

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JUAN MANUEL REY PORTOLÉS,
JOSÉ CERDÁ GIMENO y
CARLOS MARÍN ALBORNOZ

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

DOBLE INMATRICULACION. ARTICULOS 34 Y 35 DE LA LEY HIPOTECARIA. EL REQUISITO DE LA BUENA FE DEL TERCERO. ACCION DECLARATIVA: SU DIFERENCIA CON LA REIVINDICATORIA (SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1972).

Hechos.—Doña Eugenia y doña Joaquina eran titulares registrales de la finca número 3.573, procedente por segregación de la número 10, que habían adquirido por título gratuito, aunque sus causantes más remotos fueron titulares adquirentes a título oneroso, según anteriores inscripciones.

Por otro lado, don Jaime y don Pedro eran titulares de unas fincas registrales formadas por sucesivas operaciones de segregación de la finca número 6.579, que figuraba inscrita en el término municipal, rectificándose este extremo al practicar las sucesivas segregaciones para formar dichas fincas, cuya descripción coincide así, en parte, con la de la finca número 3.573 de las titulares antes citadas.

Doña Eugenia y doña Joaquina, estimando que don Jaime y don Pedro habían creado unas fincas ficticias, que quedaban localizadas por su descripción en la parte este de la finca número 3.573 de su propiedad, deducen la correspondiente demanda contra los mismos, suplicando se dicte sentencia declarando que las actoras son dueñas de la citada finca registral 3.573, sin que dentro de su perímetro ostenten derecho ni dominio alguno los demandados, y que la zona este de la repetida finca registral ha sido objeto de doble inmatriculación con motivo de la inscripción de las fincas de los demandados, siendo preferente la inscripción de las actoras, y nulas, las escrituras e inscripciones de la otra parte, que deberán ser canceladas.

Los demandados se oponen alegando su buena fe y la inexistencia de doble inmatriculación, ya que la finca de las actoras figuraba inscrita con menor superficie de la que señalaban en la realidad, observándose, ade-

más, a través de la historia registral de la finca número 3.573, que existió una variación de linderos hecha unilateralmente por sus antiguos titulares.

El Juzgado de Primera Instancia número 8 de los de Barcelona estimó la demanda, siendo confirmada esta sentencia por la Sala 2.ª de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha capital.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por los demandados, siendo de destacar los siguientes «considerandos»:

Considerando que..., F) es evidente que en el proceso declarativo del que dimana este recurso se ha verificado el supuesto establecido en el artículo 313, antes citado, porque, según la fundamentación de hecho de la sentencia recurrida, derivada de la valoración conjunta de las pruebas, las inscripciones 8.099, 8.298 y 8.415 se refieren a la 3.575, que es el número de inscripción de la finca de los actores, la cual figura inscrita con números diferentes, originándose, por tanto, el grave mal en la mecánica registral inmobiliaria que implica la doble inmatriculación, y como quiera que la nota suficientemente expresiva de la doble inmatriculación, al margen de las diversas inscripciones, como medida cautelar que es, el efecto que produce queda limitado a advertir a los terceros la existencia de la doble inmatriculación, es por lo que en el artículo 313 se reserva a los interesados las acciones de que se crean asistidos, que podrán ejercitar en el juicio declarativo correspondiente, sobre el mejor derecho al inmueble, como así lo efectuaron las hoy recurridas, determinándose por la Sala de Instancia la prevalencia de la hoja registral de la finca número 3.573, aplicando para ello los dos criterios establecidos por esta Sala en las sentencias de 18 de mayo de 1953, 10 de enero de 1962, 28 de junio de 1964, 31 de octubre de 1961 y 5 y 17 de enero de 1963, entre otras, de prevalencia de la finca cuyo dominio sea de mejor condición, conforme a las normas de Derecho civil, o cuya inmatriculación sea más antigua, porque «los títulos de las actoras tienen clara legitimidad, frente a los ficticios títulos de las inscripciones de que proceden las fincas de los demandados; gozan de prioridad registral no sólo partiendo de la primitiva inscripción de la finca en 1864, sino de la inscripción en 1897, en que aparece el lindero este con el 'Torrente del Mal', frente a la primera inscripción de la finca matriz 6.579, el 7 de septiembre de 1937, en Registro de la Propiedad al que no correspondía, dada la pretendida situación y localización física que se le da en la actualidad, y por todos los títulos civiles de sus respectivas transmisiones y el hecho incluso de la posesión que ininterrumpidamente desde tan remotas fechas venían disfrutando, frente a los primeros actos de la posesión de los demandados y sus causahabientes iniciados en 1965»—considerando cuarto de la sentencia impugnada.

Considerando que los motivos doce del recurso primero y cuarto y sexto del recurso segundo están relacionados con la cuestión del tercero hipotecario, porque en los dos primeros se aduce la infracción por inaplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y en el otro, la aplicación indebida de igual precepto, todos los cuales hay que rechazar, porque además de que en el motivo doce se omite el cauce procesal que se utiliza, incumpléndose, por tanto, el artículo 1.720 de la Ley Procesal Civil—los otros dos se amparan en el número primero del artículo 1.692 de igual ley—, ha de tenerse en cuenta que, por lo razonado en el considerando que antecede, la acción fue ejercitada para eliminar la colisión registral producida por la doble inmatriculación y para determinar cuál de las diversas hojas registrales ha de prevalecer, lo cual ha de efectuarse por las normas del Derecho civil, con exclusión de la Ley Hipotecaria, ya que la coexistencia de dos asientos registrales de igual rango y naturaleza,

contradictorios e incompatibles entre sí, origina la quiebra de los principios rectores del mecanismo tabular, porque la protección a uno de sus titulares supondría para el otro el desconocimiento de los mismos principios básicos de la publicidad y de legitimación; pero es que, además, en el supuesto de que hubiera que resolverse si los demandados son o no terceros hipotecarios, habría de llegarse a la conclusión de que no lo son, porque uno de los requisitos que integran dicho concepto es el de que la adquisición se haga de buena fe, que no concurre en la efectuada por los demandados, porque según el soporte fáctico de la sentencia impugnada «pudieron conocer, por la inscripción de sus fincas, la inmatriculación de la causante de las mismas, la número 6.579, con sus límites distintos de los segregados, en términos municipales y Registro originariamente distintos, habiendo reconocido el demandado, señor Verona, en relación con las fincas por él adquiridas y su inscripción en el Registro, no poder indicar haber visto realizar actos de posesión efectiva de su causante»—considerando octavo de la del Juzgado y segundo de la Sala.

Considerando que procede examinar agrupadamente los motivos noveno del recurso primero y segundo del segundo, amparados en el número primero del artículo 1.692 de igual Ley Procesal, por aplicación indebida del artículo 348 del Código civil, el primero de ellos, y por violación del mismo precepto, el otro, por estar relacionados con la clase de acción ejercitada, ya que argumentan los recurrentes no reúne los tres requisitos de la acción reivindicatoria porque «las actoras no han justificado su dominio sobre la porción de terreno, superior en extensión a aquella de que son dueñas», motivos que han de rechazarse porque, por lo que se refiere al noveno, no obstante el concepto de la infracción en él alegada—aplicación indebida—, en la argumentación utilizada se explica violación del precepto, conceptos antagónicos, que aplicados a idéntica norma jurídica originan el confusionismo consiguiente, opuesto a la claridad exigida en el artículo 1.720 de la Ley Procesal Civil, y en cuanto al otro de los motivos mencionados se expresa que «la acción no llega a ser reivindicatoria», pero es que, en definitiva, la fundamentación de hecho de la demanda y el elemento objetivo de ella denotan que la acción es de mera declaración del dominio de la finca 3.573, perfectamente diferenciada de la reivindicatoria, porque aunque una y otra pueden ser utilizadas para la tutela del derecho de propiedad, se diferencian por la finalidad que se pretende lograr, y así, mientras que la reivindicatoria tiende fundamentalmente a la recuperación de la posesión, y por ello requiere una detentación o privación posesoria, la declaratoria va encaminada a obtener que el titular de ella es propietario y a acallar a la parte que discute ese derecho o se le arroga—sentencias de 21 de febrero de 1941 y 3 de mayo de 1944, entre otras.

Considerando que en el motivo trece del recurso primero, también alegado por el número primero del artículo 1.692, por inaplicación de los artículos 1.959 y 1.967 del Código civil, del número primero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria y de la doctrina establecida en las sentencias que se mencionan, se plantea la cuestión de la usucapión *secundum tabulas*, basada en que «según la certificación registral—documento número siete, presentado con la demanda—, el causante del recurrente tiene inscrita, en el Registro de la Propiedad número 6 de Barcelona, la finca matriz número 6.579, de la cual fueron segregadas las números 8.099, 9.293 y 9.415 con más de diez años de antelación a la presentación de la demanda, por lo cual está protegido por dicha ‘usucapión’, motivo cuya inviabilidad es notoria, porque el artículo 35 de la Ley Hipotecaria favorece la usucapión que se verifica fuera del Registro, reforzándola o facilitándola; pero para ello no es suficiente que el usucapiente sea titular registral, hace falta, además, sea *poseedor efectivo*, ya que en el artículo 35 no se establece

únicamente la presunción de justo título en base de la inscripción, sino también la de que el titular ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente, de buena fe, presunción que es *iuris tantum*, y en el caso de autos, es indudable la inexistencia de posesión efectiva respecto a unas fincas carentes de soporte o realidad física».

COMENTARIO.—A) «*Ratio decidendi*» de la sentencia.—Se concreta en estos tres aspectos:

1.º La diferenciación entre acción declarativa y acción reivindicatoria por su finalidad, con la consecuencia de no exigirse como requisito para el ejercicio de aquélla la detentación o privación posesoria por parte del demandado. Con ello se confirma la doctrina de las sentencias de 3 de mayo de 1944 y 26 de noviembre de 1946, citadas por la presente sentencia, y de 25 de abril de 1949, 6 de junio de 1960 y 3 de febrero de 1967, entre otras.

2.º El artículo 35 de la Ley Hipotecaria favorece la usucapión que se verifica fuera del Registro, reforzándola o facilitándola; pero para ello no es suficiente que el usucapiente sea titular registral, hace falta, además, que sea poseedor efectivo, pues la presunción que establece dicho artículo no sólo hace referencia al justo título, sino también a la posesión con todos los requisitos que indica, siendo de carácter *iuris tantum*. Con esto, la presente sentencia confirma algo que resulta claramente del propio artículo y de la interpretación unánime doctrinal y jurisprudencial.

3.º La solución del problema de la doble inmatriculación, conforme a dos criterios: el de prevalencia del dominio de mejor condición, según las normas de Derecho civil, y el de prevalencia de la finca cuya inmatriculación sea más antigua. De esta cuestión pasamos a ocuparnos con detenimiento a continuación, a través de diferentes epígrafes.

B) *Los criterios de la normativa del Derecho civil y de la inmatriculación más antigua para resolver el problema de la doble inmatriculación.* La presente sentencia aplica los dos criterios establecidos por esta Sala, según expresión de la misma, que son los que se acaban de indicar, citando una serie de sentencias en tal sentido. Sin embargo, cabe hacerse las siguientes preguntas: ¿Cuál es la relación entre ambos criterios en la jurisprudencia? ¿Se trata efectivamente de dos criterios diferenciados? Y en tal caso, ¿cuál de los dos debe prevalecer?

Si examinamos con cierta minuciosidad las sentencias citadas en el considerando sexto de la presente, observaremos: 1.º) Que *no* en todas ellas se recoge el criterio de inmatriculación más antigua. 2.º) Que aun las que aluden a dicho criterio, lo hacen no como criterio único, sino como unido al criterio del Derecho civil.

Efectivamente, en cuanto a la primera observación, no siguen el criterio de la inmatriculación más antigua: ni la sentencia de 18 de mayo de 1953, que se refiere al criterio civil de la posesión, que vigoriza el título inscrito; ni la sentencia de 28 de junio de 1964, que sigue solamente el criterio del Derecho civil, desechando incluso el criterio de la prioridad de inscripción, por no derivar ambas inscripciones del mismo título; ni la sentencia de 10 de enero de 1962, que alude al criterio del «ordenamiento común» (1).

Por otro lado, en cuanto a la segunda observación apuntada, las sentencias que se refieren a la inmatriculación más antigua siempre lo hacen

(1) Aparte de estas tres sentencias que se citan en la presente, siguen también un criterio exclusivamente civil, sin aludir para nada a la fecha de la inmatriculación más antigua, la sentencia de 22 de junio de 1967, que se refiere a las «normas civiles en general» (véase núm. 462 de esta Revista, pág. 1434) y la sentencia de 25 de febrero de 1972 (véase núm. 493 de esta Revista, pág. 1359).

en unión de la alusión al criterio del Derecho civil. Así, la sentencia de 31 de octubre de 1961 hace referencia al «hecho de ser quien primeramente inscribió», pero como un corolario del criterio de las «normas contenidas en el Derecho civil», y reforzado, «porque siempre ha tenido la posesión de los derechos que la propiedad proporciona»; las sentencias de 5 y 17 de enero de 1963 aluden al «título de dominio más antiguo», y lo que hacen es reforzarlo con el criterio de la «inscripción registral más antigua», con su «acreditado tracto sucesivo» (2). También en la presente sentencia se recoge el criterio de la inmatriculación más antigua, pero claramente unido al criterio de Derecho civil, refiriéndose a la clara legitimidad de los títulos civiles de la parte actora y al hecho de su posesión ininterrumpidamente.

¿Qué conclusiones podemos sacar de estas observaciones? En mi opinión, las siguientes:

1.ª Que el criterio fundamental a seguir, según la jurisprudencia, es el del Derecho civil, por ser el criterio que constituye la *ratio decidendi* de las sentencias examinadas. Pero como este criterio no sólo es el que puede obtenerse de la «usucapión por la posesión», sino también por la justificación del derecho de propiedad, no a través de una prueba perfecta (al estilo de una «*probatio diabolica*»), sino demostrando el dominio de mejor condición o que tiene más probabilidades de ser el verdadero, se explica que dicho criterio quede reforzado muchas veces con el de la inmatriculación más antigua.

2.ª Que en cuanto al criterio de la inmatriculación más antigua, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no lo aplica como un criterio contrapuesto al del Derecho civil (3), sino como un «criterio accesorio del de Derecho civil», que sirve o bien para *reforzar* el título civil de mejor condición (usucapión por posesión) o bien como *medio de prueba* del título civil preferente por su antigüedad (4). No lo aplica como criterio contrapuesto, sino como accesorio y complementario del criterio civil, pues lo entiende no como un criterio revelador de la «prioridad registral», con el consiguiente premio a la diligencia del que llegó primero al Registro, sino como un criterio revelador de la mejor condición del título con arreglo al Derecho civil. Por tanto, creemos que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no se refiere a este criterio en el sentido patrocinado por MARTÍNEZ ESCOBAR, que, a base del principio *prior tempore, dice que* «la primera (inscripción) en tiempo prevalece», y que tal inscripción «impedía hacer la segunda, por lo que ésta, como indebidamente practicada, es nula» (5). Ciertamente que en alguna ocasión (sentencias de 5 y 17 de enero

(2) Igual ocurre en la sentencia de 22 de febrero de 1967, no citada por la presente (véase número 460 de esta Revista, pág. 831).

(3) No obstante, ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., tomo III, págs. 430 y 434) expone el criterio de la inmatriculación más antigua como contrapuesto al criterio del Derecho Civil, diciendo que son «aplicables según los casos» (pág. 430) y que «del examen de esta jurisprudencia puede deducirse que la regla general la constituye el primer criterio jurisprudencial, pero que en ciertos casos en que la doble inmatriculación está lograda con facilidad o concurriendo circunstancias especiales que atribuyan débil consistencia a la ulterior inmatriculación, procede aplicar el segundo criterio» (pág. 434). Nosotros creemos que la aplicación del «segundo criterio» (inmatriculación más antigua) no excluye la aplicación del «primero» (Derecho Civil), por lo que más que contraponer los dos criterios, procede tratar el «segundo» como complemento del «primero».

(4) En este sentido estimamos acertado lo que dicen LACRUZ y SANCHO en su *Derecho Inmobiliario Registral*, 1968, pág. 252, que «la prioridad en inmatricular... representa una prueba del dominio originario, al amparo de la presunción del artículo 38 L. H., que, no siendo desvirtuada por otras, concederá una preferencia de principio al primer folio y su titular vigente».

(5) Ver la exposición que hace ROCA SASTRE de la tesis de este autor en pág. 34, *ob. cit.* Creemos que, incluso prescindiendo de la jurisprudencia, el criterio de dicho autor resulta demasiado frío o rectilíneo para resolver una situación tan anómala y compleja como es la producida por la doble inmatriculación.

(5 bis) Sólo en caso de doble venta cabe seguir este sistema de prioridad, según se explica después. La Sentencia de 10 de marzo de 1972 responde a esta idea de prioridad, pero es por contemplar ese caso especial de doble venta, en que es ineludible la aplicación del artículo 1.473 del Código civil. Esta excepción no desvirtúa el sentido que para el Tribunal Supremo tiene en general (fuera del art. 1.473 del Código civil) el criterio de la inmatriculación más antigua.

y 17 de junio de 1963) el Tribunal Supremo emplea el criterio de la inmatriculación más antigua no sólo como revelador de un dominio de mejor condición con arreglo al Derecho civil, sino, al mismo tiempo, con una función negativa, es decir, como criterio excluyente de otro que podría ir en contra del criterio civil. Ese otro criterio, que el Tribunal Supremo excluye en las tres sentencias últimamente citadas, es el criterio del «tercero hipotecario», y lo hace a base de entender que si la finca estaba ya inmatriculada anteriormente a la apertura del nuevo folio, el que pretenda ser «tercero hipotecario» del artículo 34 de la ley no podrá obtener la protección de dicho artículo frente al titular civil, pues existe una causa de inexactitud registral puesta de manifiesto por el propio Registro a través de la previa existencia de la primera inmatriculación. Pero, como se observará, no se trata de que el Tribunal Supremo defienda en esos casos la inmatriculación más antigua, sino que partiendo del criterio civil revelado o reforzado por la inmatriculación más antigua, ésta impide, a su vez, a través de una función negativa o excluyente, que entre en acción el criterio de la protección al tercero hipotecario, al que luego nos referiremos con más detalle. Lo que queremos ahora resaltar es que el Tribunal Supremo no defiende el criterio de la inmatriculación más antigua como autónomo, sino como criterio accesorio del Derecho civil, como medio de prueba del mismo (función positiva del criterio) y como medio de exclusión de otro criterio que atentaría al del Derecho civil (función negativa o excluyente) (6). Salvando las distancias, y para mejor explicarnos, creemos que la inmatriculación más antigua viene a ser, a estos efectos, una manifestación moderna de la función que tenía la antigua acción publiciana (7).

