

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA y
JOSÉ QUESADA SEGURA

II. DERECHOS REALES

SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS. ARTICULO 541 DEL CODIGO CIVIL EN RELACION CON LA LEY DEL SUELO (SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1972).

Hechos.—José López A. y Angel Gómez P. habían comprado dos pisos en la planta cuarta de un edificio cuya fachada posterior miraba hacia un solar que antes formaba una sola finca con el edificio, pero que al venderse los pisos fue segregado para construir sobre él un cine. Los citados pisos de la planta cuarta tenían tres balcones sobre el solar, siendo totalmente ciego el resto de la fachada posterior de dicho edificio en sus plantas primera y segunda, y con una ventana en la planta tercera. Los titulares del solar constituyeron una Sociedad Anónima, la cual realizó la construcción del edificio-cine adosado a la fachada posterior del edificio colindante hasta cerca de la ventana del piso tercero, quedando construida una terraza en el techo del cine, muy próxima, dado lo que se acaba de decir, a los balcones de la planta cuarta.

En vista de ello, José López y Angel Gómez deducen demanda contra la Sociedad propietaria del cine, alegando que existe a favor de ellos servidumbre de luces y vistas, conforme al artículo 541 del Código civil, que llevaba consigo la imposibilidad de construir a menos de tres metros de distancia de la línea de los balcones, por lo que debe demolerse la parte del edificio-cine adosada a la fachada posterior de su edificio a partir del suelo de la planta baja, ya que los actores argumentan que ellos compraron unos pisos de planta cuarta, y resultaba que con la edificación del cine y terraza sobre el mismo los pisos quedaban como si fueran de entresuelo, con escasa luz y con el peligro del fácil acceso a sus balcones a través de la terraza tan próxima.

La Sociedad demandada contesta diciendo que todo el conjunto de edificaciones y cine respondía a un Plan parcial de Ordenación realizado conforme a la Ley del Suelo debidamente aprobado, por lo que no procedía

rectificación alguna, máxime teniendo en cuenta que los actores ya sabían el destino para cine del solar colindante cuando compraron los pisos, como se podía desprender fácilmente del aspecto exterior de la fachada del edificio, al carecer de huecos en sus plantas baja, primera y segunda, lo que revelaba su destino de servir para recibir otra construcción adosada a él.

El Juzgado de Primera Instancia de Vergara dictó sentencia estimando totalmente la demanda y condenando a la entidad demandada a demoler el salón-cine en lo necesario para que entre dicha construcción y la pared del edificio del que formaban parte los pisos de los actores quedara una distancia de tres metros sin edificación.

Apelada dicha sentencia por la parte demandada, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona dictó sentencia declarando la existencia de servidumbre a favor de los actores, pero estimó, en parte, el recurso, ya que declara que dicha servidumbre no nace desde el suelo, sino desde que el primitivo paramento en su misma fachada dejaba de ser ciego, es decir, desde la rasante del suelo del tercer piso, y como el edificio-cine rebasaba en 90 centímetros dicha rasante, debía demolerse tal exceso, añadiendo que antes de proceder a la ejecución de la sentencia se daría cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 228 de la Ley del Suelo.

La entidad demandada no se conforma con esta rectificación que hace a su favor la Audiencia e interpone recurso de casación alegando infracción de la Ley del Suelo, ya que existiendo un Plan de Ordenación aprobado no puede rectificarse la construcción realizada con arreglo al mismo sin que tenga aplicación en este caso el artículo 541 del Código civil, pues debe relacionarse con los condicionamientos y limitaciones derivadas de la Ley del Suelo, señalando, además, contradicción por parte de la sentencia apelada al aludir a la rasante en que el paramento dejaba de ser ciego, y luego considerar como tal rasante el suelo del piso tercero en lugar de la ventana de dicho piso, y error en la apreciación de la prueba aportando el ejemplar del Plan de Ordenación Urbana.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso por no existir contradicción en el fallo apelado y, en cualquier caso, porque «la contradicción ha de resultar de los términos mismos del fallo en sí y no entre éste y los hechos aceptados por la sentencia». Y también por lo que indica el tercer considerando:

«Considerando que igualmente hay que rechazar el motivo primero, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la ley procesal citada, consistente en infracción por violación de los artículos 44 y 45 de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, en relación con el 541 del Código civil, por lo que la argumentación de la recurrente se refiere principalmente a la apreciación de la prueba, con la finalidad de que prevalezca su criterio, valorativo de la fundamentación de la sentencia recurrida, que ha de ser aceptado, al no haber sido combatida eficazmente, creando por sí supuestos distintos, todo lo cual integra causa de inadmisión, conforme con lo que se dispone en el número noveno del artículo 1.729 de igual ley procesal, y ahora de desestimación; pero es que, además, los preceptos alegados como infringidos, de notoria generalidad y matiz administrativo, no fueron desconocidos por la Sala de Instancia, según se deduce de la fundamentación de hecho, en la que, con base en el proyecto de ensanche de la villa de Vergara, aprobado por la Comisión Provincial de Arquitectura y Urbanismo y por la Corporación Municipal, se llega a la conclusión de que por parte de la recurrente hubo extralimitación en la construcción del cine «por haberse rebasado en 90 centímetros la rasante del muro desde que ya no era ciego».

COMENTARIO.—El problema fundamental que se plantea en este caso es el de la relación que pueda existir entre el artículo 541 del Código civil (que regula la llamada «servidumbre por destinación del padre de familia») y un Plan parcial de Ordenación Urbana regulador de las edificaciones del sector. ¿En qué medida un Plan de Ordenación Urbana puede impedir el nacimiento de la servidumbre del artículo 541 del Código o puede afectar a su contenido o provocar incluso su extinción?

En esta cuestión, el recurrente entiende que «no es válido interpretar y aplicar el artículo 541 del Código civil prescindiendo de los condicionamientos que impone la Ley del Suelo. Porque es ese Ordenamiento Urbanístico el que configura y regula las edificaciones del polígono, entre ellas el bloque primero (que es el predio dominante en el caso) y el salón-cine (que es el predio sirviente). Si la servidumbre no nace antes del Plan de Ordenación, sino como consecuencia del mismo; si el Plan se ajusta a la ley porque está aprobado sin contradicción, y si el bloque primero y el salón-cine se ha ajustado al Plan de Ordenación, la sentencia que declara una servidumbre en pugna con dicho Plan y ordena la demolición, siquiera parcial, del salón-cine infringe la ley», concretamente, los artículos 44 y 45 de la ley.

Pero el Tribunal Supremo desestima el recurso a base de estas declaraciones:

1.º Que los artículos 44 y 45 de la Ley del Suelo son de notoria generalidad y matiz administrativo (1).

2.º Que dichos artículos no fueron desconocidos por la Audiencia, pues con base al proyecto declaró que hubo extralimitación en 90 centímetros en la construcción del cine.

La primera declaración apuntada más bien ha de considerarse un *obiter dictum*, pues está recogida entre comas y a modo de paréntesis de la otra declaración. Esta constituye la *ratio decidendi*, pero se limita a destacar que el asunto no es como lo plantea el recurrente, ya que la Audiencia no desconoció la Ley del Suelo. Parece, pues, como si el Tribunal Supremo diera a entender que, en el fondo, la sentencia apelada aplicó la idea de compatibilidad del Plan de Ordenación con la existencia de servidumbre del artículo 541.

No obstante, en esta sentencia, el Tribunal Supremo no tiene ocasión de concretar el problema de la relación entre el artículo del Código y la Ley del Suelo.

Nosotros queremos apuntar unas meras orientaciones en este grave problema, distinguiendo la influencia de la Ley del Suelo en el nacimiento de la citada servidumbre, la influencia en la extensión o contenido de la misma y la influencia respecto a la extinción de tal servidumbre.

1.º En cuanto al nacimiento de la servidumbre del artículo 541 del Código civil puede suceder que el Plan de Ordenación le afecte impidiendo dicho nacimiento o constitución, como, por ejemplo, si prevé la construcción de los edificios de tal modo que impida la eficacia del signo externo del artículo 541 del Código. Ahora bien, creo que no será fácil que el Plan impida de una forma concreta y directa el nacimiento de la servidumbre, sino que lo que normalmente podría decirse que obstaculiza la eficacia del signo externo del artículo 541 del Código civil es la construcción de un edificio y su aprobación administrativa por no vulnerar las directrices

(1) El artículo 44 dice que "los planes, proyectos, normas, ordenanzas y catálogos serán inmediatamente ejecutivos una vez publicada su aprobación definitiva, y si se otorgase a reserva de la subsanación de deficiencias, mientras no se efectuare, carecerán de ejecutoriedad en cuanto al sector a que se refieran". Y el número 1 del artículo 45 dice "Los particulares, al igual que la Administración, quedarán obligados al cumplimiento de las disposiciones sobre ordenación urbana contenidas en la presente Ley y en los planes, proyectos, normas y ordenanzas aprobados con arreglo a la misma".

del Plan. En tal caso, ya no se trata del Plan como causa directa impeditiva del nacimiento de la servidumbre, sino de la aprobación del edificio en concreto. Centrados en este sentido, no tenemos más remedio que citar la importante sentencia de 30 de junio de 1969 (resumida en esta Revista, número 476, pág. 172), en la que se lee que no se pueden involucrar dos cuestiones distintas: «a) la de la indudable virtualidad de la licencia concedida, en observancia de los proyectos plasmados conforme a la Ley del Suelo y a los que, indiscutiblemente, se ha de sujetar la urbanización de la zona (cuestión administrativa), y b) la de la eficacia del hecho de haber incluido el demandado en los proyectos presentados a la aprobación de la Autoridad Municipal los voladizos objeto de debate, cuestión de indudable naturaleza civil que no puede darse por resuelta con esa mera inclusión y aun aprobación, que, a lo sumo, y como con acierto razona la Sala de Instancia, sólo significa la ausencia de obstáculo alguno de carácter administrativo, pero no la imposición al dueño del predio contiguo de una carga que haya de soportar contra su voluntad y sin apoyo en precepto legal alguno de carácter civil». Trasladando estas ideas al presente caso, ¿no podría decirse que la aprobación de la edificación del cine lo único que revela es la ausencia de obstáculos de carácter administrativo, pero que no puede implicar una derogación de la cuestión civil del nacimiento de una servidumbre conforme al artículo 541 del Código? Es más, podríamos preguntarnos: ¿acaso rebajando la altura del edificio-cine en 90 centímetros podrá concluirse que ya no se adapta al Plan parcial de Ordenación? La compatibilidad entre la servidumbre del artículo 541 y el Plan parcial parece desprenderse de la sentencia de la Audiencia, a pesar de ordenar la modificación de la construcción.

