1958, 15 de noviembre de 1961 y 31 de enero de 1970).

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando que son argumentos básicos del recurso interpuesto, los que afectan al elemento 'adjetivo y al objetivo', los siguientes: 1.º) Se aduce que la primera vendedora no era realmente tal, sino la esposa del primitivo propietario, aunque éste interviniera en la venta, pero a fin de dar la autorización para la compra, como marido de la contrayente, según se hizo constar en el documento otorgado en 1930. 2.º) El elemento 'objetivo', por falta de identificación de la finca comprada y la que figura como propia del Ayuntamiento, siendo la tesis de la sentencia de Primera Instancia, que después fue revocada en la dictada por la Audiencia.»

«Considerando que la primera excepción hay que entenderla condicionada, porque después de fallecida la vendedora y su esposo, la hija de ambos fue llamada a un proceso de juicio declarativo de menor cuantía por el hoy actor, con la pretensión de que se reconociera la escritura otorgada en 1930, a lo que se allanó la demandada, y en su vista nubo de dictarse sentencia acordándolo así y quedando de hecho con la validez necesaria la escritura otorgada entonces, con entrada libre al Registro de la Propiedad, a todos los efectos legales, acto que purifica el contrato suscrita.»

«Considerando que por ello hay que estimar el contrato de 1930 como perfectamente legal y quedan desestimados los motivos primero y segundo del recurso, sin que los demás tengan fuerza bastante, pues el único que podría valer era el sexto, en que se denuncia la violación, por falta de aplicación, del artículo 342 de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña; pero a esto se puede oponer que esa supuesta falta de derechos, nacida de la prescripción, supone la posesión por un tercero de las cosas inmuebles por el tiempo de treinta años sin necesidad de título ni de buena fe, o sea, la de un estado posesorio que se prolongue durante dicho tiempo y no una situación de abandono sin posesión de nadie; esta situación es la que contempla el 'considerando' sexto de la sentencia recurrida.»

«Considerando que en el último motivo del recurso se aduce la violación de la doctrina legal contenida en las sentencias que se citan, y conforme a las cuales la identificación de una finca debe realizarse mediante la determinación de la totalidad de los linderos; aquí es preciso observar que se sigue la vía jurídica del número 1.º del artículo 1.692 y no la del número 7.º del propio precepto, causa que invalida el motivo alegado, pues todas las cuestiones relativas a la identificación son consideradas como de mero hecho y han de combatirse por el cauce indicado; es lo mismo que se dice en el número 9.º del artículo 1.729 como motivo de inadmisión, cuando el recurso se refiere a la apreciación de las pruebas, a no ser que el recurso esté comprendido en el número 7.º del artículo 1.692; aparte de esto hay la circunstancia de estar la identificación bien hecha, a virtud de los elementos probatorios aportados en Segunda Instancia para mejor proveer, razones de forma y de fondo en que se basa la repulsa del motivo alegado.»

USUFRUCTO DE MONTES: LOS ARBOLES PERTENECEN AL NUDO PROPIETARIO. EL ARTICULO 520 DEL CODIGO CIVIL, AL IMPLICAR UNA SANCION PENAL EN EL ORDEN CIVIL, ES DE INTERPRETACION RESTRICTIVA, NO PUDIENDO APLICARSE CUANDO EL USUFRUCTUARIO NO LLEVO A CABO UN COMPORTAMIENTO INTENCIONAL ABUSIVO (NO ABUSO DE DERECHO): ALUSION A LA BASE 2.ª DE LA LEY DE 17 DE MARZO DE 1973 PARA LA MODIFICACION DEL TITULO PRELIMINAR DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1973).

Hechos.—Don Buenaventura Castro Rial, como representante legal de su hijo don José Luis Castro Rial y de don Buenaventura Castro Rial Rivadulla, formuló demanda contra doña Mercedes Moncholí Goldarmoena, suplicando se dicte sentencia declarando: que las fincas que forman parte del lugar acasurado llamado «El Penedo», y que se halla dado en arrendamiento desde mucho antes del fallecimiento del causante, don Manuel Rial (de quien proceden), pertenecen en nuda propiedad a los demandantes, hallándose gravadas con usufructo en beneficio de la demandada; que los árboles inventariados y valorados como formando parte

de la masa hereditaria y adjudicados como capital de las hijuelas atribuidas a los nudos propietarios, según consta del cuaderno particional de la herencia de dicho causante, forman parte integrante del capital de las hijuelas y no constituyen frutos; que la demandada taló y se apropió de tales árboles vendiendo todos los existentes en las fincas en su totalidad, apropiándose de todo su valor; que la tala referida perjudicó gravemente el valor de las fincas causando grave perjuicio a las mismas y lucrándose indebidamente la usufructuaria demandada; que se condene a ésta a que indemnice a los nudos propietarios en la cantidad de 800.000 pesetas, en que se cifran los daños ocasionados, o en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia, y declarando que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 520 del Código civil, procede la entrega de las fincas a los nudos propietarios.

La demandada contestó a la demanda oponiéndose, ya que la tala se hizo de forma que la finca se pudiera poner de nuevo en producción.

El Juez de Primera Instancia de Corcubión dictó sentencia estimando en parte la demanda, pero sólo en cuanto que el lugar acasurado «El Penedo», que se halla en arrendamiento desde 1915, pertenece en nuda propiedad a los demandantes, hallándose gravado con usufructo en beneficio de la demandada.

Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña revocó la del Juzgado, estimando la demanda salvo en lo relativo a la aplicación del artículo 520 del Código civil y en la cifra de indemnización, que se deja para ejecución de sentencia.

Ambas partes interponen recurso de casación: la demandada alega, entre otros motivos, interpretación errónea del artículo 485 del Código civil, pues la Sala entendió que dicho artículo contempla una situación de presente en cuanto al valor económico de la finca después de cada tala y no respecto a su capacidad productiva para el futuro, y los demandantes, por interpretación errónea del artículo 520 del Código civil, pues dada la actuación de la usufructuaria debería haberse condenado a la misma a entregar las fincas a los nudos propietarios.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar a los recursos interpuestos por ambas partes.

En cuanto al recurso de la demandada, por lo siguiente:

«Considerando que en los montes el aprovechamiento se halla principalmente en la madera y, por consiguiente, la Ley tiene que distinguir las talas o cortas que no traspasen los límites del derecho de frucción permitidas al usufructuario de las que entrañarían un derecho de disposición, debiendo el usufructuario obrar como un buen padre de familia, según la expresión del artículo 497, es decir, ha de aprovechar el monte, pero no destruirlo; usar, pero no abusar; porque si consumiese todo el arbolado nada quedaría al propietario; de aquí las limitaciones naturales impuestas en el usufructo sobre los montes por el artículo 484 del propio cuerpo legal..., habiendo declarado la jurisprudencia de esta Sala que el derecho que por regla general compete al usufructuario para percibir todos los frutos producidos por los bienes sin detrimento de lo que constituye su esencia, está limitado por el cumplimiento de esta condición establecida en favor del propietario y subordinado a las condiciones particulares que en cada caso regulan su ejercicio, y por ello es evidente que el usufructo de los bosques, sea cual fuere la extensión que deba tener, atendida la diversa naturaleza y estado de cada uno de ellos, ora se consideren los árboles como productos ordinarios, ora como sustancia y esencia de tal clase de bienes, pertenecen privativamente al propietario, quien, por tanto,

puede exigir su conservación o su valor en el caso de que indebidamente se hubieran cortado (sentencia de 10 de marzo de 1893).»

«Considerando que la aplicación de esta doctrina al caso de autos hace desestimable el motivo cuarto y último del recurso de la demandada, pues declarado por la sentencia recurrida que la tala realizada por la usufructuaria no ha sido normal y, por el contrario, ha perjudicado gravemente el valor de las fincas, causando grave perjuicio en las mismas y lucrándose indebidamente aquella demandada usufructuaria, según resulta del informe del perito agrícola solicitado para mejor proveer en fase de Primera Instancia, y reconociendo que, según la costumbre del lugar, esas talas no suelen realizarse tan profundamente, sino sin arrasar el monte, como en este caso ha ocurrido, determinando que los pocos árboles que han quedado se encuentren sin protección contra las inclemencias del tiempo e incluso que una gran parte de los que no se han talado aparezcan arrancados de raíz por el viento precisamente por falta de abrigo, con la consecuencia de que, en general, no queda riqueza forestal aprovechable (considerando quinto de la Audiencia), sin que estos hechos se hayan intentado siquiera impugnar por la vía procesal adecuada, su firmeza en casación revela que las talas han sido llevadas a cabo sin guardar acomodo al modo y porción exigidos por la costumbre del lugar, en contra de la preceptiva del artículo 485 del Código civil y de la jurisprudencia que lo interpreta y aplica, procediendo la desestimación íntegra del recurso examinado.»

En cuanto al recurso de los demandantes, lo desestima por lo siguiente:

«Considerando que igual suerte desestimatoria ha de correr el recurso formalizado por la parte actora, cuyos dos primeros motivos son inadmisibles, y en este momento procesal desestimables por estar formulados contra lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 1.720 de la Ley Procesal Civil, que exige, si fueren dos o más los fundamentos, se expresen en párrafos separados y numerados, y en el motivo primero se invocan conjuntamente los números 1.º y 3.º, todos ellos del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en cuanto al motivo tercero, si bien correctamente formulado, olvida que dado el carácter de sanción penal que en el orden civil reviste el precepto del artículo 520 del Código civil, que cita como infringido, se impone la necesidad de su interpretación restrictiva para que dicha sanción sólo sea aplicable al usufructuario que realice los actos abusivos, de acuerdo con cuya doctrina la sentencia recurrida no accede a la entrega de la cosa usufructuada a la parte actora, por negar que exista un comportamiento intencional del usufructuario, que es la esencia vivificadora y determinante de aplicación del repetido artículo sustantivo (considerando octavo de la Audiencia), concorde con la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973 para la modificación del título preliminar del Código civil, en cuya base segunda, tres, apartado segundo, se establece que las Leyes penales y las de ámbito temporal o excepcional no se aplicarán en momentos ni a supuestos distintos de los previstos expresamente en ellas, y en la base tercera, uno, que con arreglo a los criterios ya contenidos en el Código y a las orientaciones de la doctrina y de la jurisprudencia, se configurará la sanción de los actos jurídicos que impliquen manifiesto abuso o ejercicio antisocial del derecho, procediendo por todo lo expuesto la desestimación íntegra del recurso que acaba de examinarse.»

J. M. G. G.

III. CONTRATOS

NECESIDAD DE LIQUIDAR, PREVIO AJUSTE DE CUENTAS, LA DEUDA QUE SE RECLAMA. NOVACION. VICIOS OCULTOS (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1973).

El demandado, don Blas Bañón Córcoles, industrial, dedicado a la venta al público de electrodomésticos, adquirió en firme y «sobre muestra» de uno de sus proveedores, «Olmos, S. A.», una partida de frigoríficos. Como quiera que en su reventa a los consumidores se pusieron de relieve ciertos defectos de fabricación, el demandado, además de desatender las letras correspondientes, recurrió a la casa suministradora, y tras múltiples conversaciones y cartas, ésta accedió a hacer «manipulaciones y cambios» en los frigoríficos, cuyo importe fue adelantado por el comprador. Parece que, en todo caso, persistían las deficiencias y hubo que sustituirlos por otros aparatos de diversas marcas. Entonces «Olmos, S. A.», reclamó judicialmente el importe de los frigoríficos, ascendente a 448.972,80 pesetas, y el señor Bañón se opuso alegando como excepción la existencia de diversas sumas y adelantos a su favor, así como de un perjuicio de su crédito comercial que valoraba en 150.000 pesetas, de tal suerte que se hacía necesaria una liquidación previa; subsidiariamente sólo se avenía a pagar 147.977 pesetas. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda íntegramente, pero la Audiencia la revocó acogiendo, en cambio, la excepción de ser necesaria una previa liquidación de la deuda. El recurso, formulado entonces por la entidad actora, se apoya en los siguientes tres motivos: 1.º) Inaplicación del artículo 342 del Código de Comercio, ya que transcurridos treinta días el comprador ha perdido toda acción para repetir por vicios ocultos de la mercancía. 2.º) Inaplicación del artículo 336, pues el comprador recibió los frigoríficos «a su contento». 3.º) Violación de la doctrina legal contenida en las sentencias de 25 de junio de 1955 y 15 de enero de 1949, que, a juicio del recurrente, acuerdan la rendición de cuentas previa si habiéndose pedido en reconvención, el actor había podido discutir las partidas alegadas de adverso; pero como en este caso se había propuesto como simple excepción, la recurrente veíase imposibilitada (estamos en un menor cuantía, no se olvide) de combatir las cuentas del demandado y obligada a acudir a otro proceso sin que siquiera se hubiese condenado a éste en la cantidad que subsidiariamente estaba dispuesto a pagar. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso.

Considerando que no obstante coincidir la Instancia con la apreciación desestimatoria del Juzgado en lo relativo a todas las excepciones opuestas por el demandado, en cuanto a no concurrir en el caso de autos ninguna de las causas de rescisión de los contratos por vicios ocultos de la cosa vendida, llega a la absolución del demandado, a diferencia de la sentencia de primer grado, fundándose en distinta causa, cual es la carencia de una liquidación previa de cuentas entre las partes contratantes, indispensable para determinar la realidad y cuantía del adeudo, pues aunque comprados en firme y sobre muestras los electrodomésticos en cuestión, como al ser

entregados a los clientes por el comerciante comprador se pusieron de relieve ciertos defectos de fabricación, aquél recurrió a la casa suministradora y ésta accedió, a través de correspondencia y de conversaciones posteriores al acuerdo primero a hacer «manipulaciones y cambios» en los aparatos suministrados, «con los consiguientes desembolsos por parte del demandado», que han de ser de cuenta del vendedor, lo que lleva implícita una novación de aquel acuerdo y que, según reconoce en confesión el gerente de la actora y recoge en su fallo la Instancia, queda «pendiente la operación liquidadora entre las partes», afirmación que no ha sido combatida por el cauce adecuado y que lleva consigo aquella otra de la necesidad de una liquidación previa al ejercicio de la acción.

Considerando que al ser diferente del impugnado el fundamento del fallo de Instancia caen por su base los dos primeros motivos del recurso, en los que se combate una supuesta rescisión por vicios ocultos.

Considerando que en el tercer motivo, con apoyo, como los anteriores, en el número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal, se alega la violación de la doctrina sentada por dos sentencias de este Tribunal, que menciona, alusivas a la necesidad de previa «petición de rendición de cuentas por los deudores», la cual, si no ha sido pedida con antelación a la reclamación judicial, ha de ser hecha en forma de «reconvencción» para que pueda enervar la acción, lo que no se ha hecho en el presente caso, y hay que desestimarlos igualmente, pues no se trata de deudas distintas sobre las que se pretenda el juego de la compensación, sino de la existencia de una deuda inicial, cuyo «monto» ha sido modificado por novación posterior llevada a cabo por convenio expreso de las partes en los términos que quedan relatados, o sea, que el adeudo no adquirió liquidez mientras no se practique el ajuste de cuentas, obligado después del acuerdo novatorio.

CUANDO LA CULPA DE UNO DE LOS CAUSANTES DEL DAÑO ES «GRAVE» NO PROCEDE SU ABSORCION O COMPENSACION CON LA DEL OTRO, SINO LA DISTRIBUCION PROPORCIONAL DE LAS CONSECUENCIAS PERJUDICIALES. PRESUPUESTOS DEL ARTICULO 1.902 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1973).