Si se admite el fundamento que atribuimos a la jurisprudencia del Tribunal Supremo al recoger el criterio de la inmatriculación más antigua, se obtendrá la consecuencia práctica de aplicarlo no comparando las fechas de las respectivas primeras inscripciones de cada folio, a modo de «calendario registral», sino examinando toda la historia registral de cada finca, e incluso se llegará al resultado de no aplicarlo cuando exista un criterio extrarregistral definido y claro, plenamente suficiente por sí mismo, conforme al Derecho civil, aun contrario al criterio de inmatriculación más antigua.

C) El criterio de la inmatriculación más antigua y el criterio de prioridad entre las últimas inscripciones de cada folio.—Hasta ahora hemos

(6) La idea de estas sentencias la recoge GARCÍA-MONGE Y MARTÍN en "El tercero hipotecario ante la doble inmatriculación", *Rev. Der. Priv.*, octubre de 1965, pág. 873, a base de interpretar de diferente manera la palabra "Registro", que emplea por dos veces el párrafo primero del artículo 34, "y si en el primero cabe identificar "el Registro" con la inscripción del transmitente, no ocurre lo mismo en el segundo, en el cual su verdadero y justo sentido debe ser el de referirse al Registro en su amplitud" (pág. 875). Pero no nos convence esta interpretación tan amplia de la palabra "Registro", pues el artículo 34 se refiere al "mismo" Registro, sin que sean concluyentes las razones que expone en la página 876. Como tesis negativa de la aplicación del artículo 34 en favor de un tercero que tiene su base en una inmatriculación muy reciente, nos parece acertado el resultado de la misma, pero no el argumento utilizado. Como tesis positiva de "prevalencia del que inscribe en primer lugar", sólo nos parece acertada si el criterio no es absoluto, sino accesorio del criterio de Derecho Civil. En este sentido positivo es dudosa la tesis del autor, si bien en la página 879 parece no dar sentido total y absoluto al criterio de prevalencia del primer inmatriculante, pues dice: "siempre sin desvirtuar los (principios) que dentro del Derecho Civil puro protegen al primer titular". Pero antes acababa de decir: "aun sin acudir al Derecho común, sino ajustados a los fundamentales principios hipotecarios". En cualquier caso, el sistema de un folio para cada finca, que reúne el historial completo de ella, aceptado por nuestro sistema (art. 13 de la Ley Hipotecaria), excluye esa interpretación amplia de la palabra "Registro", que propone GARCÍA-MONGE. En esto nos parece acertada la crítica que JOSÉ MARÍA PEÑA hace de la sentencia de 17 de junio de 1963 en *A. Der. Civ.*, año 1963, pág. 1123.

(7) Naturalmente, la acción Publiciana tenía un contenido muy distinto en el Derecho Romano, pero en cuanto a su base en un título no ya idóneo, sino de mejor condición que otro, tiene este parecido que señalamos. Respecto a las diferencias entre la acción Publiciana romana y la acción recogida por la jurisprudencia en base a aquélla, ver lo que dice ALBALADEJO en páginas 225 y ss. de sus *Instituciones de Derecho Civil* (Derecho de cosas, año 1964).

supuesto que el criterio estudiado se refería a la «primera inscripción que produjo la inmatriculación más antigua», no a la mayor antigüedad de la última inscripción de uno de los folios en relación con la última inscripción del otro. Pero ahora, una vez explicada la relación de este criterio con el del Derecho civil, plantearemos esta otra cuestión, preguntándonos lo siguiente: ¿Por qué nos hemos referido a la antigüedad de las primeras inscripciones y no a la de las últimas de uno y otro folio? Y contestando lo anterior, ¿cabe utilizar en algún caso el criterio de comparar la antigüedad de inscripciones en uno y otro folio que no sean las primeras de inmatriculación? (8).

Nosotros creemos que cuando el Tribunal Supremo hace referencia a la antigüedad de la inscripción quiere referirse a la inmatriculación más antigua, no a la inscripción de cada uno de los que son parte en el pleito. No se trata de un criterio de prioridad de inscripciones de los titulares que discuten en el pleito, sino de un criterio de antigüedad comparado a los primeros causantes de los titulares que ahora discuten. Ciertamente, no hay mucha precisión en las frases empleadas por las anteriores sentencias, pues si bien la que motiva este comentario alude al «criterio de *inmatriculación más antigua*», en las otras sentencias que cita se expresan con la frase de «inscripción registral más antigua». Pero parece claro que la jurisprudencia quiere referirse a la inscripción registral más antigua de las dos primeras de cada folio, pues si, según hemos tratado de demostrar antes, lo que priva en ellas es la idea preponderante de resolución, conforme al Derecho civil, pretendiendo encontrar el dominio de mejor condición, se acomoda más a esta idea el criterio de inmatriculación más antigua que el de la inscripción vigente más antigua, pues aquél responde a un mayor acercamiento a la *probatio diabólica*, a base de un «acreditado tracto sucesivo» (como dice la sentencia de 5 de enero de 1963), y, sin embargo, la antigüedad de las últimas inscripciones no quiere decir por sí misma nada a estos efectos de la prueba del mejor dominio (9). Por eso estimamos muy acertado que la presente sentencia emplee decididamente aquella terminología.

Una vez contestada la primera pregunta que nos hemos hecho, pasamos a la segunda. Contestando a ella pensamos que en algunos casos no cabe acudir al criterio de la primera inscripción de inmatriculación más antigua, por no ser suficiente para acreditar un título civil de mejor condición, bien por una interrupción en el tracto sucesivo (10), bien por la existencia de alguna irregularidad en aquella primera inscripción (11) o porque la primera inscripción fue de posesión (12). En estos casos, sin

(8) Creo que conviene diferenciar bien estas cuestiones al estudiar la jurisprudencia. Sólo LACRUZ y SANCHO hacen algunas precisiones (pág. 252).

(9) Si en cada folio sólo existe una inscripción de inmatriculación, entonces sí cabe compararla a efectos de prueba del mejor dominio, pero es porque entonces el supuesto hace tránsito al de inmatriculación más antigua basada en título de dominio más antiguo, sirviendo de prueba sobre un mejor dominio la primera inmatriculación, que a su vez recoge un título de dominio más antiguo y más claro. Sólo en el caso de que ambos titulares procedan de un mismo transmitente (doble venta) cabe acudir al criterio de prioridad de inscripción en sí misma, prescindiendo de la fecha del título. (Ver lo que se dice después sobre esto.)

(10) La existencia de una interrupción de tracto sucesivo luego reanudado, en la historia registral de uno de los folios, puede ser desfavorable para el titular correspondiente, pues aunque cuente con una inmatriculación más antigua, existe una zona gris en la historia registral que es la interrupción del tracto, que no siempre subsana el expediente de dominio a pesar de que lo reanude, pues según el párrafo último del artículo 285 no se puede «exigir al que promueva el expediente que determine ni justifique las transmisiones operadas desde la última inscripción hasta la adquisición de su derecho».

(11) En la presente sentencia se parte no sólo de la fecha de la primitiva inscripción de la finca, sino también de la fecha de otra inscripción posterior en que se produjo un cambio de lindero, siendo una y otra más antiguas que la primera inscripción del otro folio (Considerando 6.º).

(12) La sentencia de 7 de octubre de 1972 (ver en esta Revista núm. 497, pág. 996), ante dos inscripciones primeras de posesión, atiende no a la fecha de éstas, sino a la fecha de la conversión en inscripciones de dominio.

cambiar el fundamento del criterio (13), habría que referirse a la antigüedad de la inscripción segunda o inmediatamente posterior, según los casos.

En otros casos, y aquí contestamos específicamente a dicha segunda pregunta, será procedente acudir al criterio de prioridad de inscripciones comparando las de los litigantes. Pero creemos que esto último sólo debe hacerse en el caso de doble venta, y es así porque entonces entra en acción el artículo 1.473 del Código civil, que concede preferencia al adquirente que «antes» (14) haya inscrito en el Registro de la Propiedad. En este caso especial, como los dos titulares tienen un mismo origen, ya no interesa remontarse a los títulos más antiguos de cada uno (pues en este sentido tienen idéntico origen), sino a la inscripción vigente de cada titular, cuya fecha denote una mayor diligencia (15). Pero cuando no exista tal origen común habrá que utilizar el criterio de la inmatriculación más antigua, como mejor exponente del criterio del Derecho civil (16).

D) *El criterio del tercero hipotecario.*—Después de todo lo que hemos dicho sobre la preferencia del criterio de Derecho civil para resolver el problema de la doble inmatriculación, podemos preguntarnos si queda todavía algún hueco para utilizar el criterio de preferencia del titular que sea tercero hipotecario, por reunir los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, frente al que no lo es.

No existe aquí mucha precisión en la doctrina ni tampoco hay un criterio muy concluyente en la jurisprudencia.

Respecto a la doctrina, ROCA SASTRE entendió, en la quinta edición de su *Derecho Hipotecario* (tomo III, pág. 682), que «el criterio para resolver esta pugna o antagonismo deberá variar según los casos: cuando los titulares, según las hojas o registros particulares de las diversas fincas, tengan todos la condición de terceros, que reúnan las circunstancias que señala el artículo 34 de la ley, entonces tendrá aplicación lo expuesto para

(13) El fundamento del criterio ha de ser siempre representar una mejor prueba del dominio a efectos civiles, por la antigüedad de la inscripción, aunque tenga que utilizarse una inscripción segunda o posterior, por ser inservible la primera, pues precisamente esta inservibilidad de la primera se produce dado el fundamento del criterio (representar una prueba de Derecho Civil) y no simplemente por una *fría prioridad* de la inscripción.

(14) Da la sensación como si este adverbio “antes” del artículo 1.473 del Código civil se hubiera puesto pensando precisamente en la doble inmatriculación, pues es el único supuesto en que un titular “inscribe antes” y el otro “después”, ya que en supuestos normales sólo inscribe el primero, pues al segundo se le cierra el Registro por ser título incompatible (art. 17 de la L. H.). Sin embargo, en cualquier caso es interesante el adverbio “antes”, pues revela que el Código sigue aquí un criterio de prioridad “temporal”, y siempre podrá referirse a dos asientos de presentación contradictorios, extendido uno “antes” y el otro “después”, si se estima que el verbo “inscribir” tiene en el artículo 1.473 del Código civil un sentido amplio (comprensivo de todos los asientos y no sólo del asiento de inscripción). Es decir, es más expresivo que el Código diga “que antes la haya inscrito” que no “que la haya inscrito” (por pensar que sólo puede inscribir uno, el que primero presenta el título), y, además, recoge claramente el supuesto de doble inmatriculación con ese expresivo adverbio.

(15) LACRUZ y SANCHO opinan también que “esta prioridad juega decisivamente cuando se trata de causahabientes particulares de un mismo “auctor”, determinando la eficacia inicial de una adquisición frente a la otra, por virtud del artículo 32: piénsese en la doble venta de una finca no registrada, inmatriculando primero el segundo comprador (de buena fe) y admitiéndose luego, por error o por desfigurarse los límites del inmueble, la intabulación en nuevo folio de la primera venta” (pág. 252, *ob. cit.*). ¿Y en el supuesto en que uno de los compradores inscriba primero, pero en folio nuevo, por creer que la finca no estaba inmatriculada a nombre del vendedor, y, en cambio, el segundo comprador que inscribe después lo hace en el folio de la inscripción del vendedor, reuniendo, por tanto, a diferencia de aquél, el requisito de la previa inscripción y los demás del artículo 34 de la Ley Hipotecaria? Problema de valoración de la buena fe de uno y otro comprador, que habrá que resolver conforme a las normas que luego se indican sobre aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

(16) Precisamente por no existir tal origen común desechó el criterio de prioridad la sentencia de 28 de junio de 1964 en un caso en que se enfrentaban dos inmatriculaciones, resolviéndose el problema conforme al criterio del Derecho Civil y no por la prioridad de inmatriculación.

(16 bis) Y cuando el titular del que traen causa ambas inscripciones no sea el inmediato, habrá que remontarse en cada folio a la inscripción que traiga causa del mismo titular, debiendo compararse entonces no las últimas inscripciones, sino las inscripciones que tienen ese origen común, que pueden incluso ser las primeras, como sucedió en el caso de la sentencia de 10 de marzo de 1972.

este caso en otra parte de la presente obra (neutralización de la fe pública); cuando sólo uno de los titulares tenga aquella consideración de tercero hipotecario protegido, entonces prevalecerá la hoja o registro particular correspondiente a este tercero, y cuando ninguno de los titulares reúna esta condición de tercero hipotecario, en tal caso se resolverá la pugna conforme al Derecho civil puro, con omisión de las normas de índole hipotecaria». Es decir, ROCA SASTRE sólo excluía la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en supuestos de doble inmatriculación cuando los dos titulares tuvieran la condición de terceros o cuando ninguno la tuviese. Pero en la sexta edición, ROCA prescinde de aquellas ideas, pues dice en el tomo III, página 430, que «actualmente hay que atenerse en España a los criterios sentados por el Tribunal Supremo y que, en general, son estos dos», y cita el criterio del Derecho civil y el de la inmatriculación más antigua, sin aludir al criterio del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. LACRUZ, por su parte, dice que «ningún adquirente según uno de los folios puede oponer contra los inscritos en el otro su condición de tercero protegido por la fe pública registral» (pág. 250 de su *Derecho Inmobiliario Registral*) (17). GARCÍA-MONGE y MARTÍN, basándose en la interpretación en sentido muy amplio de la palabra «Registro», que emplea por segunda vez el párrafo primero del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, excluye la aplicación de éste en caso de doble inmatriculación, diciendo: «A nuestro juicio, aun sin acudir al Derecho común, sino ajustados a los fundamentales principios hipotecarios, manteniéndose la prevalencia del que inscribe en primer lugar, con la protección ante cuanto con posterioridad logre el acceso al Registro, bien sea formalmente primero, bien funde su derecho en esta inscripción, quedarían incólumes los principios básicos de dicho derecho, y siempre sin desvirtuar los que dentro del Derecho civil puro protegen al primer titular» (18).

Respecto a la jurisprudencia, podemos destacar las siguientes conclusiones: 1.ª) Con cierta reiteración se desecha, frente a recurrentes que habían alegado la infracción del artículo 34 de la ley, la aplicación de dicho artículo; pero la argumentación utilizada revela que no es que se deseché en cualquier caso tal artículo, sino que se suelen hacer algunas matizaciones. Baste analizar la siguiente frase del considerando séptimo de la presente sentencia: «Para determinar cuál de las diversas hojas registrales ha de prevalecer, lo cual ha de efectuarse por las normas del Derecho civil, con exclusión de la Ley Hipotecaria, ya que la coexistencia de dos asientos registrales de igual rango y naturaleza, contradictorios e incompatibles entre sí, origina la quiebra de los principios rectores del mecanismo tabular...» O sea, que se hace referencia a asientos de «igual rango y naturaleza», lo cual podría servir de base para pensar que cuando no se trate de inscripciones de igual rango o naturaleza ya no habría por qué excluir la aplicación del artículo 34. Es más, el propio Tribunal Supremo siente la necesidad de apurar esa argumentación que acaba de dar en contra de la aplicación del artículo 34, manteniendo que no es tercero hipotecario el recurrente (19). 2.ª) Algunas sentencias, concretamente, las

(17) Tal como exponen LACRUZ y SANCHO esta idea, parece que no distinguen el caso de que el otro titular sea tercero hipotecario y el caso de que no lo sea. Eso sí, luego en el ejemplo que ponen se refieren al caso de que el otro titular sea tercero «de iguales caracteres».

(18) En principio, la preocupación de este autor es evitar que el titular que adquirió la finca de quien la inmatriculó recientemente por un procedimiento sencillo y sin muchas garantías pueda hacer valer el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, frente a quien la inmatriculó primero, con mucha anterioridad a aquél, aunque no reúna todos los requisitos de dicho artículo. Esta idea merece crítica favorable, pero véase lo que hemos dicho en la nota 6 sobre la argumentación empleada por dicho autor.

(19) Sin embargo, tal como está redactado el Considerando séptimo, también podría pensarse que la sentencia excluye en todo caso de doble inmatriculación la aplicación del artículo 34 por lo siguiente: 1.ª) Porque el recurrente alegó infracción del artículo 34, por no aplicación del mismo en un caso en que, según aquél, el recurrido no reunía el requisito de la onerosidad, ya que adquirió a título gratuito, aunque remotísimos causantes (no los inmediatos, que eran también

tres ya vistas de 5 y 17 de enero y 17 de junio de 1963, excluyen la aplicación del artículo 34; pero es frente al titular registral del folio más moderno, basándose en que exista una causa de resolución que resulta del propio Registro (en sentido amplio), lo que excluye que dicho titular sea tercero hipotecario. Sin embargo, estas sentencias contemplan casos en que existía una clara preferencia a favor del otro titular con arreglo a la normativa civil y, además, en la de 17 de junio de 1963, el que alegaba la condición de tercero, tenía su base en una primera inscripción de fecha muy reciente. 3.ª) Excepcionalmente, la sentencia de 12 de noviembre de 1970 (20) casa la de la Audiencia (que resolvió la doble inmatriculación conforme al Derecho civil, por entender que los dos titulares eran terceros con los requisitos del art. 34) y aplica el artículo 34 en favor de uno de los titulares, pues al otro le faltaba el requisito de la «previa inscripción» del transmitente en el momento de la compra.