2.º En cuanto a la influencia de los preceptos de la Ley del Suelo sobre el contenido o extensión de la servidumbre del artículo 541 del Código, es cuestión que puede tener mayor viabilidad en la práctica. Quizá a esto se refiere la sentencia de la Audiencia cuando dice que no puede nacer al amparo del artículo 541 del Código civil una servidumbre cuya extensión vulnera la Ley del Suelo: no que no pueda nacer la servidumbre del artículo 541, sino que, aun admitiendo su nacimiento, el contenido de la misma ha de entenderse de forma que no vulnere los preceptos de la Ley del Suelo ni los Planes de Ordenación. Tomando como ejemplo el caso de la presente sentencia, frente a la postura del Juzgado de Primera Instancia, que dio a la servidumbre una extensión desmedida con eficacia vertical absoluta (hasta el punto de que ordenó la demolición de la parte correspondiente del edificio-cine para que quedara un espacio de tres metros entre predio dominante y sirviente), la Audiencia limita la extensión de la servidumbre, ya que sólo declara la demolición en cuanto a 90 centímetros, pues el signo externo sólo podría tener eficacia desde que la pared dejaba de ser ciega, no en la parte inferior del edificio, dado que no había ventanas nada más que a partir del piso tercero.

Claro que a esta conclusión de limitar el contenido de la servidumbre también podría llegarse en el campo del Derecho civil, a base de entender que el signo externo no sólo es un elemento fundamental en el nacimiento de la servidumbre del artículo 541, sino que determina su contenido. Y en el presente caso, como el paramento presentaba una parte importante en que el muro era ciego («signo externo de ceguera», podríamos decir) y otra parte en que existían ventanas y balcones («signo externo de luces»), la extensión de la servidumbre sólo podía referirse a la parte en que el muro no era ciego, con la consecuencia de que la demolición del edificio-cine sólo deberá tener lugar respecto a la parte extralimitada.

3.º Lo que es más evidente es que la Ley del Suelo pueda influir en la extinción de una servidumbre ya nacida conforme al artículo citado del Código civil. Por de pronto, el número 2 del artículo 55 de dicha ley dice

que «cuando hubieren de modificarse o suprimirse servidumbres privadas por estar en contradicción con las disposiciones del Plan, podrán expropiarse con arreglo al procedimiento de la citada ley». Cabe, pues, suprimir la servidumbre que se constituyó civilmente. Pero también es cierto que se exige expropiación forzosa y, consiguientemente, la indemnización oportuna. Además (y es lo que ocurrirá en este caso antes de ejecutarse la sentencia), cabe aplicar lo dispuesto en el artículo 228 de la Ley del Suelo, que dice: «1. Si en virtud de sentencia se hubiere de desistir de la construcción o destruir alguna obra de urbanización, el Juzgado o Tribunal al que compete ejecutar el fallo lo comunicará a la Comisión Provincial de Urbanismo para que en el plazo de dos meses notifique al órgano jurisdiccional si, por motivos de interés público, se impone seguir o conservar la obra, y si no lo hiciere, se entenderá que nada obsta a la ejecución. 2. Si dispusiere la prosecución o conservación de la obra, el Juzgado o Tribunal fijará la indemnización que el condenado deba abonar al perjudicado, en la forma dispuesta por los artículos 924 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil o 92 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo, según que el fallo hubiere sido dictado por la jurisdicción ordinaria o la contencioso-administrativa.» Es decir, a través de este artículo puede producirse la supresión de la servidumbre reconocida por la sentencia, pero ello sería también a base de la correspondiente indemnización.

TERCERIA DE MEJOR DERECHO Y DE DOMINIO (SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1972).

Hechos.—«Industrias V., S. A.», interpone demanda sobre tercería de dominio y de mejor derecho contra embargante y embargado en juicio ejecutivo, suplicando se dicte sentencia declarando: 1.º) Ser de propiedad de la actora 5.655 pollos que habían sido embargados por el ejecutante el 10 de octubre de 1970, dado que «Industrias V., S. A.», no había perdido la propiedad de aquéllos al entregárselos al ejecutado con el fin de que los custodiara y engordara y se los restituyera al cabo de cincuenta y cinco días o setenta, según justificaba con documento privado fechado el 18 de agosto de 1970, presentado a liquidación el 1 de octubre siguiente. 2.º) Subsidiariamente, la preferencia del crédito de «Industrias V., S. A.», por importe de 337.738 pesetas, sobre el crédito del ejecutante.

El Juzgado de Primera Instancia de Benavente desestima totalmente la demanda. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid confirma dicha sentencia en cuanto desestima la tercería de dominio, pero la revoca en cuanto a la tercería de mejor derecho, pues admite la preferencia del crédito del actor respecto a 293.863 pesetas, mandando que el importe que se obtenga en la subasta de los pollos embargados se destine a pagar a la Sociedad actora en lo que alcanzare el crédito de ésta.

El ejecutante demandado interpone recurso de casación por violación, por falta de aplicación del artículo 1.125 del Código civil, pues el contrato privado en que basaba la sentencia la preferencia del crédito de la parte actora contenía una obligación de reventa de los pollos cuya naturaleza es la de una obligación a plazo y, además, porque en la fecha de la demanda de tercería interpuesta por la parte actora (10 de octubre de 1970) todavía no era exigible dicha obligación, ya que tenían que pasar cincuenta y cinco días desde la fecha del contrato suscrito el 18 de agosto de 1970, por lo que la exigibilidad sólo se producía a partir del día 12 de octubre, habiéndose redactado la demanda cuando la obligación no era exigible, todo lo cual hacía ver que no era procedente reconocer preferencia al crédito de la parte actora.

Doctrina del Tribunal Supremo.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio de Vicente-Tutor y Guelbenzu, declara no haber lugar al recurso con este único considerando:

«Considerando que el motivo único del recurso, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la violación por falta de aplicación de la sentencia recurrida del párrafo primero del artículo 1.125 del Código civil, basándose para ello en que como el contrato de referencia, fechado el 18 de agosto de 1970, fue presentado a la liquidación del impuesto de transmisión de bienes el 1 de octubre de dicho año, ésta es su fecha auténtica para terceros, y como quiera que la demanda está fechada el día de octubre siguiente, no había transcurrido el plazo de cincuenta y cinco a setenta y cinco días señalados en el contrato para el vencimiento de la obligación y ésta no era exigible conforme al precepto invocado, y habida cuenta de que la Resolución impugnada da como probado que el contrato se perfeccionó con la entrega de las aves en el citado mes de agosto, sin que tal declaración haya sido impugnada por el único cauce adecuado para ello, el del número séptimo de dicho 1.692, es evidente que cuando se presentó la demanda el día 18 de noviembre siguiente conforme a la diligencia de presentación, que es la fehaciente, había transcurrido con exceso el plazo de cincuenta y cinco días pactado y estaba vencida y era exigible la obligación, por lo que no se ha cometido la infracción denunciada y perece el motivo.»

DESLINDE DE FINCA SEGREGADA Y DE RESTO DE LA FINCA MATRIZ. VALOR DE LAS DECLARACIONES FACTICAS DE LA ESCRITURA PUBLICA. APLICACION PREFERENTE DEL ARTICULO 385 DEL CODIGO CIVIL SOBRE EL 387 DEL MISMO (SENTENCIA DE 11 DE OCTUBRE DE 1972).

Hechos.—Doña Teresa M. B. había segregado de una finca dos parcelas, donando una de ellas a su hijo Jaime y la otra a su hija Pilar. Posteriormente, en otra escritura pública, la misma señora había donado el resto de la finca matriz a su hija Coloma. Al fallecimiento de la donante surge el pleito entre sus hijas Coloma y Pilar por una cuestión de deslinde y medición de la parcela de Pilar y de la finca resto donada a Coloma. Esta última deduce demanda contra aquélla, entendiéndolo que el deslinde debe hacerse teniendo en cuenta que la superficie de la parcela de Pilar es la escriturada de 583 metros cuadrados con 50 centímetros, estableciéndose los hitos correspondientes conforme a los linderos de las escrituras. Pilar se opone a la demanda alegando que la finca matriz había recibido un aumento de superficie como consecuencia de haber quedado sin uso un camino que antes atravesaba la finca, aumento que no figuraba en las respectivas escrituras de donación, que por ello debería distribuirse proporcionalmente entre las interesadas, en lugar de quedar asignado a Coloma como titular del resto de finca matriz.

El Juzgado de Primera Instancia de Vich dictó sentencia distribuyendo el aumento de superficie proporcionalmente entre las dos parcelas, señalando a la de Pilar la superficie total de 700 metros cuadrados con 62 centímetros, y a la de Coloma 630 metros cuadrados con 38 centímetros.

Apelada la anterior resolución por Coloma, fue confirmada la sentencia por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la actora, alegando error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba y aplicación indebida del artículo 387 del Código civil y no aplicación del

artículo 385 del mismo, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jacinto García Monge y Martín, declaró haber lugar al recurso por los siguientes considerandos de su primera sentencia:

«Considerando que la sentencia recurrida sienta como hechos que la madre de los hoy litigantes era propietaria de una finca solar inscrita en el Registro de la Propiedad, cuya finca había formado por la agrupación de otras fincas registradas, y de la cual procedió a realizar tres segregaciones, que donó a sus hijos, los hoy contendientes, y a otro que no es parte en el pleito, las cuales causaron las correspondientes inscripciones registrales con expresión y determinación de sus respectivas superficies, y fundamentalmente, que las fincas de los litigantes, colindantes entre sí, tienen un exceso de cabida en relación a los títulos escriturados, premisas fácticas que conducen al juzgador a que, por afirmar que ni los artículos ni la posesión son suficientes para trazar la línea divisoria entre las fincas, aplique al efecto el artículo 387 del Código civil, distribuyendo proporcionalmente entre las fincas de los litigantes la superficie que entiende que excede de la consignada en los títulos aportados.»

«Considerando que a fin de combatir los hechos afirmados en la sentencia se formulan los motivos primero y segundo, amparados ambos en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, basado el primero de éstos en la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba, y el segundo, en el de error de derecho en dicha apreciación probatoria, y si bien es el inicialmente formulado desestimable, por cuanto la escritura pública de fecha 20 de mayo de 1958, en que se apoya el alegado error, al constituir uno de los documentos esenciales del pleito y haber sido apreciado por el Tribunal sentenciador, ello le desposee del carácter de auténtico a los fines del recurso; mas en cuanto afecta al segundo de los motivos, que funda en la violación de los artículos 1.216 y 1.218 del Código civil, el primero de los cuales, definidor de los documentos públicos, no contiene norma valorativa de la prueba, cuya infracción requiere la viabilidad del denunciado vicio, si tiene el referido carácter el segundo precepto que se invoca, que establece que los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste, y según tiene declarado la doctrina de esta Sala, entre otras, en sentencias de 8 de noviembre de 1919 y 23 de mayo de 1935, la presunción de certeza de una escritura pública alcanza plena validez mientras de falsedad no se impugne, y que mientras esta falsedad no se demuestre, el documento público debe prevalecer, y sentada esta doctrina debe destacarse que la antes calendada escritura de donación otorgada a favor de la hoy recurrida expresa, sin perjuicio de atribuir a la finca donada determinada extensión superficial, que no tiene trascendencia, que dicha finca es el resto a que se encuentra reducida después de dos segregaciones la siguiente totalidad, esto es, la finca matriz, objeto de dichas segregaciones donadas a otros hijos de la donante, y ello revela patentemente que al desconocer el Tribunal sentenciador el valor fáctico de tales declaraciones ha incurrido en el error de derecho que se denuncia y debe, consiguientemente, ser estimado el segundo de los motivos que se examina.»