El 15 de abril de 1968, y a primera hora de la mañana, dos amigos, don Francisco González y don Ismael Fernández, tras haber pasado la noche en vela e ingerido demasiadas bebidas alcohólicas, decidieron, a instancias del primero, trasladarse en automóvil a dos localidades cercanas, donde don Francisco tenía que realizar varios encargos. A tal efecto, el repetido don Francisco propuso y convenció a don Ismael, experto conductor, para que llevase éste el vehículo, ocupando aquél el otro asiento delantero. A causa de lo fatigado que se encontraba y del excesivo alcohol consumido, el conductor se distrajo, perdió el dominio del coche y se salió de la carretera, con tan desafortunada maniobra que él mismo salió despedido del vehículo, falleciendo por efecto del fuerte golpe recibido. Al parecer, el otro ocupante, don Francisco, propietario del automóvil, resultó ileso en el percance. Entonces la viuda de don Ismael, sobreseído el oportuno sumario, reclama en vía civil de don Francisco y de su compañía de seguros una indemnización de 600.000 pesetas en concepto de daños y perjuicios. El Juez de Primera Instancia en funciones desestima la demanda, pero la Audiencia, en cambio, la acoge parcialmente, al condenar a don Francisco, con absolución de su entidad aseguradora, a abonar 150.000 pesetas a la viuda demandante. El subsiguiente recurso de casación se intenta fundar en los siguientes cuatro motivos: 1.º Violación del artículo 1.902 y doctrina legal concordante, pues de los tres presupuestos exigidos

para la aplicación de aquel artículo falta el requisito de la culpa. 2.º) Violación del artículo 1.902 y doctrina legal referente a la responsabilidad objetiva o por riesgo, pues esta responsabilidad no es sino una tendencia doctrinal no acogida legislativamente y, en cambio, aplicada por la sentencia recurrida. 3.º) Aplicación indebida de la doctrina legal sobre responsabilidad objetiva y carga de la prueba, pues ésta presupone que el causante del daño sea el conductor del automóvil, y la víctima, un tercero. 4.º) Violación de la doctrina legal referente a la compensación de culpas, pues en el caso de autos se dio, en último término, una concurrencia de culpas, donde la más grave del conductor debió absorber la del pasajero y propietario del vehículo. El Tribunal Supremo no da lugar al recurso.

Considerando que para que pueda ser acogido un motivo de casación, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es necesario que la sentencia recurrida haya infringido la norma o doctrina legal invocada por el impugnante, y que lo haya sido precisamente por el concepto que se aduzca, requisito que no concurre en los motivos primero y segundo, toda vez que acusada la infracción, por el concepto de violación, del artículo 1.902 del Código civil y de la doctrina legal concordante, la Sala sentenciadora no ha podido incidir en tal clase de infracción, puesto que descartado el aspecto positivo de la violación, ya que en tales motivos no se suscita cuestión alguna respecto a ese tema, en cuanto al otro aspecto, el negativo, de inaplicación o falta de aplicación, es evidente que lo que hace la sentencia combatida es aplicar al caso debatido el citado artículo 1.902 y la doctrina legal que lo interpreta, por lo que acaso podría haber incurrido en una aplicación indebida o en una interpretación errónea de los mismos, pero nunca en su violación en el aspecto negativo antes indicado.

Considerando que aun prescindiendo del fundamento anterior también serían inviables dichos motivos, dado que en el caso discutido concurren los tres requisitos que el recurrente echa de menos, a saber: 1.º) La acción o conducta positiva del mismo recurrente, consistente en proponer al señor Fernández—no obstante constarle que éste, aunque no estaba embriagado, había bebido demasiado—que ambos se trasladasen a dos localidades donde tenía que realizar varios encargos, y que al efecto condujese el señor Fernández el coche propiedad del proponente, ocupando éste el asiento contiguo al del conductor. 2.º) La culpa o negligencia del hoy impugnante, puesto que permitir e incluso proponer al repetido señor Fernández que realizara la conducción del vehículo después que ambos habían pasado toda la noche en vela e ingiriendo demasiadas bebidas alcohólicas, o sea, en condiciones notoriamente inadecuadas para emprender el viaje, como se declara en el cuarto considerando de la resolución combatida, entraña una falta del cuidado o diligencia exigible en las circunstancias que configuran concretamente el caso, mediante cuya aplicación podría haberse evitado el resultado. 3.º) El nexo causal entre la referida acción culposa y el daño, toda vez que aun cuando la causa inmediata de éste fue que, por lo fatigado que se encontraba y por las bebidas que había ingerido, el conductor se distrajo y perdió el dominio de los movimientos del coche, saliéndose éste de la carretera y resultando aquél despedido, quien por efecto del golpe recibido falleció seguidamente, no puede olvidarse que la causa mediata fue que el ahora recurrente permitió e incluso propuso a su amigo que realizase la conducción del vehículo a sabiendas de que se hallaba en circunstancias notoriamente inadecuadas para emprender el viaje proyectado.

Considerando que por las razones anteriores deben desestimarse los dos primeros motivos, así como el siguiente, ya que en éste se alega la infracción por aplicación indebida de la doctrina legal sobre responsabilidad objetiva y carga de la prueba en materia extracontractual, especialmente en los hechos de tráfico, pues si bien es cierto que la sentencia

impugnada menciona en el cuarto considerando esa doctrina, se trata de una alusión hecha a mayor abundamiento, no constitutiva, por tanto, del verdadero fundamento del fallo.

Considerando que si en el área del artículo 1.902 del Código civil y en las hipótesis de coexistencia o concurrencia de culpas ha mantenido esta Sala en algunas ocasiones el principio de la absorción del perjudicado por la del agente o viceversa, en atención a la mayor o menor importancia de una u otra, y el principio de la neutralización o compensación total de culpas de ambos cuando fueren de igual grado y de idéntica virtualidad jurídica (sentencias de 21 de diciembre de 1910, 13 de junio de 1932, 18 de enero de 1936 y 10 de julio de 1943), en el supuesto que ahora se examina no se dan los requisitos exigidos para la aplicación de tales principios dada la gravedad de la culpa del recurrente, siendo, por el contrario, más ajustado al caso el principio de la moderación o disminución de la cuantía de la indemnización, conforme al cual cuando a la realización del daño han contribuido causalmente la acción u omisión culposa del agente y la llamada «culpa» del perjudicado, ambas deben ser valoradas jurídicamente al efecto de determinar el *quantum* citado, reduciéndolo, en uso de la facultad conferida por el artículo 1.103 del referido Código, en proporción al grado de participación que en la producción del resultado haya tenido la conducta de la víctima, y habiéndose atendido a este principio la sentencia recurrida procede desestimar el cuarto y último motivo, y con él, la totalidad del recurso...

LA ATRIBUCION DE LOS FRUTOS AL COMPRADOR NO DERIVA DE UN DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE LA FINCA, SINO DE LA PERFECCION DEL CONTRATO DE COMPRAVENTA. RECURSO CONTRA EXTRALIMITACIONES COMETIDAS EN EJECUCION DE SENTENCIA (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1973).

En ejecución de sentencia, por la que se condenó al demandado, señor Salvador Moreno, a que elevase a escritura pública un contrato privado de compraventa de una finca y a que restituyese al actor, señor Leopoldo Reyes, los frutos percibidos desde 10 de septiembre de 1962, se dictó un auto, a instancia del acto, requiriendo al condenado a que liquidase también los frutos percibidos desde que cumplió el mandato de escrituración (21 de diciembre de 1967). El señor Moreno recurre el auto en reposición pretextando que la condena a elevar una compraventa a escritura pública no supone tránsito de la propiedad, cuestión que sería propia de otro proceso y de otra acción (la reivindicatoria), y que, por tanto, los frutos posteriores a la escritura que el auto le ordenaba liquidar sólo a él le pertenecían. El Juzgado deniega la reposición con costas; la Audiencia confirma el auto también con costas, y el señor Moreno articula un recurso de casación en dos motivos, fundados ambos en el artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero el Tribunal Supremo tampoco da lugar a él.

Considerando que para que el recurso de casación por infracción de Ley, autorizado por el artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pueda ser estimado es preciso que se produzca una divergencia o discordancia entre la sentencia firme recaída en el proceso de cognición y los términos en que se lleva a cabo su cumplimiento, cuestión cuyo enjuiciamiento requiere una confrontación o examen comparativo a fin de determinar si se ha incurrido o no en el exceso de poder en alguno de los dos únicos casos o supuestos que establece el indicado precepto legal.

Considerando que en el primer motivo del recurso se sostiene que habiendo la sentencia de cuya ejecución se trata condenado al demandado,

y hoy recurrente, a elevar a escritura pública el contrato de compraventa que suscribió con el actor en el documento privado acompañado a la demanda, así como a entregarle los frutos de la finca vendida producidos desde el día 10 de septiembre, la resolución recurrida provee en contradicción con lo ejecutoriado, al haber acordado se le requiera «para que en el término de tres días presente la liquidación de los frutos percibidos en la finca desde el día 10 de septiembre de 1968 hasta la fecha», por entender el recurrente que los frutos que ha de liquidar son los producidos entre el día 10 de septiembre de 1962 y el momento en que se otorgó aquella escritura pública en 21 de diciembre de 1967, la cual fue presentada en el Juzgado y entregada al actor el día 15 de enero de 1968, pero no los producidos con posterioridad, que sólo pueden ser reclamados por el demandante mediante el ejercicio de una acción reivindicatoria; mas al argumentar de ese modo no tiene en cuenta que la atribución de todos los frutos al comprador no deriva de un derecho de propiedad sobre la finca que los produce, sino de la perfección del contrato de compraventa, aun no teniendo todavía a su favor derecho real sobre la finca que compró, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.468 en relación con el 1.095, ambos del Código civil, y olvida que la condena a la entrega de frutos desde el día 10 de septiembre de 1962 que contiene la sentencia le viene impuesta en su condición de vendedor, y que si se dejó indeterminado el día final fue porque estando la finca objeto del contrato en su poder resultaba ser desconocida la fecha en que tendría lugar la entrega al comprador, en cuyo momento, y sólo entonces, cesaría la obligación de entregar los frutos por la confusión de derechos, y siendo así que dicha finca aún continúa en poder del vendedor, es llano que mientras esa situación persista subsiste también el derecho del comprador a todos los frutos, y ello en cumplimiento de la sentencia de cuya ejecución se trata, decayendo, en su consecuencia, el motivo examinado y también el segundo y último, que reprocha a la resolución impugnada de resolver puntos sustanciales no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia, toda vez que parte del supuesto, que establece por su cuenta el recurrente, de que se pronuncia tácitamente sobre si la escritura pública de 21 de diciembre de 1967 cumple o no lo ejecutoriado, cuando es lo cierto que tal supuesto es inexistente y que, por el contrario, consta en autos, y así lo admite el propio recurrente, que esa cuestión ha sido suscitada por el actor en una demanda incidental, que se sustancia en pieza separada y en cuyo incidente no ha recaído aún sentencia.

Si la escritura pública a que se elevó la compraventa no contenía ninguna salvedad en contrario, no cabe duda que su otorgamiento equivalía a la entrega de la finca (art. 1.462-2.º), y sumados ya los títulos y modos que requiere el artículo 609, el actor resultaba indiscutible propietario del inmueble; en consecuencia, no sólo es que le pertenecían los frutos posteriores *iure proprietatis* y no simplemente *iure emptionis*, sino que podría ejercitar las expeditivas acciones de recuperación de la finca que al titular del dominio conciernen. Sin duda, se hallaba *sub iudice* el valor y efectos de la escritura de 1967 (cf. el final del segundo considerando) y por eso el Tribunal Supremo se vio obligado a recordar que los frutos pertenecen al comprador en cuanto mero acreedor obligatorio, conclusión que, aunque incuestionable de *iure dato*, supone una injustificada excepción para los frutos respecto del sistema general de transmisión de la propiedad, tan injustificado como el tránsito de los riesgos por la mera perfección del contrato (art. 1.452) (1).

J. M. R. P.

(1) *Vide* recientemente sobre las excelencias para la compraventa civil del principio *periculum est emptoris*, excelencias que no compartimos, la completísima obra de MARIANO ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1972, especialmente págs. 224 y ss., y 303 y ss.

COMPRAVENTA: NO CONSTITUYE INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO POR PARTE DEL VENDEDOR EL NO TENER LA FINCA INSCRITA A SU NOMBRE EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1974).

Hechos.—Vendido un inmueble con precio aplazado e impagado éste por el comprador, demanda el vendedor la resolución del contrato. El demandado alega que previamente hubo incumplimiento por parte del actor, por no justificar que era dueño de la finca al no tenerla inscrita a su nombre. El Tribunal Supremo rechaza tal defensa.

Doctrina de la sentencia.—No es motivo para suponer que previamente existió un incumplimiento del contrato por parte del demandante el hecho de que el inmueble objeto de la compraventa no estuviese en el momento de la celebración de aquélla registrado a nombre del actor. Contra estas afirmaciones se alza el primer motivo del recurso, denunciándose en él que en ningún momento se acreditó que tal inmueble fuese de su propiedad, sin tener en cuenta que el recurrente, con su criterio, confunde, por una parte, el concepto de existencia del dominio con el de su inscripción en el Registro de la Propiedad y, por otra, la celebración del contrato, con la formalización del mismo en escritura pública, debiendo tener presente respecto al primer extremo que conforme a los principios inspiradores de nuestra legislación, la inscripción en el Registro de la Propiedad no es constitutiva de derechos, sino declarativa, ya que los derechos reales nacen, se transmiten y se extinguen fuera del Registro; por ello el ahora recurrente no puede suspender el pago del precio, porque resulta claro del contexto del artículo 1.502 del Código civil que solamente podría hacerlo el comprador cuando fuese éste perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida o tuviese fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, y es obvio que en el caso de los presentes autos no existe como real y cierta esa perturbación ni media tampoco un temor fundado, sin que sea eficaz el puramente hipotético que alega el recurrente.

EL PROMOTOR DE UN EDIFICIO DE PISOS ES EQUIPARABLE AL CONTRATISTA A LOS EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD QUE DETERMINA EL ARTICULO 1.591 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1974).

Hechos.—Una Comunidad de Propietarios de una casa demanda al promotor de la misma por ciertos defectos en la construcción. Se estimó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—El tema básico alrededor del cual gira el presente recurso es determinar si la moderna terminología de promotor de una construcción es o no equiparable a la de contratista a los efectos de la responsabilidad que determina el artículo 1.591 del Código civil o, por el contrario, queda al margen de aquélla y de la consiguiente responsabilidad; los demandados pretenden excluir aquella responsabilidad aduciendo que fueron unos meros propietarios del inmueble, que enajenaron una vez construido y que, en su caso, la única acción que podría ser ejercitada contra los mismos sería la de saneamiento, que se halla prescrita. La tesis de los demandados recurrentes es acertadamente desechada por la sentencia de Instancia, porque en el caso de autos los recurrentes promovieron la construcción del edificio sobre un solar de su propiedad

con la finalidad de enajenarlo por pisos; es cierto que el término de promotor no fue utilizado por el Código civil, por ser desconocido en aquella fecha el carácter de constructor con la amplitud y características del denominado actualmente promotor, que reúne en una misma persona generalmente el carácter de propietario del terreno, constructor y propietario de la edificación llevada a cabo sobre aquél, enajenante o vendedor de los diversos locales o pisos en régimen de propiedad horizontal y beneficiario del complejo negocio jurídico, lo que no obsta para que en la realización o ejecución del proyecto utilice personal más o menos especializado, al que ha de contratar, cual realiza también el simple contratista, y por ello la responsabilidad a que se refiere el artículo 1.591 recae sobre el promotor o constructor del edificio en su totalidad, a lo que no es obstáculo su carácter de propietario, que no le puede exonerar de la citada responsabilidad; otro criterio representaría el desamparo de los compradores de pisos adquiridos a través de esa modalidad de la construcción, por medio de la cual se lleva a cabo hoy día la mayoría de las adquisiciones de pisos de nueva planta, lo que no puede ser tutelado por la Ley.