Creemos que esta cuestión de si se debe aplicar o no el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en algunos casos de doble inmatriculación está todavía por estudiar a fondo. Lo que sí parece es que no cabe aplicar criterios meramente numéricos de comparación, pretendiendo aplicar el artículo 34 en favor de aquel que reúna mayor número de requisitos, ya que no interesa el número de ellos, sino la fuerza de los mismos en el caso concreto. Tampoco es muy convincente la argumentación de las tres sentencias de 5 y 17 de enero y 17 de junio de 1963, en cuanto a la exclusión del artículo 34, pues sin perjuicio de que haya sido acertada tal exclusión en los casos concretos de esas sentencias, la argumentación parece inapropiada en un sistema de folio real, como es el sistema español, en el que cada adquirente ha de estar a lo que resulte del folio respectivo y no de todo el Registro (21). En cambio, hay que concluir que ni se debe excluir en todo caso el criterio del artículo 34 ni aplicar éste por el hecho de que un titular sea tercero y otro no. Como normas indiciarias para decidir esta cuestión pueden darse las siguientes: 1.ª) No aplicar el artículo 34 cuando uno de los titulares pruebe «abrumadoramente» que es titular verdadero con arreglo al Derecho civil y que el otro tiene escasos antecedentes registrales, por ser la historia de su finca muy reciente. Téngase en cuenta que no es éste el supuesto normal de aplicación del artículo 34, que resuelve el conflicto entre el *verus dominus* (que no inscribió) y el titular registral que confió en el Registro, y este otro es un caso de conflicto entre un *verus dominus* (que, además, inscribió en el Registro) y otro titular registral que aunque confió en el Registro tiene escasos antecedentes en el mismo. 2.ª) Deberá extremarse la rigidez en la apreciación de los requisitos del artículo 34 respecto a quien pretenda alegarlo, frente a quien tenga título civil adecuado, exigiendo, sobre todo, una especial diligencia al apreciar la buena fe (22). La presente sentencia

adquirentes a título gratuito) hubieran sido adquirentes a título oneroso, y resulta que el Tribunal Supremo no se preocupa de resolver este extremo concreto, sino que, en general, contesta excluyendo la aplicación del artículo 34 L. H.; 2.ª) Porque aunque luego apura la argumentación, según acabamos de decir en el texto, indicando que no es tercero hipotecario el recurrente (lo que podría suponer una atenuación de la inaplicación absoluta del citado artículo, ya que podría indicar que no se aplica porque el recurrente no es tercero hipotecario), sin embargo, lo expresa en forma de *obiter dictum* al decir: «además, en el supuesto de que hubiera que resolverse si los demandados son o no terceros hipotecarios, habría de llegarse a la conclusión de que no lo son», pues tal redacción viene a significar que la cuestión se plantea en forma hipotética, no como *ratio decidendi*. De todos modos, las matizaciones indicadas en el texto hacen ver que no se excluye en cualquier supuesto la aplicación del artículo 34.

(20) Ver el resumen de esta sentencia en *Revista Crítica*, núm. 490, pág. 628.

(21) Ver lo dicho antes en la nota 6.

(22) En general, fuera del caso de doble inmatriculación, existe discusión entre los autores acerca de si la buena fe del artículo 34 ha de ser o no excusable, es decir, si se exige o no cierta diligencia al tercero para apreciar su buena fe (ver la exposición de LACRUZ y SANCHO, *ob. cit.*, pág. 225). Sin embargo, en los casos de doble inmatriculación, la anomalía del supuesto y la similitud de condición de titulares registrales de los dos litigantes impone la necesidad de una especial diligencia para apreciar la buena fe, al estilo de lo que preceptúa el artículo 36 de la

precisamente trae a colación unas frases de la apelada para negar la buena fe del recurrente, que son las siguientes: «Pudieron conocer por la inscripción de sus fincas la inmatriculación de la causante de las mismas, la número 6.579, con sus límites distintos de los segregados», y, sobre todo, esta otra: «Habiendo reconocido el demandado, en relación con las fincas por él adquiridas y su inscripción en el Registro, no poder indicar haber visto realizar actos de posesión efectiva de su causante.» ¿No significa esto una especial matización y exigencia de diligencia en la apreciación de la buena fe? Claro que hemos dicho que estas consideraciones de la sentencia parecen *obiter dicta* tal como están recogidas. 3.º) Respecto al otro titular frente a quien se alegue el artículo 34, no ha de reunir alguno de estos requisitos: buena fe, previa inscripción del transmitente e inscripción de su título, pues si falta alguno de ellos y su título civil no es totalmente concluyente, puede quedar en peor condición que el titular del otro folio. Sin embargo, respecto al requisito de la onerosidad, creemos que aunque no lo tenga, si lo suple con una titulación que pueda considerarse adecuada, no por eso ha de estimarse sin más que es de peor condición que el otro titular que reúne los cuatro requisitos, pues la *ratio* del artículo 34, al exigir dicho requisito, aparece reflejada en la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria (23), y tal fundamento no parece aplicable en la colisión entre dos titulares registrales de similar condición, a excepción de la causa onerosa o gratuita de su adquisición. Sobre todo, cuando el titular registral con causa gratuita tenga fundamentada su adquisición según normativa civil.

Pero insistimos en que se trata de indicios meramente orientadores, que habrá que someterlos a prueba en relación con las circunstancias de cada caso.

E) *El criterio de la regularidad de historia registral.*—Apuntamos en otra ocasión (24) que en los casos de doble inmatriculación, que llamamos «sobrevenida», es decir, la producida por una variación en la descripción o una irregularidad en el tracto sucesivo de una de las fincas, «en muchos casos» quizá no sería necesario acudir a las normas de Derecho civil puro para resolver el problema de doble inmatriculación ni excluir siempre la aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria respecto al titular de la inscripción regularmente extendida, pues entonces se enfrentan dos inscripciones de distinto valor: una, con defecto de tracto sucesivo, y la otra, correctamente practicada».

Ahora completaremos este apunte con unas ideas finales.

Si en uno de los folios de las fincas en cuestión hay un defecto de tracto sucesivo o modificación esencial de descripción, que cambia la identidad, podría intentarse la nulidad de la inscripción irregularmente extendida por falta de tracto o defectuosa identificación de la finca. Ahora bien, aunque se trata de un criterio exclusivamente registral, hay que ser precavido respecto a sus resultados, pues podría suceder que, aunque judicialmente se obtuviera la nulidad de la inscripción de la otra parte por defectos formales, ésta, a su vez, a través de la reconvención, formu-

Ley Hipotecaria para el caso de conflicto entre titular registral y usucapiente. Desde esta perspectiva nos acercamos ya más (aunque por otro camino) a la opinión de GARCÍA-MONGE (pág. 878, *ob. cit.*) cuando dice: "Si es factible al adquirente indagar dentro de "el Registro", sin necesidad de un examen exhaustivo del mismo, sino guiado por la referencia contenida en la inscripción del transmitente, respecto a su título o modo de adquirir, la posible existencia de una inmatriculación anterior, atendidas las personas o las propias fincas, no debe desentenderse de todo lo que sea estrictamente la inscripción de quien le transfiere la finca, cargando sobre el verdadero dueño el perjuicio que es atribuible a su negligencia."

(23) La conocida frase de la Exposición de Motivos es la siguiente: "es preferible que el adquirente gratuito deje de percibir un lucro a que sufran quebranto económico aquellos que, mediante legítimas prestaciones, acrediten derechos sobre el patrimonio del transferente".

(24) En el comentario a la sentencia de 7 de junio de 1972, núm. 497 de esta Revista, página 983, nota 7.

lara la cuestión desde la perspectiva del criterio civil, y entonces sería posible la siguiente paradoja: que un titular obtuviera la nulidad de la inscripción de la parte contraria por defectos formales, y el otro, obtuviese a su favor la nulidad y consiguiente cancelación de la inscripción del otro folio en base a las pruebas aportadas. Pero es difícil que en un mismo pleito se pueda dar este resultado, pues si queda demostrado que uno de los dos litigantes no es dueño, podría desestimarse su demanda de «nulidad por defectos formales» por falta de interés o legitimación.

Otra especialidad en estos casos de doble inmatriculación sobrevenida es que hay base para pensar que el titular del folio de historia irregular carece de buena fe, pues pudo conocer por el examen del propio folio la irregularidad existente. Entonces, si el titular del otro folio reúne los cuatro requisitos del artículo 34, en la forma que antes hemos apuntado, tendría una gran baza a su favor frente a quien no reúne el requisito de la buena fe hipotecaria. La presente sentencia, recogiendo también frases de la sentencia apelada, hemos visto que dice que el recurrente carece de buena fe, porque pudo conocer la inmatriculación con límites distintos y en diferente término municipal. Precisamente en el caso planteado cabe apreciar doble inmatriculación «sobrevenida», pues originariamente una de las fincas figuraba inmatriculada en otro término municipal y con linderos diferentes, y posteriormente sobrevino la doble inmatriculación al variarse su descripción en sucesivas inscripciones.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN UN CASO DE REPERCUSION DEL IMPUESTO. SERVIDUMBRE PERSONAL DE PASTOS Y OTROS DERECHOS. ARTICULO 6 DE LA LEY HIPOTECARIA. ALCANCE DE LA NULIDAD Y CANCELACION DE INSCRIPCIONES (SENTENCIA DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1972).

Hechos.—Don Juan Manuel y don Antonio dedujeron demanda contra la Asociación «La Sarda», exponiendo que eran naturales y vecinos del barrio de La Paúl, entidad local menor, y que desde el 4 de julio de 1969 los vecinos de dicho barrio vienen disfrutando de una serie de aprovechamientos sobre la finca de la que es propietaria la Asociación demandada, siendo tales aprovechamientos verdaderos derechos de servidumbre a título gratuito, según resulta del título notarial constitutivo de aquella fecha, por lo que no tenían que pagar canon ni merced alguna a la Asociación «La Sarda» y, por lo mismo, ésta no podía repercutir sobre los vecinos del barrio de La Paúl el importe de la contribución rústica, suplicando se dicte sentencia declarando: 1.º) Que *todos* los naturales y vecinos del barrio de La Paúl, entre los que se encontraban los actores, tenían sobre la finca rústica denominada «La Sarda» una serie de derechos de disfrute, que enumeraban (poder pacer con los ganados, roturar terrenos, plantar viñas, etc.); 2.º) Que tales derechos tienen carácter inmemorial y fueron reconocidos en la escritura de concordia de 4 de julio de 1869. 3.º) El carácter gratuito de los aprovechamientos. 4.º) Que la Asociación «La Sarda», actual propietaria de la finca rústica del mismo nombre, no puede repercutir sobre los vecinos del barrio de La Paúl gasto alguno, ni siquiera los impuestos que gravaban la finca. 5.º) Que se declarara la nulidad de las inscripciones registrales que se opusieran a las pretensiones ejercitadas en la presente demanda ordenando su cancelación. 6.º) Que se ordenase la inscripción en el Registro de la Propiedad de los derechos enumerados en el pedimento primero a favor de los actores y demás vecinos y naturales del barrio de La Paúl. 7.º) Que se condenase a la Asociación «La Sarda» a estar y pasar por las anteriores declaraciones y expresamente al pago de las costas del presente juicio.

La Asociación demandada alega carencia de legitimación activa de los actores y contesta diciendo que, en términos generales, salvo algunas diferencias, reconocía desde siempre los derechos que demandaban los actores, siendo el único propósito de éstos al plantear la demanda obtener el pronunciamiento de que no les correspondía pagar la contribución rústica de la parte que disfrutaban, y para que llegase la cuestión al Tribunal Supremo lo habían planteado en unión de la cuestión relativa al reconocimiento de esos derechos, y, en fin, que anteriormente, en varias sentencias de Primera Instancia o de la Audiencia, la Asociación había obtenido sentencia favorable respecto a la posibilidad de repercutir la contribución rústica en otros vecinos.

El Juzgado de Primera Instancia de Huesca dictó sentencia estimando en parte la demanda, declarando que los actores, en su calidad de naturales y vecinos del barrio de La Paúl, tienen sobre la finca los derechos recogidos en la demanda, estimando concretamente los pedimentos primero, segundo y tercero, y desestimando expresamente los pedimentos cuarto, quinto y sexto, antes expuestos.

La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, ante el recurso de apelación interpuesto por los actores, estima íntegramente la demanda, incluso los pedimentos cuarto, quinto y sexto, revocando parcialmente la sentencia del Juzgado.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la Asociación demandada, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jacinto García-Monge y Martín, estima parcialmente el recurso, en cuanto a la posibilidad de repercutir sobre los actores el pago de la contribución rústica, siendo de destacar la doctrina que resulta de los «considerandos» siguientes:

Considerando que... debe sentarse inicialmente que para que exista la infracción que se acusa (incongruencia de la sentencia) «ha de resultar de la parte dispositiva de la sentencia, en relación con los términos de la demanda y contestación..., que es congruente la sentencia si sus declaraciones tienen eficacia jurídica necesaria para que queden resueltos todos los puntos del debate..., y, en suma, que la congruencia ha de entenderse en relación con la demanda y pretensiones deducidas en el pleito, no con los razonamientos alegados ya por las partes, ya por el Tribunal, para fundar el fallo... (según reiterada jurisprudencia que cita)..., y partiendo de esta doctrina ha de estimarse que la sentencia objeto del recurso resuelve todas las pretensiones de las partes litigantes, sin que el razonamiento contenido en uno de los considerandos acerca de la calificación jurídica de los derechos que la parte actora pretende (dándoles un parecido a la enfiteusis) haya podido afectar al fallo, ni que con ello haya alterado la ‘causa *petendi*’ (reconocimiento de ‘derechos de servidumbre’) sustituyéndola por otra...».

Considerando que a fin de combatir el pronunciamiento de la sentencia que declara que la Asociación «La Sarda» no puede imponer a los actores, en la cualidad que ostentan, ni repercutirles carga, gravamen o prestación alguna por su disfrute, resolución que rechaza la pretensión de los actores de que se declare que la Asociación demandada no puede repercutir sobre los vecinos del barrio de La Paúl gasto alguno, incluyendo todos los impuestos que gravan la finca «La Sarda», y con el expresado fin se articulan los motivos segundo y tercero, ambos amparados con el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aduciendo el último de éstos que la sentencia infringe, por no aplicación, el principio jurídico de que nadie debe enriquecerse sin causa en perjuicio de otro, principio que sancionan las sentencias de esta Sala que invoca, concurriendo en este caso los elementos precisos para que el mencionado principio deba ser estimado, el de la existencia a favor de

la demandante de un enriquecimiento sin causa, representado por la ventaja patrimonial, que lleva consigo el disfrute total, de una parte, de la finca sin pagar contribuciones ni impuestos que la gravan, y por otra parte, el empobrecimiento de la asociación demandada, al pagar tales contribuciones e impuestos, en cuanto afectan a la parte de finca que dicha entidad no aprovecha, sin que exista causa para tal pago, y habiendo sido acreditados los supuestos fácticos del percibo por los vecinos del barrio de La Paúl, a cuyo favor accionan los demandantes, de la totalidad de los productos de la mencionada parte de «La Sarda», así como el pago por la Asociación demandada de tales contribuciones e impuestos, y la falta de causa que lo justifique, debe estimarse el enriquecimiento sin causa sancionado por la doctrina de esta Sala, que el recurrente acusa, y, por tanto, el vicio denunciado en el motivo que se examina, el cual debe consiguientemente ser estimado.

Considerando que los motivos cuarto y quinto, seguidos por el mismo cauce procesal que los anteriores, combaten aquella parte del fallo de la sentencia recurrida que ordena la cancelación de la inscripción registral de la finca, en cuanto esté en contradicción con los derechos que en la sentencia se declaran, así como ordena la inscripción de éstos, a cuyo fin se denuncian, en el primero de ellos, la violación de los apartados A) y D) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, y en el último, la violación del artículo 13 y la aplicación indebida del artículo 38 del citado texto legal, basándose en el uno en que la inscripción no es imperativa y la aquí ordenada afecta a personas distintas de los demandantes, y en cuanto al último artículo invocado, que establece que los derechos reales, los de garantía y, en general, cualquier carga o limitación del dominio y derechos reales para que surtan efectos contra tercero deberán constar en la finca o derecho sobre el que recaen, y ello implica una nueva inscripción en la propia hoja de inmatriculación de la finca, debiendo ser rechazado el primero de los aducidos fundamentos, por cuanto al haber sido desestimada la excepción de falta de legitimación activa de los demandados en el concepto en que actúan, es indudable que la resolución que en tal sentido declara los derechos que se pretenden da lugar a la consecuencia que se insta, por ser inseparable la declaración del derecho y su inscripción en el Registro, que fue oportunamente solicitada, debiendo puntualizarse que lo pedido por los demandantes, y que la sentencia otorga, no es simplemente la cancelación de la inscripción registral, sino en cuanto se oponga a los derechos que ésta reconoce, y por ello no se trata, en suma, sino de impedir que pueda existir contradicción entre la inscripción del dominio en el Registro de la Propiedad y la de los derechos reconocidos sobre dicha finca, razones que conducen a desestimar los dos últimos motivos articulados.

En la segunda sentencia se declara que la Asociación demandada puede repercutir el pago de las contribuciones sobre los vecinos por la parte que disfrutan, siendo de idéntico contenido que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, pues termina diciendo que «se desestiman expresamente los pedimentos contenidos en los apartados cuarto, quinto y sexto del suplico de la demanda...».

COMENTARIO.—Tres cuestiones interesantes plantea esta sentencia: una, de Derecho civil en relación con el Derecho fiscal, a saber, el enriquecimiento sin causa, y las otras dos son de Derecho hipotecario, a saber, la legitimación para solicitar la inscripción (art. 6 de la ley) y la cancelación de la inscripción contradictoria y su alcance (párrafo 2.º del art. 38 de la Ley Hipotecaria).

A) *Enriquecimiento sin causa*.—El Tribunal Supremo ha reconocido reiteradamente como principio general del Derecho el de que nadie puede

enriquecerse injustamente a costa de otro, siendo de destacar las sentencias que cita el recurrente, que la presente confirma, a saber: sentencias de 12 de enero de 1943, 9 de abril de 1949, 28 de octubre de 1950 y 31 de octubre de 1951, a las que pueden añadirse, entre otras muchas, la de 22 de diciembre de 1962 (comentada por Díez PÍCAZO en *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, volumen I, pág. 255).

La presente sentencia tiene como verdadera *ratio decidendi* esta de no admitir el enriquecimiento sin causa, siendo lo específico de la misma la aplicación del principio al supuesto concreto planteado relacionado con la normativa fiscal, lo que revela que la órbita de los principios generales del Derecho puede ser de gran amplitud.

El Tribunal Supremo va destacando los requisitos tradicionalmente exigidos para que se produzca el enriquecimiento sin causa.