«Considerando que al alcanzar el éxito pretendido el motivo antes examinado, ello conduce a que deba correr igual suerte estimatoria el formulado con el número cuarto, seguido por el cauce procesal del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el cual denuncia como vicios de la sentencia la aplicación indebida del artículo 387 del Código civil, violando al mismo tiempo por inaplicación el artículo 385 (primer inciso) y los artículos 633 y 1.261, 2.º, del mismo texto legal, pues al apreciarse como hecho que la donación otorgada a la demandante y hoy recurrente comprendía todo el resto de la finca matriz, a que había que-

dado reducida después de las dos segregaciones efectuadas, es patente que el pretendido deslinde y amojonamiento entre las fincas de ambas partes litigantes ha de efectuarse conforme previene el invocado artículo 385 del Código civil, de conformidad a los títulos de cada propietario, y sólo en el supuesto de ser éstos insuficientes habrán de llevarse a efecto atendiendo a lo que resultase de la posesión, y en el caso de no determinar los títulos el límite o área, la cuestión no pudiera resolverse por la posesión, debería decidirse la cuestión aplicando el artículo 386, y, en último término, cuando los títulos de los colindantes indicasen un espacio mayor o menor del que comprende la totalidad del terreno, el aumento o la falta se distribuirá proporcionalmente, habiendo declarado esta Sala, en sentencia de 16 de diciembre de 1904, que este último artículo se halla relacionado con el 385, siendo realmente un complemento de éste, y ello conduce a declarar, tanto que se da el vicio de aplicación indebida del artículo 387 del Código civil cuanto el de violación, en el sentido de no aplicación del artículo 385 invocado, y procede por ello la estimación del motivo, y con ella, la del recurso, casando y anulando la sentencia recurrida sin imposición de costas y con devolución del depósito constituido.»

En la segunda sentencia, el Tribunal Supremo resuelve estimando la demanda.

COMENTARIO.—La doctrina legal de esta sentencia puede resumirse así:

1.º La declaración fáctica de una escritura referente a que el objeto donado es el resto de la finca matriz después de dos segregaciones da lugar a una presunción de certeza, que alcanza plena validez mientras no se impugne por falsedad. Confirma la doctrina de las sentencias de 8 de noviembre de 1919 y 23 de mayo de 1935, entre otras muchas.

2.º El artículo 387 del Código civil es complementario del artículo 385, como ya señaló la sentencia de 16 de diciembre de 1904, no pudiendo ser aplicado aquél (el 387) cuando puede resolverse la cuestión a través del artículo 385, conforme a los títulos de cada propietario.

Respecto a la primera declaración resulta muy interesante el valor que puede llegar a tener la descripción de una finca como resto, en lugar de como parcela segregada o formada por división. Por ejemplo, si existe un exceso de cabida y se discute acerca de a qué finca corresponde el aumento, el hecho de describirse una finca como «resto» tiene fuerza suficiente para atraer hacia sí el exceso de cabida, evitando la aplicación del sistema de proporcionalidad del artículo 387 del Código. Ello siempre que no resulte de las pruebas practicadas que el aumento de superficie correspondía en la realidad a las parcelas segregadas.

De aquí se desprende una importante diferencia práctica entre la operación de segregación (con determinación de resto de finca matriz) y la operación de división (en que desaparece la finca matriz como tal). Y también se advierte la diferencia entre la parcela segregada y la parcela resto de finca matriz. Si en lugar de producirse segregación se realiza notarialmente la operación de división, entonces no podría aplicarse lo que dice esta sentencia, ya que todas las fincas formadas por división están en pie de igualdad respecto a los excesos de cabida no localizados físicamente en concreto (es decir, respecto a las rectificaciones de medida superficial), sin que, en principio, pueda aplicarse el aumento a una de ellas, dado que las tres derivan de la finca matriz. En cambio, en la operación de segregación con determinación de resto, la parcela que se describe con este último carácter continúa siendo finca matriz (registralmente se inscribe en su mismo folio, bajo el mismo número), a diferencia de la parcela segregada, que pasa a formar finca independiente. En el presente caso, el Tribunal Supremo atribuye el exceso de cabida exclusivamente a la finca-resto, no a las parcelas segregadas. Lo cual parece lógico, por lo

menos interpretándolo como presunción, pues cuando se segregan parcelas, normalmente se miden éstas, y, en cambio, el resto se obtiene por deducción o simple diferencia numérica, por lo que si luego resulta que la finca matriz mide más, el exceso ha de atribuirse a la parte que no se segregó. Además, la expresión misma de «resto de finca matriz» induce a interpretar que comprende todo lo que no se había segregado.

Claro que conviene tener en cuenta que en todo esto entra de lleno la teoría de la interpretación de los contratos, de modo que si se llega a probar, a través de los diferentes elementos de interpretación, que la intención de los contratantes fue otra (por ejemplo, asignar superficie idéntica a la parcela segregada y al resto), la intención debe prevalecer sobre las palabras.

Pero en términos generales se desprende de esta sentencia esa importante diferencia entre la parcela que es resto y la parcela segregada y entre la operación de división y de segregación, según hemos dicho. Por eso creemos que, desde el punto de vista registral, lo lógico será practicar las operaciones que mejor se acomoden a ese específico tratamiento que merecen las parcelas segregadas y el resto, y no entender que cuando se solicita la inscripción del resto de finca matriz antes de haberse inscrito las segregaciones, hay que equiparar la inscripción de segregación y de resto de finca. Mi compañero BUENAVENTURA CAMY mantiene en tal caso dicha equiparación diciendo que «la actuación registral en ambos casos será la de una segregación» (pág. 288 del volumen IV de sus *Comentarios a la legislación hipotecaria*). Nosotros creemos que una cosa es la inscripción de la segregación (en folio independiente), y otra, la inscripción del resto, que necesariamente ha de realizarse en el mismo folio de la finca matriz. En el presente caso bien claramente se aprecia la diferencia con el problema de los excesos de cabida. En cuanto a los obstáculos que señala CAMY en las páginas 287 y 288 (*ob. cit.*), se podrían solucionar, aun manteniendo la tesis de la inscripción del resto siempre en el folio de la finca matriz, con el sistema que propone GABRIEL HORTAL SÁNCHEZ (en su estudio *Segregaciones y determinación de resto*, núm. 51 del «Boletín del Colegio de Registradores», octubre de 1970), el cual critica la equiparación de CAMY por ir en contra de los preceptos reglamentarios, que distinguen claramente entre segregación y división, y por ir en contra de la voluntad de los interesados, que «solicitan» la operación de segregación, no división (principio de autonomía de la voluntad del art. 50 del Reglamento Hipotecario). Por tanto, nosotros reforzamos la opinión de GABRIEL HORTAL exponiendo el presente supuesto revelador de la diferenciación entre dichas operaciones y manteniendo que la inscripción del resto en el folio de la finca matriz es un requisito de carácter registral, que responde a la preferencia o fuerza atrayente, por presunción, de los excesos de cabida de la citada finca matriz.

En cuanto a la segunda declaración del Tribunal Supremo, que hemos resumido al principio de este comentario, hace referencia a la complementariedad del artículo 387 en relación con el artículo 385 del Código civil. Este último dice que «el deslinde se hará en conformidad con los títulos de cada propietario, y a falta de títulos suficientes, por lo que resultare de la posesión en que estuvieren los colindantes». Y el artículo 387 añade que «si los títulos de los colindantes indicasen un espacio mayor o menor del que comprende la totalidad del terreno, el aumento o la falta se distribuirá proporcionalmente». Pues bien, la presente sentencia dice que el artículo 387 es complementario del artículo 385, como ya indicó la sentencia de 16 de diciembre de 1904, y, por tanto, no es aplicable el sistema de distribución proporcional que indica cuando «los títulos de cada propietario», a que hace referencia el artículo 385, son suficientes para resolver el problema, como ocurre en este caso por las expresiones «parcela segregada»

y «resto de finca», según hemos visto. Pero lo que ahora nos interesa precisar es la relación de esta sentencia con la de 16 de diciembre de 1904, pues ofrecen alguna diferencia de matiz, a pesar de que el Tribunal Supremo cita esta última.

En el supuesto de la sentencia de 16 de diciembre de 1904 (que podríamos titular como la del «caso de los propietarios de la finca 'Sierra' contra los de la finca 'Saúco'», pues en tema de «derechos reales» suele ser más expresivo el nombre de las fincas que el nombre de las personas) puede hablarse propiamente de «complementariedad» del artículo 387 respecto al 385, ya que la sentencia lo que defiende es la aplicación del artículo 387, como «complementario» de aquél, frente al recurrente, «desde el momento que la sentencia (apelada) estima que entre las fincas colindantes no existen puntos determinados que puedan servir de base fija e invariable para trazar la línea de separación de ambos predios, y se hace preciso, consiguientemente, sin prescindir de la orientación señalada en los títulos, marcar dicha línea con relación a la cabida que de los mismos resulte, por lo que no ha incurrido la Sala sentenciadora en la infracción que se supone en el tercer motivo del recurso al hacer aplicación de dichos artículos, para el caso de que en la medición que han de practicar los peritos cuando se ejecute la sentencia resulte que la totalidad de la cabida de las expresadas fincas sea mayor o menor de la que los títulos presentados indiquen».

En cambio, en el supuesto de la sentencia que comentamos no hay complementariedad, ya que se declara inaplicable el artículo 387 por ser suficientes los títulos de los colindantes para resolver el problema. Más gráfico sería hablar de «subsidiariedad» en el presente caso.

Claro que tanto la complementariedad como la subsidiariedad responden, en definitiva, a la misma idea de accesoriedad del artículo 387 respecto al 385; pero mientras en esta sentencia se recalca la segunda nota (con la consecuencia de no ser aplicable el 387), en la de 1904 se recalca la primera nota (con la consecuencia de ser aplicable dicho artículo, además del 385).

TERCERÍA DE DOMINIO: EL REQUISITO DEL JUSTO TÍTULO. ERROR DE HECHO EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA (SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 1972).

Hechos.—La Sociedad Anónima «Elaboración de P. E.» interpone demanda de tercería de dominio contra don Juan Antonio R. y don Angel P., exponiendo que los dos pisos que aquella había comprado en documentos privados a don Angel P. habían sido embargados por don Juan Antonio R., por figurar inscritos en el Registro todavía a nombre del vendedor. Al no tener fecha fehaciente los documentos privados, el actor acompaña como prueba las letras de cambio acreditativas del pago del precio, practicándose una serie de pruebas, como la adverbación y reconocimiento de las cambiales por los Bancos que intervinieron en su negociación y la confesión judicial del vendedor, don Angel P., que reconoció haber vendido los pisos a través de los documentos privados.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Madrid dictó sentencia desestimando la demanda de tercería de dominio, siendo confirmada dicha sentencia por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, que entendió que los documentos privados no constituyan prueba suficiente para contrarrestar la presunción del artículo 38 de la

Ley Hipotecaria de pertenecer la propiedad de los pisos a don Angel P., a quien le habían sido embargados.