PARA ALEGAR INCONGRUENCIA ES PRECISA LA CITA DEL ARTICULO 359 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Para impugnar el fallo alegando vicio de incongruencia es precisa la cita del artículo 359 de la Ley procesal civil, definidor de aquel defecto, precepto de orden sustantivo y no meramente procesal y que es requisito de carácter esencial para tal censura, siendo jurisprudencia reiterada la que declara que su omisión constituye causa suficiente para desestimar el motivo. Los requisitos de forma contenidos en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para el escrito de interposición del recurso de casación por infracción de Ley o doctrina legal son tan esenciales, que la omisión de cualquiera de ellos es óbice para la admisión del recurso, previniendo el párrafo segundo que si fueren dos o más los fundamentos del recurso, éstos se expresarán en párrafos separados y numerados, tendiendo indudablemente a que el escrito del recurso se formule con precisión y claridad para la mejor inteligencia de los problemas que plantea.

ARRENDAMIENTOS: LAS NORMAS QUE LAS PARTES SE IMPUSIERON AL CONTRATAR CONSTITUYEN LA PRIMERA LEY QUE HAY QUE OBSERVAR (SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1974).

Hechos.—Por culpa del arrendatario de una fábrica se produjo en ella una explosión que causó cuantiosos daños. El arrendador solicita indemnización de daños y perjuicios; el demandado-arrendatario alega que deben compensarse los daños con las mejoras, pero su defensa no es aceptada por el Supremo.

Doctrina de la sentencia.—El primero de los motivos denuncia la violación por no aplicación del artículo 1.573 en relación con el 488, ambos del Código civil, en cuanto aduce el recurrente que dichas normas atribuyen al arrendatario el derecho de compensar los «desperfectos» de los bienes con las «mejoras» que en ellos se hubieren hecho. En materia de contratación no ha de olvidarse que en la decisión del pleito ha de atenderse con

preferencia a las normas que las partes se impusieron al concertar sus voluntades, las cuales constituyen la primera Ley que hay que observar; habiéndose pactado en el contrato que las mejoras realizadas por el arrendatario quedarán a favor del arrendador a la terminación del contrato sin indemnización alguna, ello implica una regulación convencional del problema de las mejoras, que excluye la aplicación del artículo 487 del Código civil, y dada la estrecha relación existente entre el mismo y el 488 comprende también a éste.

SOCIEDAD DE GANANCIALES: SE HALLA LEGITIMADA LA MUJER PARA ACTUAR CUANDO ESTA AUTORIZADA POR EL MARIDO (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1974).

Hechos.—Un matrimonio avaló un préstamo de cuatro millones hecho a una Sociedad, y por el impago de ésta tuvieron que abonarlos. Reclama la mujer, asistida de su esposo, a la Sociedad el pago de esa cantidad; la Sociedad deudora se defiende no reconociendo personalidad a la mujer. No triunfó tal tesis.

Doctrina de la sentencia.—No puede impugnar o desconocer la personalidad o legitimación de un litigante quien dentro o fuera del pleito se la tenga reconocida. Aun cuando, en principio, la administración y representación e incluso la disposición con limitaciones de los bienes gananciales corresponda al marido, cuando conste, como en el caso de autos, que éste ha concedido su autorización, representación y consentimiento a la mujer, forzosamente se ha de entender que está legitimada para obrar o actuar judicial o extrajudicialmente en defensa de los intereses de la comunidad, sin que el hecho de que actúe en nombre propio pueda trascender a otro orden de relaciones que la de los intereses personales entre marido y mujer.

RECURSO DE CASACION: APORTACION DE DOCUMENTOS PRIVADOS COMO MEDIO DE PRUEBA (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—El párrafo tercero del artículo 502 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere única y exclusivamente a los documentos públicos cuyos originales existen en un protocolo o archivo oficial, en cuyo supuesto deberán presentarse con la demanda, bien por copia fehaciente o bien por copia simple si el interesado manifestare carecer de otra fehaciente, bien entendido que en este último caso no producirá ningún efecto si durante el término de prueba «no se llevare a los autos una copia del documento con los requisitos necesarios para que haga fe en juicio». Los documentos privados sólo deben acompañarse a la demanda, según se induce del párrafo segundo del aludido precepto, si los tuviere a su disposición el demandante, pues en otro supuesto le basta designar «el archivo o lugar en que se encuentren los originales».

RECURSO DE CASACION: RIGORISMO FORMAL (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—El rigorismo formal que impera en la regulación del recurso de casación condiciona la actividad de los litigantes no sólo en lo concerniente a los medios a emplear para impugnar las sentencias de Instancia, sino también respecto a la manera de utilizarlos; según

evidencian los razonamientos utilizados al desarrollar los motivos del recurso, todos tienen como característica común la de que el recurrente prescinde totalmente de la fundamentación de hecho de la sentencia impugnada, que ha de ser aceptada al no haber sido combatido eficazmente.

LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS ES COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE INSTANCIA (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—La sentencia recurrida establece la conclusión en que basa su fallo en una interpretación conjunta de la totalidad de las cláusulas generales y particulares del contrato, cosa que pretende soslayar la parte recurrente apoyándose únicamente en la literalidad de una de las cláusulas generales impresas, pretendiendo con ello, al margen de los elementos que ha tenido en cuenta el Tribunal *a quo*, sustituir con su criterio propio el de aquél, lo que, conforme tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala, es improcedente, por ser la cuestión de interpretación competencia de los Tribunales de Instancia.

ARRENDAMIENTOS URBANOS: VIGENTE YA EL CONTRATO, INCLUSO EL DERECHO DE PRORROGA ES RENUNCIABLE A VOLUNTAD DEL ARRENDATARIO (SENTENCIA DE 23 DE OCTUBRE DE 1974).

Hechos.—La propietaria del cine «Capitol» de Granada otorgó contrato de arrendamiento de éste con una Compañía explotadora; contrato que fue novado posteriormente, estableciéndose al fin un incremento de la renta si la arrendataria hacía uso de su derecho de prórroga. Como la Compañía se negó a pagar tal incremento estimando nula esa cláusula, la propietaria demanda y obtiene la declaración de su derecho.

Doctrina de la sentencia.—Se alega por el recurrente que una copiosa jurisprudencia de esta Sala consagra el principio de que es improcedente el incremento indiscriminado de la renta cuando no se ajuste con escala móvil de alzas y bajas, porque puede conculcar el irrenunciable derecho de prórroga consagrado por la Ley. Pero no es el derecho de prórroga lo que se discutió en el pleito, por el contrario, ambas partes están conformes en que al arrendatario le corresponde dicho derecho; lo que el arrendatario se niega a aceptar es el meramente de renta prepactada para caso de prórroga, apoyándose en la jurisprudencia antes aludida de este Tribunal. La aplicación de la prórroga ni siquiera se discute ni en el pleito ni en el recurso, sino la licitud del aumento de renta prepactado para caso de prórroga. Las sentencias citadas en el motivo segundo del recurso aluden a hipótesis totalmente distintas de las de autos no sólo por tratarse de arrendamientos de locales de negocios y no de arrendamientos de industria, sino porque el caso presente es diferente; en efecto, aquella jurisprudencia se refiere al incremento indeterminado de momento y determinable sólo conforme a ciertos «módulos de alza»; en este caso no es eso lo pactado, sino que con arreglo a la libertad de contratación, proclamada en el artículo 1.255 del Código civil y respetada por la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuando ya la parte arrendadora está en posesión legal de la finca arrendada, se pacta novando el primitivo contrato un aumento de renta, lo que lleva a la consideración de que si bien, como dice el artículo 6 de la Ley locativa, cualquier renuncia anticipada a los beneficios otorgados por ella se considera nula y sin ningún valor, no lo es cuando en plena posesión del contrato el arrendatario consiente voluntariamente

en elevar la renta y ratificar lo de los incrementos periódicos, pues vigente ya el contrato, incluso el derecho de prórroga es renunciable a voluntad del arrendatario.

EL RECURSO DE CASACION EN EL FONDO CARECE DE VIABILIDAD SI LAS DISPOSICIONES QUE SE INVOCAN NO TIENEN EL CONCEPTO DE LEYES DEL REINO (SENTENCIA DE 16 DE OCTUBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—El motivo único acusa la infracción por violación o falta de aplicación del artículo 23 del Reglamento del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivado del uso y circulación de vehículos de motor, motivo que no puede prevalecer porque reiteradamente tiene declarado este Supremo Tribunal que el recurso de casación en el fondo, que prevé el artículo 1.691, número 1.º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «carece de viabilidad si las disposiciones que se invocan no tienen el concepto de Leyes del Reino», como no lo tienen los Decretos emanados de la Administración ni las prescripciones del mismo origen cuyo rango sea meramente reglamentario, rango y carácter que pese a la autorización contenida en la disposición final quinta de la Ley 122/1962, de 24 de diciembre, ostenta la norma citada al principio, por lo que procede declarar no haber lugar al recurso.

ACTOS PROPIOS: SOLICITANDOSE POR EL DEMANDADO LA CADUCIDAD DE LA INSTANCIA Y ALTERNATIVAMENTE RECURSO DE APELACION, QUE FUE ADMITIDO, NO PUEDE INVOCAR TAL CADUCIDAD DESPUES EN EL RECURSO DE CASACION (SENTENCIA DE 4 DE OCTUBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Es también reiterada y uniforme la doctrina jurisprudencial en el sentido de que la incompetencia de jurisdicción, cuya infracción se sanciona en la causa sexta del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es la estrictamente territorial, quedando al margen de ella otro tipo de cuestiones; el actual recurrente, que fue demandado en el pleito de que traen causa estas actuaciones, lo fue en rebeldía durante la Primera Instancia, personándose como apelante en el trámite correspondiente con un escrito en que se contenían dos peticiones alternativas: una, que se declarase la caducidad de la Instancia—en que ahora se apoya—, y otra, que se admitiera la apelación de la sentencia dictada en primer grado; habiendo sido desestimado lo primero y admitido el recurso con total y pleno acatamiento del apelante, en cuyo concepto compareció y actuó, manteniendo el recurso en todos sus trámites, en abierta contradicción con lo que en este momento pone de manifiesto y con vulneración de la doctrina de los actos propios elaborada y mantenida inalterablemente por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo.

EJECUCION DE SENTENCIA (SENTENCIA DE 3 DE OCTUBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Al condenar la sentencia firme en el tercer apartado del fallo «a rendir cuentas de la comunidad de explotación», es evidente que la entrega de frutos está comprendida en dicho pronunciamiento, ya que no puede retrasarse la de la parte correspondiente a la recurrida haciendo propios los frutos de la finca pertenecientes al período

en que tal retraso se produjo, por lo que por dicho motivo el auto recurrido no ha acordado en contra de lo ejecutoriado.

EJECUCION DE SENTENCIA (SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—El recurrido auto ni resuelve puntos no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia o se provee en contradicción con lo ejecutoriado, toda vez que no haciendo sino mantener la referida providencia, ésta se conforma a lo dispuesto en auto, que, como se ha expresado, quedó firme, lo que hace sean desestimados los motivos.

LAUDO ARBITRAL: NO PUEDEN LOS ARBITROS PRORROGAR EL PLAZO EN QUE EL LAUDO HABIA DE SER EMITIDO, AUNQUE SEA PARA PRACTICAR NUEVAS PRUEBAS, PARA MEJOR PROVEER (SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Ateniéndonos a la naturaleza esencialmente contractual antes que jurisdiccional del arbitraje de Derecho privado, no exento de un rigorismo formal en cuanto al procedimiento se refiere, que, como declara el artículo 26 de la Ley especial, «en ningún caso podrá ser modificado por convenio entre las partes», de lo que es de destacar que únicamente a las partes comprometidas corresponde determinar o señalar el plazo o término en que los árbitros hayan de pronunciar el laudo; si bien es cierto que, conforme a la regla cuarta del artículo 27 de dicha Ley especial, en el plazo de prueba podrá practicarse cualquier clase de las propuestas por las partes o incluso por iniciativa de los árbitros, para cuya celebración acude la Ley a las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de entenderse que si los árbitros proponen la práctica de pruebas, lo ha de ser en el propio plazo que para su proposición y práctica señalaron, por lo que no es posible equiparar aquella posible iniciativa con la facultad que para mejor proveer se concede por la Ley de Enjuiciamiento Civil a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria; supuesto que no se da en el juicio arbitral, en el que los árbitros gozan dentro del período de proposición y práctica de prueba de idénticas facultades que las propias partes, sin que, por tanto, y en ningún caso, puedan arrogarse facultades que la Ley no les concede, y bajo su dictado acordar la suspensión y prórroga de aquel plazo, que por su índole sustancialmente contractual es prerrogativa que sólo a las partes comprometidas corresponde.

CULPA AQUILIANA: LA OBJETIVACION ESPECIFICA DE LA RESPONSABILIDAD ES MAS EXIGIBLE CUANDO CONCURREN RAZONES PROFESIONALES (SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1974).

Hechos.—Un obrero español que venía de Alemania a pasar las vacaciones de Navidad tomó un taxi para que le condujera a su pueblo. En una curva muy cerrada y con hielo en la carretera patinó el coche y cayó por un barranco, recibiendo el obrero graves lesiones y quedando con una incapacidad parcial para su trabajo. El taxista y la Aseguradora son condenados a indemnizar.

Doctrina de la sentencia.—El demandado taxista conducía el coche de su propiedad y al llegar donde la calzada se dispone en una curva muy

cerrada de giro a la derecha, al salir de la misma el coche patinó por consecuencia de la existencia de hielo, y siendo el demandado taxista, conocedor de la carretera, peligrosa en ese punto, debía haber adoptado unas precauciones que no tomó, ya que su velocidad era excesiva, es decir, que el conductor demandado maniobró con una patente falta de prudencia dada la peligrosidad por sí sola de la curva, agravada por el hielo, que hacía excesiva la velocidad de la marcha, conducta suficiente para considerar aplicable al caso de autos el artículo 1.902 del Código civil, pues si bien es cierto que toda acción u omisión determinante del daño indemnizable se presume siempre culposa, a no ser que su autor acredite haber actuado con el cuidado y diligencia que requieren las circunstancias de lugar y tiempo en el caso concreto.

En el de autos esta objetivación específica es más exigible por razones profesionales, que obligaban al conductor a una mayor diligente y precaución en los trazados peligrosos que le eran conocidos.

RESOLUCION DE CONTRATO (SENTENCIA DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 1974).

Hechos.—El arrendador de una finca rústica solicita la resolución del arrendamiento por falta de pago de la renta por parte del arrendatario. Igualmente pide indemnización por unos árboles cortados por el arrendatario sin tener derecho a ello.

Doctrina de la sentencia.—Regulando el artículo 1.124 del Código civil una facultad atribuida a la parte perjudicada ante el quebrantamiento de las obligaciones que la otra libremente contrajo, a aquélla le asiste el derecho de opción entre exigir su cumplimiento o la resolución del contrato con la indemnización que le corresponde y que como sanción le impone el Juzgador, por lo que sólo existe incompatibilidad entre la petición de resolución del contrato y de cumplimiento; pero basada aquélla en la falta de pago del precio de arrendamiento entra en juego el principio de reciprocidad perfecta y nada obsta a que, además, se obligue al arrendatario demandado al cumplimiento del pacto, en virtud del cual se comprometía a entregar al propietario en su domicilio los árboles que por cualquier motivo fuese necesario cortar, condenando a devolverlos en especie en la forma expresada o bien mediante el pago de la suma en que aquéllos fueron pericialmente tasados, por tratarse de una obligación accesoria que ha sido objeto de petición especial por el actor.