El primer requisito consiste en el enriquecimiento de una de las partes, que aquí se concreta en «la ventaja patrimonial que lleva consigo el disfrute total de una parte de la finca sin pagar contribuciones ni impuestos que la gravan». Se trata de un enriquecimiento de carácter negativo, no positivo. «Existe un enriquecimiento negativo—dice Díez PÍCAZO en *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, página 79—en todos aquellos casos en que se evita, en todo o en parte, una disminución del patrimonio, que de otro modo tendría que haber sido producida necesariamente. En este sentido puede decirse que la no realización de un gasto es equivalente a un ingreso.» En el presente caso, la no realización del gasto consiste en no pagar la contribución. Es decir, que a pesar de la expresión utilizada por la sentencia («la ventaja patrimonial por el disfrute sin pagar contribución»), el enriquecimiento no se produce por el disfrute de la finca (enriquecimiento positivo), pues este disfrute obedece a un título jurídico, o sea, a una justa causa, sino por «no pagar la contribución» a pesar del disfrute. Pero, evidentemente, esto es lo que quiere decir la sentencia. Por tanto, puede añadirse este caso de enriquecimiento negativo a los que señala el autor últimamente citado.

El segundo requisito que señala la sentencia es el «empobrecimiento de la Asociación demandada, al pagar tales contribuciones e impuestos, en cuanto afectan a la parte de finca que dicha entidad no aprovecha». Es un empobrecimiento derivado del pago de contribución por una porción de finca que no se disfruta. Por tanto, lo que exceda de la cuota normal exigible, según la ley impositiva, no habría que considerarlo como empobrecimiento a estos efectos. Por ejemplo, si dada la negligencia del sujeto pasivo contribuyente se han producido multas por razón de demora, el empobrecimiento que el pago de éstas ocasiona al sujeto pasivo obedece a una causa imputable al mismo, por lo que no puede decirse que es «sin causa». Pero en el presente caso no consta este extremo.

El tercer requisito viene recogido en la frase «sin que exista causa para tal pago». El recurrente advirtió que aunque los recurridos disfrutaban de la finca a título gratuito, ello sólo podía justificar que no pagasen una renta o canon a la Asociación propietaria, pero no justificaba que no pagasen la contribución al Estado. Efectivamente, el título gratuito puede justificar no pagar una contraprestación a la otra parte por el disfrute de la finca, pero deja a salvo los pagos derivados de otro título o ley. Pero ¿a qué hay que atenerse en casos como éste para saber si existe o no justa causa del enriquecimiento? Aclara Díez PÍCAZO (*ob. cit.*, pág. 81) que «por justa causa de la atribución patrimonial debe entenderse aquella situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico, al beneficiario de la atribución para recibir ésta y conservarla, lo cual puede ocurrir porque existe un negocio jurídico válido y eficaz entre ellos o porque hay una expresa disposición legal que autoriza aquella consecuencia». ¿Existe en el presente caso alguna ley o negocio jurídico

que justifique que no pague la contribución quien se beneficia de la finca? La contestación a esta pregunta se encuentra en el Derecho fiscal, que es el que señala la fundamentación de cada impuesto y el sujeto pasivo contribuyente. El fundamento de la contribución territorial rústica se encuentra precisamente en la renta que se obtiene por el disfrute mediano o inmediato de las fincas, y el sujeto pasivo contribuyente viene señalado por el artículo 16 del texto refundido publicado por Decreto de 23 de julio de 1966. En el presente caso, en base a las pruebas existentes, el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que no existe justa causa para que pague la contribución el propietario, y por ello permite «su repercusión sobre los que disfrutan la finca». El Juez de la jurisdicción civil ordinaria tiene que penetrar, por tanto, en la legislación fiscal para resolver un problema «inter partes». Pero a propósito de esto conviene deslindar lo que es materia civil de lo que es materia fiscal administrativa. La facultad de señalar el «sujeto pasivo contribuyente» frente al Estado corresponde al organismo fiscal competente, pudiendo el contribuyente interponer recurso administrativo, y una vez agotada esta vía, el contencioso-administrativo. Sin embargo, la calificación administrativa no prejuzga que planteada la cuestión «inter partes» pueda llegarse a otro resultado. La posible divergencia se explica por la expiración de los plazos para reclamar frente al Estado, subsistiendo, en cambio, la vía civil «inter partes», o por los distintos documentos o pruebas en que se haya fundado la decisión administrativa y la resolución judicial. En el presente caso, el sujeto pasivo contribuyente frente al Estado era la entidad recurrente y, sin embargo, el Tribunal Supremo, en base a las pruebas existentes, considera injustificado dicho pago, declarando no que los recurridos son los verdaderos sujetos pasivos contribuyentes (pues tal declaración le está vedada por corresponder a la jurisdicción administrativa o contencioso-administrativa), sino que puede repercutirse el pago del impuesto verificado por el sujeto pasivo. No obstante, esta decisión de la «vía civil» puede ser alegada por el interesado en la vía administrativa, al objeto de obtener en el futuro un cambio de calificación del sujeto pasivo, pero no es vinculante, en principio, en dicha vía, sin perjuicio de lo que pudiera estimarse después en un recurso contencioso-administrativo contra el Estado.

Hemos querido relacionar estas cuestiones de Derecho fiscal con el caso ahora planteado para determinar qué es lo que puede resolverse en la jurisdicción ordinaria en materia del requisito de la «justa causa» de la teoría del enriquecimiento injusto.

B) *Legitimación para pedir la inscripción en el Registro: artículo 6 de la Ley Hipotecaria.*—Otra de las cuestiones que plantea la presente sentencia, totalmente distinta de la anterior, está relacionada con el artículo 6 de la Ley Hipotecaria. El recurrente alegó la infracción del citado artículo, pues entre los pedimentos de la demanda había uno (el sexto) en el que se solicitaba que se ordenase la inscripción en el Registro de una serie de derechos a favor de los actores y demás vecinos y naturales del barrio de La Paúl, y sólo habían accionado dos de los vecinos, por lo que se infringía el artículo 6 en sus apartados a) y d), ya que la sentencia ordenaba la inscripción a favor de personas que no habían solicitado la misma (todos los vecinos) ni tenían la representación de los mismos.

Frente a esta alegación, el Tribunal Supremo contesta que debe ser rechazado tal motivo del recurso, «por cuanto al haber sido desestimada la excepción de falta de legitimación activa de los demandantes en el concepto en que actúan, es indudable que la resolución que en tal sentido declara los derechos que se pretenden da lugar a la consecuencia registral que se insta por ser inseparable la declaración del derecho y su inscripción en el Registro, que fue oportunamente solicitada».

Nosotros creemos que tiene razón el Tribunal Supremo al desestimar el motivo del recurrente, pero, en cambio, no compartimos el razonamiento utilizado por la sentencia, pues parece confundir la legitimación procesal con la legitimación en el procedimiento registral, y, por otro lado, no es convincente esa inseparabilidad entre la declaración del derecho y su inscripción en el Registro, sobre todo en un sistema como el nuestro, en que la inscripción no es, en términos generales, ni constitutiva ni obligatoria, lo que indica que puede haber separación entre la declaración del derecho y su inscripción en el Registro. En lo que sí existe inseparabilidad, y quizá quiera referirse a ello el Tribunal Supremo, es entre el *título* declarativo del derecho y *su carácter de inscribible*, conforme al artículo 2 de la Ley Hipotecaria. Pero con esto no se contesta a la alegación del recurrente.

En nuestra opinión, para rechazar la argumentación del recurrente basta situar debidamente el ámbito de aplicación del artículo 6 de la Ley Hipotecaria. Este artículo está incluido en el epígrafe «De la forma y efectos de la inscripción», lo que revela que es aplicable únicamente en el procedimiento registral, no en un procedimiento judicial, de donde se desprende que mal cabe alegar en un recurso de casación la infracción del citado artículo, no habiéndose producido todavía ninguna de las etapas del procedimiento registral, que precisamente dará comienzo cuando termine el procedimiento judicial. Es decir, pensamos que el destinatario de la petición de inscripción es el «Registrador de la Propiedad», no el Juez de la jurisdicción contenciosa ni el de la voluntaria, y como en este caso no se ha producido tal petición todavía, no cabe alegar en casación el repetido artículo 6 de la Ley Hipotecaria. Confirma esta interpretación el Reglamento Hipotecario, según se desprende de los artículos 39 y 40, incluidos en el epígrafe «Solicitud de inscripción», que parten de que la solicitud está relacionada con la presentación de los documentos en el Registro, no con ningún otro tipo de solicitud ante el Juez. Eso sí, si el Registrador se negare a extender el asiento de presentación por cualquier motivo infundado (entre los cuales podría figurar una interpretación equivocada del art. 6 de la ley), cabe «acudir en queja al Juez de Primera Instancia» (art. 416 del Reglamento Hipotecario). Pero lo que no está previsto es solicitar la inscripción en el Registro al Juez.

Ahora bien, podría contestarnos el recurrente que lo cierto es que entre los pedimentos de la demanda figuraba uno en el que se pedía al Juez que se ordenase la inscripción en el Registro, y que conforme a aquél, la sentencia de la Audiencia «ordenó la inscripción en el Registro». Pero, a pesar de todo, creemos que esto no cabe en el ámbito del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, pues, en el fondo, de lo que se trata es de pedir que el Juez configure un «título inscribible» de los del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, y el Juez «no puede ordenar al Registrador la inscripción», pues el artículo 136 del Reglamento Hipotecario deja a salvo la calificación registral, y creemos que también tiene independencia para apreciar la existencia o la falta de legitimación de las personas, a que se refiere el artículo 6 de la Ley Hipotecaria, entre las cuales no figura por ningún lado el Juez, que tampoco es ningún representante de los interesados, a menos que supla la voluntad del declarado en rebeldía. En definitiva, esa supuesta «orden» de inscripción es vinculante para las partes del litigio, pero deja a salvo que ulteriormente, en el procedimiento registral, al plantearse la aplicación del artículo 6 de la ley, el Registrador pueda apreciar que no solicitan la inscripción todos los interesados. No obstante, en la práctica, hay una actitud benévola en la aplicación del artículo 6 de la citada ley, a lo que invita el propio artículo 39 del Reglamento Hipotecario; pero todo ello no obsta a que si el Registrador tiene un fundado motivo para pensar que uno de los interesados que no ha intervenido en

el pleito, pero en cuyo favor se ha declarado el derecho, no desea obtener la inscripción, exija la solicitud correspondiente, a pesar del mandamiento que pudiera haberse expedido en trámites de ejecución de sentencia.

Incluso es improcedente la alegación del recurrente teniendo en cuenta también que en el presente caso no se hace una declaración de derechos a favor de todos los vecinos, sino a favor de «los demandantes, como vecinos y naturales», lo cual implica, en principio, que no todos los vecinos van a resultar titulares registrales de la finca, sino sólo los demandantes.

C) *Alcance de la cancelación de la inscripción contradictoria.*—Esta es la tercera cuestión que nos habíamos propuesto analizar en el comentario.

En relación con ella, el recurrente estima que es improcedente que se declare la cancelación de su inscripción de dominio en cuanto sea contradictoria con la inscripción del derecho real discutido en el pleito, por no existir ninguna contradicción entre una y otra inscripción, ya que precisamente la inscripción de dominio servirá de base para que se pueda inscribir la inscripción del derecho real a continuación de aquélla (conforme al art. 13 de la Ley Hipotecaria), siendo absurdo ordenar su cancelación ni siquiera parcialmente.

El Tribunal Supremo, en cambio, en su primera sentencia, defiende la tesis de la Audiencia, desestimando el motivo del recurrente, porque «lo pedido por los demandantes y que la sentencia otorga no es simplemente la cancelación de la inscripción registral, sino en cuanto se oponga a los derechos que ésta reconoce, y por ello no se trata, en suma, sino de impedir que pueda existir contradicción entre la inscripción del dominio en el Registro de la Propiedad y la de los derechos reconocidos sobre la finca».

Nos parece algo «enigmática» esta declaración del Tribunal Supremo, a pesar de aparente claridad, sobre todo si se la relaciona con la tesis mantenida en la segunda sentencia, en que se desestima el pedimento quinto (así como el sexto) de la demanda, lo que supone no admitir la cancelación de la inscripción del recurrente, en contra de lo patrocinado por la primera sentencia.

Esta discordancia entre la primera y la segunda sentencia no acertamos a explicárnosla, y ello hace que, en definitiva, no sepamos qué pasará en trámites de ejecución de sentencia respecto a la suerte de la inscripción de dominio.

Exponemos a continuación nuestra opinión acerca de esta cuestión. Aunque, en principio, parece que se trata de un caso claro de compatibilidad de inscripciones (de dominio y de derecho real), como sostiene el recurrente, sin embargo, si se examina el problema con más minuciosidad, se podrá observar que existe cierta incompatibilidad entre una y otra inscripción. Si el derecho real de servidumbre declarado en el pleito tuviera su procedencia o reconocimiento en el dueño que figura en la inscripción de dominio precedente, entonces podría decirse que ambas inscripciones son compatibles por ser sucesivas en el tiempo. Pero en el presente caso, la declaración del derecho real se hace con efectos desde tiempo inmemorial, es decir, con anterioridad al tiempo en que se extendió la inscripción de dominio, y en base a una escritura de reconocimiento de aquel derecho en el año 1869, en la que fue titular reconocedor de la servidumbre un titular registral anterior al último vigente. Y entonces queda más clara la incompatibilidad de una inscripción de dominio, que publica el derecho como libre de cargas en un tiempo concreto, y una posterior inscripción de derecho real, que grava aquél desde tiempo «inmemorial», en base a un reconocimiento de un titular anterior al último. Ello supone que habrá que hacer una rectificación en la última inscripción de dominio,

por lo menos en cuanto al extremo de libertad de cargas, suprimiendo tal libertad no ya sólo «a partir de la nueva inscripción del derecho real», sino «desde antes» («desde que nació la anterior inscripción de dominio»). Con esa supresión se producirá un hueco, que dará paso a un «puente de unión» entre el antiguo titular registral, que reconoció la servidumbre, y el titular de ésta, a través de la inscripción de dominio, que figuraba como libre de cargas, por no ser posible la «mención» en nuestro sistema vigente (25). Si no fuera por esta «brecha» que hay que abrir en la última inscripción, parece que no sería posible practicar las inscripciones con el adecuado tracto sucesivo.

Lo dicho sobre la incompatibilidad se confirma con el artículo 17 de la Ley Hipotecaria, del que se desprende que no pudo llegar a inscribirse la servidumbre anteriormente constituida por quien ya no es titular registral del dominio, debido a que tuvo acceso al Registro el título de transmisión de dominio a favor de otra persona antes que tuviera acceso el título constitutivo de la servidumbre.

II. DERECHOS REALES

SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS. INTERPRETACION DEL ARTICULO 541 EN RELACION CON EL 582 DEL CODIGO CIVIL (SENTENCIA DE 6 DE JULIO DE 1972).

Hechos.—Una sociedad mercantil estaba construyendo una nave industrial sobre un terreno de su propiedad, al que se le había agregado una porción de superficie procedente de la finca colindante, sobre la que miraba una terraza construida en dicha finca colindante. Como el actual propietario de la terraza había conseguido la paralización de las obras de construcción de la nave industrial, en virtud de un interdicto de obra nueva, la entidad mercantil deduce la correspondiente demanda suplicando se dicte sentencia declarando inexistente todo derecho de servidumbre de luces y vistas sobre su finca a través de la terraza colindante y, asimismo, declarando el derecho que asiste a la parte actora para continuar las referidas obras de construcción de la nave industrial. La parte demandada contestó a la demanda oponiéndose y formulando reconvencción, al objeto de que continúe la suspensión de aquellas obras.

El Juzgado de Primera Instancia de Lugo dictó sentencia, en la que estimando en parte, y en parte desestimando la demanda y la reconvencción, declaró que la entidad demandante tiene derecho a continuar las obras de construcción de la nave, con la obligación de que, a partir del nivel del suelo de la terraza del demandado, aquella construcción ha de quedar a una distancia no inferior a tres metros, debiendo ser demolida en aquellos puntos en que esa distancia no haya sido respetada.

(25) A propósito de esto, creemos que si se hubiera permitido el acceso al Registro a través de las «menciones» de los títulos de constitución de derechos reales anteriores al título inscrito, se evitarían estos problemas de incompatibilidad que pueden llegar a ser casi insolubles a pesar de que preste su colaboración el propio dueño gravado por tales derechos reales, pues no podrán tener acceso al Registro si no es a través de una escritura posterior de reconocimiento (con los consiguientes gastos) o por la vía judicial. Por eso, creemos que tiene razón ROCA SASTRE cuando dice (en la 5.ª edición de su *Derecho Hipotecario*, tomo III, pág. 410): «hubiera sido preferible no adoptar un criterio tan fulminantemente abolutivo como el instaurado y, en su lugar, permitir la mención, si bien manteniendo su vida puramente vegetativa por un breve plazo». Por cierto, añadimos nosotros, que por ningún artículo de la Ley Hipotecaria aparece la prohibición de acceso al Registro de las menciones, pues los artículos 29 y 98 de la Ley Hipotecaria, que prevén, respectivamente, su alcance y su cancelación fácil a instancia de parte, lo que hacen es presuponer que tienen acceso al Registro, y no hay por qué pensar que el legislador previó su acceso por error, ya que no hay disposición prohibitiva. Ha sido el Reglamento Hipotecario, en el artículo 51, regla 7.ª, y en el artículo 355 (al prever cierta actuación de oficio en la cancelación de las menciones), el que ha sentado la tesis absolutamente prohibitiva.

Apelada la anterior resolución por la representación de la parte actora, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña confirmó la sentencia del Juzgado.

La entidad demandante interpone recurso de casación alegando fundamentalmente la inaplicación del artículo 582 y la aplicación indebida del artículo 541 ambos del Código civil, ya que en el presente caso litigioso no existen dos fincas de la misma propiedad, pues la colindante era de la pertenencia del causante del recurrente. Es decir, sólo existía una finca, y sobre ella su dueño construyó unos signos aparentes, dentro de su propio y escaso terreno, es cierto, pero a distancia inferior del predio colindante de la establecida por la ley, que se refiere a dos metros.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara haber lugar al recurso, casando la sentencia de la Audiencia, por los siguientes fundamentos de la primera sentencia rescidente:

«Considerando que la cuestión debatida en el juicio, y hoy en el recurso, no es la del posible derecho del actor a tener o no vistas sobre la terraza ajena, sino que se contrae a determinar si el propietario de la terraza ajena al piso primero izquierda de la casa antes referida tiene o no derecho, tomando su terraza como predio dominante, a una servidumbre de luces y vistas sobre el predio vecino, que ha de soportar el actor, para decidir lo cual hay que analizar, descartada la posibilidad de la prescripción por lo reciente de la construcción, el título en virtud del cual se constituyó la servidumbre, si es que lo fue, y la posibilidad de constituirla sobre la faja de terreno no edificada o 'patio', de propiedad exclusiva del dueño del piso bajo, ubicada en la parte posterior de la finca, que tiene una extensión, según el considerando tercero de la instancia, de 90,49 metros cuadrados, y que medida en diligencia acordada para mejor proveer por la Audiencia, tiene en su parte media, límite entre la terraza del vecino que se allanó y la del recurrido, sólo 1,75 metros.»