La Sociedad tercerista interpone recurso de casación por error de hecho en la apreciación de la prueba, dado que entiende que no se había tenido en cuenta ni la confesión judicial del vendedor ni los recibos de las 110 letras de cambio unidas a la demanda de tercería, averdadas y reconocidas por los Bancos que intervinieron en su negociación, aparte de otra serie de razones.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jacinto García Monge y Martín, estima el recurso:

«Considerando (segundo) que al no haber la sentencia recurrida aceptado los hechos propugnados por el actor sobre la realidad de la venta y pago del precio de los dos pisos objeto de la acción de tercería de dominio, ya que sus fundamentos discurren sobre el valor frente al demandado ejecutante; de los documentos en que se plasmaron las compraventas de los mismos, y la presunción *iuris tantum* establecida en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, y a sustentar los referidos hechos se dirige el primero de los motivos del recurso, amparado en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el cual denuncia la existencia de error de hecho en la apreciación de la prueba, que resulta, en primer término, de los documentos que cita como auténticos, consistentes en los recibos suscritos por el vendedor ejecutado, referidos a entrega de cantidades, como parte de precio de los pisos cuestionados, y 110 cambiales libradas por el vendedor, como parte de los plazos restantes de dicho precio, las cuales fueron negociadas por Bancos, y que, según certificación de éstos, han sido satisfechas por el librado, siendo los mencionados recibos reconocidos por el vendedor en confesión judicial, como igualmente las cambiales, y ha de declararse que tales documentos tienen la naturaleza de auténticos y acreditan por sí, sin necesidad de razonamientos, hipótesis o conjeturas, tanto el hecho del negocio jurídico de compraventa cuanto el pago del precio de las mismas, y ello conduce, sin necesidad de examinar los demás documentos que el motivo alega, a estimar que la sentencia ha incurrido en el vicio que se denuncia y debe, consiguientemente, ser estimado.»

«Considerando (tercero) que al quedar sentados los hechos a que el anterior motivo se refiere ha de prosperar igualmente el articulado con el ordinal cuarto, conforme al número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, que denuncia la violación de los artículos 348, 349 y 448 del Código civil, pues el primero de éstos, aplicable en este caso, otorga al propietario acción reivindicatoria frente al tenedor o poseedor, y equiparada a la misma, de acuerdo a la doctrina de esta Sala, la de tercería de dominio que se ejercita; el único de los requisitos de la misma que se discute es el de la concurrencia de justo título, a favor del actor, que al aparecer de los hechos antes sentados determina que al no aceptarlo así el Tribunal sentenciador debe ser estimada la existencia del vicio que el motivo denuncia sin que proceda examinar los restantes articulados.»

ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO: LITIS CONSORCIO PASIVO NECESARIO (SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 1972).

Hechos.—Don Juan G. A. obtuvo la inmatriculación en el Registro de una finca que lindaba con el monte de San Antón, siendo el medio inmatriculador un auto dictado en expediente de dominio. Posteriormente, y dado que el Ayuntamiento de I. desconocía la propiedad de don Juan,

y que la finca figuraba a nombre del Ayuntamiento en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública, dicho señor ejercita la acción declarativa de dominio contra el Estado y contra el Ayuntamiento de I. Es de hacer notar que la demanda no fue dirigida contra el Patrimonio Forestal del Estado, a quien el Ayuntamiento había cedido el vuelo de la finca por consorcio forestal a efectos de repoblación, aunque la reclamación administrativa previa al ejercicio de la vía judicial ordinaria fue formulada ante el Patrimonio Forestal. En base a ello, el Abogado del Estado y el Ayuntamiento contestan a la demanda diciendo que el actor no había cumplido el requisito del litis consorcio pasivo necesario, al no haber demandado al Patrimonio Forestal del Estado, a pesar de su interés en la cuestión litigiosa. Además, el Ayuntamiento de I. formula reconvencción, en el sentido de que se declare ser de propiedad del mismo la finca discutida y que se cancele la inscripción que figuraba en el Registro de la Propiedad a favor del actor.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de La Coruña dictó sentencia estimando la excepción de litis consorcio pasivo necesario alegada por el Estado y por el Ayuntamiento de I. sin entrar a conocer del fondo de la demanda, y desestimando la reconvencción formulada por el Ayuntamiento, absuelve a éste de dicha demanda.

La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña revoca la sentencia del Juzgado y, estimando la demanda, declara que la finca es propiedad del demandante.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la parte demandada (el Estado y el Ayuntamiento), el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, estima el recurso por lo siguiente:

«Considerando (único) que nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil no contiene una completa regulación de los defectos que puedan implicar irregularidad en la constitución de la relación procesal ni tampoco una construcción sistemática del llamado 'litis consorcio necesario', existiendo con motivo de la relación jurídico material entre todas las personas que estén vinculadas de forma inseparable con los actos o negocios jurídicos en que se apoyen sus pretensiones o que pudieran quedar afectadas por los pronunciamientos que debe contener la decisión judicial con que finalice el litigio, por lo que, según han proclamado diversas sentencias de esta Sala, sobre todo a partir de la de 27 de junio de 1944, el actor, para lograr el éxito de sus pretensiones, ha de dirigir la acción contra todos y cada uno de los que tengan evidente y legítimo interés en impugnarla y puedan resultar claramente afectados por las declaraciones de la sentencia dictada, como precisa la de 18 de febrero de 1962, ya que de no proceder así quedaría defectuosamente constituida la relación jurídico procesal y se produciría la falta de litis consorcio pasivo necesario, que de no ser alegada habría que apreciar de oficio, doctrina que en el caso presente ha sido alegada en el motivo primero del recurso como violada y que provoca su estimación, al no haberse dirigido la demanda contra el Patrimonio Forestal del Estado, Organismo directamente interesado y afectado por la resolución que recaiga en el pleito, dada su condición de titular de un derecho real de vuelo sobre la finca litigiosa, en virtud de haberle sido entregada en régimen de consorcio para su repoblación arbórea, como el propio actor ha reconocido al formular ante él la reclamación administrativa previa al ejercicio de la vía judicial ordinaria, estimación que origina la del recurso en su totalidad dada la subsidiariedad del motivo segundo.»

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

BIENES DEMANIALES MUNICIPALES: NO CABE PRESCRIPCION A FAVOR DEL ESTADO (SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 1972).

Hechos.—El Abogado del Estado, en representación del Ministerio del Ejército, interpone demanda contra el Ayuntamiento de Palma de Mallorca, alegando que el Estado es dueño del «Cuartel de Ingenieros» que existe en Palma, consistente en un edificio levantado por el Estado en el año 1937 sobre una parcela de forma trapezoidal, que figuraba todavía inscrita a nombre del Ayuntamiento, como parte de otra finca mayor, y aunque no constaba la segregación, ni la obra nueva, ni la inscripción de la titularidad estatal, sin embargo, en cualquier caso, el Estado había adquirido la propiedad por prescripción. El Ayuntamiento contesta negando se den los requisitos de la prescripción, porque como el solar tenía el carácter de bien demanial municipal era imprescriptible.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Palma desestima la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha ciudad, partiendo del expresado carácter demanial municipal del solar.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso por lo siguiente:

«Considerando (primero) que discutiendo sobre la aplicación al caso de lo dispuesto en el artículo 1.936 del Código civil, esto es, sobre si la parcela en litigio era o no susceptible de prescripción adquisitiva por estar o no en el comercio de los hombres, la sentencia de primer grado llega a la conclusión de que dicha parcela tenía en el año 1937 el carácter de bien demanial municipal y, por tanto, insusceptible de la prescripción aludida, conclusión ratificada por la sentencia recurrida al aceptar todos los considerandos de la apelada y reafirmada en el séptimo de los de la impugnada, si bien la Audiencia se extiende, a mayor abundamiento, en otras reflexiones acerca de la improsperabilidad de la demanda.»

«Considerando (segundo) que el motivo primero alega la infracción por violación de los artículos 1.930, 1.940 y 1.959 del citado Código, referentes, respectivamente, al ámbito de la usucapión y a los requisitos de la ordinaria y de la extraordinaria; motivo que no merece ser acogido, porque solamente haciendo supuesto de la cuestión, es decir, partiendo de la base de que la repetida parcela era en el año de 1937 un bien patrimonial del Ayuntamiento, podría estimarse la existencia de aquellas infracciones legales, vicio en el que incurre el motivo expresado, que para nada alude a la posible infracción del artículo 1.936 del referido Código.»

«Considerando (tercero) que igual suerte adversa ha de correr el motivo segundo, en primer lugar, porque es doctrina reiterada de esta Sala que las Reales Ordenes no constituyen documento auténtico a efectos de casación y, en segundo término, porque tanto la Real Orden de 18 de junio de 1904 como la escritura pública de 12 de marzo de 1909, invocadas en este motivo, no muestran de manera patente e inequívoca un hecho auténtico que esté en contradicción manifiesta con los fijados normalmente por la Audiencia sentenciadora, puesto que lo que hace el recurrente es interpretar la Real Orden mencionada y la escritura aludida, para tratar de deducir determinada conclusión respecto de la naturaleza jurídica de todas las fincas cedidas por el Estado al Ayuntamiento de Palma de Mallorca, interpretación y deducción que no se concilian con el carácter de documentos auténticos que el impugnante les atribuye, dado que únicamente pueden

tener esta condición los que por sí solos, sin valoraciones ni interpretaciones de índole jurídica, acrediten la equivocación evidente del juzgador.»

«Considerando (cuarto) que en el defecto lógico apuntado en el considerando segundo de esta sentencia inciden los tres últimos motivos, los que, en contra de lo estimado probado en las resoluciones de instancia, parten del supuesto de que la parcela de autos tenía en el año 1937 el carácter de bien patrimonial del municipio referido (art. 344 del Código civil), que pasó a integrar el dominio público estatal (art. 339, núm. 2.º, del mismo Código), en virtud de la usucapión prevista en el artículo 12 de la Ley de Mostrencos de 9-16 de mayo de 1835 y en el artículo 19 de la Ley de Patrimonio del Estado de 15 de abril de 1964, razón por la cual han de ser desestimados también esos motivos, y con ellos, el recurso en su totalidad, con el efecto, en cuanto a costas, de lo prevenido en el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

TERCERIA DE DOMINIO: TIEMPO EN QUE HA DE INTERPONERSE. ACTOS DE ADQUISICION POR SOCIEDAD ANONIMA ANTES DE SU INSCRIPCION EN EL REGISTRO MERCANTIL: PLAZO DE RATIFICACION. ARTICULO 4 DEL CODIGO CIVIL. NO BASTA LA CITA DE UNA SOLA SENTENCIA COMO DOCTRINA LEGAL (SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1972).