CONTRATO DE EJECUCION DE OBRA: LA FACULTAD DE DESISTIR CONCEDIDA AL DUEÑO DE LA OBRA POR EL ARTICULO 1.594 DEL CODIGO CIVIL, NO PUEDE EJERCERSE IMPUNEMENTE (SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Hechos.—Una Sociedad española encargó a otra, suiza de nacionalidad, que le construyera una máquina para taladrar cañones de carabinas, pero posteriormente desistió de su encargo. La Empresa suiza demanda a la española y obtiene indemnización.

Doctrina de la sentencia.—Esa facultad de desistir que le concede al dueño el artículo 1.594 del Código civil en este tipo de contratos, no puede ejercerse impunemente, según el propio precepto legal, en perjuicio del

contratista, al que hay que indemnizar de todos sus gastos, trabajo y utilidad o beneficio industrial que pudiese obtener de la obra, y estando fijado el precio para la obra encargada por coincidencia de las partes en el contrato y no habiendo discusión posible sobre este extremo, queda como único problema el de la fijación de los porcentajes, a cuyo efecto basta con leer el considerando quinto de los aceptados de la sentencia de primer grado para comprobar que en el mismo se afirma rotundamente «que se ha evidenciado que la utilidad o ganancia que habría de producir al demandante la construcción de la máquina contratada asciende a un 15 por 100 del total del precio convenido». En su virtud no puede darse lugar a ninguno de los dos motivos del recurso, pues se limitan ambos a la afirmación, infundada y gratuita, de que sin estar acreditada su realidad, en el caso presente se ha concedido indebidamente la indemnización por lucro cesante, debiendo añadirse que en el motivo primero concurre también un defecto formal que lo vicia de inadmisión, al denunciar simultáneamente la infracción de los preceptos que cita por violación e interpretación errónea, conceptos perfectamente diferenciados y cuya atribución simultánea introduce una confusión lamentable.

LA VENTA A SABIENDAS DE UN LOCAL COMO HABITABLE SIN SERLO CONSTITUYE CAUSA ILICITA DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1974).

Hechos.—El demandado vendió al actor un desván, cuyo destino a vivienda estaba prohibido por las Ordenanzas Municipales. El comprador demanda y obtiene la nulidad de tal compraventa.

Doctrina de la sentencia.—Según establecen los hechos declarados probados, «el demandado vendió a los actores un local abuhardillado habilitado para vivienda por precio de 350.000 pesetas, local construido sin la correspondiente licencia municipal y cuyo destino a vivienda estaba prohibido por las Ordenanzas vigentes». Ante tales hechos es evidente la improsperabilidad de los cinco motivos articulados, puesto que en cuanto a los dos primeros, que acusan la aplicación indebida y la interpretación errónea del artículo 1.275 del Código civil, la venta de un local como habitable sin serlo, a sabiendas de que tal destino resulta prohibido por la Ley, es evidente que constituye la causa ilícita declarada por el Tribunal de Instancia.

Estimada la existencia de causa ilícita en el contrato, la concurrencia de dolo en el vendedor y error *in substantia* en el comprador, resulta inoperante a efectos del fallo, que no puede sufrir modificación alguna, cualquiera que sea la estimación del Tribunal sobre la existencia de estos vicios del consentimiento. Tampoco puede prosperar el quinto motivo, en que se denuncia violación del artículo 1.301 del Código civil, puesto que los plazos de prescripción señalados en el mismo no son de aplicación a los contratos inexistentes por causa ilícita.

ES INCONGRUENTE LA SENTENCIA QUE ORDENA LA PRACTICA DE UNA RENDICION DE CUENTAS NO PEDIDA POR LAS PARTES (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Estos demandados, ahora recurrentes, no accionaron en sus escritos de contestación y réplica sobre esta cuestión, ahora surgida en esta fase extraordinaria del proceso, sino que se limita-

ron entonces a solicitar frente al suplico del escrito inicial de demanda la absolución de lo en ella pedido, y es por ello que en ningún momento los Tribunales pueden imponer una resolución que los propios litigantes no demandaron, desbordándose los límites del recurso e incurriendo con ello en incongruencia, con infracción de la doctrina de este Tribunal en el aspecto de rendición de cuentas, que sientan el criterio de que es incongruente la sentencia que ordena la práctica de una rendición de cuentas no pedida por las partes.

INCONGRUENCIA: UNA EXCEPCION NO ALEGADA POR EL DEMANDADO NO PUEDE SERVIR DE BASE AL FALLO ABSOLUTORIO
(SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1974).

Hechos.—La Organización Sindical cedió en arrendamiento varios locales suyos para su explotación, pero luego se niega a poner al arrendatario en posesión de los mismos. El arrendatario demanda a la Organización Sindical y triunfa, pues la sentencia absolutoria de la Audiencia es casada por el Supremo.

Doctrina de la sentencia.—El motivo quinto aduce que la sentencia recurrida no es congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, con lo que se vulnera lo preceptuado por el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; motivo que merece ser acogido dado que aquella resolución funda su parte dispositiva en que entre las partes «hubo unos tratos, cuyo estado en un momento determinado se documentó para asegurar una posible promesa, pero no la expresión de una voluntad formada y formal igual al consentimiento en un contrato», hecho capital que por no haber sido alegado como excepción por la Organización Sindical demandada al oponerse a la pretensión del actor, no podía servir de base al fallo absolutorio pronunciado por la Sala sentenciadora sin quebrantar la citada norma de la Ley de enjuiciar.

DOCUMENTOS AUTENTICOS: REQUISITOS (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Los documentos que aunque reúnan los requisitos intrínsecos necesarios para su legitimidad, no acreditan inequívocamente por su contenido lo que mediante ellos pretenden justificar los recurrentes, carecen del requisito de autosuficiencia, que es uno de los atribuidos al documento por la doctrina de esta Sala para que pueda ser calificado de auténtico.

La presunción del artículo 1.277 del Código civil exonera de la carga de la prueba a los favorecidos por ella, pero por ser presunción *juris tantum* admite la prueba en contrario, por cualquiera de los medios probatorios admitidos en Derecho.

QUEBRANTAMIENTO DE FORMA (SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—El recurso por quebrantamiento de forma, como todos los de casación, se configura en todos los ordenamientos jurídicos con carácter esencialmente técnico, exigiéndose que en el escrito de formulación se cumplan inexcusablemente ciertos y determinados requisitos. Nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil no podía sustraerse a este prin-

cipio general y en el artículo 1.693 determina de modo concreto y taxativo las formalidades esenciales, cuya omisión o incumplimiento puede dar motivo a la casación, sin que a tales efectos puedan admitirse otros. Por tanto, en el escrito de formalización deberán exponerse separadamente cada uno de los vicios *in procedendo* que se denuncian, incardinando cada uno de ellos en el respectivo número del artículo 1.693 en que se ampara, sin que sea lícito subsanar tales defectos de formulación en el acto de la vista. Es requisito esencial precisar el precepto legal que se supone vulnerado y la causa en que consiste tal vulneración, requisito que la jurisprudencia viene exigiendo con uniforme reiteración.

VALORACION PROBATORIA (SENTENCIA DE 10 DE DICIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Los documentos que fueron tenidos en cuenta y valorados por la Sala de Instancia, según constante doctrina de esta Sala, no pueden invocarse como fundamento del error de hecho, salvo que se impugne el contenido de ellos por interpretación errónea por el ordinal primero del artículo 1.692, que sería el utilizado correctamente.

Para que se pueda infringir una norma de valoración probatoria por inaplicación es absolutamente necesario deje de ser tenida en cuenta y, por tanto, no se atribuya al medio de prueba tasado cuya valoración regule la eficacia correspondiente.

ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Según tiene proclamado con reiteración la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, el rigor formal característico de los recursos extraordinarios, como es el de infracción de Ley que aquí se interpone, lleva consigo la exigencia de claridad y precisión contenidas en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que no es compatible con la alegación conjunta e indiferenciada de dos o más de las infracciones señaladas con el número primero del citado artículo 1.692.

Se alega error de hecho en la apreciación de la prueba que se dice resulta de *actos auténticos* que revelan la equivocación evidente del Juzgador, aduciendo como tales determinadas actitudes procesales de las partes litigantes que carecen del pretendido carácter, porque ni son actos propiamente dichos, pues consisten en meras afirmaciones que las representaciones letradas hacen figurar en los escritos forenses, ni en sí mismos considerados pueden reputarse de auténticos en cuanto son simples reflejos de la postura particular e interesada que conviene a cada una de las partes.

RECURSO DE CASACION: NATURALEZA EXCEPCIONAL (SENTENCIA DE 21 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Como con reiteración ha declarado la jurisprudencia de esta Sala, el recurso de casación por infracción de Ley y doctrina legal es de naturaleza tan excepcional y extraordinaria, que su interposición se halla sometida en nuestro Ordenamiento jurídico a un tratamiento tan rigurosamente formalista, que para su efectividad requiere no sólo que quien pretenda valerse de él exprese con claridad y precisión la Ley y doctrina legal que estime infringida, sino también el concepto en que lo haya sido, sin que sea lícito hacerlo de forma dubitativa o entre-

mezclando dos conceptos diferentes, como los de violación e interpretación errónea, por ser éstos de contenido distinto; a la acción dirigida a reclamar daños y perjuicios derivados de culpa extracontractual comprendida en el artículo 1.902 del Código civil, como es la ejercida en la hipótesis que aquí se contempla, no le son aplicables las disposiciones que regulan la exigibilidad de determinados contratos o las indemnizaciones que de su incumplimiento dimanar dada la diferencia que entre ambas clases de culpa se señalan por la jurisprudencia de esta Sala.

LA PRESENTACION DE UN DOCUMENTO EN QUE SE RECOGE UNA PROMESA UNILATERAL EN LA OFICINA LIQUIDADORA DE DERECHOS REALES ES UNA EXPRESION DE LA ACEPTACION (SENTENCIA DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—No puede ponerse en duda la aceptación de la promesa por don Arturo, quien conservó en todo momento el documento cuestionado y lo presentó, pocos días después de su redacción y firma por don Ignacio, en un Registro público, como lo es la Oficina Liquidadora de Derechos Reales, acto que no revela únicamente pretender cumplir un requisito fiscal, sino que es una manifiesta expresión de la aceptación del ofrecimiento que en el mismo se hace por parte del destinatario de tal declaración, porque de no ser así resultaría totalmente ilógico que pretendiese pagar un impuesto por una transmisión de un derecho a su favor que no había aceptado.

ALCANCE DEL ARTICULO 1.124 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—La doctrina de esta Sala viene sentando que para fijar el alcance del artículo 1.124 del Código civil es preciso tener en cuenta que este precepto normativo de la llamada «acción de resolución» responde a un principio de equidad, según el cual, dada la condición recíprocamente subordinada de las obligaciones bilaterales, es razonable liberar a cualquiera de las partes intervinientes de las obligaciones que privativamente les incumben cuando la contraria deja incumplidas las suyas, pero siempre evitando que se pronuncie la «resolución del vínculo contractual» en aquellos supuestos en que no se patentice de modo indubitado bien una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, bien un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable lo impida.

LIQUIDACION DE UNA SOCIEDAD CIVIL (SENTENCIA DE 7 DE DICIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—El artículo 1.061 del Código civil dice que «se ha de guardar la posible igualdad haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos (en este caso socios) cosas de la misma naturaleza, calidad o especie», es decir, que esta exigencia relativa a las cosas que se adjudican se refiere no a que todos tengan que participar de los mismos objetos, sino que los que se entregan a cada uno deberán reunir aquellas condiciones, que es precisamente lo que aquí hicieron los Juzgadores de Instancia.

LA NEGATIVA POR PARTE DEL VENDEDOR DE UNA FINCA AL OTORGAMIENTO DE LA ESCRITURA PÚBLICA A FAVOR DEL COMPRADOR CONSTITUYE UN INCUMPLIMIENTO DE UNA PRESTACIÓN ESENCIAL DEL CONTRATO (SENTENCIA DE 30 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Hechos.—Don Eugenio compró un piso a don Leandro, lo pagó puntualmente y se instaló en él. Al requerir don Eugenio al vendedor a que le otorgara escritura pública y resistirse aquél en varias ocasiones demanda la resolución del contrato. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia, que estimó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—La formalización en escritura pública de la compraventa del piso es *no solamente* una facultad legal que otorga a ambos contratantes, y, por consecuencia, al comprador, el juego conjunto de los artículos 1.280 y 1.279 del Código civil, *sino que es también* en el caso de autos una obligación contractual expresamente estipulada. En el motivo segundo se impugna la sentencia atribuyéndole violación por inaplicación de la doctrina legal establecida por las sentencias que señalaba, según cuya doctrina para que proceda la resolución de un contrato perfeccionado y válidamente pactado, por razón de incumplimiento realizado por cualquiera de las partes, es preciso que ese incumplimiento afecte a una de las prestaciones esenciales del contrato; toda la tesis del recurrente descansa en la aseveración gratuita de que la elevación a escritura pública no es una obligación principal, sino simplemente secundaria, siendo así que la resolución recurrida, con adecuados fundamentos legales, afirma lo contrario, pues constata que el compelimiento al vendedor para que formalice la escritura pública es el ejercicio de una facultad legal que se otorga a ambas partes contratantes, y, por consecuencia, al comprador, por el juego conjunto de los artículos 1.280 y 1.279 del Código civil; que, además, en el caso de autos existe la obligación contractual expresamente estipulada, y que la falta de cumplimiento por el vendedor de tal obligación constituye un verdadero y propio incumplimiento de una obligación trascendental.

ERROR DE DERECHO EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1974).

Hechos.—Un avión que fumigaba una finca dejó caer, por efecto del viento, parte del herbicida sobre otra contigua destruyendo su cosecha de remolacha. El piloto y la Compañía de Aviación son condenados a indemnizar.

Doctrina de la sentencia.—El primer motivo, que se formula al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de derecho en la apreciación de la prueba pericial, citando como infringidos por interpretación errónea los artículos 1.243 y 1.214 del Código civil y los 631 y 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tanto porque al declarar los últimos que la prueba pericial es de libre apreciación del Juzgador, como porque los citados del Código civil no dan reglas de valoración, ninguno de dichos preceptos contienen normas de apreciación de prueba y, además, el desarrollo del motivo no hace otra cosa que establecer la propia interpretación del recurrente, contraria en todo a la del Tribunal *a quo*.

NO EXISTE NOVACION CUANDO UNICAMENTE SE ESTABLECE UNA PRORROGA PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION (SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1974).

Doctrina de la sentencia.—Los motivos del recurso parten de estimar que lo convenido en el acto de conciliación modifica sustancialmente el contenido del contrato otorgado por ambas partes, cuando realmente lo único que establece es una prórroga de cinco meses para el cumplimiento de la obligación sin declarar la existencia de novación y, por tanto, de acuerdo con la reiterada doctrina de esta Sala, no existe la misma ni, por ende, de tales documentos surge con claridad y precisión dicha figura jurídica, procediendo, en consecuencia, la desestimación de los motivos.

J. Q. S.

IV. DERECHO DE FAMILIA

DEMANDA DE MEDIDAS PROVISIONALES PREVIAS A LA SEPARACION CONYUGAL INTERPUESTA POR LA ESPOSA: *la interposición posterior por el marido y el problema de si procede o no la acumulación al pleito iniciado por la esposa; la competencia territorial y la prolongación de la jurisdicción, y la fecha para el cómputo de la antigüedad a efectos de la acumulación.* GORDILLO c. LONGO (SENTENCIA DE 6 DE JUNIO DE 1972).