«Considerando que la única alusión al título constitutivo de la llamada servidumbre de luces y vistas sobre el predio del actor la encontramos en el considerando tercero de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, al cual se remite en su totalidad la sentencia de segundo grado, en cuyo apartado séptimo da como título constitutivo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil, el signo aparente creado por quien hizo la construcción y luego la escritura de división material, que limitó las terrazas con un murete de sólo un metro, constituyéndola de hecho, según la Instancia, sobre la parte de solar no edificado, que sobresa de la fachada posterior de la finca, parte a la que llama repetidamente la sentencia 'patio', no de propiedad comunal, sino perteneciente al piso bajo; pero al razonar de esta forma olvida la Instancia que para que pueda darse como constituida la servidumbre aparente entre dos predios pertenecientes al mismo propietario y para que continúe, salvo pacto en contrario, al ser vendido cualquiera de ellos, no basta con que exista el signo aparente, sino que es necesario que el predio sirviente reúna las condiciones necesarias para poder soportarla íntegramente; en el caso presente, que hubiera tenido, al menos, la anchura mínima suficiente (arts. 582 y 585 del Código civil), para que el gravamen no hubiera afectado a la propiedad ajena colindante, y como a partir de la vertical del voladizo, terraza, la anchura media del 'patio' posterior, que hubiera de soportar las vistas, tiene sólo 1,75 metros, el dueño de ambos fundos no pudo, por sí y ante sí, sin invadir la propiedad del vecino, constituir la servidumbre, que la sentencia, con apoyo en el artículo 541 del Código civil, da por establecida.»

COMENTARIO.—El Tribunal Supremo, en la presente sentencia, precisa un aspecto del artículo 541 del Código civil que no había tenido ocasión de señalar hasta la fecha, que nosotros sepamos, por lo cual todavía no se ha formado doctrina legal sobre tal aspecto, que ahora expondremos, dado que se requiere para ello una reiteración de sentencias (dos, al menos). Como falta esta pluralidad de decisiones, conviene actuar todavía con cautela a la hora de recoger la verdadera *ratio decidendi* del presente fallo y de predecir su viabilidad como futura doctrina legal.

Se trata de un caso en que el propietario de una finca había creado un signo aparente de vistas (una terraza) (26) sobre una pequeña franja de terreno de la propia finca (cuya franja era de anchura inferior a dos metros). El problema se plantea al segregarse la citada franja y venderse al propietario de la finca colindante, que la agrega a su finca, y consiste en determinar si es aplicable al caso el artículo 541 del Código civil y si, por tanto, se ha producido la constitución de una servidumbre de vistas sobre la franja de terreno de anchura inferior a dos metros, que antes perteneció a la finca en que se levantaba la terraza, y ahora, a la finca colindante por agregación. Caben tres posibles criterios hipotéticos, y la presente sentencia sigue el tercero de los que exponemos a continuación:

Primer criterio.—Entender que ha quedado constituida, al separarse la franja de terreno de anchura inferior a dos metros, una servidumbre de vistas, conforme al artículo 541 del Código civil, pero con el contenido legal del artículo 585 del Código civil (27), es decir, con la secuela de que el colindante que adquiere la franja no podría edificar a menos de tres metros de la terraza del vecino. Esta postura es la del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia. Pero resulta evidente que no puede admitirse esta tesis, pues entonces se constituye una servidumbre no sólo respecto a la franja de terreno, sino también sobre una zona de la finca colindante (hasta completar los tres metros), a pesar de no haber consentido tal servidumbre el dueño de esta última. Hay que observar que el artículo 541 del Código civil exige, como presupuesto para la constitución de la servidumbre que exista un «signo aparente de servidumbre entre dos fincas establecido por el propietario de ambas», y resulta que en este caso, en cuanto a la franja de anchura inferior a dos metros, sí se cumple el requisito, ya que su propietario anterior era el que levantó la terraza, pero en cuanto a lo que excede de la anchura de la franja hasta completar la distancia de tres metros, establecida en el artículo 585 como contenido negativo de la servidumbre de luces y vistas, se produce un gravamen no establecido por el propietario que creó el signo aparente.

Por tanto, esta tesis es inadmisibles, y una de dos: o se estima que no cabe aplicar al caso el límite del artículo 585 del Código civil, o se estima que no cabe aplicar el artículo 541 del propio Código. Respectivamente, patrocinan estas soluciones la segunda y tercera tesis.

Segundo criterio.—Consiste en entender que ha quedado constituida una servidumbre de vistas, conforme al artículo 541 del Código civil, pero no con el contenido concreto establecido por el artículo 585, sino con el contenido que permita exclusivamente la dimensión del predio sirviente, que se forma por segregación y venta. En el presente caso, como el predio sirviente (la franja segregada) tenía una anchura de 1,75 metros, según

(26) Como dice MANUEL GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, "a las ventanas, balcones o voladizos" hay que asimilar, a efectos de servidumbre de vistas, "las terrazas o todo aquello que su construcción permita, en uso normal, el poder mirar" (*Manual de Servidumbres*, pág. 286).

(27) El artículo 585 del Código dice así: "Cuando por cualquier título se hubiere adquirido derecho a tener vistas directas, balcones o miradores sobre la propiedad colindante, el dueño del predio sirviente no podrá edificar a menos de tres metros de distancia, tomándose la medida de la manera indicada en el artículo 583."

esta solución, la servidumbre quedaría constituida, por un lado, desde el punto de vista del contenido *positivo*, como una servidumbre de vistas, siempre que el titular de la parte en que queda el signo aparente (la terraza) retire éste de modo que sólo sufra un gravamen de vistas y de poder mirar a través de ellas la franja segregada, para lo cual debe retirar la terraza 0,25 metros más hacia dentro, y así quedará a la distancia de dos metros de la finca colindante, y, por otro lado, desde el punto de vista del contenido *negativo*, como una servidumbre que prohibiría edificar únicamente en la zona comprendida en dicha franja de terreno, que antes pertenecía a la finca en que está el signo aparente, es decir, la prohibición de edificar sólo se referiría a la distancia de 1,75 metros, que es la ocupada por la repetida franja, y no a la de tres metros, ya que entonces quedaría gravada una finca sin consentimiento de su dueño.

Se producen algunos obstáculos para que pueda ser admitido este criterio. El primer obstáculo, desde el punto de vista del *contenido positivo* (28) de la servidumbre (que se concreta en la facultad de tener ventanas balcones o terrazas y en la de mirar a través de ellos sobre el fundo ajeno a menos de dos metros de distancia), es que si se admite esta tesis y la idea de retirar la construcción de la terraza, antes expuesta, se va contra el fundamento del artículo 541 del Código, que se refiere a la continuación de la situación de hecho anteriormente existente, pues dice que el signo *existente* se considerará «como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente». Por lo cual, parece que se va contra el criterio legal si se prevé la creación de una servidumbre aun cambiando la situación de hecho por la necesidad de adaptarse a la anchura de la parte afectada y a las distancias previstas en el artículo 582 del Código civil. Por otra parte, desde el punto de vista del contenido negativo, se produce el obstáculo del artículo 585 del Código, que establece una distancia de tres metros de prohibición de edificar, y resulta que con el criterio apuntado, la prohibición de edificar queda reducida a 1,75 metros, según hemos visto. No obstante, creemos que este segundo obstáculo podría ser superado a base de una adecuada interpretación del artículo 585 del Código civil (después insistiremos sobre tal interpretación), pero no así el primer obstáculo, que afecta al aspecto positivo de la servidumbre, pues la idea de variar la situación de hecho del signo aparente va contra la de continuidad, que revela el artículo 541.

Por ello, tampoco aceptamos esta tesis y pasamos al examen del tercer criterio.

Tercer criterio.—Es el que ofrece la presente sentencia en el caso concreto planteado, y consiste en no aplicar el artículo 541 del Código civil en dicho supuesto, casando la sentencia apelada y permitiendo que el

(28) A lo largo del comentario exponemos la idea de existir un contenido positivo y otro negativo en la servidumbre de vistas, resolviendo así la discusión acerca del carácter de dichas servidumbres, muy discutido y discutible. Parece evidente que la posibilidad de mirar a través de unas ventanas abiertas sobre fundo ajeno y la propia apertura de las mismas (por esa posibilidad de mirar precisamente) no reflejan una simple tolerancia, sino un gravamen POSITIVO, y la prueba es que cuando el titular del predio afectado pretende judicialmente el cierre de las ventanas ejercita la acción negatoria de servidumbres (y ello aun sin pretender edificar ni plantear ningún problema negativo de que le impiden edificar, etc.). (En favor del carácter positivo de la servidumbre de luces y vistas, ver, por ejemplo, GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, entre otros, páginas 276, 294, 295, 299, *ob. cit.*) Al lado de ese contenido positivo, la ley prevé también el contenido negativo (la prohibición de edificar para el predio sirviente), y por eso en el comentario aludimos al contenido positivo de la servidumbre, que consiste en un "hacer" (mirar a través de las ventanas y abrirlas previamente) y al mismo tiempo al contenido negativo de la misma, que consiste en un "prohibir" (prohibir la edificación), lo cual, correlativamente, implica para el predio sirviente un "dejar hacer" y una "prohibición", según se trate, respectivamente, del aspecto positivo o del negativo. Mantenemos, pues, una tesis mixta en el sentido no de que la servidumbre de luces y vistas es unas veces positiva y otras negativa, sino que, dada la regulación del Código y su naturaleza, es simultáneamente positiva y negativa, sin que ello sea contradictorio, pues en un aspecto es positiva y en otro negativa (tesis mixta del doble contenido).

titular colindante edifique dentro de su finca (y, por tanto, también en la franja agregada) sin sujetarse a ninguna distancia del predio vecino, dado que no se produce ninguna servidumbre.

Nosotros aceptamos esta tesis de la sentencia, pero creemos que la *ratio* que debe inspirar esta tesis de no entender aplicable el artículo 541 ha de ser más bien el principio de que la servidumbre que prevé dicho artículo no puede invadir o afectar a otra propiedad ajena colindante. En la sentencia que estamos comentando se lee claramente esta *ratio decidendi* cuando dice en el «considerando» cuarto: «que el gravamen no hubiera afectado a la propiedad ajena colindante» y «que el dueño de ambos fundos no pudo por sí y ante sí, sin invadir la propiedad del vecino, constituir la servidumbre que la sentencia (la apelada), con apoyo en el artículo 541 del Código civil, da por establecida».

Sin embargo, en el mismo «considerando» se utilizan también otras expresiones, que si se separan de las frases que acabamos de exponer, podrían inducir a pensar que la *ratio* de la sentencia se basa más bien en la necesidad de que el predio sirviente ha de reunir determinadas dimensiones mínimas, prescindiendo de si afecta o no al propietario colindante. Queremos salir al paso de esta posible interpretación (*), ya que de la sentencia se desprende que cuando dice que el predio sirviente debe reunir las condiciones necesarias para poder soportar la servidumbre íntegramente y ha de tener la anchura mínima suficiente de los artículos 582 y 585 del Código civil, no alude a ello en sentido abstracto, como un requisito de esencia del predio objetivamente considerado, sino que se señala con el propósito o finalidad de llevar a la idea de que no ha de quedar afectado el predio colindante, pues lo normal es que con tales dimensiones, inferiores a los artículos 582 y 585, quede afectado el citado predio. Prueba de este propósito es que enlaza esta indicación con la que hemos considerado frase decisiva por medio de las partículas de tono final: «Para que el gravamen no hubiera afectado a la propiedad ajena colindante.» Por otro lado, desde el punto de vista del texto del artículo 541 del Código civil, es más lógico pensar que la *ratio* de su exclusión no está en la dimensión de las fincas, sino en la imposibilidad de que queden afectadas otras distintas a las que pertenecían al propietario creador del «signo aparente», puesto que ni dicho artículo ni ningún otro exige que el predio sirviente tenga determinadas dimensiones, sino que lo único que exige es que el signo ha de crearse por el propietario de «ambas» fincas (es decir, no respecto a otras ajenas no pertenecientes al mismo).

Con estas apreciaciones estamos acotando el ámbito de esta sentencia en relación con las peculiaridades del caso debatido. De modo que no le será lícito al intérprete o al juzgador, según mi opinión, aplicar la teoría de la presente sentencia a un caso de diferente matiz.

Ejemplo: Supongamos que el propietario de una finca creó un signo aparente de servidumbre dentro de su finca, sin afectar ni invadir la propiedad ajena colindante (las ventanas o terrazas quedaban a tres metros de distancia), y que luego segrega y vende una franja de terreno de 1,75 metros de anchura de su propia finca al vecino, el cual la agrega a la de su propiedad. En tal caso, nos preguntamos: ¿Podrá el vecino colindante, que con la agregación queda a una distancia inferior a dos metros de la ventana o terraza, exigir que la cierre o retire? Nosotros creemos que no, porque entonces tiene plena aplicación el artículo 541 del Código civil. Y se observará que la franja segregada era de dimensiones inferiores a las previstas en los artículos 582 (dos metros) y 585 (tres metros) del Código civil; mas a pesar de esas dimensiones, como la

(*) Responde a esta interpretación la nota de JOSÉ BONET CORREA a esta sentencia en *Anuario de Derecho Civil*, vol. II, de 1973 (pág. 663). Este volumen se ha publicado estando en pruebas de imprenta el presente comentario.

servidumbre, constituida al amparo del artículo 541, no afecta a la finca colindante (fuera de la franja agregada), ya que la terraza recaería, en parte, sobre la propia finca y, en parte, sobre la franja agregada, pero no a menos de tres metros sobre la originaria finca colindante (antes de la agregación), hay que concluir que debe admitirse tal servidumbre. Y que no se alegue en contra de nuestro criterio para este supuesto la sentencia que estamos comentando, diciendo que exige unas dimensiones mínimas de la franja segregada para que pueda aplicarse el artículo 541, pues contestaríamos lo dicho más arriba, es decir, que si las exige es con la finalidad esencial de que no quede afectado el predio colindante, y en el supuesto imaginado no queda afectado.

Otro ejemplo: Detrás de la franja inferior a los dos metros (sobre la que caen las ventanas del resto de la finca) existe una vía pública. Quien adquiriera esa franja, previa su segregación de la finca matriz en que existen las ventanas, deberá soportar el gravamen que éstas suponen, conforme a lo dispuesto en el artículo 541, sin que quepa tampoco traer a colación la presente sentencia, por la razón que se ha dicho antes.

Otro caso que merece la pena resaltar es aquel en el que la franja objeto de examen es de anchura superior a dos metros, pero inferior a tres metros. En tal supuesto se observa que es apta para cubrir la distancia del artículo 582 (dos metros), pero no la del artículo 585 (tres metros). ¿Podría entenderse constituida la servidumbre sobre dicha franja en base al artículo 541? Ofrece algunas dudas comparándolo con el caso que comentamos. Por un lado, podría pensarse que, desde el punto de vista *positivo* (el gravamen que suponen las ventanas en sí), no queda afectada la finca colindante, pues el resto de finca en que imaginamos están las ventanas queda a más de dos metros de dicha finca colindante, y el artículo 582 permite abrir las ventanas *a sensu contrario*, a dos metros de distancia. Pero, por otro lado, desde el punto de vista del contenido *negativo*, que habría que dar a la servidumbre, conforme al artículo 585, podría pensarse que como la servidumbre de luces lleva consigo la prohibición de edificar para el predio colindante a menos de tres metros de distancia, en el presente caso quedaría afectado tal predio sin haber intervenido ni consentido la constitución de la servidumbre.

Esta divergencia entre el contenido positivo y el negativo no se plantea en la presente sentencia, ya que al ser la franja de una anchura de 1,75 metros no da la distancia del artículo 582 y, por tanto, tampoco la del artículo 585. El problema últimamente apuntado sólo se plantea en un caso en que la anchura de la franja sea superior a dos metros e inferior a tres. Entonces tampoco se podrá alegar esta sentencia, sencillamente porque no se refiere a un caso análogo, sino esencialmente distinto. Y es que en esta sentencia que comentamos, la imposibilidad de existencia de la servidumbre es evidente desde el punto de vista de su contenido positivo, por lo que no hay necesidad de plantear la cuestión desde el punto de vista negativo, que, según el artículo 585, es secuela del positivo; en cambio, en el caso últimamente expuesto, el aspecto positivo de la servidumbre tendría plena viabilidad y sólo se plantearía el problema del contenido negativo en el sentido de si cabría reducir el tope de tres metros de prohibición de edificar con objeto de acomodarlo al contenido positivo, que en el supuesto imaginado tenía un alcance inferior a tres metros. Esto ya depende de la interpretación que se dé al citado artículo 585, que establece la distancia de tres metros. Personalmente, creo que cabe que se establezca por voluntad de las partes un contenido negativo (prohibición de edificar) de menor alcance que el establecido en dicho artículo, que sólo debe operar a falta de estipulación al respecto al constituir la servidumbre. Y si esto se admite, parece que no hay inconveniente en que la servidumbre del artículo 541 quede establecida, en base a la fuerza

de la situación de hecho, a menos de tres metros de la finca colindante, pues hemos partido de que la distancia del artículo 585 no es imperativa. Incluso dentro del propio campo de aplicación del artículo 585 se observa que dice que «el dueño del predio sirviente no podrá edificar a menos de tres metros», y en el caso que hemos supuesto, el predio sirviente es la franja que se agrega al colindante, y entonces, aun permitiendo que edifique en su predio (en la parte que no es predio sirviente por no proceder por segregación del que tiene el signo aparente) a menor distancia de tres metros, se cumple en todo caso el citado artículo, en el sentido de que «el dueño del predio sirviente (en la parte en que dicho predio es sirviente, es decir, en la franja de terreno de 2,50 metros) no puede edificar a menos de tres metros» (que es tanto como decir, por la fuerza de los hechos, que no puede edificar en el mismo por ser inferior a tres metros), pero puede edificar a menos de tres metros siempre que no lo haga en el «predio sirviente» (es decir, en la franja agregada).