Hechos.—Por escritura otorgada en el año 1961, el señor Mercader vendió a la Sociedad Anónima «S.» dos fincas rústicas, cuando todavía la Sociedad no estaba inscrita en el Registro Mercantil. En el año 1964 fueron embargadas dichas fincas por don Alfonso García, en juicio ejecutivo seguido por éste contra el señor Mercader, en reclamación de 2.092.431,77 pesetas. La Sociedad Anónima «S.» interpuso demanda de tercera, que en su día fue desestimada sin entrar en el fondo del asunto, por el defecto formal de no estar inscrita la tercerista en el Registro Mercantil. Continuó el procedimiento ejecutivo, siendo sacadas a pública subasta las dos fincas, aprobándose el remate. En ese momento, una vez obtenida la inscripción en el Registro de la escritura de constitución de Sociedad Anónima (que no pudo conseguirse antes por haberse producido una serie de reclamaciones contra el Fisco, y una vez ratificada al día siguiente de la inscripción la adquisición realizada en 1961, interpone nueva demanda de tercera de dominio, antes que se escriturara la adjudicación y entrega de las fincas al mejor postor de la subasta.

El Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Madrid desestimó la demanda de tercera, pero esta sentencia fue revocada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, que dictó sentencia declarando haber lugar a la tercera, alzando los embargos y dejando sin efecto las subsiguientes actuaciones de remate y adjudicación de fincas.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la parte demandada, alegando fundamentalmente que la demanda de tercera no fue interpuesta en tiempo oportuno ni ratificada por la Sociedad la adquisición de 1961 dentro de los plazos de los artículos 7 y 26 de la Ley de Sociedades Anónimas, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso, destacando los considerandos segundo, cuarto, quinto y sexto:

«Considerando que a la luz de las mencionadas afirmaciones fácticas hay que desestimar el primer motivo del recurso, formulado al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aparte de por su deficiente formulación, y que se invoca en él la 'viola-

ción' nada menos que de 11 artículos heterogéneos, unos del Código civil y otros de la Ley de Sociedades Anónimas, lo que tacha su formulación de la falta de claridad prescrita en el artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque ni el plazo de inscripción en el Registro Mercantil de las Sociedades Anónimas, mencionado en el artículo 26 de la Ley por la que se rigen, es preceptivo, con sanción de anulación de la escritura por la que se constituyen, como se aduce en el motivo, puesto que en el artículo siguiente se concretan las consecuencias del retraso, ni el plazo de tres meses para ratificar la Sociedad, una vez inscrita, los actos anteriores de sus gestores ha de contarse desde la fecha del acto o contrato realizado por éstos, sino desde la fecha de la inscripción en el Registro Mercantil de la Sociedad, y en el caso de autos, la Sociedad, aunque con retraso, fue inscrita en el Registro Mercantil, y sólo la propia Sociedad podría haber reclamado, según el artículo 27, a los propios gestores los daños y perjuicios sufridos por el retraso; pero, lejos de ello, lo que hizo fue ratificar, al día siguiente de la inscripción, los actos realizados por ellos en el concreto asunto a que se refiere el recurso, razonamiento que igualmente conduce a la desestimación de los motivos tercero y quinto, aparte de que la cuestión propuesta en este último de considerar el contrato entre el señor Mercader y el tercerista sujeto a condición es totalmente nueva.»

«Considerando que el artículo 4 del Código civil dispone que son nulos los actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley, precepto en blanco que al ser invocado en casación ha de haberse mencionado cuál es la ley cuya prohibición, en relación con el hecho concreto, acarrea su nulidad (sentencias de 16 de diciembre de 1953, 19 de octubre de 1944 y 5 de junio de 1945), invocación que no se hace en el presente, motivo por lo cual tiene que decaer.»

«Considerando que en los motivos sexto y séptimo, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley del Código civil, no se invoca infracción de ley, sino de la doctrina legal contenida en las sentencias que cita bajo el concepto de violación, y son también desestimables, el primero de ellos, porque cita como violada la doctrina de una sola sentencia, y en cuanto a ambos, porque las sentencias que se citan no sólo no contradicen la tesis de la instancia, sino que la confirman; en efecto: la primera, que es la de 31 de enero de 1959, alude al plazo fijado en el artículo 1.533 para ejercer la tercera, plazo que, según los hechos probados, fue cumplido, como lo prueba el que aún no se ha otorgado la escritura de adjudicación, que marca el momento final de las posibilidades, aunque se presentara después de la aprobación del remate (sentencias de 5 de enero de 1899, 26 de junio de 1946, 11 y 20 de octubre de 1961), y en cuanto a las otras dos sentencias citadas en el segundo de los motivos, tampoco contradicen la tesis de la instancia (se refiere a las sentencias de 6 de febrero de 1964 y 28 de enero de 1969), pues se refieren a hipótesis totalmente diferentes; a casos de terceros titulados, que aquí no lo estaban, aun cuando se interpuso la tercera, y con referencia a actos de los gestores que difieren de los aquí juzgados, porque no fueron ratificados por la Sociedad en el plazo perentorio prescrito en el artículo 7 de la Ley de Sociedades Anónimas, después de inscrita la escritura de su constitución en el Registro Mercantil.»

«Considerando que el octavo y último motivo del recurso carece de consistencia, porque aun en el supuesto de que los documentos invocados, acta de la subasta, contradijeran la afirmación de la instancia de que la tercera 'fue presentada dos días antes de la subasta', quedaría subsistente la segunda parte de la afirmación de la misma, no combatida por cauce adecuado, cual es la de que la tercera se presentó 'antes de la adjudicación en pago y entrega de los bienes', hecho que hace viable la tercera,

conforme a lo prescrito en el artículo 1.533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque se presentara después de celebrada la subasta.»

TERCERIA DE DOMINIO: NO PROSPERA CUANDO EL TERCERISTA NO PRUEBA EL PACTO DE RESERVA DE DOMINIO ALEGADO (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1972).

Hechos.—La entidad mercantil «Piezas F., S. A.», formula demanda de tercería de dominio contra la entidad «L. O., S. A.», y contra los obreros de ésta don Francisco J. I. y 36 más, suplicando se dicte sentencia declarando ser de propiedad de «Piezas F., S. A.», las cubiertas (de fácil desmontaje) que la misma proporcionó y colocó sobre unas naves industriales que pertenecían a «L. O., S. A.», dado que existía pacto de reserva de dominio de las cubiertas mientras «L. O., S. A.», no hubiera pagado totalmente el precio de las mismas, y suplicando también que se alce el embargo que los obreros de dicha entidad habían obtenido a su favor sobre las naves y cubiertas en juicio seguido ante la Magistratura de Trabajo en reclamación de sus salarios contra la repetida empresa «L. O., S. A.».

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Pamplona desestimó la demanda por no considerar acreditado el pacto de reserva de dominio, siendo confirmada esta sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad demandante, siendo de destacar, aparte de sus declaraciones sobre falta de precisión de los motivos del recurso y sobre la prueba de presunciones, el considerando séptimo:

«Considerando que este motivo se asienta igualmente sobre una base falsa, ya que no es cierto que la sentencia se apoye fundamentalísimamente en el carácter de terceros de los ejecutantes, sino que el soporte principal de la desestimación de la tercería estriba en el no acreditamiento por la actora del invocado pacto de reserva de dominio, ya que, según razona dicha sentencia, el documento en que se dice estar consignado carece de fecha y no fue reconocido por quien lo suscribe, ni de él se deduce que haya sido aceptado por 'Lur-Ona, S. A.', ni fue objeto de prueba alguna en el proceso; por eso, y para que no quedara duda ninguna respecto a cuál era la base de dicha desestimación, tuvo buen cuidado de puntualizar el Juez de Primera Instancia, como ya queda consignado, que aunque ello no fuera bastante para desestimar la demanda, 'puesto que no consta acreditado que hubiese mediado ese pacto de reserva de dominio'; a mayor abundamiento se destacan otros extremos, que conducirían a igual solución desestimatoria, entre los cuales señala el carácter de terceros de los demandados ejecutantes, que deberían quedar al margen de tal pacto si éste hubiera llegado a existir.»

PROPIEDAD HORIZONTAL: ELEMENTOS COMUNES, ANEJOS, ACTIVIDADES MOLESTAS. INTERPRETACION DE CONTRATOS (SENTENCIA DE 4 DE DICIEMBRE DE 1972).

Hechos.—Don José G. B., como presidente de la comunidad de propietarios de la casa en la plaza del Ferial, número 1, de Rentería, dedujo demanda contra doña Carmen A. T. sobre acción reivindicatoria y otros extremos, suplicando se dicte sentencia declarando que el llamado «jardín-

antepuerta» o espacio delantero de la casa, así como la faja de terreno lateral cubierta por un tejadillo y su prolongación por la parte trasera, eran elementos comunes de la copropiedad y no privativos de la demandada, anulando cualquier clase de título que ésta pudiera exhibir de contrario, así como los asientos de los mismos que se hubieran tomado en el Registro de la Propiedad, y declarando, además, que la demandada (propietaria de los locales de planta baja de dicha casa), con la ampliación que había llevado a cabo de su industria de panadería, desarrollaba una actividad molesta, insalubre y peligrosa y causante de daños a la masa de copropietarios y a sus moradores, debiéndosele prohibir el ejercicio de dicha actividad a través de los elementos de la ampliación de la industria.

Doña Carmen A. T. contesta a la demanda alegando que la faja de terreno cubierta de tejadillo, a que se refiere la parte demandante, no es elemento común ni privativo de la casa de la plaza del Ferial, número 1, sino que ella la compró en escritura posterior a la parcelación horizontal de dicho edificio (no habiéndose mencionado en la escritura de parcelación de tal terreno), al mismo señor a quien se había comprado anteriormente todo el edificio, habiéndose inscrito aquel terreno como finca independiente, por lo que argumenta que si hubiera sido parte del edificio «el mismo Registrador hubiera rechazado la inscripción» (1), y que no era cierto que la nueva instalación funcionara tal como la demandada dice.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de San Sebastián dictó sentencia estimando la demanda, que fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la demandada, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso, siendo de destacar lo siguiente:

«Considerando (segundo) que igual suerte desestimatoria debe correr el motivo tercero, que acusa la violación de los artículos 1 y 3, apartado a), de la Ley de 21 de julio de 1960, y del artículo 396 del Código civil, respecto a la calificación por la sentencia impugnada de la faja de terreno discutida como elemento común del edificio, cuando en el final del citado apartado a) sólo se estiman de propiedad privativa los anexos que expresamente hayan sido señalados en el título, aunque se hallen situados en el espacio limitado, no figurando con este carácter en la escritura de agrupación de fincas y configuración de propiedad horizontal y no tener carácter taxativo la enumeración realizada en el artículo 1 de dicha ley y 396 del Código civil de los elementos comunes.»