Antecedentes.—I) La esposa demandante presentó escrito ante el correspondiente Juzgado de Madrid con fecha 28 de julio de 1971 solicitando la adopción de medidas provisionales de separación conyugal contra su esposo, residente en otra población, y entre estas medidas las siguientes: la separación provisional de su esposo, la guarda y custodia de sus hijos menores, la aprobación como domicilio del que tiene el abuelo materno en Madrid y que le sean entregadas las ropas y efectos personales de ella y sus hijos bajo inventario. Con fecha 13 de agosto de 1971, el Juzgado dictó auto, en el que se acordaban dichas medidas previas solicitadas y se hacía saber a la solicitante que las mismas quedarían sin efecto si en el término de los treinta días siguientes no se acreditaba la interposición de la demanda de separación ante el Tribunal Eclesiástico correspondiente o en cuanto se justifique su inadmisión.

II) La representación de la esposa presentó escrito ante el mismo Juzgado de Madrid con fecha 26 de noviembre de 1971, al que acompañaba certificación de haberle sido admitida por el Tribunal Eclesiástico de la provincia de... la demanda de separación de su esposo, y solicitaba la adopción de las siguientes medidas provisionales: 1) la separación de los cónyuges, ratificando el auto de 13 de agosto del mismo Juzgado; 2) la guarda y custodia de los cinco hijos del matrimonio en poder de la madre, ratificando el dicho auto de 13 de agosto, y fijando el régimen de comunicación y visitas a los hijos por su padre en el período de ejecución de sentencia; 3) aprobar como domicilio de la esposa e hijos el que indica; 4) señalar alimentos a la esposa e hijos en cuantía de 50.000 pesetas mensuales, por mensualidades anticipadas; 5) fijar en concepto de «litis expensas» la cantidad de 250.000 pesetas para atender a las costas de los litigios interconyugales, cantidad a abonar previa su justificación documental y dado que la esposa—casada en régimen de gananciales—carece de bienes e ingresos propios; 6) mantener al marido en la administración de los bienes gananciales, si bien deberá necesitar licencia judicial para los actos que excedan de la administración ordinaria, y para su efectividad se formará inventario de los bienes gananciales existentes.

III) El marido presenta escrito ante el Juzgado de..., donde tenía el domicilio el matrimonio, con fecha 24 de noviembre de 1971, en el que, pre-

via la justificación de la admisión por el Tribunal Eclesiástico de la provincia de la demanda de separación formulada por su esposa, solicitaba las siguientes medidas provisionales: 1) la separación provisional de los cónyuges; 2) fijar como domicilio de la esposa el que ella señale; 3) que el marido continúe en la administración de los bienes gananciales y en la administración y disposición de los suyos privativos; 4) que el marido continúe en el uso de la vivienda común; 5) que los hijos queden en poder del padre por ser el ambiente en que vive el más idóneo para su educación; 6) señalar alimentos a la esposa según se solicite. Por el Juzgado de... se dictó providencia señalando como fecha para la comparecencia, prevista en el artículo 1.897 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el día 7 de diciembre de 1971, y se libró exhorto al Juzgado decano de los de Madrid para la citación de la esposa. Comparecidos demandante y su esposa, aquél representado y ésta sin representación ni defensa, el Juez acordó señalar nuevamente la comparecencia para el día 11 de enero de 1972.

IV) Posteriormente al escrito presentado por el marido (el 3 de diciembre de 1971) la representación de la esposa presenta escrito al mismo Juzgado de Madrid conocedor de las actuaciones precedentes solicitando la acumulación de autos entre los presentes y los que se siguen en... a instancia del marido y haciendo constar: 1.º) que la demanda del marido lleva fecha de 24 de noviembre de 1971, lo que justifica con la cédula de notificación y citación a la esposa recibida por exhorto; 2.º) que los presentes autos son muy anteriores a los promovidos por el esposo, y a éstos deben acumularse los iniciados con posterioridad ante el Juzgado de..., como dispone el artículo 171 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que la solicitud de la esposa es de fecha 28 de julio de 1971, y a tal razón de prioridad temporal y a la «vis atractiva» del pleito más antiguo sobre el más moderno se une la prescripción taxativa del artículo 1.892-2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto de las «segundas» medidas de separación; 3.º) la intención del marido es clara: retraer la adopción de medidas provisionales para el señalamiento de alimentos y litis expensas por todo el tiempo que tarde en sustanciarse la acumulación de autos; 4.º) del presente escrito se acompañan copias para el Ministerio Fiscal y el marido de la demandante; 5.º) conforme al artículo 184 de la Ley de Enjuiciamiento Civil deberá quedar en suspenso la sustanciación de ambos pleitos hasta que se decida finalmente sobre la acumulación, y dado el señalamiento hecho por el Juzgado de... para el día 7 de diciembre procede decretar la suspensión de este procedimiento y dirigir exhorto al Juzgado de... para que se suspenda igualmente la sustanciación del pleito cuya acumulación se pide. Terminaba con la súplica de que se dicte auto estimando procedente la acumulación solicitada, ordenando al Juzgado de... que le remita los autos, acordando la suspensión referida en el artículo 184 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y notificando con carácter urgentísimo al Juzgado de... la existencia de la presente acumulación de autos para que dé cumplimiento al citado artículo 184 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por el Juzgado dicho de Madrid se dictó auto de fecha 28 de diciembre de 1971, declarando procedente la acumulación solicitada y acordando dirigir oficio al Juzgado de... pidiéndole la remisión de los autos al objeto de acumularlos a los presentes.

V) Recibido en el Juzgado de... el oficio del Juzgado de Madrid solicitando la remisión de los autos, al objeto de acumularlos a los seguidos ante el Juzgado de Madrid, por dicho Juez de... se dictó providencia el día 11 de enero de 1972, acordando la suspensión de la comparecencia señalada para dicho día y dar traslado al marido demandante ante dicho Juzgado. Este se opuso a la acumulación solicitada, por estimar que dicha acumulación era en realidad una cuestión de competencia prohibida por

el artículo 1.892 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por ser el procedimiento iniciado en... de fecha anterior (24 de noviembre de 1971) al presentado ante el Juzgado de Madrid (3 de diciembre de 1971) y por someterse la esposa tácitamente al Juzgado de... en la comparecencia de 7 de diciembre de 1971. El Juzgado de... dictó auto con fecha 17 de enero de 1972, por el que acordó no haber lugar a la acumulación solicitada por el Juzgado de Madrid.

VI) Recibido en el Juzgado de... el oficio del Juzgado de Madrid en que participaba su resolución, acordó también remitir sus actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo para la resolución del conflicto planteado. Cada una de las partes compareció ante dicha Sala Primera, y previa la declaración de ser los autos conclusos, se mandaron traer a la vista con las debidas citaciones.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que fue ponente don Antonio Cantos Guerrero, declara la procedencia de la acumulación en mérito de la siguiente doctrina:

Considerando que la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su redacción vigente, al regular en su artículo 1.881 las «primeras» medidas provisionales *para caso de separación, parte de dos supuestos que son inherentes a su naturaleza: de un lado, su carácter de «urgentes» al proveer a una situación de emergencia y, de otro, tiende a limitarlas a lo indispensable*, dada la urgencia transitoria de la situación que establezca, que ha de durar sólo hasta que se entable el pleito de separación; y por ello prescribe un procedimiento rápido a través del cual se da estado de derecho a la separación real creada por la emergencia; da a su actuación una vigencia de sólo treinta días, que son los que se creen indispensables para presentar la demanda de separación ante el Tribunal competente (artículo 1.885), y cuida de que no se demore el procedimiento prohibiendo que plantee ninguna cuestión de competencia (art. 1.884), para lo cual le confiere al Juez de Primera Instancia del domicilio de la mujer, el cual, cuando ha precedido la separación de hecho, puede no ser el conyugal.

Considerando que *una vez interpuesta la demanda de separación*, el artículo 1.886 y siguientes de la Ley Procesal Civil permite que acudan los esposos al Juez de nuevo *para que éste establezca, dentro siempre de la provisionalidad, el régimen jurídico que han de seguir las relaciones personales entre los esposos y sus hijos, así como las patrimoniales, mientras que la situación conflictiva no se resuelva de forma definitiva por el Tribunal competente*, fijando en su artículo 1.892, párrafo segundo, como *Juez competente* para estas supuestas medidas provisionales «el mismo a que se refiere el artículo 1.881 si hubiese precedido el auto a que dicho artículo se refiere, y sólo subsidiariamente, cuando dicho auto no se hubiese dictado, el del lugar del último domicilio conyugal»; *prohibiendo* el mismo precepto en su apartado tercero, también para estas «segundas» medidas, *todo planteamiento de competencias*.

Considerando que *en el presente caso se interpuso por el marido en 24 de noviembre de 1971, después de presentada por la esposa demanda de separación* ante el Tribunal Eclesiástico de Córdoba, *demanda de medidas provisionales*, al amparo del artículo 1.886 de la Ley Procesal Civil, ante el Juez de Instrucción de..., o sea, *ante Juez distinto del que había dictado las «primeras» medidas provisionales con relación a su matrimonio, a sabiendas de que aquéllas se encontraban en trámite*, porque ante el Juez que las acordó había comparecido el marido (escrito de 14 de agosto de 1971) y habiendo sido tenido como parte, postulado (escrito de 3 de septiembre de 1971) e incluso recurrido de sus acuerdos (escrito de 3 de octubre del mismo año), *y como la mujer planteó igual pretensión ante el Juzgado número... de los de Madrid*, que había conocido de las «primeras», para que no se divida la continencia de la causa, párrafo quin-

to del artículo 161 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la propia esposa pidió la acumulación de las diligencias que se seguían en Madrid, y al no acceder a ello aquel Juzgado fueron enviadas a este Tribunal ambas actuaciones para la pertinente resolución como superior común de ambos.

Considerando que *descartada toda alegación de competencia territorial*, que sería contraria a lo dispuesto por la Ley, la decisión de este Tribunal ha de fundarse en las sumarias normas que para el caso de acumulación de autos prescriben los artículos 160 y siguientes de nuestra Ley Procesal Civil, y al aplicar la regla segunda del artículo 171, acordar la acumulación de los autos más modernos a los más antiguos en el orden del tiempo.

Considerando que *en el caso concreto que nos ocupa*, por la remisión del artículo 1.892, párrafo segundo, a que antes nos hemos referido, *el Juez que acordó las «primeras» medidas prolonga su jurisdicción hasta conocer de aquellas que se pretenden después de interpuesta ante el Tribunal Eclesiástico la demanda de separación; por tanto, para decidir sobre la antigüedad a efectos de acumulación no ha de partirse de la fecha en que se pidió por cada una de las partes ante distinto Juzgado la aplicación de las medidas provisionales*, a que se refiere el artículo 1.886: el marido ante el de Lucena el 24 de noviembre de 1971, y la mujer ante el de Madrid el 26 del mismo mes y año, *sino de la fecha del 28 de julio de 1971, en que por la esposa se pidió la adopción de las «primeras» medidas provisionales*, al amparo del artículo 1.881 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *ante los Juzgados de Madrid*, donde había fijado su domicilio, con sus hijos, en casa de sus padres, al producirse la separación de hecho fundada en la alegación de malos tratos; petición que se turna al Juzgado número... de esta plaza, el cual por auto de 13 de agosto de 1971 adoptó dichas medidas.

Fallamos que debemos decretar y *decretamos la acumulación* de las actuaciones sobre medidas provisionales por separación conyugal seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia número... de Madrid por doña... contra su esposo don..., y de las promovidas por éste, también sobre medidas provisionales de separación conyugal, ante el Juzgado de Primera Instancia de...; remítanse todas las actuaciones con testimonio de esta resolución al Juzgado de Primera Instancia número... de los de Madrid para la subsiguiente tramitación, y póngase en conocimiento del Juzgado de Primera Instancia de...; no se hace especial pronunciamiento sobre costas, siendo de cada parte las causadas a su Instancia y las comunes por mitad.

J. C. G.

V. SUCESIONES

PARTICION REALIZADA POR EL TESTADOR.—Artículo 1.056 del Código civil (SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1974).

El artículo 1.056 del Código civil faculta al testador para partir bienes propios, no los ajenos.

Don N. R. M. murió en estado de casado con la actora, de cuyo matrimonio dejó cinco hijos, de ellos cuatro demandantes en este pleito y uno demandado, habiendo consignado su última voluntad en testamento ológrafo protocolizado de fecha 6 de junio de 1937, en el que hacía la partición no sólo de sus bienes propios, sino también de los gananciales e incluso de los parafernales. Con base a este alcance excesivo de la partición se declararon nulas las operaciones de este tipo contenidas en dicho testamento por el Juzgado de Primera Instancia número 16 de Madrid y por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de la misma capital, debiendo procederse a nueva partición sobre la base del referido testamento de 1937. Interpuesto recurso de casación por infracción de Ley por la representación de dos de los demandantes, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, según los siguientes razonamientos:

Considerando que la tesis que se sostiene en el primer motivo la resumen los recurrentes diciendo que «la participación de don N. R. M. no adolece de vicio alguno»; que «subsidiariamente dicha partición comporta un negocio jurídico simplemente anulable», y que en cualquiera de ambos casos, al declararla radicalmente nula, el fallo recurrido interpretó erróneamente el artículo 1.056 en relación con el 4 del Código civil o viceversa.

Considerando que estimado por los Juzgadores de Instancia que el testamento-partición discutido, fecha 6 de junio de 1937, comprende no sólo los bienes propios del causante, fallecido el 26 de agosto de 1939, sino los parafernales de su esposa, así como los gananciales, no puede decirse que la partición no adolezca de vicio alguno, porque, como tiene declarado esta Sala en su sentencia de 20 de mayo de 1965, dado el texto del propio artículo 1.056 en relación con el 659 del Código civil, la facultad que al testador confiere de hacer por acto *inter vivos* o por última voluntad la partición se refiere a los bienes de éste, pero no a la división y adjudicación de bienes ajenos, y aunque dicho artículo 1.056 exprese que se pasará por ella en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos, esa disposición se contrae al acto particional en su propio sentido, pues, cual bien dice la resolución de la Dirección General de los Registros de 13 de octubre de 1916, es necesario para la efectividad de tales disposiciones que los bienes distribuidos sean propios del causante, es decir, esté en su disponibilidad, pues de otro modo las facultades conce-

didadas al testador para dividir, liquidar y adjudicar el caudal propio se harían extensivas a derechos ajenos con el pretexto de hallarse íntimamente ligados con los suyos.

Considerando que si bien es cierto, como alegan los recurrentes, que para que se esté en un supuesto de nulidad radical—amparable en la norma genérica del artículo 4 del Código civil—no basta que exista una inadecuación entre un acto y un precepto legal, sino que es necesario, además, que éste establezca un mandato ineludible o imponga, siempre imperativamente, una prohibición, no lo es menos que la sentencia recurrida declara que los actos relativos a la partición de bienes que en su testamento hizo el causante de los litigantes infringen y violan de manera ostensible y expresa diversos preceptos del mencionado Código sustantivo, cuales son, aparte de los ya estudiados, el artículo 670 y los referentes a la sociedad de gananciales, 1.414, 1.417 y 1.418 y siguientes, así como los artículos 1.382 y 1.391, que afectan al régimen jurídico de los bienes parafernales, a los que después añade los artículos 1.319, 1.320, 1.322 y 1.394, con referencia a la inalterabilidad del régimen ganancial, terminando con la invocación de la doctrina de esta Sala corroboradora en su sentido de la tesis allí desarrollada, y como esta tesis no puede ser objeto de examen en este trance por no denunciarse en el recurso la infracción de tales preceptos y doctrina, hay que concluir que no existen términos hábiles en casación para afirmar que aquella partición comporta un negocio jurídico simplemente anulable, razón que unida a la desenvuelta en el considerando anterior lleva a la desestimación del motivo referido.