Frente a lo que acabamos de decir, reconocemos que la presente sentencia alberga en un mismo paréntesis a los artículos 582 y 585, como si exigiera que el predio sirviente cubriera las distancias de los dos artículos. Pero no es obstáculo a nuestra tesis si se piensa que la cita conjunta de esos dos artículos viene a cuento en el caso debatido en la sentencia, porque se trataba de una franja de anchura inferior a dos metros (y entonces son aplicables ambos artículos). Pero si contemplamos un caso de franja de 2,50 metros, ya no hay la misma razón para aludir al artículo 582 como impeditivo de la servidumbre, y tampoco al artículo 585, si se interpreta en la forma que hemos indicado.

J. M. G. G.

III. CONTRATOS

INDEMNIZACION POR CAUSA DE MUERTE. LEGITIMACION DE LOS PARIENTES ALLEGADOS PARA RECLAMARLA. FIJACION DE LA CUOTA A SATISFACER EN CASO DE MULTIPLES RESPONSABLES (SENTENCIA DE 14 DE MARZO DE 1972).

Los hermanos Luis y Francisco Núñez Giraut, de once y nueve años de edad, respectivamente, fallecieron electrocutados por un cable de conducción de energía eléctrica situado en una finca propiedad de los demandados; un tercer hermano, José, de ocho años, víctima también de la electrocución, logró sobrevivir, si bien quedándole amputaciones y otras lesiones en la mano derecha. La madre de los niños (por fallecimiento del padre, acaecido a poco más de un mes del de los hijos), y en vista del sobreesimiento del sumario abierto para investigar el accidente, reclama civilmente a los propietarios de la finca 800.000 pesetas en concepto de daños y perjuicios. En la demanda, la actora decía actuar en su nombre y en el de sus restantes hijos, todos menores (pues tenía cuatro más, aparte del sobreviviente), pero no acreditaba su condición de heredera de las víctimas fallecidas, ni la que de herederos del otro heredero (el padre) concurría en sus demás hijos. Excepcionase en la contestación falta de legitimación activa, por lo que la demandante solicita en el escrito de réplica que se declaren aquellas condiciones de heredero abintestato no acreditadas. Primera Instancia y la Audiencia, previas las declaraciones instadas en la réplica, estiman en parte la demanda, al conceder una indemnización de 460.000 pesetas, que debían pagar por quintas partes los propietarios de la finca del siniestro, pese a que no era ésa la proporción en que detentaban aquélla. Los demandados recurren en casación alegan-

do, entre otros motivos: a) incongruencia, y b) infracción del artículo 1.902, por estimar mal distribuida la responsabilidad. Sólo el primero es aceptado por el Supremo, pero su rectificación no afecta al percibo de la indemnización, sino a las declaraciones de heredero, pretendidas en la contestación.

Considerando que si por incongruente ha de tenerse la sentencia cuya parte dispositiva no se ajusta o es disconforme con las que fueron pretensiones de las partes litigantes en autos, oportunamente deducidas como *petitum* de la demanda, ya que como excepción o reconvencción, que juntamente con las respectivas oposiciones, las delimitan o acotan, constituyendo lo que ha de ser objeto de proceso, pretensiones y excepciones, que pueden ampliarse, adicionarse o modificarse en los correspondientes escritos de réplica y dúplica, pero siempre que no se altere el que es objeto principal del pleito, puesto que con la demanda y contestación quedó trabada la litis, y con ello, los términos de debate, ejercitándose por la parte actora la acción derivada de la culpa extracontractual o aquiliana, a que se refiere el artículo 1.902 del Código civil, para que se condene a los demandados a pagar la cantidad en que se estimen los daños y perjuicios sufridos por la muerte de sus hijos y las amputaciones y lesiones de otro de ellos, a causa de una corriente o descarga eléctrica al rozar unos cables existentes en la finca propiedad de los demandados y recurrentes, petición que, en orden a quien deba pagarse, lo hace en forma alternativa, esto es, bien a la actora por sí y como legal representante de sus hijos menores de edad, ya como legal representante del hijo menor lesionado y en favor de los herederos de los hijos muertos, y por el posterior fallecimiento del padre y marido de la actora, a los herederos de éste, según el suplico, en el que literalmente se dice: «Cuya condición de herederos presuntos ostenta mi representada por sí y en nombre de sus hijos, y cuya cualidad de herederos declarados se acreditará durante la ejecución de sentencia», y excepcionándose por los demandados, aparte de otras y la oposición al fondo de la cuestión, la falta de legitimación activa, al no acreditar la parte demandante ser heredera de sus hijos fallecidos, ni aportar el auto de declaración de herederos de su legítimo marido, quedó perfectamente determinada la acción y excepciones fundamentales del pleito, motivando la indicada el que se solicitase en el escrito de réplica «que el *petitum* de la demanda fuera adicionado o, en su caso, ampliado, en los términos que se reproducen: se declare en la misma sentencia o en auto aparte herederos abintestato de los hijos fallecidos, don Luis Núñez Giraut y don Francisco Núñez Giraut, a sus padres, doña Josefa Giraut Bordoll y don Juan Núñez Pollerola, por partes iguales, y, a su vez, del padre fallecido, don Juan Núñez Pollerola, a sus hijos, doña Juanita, doña Pilar, don José, don Ramón y don Jorge Núñez Giraut», petición combatida por los demandados en su escrito de dúplica; que no solamente con tal petición se variaron los términos esenciales del debate, sino que se introduce en la litis una nueva acción, de la que se deriva la expresada petición, la que, es obvio, en forma alguna encaja en los términos del párrafo segundo del artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, por tanto, al resolver el Tribunal de Instancia en su sentencia, de conformidad a tan extemporánea como improcedente pretensión, dados los términos en que quedó trabada la litis, y, consecuentemente, al declarar «a la demandante y a su fallecido esposo, don Juan Núñez Pollarola, herederos abintestato de sus difuntos hijos menores, Luis y Francisco Manuel Núñez Giraut, así como a los también menores representados por su madre, la actora, herederos abintestato de su mentado padre, don Juan Núñez Pollarola», incurrió en el vicio de incongruencia, del que se le acusa en el motivo cuarto del recurso, que por ello ha de ser estimado, si bien no afectando dicha incongruencia sino al extremo final del fallo, al que se ha hecho expresa

referencia, sin vinculación alguna al resto de los pronunciamientos, al ser desestimada dicha excepción por motivos ajenos a la previa declaración de herederos, de la que no se hace depender, solamente en este particular debe ser invalidada, lo que obliga al examen de los demás motivos del recurso...

Considerando que por el motivo quinto del recurso se trata de atacar a la recurrida sentencia, en cuanto condenó a los demandados a pagar a la actora, en el concepto en que comparece, la cantidad de 460.000 pesetas «en la parte proporcional de una quinta parte cada uno», estimando mal distribuida la responsabilidad, porque el reparto por igual sólo sería procedente cuanto todas ellas fueran condueñas o titulares por partes iguales y en la misma proporción de la finca en que el accidente se produjo, para lo que se aduce la aplicación indebida del artículo 1.902 del Código civil; mas teniendo en cuenta que dicho artículo se limita a establecer la responsabilidad civil del que por acción u omisión causa un daño a otro interviniente culpa o negligencia y la correspondiente obligación de reparar el daño causado, la forma en que el juzgador haya distribuido entre los demandados el pago correspondiente a tal obligación es extraña al mencionado artículo, sin que por ello, en este particular, pueda decirse que ha sido indebidamente aplicado, lo que hace que decaiga el mencionado motivo, último de los del recurso.

Pese a sus defectos de transcripción, resulta interesante esta sentencia, porque afronta dos aspectos de sumo interés en la responsabilidad aquiliana por causa de muerte.

De una parte, al atribuir la indemnización, sin anudarla a la correspondiente condición de heredero, cabe pensar, aunque no lo dice, o que la concede por las lesiones sufridas por uno de los actores, lo que sería desproporcionado, o que aquélla está, además, reparando unos perjuicios propios de los demandantes; perjuicios que no son, pues, los experimentados por las víctimas («dolor psicofísico» que sufren éstas al morir), ya que la indemnización de los mismos corresponde a los herederos y los actores no han demostrado serlo, sino los perjuicios acaecidos en la persona de la madre y los hermanos por la pérdida de dos miembros de la familia. Tales daños, por otra parte, parece que son exclusivamente morales o sentimentales, mas no económicos, en razón a que los hijos no suponían, por su corta edad, ninguna fuente de ingresos para la casa, ni parece que quepa considerarlos como una «inversión» truncada o una riqueza en potencia impedida de transformarse en acto, porque lo primero repugna a las convicciones imperantes y lo segundo no sería un daño actual de los que la jurisprudencia exige para que opere el artículo 1.902. En definitiva, pues, la indemnización acordada por el Supremo parece que resarce, por una parte, las lesiones corporales de uno de los actores y, por otra, el dolor «de afección» experimentado por los familiares de las víctimas, que no han demostrado su condición de herederos de aquéllas. En este sentido, el presente fallo se sitúa en la línea marcada por la fundamental sentencia de 17 de febrero de 1956 (29) y otras posteriores (25 de febrero de 1963 y 25 de mayo de 1966), pero incidiendo en el defecto común a todas ellas, y ya destacado por FEDERICO DE CASTRO (30), de presumir el daño, demostrado a lo largo del proceso.

La segunda faceta interesante de esta sentencia la constituye la manera como reparte la responsabilidad. Aunque los demandados eran condueños del edificio, por cuotas diversas entre sí, la obligación de resarcir se fracciona en cinco partes, tantas cuantos responsables. Ello evidencia, de una parte, que esta sentencia parece alinearse entre las que sostienen el ca-

(29) Sentencia muy agudamente comentada por Díez PICAZO, Luis: *Estudios sobre la Jurisprudencia Civil*, tomo I, Madrid, Tecnos, 1966, págs. 663 a 672.

(30) *La indemnización por causa de muerte*, A. D. C., 1956, págs. 449 y ss.

rácter mancomunado y no solidario de la obligación surgida del ilícito civil (31) y, de otra, que la misma, en un sistema subjetivista de responsabilidad, todavía imperante entre nosotros, está en función del grado de culpa o negligencia de los responsables y no de ningún otro criterio «extraño», en palabras del Supremo. Es decir, que la indemnización no es una carga de la comunidad, que debe distribuirse en proporción a las cuotas (cf. art. 393 del Código civil), sino una reparación-sanción impuesta por un ilícito en que incurrieron todos: descuidar la instalación eléctrica de la casa común.

MODIFICACION DEL CONTRATO POR APLICACION DE LA CLAUSULA «REBUS SIC STANTIBUS»: NO PROCEDE SI LA ALTERACION DE LA BASE DEL NEGOCIO PUDO HABERSE PREVISTO Y EVITADO POR OTROS MEDIOS. RESOLUCION DE CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO (SENTENCIA DE 15 DE MARZO DE 1972).

Por escritura de 1 de junio de 1881, los diversos propietarios de tres minas de hierro, sitas en Vizcaya, cedían su explotación en arrendamiento a don Francisco MacLennan, por precio de una peseta por tonelada de mineral extraída. La cláusula séptima del contrato establecía que «don Francisco MacLennan o quien sus derechos hubiese podrá transferir estos mismos derechos o los que adquiriere por virtud de este contrato, los cuales recaerán en el nuevo partícipe o subarrendatario, quedando, no obstante, aquél responsable del cumplimiento de lo consignado en este contrato». Tanto la titularidad dominical como la arrendaticia fueron objeto de diversas transmisiones a lo largo de los años, sin que se alterara el canon estipulado. En 1947, el Banco de Bilbao adquirió en subasta judicial los derechos de arrendamiento de las tres minas, cediendo, a su vez, en 1964, los correspondientes a dos de ellas al señor Elosúa, y en 1965, los de la tercera, al señor Mendizábal. En los contratos por los que se canalizaron estas dos últimas cesiones se decía que los adquirentes se subrogaban en cuantos derechos y obligaciones correspondían al Banco de Bilbao y a los dos cesionarios, solicitando: a) la resolución de los contratos por incumplimiento de la cláusula de responsabilidad de los cedentes, contenida en la originaria escritura de 1881, y b) subsidiariamente, la corrección o modificación del canon arrendaticio, con base en la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*. Primera Instancia no entra en el fondo del asunto, pero sí lo hace la Audiencia, que desestima las dos pretensiones de los demandantes. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra el fallo de la Audiencia.

Considerando que el motivo primero de los del recurso, amparado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, consiste en infracción por violación del artículo 1.124 del Código civil, en relación con la doctrina establecida en las sentencias que se citan, y en infracción por igual concepto del artículo 1.281 del mismo cuerpo legal, basadas en que en la escritura que otorgó el Banco de Bilbao, el 24 de julio de 1964, a favor del señor Elosúa, cediéndole el arrendamiento de las minas «Confianza» y «Lorenza», y en la de 4 de junio de 1965, a favor del señor Mendizábal, de cesión del arrendamiento de la mina «Petronila», figura la cláu-

(31) Al respecto, vide ALBALADEJO, Manuel: *Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común*, en A. D. C., 1963, págs. 345 y ss.

sula tercera, por la cual los cesionarios se subrogan en cuantos derechos y obligaciones correspondían al cedente, liberándole de toda responsabilidad de la explotación de dichas minas, no obstante la cláusula séptima del contrato originario de 16 de agosto de 1893, rector de las sucesivas transmisiones, conforme a la cual el cedente tenía que quedar responsable al cumplimiento, lo que implica una abierta transgresión contractual del régimen de responsabilidad pactado para las cesiones de los derechos de explotación de las tres minas, no admitida en la sentencia recurrida, al afirmar que «de la cláusula tercera no se deduce la irresponsabilidad del Banco frente a los sucesores de los primitivos cesionarios». Al argumentar así, los recurrentes crean supuesto distinto al de la fundamentación de hecho de la sentencia impugnada, que hay que aceptar al no ser combatido por el cauce procesal del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil mencionada, que no figura en la motivación del recurso, y según ella, derivada de la valoración conjunta de la prueba, «el Banco no transfirió realmente su responsabilidad en orden a la garantía del pago de cánones, no habiéndose patentizado, de modo indubitado, el incumplimiento contractual», pero es que, además, hay que tener en cuenta lo siguiente: A) Por escritura de 10 de marzo de 1947, otorgada en ejecución de la sentencia recaída en el proceso ejecutivo promovido por el Banco de Bilbao contra el señor Uribe, otro cesionario anterior de las minas de referencia, aquél adquirió los derechos de explotación de ellas, en las condiciones y obligaciones consignadas en el contrato originario de 16 de agosto de 1893, aceptando los cargos y gravámenes reflejados en la certificación registral, testimoniada al final con referencia a dicho contrato; así, pues, el Banco asumió la responsabilidad derivada de la cláusula séptima de ese contrato, en cuanto a la garantía del pago del canon arrendaticio, en el supuesto de cesión de esos derechos, para lo cual quedó facultado. B) En los contratos de 24 de julio de 1964 y 14 de junio de 1965, en virtud de los cuales el Banco de Bilbao cedió esos derechos, se dice algo más de lo que expresan los recurrentes, ya que los cesionarios los «adquieren sin los términos que constan en la escritura de 16 de agosto de 1893; por tanto, ni libraron al Banco de la responsabilidad que éste asumió ni ellos se liberaron de la suya, derivada del contrato originario, ya mencionado, pues quedaron obligados a pagar a los propietarios de las minas el canon arrendaticio». La interpretación contractual efectuada por el Tribunal de Instancia aplicando a los hechos concretados en la primera fase de la labor interpretativa los pertinentes preceptos de hermenéutica, es lógica y atinada, por lo cual no puede ser acogido el motivo...

Considerando que el motivo tercero, amparado en igual cauce procesal que los anteriores, consiste en infracción por violación del artículo 1.258 del Código civil, y en relación con él, en idéntico concepto, de la doctrina elaborada por esta Sala en torno a la cláusula *rebus sic stantibus*, comprendida en las sentencias que se mencionan, cuya aplicación es procedente, según los recurrentes, argumentando en síntesis que «la relación contractual originaria se remonta a 1881; la prestación pecuniaria con cargo al cesionario concretada entonces, sigue siendo la misma en el año 1971; que entre las circunstancias contempladas por las partes y las actuales no hay paridad ni remota semejanza; que la alteración, que puede ser adjetivada de extraordinaria, profunda y radical, era imprescindible, y que de ella se ha derivado una exorbitante desproporción entre las prestaciones de las partes, de tal índole que han desaparecido el equilibrio y la equivalencia inherentes a las prestaciones recíprocas, porque la prestación dineraria, nominalmente expresada en la unidad pesetas, sigue igualmente en 1971 que en 1881, mientras su valor real o adquisitivo ha ido decreciendo en proporciones extraordinarias; en cambio, la otra

prestación contractual no sólo no ha mantenido lo mismo que la pecuniaria, sino que ha experimentado una doble revaluación, derivada de la devaluación del dinero, del general incremento de los precios y de la revalorización de los bienes, como consecuencia del progreso económico».

Considerando que la admisión de la cláusula mencionada, de elaboración doctrinal reconocida en sentencias de esta Sala, entre las cuales figuran las citadas en el escrito de formalización del recurso, requiere como premisas, fundamentalmente, las de que entre las circunstancias existentes en el momento del cumplimiento del contrato y las concurrentes al celebrarlo se haya producido una alteración extraordinaria, una desproporción fuera de todo cálculo, entre las prestaciones de las partes contratantes, que verdaderamente derrumban el contrato, por aniquilamiento del equilibrio de las prestaciones, y que todo ello se verifique por la sobreveniencia de circunstancias radicalmente imprevisibles. Evidentemente, en los contratos bilaterales, que son siempre onerosos, ya que cada parte se obliga en consideración a la contraprestación que recibe o espera recibir, los contratantes se proponen obtener una ventaja o provecho, que a veces no logran, ya que en el transcurso del tiempo la prestación debida puede resultar menos beneficiosa o más onerosa, porque en los contratos conmutativos, no obstante serlo, las partes asumen, al celebrarlos, un riesgo que es consustancial en el tráfico jurídico, es decir, siempre existe en ellos cierta aleatoriedad, pero esa onerosidad no es la extraordinaria, desproporcionada y fuera de lo normal que origine la ruptura de la trabazón de las prestaciones, como sucede en la transmisión sin contraprestación; una cosa es que la prestación de una de las partes quede sin la contraprestación equivalente y otra bien distinta es que disminuya notoriamente su contenido económico al alterarse el elemento objetivo de la base del negocio, según el cual, las partes tienen en cuenta, en el momento de la conclusión del negocio, la igualdad de las prestaciones y la permanencia aproximada del precio convenido, circunstancias de hecho, económicas y jurídicas, que justifican la voluntad de concluirlo, como medio de lograr un resultado favorable. La alteración que se requiere como premisa de la excepción al principio *pacta sunt servanda*, que implica la cláusula *rebus sic stantibus*, es la de la base negocial, con la cual las partes no contaron ni pudieron contar, es decir, ha de tratarse de algo imprevisto e imprevisible, que, como tal, ni siquiera pensaron en la posibilidad de ella; no es suficiente cualquier cambio de circunstancias o agravación de la prestación debida. El evento ordinario, que las partes pudieron evitar estableciendo convencionalmente los remedios oportunos en los contratos de tracto sucesivo, como el de 16 de agosto de 1893, tales como revisión periódica del contrato, cláusulas de estabilización y pago en especies para garantizar al acreedor de la prestación pecuniaria que la cantidad a recibir no resultaría afectada por la disminución del poder adquisitivo de la moneda, no puede integrar alteración extraordinaria, imprevista o imprevisible, porque si no fueron adoptados esos remedios, ello sólo podrá atribuirse a no haberse previsto lo que puede preverse, de cuya falta de previsión se deriva la situación gravosa sobrevenida, remedios no utilizados en el caso de autos.