«Considerando (tercero) que tampoco puede prosperar el motivo segundo, que denuncia la violación de los artículos 1.281 y 1.282 del Código civil, por ser inadmisibles desde el punto de vista formal, como opuesto a la claridad exigida por el artículo 1.720 de la Ley Procesal, al no fijar el párrafo del artículo 1.281 del Código civil a que se refiere, máxime cuando los dos son contradictorios, contradicción que trasciende al precepto del artículo siguiente, si se refiere al párrafo primero del anterior, como parece inducirse de su contenido, y a mayor abundamiento, la interpretación del contenido clausular de los negocios jurídicos es privativa del Tribunal de Instancia y debe, por ende, ser respetada en casación, mientras resulte lógico y no desorbitado el texto interpretado con exégesis atentatorias a la letra y espíritu del mismo, según nutrida jurisprudencia de esta Sala, hipótesis desarrollada en el caso de autos, pues en las normas reguladoras del condominio, y sobre los elementos comunes de la casa número 1 de la

(1) Observación decisiva si el Registro de la Propiedad español contara con elementos precisos de identificación de fincas, índices y planos de ellas, e incluso personal a su servicio encargado específicamente de identificar las fincas sobre el terreno. Pero no es así todavía.

plaza del Ferial, se relacionan como elementos comunes cualesquiera otros que no tengan carácter privativo de alguna vivienda.»

«Considerando (cuarto) que el motivo cuarto también es inadmisibles, al hacer supuesto de la cuestión dando por probado lo contrario de lo afirmado por el Tribunal *a quo*, que ha quedado firme en casación al no haber sido impugnado por el cauce adecuado, y que pone de relieve la anómala e irregular actividad industrial desarrollada por la demandada, hoy recurrente, en su local de la casa de litis, que cae dentro de la prohibición establecida en el artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal, que ha sido acertadamente interpretado, procediendo por todo lo expuesto la desestimación íntegra del recurso.»

PROPIEDAD DE AGUAS A FAVOR DE TITULAR QUE NO ES PROPIETARIO DE LA FINCA EN QUE NACEN Y DISCURREN. LA BUENA FE DEL ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA ES CUESTION DE HECHO (SENTENCIA DE 6 DE DICIEMBRE DE 1972).

Hechos.—El titular de la finca «Villa de Casas Viejas», inscrita en el Registro de la Propiedad con la indicación (a mi entender, mención) de que «en esta parte se halla la cañería y venero de agua de que se surte la población (en inscripción anterior se añadía: «teniendo a su favor esta servidumbre dicha finca»), según resultaba de certificación registral (1), deduce demanda contra el Ayuntamiento de Portezuelo, suplicando se dicte sentencia declarando que dicho Ayuntamiento carece de todo derecho al disfrute de las aguas mientras discurren por el predio del actor, teniendo, a lo sumo, un derecho de aprovechamiento de las aguas sobrantes y sólo para surtir de agua al pueblo, no a otros huertos adyacentes al mismo.

El Ayuntamiento se opone a la demanda y formula reconvencción suplicando se declare su derecho de propiedad sobre las aguas, pues cuando transmitió la finca en su día, conforme a las leyes desamortizadoras, dichas aguas quedaron reservadas a favor del Ayuntamiento en escritura otorgada en el año 1860, no inscrita en el Registro, y, además, han sido disfrutadas por el mismo desde tiempo inmemorial, debiendo rectificarse la indicación registral de forma que quede recogido el derecho del Ayuntamiento o, en otro caso, debe cancelarse.

El Juzgado de Primera Instancia de Cáceres desestima la demanda, siendo confirmada esta sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la parte demandante, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta, declara no haber lugar al recurso, siendo de destacar lo siguiente:

(1) Nosotros creemos que esta indicación registral, que es una de las causas motivadoras de la confusión y discusión entre las partes litigantes (entre otras muchas), debería haber desaparecido del Registro antes de la resolución del litigio al expedir el Registrador la certificación, pues el artículo 355 del Reglamento Hipotecario prevé la cancelación de tales menciones que ya no se comprenderán en la certificación. Claro que si los interesados hubieran solicitado certificación de todos los extremos de la inscripción literalmente, entonces necesariamente se hubiera comprendido la mención, pero también se habría certificado de la nota marginal cancelatoria, conforme al artículo 344 del Reglamento. En todo caso, habría llegado ante el Juez ya cancelada la mención con lo que se hubieran evitado algunas confusiones de las partes litigantes. Quizá no procediese el Registrador en ese sentido cancelatorio ante la duda de si aquella indicación era o no verdadera mención, dejando el problema para que fuera resuelto en el pleito. No obstante, nosotros defendemos la autonomía del Registrador en cuanto a la interpretación de los datos registrales (véase nota 4 en la pág. 979 del número 497 de esta Revista), sin perjuicio de que si en el litigio prevalece otra interpretación ésta se haga efectiva a través de la cancelación de la nota marginal cancelatoria, con lo que reviviría dicha indicación. En el presente caso tuvo que ser el Juez quien ordenara la cancelación de tal expresión registral.

«Considerando (primero) que el hoy recurrente, en el séptimo de los fundamentos de derecho de su demanda, manifiesta que acciona en su propio nombre en lo que respecta a las declaraciones de condena que postulara en el suplico de la misma, y como comunero y en beneficio de la comunidad constituida con su hermano, don Laureano Simón Martín, en lo que se refiere a las aguas del arroyo de Valdecoco, por lo que no cabe duda que, en cuanto respecta a dichas aguas, fue reconvenido con el mismo carácter que él demandó, estando, por tanto, debidamente constituida la relación jurídica procesal, procediendo, en su consecuencia, desestimar el primer motivo del recurso.»

«Considerando (segundo) que... según los cuales (los fundamentos de la sentencia apelada) el Ayuntamiento de Portezuelo ha adquirido el derecho al aprovechamiento de esas aguas por prescripción de veinte años, conforme a los artículos 409 y 1.960 del Código civil, y es lo cierto que ninguno de los tres preceptos legales que aplica la sentencia recurrida se citan como infringidos, a todo lo cual cabe añadir que, por lo demás, en modo alguno se puede compartir la tesis que en el motivo se sustenta, en orden a que el aprovechamiento de las aguas públicas sólo puede adquirirse, a virtud de prescripción, por los dueños de los predios por los que discurran las aguas y, en su caso, por los colindantes, ya que, a tenor de lo dispuesto en el mencionado artículo 409, el derecho al aprovechamiento de tales aguas se adquiere por prescripción de veinte años, de suerte que quienquiera que sea el que esté en la posesión continuada durante ese período de tiempo en el disfrute de las aguas públicas, adquiere por prescripción el derecho para seguir disfrutándolas en el modo y forma en que durante ese lapso de tiempo haya venido utilizándolas.»

«Considerando (tercero) que... si bien es cierto que, conforme a lo dispuesto en los preceptos legales que se citan en el motivo noveno, el propietario del predio en que nace un manantial o arroyo es dueño de sus aguas y tiene derecho a aprovecharlas mientras discurran por él, también lo es que el dominio y aprovechamiento de esas aguas puede ser independiente del dominio del predio en que nacen y discurren, y este último supuesto es precisamente el que aquí se da, ya que cuando la finca en que están situados el manantial de Valdecoco y el de Castañito, y por la cual discurren sus aguas, era propiedad del Ayuntamiento de Portezuelo, por la escritura de 7 de agosto de 1860 se vendió la finca o predio, pero quedaron fuera de la enajenación las aguas de los dos manantiales.»

«Considerando (cuarto) que la sentencia recurrida no reconoce la condición de tercero al demandante, a efectos de lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y le niega la buena fe por estimar que conocía la realidad jurídica extrarregistral, apreciación que el recurrente estima errónea, sin tener en cuenta que, dejando a salvo la presunción *iuris tantum* que establece el mentado precepto legal, la buena o mala fe es cuestión de hecho, de la apreciación del Tribunal *a quo*, cuyo criterio sólo cabe combatir en casación por la vía del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no utilizado a este respecto en el recurso, por todo lo cual decae el motivo octavo.»

**RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION CONTRA SENTENCIA
RESOLVIENDO SOBRE EXTINCION DE COMUNIDAD (SENTENCIA DE
26 DE DICIEMBRE DE 1972).**

Hechos.—Doña Enriqueta interpuso recurso de revisión contra sentencia firme del Juzgado de Primera Instancia de La Orotava, alegando haber existido maquinación fraudulenta por los demandantes, demostrado por

el emplazamiento por edictos a los desconocidos herederos de doña Angela, entre los que se encontraba la recurrente, sobradamente conocida entre aquéllos como para no necesitar el empleo de tal citación por edictos, habiendo tenido conocimiento de la sentencia desde hace menos de tres meses, por lo que el recurso de revisión estaba, en su opinión, interpuesto en tiempo y forma.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel González-Alegre Bernardo, declara no haber lugar al recurso de revisión, pues siendo éste extraordinario, según reiterada que no cabe señalar la existencia de una prueba directa que ponga de manifiesto que el conocimiento del supuesto fraude lo fuera con anterioridad a la fecha que señala la recurrente, si permite desvirtuar aquella mera manifestación de la misma, la prueba de una serie de hechos fundamentales a tales efectos, que revelan el conocimiento por parte de la recurrente de la sentencia firme, conocimiento previo de su existencia, que bien puede hacerse coincidir, cuando menos, con la fecha de presentación en una Oficina Liquidadora del Impuesto (anterior a los tres meses precedentes a la iniciación del recurso de revisión) de una serie de documentos privados de fecha antiquísima, que no podía tener otra finalidad que la de posibilitar, mediante la correspondiente nota de liquidación, su presentación y eficacia en el proceso de revisión.»

J. M. G. G.

III. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

PROPIEDAD HORIZONTAL: LA CREACION DE UN FONDO DE RESERVA POR LA JUNTA DE COPROPIETARIOS NO PRECISA UNANIMIDAD (SENTENCIA DE 20 DE DICIEMBRE DE 1972).

Hechos.—La Junta de Propietarios de un edificio en régimen de Propiedad Horizontal demanda al dueño de varios pisos y locales, que no satisfacía sus cuotas. Condenado éste en la Instancia, el Tribunal Supremo no acoge su recurso.

Doctrina de la sentencia.—La profusa cita de artículos, sin conexión entre sí, haciendo referencia a materias tan distintas como lo son, por una parte, determinados aspectos del régimen de Propiedad Horizontal y, por otra, nulidad de actos y renuncia de derechos, quebranta el principio de claridad y precisión en la formulación de cada motivo.

No intenta el recurrente sino combatir el acuerdo tomado en Junta de Propietarios respecto a la creación de un fondo de reserva, y como tal acuerdo no desfasa la competencia de la Junta y se tomó cumpliéndose cuantos requisitos exigibles para su efectividad señala dicha ley, no siendo de los que precisan unanimidad, sino que es bastante se tome por mayoría (art. 16, 2.º, de la Ley de Propiedad Horizontal), ni se violaron los artículos citados ni se aplicó indebidamente el párrafo 2.º del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal.