Considerando que el siguiente acusa la infracción por violación del artículo 1.259 del Código civil, motivo que tampoco puede prosperar, en primer término, porque para que la sentencia recurrida hubiese podido incurrir en la falta de aplicación de dicha norma sería menester que el caso de autos estuviese comprendido en el supuesto descrito en ella, requisito que, evidentemente, aquí no concurre, ya que no se está en presencia de un contrato celebrado en nombre de otro; en segundo lugar, porque si los recurrentes entendían que tal precepto no era aplicable directamente, pero sí lo era por analogía, debían haber alegado como infringidos la doctrina o principio jurídico que imponía la aplicación en ese concepto y tenían que haber demostrado que había igualdad jurídica esencial entre aquel caso y el referido supuesto, y, en último término, porque si, generalizando por nuestra cuenta el contenido de la norma, se extendiera a la hipótesis de negocios jurídicos, y no sólo de contratos, celebrados a nombre de otra, tampoco se podría predicar su aplicación al caso, toda vez que ni el causante otorgó la partición en nombre de su esposa, a la vez que lo hacía en nombre propio, ni podía haberlo hecho, porque la partición a que se refiere el artículo 1.056 es un acto personalísimo del testador que no puede efectuarse por medio de representante, como se infiere de su propia naturaleza, en relación con lo dispuesto en el artículo 670 del repetido Código, sin que aquí haga al caso lo prevenido en el artículo 831 del mismo Ordenamiento.

Considerando que articulado el motivo tercero y último con carácter subsidiario, esto es, para el supuesto de que se entendiese que la partición discutida es un negocio jurídico anulable y no nulo, supuesto que no ha tenido realidad, procede también desestimar dicho motivo y con él la totalidad del recurso, con la preceptiva imposición de costas, si bien debe devolverse el depósito constituido por no ser conformes de toda conformidad las sentencias de Primera y Segunda Instancia.

Como se ve, la doctrina es clara: las facultades particionales del testador se limitan a sus bienes privativos, sin poder extenderse a los gananciales ni a los parafernales. Cabe la posibilidad de distribuir bienes gananciales en cuanto los mismos se adjudiquen en pago de la participación que en dicha sociedad conyugal corresponde al causante, así como

bienes parafernales en cuanto los mismos se adjudiquen en pago de créditos que al testador corresponden, y también adjudicar bienes gananciales y parafernales como legados de cosa ajena. Pero ello no está exento de inconvenientes (v. gr., fiscales, confusión entre lo particional y lo dispositivo, posible desproporción entre las participaciones de los llamados), lo que hace deba ser muy meditada tal distribución y siempre efectuada con los pertinentes asesoramientos técnicos, lo que no sucedió en el presente caso, por lo que la consecuencia es clara: nulidad de la partición, dejando a salvo la validez del contenido dispositivo del testamento, conforme al cual ha de procederse a nueva partición, reducida a los bienes propios del causante.

DESHEREDACION E INDIGNIDAD PARA SUCEDER.—DOLO.—LEY «HAC EDICTALI».—Artículos 673; 756, número 6.º, y 853, números 1.º y 2.º, del Código civil, y 250, 253 y 255 de la *Compilación catalana* (SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 1974).

La calumnia, por constituir un agravio contra el honor de mayor entidad que las injurias, puede surtir el mismo efecto.

Los hechos que motivaron esta sentencia son, en síntesis, los siguientes:

Don J. T. P. tuvo de su primer matrimonio con doña E. S. S. dos hijos, los demandantes, apelantes y recurrentes. Fallecida aquélla contrajo segundo matrimonio el 15 de noviembre de 1958, con la demandada, apelada y recurrida doña C. V. L., a la sazón madre de dos hijos, sin que de este segundo enlace tuviera descendencia.

Fallecido don J. T. P. bajo la regionalidad civil catalana, dejando consignada su última voluntad en testamento notarial otorgado el 19 de febrero de 1965, los hijos de su primer matrimonio pretenden se declare su nulidad por captación dolosa de la voluntad del testador por su segunda esposa y, al propio tiempo, se estime la indignidad de ésta para suceder a su marido o, subsidiariamente, la ineficacia del testamento en cuanto lo percibido por la segunda esposa exceda de lo que corresponde al hijo legítimo del primer matrimonio menos favorecido, esto es, contravenga la limitación de la *Compilación catalana*, cuyo origen se encuentra en la *Ley Hac Edictali*, confirmada en la Novela 22.

La demandada niega la existencia de los hechos—dolo, bigamia, vida licenciosa—, que podrían originar la nulidad del testamento o la indignidad para suceder a su marido, replicando que son precisamente los actores, hijos del primer matrimonio de su esposo, quienes han incurrido en las causas de desheredación tipificadas en el artículo 853, números 1.º y 2.º, del Código civil, aplicables a Cataluña, por lo que debe mantenerse el valor de la disposición testamentaria desheredando a tales hijos y la institución de heredera a favor de ella.

El Juzgado de Primera Instancia de Manresa desestimó totalmente la demanda, sentencia confirmada por la de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona. Interpuesto por los actores y apelantes recurso de casación por infracción de Ley, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Federico Rodríguez-Solano y Espín, declara no haber lugar al mismo conforme a la siguiente doctrina:

Considerando que si bien es cierto que en el Derecho civil catalán, según el párrafo segundo del artículo 255 de la *Compilación* de 21 de julio de 1960, el haber el cónyuge sobreviviente maltratado de obra o injuriado gravemente a su causante difunto constituye motivo de indignidad para sucederle *mortis causa*, no lo es menos que, en el supuesto que aquí se contempla, el ultraje que los presuntos legitimarios atribuyen a la esposa

del *de cuius*, instituida en el testamento de 19 de febrero de 1965, para conseguir su exclusión de la herencia consiste en dar por acreditado que la misma contrajo matrimonio con el testador en 15 de noviembre de 1958, a pesar de estar ligada en anteriores nupcias con otro señor, que no falleció hasta el 7 de septiembre de 1959, y en haber enterrado a éste en un nicho perteneciente al causante, siendo así que la realidad de la indicada unión conyugal se niega expresamente en los hechos que se declaran probados en la sentencia recurrida, y que éstos se atacan en el recurso, por la vía formal del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Trámites, mediante el análisis de una serie de documentos que, aparte de que fueron objeto de examen en interpretación por el Tribunal *a quo*, lo que los privaría de virtualidad a los fines pretendidos, incluso respecto del número séptimo del mencionado artículo 1.692 (sentencias de 10 de diciembre de 1969 y 14 de febrero de 1973), origina que los dos primeros motivos del recurso se hallen incursos en el número noveno del artículo 1.729 de la Ley Procesal y en la consiguiente causa de desestimación en esta fase de las actuaciones, sin contar con que, conforme al párrafo segundo del artículo 53, en relación con el 54 del Código civil, los matrimonios celebrados con posterioridad a la promulgación de este cuerpo legal no pueden acreditarse por medios distintos de la certificación del acta del Registro Civil en que estén inscritos, no siendo lícito acudir a otros elementos de prueba supletorios, como la posesión del estado conyugal, sino cuando aquellos libros no hayan existido, hubieran desaparecido o se suscitase contienda ante los Tribunales, circunstancias las dos primeras cuya justificación corresponde a los actores, conforme al artículo 1.214 del referido Código y doctrina sustentada por las sentencias de esta Sala de 15 de junio de 1920 y 16 de octubre de 1948, y que ni siquiera se han intentado acreditar en el proceso de que estas actuaciones dimanen, en el que tampoco se ha formulado petición alguna relativa a la declaración de realidad del referido matrimonio, y como su celebración no consta llevada a efecto en Portugal y tampoco que en este país no exista Registro regular o auténtico sobre el estado civil de las personas, es indudable que no puede entrar en juego en este caso lo dispuesto en los artículos 54 y 55 de dicho Código, lo que unido a que el traslado de los restos mortales de aquel señor a un nicho del causante, en que también se funda la injuria, y las relaciones con el mismo de la demandada debieron ser conocidos por el testador antes del 19 de febrero de 1965, fecha del otorgamiento de su disposición de última voluntad, según aparece al final del tercer considerando de la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia, lleva a la conclusión de que deba aplicarse lo que se establece en el artículo 757 del Código civil y a que dicha causa, si existiera, estaría remitida por el testador y no produciría los efectos apetecidos por la parte recurrente, decayendo, en su consecuencia, los dos primeros motivos del presente recurso.

Considerando que para que la desheredación de un hijo habido dentro del matrimonio produzca el efecto de privarle de los derechos hereditarios que legalmente le pertenecen, conforme al Ordenamiento jurídico vigente en nuestro territorio nacional, y no dé lugar a que se anule la institución de heredero en cuanto le perjudique (art. 85 del Código civil y sentencia de 5 de febrero de 1918) o a que pueda reclamar lo que por legítima le corresponda (art. 141 de la Compilación catalana), es preciso: 1.º) Que se haya hecho en testamento, como dispone el artículo 849 de la Ley civil sustantiva, o en la forma y con las solemnidades que las Leyes exijan. 2.º) Que se designe de un modo inconcuso y preciso la persona que se desea desheredar. 3.º) Que se exprese la causa legal en que se funda la decisión del testador (art. 849 del referido Código), indicándola con claridad, aun cuando no sea imprescindible su reseña circunstanciada siempre que se haga factible su individualización y no se impida la posibilidad

de impugnarla, como se desprende del contenido de la sentencia de 4 de noviembre de 1904, recaída en interpretación del número segundo del artículo 853. 4.º) Que dicha causa sea una de las específicamente determinadas por la Ley (arts. 813, párrafo primero, y 848), cuya enunciación ha de entenderse exhaustiva, sin comprender en ella otras distintas, aun cuando guarden analogía o sean de mayor entidad, porque de otra forma se daría al traste con todo el sistema legitimario establecido en favor de los hijos por los artículos 806, 807-1.º y 808. 5.º) Que la misma sea imputable al desheredado. 6.º) Que sea *grave*, como indicó la Ley primera, título VIII, del libro V del Fuero Juzgo, que no admitió a estos efectos, respecto a los *fiios*, *la lieve culpa*, y se exige en la actualidad en algunos preceptos reguladores de la materia y en la sentencia de esta Sala de 20 de mayo de 1931, si bien su apreciación debe quedar al libre arbitrio de los Juzgadores de Instancia. 7.º) Que su realidad y certeza se acredite cumplidamente en juicio por el heredero o herederos del testador cuando la otra parte la contradiga, según de forma genérica impone el artículo 1.214 del Código civil para la prueba de toda clase de obligaciones, y específicamente para esa clase de cláusulas testamentarias el artículo 850, así como la doctrina proclamada en la sentencia de 8 de noviembre de 1967.

Considerando que los indicados requisitos concurren en el presente caso respecto a la causa de desheredación segunda del artículo 853 del Código civil, porque habiéndose opuesto a su estimación los recurrentes alegando tan sólo que la misma no se expresó con claridad en el testamento de 19 de febrero de 1965 y que los hechos declarados probados en la resolución que se impugna no reúnen las condiciones necesarias para su encuadramiento dentro del marco de las injurias graves, a que el precepto se refiere, no tiene presente que en el apartado O) del cuarto razonamiento jurídico de la sentencia de primer grado, aceptado por la Audiencia, se dice que el padre de dichos señores hizo constar en su testamento que los privaba de su legítima «por el mal comportamiento que han tenido conmigo y con mi actual esposa, llegando a *graves* amenazas y *calumnias* y con seguridad a atentar contra nuestra vida», utilizando el término *calumnia*, que por constituir un agravio contra el honor de mayor entidad que las injurias puede suplir al empleo de éstas, a efectos de lo dispuesto por el número segundo del referido artículo 853, por imperativo del principio general de Derecho: *Ubi est eadem ratio, debet esse eadem juris dispositio*, siendo ése el criterio mantenido por la sentencia de esta Sala de 20 de junio de 1959, que al interpretar el número segundo del artículo 853 inspirándose en esa doctrina, no eludió la posibilidad de comprender en él las calumnias dirigidas contra su causante.

Considerando que al afirmarse en la sentencia recurrida que los hechos integrantes de la causa segunda del artículo 853, antes citado, consistieron no sólo en el mal comportamiento de los hijos, llegando a robar a su padre (noveno considerando del Juzgado), sino también en «el abandono, falta de ayuda y mal trato, incluso el injurioso», y en «la explícita imputación de la convivencia del padre en relación con la calificada de *indigna* conducta de la segunda esposa», según expresamente se indica en el apartado segundo del cuarto fundamento jurídico de la resolución de la Audiencia, que por no haber sido atacada en el recurso ha quedado firme a efectos de casación, es indudable que tales frases deben ser estimadas como injurias graves susceptibles de servir de base para apoyar la desheredación, con arreglo a lo establecido en el número segundo del artículo 853 del Código civil, tanto porque las entrecomilladas en segundo lugar constituyen una verdadera calumnia proferida contra el testador, al contener la acusación de un delito de bigamia, según se deduce de su significado, puesto en relación con las manifestaciones vertidas por los actores en su escrito de demanda, como porque si se entendiera lo contrario habrían de encuadrarse dentro del marco de las injurias a que el precepto se

refiere, al haber estimado como tales la doctrina científica catalana, la acusación de llevar una vida licenciosa o inmoral; nuestra legislación histórica, el hecho de infamar al padre (Ley cuarta, título VII, de la Partida VI), y el Código penal vigente, la imputación de un vicio o falta de moralidad (art. 458, número segundo), aparte de encajar en este motivo de privación de la legítima las palabras o expresiones *irrespetuosas*, cual parece indicar la sentencia de esta Sala de 24 de octubre de 1972, e incluso el «mal trato injurioso», reconocido por la Sala sentenciadora, de todo lo cual, y teniendo presente que el Tribunal *a quo* no acogió para apoyar su desheredación «el número primero en relación con el segundo del artículo 853», sino ambos conjuntamente, como se observa en el mencionado considerando, se hace preciso estimar la existencia de la causa segunda indicada, sin que a ello se oponga el error de derecho en la apreciación de la prueba, que, con violación del artículo 1.233 del Código civil, se dice cometido por el Juzgador de Instancia en el noveno motivo del recurso, porque ni dicho Tribunal dividió la contestación que dieron los actores a la posición octava del interrogatorio a que fueron sometidos; ni la eficacia en juicio de este elemento probatorio es superior a la de los restantes enumerados en el artículo 1.215, en conjunción con los cuales debe ser apreciado (sentencias de 19 de febrero de 1966 y 6 de marzo y 28 de abril de 1972); ni resulta imposible dividir la totalidad de lo confesado cuando, como aquí sucede, abarca hechos inconexos o no ligados íntimamente entre sí para todos los efectos (sentencias de 27 de marzo de 1958 y 20 de enero de 1964), debiendo, por tanto, desestimarse este motivo y los diez y once del presente recurso, así como los tercero y cuarto del mismo, sin que sea necesario entrar en el análisis de los restantes, relacionados con la causa primera del citado artículo 853, porque cualquiera que fuera la solución que se adoptase respecto a ella, no alteraría para nada la decisión que, en definitiva, habría de adoptarse.

PRESCRIPCION DE LAS ACCIONES DE IMPUGNACION DE LA LEGITIMACION O RECONOCIMIENTO DE LOS HIJOS NO NATURALES
(SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1974).

Las acciones de impugnación de la legitimación o reconocimiento de los hijos no naturales prescriben a los quince años.