Considerando que el Tribunal *a quo*, utilizando la prueba de presunción, medio probatorio del que puede hacer uso el juzgador de Instancia de manera espontánea cuando lo crea conveniente, llega a la conclusión de que en el contrato originario, ya mencionado, las partes «previnieron o pudieron prever la decisiva influencia que el transcurso del tiempo había de tener en la ejecución de la prestación del canon, incluso en su significado económico», teniendo en cuenta como hechos básicos, no combatidos eficazmente, los de que «la modificación de las circunstancias económicas determinó no sólo el alza de los precios del mineral, sino

también el de los costos de producción, especialmente salarios; que los derechos de explotación de las minas fueron cedidos absolutamente, pagando incluso el cesionario la carta de pago a la Hacienda Pública, figurando a nombre del mismo la contribución, deviniendo verdadero titular administrativo de las mismas; que incluso se cedió la facultad de transmitir nuevamente lo cedido, y todo ello por duración indefinida e ilimitada, que no se extingue por la muerte del cesionario y, en definitiva, por cuanto pueda durar la explotación minera de referencia», premisa fáctica cuyo contenido revela que la deducción efectuada por el Tribunal de Instancia no resulta absurda, ilógica e inverosímil; así, pues, los recurrentes establecen por sí, prescindiendo de la fundamentación de hecho mencionada, las premisas fundamentales de la cláusula referida, a fin de que prevalezca su criterio y no el del Tribunal *a quo*, en cuanto a la admisión y aplicación de ella; por tanto, no puede prevalecer el motivo examinado.

**RESOLUCION DE CONTRATO POR INCUMPLIMIENTO. REQUISITOS.
CONTRATO DE DISTRIBUCION (SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 1972).**

En noviembre de 1968, don Manuel Castrillón suscribió con la propietaria del manantial de agua mineral Fonte Blanca un contrato de distribución en exclusiva de dicha agua por diversas provincias castellanas. Aunque los primeros auspicios fueron favorables, pronto el señor Castrillón dejó de atender el pago de las remesas de botellas facturadas y, como consecuencia, la propietaria del manantial resolvió extrajudicialmente, por incumplimiento, el contrato. Reclama entonces el señor Castrillón su cumplimiento, pero el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia desestiman su pretensión. Recurre en casación, alegando: *a)* violación del artículo 1.124, porque la demandada había incumplido previamente al actor, infringiendo el pacto de exclusiva, y *b)* inaplicación de la doctrina legal, que sólo admite la resolución si se da una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, pero el Tribunal Supremo, en un escueto considerando, desestima ambos motivos.

Considerando que la sentencia recurrida, ateniéndose al resultado de la prueba, apreciada en su conjunto, declara que el recurrente incumplió la obligación de pago de la mercancía debida, y ante ello, y en aplicación estricta del artículo 1.124 del Código civil, declara y resuelve la desestimación del *petitum* de su demanda en relación con la ineficacia de la rescisión del contrato adoptada por la parte demandada, y contra esta declaración surge el presente recurso, cuyo primer motivo pretende acreditar una interpretación errónea del citado precepto legal, sobre la base de desvirtuar, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la LEC, la realidad de aquel incumplimiento de pago, sin advertir que esta declaración de hecho no puede ser impugnada por el cauce seguido, sino por el del número 7.º del mencionado precepto adjetivo, lo que no se ha hecho ni, por otra parte, es factible aceptar el «supuesto» contrario, creado unilateralmente por el recurrente, para encajarlo en la situación jurídica que le interesa, por todo lo cual ha de perecer este motivo y, de consecuencia, también el segundo, por basarse éste en una doctrina legal que no resulta aplicable en modo alguno a la realidad del caso resuelto en la sentencia que se recurre, por lo que es imperativa la desestimación del recurso, que, en todo caso, carecería de viabilidad, por haberse incurrido en el primero de los motivos en el doble concepto de «interpretación errónea» y «aplicación indebida», además de acusarse el «error de derecho» en la apreciación de la prueba, por todo lo cual ha de observarse el contenido del artículo 1.748 de la Ley Rituaria Civil.

SUBCONTRATO DE OBRA CON APORTACION DE MATERIAL. VALORACION DE LA PRUEBA (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1972).

La actora, Saneamiento y Calefacción, S. A. (SAYCA), verificó, en virtud de un subcontrato de obra con aporte de material, la instalación del servicio centralizado de calefacción y agua caliente en el Balneario Termas Pallarés, propiedad de la Sociedad Anónima del mismo nombre, pero arrendado al consejero delegado de ésta, don José María Taboada. Como aparecieron ciertos defectos en la instalación se suspendieron los pagos parciales que se iban realizando y Termas Pallarés, S. A., es demandada por SAYCA, en reclamación del resto del precio. Todo el litigio se centra entonces en la mera cuestión de hecho de si la sociedad demandada fue parte en el contrato o lo fue su consejero delegado y arrendatario, señor Taboada. Las tres instancias se inclinan por lo segundo y, en consecuencia, desestiman la demanda por falta de legitimación pasiva. No se considera de interés reproducir ningún considerando, por versar casi exclusivamente sobre materia fáctica y probatoria.

SOCIEDAD CIVIL PARA EXPLOTAR UNA SALA DE BAILE: DISOLUCION Y LIQUIDACION. NO CONSTITUYE INCUMPLIMIENTO EL VERIFICAR UNA PRESTACION INSUFICIENTE, PERO PREVISTA AL CONTRATAR (SENTENCIA DE 24 DE MAYO DE 1972).

El demandado, don Demetrio Grijalbo, explotaba desde 1942 un negocio de espectáculos y salón de baile, situado en el piso principal de una céntrica casa barcelonesa. En 1963 se le presentó la ocasión de adquirir todo el inmueble, y puesto de acuerdo con el actor, don Felipe Sabin, y con un tercero, amigo de ambos, suscribieron un contrato privado, de fecha 26 de junio de ese año, por el que, de un lado, acordaban comprar, según diversas proporciones, el edificio en cuestión, y de otro, el señor Grijalbo cedía a los otros dos contratantes «el derecho a participar en los beneficios del negocio de baile», según proporción igual a las respectivas participaciones en el inmueble, a cambio de que aquéllos colaborasen en «los trabajos de preparación, administración y explotación del salón de baile». Según lo previsto, el edificio fue adquirido a los pocos días y el negocio llevado en común durante algún tiempo. Posteriormente, el tercer contratante vendió su cuota en el inmueble y en la explotación al demandado, quedándole tan sólo al actor la cuarta parte de ambos. Pero en 1966, y alegando que el demandante había incumplido su obligación de colaborar en la administración del negocio, pues dada su escasa cualificación tan sólo podía emplearse en la venta de entradas y otras labores mecánicas, el señor Grijalbo dio por resuelto extrajudicialmente el contrato de 1963 y, consiguientemente, negó participación al actor, así en los beneficios de la finca, como en los del local de baile y espectáculos. A la vista de ello, el señor Sabin reclama la división de la comunidad sobre la casa mediante su venta en subasta y subsiguiente reparto del precio, y en trámite de réplica y contestación a la reconvencción amplía su petición, en el sentido de que se disuelva y liquide la sociedad civil constituida para la explotación del salón. Acceden a ello las dos Instancias, por lo que recurre el demandado, alegando, entre otros motivos: a) incongruencia (motivo que anómalamente es ignorado u olvidado por el Tribunal Supremo); b) aplicación indebida del artículo 1.124 del Código civil, por no aceptar la realidad del incumplimiento previo del actor, y c) aplicación in-

correcta igualmente de los artículos 1.665, 1.678 y 1.700 del Código civil, ya que, a su juicio, no existía sociedad civil sobre el negocio de baile.

Considerando que en el que lleva el número 10 se alega haberse incido en la sentencia recurrida en aplicación indebida del artículo 1.124 del Código civil; se razona a continuación que el contrato de 26 de junio de 1963 contenía en la estipulación cuarta un pacto de *lex commisorias*, que obligaba a resolver, conforme al mismo, sobre la conducta seguida por el actor, y la sentencia recurrida considera aplicable para resolver el caso la norma del artículo 1.124 del Código civil; la diferencia que se advierte, y en el recurso se señala, es que este artículo concede una facultad al juzgador para moderar las consecuencias del incumplimiento, al paso que, con el otro criterio, los artículos 1.091 y 1.258 del Código civil obligaban al actor, que se comprometió a intervenir en todos los trabajos y fases de preparación, administración y explotación del negocio de espectáculos, por lo que al no hacerlo así incumplía el contrato; frente a estas objeciones cabe señalar: A) Que, en realidad, el concepto de la infracción es equivocado, pues no cabe aplicación indebida cuando se declara *de facto* que no existen las debidas condiciones para aplicar el precepto; de ahí que dicho concepto sólo pueda ser el de «violación», y bien lo prueba el final del motivo, al decir que se incidió en «inaplicación» del artículo 1.124. B) Que, en realidad, son aplicables para desestimar este motivo (sea cualquiera el «concepto» que, en definitiva, se fije) los argumentos empleados para la refutación del anterior, pues es una realidad que el Juzgado y la Sala no aprecian la existencia de los actos de incumplimiento por parte del actor, como bien lo expresa el propio motivo que se examina, en que se recuerda que la sentencia del Juzgado declara que toda prueba del demandado es totalmente superflua e intrascendente, acabando por estimar no incumplidas por el actor las obligaciones contractuales del convenio de 26 de marzo de 1963, cuyos considerandos fueron aceptados por la sentencia de la Audiencia...

Considerando que el motivo 14 denuncia la aplicación indebida de los artículos 1.665, 1.678 y 1.700 del Código civil, que, respectivamente, definen la sociedad en general, la particular en concreto y los modos de extinguirse este contrato; se funda en que el apartado C) de la sentencia del Juzgado, aceptado por la Sala, califica de sociedad civil, regulada por el artículo 1.700 del Código, a la formada por el contrato de 26 de junio de 1963 para regular los derechos y obligaciones derivados de la explotación, en conjunto, del negocio de espectáculos y baile, y se declara la terminación de la sociedad existente entre el actor y el demandado, y en el apartado D) de la propia sentencia recurrida, que condena al demandado a su liquidación conforme al Código civil, la que se practicará, si no se pusieren de acuerdo las partes privadamente, en período de ejecución de sentencia; se analizan las cláusulas del contrato para deducir que de ellas no resulta que el demandado vendiera ni transmitiese perpetuamente a los otros contratantes el dominio o propiedad de ninguna cuota parcial o el derecho a cobrar los frutos que en lo sucesivo produjese la explotación de dicho negocio, pues lo único que claramente se estipuló fue que todos los derechos cedidos temporalmente, lo fueron como contraprestación a la obligación que contrajeron de colaborar en todos los trabajos de las fases de preparación, administración y explotación del mencionado negocio, por lo que éste no constituyó una sociedad civil privada entre los otorgantes ni se consignaron los pactos típicos de tal sociedad; a esto cabe oponer: A) Que la falta de denominación no es obstáculo para que la Sala entre a examinar las cláusulas del contrato y éste resulte una sociedad civil de tipo particular. B) Que el recurso fuera de su enunciado atribuye tal error de derecho a violación por no aplicación de los artículos que al principio consigna, contrariando el concepto de aplicación inde-

bida que en tal enunciado se declara. C) Que nada demuestra que la *affectio societatis* estuviera ausente del contrato dicho, todas sus estipulaciones lo demuestran y en la interpretación de sus cláusulas, hecha con acierto, por las sentencias de Instancia así se aprecia...

J. M. R. P.

IV. FAMILIA

DEMANDA DE NULIDAD DE INSCRIPCION DE NACIMIENTO ENTABLADA POR LA ESPOSA. LAS ACCIONES «IMPUGNATIVAS» DE LA FILIACION: su encuadre entre las acciones declarativas, meramente declarativas y constitutivas. FINALIDADES DE LAS ACCIONES «DE ESTADO». LAS PETICIONES DE LA DEMANDA Y LAS ACCIONES EN ELLA EJERCITADAS. LA CONGRUENCIA DEL FALLO RECURRIDO. LOS ARTICULOS 109 Y 111 DEL CODIGO CIVIL: los titulares de las acciones de «impugnación» en ellos contenidos y la finalidad de tales acciones. MACHUCA c. CHINCHILLA, MINISTERIO FISCAL y aquellas personas que tengan intereses en el litigio (SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 1972).

Antecedentes: I) La demandante había contraído matrimonio canónico con el hoy demandado en el año 1948, de cuya unión nació en 1950 una niña. II) Al parecer, en 1951, el esposo tuvo que huir al extranjero por motivos económicos (no se tienen ulteriores datos acerca de ello), quedando la esposa prácticamente abandonada y sin dinero. Al parecer, no constan datos acerca de si los esposos vivieron juntos desde tal fecha. III) Pasados algunos años, en 1961, la esposa da a luz una niña, que se inscribe como legítima del matrimonio, «con la idea ingenua, pero bondadosa, de dar apellidos a la recién nacida» (*sic*). IV) En 1963, el esposo interpuso demanda de separación conyugal contra la esposa, seguido en rebeldía de ella, por ignorarse su paradero; en el fallo canónico se da como hecho probado, que confirma el adulterio de la mujer, el nacimiento en 1961 de la segunda niña, y se concede al esposo accionante la separación conyugal perpetua por adulterio de la mujer y vida infamante de ésta, concediendo al marido la custodia de la primera niña habida del matrimonio. V) Recientemente, el padrino de la *segunda* niña pretende adoptarla, para lo cual la mujer se dirige al marido—dado que aparece inscrita como «legítima» del matrimonio—solicitando de él la oportuna autorización para ello. Aunque negándose al principio, al parecer exigió luego la cantidad de 1.500.000 pesetas para dar dicha autorización. VI) Posteriormente, el marido dirige escrito al Juzgado de su domicilio haciendo constar su condición de padre «legítimo» de la niña nacida en 1961, solicitando la custodia de ella en base a la parte dispositiva del fallo canónico, que alude a la «hija» del matrimonio. La oposición de la mujer a dicha petición se basaba en las propias manifestaciones del marido en el proceso de separación conyugal refiriéndose a la segunda niña como «adulterina».

La demanda finaliza con el suplico de que se dicte sentencia por la que se declare: A) Que la niña nacida en 1961 *no es* hija de don... (el demandado). B) Que dicha niña es hija «ilegítima», espúrea, adulterina, de doña... (la demandante). C) Que, en consecuencia, es nula la inscripción de nacimiento en el Registro Civil y procede su cancelación, y que se disponga sucesivamente la práctica de nuevo asiento con arreglo a las prescripciones legales.

Personados en autos el demandado y el Ministerio Fiscal, y transcurrido el plazo para verificarlo las personas físicas o jurídicas que pudieran tener intereses en el pleito, fueron declaradas en rebeldía, teniéndose por intentada la demanda por lo que a dichas personas respecta.

El demandado contestó y se opuso a la demanda, pidiendo fuera desestimada.

El Ministerio Fiscal contestó y se opuso, manifestando que, en su opinión, no aparece probada la imposibilidad física del marido para tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento de la niña, y alegada la estancia en el extranjero del marido, sería preciso acreditar auténticamente las fechas de entrada y salida en el pasaporte. Termina con la súplica de que se desestime totalmente la demanda.

El Juzgado, estimando las excepciones de falta de legitimación activa y de caducidad, alegadas por el demandado y el Ministerio Fiscal, dictó sentencia por la que desestima en todas sus partes la demanda formulada.

La Audiencia confirmó en todas sus partes la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

La actora interpuso recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal, con apoyo en los siguientes motivos:

1.º Por interpretación errónea del artículo 111 del Código civil, en relación con la violación por inaplicación del artículo 109 del Código civil, pues la ley no dice expresamente que la mujer no pueda impugnar la legitimidad de su hija, y tan injusto es que se tenga a un hijo por ilegítimo no siéndolo, como el considerar legítimo al que lo es adulterino.

2.º Por violación, por inaplicación, de la doctrina legal contenida en sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1963 y 2 de diciembre de 1966, porque la recurrente ejerce una acción «declarativa» con objeto de constatar ante los Tribunales ordinarios las manifestaciones vertidas por el esposo demandado en el proceso canónico de separación conyugal.

3.º Por violación, por inaplicación, del artículo 359 de la LEC, al pronunciarse en el fallo sobre un extremo no pedido en la demanda y omitir el pronunciamiento sobre algo efectivamente reclamado.

4.º Por inaplicación del mismo artículo 359 de la LEC, por no constar en el fallo declaraciones sobre las pretensiones deducidas en el pleito, ya que la Sala sólo se ha pronunciado sobre *menos* de lo pedido, o sea, es incongruencia negativa.

5.º Por violación, por inaplicación, del artículo 1 del Código penal, de los artículos 101 y 108 de la LECrim. y de doctrina legal de sentencias del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1955, 16 de febrero de 1962 y 5 de marzo de 1965; del artículo 1 del Código penal se deduce que existe la presunción *iuris tantum* de la existencia del delito de la declaración de inscripción de la menor como «legítima», y de los artículos 101 y 108 de la LECrim. se deduce que la actora sí tiene legitimación activa.

El Tribunal Supremo rechaza este recurso sentando la siguiente doctrina:

Visto siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, conde de Borrajeiros.