EL EJERCICIO DE UN DERECHO, AUNQUE ENCIERRA UNA SITUACION POSESORIA, NO RESPONDE AL CONCEPTO TECNICO DE LA POSESION (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1972).

Hechos.—Los concesionarios de una Compañía de Seguros de Enterramiento fueron privados unilateralmente por dicha Compañía del ejercicio y explotación del negocio. Demandaron a la Aseguradora, que fue condenada.

Doctrina de la sentencia.—No viene a demostrar el recurrente sino un desafortunado empeño en situar la cuestión litigiosa como si del *ius possessionis* se tratara, cuando toda la argumentación de la sentencia que se recurre gira en orden a una relación contractual, y si bien no dudó el juzgador en hablar de cierta situación posesoria nacida a su virtud, de la que fue inquietado o desposeído, no se fundamenta la necesaria reintegración de la misma en las acciones posesorias protectoras de aquel *ius possessionis*, sino en la derivada del incumplimiento contractual que emana del artículo 1.124 del Código civil, no siendo de olvidar que el ejercicio de un derecho *per se* encierra una situación posesoria, si bien no responde al concepto técnico de la misma, sino al amplio en el que estas situaciones deben entenderse; confusiónismo o intencionado deseo, al que hay que atribuir la formulación del cuarto de los motivos, en el que bajo la acusación de una indebida aplicación del artículo 348 del Código civil en su segundo párrafo, intenta hacer ver que la acción que se ejercita, si bien, en principio, pudiera entenderse ser la reivindicatoria, es la publiciana, dadas las pretensiones de la demanda, cuando no se trata sino del ejercicio de una acción personal emanada del artículo 1.124 de dicho Cuerpo legal.

LA EXISTENCIA DE ERROR EN EL CONSENTIMIENTO ES DE NATURALEZA FACTICA (SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1972).

Hechos.—En accidente de tráfico perdieron la vida el joven conductor de un vehículo y tres amigos que le acompañaban. Los padres de los acompañantes renunciaron a las acciones que se les ofrecieron, conforme a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero posteriormente demandaron a la Compañía Aseguradora, quien se defiende esgrimiendo las renunciaciones citadas. A pesar de ello es condenada a indemnizar.

Doctrina de la sentencia.—El recurrente denuncia como vicio de la sentencia la aplicación indebida del artículo 1.266 del Código civil, alegación que debe ser desestimada por las siguientes razones: a) porque afirmada por el Tribunal sentenciador la existencia de error en el consentimiento en los actos jurídicos, consistentes en las manifestaciones de los demandantes contenidas en las aludidas declaraciones, es este precepto legal el adecuado para resolver la cuestión controvertida; b) porque el juicio del Tribunal acerca de la existencia del error en el consentimiento es acertado y patente, y c) porque la afirmación de la existencia de error en el consentimiento, que el Tribunal basa en distintos hechos, es de naturaleza fáctica, y ni esta afirmación ni los hechos en que se funda han sido atacados por el obligado cauce del número 7 del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil.

EN EL RECURSO DE CASACION POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA ES IMPRESCINDIBLE LA CITA DEL PRECEPTO LEGAL ADJETIVO QUE PUEDA DECIRSE VULNERADO (SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1973).

Doctrina de la sentencia.—De acuerdo con la reiterada y uniforme doctrina de este Tribunal Supremo, para la prosperabilidad de los recursos de casación por quebrantamiento de forma, cual el que en este caso se interpone, es indispensable no sólo la cita precisa del número pertinente del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en que se apoya, sino también la del precepto legal de orden adjetivo que pueda decirse vulnerado, con el fin de poder valorar el alcance de la infracción que se denuncia en concreto, lo que en el presente supuesto no se hace en el único motivo que se formula, pues se limita a decir que se ampara en el ordinal sexto del indicado artículo.

NULIDAD DE VENTA (SENTENCIA DE 6 DE ENERO DE 1973).

Hechos.—Doña Carmen, de avanzada edad, abandonó el domicilio que compartía con sus hijas y se fue a vivir al de una familia conocida, a la que posteriormente vendió a bajo precio tres fincas que poseía, ventas que se inscribieron en el Registro. Una vez fallecida doña Carmen, sus hijas demandan la nulidad de la venta por defecto del consentimiento debido a demencia de la vendedora o, subsidiariamente, la rescisión por lesión *ultra dimidium*, pues tales hechos ocurrieron en Cataluña. La Audiencia estimó la demanda, fallo que fue confirmado por el Supremo.

Doctrina de la sentencia.—El recurrente dedica el motivo a llevar a cabo por su propia cuenta una apreciación de la prueba según su particular e interesado criterio, sobre la base de algunos documentos y declaraciones testimoniales que obran en los autos, en sentido contrario a la hecha por la Sala sentenciadora, y todo ello sin haber desvirtuado ésta previamente por la vía adecuada del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, por lo que, amparado el motivo en el número primero de dicho precepto procesal, ello es de todo punto inadmisibile en la técnica formal y rigorista del recurso de casación, por lo que firmes los hechos y no demostrado el error evidente, el perezimiento del motivo es obligado.

RECONOCIMIENTO DE DEUDA: PARA QUE SEA EXIGIBLE EL CREDITO ES NECESARIO QUE SE FIJE DE MODO CIERTO LA SUMA ADEUDADA (SENTENCIA DE 20 DE ENERO DE 1973).

Hechos.—Don Julián y don Manuel, los dos únicos socios de una Sociedad Anónima, firmaron un documento privado, en el cual don Julián reconocía que el otro había adelantado 800.000 pesetas para la Sociedad, dejando abierta la posibilidad de que el saldo a favor de don Manuel sufriera variaciones en más o en menos según la contabilidad de la Sociedad. Falleció posteriormente el socio don Julián, y desaparecidos los libros de la Sociedad, don Manuel demanda a los herederos de su consocio. No prosperaron sus pretensiones y los herederos fueron absueltos.

Doctrina de la sentencia.—Al haber estimado el Tribunal *a quo*, a la vista del documento mencionado, que en el proceso no concurrieron los presupuestos contractuales necesarios para la exigibilidad del crédito re-

clamado, no incide en las infracciones denunciadas por el recurrente: Primero, porque del simple examen de tal convenio se desprende que quienes lo suscribieron no fijaron de un modo cierto y absoluto la suma de cuyo pago se hacía responsable el causante de los demandados, sobre todo si se tiene en cuenta que en el expresado documento se hizo constar que el obligado al pago podía optar, en su caso, «por la entrega del efectivo metálico de que *resulte* deudor», tiempo de verbo el subrayado que a todas luces proclama la iliquidez de la deuda. Segundo, porque la facultad de reclamar el reintegro de la cantidad convenida la supeditó el actor «al momento en que por desaparición e insolvencia de la Sociedad deudora se hiciese legalmente imposible su cobro a la misma», es decir, a que ésta no la abonase, a pesar de ser ella y no el otro contratante la obligada a su pago, y como tal desaparición o insolvencia no ha sido justificada por el recurrente en la instancia, queda vedado a esta Sala estimarla en casación.

DAÑOS MORALES POR PUBLICACIONES INEXACTAS (SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1973).

Hechos.—La marquesa de M. falleció en su domicilio en circunstancias misteriosas, los que motivó un tratamiento un tanto sensacionalista de los hechos por parte de algunos periódicos. El yerno y la hija de la fallecida demandan al diario *Pueblo* y a la *Hoja del Lunes* de L. por daños morales. No prosperó la demanda.

Doctrina de la sentencia.—Las diligencias sumariales, según reiterada jurisprudencia, no tienen la condición de documentos auténticos.

Sentada la premisa básica de naturaleza fáctica de no contener los artículos periodísticos denunciados acción ni omisión culposa, es evidente que ha existido aplicación correcta del artículo 1.902 del Código civil y no inaplicación.

La violación de disposiciones de carácter administrativo no se puede sustentar en casación.

PARA LA SUCESION EN EL ARRENDAMIENTO PROVÉE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS UN ORDEN QUE ESTA POR ENCIMA DE LA LIBRE DISPOSICION DEL TESTADOR (SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—Don Luis tuvo dos hijos de su primer matrimonio y abrió durante él un negocio de peluquería. Tras enviudar pasó a nuevas nupcias, de las que tuvo otro hijo. Falleció don Luis bajo testamento, en el cual se disponía, entre otras cosas, que el establecimiento de peluquería se adjudicara al hijo del segundo matrimonio. Demandados éste y la viuda del causante por los hijos del primer matrimonio del mismo, se reconoció a los actores por los juzgadores de instancia como copartícipes en el establecimiento. El recurso de la viuda no prosperó.

Doctrina de la sentencia.—Se invoca por la recurrente la inaplicación del artículo 1.056 del Código civil, alegando el derecho del testador a disponer de un bien, «el negocio de peluquería», que le pertenecía y del que libremente podía disponer en su última voluntad en favor de uno solo de sus herederos, con tal que éste indemnice a los demás herederos; pero al argumentar de dicha forma se olvida, en primer lugar, que para la suce-

sión en el arrendamiento provee la Ley de Arrendamientos Urbanos, en su artículo 60, un orden que está por encima de la libre disposición del testador, y de otra parte, que es a la muerte del padre común cuando se liquidan las dos sociedades de gananciales en las que estuvo implicado su único patrimonio, objeto de esta litis, al no haberse practicado a la muerte de la primera esposa la pertinente liquidación y entrega de bienes, pues al no poderse determinar los pertinentes valores relativos en función de aquel deber incumplido, no queda otro remedio que aplicar el sistema subsidiario prescrito por el artículo 1.431 del Código civil, sin necesidad de que esta solución subsidiaria haya sido pedida expresamente por las partes en el pleito.

COMENTARIO.—Complejo caso éste, casi propio para el ejercicio de informe de unas oposiciones. Se involucran los conceptos de legado de cosa ajena, legado de cosa ganancial, liquidación de varias sociedades de gananciales, nulidad de disposición testamentaria, con cuestiones sobre traspaso y sucesión en el arrendamiento de local de negocios y sobre establecimiento mercantil. Desilusiona un tanto la sentencia, que no aclara muchas de estas complicadas materias, sino que se preocupa sólo de ir rechazando, tal vez demasiado escuetamente, los motivos del recurso.

Por otra parte, no creo que esté muy acertada al admitir que el negocio de la peluquería es «el único bien ganancial entre ambas sociedades». Siendo ganancial del primer matrimonio, al disolverse éste y cesar, por tanto, dicha sociedad, el bien ya no puede reputarse ganancial no existiendo en nuestro Derecho la sociedad continuada aragonesa, y menos aún lo será de un segundo matrimonio, pues en todo caso dicho negocio de peluquería constituiría capital del marido y sólo sus rendimientos o beneficios podrían estimarse como gananciales del segundo matrimonio.

En cuanto a la nulidad de la disposición testamentaria en sí, ya declaraba el Supremo, en sentencia de 9 de mayo de 1968, que el testador no puede disponer de bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales no liquidada.