Cuestionada la nulidad de una cláusula testamentaria en la que se instituía herederos a hijos reconocidos por el testador habidos por éste con la que luego fue su esposa, por lo que pasaron a ser legitimados por subsiguiente matrimonio, en base a pedir la nulidad de tales reconocimientos, el Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por los actores y apelantes, conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando que las cuestiones a resolver, por estar estrechamente relacionadas con la motivación del recurso, son las siguientes: A) Si no son prescriptibles las acciones para impugnar la legitimación o reconocimiento de los hijos no naturales, como sostienen los recurrentes en el motivo segundo, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, por infracción, por interpretación errónea, del artículo 1.936 del Código civil, o pueden prescribir, como se afirma en la sentencia impugnada, aceptando la tesis sustentada tanto por el Ministerio Fiscal como por los hoy recurridos. B) Si la transacción consignada en el documento de 30 de enero de 1953 y el acto de conciliación celebrado en marzo de 1967 interrumpieron la prescripción de las acciones mencionadas, criterio de los recurrentes expresado en el motivo tercero, alegado por

igual cauce procesal que el anterior, por violación del artículo 1.973 de idéntica Ley sustantiva, o no se produjo esa interrupción, como se afirma por el Tribunal de Instancia en el considerando cuarto de la sentencia recurrida. La cuestión referente a si la legitimación o el reconocimiento de los hijos no naturales son actos radicalmente nulos, planteada en el motivo primero, aducido por igual ordinal del artículo 1.692, por violación del párrafo primero del artículo 4 en relación con el 119, ambos del Código civil, y de la doctrina establecida en las sentencias que se citan, y por interpretación errónea de los artículos 128 y 138 de igual Cuerpo legal, por tener íntima relación con la primera de las mencionadas, la resolución de ésta ha de originar la de aquélla.

Considerando que es evidente que, según reiterada doctrina de esta Sala—sentencias de 18 de enero de 1929, 11 de diciembre de 1943, 4 de febrero y 15 de octubre de 1960 y 19 de enero de 1972, entre otras—, las acciones de impugnación de la legitimación o reconocimiento de los hijos no naturales son prescriptibles y, como acciones personales, el plazo de prescripción es el de quince años; tampoco ofrece duda que la legitimación para el ejercicio de ellas está atribuida a quienes perjudique—artículos 128 y 138 del Código civil—, extremo que han de acreditar—sentencias de 28 de abril de 1915 y 10 de febrero de 1942—; así, pues, conforme a la doctrina jurisprudencial, que indudablemente suple el vacío legal en dicha materia, y a la que se va aproximando la doctrina científica en su línea progresiva, ha de aceptarse el criterio de la Sala de Instancia, que en base al transcurso con exceso del plazo expresado acogió el hecho extintivo de la prescripción, que determinó la actuación desfavorable de la pretensión procesal, todo lo cual hace inviable el motivo segundo, porque, además, en el precepto alegado como infringido—artículo 1.936 del Código civil—se contempla el supuesto de imprescriptibilidad adquisitiva. La improsperabilidad de dicho motivo ha de determinar la del primero, ya que es evidente que las acciones fundadas en la nulidad absoluta del artículo 4 del Código son imprescriptibles.

Considerando que tampoco puede ser acogido el motivo tercero, porque además de que las afirmaciones fácticas contenidas en el considerando cuarto de la sentencia recurrida, en orden a la falta de prueba de actos interruptores de la prescripción y de la finalidad de las acciones ejercitadas por los recurrentes, con anterioridad a la demanda, que no fue la de impugnar la legitimación de los demandados, no han sido combatidos por el cauce procesal adecuado; hay que tener en cuenta que no se puede atribuir ninguna eficacia, tanto a la transacción como al acto de conciliación, como actos interruptores de la prescripción, porque aquélla recayó respecto a actos que por su naturaleza están sustraídos al poder dispositivo de las partes, y el acto de conciliación, como quiera que tuvo lugar en 1967 y la demanda es de mayo de 1971, carece de dichos efectos, de conformidad con lo que se dispone en el artículo 479 de la Ley Procesal.

DERECHOS SUCESORIOS DEL HIJO ADOPTIVO CONFORME A LA PRIMITIVA REDACCION DEL CODIGO CIVIL.—Artículo 177 del Código civil (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1974).

Hechos.—Los cónyuges don A. S. P. y doña A. F. N. adoptaron conjuntamente, en virtud de auto judicial de 5 de enero de 1957 y escritura pública de 20 de marzo de 1957, a su bisobrinno don F. L. F.—actor, apelante y recurrido—, dando como razones para que se autorizase tal adopción «que se hallan unidos en matrimonio canónico careciendo de descendientes legítimos y legitimados; que como quiera que del matrimonio no hubiesen hijos tuvieron en compañía desde muy corta edad a don F. L. F., biso-

brino de los esposos, habiéndole educado con el mayor esmero y prodigándole todo el cariño propio de unos buenos padres, recibiendo ellos de aquél en compensación el que les profesa como si fuese un verdadero hijo. Por estas razones, puramente sentimentales, y además por la relación de parentesco que con él los une, han decidido adoptar conjuntamente al citado F., para el cual es útil y conveniente la adopción, como al mismo constaba». En la escritura de adopción se dice: «Que adoptan por hijo al expresado bisobrinno, aquí compareciente, don F. L. F., concediéndole el derecho de usar los apellidos de los adoptantes y los demás que las leyes reconocen a los hijos legítimos.»

Los padres adoptivos fallecieron sin dejar descendientes por la sangre ni ascendientes: ella, el 4 de diciembre de 1958, sin haber otorgado testamento, y don A. S. P., el 19 de agosto de 1971, dejando consignada su última voluntad en testamento otorgado el 19 de julio de 1967, en el que revoca en todas sus partes el otorgado con fecha 21 de enero de 1965, expresando su voluntad de permanecer intestado. En el testamento revocado y en otros dos anteriores había instituido único heredero al adoptado. Este, con base a lo estipulado en la escritura de adopción, demanda a quienes están en la posesión de la herencia de su padre adoptivo (la madre, al parecer, no había dejado bienes) para que le reconozcan como único y universal heredero haciéndole entrega de los bienes correspondientes.

El Juzgado de Primera Instancia de Chantada desestimó íntegramente la pretensión del actor. En cambio, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña revocó la sentencia del Juzgado y declaró que don F. L. F. es hijo adoptivo y único heredero de su padre adoptante don A. S. P.

Uno de los hermanos del causante formaliza recurso de casación por infracción de Ley y de doctrina legal, articulado en los siguientes motivos:

1.º Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción y por violación, al no haberlo aplicado, del artículo 4, párrafo primero, del Código civil, en relación con los artículos 108, 109, 110, 114-3.º y 913 del mismo Código, también infringidos por violación.

2.º Amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción y por aplicación indebida del artículo 177 del Código civil en su redacción anterior a la reforma de 1958. La adopción de que se trata es anterior a la reforma de 1958, se ha producido a virtud de escritura pública del año 1957. Y ambas sentencias están de acuerdo en que por tratarse de adopción anterior a 1958 está sujeta al régimen del derogado artículo 177 del Código civil, en su redacción anterior a 1958, en lo que a los problemas sucesorios se refiere.

3.º Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción y por violación, al no haberlo aplicado, del artículo 179 del Código civil, en su redacción anterior a 1958. El artículo 171 del Código civil dispone que: «Aprobada la adopción por el Juez definitivamente, se otorgará escritura expresando en ella las condiciones con que se haya hecho y se inscribirá en el Registro Civil correspondiente.»

4.º Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación, al no haberlos aplicado, de los artículos 737 y 913 del Código civil. La tesis de la sentencia recurrida es que la cláusula de la escritura de adopción por la que se conceden al hijo adoptivo los mismos derechos que a los legítimos significa una obligación de instituirle heredero en testamento, y que como ha revocado los tres testamentos en que le había instituido heredero universal por otro, el último, el que rige la sucesión, destinado pura y simplemente a revocar todos los

anteriores, porque su finalidad era morir intestado, se ha de aplicar la sucesión intestada precisamente en favor del hijo adoptivo.

5.º Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error en la interpretación del testamento último otorgado por el causante, que supone la infracción por violación de la norma interpretativa del artículo 675 del Código civil. En su último testamento, el causante revoca el anteriormente otorgado, en que había instituido heredero al hijo adoptivo, y todos los demás anteriores y hace constar su voluntad de morir intestado.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, desestima el recurso, conforme a las siguientes razones:

Considerando que el único tema de casación que plantea el presente recurso es de orden interpretativo, consistente en determinar la validez y el alcance de la cláusula señalada con la letra (A) de la escritura de adopción, que tras la debida aprobación judicial del expediente, iniciado en 1956—fue autorizada notarialmente el día 20 de marzo de 1957—, donde después de decir que se adoptaba a quien ahora figura como recurrido, se añadía que el matrimonio adoptante concedía a aquél «el derecho para usar los apellidos de los adoptantes y los demás que las leyes reconocen a los hijos legítimos», habiéndose suscitado la duda interpretativa cuando después del fallecimiento de los dos padres adoptivos sin dejar ascendientes ni descendientes legítimos o naturales, el adoptado entabló demanda en 1971 dirigida contra todos los posibles sucesores de aquéllos, en solicitud de que se le declarase heredero universal abintestado alegando la calidad de asimilado a los hijos legítimos que le había sido atribuida por la escritura de adopción, pretensión que fue desestimada por la sentencia de primer grado, por entender que la cláusula de referencia es nula de pleno Derecho, de acuerdo con la norma del artículo 4 del Código civil, pues va en contra de los principios básicos del Derecho de familia en materia de filiación, que tienen carácter inderogable por la voluntad de los particulares, así como de las reglas establecidas en los artículos 175, 176 y 177 también de nuestro primer Código sustantivo; pero fue, en cambio, acogida por la resolución que ahora se impugna, que no sólo proclamó la validez de la cláusula, sino también la plena virtualidad de su contenido, decisión contra la que se alza el recurso que se examina a través de los cinco motivos articulados.

Considerando que para valorar en sus justos términos ambas posturas dispares es preciso tener en cuenta, ante todo, que dada la fecha en que se efectuó la adopción, la normativa aplicable tiene que ser la de los artículos del Código civil en su versión primitiva, o sea, tal y como aparecía antes de las reformas introducidas por las Leyes de 24 de abril de 1958 y 4 de julio de 1970—carentes, por otra parte, de eficacia retroactiva—, a virtud de la cual el artículo 177 establecía que «el adoptante no adquiere derecho alguno a heredar el adoptado. El adoptado tampoco lo adquiere a heredar fuera de testamento, a menos que en la escritura de adopción se haya éste obligado a instituirlo heredero», precepto que rompe la línea clásica de nuestro sistema, pues con apoyo exclusivo en el artículo 141 del Proyecto de 1851, se aparta de los que había constituido la tradición española en la materia, que con base en los precedentes romanos (especialmente Justiniano en dos, once y trece de la Instituta y VIII, título XLVIII, Constitución X del Código) se consagró en las Partidas (Leyes ocho y nueve del título XVI de la Partida IV), las Leyes de Toro (Ley sexta) y Novísima Recopilación (Leyes primera y séptima del artículo XX del libro X), así como en el Derecho foral, del que es ejemplo Cataluña, que lo mantuvo inalteradamente, haciéndose eco actual de ello el artículo 125 de la vigente Compilación de 21 de julio de 1960, como igualmente se aparta de los precedentes legislativos extranjeros, sobre todo los Códigos

francés (art. 356) e italiano de 1865 (art. 567), a los que siguieron los más modernos de Alemania (párrafo 1.757), Suiza (art. 268) e Italia de 1942 (artículo 567), todos ellos coincidentes en la misma dirección que se restablece en España con la reforma de 1970, en el sentido de equiparar a los hijos adoptivos con los legítimos a los fines sucesorios, que con el grafismo que le caracteriza se expresaba de este modo en el Código Alfonsino: «El profijado heredó todos los bienes del que le profijó si muriese sin testamento o non oviese otros fijos; en si los oviese, partirá con ellos su parte como cualquier dellos».

Considerando que el tenor literal del precepto, tal como aquí debe ser aplicado, excluía, sin duda, la posibilidad sucesoria del adoptado si no era la testamentaria, planteándose al problema sólo en el supuesto de que en la escritura de adopción el adoptante se hubiese obligado a instituirlo heredero, lo cual, con independencia de que implica ciertamente la admisión de una excepción a la regla general prohibitiva de los pactos sucesorios que con carácter general se contiene en el artículo 1.271 del Código, suscitó dudas acerca de su efectividad cuando el adoptante moría sin haber cumplido la promesa, bien por no haber otorgado testamento existiendo o no descendientes legítimos o bien habiéndolo hecho, pero sólo en favor de éstos si es que existían, de un extraño caso de no existir o en concurrencia con aquéllos en la parte que no afectase a su legítima, cuestiones éstas acerca de las cuales lo mejor de la doctrina científica se pronunció en el sentido de que el incumplimiento de la obligación —promesa de instituirle heredero—, si no se hizo testamento, implicaba el derecho del adoptado de convertirse en heredero universal al no existir hijos o descendientes legítimos o en concurrencia en la misma cuota que pudiese corresponder a los hijos legítimos, y si hubo testamento en favor de los legitimarios o de un tercero con exclusión del adoptado, éste conservaba el mismo derecho que pudiese corresponder a los hijos legítimos, criterio que obtuvo el respaldo de la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en los casos en que tuvo ocasión de pronunciarse sobre la cuestión, siendo punto de partida ineludible la sentencia de 19 de abril de 1915, donde se contempló un supuesto de hecho similar al que aquí se examina, pues se trataba de la adopción de una niña cuyos padres adoptantes le atribuyeron sus apellidos y prometieron instituir la heredera en la porción legitimatoria que a favor de los hijos legítimos establecen las leyes, promesa que no fue cumplida, pues los adoptantes, que carecían de herederos legítimos, murieron sin testar, habiéndose reconocido a la dicha adoptada plenos derechos a la subsiguiente sucesión intestada, interpretación seguida en lo que interesa, es decir, en cuanto a línea de principio, aunque referida a supuestos fácticos diferentes, por las sentencias de este mismo Tribunal de 9 de abril de 1942 y 30 de mayo de 1951, y que debe ser mantenida en lo que supone de exacta valoración de la finalidad de lo que la adopción representa y representó en el período de tiempo a que el precepto aplicable se contraía y al que, como muy bien dijo la sentencia de 1915, hay que estar si no se quiere desnaturalizar la esencia de aquella institución, correspondiendo a la jurisprudencia la misión de suplir las omisiones involuntarias de algún concepto en que los redactores de los preceptos legales hubieran podido o puedan incurrir, todo lo cual obliga a la desestimación del motivo segundo del recurso, en que, por la vía del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia «aplicación indebida» del tantas veces citado artículo 177 del Código civil, donde además se contiene una manifiesta imprecisión del alegato, incompatible con la exigencia del artículo 1.720 de la misma Ley Procesal, pues en verdad lo que alega no es que el precepto fuese indebidamente aplicado, sino interpretado con error, lo que constituye otro de los tres conceptos de infracción señalados en el propio número primero del señalado artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, que por

sí sola sería causa de inadmisión—a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.729 del mismo cuerpo legal—, que en este trámite es de forzosa desestimación, como antes se anunció.

Considerando que en el caso ahora contemplado, tal y como aparece en la cláusula al principio transcrita, la obligación contraída por ambos adoptantes es más concluyente o indubitada que la que resulta de la letra estricta del mencionado artículo 177 del Código, puesto que éste excepcionalmente, según se ha visto, el supuesto de obligarse el adoptante a instituir heredero al adoptado, que, en definitiva, no es sino una promesa de futuro, mientras que aquí lo que se hizo es una atribución o concesión actual de todos los derechos que la Ley reconoce a los hijos legítimos, entre los que figura en primer lugar, según se dice en el número tercero del artículo 114 del Código civil, «la legítima y demás derechos sucesorios que este Código les reconoce», en relación, por lo que concierne al supuesto de la sucesión intestada, que es el que aquí interesa, con el 913 y, sobre todo, el 931, atribución que lleva implícita y sin necesidad de ulteriores precisiones ni aclaraciones, el derecho de suceder abintestato, que genéricamente para nada afecta a las normas propias de las relaciones familiares en orden a sus consecuencias sucesorias, y mucho menos en situaciones como la que actualmente se debate, justo porque los adoptantes, cuya decisión es impugnada, carecían de descendientes legítimos o naturales, que a virtud precisamente de aquella vinculación familiar pudieran ostentar exclusiva o concurrentemente un derecho sucesorio, todo ello en perfecta consonancia con la finalidad esencial de la institución antes recordada, en armonía con la cual se produjo la necesaria reforma del año 1970, lo que priva de base legal sólida a la afirmación de la sentencia de Primera Instancia de que lo ordenado en la examinada cláusula de la escritura de adopción era nulo por contrario a lo legal o imperativamente establecido por Ley y conduce a la desestimación del motivo primero del recurso, en que por la vía del número uno del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil se sostiene la misma tesis, denunciando violación por inaplicación de los preceptos sustantivos antes citados, junto con los recogidos en los artículos 108 y 110 del propio Código, desestimación que lleva consigo la del motivo señalado con el número tres, en que por el mismo cauce procesal se alega idéntico tipo de infracción con respecto del artículo 179 de nuestro primer Código sustantivo en la redacción anterior a la reforma de 1958, donde a los efectos de la escritura de adopción se dice que no podrá contener todas las condiciones libremente queridas por las partes, sino sólo las aprobadas judicialmente, no pudiendo incluirse aquí—cuando inicialmente sólo se adujeron razones sentimentales—algo que, en decir del recurrente y en contra de cuanto queda expuesto, supondría vulneración de los principios fundamentales del Derecho familiar.

Considerando que a esta conclusión, confirmatoria en un todo de la resolución impugnada, no puede ser obstáculo la circunstancia de que el padre adoptante, que en varios testamentos había instituido heredero, en diversa forma y medida, al hijo adoptado, en el último de los que otorgó, que lo fue el 19 de julio de 1967, revocase los precedentes—en especial al que concretamente alude, que es el inmediatamente anterior, de 21 de enero de 1965—: «y cualesquiera otras disposiciones testamentarias, siendo su voluntad permanecer por el presente intestado», como contrariamente se pretende en el recurso, cuyos motivos cuarto y quinto, ambos con amparo procesal en el ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, alegan el mismo concepto de violación por inaplicación, en un caso, de los artículos 737 y 913 y, en el otro, del 675, todos ellos de nuestro primer Código sustantivo, basando el alegato en que aquella revocación revela manifiestamente la voluntad del testador de excluir al adoptado de su sucesión intestada, que manda abrir a su muerte y que

habría de regirse por el orden sucesorio determinado en el artículo 913, que comprende a los parientes legítimos y naturales del difunto, su viudo o viuda y en último lugar al Estado; alegación que en su doble vertiente carece de todo fundamento, puesto que si bien es cierto que aquella revocación tuvo lugar como hecho, demostrando una inequívoca voluntad de querer ser sucedido abintestato, como igualmente es cierto que el testamento es por sí mismo y por disposición del artículo 737 del Código un acto revocable, no es menos cierto que la adopción es de suyo irrevocable, como dice categóricamente la nueva redacción del artículo 177 acomodada a lo que es de esencia de la institución, lo cual impide, por otra parte, en este momento, el planteamiento del problema de la validez de alguna de sus cláusulas por un extraño, porque con la fórmula que regía y es de aplicar al supuesto que aquí se examina, una vez cumplidos los requisitos que exigían los artículos 178 y 179, cuya inobservancia podía dar lugar a la petición, que no se hizo, de nulidad del acto, sólo se permitía la impugnación de la adopción—según decía el artículo 180—al adoptado menor o incapacitado dentro de los cuatro años siguientes a la mayor edad o la fecha en que hubiese desaparecido la incapacidad, sin que ninguna de ambas cosas haya sucedido y sin que sea lícito, por tanto, a los parientes del adoptante mantener la validez de la adopción, no impugnada por ellos, pero condicionadamente a la interpretación que particular e interesadamente pretende dar el testamento de 1967, consecuencia de todo lo cual es la de que si éste vale a los efectos de que la voluntad del testador era la de que su sucesión tenía que ser intestada y vale también la escritura de adopción, por la que el hoy recurrido tiene los derechos que el mismo testador le reconoció de hijo legítimo, es él quien, con exclusión de todo otro pariente que no tenga mejor derecho, puede ser considerado, por estricta interpretación de los actos que entran en juego y de la voluntad de quien contribuyó a formarlos, como el único y exclusivo heredero abintestato, lo que inevitablemente conduce a la desestimación de los dos indicados motivos.

COMENTARIO.—En un orden lógico parece que las cuestiones planteadas en el presente litigio son fundamentalmente las siguientes:

1.ª Una cuestión de Derecho transitorio, consistente en determinar la legalidad aplicable a la sucesión o herencia del padre adoptivo, que realizó la adopción bajo la vigencia de la primitiva redacción del Código civil y que fallece una vez que ha entrado en vigor la Ley de 4 de julio de 1970, la cual volvió a modificar los preceptos del Código civil en la materia, que ya lo habían sido por la Ley de 24 de abril de 1958.

2.ª Equivalencia de la expresión «concediéndole—al adoptado—el derecho de usar los apellidos de los adoptantes y los demás que las leyes reconocen a los hijos legítimos» con un pacto sucesorio o, al menos, viendo en tal cláusula la obligación contraída por el adoptante de instituir heredero al adoptado.

3.ª Valor de la voluntad del testador, puesta de manifiesto en la revocación de los testamentos en que instituía heredero al hijo adoptivo, y alcance de esta posible revocación en orden a admitir, al menos, una parte de libre disposición de la herencia o, en el supuesto contrario, negar la revocabilidad de la institución de heredero a favor del hijo adoptivo.

Al resolver la primera cuestión encontramos que la adopción se realiza bajo la vigencia de la primitiva redacción del Código civil; el testamento, o mejor, los testamentos, se otorgaron bajo la vigencia de la Ley de 24 de abril de 1958, que reformó por primera vez la adopción, tanto aquellos en que se instituyó heredero al adoptado como el revocatorio y expresivo de su voluntad de morir intestado, y, por último, cuando muere el padre adoptivo rige la Ley de 4 de julio de 1970. La fundamental diferencia, en lo que interesa, entre tales disposiciones estriba en que bajo el Código

civil se conoce una sola clase de adopción, y conforme a su artículo 175, el adoptado no adquiriría derecho alguno a heredar, fuera de testamento, al adoptante, a menos que en la escritura de adopción se haya éste obligado a instituirle heredero; mientras que conforme a la modificación introducida por la Ley de 1958 se conocen dos clases de adopción, y en la menos plena—cuyo régimen sería el único que podría aplicarse a la conocida con anterioridad, salvo que expresamente se hubiera transformado en plena, lo que no ocurre en el presente caso—«los derechos del adoptado en la herencia del adoptante, y establecidos en la escritura de adopción, son irrevocables y surtirán efecto, aunque éste muera intestado...». En ambos sistemas se admite el llamado pacto sucesorio, con el que se propuso terminar el legislador de 1970 al establecer que «las adopciones anteriores a la vigencia de la presente Ley podrán ser acomodadas a sus disposiciones..., pudiendo en tal caso quedar sin efecto el pacto sucesorio si hubiera mediado», dándose por superado el sistema del pacto sucesorio, que se prohíbe en adelante, al establecer en la adopción simple—única equivalente a la del sistema originario—que «el hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los naturales reconocidos».

Parece que, desde luego, hay que descartar la aplicación directa de la «Ley intermedia», en este caso la de 1958, aun cuando indirectamente pudiera suministrar algún criterio interpretativo en orden a la *ratio legis* de la institución y, por ende, de los derechos sucesorios del hijo adoptivo; porque cualquiera que sea la solución que se adopte en cuanto a aplicar una u otra legislación, lo cierto es que la interpretación de la Ley que ha de aplicarse, sea la antigua o la nueva, ha de hacerse con criterios «de ahora», esto es, acomodados a las exigencias jurídico-sociales del sistema que actualmente se vive. Otra cosa conduciría a condenar la solución desde el principio por ahistórica.

A favor de la aplicación del Código civil en su redacción originaria militan las siguientes razones:

A) La disposición transitoria segunda del Código civil.

B) La disposición transitoria decimoprimera del mismo cuerpo legal. Si en una adopción en trámite es dada, en principio, preferencia a la legislación anterior, con mayor motivo se aplicará esa misma legislación a una adopción ya consumada. Frente a esto cabe decir que una cosa es la forma o procedimiento al que se refiere esta disposición y otra muy distinta el fondo, y que no hay razón tajante y absoluta para aplicar idénticas soluciones a cuestiones diversas. Ello aparte de que, aunque la adopción esté consumada, existen efectos que pueden estar pendientes en la relación jurídica por ella creada, como es el caso de los sucesorios, puesto que no cabe hablar de herencia mientras una persona no ha fallecido.

C) La disposición transitoria de la Ley de 4 de julio de 1970, que antes he citado. Pero, cabe replicar, esta norma se refiere precisamente a aquellas adopciones en que existe propio y expreso pacto sucesorio, lo que no es el caso presente, en el que precisamente falta dicho pacto, existiendo sólo la ambigua cláusula de la escritura de adopción.

D) El principio favorable a la irretroactividad (art. 3 del Código civil). Frente al mismo, sin embargo, no sólo hay excepciones ya consagradas por la doctrina y jurisprudencia según los diferentes tipos de retroactividad, sino que atribuir eficacia a la nueva Ley, cuando los efectos de la relación jurídica creada al amparo de la antigua comienzan bajo el imperio de la Ley nueva, es, desde luego, dar a ésta un alcance retroactivo mínimo.

Para aplicar la Ley de 1970 pueden servir no sólo los argumentos esgrimidos en contrario de la anterior solución, sino también la disposición transitoria decimosegunda del Código civil, que aplicada a este caso viene

a decir que la herencia de las personas fallecidas después de entrar en vigor la nueva Ley (la de 1970), sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá conforme a ésta. La salvedad que se hace es la de cumplir, en cuanto la nueva Ley lo permita, las disposiciones testamentarias. Y como éstas no existen en el presente caso, porque el testador manifestó su voluntad de que su sucesión se rigiese por las normas de la sucesión intestada, parece que habrá de aplicarse la nueva Ley.

Por ello no es absolutamente cierto que el único tema—aunque lo sea en casación por el planteamiento del recurso—sea el de determinación de la validez y el alcance de la cláusula testamentaria, pues resolverlo implica dar ya por resuelto el de la legislación aplicable, como no puede menos de reconocer el segundo considerando de la sentencia. No está, sin embargo, tan claro, como dice la sentencia, que la normativa aplicable tiene que ser forzosamente la de los artículos del Código civil en su versión primitiva, dando como único argumento el de la fecha en que se efectuó la adopción. Porque hay argumentos para mantener que debe aplicarse la Ley de 1970, pues se trata de un efecto que comienza bajo su vigencia —*viventis non datur hereditas*—, y aplicar esta Ley es atribuirle una retroactividad mínima, lo que está conforme con los principios generales. En última instancia, creo que existe un argumento decisivo para inclinar la balanza en pro de la aplicación de la Ley de 1970, y es el principio general interpretativo favorable al adoptado, por el que deben resolverse los casos dudosos. Inspirándose en este principio, que ha recibido así consagración jurisprudencial, resolvió la sentencia de 19 de abril de 1915, declaratoria de que la adoptada, a quien el adoptante se había obligado a instituir heredera en la escritura de adopción en la porción legitimaria que a favor de los hijos legítimos establecen las leyes, sucede UNA VEZ FALLECIDO EL ADOPTANTE SIN HABER OTORGADO TESTAMENTO en la totalidad de la herencia. Doctrina que en cierto modo se vio confirmada por las sentencias de 21 de mayo de 1915 y 30 de mayo de 1951, y que alcanzó espaldarazo legislativo al redactarse la Ley de 24 de abril de 1958, siendo reiterada por la de 4 de julio de 1970.

El considerando tercero de la sentencia comentada cita la de 19 de abril de 1915, «donde—afirma—se contempló un supuesto de hecho similar al que aquí se examina». A mi juicio, y con todos los debidos respetos a nuestro más Alto Tribunal, el supuesto de hecho no es tan similar, sino precisamente algo diferente, porque mientras en el supuesto contemplado por aquella sentencia el adoptante se había obligado a instituir heredero al adoptado y falleció sin haber cumplido esta obligación, esto es, sin haber otorgado testamento alguno, en el caso presente, el adoptante dio cumplimiento a una cláusula de la escritura de adopción que indirectamente puede entenderse como obligación de instituir heredero al adoptado, instituyéndole así en testamentos que luego fueron revocados por otro testamento posterior, en el que manifestó su voluntad de morir intestado. Por tanto, aunque pueda llegarse a idéntico resultado en virtud del criterio interpretativo favorable al adoptado que he propugnado, no creo que la solución más correcta se encuentre por la vía de la pretendida analogía entre ambos supuestos, sino, por el contrario, en la aplicación de las normas de la Ley de 1970, que al conceder al hijo adoptivo la posición del natural reconocido en la adopción simple, equivalente a la única forma de la adopción conocida originariamente, viene a producir la consecuencia, conforme al artículo 939 del Código civil, de que a falta de descendientes y ascendientes legítimos suceden al difunto en el todo de la herencia los hijos naturales reconocidos.

La solución propugnada tiene, además, la ventaja de que con ella no hace falta entrar a dilucidar si la expresión empleada por el testador en su testamento equivale a un pacto sucesorio, ni la del valor que la revocación de ese testamento pueda tener en orden a si se puede llegar a ad-

mitir que aun supuesta la existencia del pacto sucesorio y la irrevocabilidad del mismo, una parte de la herencia del adoptante sea de libre disposición, pues no va a ser de mejor condición el adoptado que el hijo legítimo. Máxime cuando, como sucede en el presente caso, la sucesión hereditaria contractual no se defiere de modo claro y terminante, sino mediante la fórmula indirecta de conceder al adoptado, además del derecho de usar los apellidos de los adoptantes, los que las Leyes reconocen a los hijos legítimos, entre los cuales, ciertamente, se encuentran los derechos sucesorios, que determina el artículo 114, número 3.º, del Código civil; pero con ello, y en virtud del razonamiento seguido por la sentencia, se da la paradoja de que se reconocen unos superiores derechos sucesorios al adoptado bajo la primitiva legislación (en cuanto sucede en toda la herencia, por la excesiva amplitud que se da al controvertido pacto sucesorio indirecto), que al adoptado en forma simple en la actualidad, después de toda una evolución social y legislativa dirigida precisamente a mejorar la situación de los hijos adoptivos. Con lo que resultaría que dicha situación, en cuanto a los efectos sucesorios y siempre que existiera la posibilidad de la sucesión contractual anterior, se habría empeorado en vez de mejorarse. Sin olvidar que puesto que las Leyes excepcionales son de interpretación restrictiva, y el pacto sucesorio en el Derecho civil común lo es, por ir contra la prohibición general del artículo 1.271, párrafo 2.º, del Código civil, parece que ese mismo criterio habría de aplicarse en el presente caso, máxime existiendo otra posibilidad técnica de llegar al mismo resultado.

F. C. L.