RESCISION POR LESION «ULTRA DIMIDIUM»: LA EXISTENCIA DE LIBERALIDAD ES UNA EXCEPCION A LA PROCEDENCIA DE LA ACCION, Y PARA QUE SEA ESTIMADA TIENE QUE SER ADUCIDA POR LA PARTE DEMANDADA (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—Se desarrollan en Cataluña. Don Jaime vendió a su hija, doña Isabel, un «hostal» en 50.000 pesetas. Disgustado posteriormente con ella, la demanda solicitando la rescisión por lesión en más de la mitad del justo precio, pues tal finca valía, al menos, 250.000 pesetas. La demandada se defiende arguyendo la existencia de un documento privado en que se declaraban entregadas 200.000 pesetas en concepto de complemento de precio. Tanto en el Juzgado como en la Audiencia se desestimó la demanda por interpretar que concurrió ánimo de liberalidad por parte del vendedor. Pero el Supremo casa esta sentencia absolutoria por adolecer del vicio de incongruencia.

Doctrina de la sentencia.—La sentencia recurrida incide en incongruencia porque, como acertadamente sostiene el recurrente, a) la parte actora interpuso la acción rescisoria por lesión, por entender que en la compraventa en cuestión se había producido la lesión en el precio; b) la parte demandada fundó su oposición única y exclusivamente en el *quantum* o importe de esa lesión o, lo que es lo mismo, en alegar que no existía daño

en la mitad del precio, pues había sido complementado, pero ni una sola vez en su oposición aparece la palabra «liberalidad» ni se contiene la menor alusión a esa circunstancia obstativa; c) la existencia de liberalidad es una excepción a la procedencia de la acción, y para que sea estimada tiene que ser aducida por la parte demandada, pues, en otro caso, la sentencia no puede entrar a conocer de ella sin incurrir en la incongruencia que da base a la casación; d) sin embargo, se estima la existencia de una liberalidad que no había sido aducida ni opuesta por la parte demandada y que, por tanto, no se había ventilado en el procedimiento, ni sobre ella se había practicado prueba alguna en el período correspondiente, por lo que, en realidad, vino a decidir un punto litigioso que no había sido objeto de debate.

COMENTARIO.—Resulta curioso comprobar cómo siendo el desarrollo de los hechos de tal naturaleza que llevara al ánimo de los sentenciadores de instancia el convencimiento de la existencia de liberalidad por parte del vendedor, no fuera argumentada tal circunstancia por la demandada. Error éste que la condujo, a la postre, a la pérdida del pleito.

Por otra parte, es de destacar que ni en la demanda, contestación, ni en ninguna de las sentencias se hiciese alusión al último párrafo del artículo 325 de la Compilación de Cataluña, que permite al comprador demandado que evite la rescisión pagando el complemento del precio lesivo y los intereses.

RESOLUCION DE VENTA POR FALTA DE PAGO (SENTENCIA DE 16 DE MARZO DE 1973).

Hechos.—Como en la sentencia anterior, ocurren también en Cataluña, concretamente en Barcelona. Doña Asunción vendió a doña Dolores diez participaciones indivisas que poseía de otras tantas fincas. Don José ejerció el retracto legal de comuneros y consignó el precio en el Juzgado. Doña Asunción demanda a doña Dolores y a don José alegando falta de pago del precio en el plazo fijado y, subsidiariamente, la rescisión por lesión *ultra dimidium*. La demanda prosperó en el Juzgado, pero no así en la Audiencia, que absuelve a los demandados por estimar que la demandante no había acreditado la vecindad catalana. El Supremo casa tal sentencia absolutoria.

Doctrina de la sentencia.—Como tiene reiteradamente declarado la doctrina de esta Sala, en los escritos de demanda y contestación y, en su caso, en los de réplica y dúplica es donde las partes han de fijar las cuestiones de hecho y de derecho, a los que los Tribunales deben sujetarse en su resolución, sin que les sea lícito, sin incurrir en incongruencia, apreciar más pretensiones y excepciones que las planteadas en dichos escritos; al resolver el Tribunal *a quo* que la actora no acreditó su vecindad catalana, y no sin reconocer que la parte contraria ni la acusó ni la excepcionó, y con ello revocar la sentencia de primer grado, en cuanto acogió la pretensión subsidiariamente alegada, al amparo de la meritada Compilación, y absolver a los demandados de las pretensiones contra los mismos formuladas, se extralimitó en lo que era objeto de debate, resolviendo sobre una excepción que ni estaba comprendida ni fue discutida en el mismo, y al fundamentar su fallo absolutorio precisamente en dicha excepción incurre en el vicio de incongruencia.

CONTRATO VERBAL PARA LA EXPLOTACION DE UNA ADMINISTRACION DE LOTERIAS (SENTENCIA DE 28 DE ABRIL DE 1973).

Hechos.—Se celebró entre doña Benita, titular de una Administración de Loterías en Salamanca; su hija, doña Angela, y doña Pilar un contrato verbal, por el que las últimas ponían su trabajo y un pequeño capital, y la primera, la titularidad de la Administración, y se repartirían los beneficios. Doña Pilar estuvo trabajando unos veinticinco años hasta que falleció. Y ahora su hermana y heredera, doña María, demanda a doña Benita solicitando rendición de cuentas y la entrega del saldo resultante. Las pretensiones prosperaron y el recurso de la parte demandada no es estimado.

Doctrina de la sentencia.—Los documentos con que los recurrentes pretenden demostrar el error de hecho en la apreciación de la prueba, que atribuyen al Juzgador de Instancia, carecen de virtualidad por sí solos para lograr la casación pretendida, porque consistiendo los mismos en sendas certificaciones de la Delegación de Hacienda, Servicio Nacional de Loterías y Ayuntamiento de Salamanca, únicamente acreditan que la titularidad de la Administración en torno a la cual gira el litigio fue de doña Benita García Gómez y no su hija ni la causante de la actora, coincidiendo en ello exactamente con lo afirmado por la sentencia recurrida y no oponiéndose en absoluto a las demás declaraciones fácticas de ésta, relativas a la existencia de un pacto verbal contraído por dicha señora para la explotación del referido negocio, por lo cual tal vicio *in iudicando* no se ha justificado.

EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL, AUN CONSTITUIDA LA JUNTA DE VECINOS, CADA CONDUENO TIENE ACCION PARA OBLIGAR A LOS OTROS A PARTICIPAR EN LAS REPARACIONES DE LOS ELEMENTOS COMUNES (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1972).

Doctrina de la sentencia.—Tanto si se estima la comunidad, de los artículos 392 y siguientes del Código, por lo mandado en el artículo 395, que faculta al copropietario para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común, como si se aprecia la existencia de hecho de la propiedad horizontal, comunidad *sui generis* que participa de la propiedad particular y común simultáneamente, no se puede dejar de resolver la situación de hecho creada, y por ello se impone obligar al demandado a participar en las reparaciones de los elementos comunes, que se fijarán en ejecución de sentencia, toda vez que el pronunciamiento primero de la sentencia ha quedado firme, y en él se manda que se fije la cuota que en la propiedad total pertenece al actor, es obligado condenar al demandado en los términos que resultan de dicho pronunciamiento, de ser comunidad ordinaria, por lo mandado en el artículo 395, y de ser propiedad horizontal, porque no constituida Junta de Vecinos, no puede negarse al condueño acción para pedirlo, y aun constituida, tiene tal acción, según reiterada doctrina de esta Sala.

ANULABILIDAD: EL NEGOCIO DEFECTUOSO SOLO PUEDE SER IMPUGNADO POR LOS OBLIGADOS EN EL, NUNCA POR UN TERCERO (SENTENCIA DE 2 DE OCTUBRE DE 1972).

Hechos.—Doña Margarita vendió una casa en documento privado al Consejo Superior de Misiones, organismo dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores. Posteriormente se otorgó la escritura pública, pero a nombre de la asociación «España Misionera», de carácter no estatal. El Abogado del Estado demanda la nulidad de la venta hecha a favor de «España Misionera» y que se declare que la casa pertenece al Estado. Fue acogida la demanda.

Doctrina de la sentencia.—El primero de los contratos discutidos es válido a todos los efectos legales, sin que a ello pueda ser obstáculo su constancia en documento privado, con las repercusiones patrimoniales consiguientes de carácter de órgano dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores, carente de personalidad propia la entidad que figura como compradora, y si bien es cierto que aunque el referido Departamento Ministerial aprobó y ratificó la compra llevada a cabo, no se cumplieron todos los trámites de orden administrativo legalmente exigidos; este defecto podría haber dado lugar a la anulabilidad, que con terminología incorrecta contempla el artículo 1.300 del Código civil, que podría haber privado de eficacia el acto realizado si hubiese sido impugnado en el plazo de cuatro años, establecido en el artículo 1.301, por quienes, según el 1.302, podían estar en condiciones de hacerlo, es decir, los obligados principal o subsidiariamente, pero nunca por un tercero con personalidad autónoma o independiente, como es la asociación que ahora recurre, extraña en cuanto tal al acto cuestionado.

RECLAMACION DE CANTIDAD (SENTENCIA DE 7 DE ABRIL DE 1973).

Doctrina de la sentencia.—La sentencia recurrida apoya la desestimación de la demanda no en la inexistencia de la cláusula contractual, que remite a un tercero—el arquitecto—la aprobación de la obra, sino en la insuficiencia probatoria del visado y conforme estampado por aquél en los documentos acompañados a la demanda y en que se apoya ésta para acreditar de modo suficiente su alcance, y cualquiera que fuera la opinión de esta Sala sobre el particular, la apreciación fáctica del Tribunal *a quo* no ha sido combatida por el cauce adecuado del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que es obligado respetar los hechos e interpretación establecida por el Tribunal de Instancia.

RECLAMACION DE HONORARIOS PROFESIONALES (SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1973).

Hechos.—Un abogado demanda a sus antiguos clientes solicitándoles 1.700.000 pesetas en concepto de honorarios. Unas pruebas que propuso no fueron admitidas en la instancia. Los honorarios fueron notablemente reducidos, y el recurso del Letrado ante el Supremo no es acogido.

Doctrina de la sentencia.—La denegación de la práctica de la prueba en la Primera Instancia puede ser subsanada mediante la petición de la prác-

tica de la misma en la Segunda, ya que sólo la denegación en la Segunda Instancia produce el resultado omisivo que el recurso de casación trata de enmendar, a cuyo respecto cabe señalar que nunca hubiera cometido la Sala el quebrantamiento de forma que se le atribuye fundamentado en no haberse recibido los autos a prueba en Segunda Instancia, porque conforme a reiterada jurisprudencia, y a ella sigue la doctrina científica, no se incurre en la infracción prevista en el número 3 del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando la prueba propuesta, como acontece en el presente caso, es la misma ya rechazada en Primera Instancia, esto es, que contra la denegación de la Sala en supuestos como el contemplado, queda a la parte el recurso de casación por quebrantamiento de forma, según el número 5 de dicho artículo 1.603, pero no lo ha de ser por el número 3.

J. Q. S.