Considerando que *un sistemático estudio de los mismos motivos del recurso impone comenzar por el segundo de ellos, en el cual, por la vía del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la violación por inaplicación de la doctrina legal contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1963 y 7 de marzo de 1963; para demostrar esa infracción sostiene la recurrente: a) que ejercita una acción declarativa con objeto de constatar ante los Tribunales*

ordinarios las manifestaciones que el propio señor...—demandado—vertió en el proceso de separación conyugal y en la querella de falsedad que formuló contra aquél, y b) que la última sentencia invocada proclama que «la acción *declarativa*, en la que pretende se declare o constate... por medio de un fallo judicial la existencia o inexistencia de una determinada relación jurídica puesta en duda o controvertida».

Considerando que si bien la *enunciación* del motivo puede estimarse correcta, sin embargo, en su desarrollo, la recurrente se limita a expresar lo que queda expuesto en el considerando anterior, sin razonar en qué consiste la infracción denunciada ni cómo se comete tal infracción, por lo que tiene que ser desestimado tal motivo.

Considerando que aunque, supliendo con falta de claridad y precisión en que el motivo incurre, se quiera entender que lo que se imputa a la sentencia recurrida es el no haber estimado que la acción que se ejercitaba en la demanda es la «*meramente declarativa*», como la recurrente ahora sostiene, tampoco el motivo podría prosperar, porque la calificación que ahora intenta darle dicha recurrente a su acción no es la que corresponde al conjunto de las pretensiones postuladas, las cuales determinan la naturaleza de la acción, por lo que habrá que tenerlas presentes, aunque sea de manera sintética, para poder calificar acertadamente la acción ejercitada.

Considerando que lo que la demandante alega en su demanda es que ella, después de llevar separada de su marido varios años y de no tener acceso carnal con él, dio a luz una niña adulterina, el 16 de febrero de 1961, que fue inscrita como legítima del matrimonio, según el propio marido en la demanda de separación conyugal que interpuso en el Tribunal Eclesiástico, en donde obtuvo sentencia a su favor—precisamente por adulterio y vida infamante de su esposa—; reconocía también en la querella de falsedad sobre la inscripción del acta de nacimiento de dicha niña, que también formula contra su referida esposa, hoy demandante; en apoyo de sus pretensiones invocó el artículo 108 del Código civil, relativo a la imposibilidad de acceso carnal con su marido, y terminó con la súplica de que se dictase sentencia por la que declarase: A) Que esa niña, que aparece con el nombre de..., no es hija de don... (el demandado). B) Que dicha niña es hija ilegítima (espúrea-adulterina) de doña...—que es la demandante—. C) Que, en su consecuencia, es nula la inscripción de nacimiento referida y procede que se cancele y se practique un nuevo asiento con arreglo a las prescripciones legales.

Considerando que las acciones «*meramente declarativas*» son aquellas en las que se pretende del órgano jurisdiccional una declaración acerca de la existencia de un derecho en favor del demandante o la inexistencia de un derecho que se arroga el demandado, es decir, que se declare, por medio de un fallo judicial, la existencia o inexistencia de una relación jurídica puesta en duda o controvertida, sin que sea necesario imponer a la contraparte ninguna prestación, mientras que en las «*constitutivas*», lo que se pide al órgano jurisdiccional es una declaración de voluntad que produzca un estado jurídico distinto del que antes existía, es decir, la creación, modificación o extinción de una situación jurídica, y entre cuyas acciones «*constitutivas*» incluyen algunos las «*impugnativas*», que según otros forman un grupo autónomo.

Considerando que con relación a las acciones concernientes a la filiación legítima, que, a su vez, en las llamadas acciones «de estado» pueden tener distintas finalidades: unas, que van dirigidas a impugnar el estado de afiliación legítima que alguno tiene y que la sentencia debe modificar—acciones de «desconocimiento» y acciones de «impugnación» de filiación legítima—; otras, que tienen por finalidad reivindicar ese estado por quien, de hecho o de derecho, no la ostenta—acciones de «reclamación» de filia-

ción legítima—, y otras, de «mera comprobación», que tienden a comprobar el estado de filiación legítima, ya legalmente existente y que alguien no quiere reconocer; las primeras—acciones de «impugnación»—suponen la existencia de un título de estado, que se afirma que legalmente debe ser declarado inexistente y sustituido por otro; las segundas—acciones de «reclamación» de estado—, por el contrario, suponen la falta de título, cuya existencia se pretende crear por él en el fallo; y las terceras—acciones de «comprobación»—, que suponen la existencia de un título de estado con realidad jurídica o la inexistencia del título, que realmente es inexistente.

Considerando que *atendida la naturaleza y finalidad de las pretensiones contenidas en la demanda*, sintetizadas en el suplico de la misma, resulta evidente que la acción que en ella se ejercita no es la «meramente declarativa»—como equivocadamente debe sostener la parte recurrente—, sino que es una acción de «impugnación» de la presunción de legitimidad, ya que por medio de ella lo que se postula es que se declare nula el acta de inscripción de nacimiento, que atribuye a la niña... la condición de hija «legítima» del matrimonio litigante, y se practique otra inscripción, en la que se haga constar que es hija «adulterina» de la esposa que demanda; por tanto, la sentencia, que estima la naturaleza «impugnativa» de la acción ejercitada, no comete la infracción que se le imputa en ese motivo.

Considerando que en el motivo tercero, la recurrente, con apoyo en el número 2.º del artículo 1.692, alega que la sentencia recurrida comete «violación por inaplicación del artículo 359 de la Ley Rituaria Civil, al pronunciarse en el fallo sobre un extremo no pedido en la demanda y omitir el fallo o pronunciamiento sobre algo efectivamente reclamado; según dice dicha recurrente, ella no ejercitó una acción 'impugnativa' de legitimidad, en base a la cual, la sentencia estimó la falta de legitimación activa, sino una acción 'meramente declarativa', sobre la que dicha Sala no se pronuncia», como tampoco se pronunció respecto a la declaración de nulidad de inscripción pedida en la demanda, por lo que—concluye dicha recurrente—«al pronunciarse la sentencia recurrida sobre la legitimidad para impugnar la filiación, y no para el ejercicio de una acción meramente declarativa y de nulidad, adolece el fallo de incongruencia mixta».

Considerando que también este motivo tiene que ser desestimado, por las siguientes razones: Primera. Porque la sentencia que estima la excepción de falta de legitimación, alegada por el demandado y por el Ministerio Fiscal, y sin entrar en el fondo del asunto, desestima en todas sus partes la demanda deducida, no puede tildarse de incongruente, según reiteradamente tiene declarado la jurisprudencia, pues no deja de resolver ningún extremo litigioso, siquiera los resuelve todos, contrariamente a los deseos de la demandante. Segunda. Porque, además, la «congruencia» del fallo tiene que ser contemplada no sólo en cuanto a las pretensiones de la parte demandante, sino también a las relaciones con las oposiciones que hayan formulado los demandados. Tercera. Porque la acción que en la demanda se ejercita no es, como ya se ha razonado, la «meramente declarativa», sino una esencialmente «impugnativa», como que interesaba que se declarase nula el acta de inscripción vigente, según se reitera al final de dicho motivo. Cuarta. Porque la circunstancia de que no se haya pronunciado de manera expresa sobre esa declaración de nulidad que se postulaba en la demanda no es una omisión del fallo, ya que al disponer este que están o quedan desestimadas todas las pretensiones de la demanda, implícitamente se pronuncia sobre aquélla.

Considerando que por estas mismas razones tiene que fracasar el motivo cuarto del recurso, en el que, por la vía del número 3.º del mencionado artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se ataca la sentencia

recurrida, *pues el fallo*—contrariamente a lo que en el motivo se sostiene y como ya queda explicado—*resuelve todas las cuestiones oportunamente deducidas en el pleito*, estimando la excepción de que impedía entrar en el fondo del litigio y rechazando todas las pretensiones de la demanda.

Considerando que *el quinto motivo del recurso tampoco puede prosperar, porque hace supuesto de la cuestión*, dando como por probado que se ha cometido un delito de falsedad en la inscripción del acta de nacimiento combatida—que era precisamente lo que había que probar—y, además, *invoca preceptos no idóneos para prever la casación de un fallo reciente recaído de un fallo civil*.

Considerando que *en el motivo primero*—que es el que falta por examinar—se denuncia, por la vía de igual ordinal del artículo 1.692 de la Ley Procesal, «la interpretación errónea del artículo 111 del Código civil en relación con la violación, por inaplicación, del artículo 109 de la misma ley sustantiva», para la recurrente: a) el primero de los artículos invocados conduce y concede *acción a la esposa* para solicitar la legal legitimidad de su hijo cuando el esposo la impugne, y *la manera normal de ejercitar esta acción es por medio de la correspondiente demanda*; b) el artículo 109 autoriza a la esposa para hacer una declaración en contra de la legitimidad de su hijo y, por tanto, *esa declaración se puede hacer por vía de la demanda*.

Considerando que el artículo 111 del Código civil, que efectivamente autoriza al marido o sus herederos para «desconocer» la legalidad del hijo que dé a luz su esposa después de transcurridos trescientos días desde la separación legal efectiva de los cónyuges, *claramente da a entender* que los hijos nacidos en esas condiciones provisionalmente se presumen «legítimos», *aunque con presunción más débil que la del artículo 108*, puesto que *para destruirla basta el mero «desconocimiento»* de que manifieste el marido respecto a tal legitimidad sin imponerle a él o a sus herederos carga probatoria alguna, según se estableció en sentencias de 3 de abril de 1893 y 18 de junio de 1900, *es decir, que ese precepto*, de inspiración napoleónica, no concede a la esposa la acción «impugnativa» que la recurrente pretende, sino que *se limita a admitir con carácter provisional una presunción de legitimidad*, que quedará sin efecto si el marido, en tiempo y forma, usa de esa facultad de «desconocer» la legitimidad del inscrito y la mujer o el hijo no justifican la paternidad de dicho marido.

Considerando que por lo que respecta a la innovada e invocada *violación, por una inaplicación del artículo 109*, que también denuncia esos motivos, *resulta igualmente inatínente, pues ese precepto*, que tiene su origen en las Partidas, *se limita a proclamar* que «no destruirá la presunción de legitimidad la declaración de la madre ni la condena de ella como adúltera», *pero sin conceder a dicha madre acción impugnativa de clase alguna* con referencia a la presunción de legitimidad.

Considerando que *estas acciones sólo se otorgan, por regla general, al padre, y excepcionalmente, después de muerto él, a sus herederos, con plazos muy breves*, porque se tutelan intereses patrimoniales y *sólo tienden* a defender la honorabilidad particular del padre, que es el único que puede conocer la verdad y medir el alcance de la divulgación de un suceso que sólo a él afecta; *conceder como acciones a otras personas* podrían constituir un *incentivo* a hijos desnaturalizados, que les impulsase a acusar de adúltera a su propia madre.

Considerando que *aunque el artículo 111 del Código civil*, en que se apoya la sentencia de apelación, *sólo norma la llamada acción de «desconocimiento» de la filiación legítima presunta*, en el supuesto específico que contempla, y *no regula la acción general de «impugnación»*, lo cierto es que la aludida sentencia se fundamenta también en el derecho natural,

pero legal, de la madre a la acción impugnativa de la filiación legítima presunta, y, por consiguiente, *aunque la invocación del referido artículo 111 no fuese afortunada*, sin embargo, ello no puede ser producido por la casación de la sentencia recurrida, porque queda incombato otro fundamento de ella, que, además, siempre estará amparada por los preceptos legales, *que no conceden acción para impugnar la filiación legítima presunta del hijo nacido de mujer casada sino al marido de ella y, en su caso, a los herederos de él.*

LA IMPOSIBILIDAD «FISICA» DEL ARTICULO 108 DEL CODIGO CIVIL: la convivencia hasta los ocho meses anteriores al parto, a efectos de la imposibilidad «fisica», y la prueba de la misma. BRAOJOS c. BAON y MINISTERIO FISCAL (SENTENCIA DE 10 DE ABRIL DE 1972).

Antecedentes: I) La esposa, demandada, dejó una nota o carta autógrafa al marido, demandante, relativa a su salida o abandono del domicilio conyugal, documento reconocido posteriormente como propio en la prueba ante el Juez.

II) Desde algunos meses antes de este abandono, los cónyuges, al parecer, vivían bajo el mismo techo, pero abstenidos de todo contacto sexual y durmiendo en distintas habitaciones.

III) Ocho meses después de la salida de la esposa del domicilio conyugal, ésta dio a luz una niña, inscrita en el Registro civil como hija legítima del matrimonio, según manifestaciones del abuelo materno.

IV) El marido había planteado medidas provisionales a la separación conyugal y el correspondiente proceso canónico de separación ante la jurisdicción eclesiástica, y alegaba desconocer como «fruto» del matrimonio el que anunciaba entonces el estado de gestación de la esposa demandada.

V) El marido plantea su demanda contra la legitimidad de la menor en base a lo expuesto.

Los *hechos controvertidos*, a la vista de lo manifestado por la esposa en su escrito de contestación, se reducen a dos: 1) La causa de la salida o abandono conyugal por la esposa, que, según ella, obedeció a la gran paliza recibida del marido, que le produjo lesiones, por las que aquél fue condenado en juicio de faltas, y según el marido, fue debido a las graves disensiones y disgustos originados por la conducta de la esposa, opuesta a todo sentido de orden, disciplina y administración en la vida conyugal. 2) La interrupción de las relaciones íntimas conyugales, que para la esposa fue desde la fecha de su salida del domicilio, pero no desde tiempo antes de esa fecha, aparte de que en el juicio de faltas citado, el marido reconoció el estado de gestación de la esposa; para el marido, la cesación de vida conyugal fue, como vimos, varios meses antes de esa fecha del abandono del domicilio conyugal.

La demanda finaliza con la súplica de que se dicte sentencia estimatoria, por la que, con las consecuencias registrales procedentes en derecho, se declare que la niña inscrita como habida del matrimonio no es hija legítima del actor, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración.

En su contestación, la esposa solicita la desestimación de la demanda.

El Ministerio Fiscal, en su contestación, solicita la desestimación de la demanda y hace constar expresamente: que se niega la imposibilidad

«física» del demandante para tener acceso carnal con la demandada en los trescientos días que precedieron al nacimiento de la niña, no bastando la mera separación de hecho ni existiendo prueba de dicha imposibilidad, y siendo irrelevante incluso la condena de la mujer como adúltera ni su declaración, lo que no existe en este caso.

El Juzgado de Primera Instancia desestima totalmente la demanda y absuelve de ella a la demandada y al Ministerio Fiscal, con costas a la parte actora.

La Audiencia dictó sentencia confirmatoria de la del Juzgado, con expresa condena en costas a la parte actora apelante.

El demandante interpuso recurso de casación por infracción de ley, con base en los siguientes motivos:

1.º Por error de hecho en la interpretación de la prueba, resultante de documentos auténticos (el documento privado firmado y reconocido por la esposa y un informe del Cuerpo General de Policía); en dichos documentos se reconoce expresamente la salida de la esposa del domicilio conyugal y la convivencia de ambos bajo el mismo techo «sin ninguna relación». Tal prueba ha sido apreciada erróneamente, deduciéndose de tal equivocación un resultado inajustado a Derecho, al considerarse como hija legítima del actor a la impugnada expresamente por él.

2.º Por infracción del artículo 108, 2.º, del Código civil, ya que se considera hija legítima del actor a la que se estima fruto de relaciones de su esposa con otro varón; porque el error denunciado en el motivo primero conduce al Tribunal, en relación de causa a efecto, a proceder como si no estuviese vigente el párrafo 2.º del artículo 108 del Código civil, el cual, en su confrontación con los presupuestos fácticos del caso, debe engendrar consecuencias jurídicas distintas de las producidas en las dos instancias; si el marido ha estado, como se prueba, físicamente imposibilitado de todo acceso con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento de la hija cuya legitimidad se impugna, es evidente que ante la prueba plena de ello cede la presunción de legitimidad del párrafo 1.º del artículo citado.

El Tribunal Supremo en su sentencia rechaza este recurso, fundaméntandose en la siguiente doctrina:

Visto siendo ponente el Magistrado don Juan Antonio Linares Fernández.

Considerando que en cuanto al *primer motivo* del recurso, amparado en el número 7.º del artículo 1.692, *por error de hecho*, que los documentos citados en el motivo han sido tenidos en cuenta e interpretados por el Juzgado, cuyos considerandos fueron aceptados por la sentencia recurrida, y el que ha reconocido como suyo la esposa *nada dice en contra de la paternidad, porque su fecha reconocida*, como de 14 de enero de 1969, *no es suficiente*, pues el parto se produjo el 16 de septiembre de 1969, *y está por tal dentro de los ciento veinte días primeros de los trescientos anteriores al mismo*, y el documento de la Policía *no es bastante para estimar la imposibilidad «física» del acceso carnal*, pues los cónyuges vivieron bajo el mismo techo en esos días de la concepción, por lo que, tanto por interpretados por la sentencia como porque en nada contradice el criterio de la misma, no son suficientemente para la apreciación del motivo, *que se desestima*.

Considerando que en cuanto al *segundo*, amparado en el número 1.º del artículo 1.692, por violación del 108, 2.º, del Código, que *tiene que seguir la misma resolución desestimatoria*, al ser aceptados los hechos de la Sala, pues la prueba de la «imposibilidad» del acceso carnal del esposo *ha de proceder*, según la doctrina científica, coincidente con el criterio de esta Sala, *del alejamiento permanente del esposo en el extranjero, en establecimiento de reclusión o de impotencia probada, y como*

aquí estuvieron viviendo juntos hasta ocho meses anteriores al parto, la imposibilidad material no puede estimarse probada, ya que no la prueba ni la sentencia de adulterio ni la declaración de la esposa (art. 109), por lo que se impone la desestimación del motivo, y con ello, la del recurso, con costas, por ser preceptivas.

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto.

SOCIEDAD «CONTINUADA» ARAGONESA: compatibilidad con la viudedad universal, vigencia y extinción. CONSTRUCCIÓN «PARCIAL» SOBRE SUELO AJENO POR UNO DE LOS COPROPIETARIOS: relación con los supuestos de accesión «invertida». RECLAMACION DE CANTIDAD Y RENDICION DE CUENTAS POR LA EXPLOTACION DE INDUSTRIA MONTADA SOBRE LA EDIFICACION: PALACIN c. MAURIN (SENTENCIA DE 19 DE ABRIL DE 1972).

Antecedentes: I) En 1951 fue adquirida una finca (solar) por matrimonio aragonés.

II) En 1957 fallece el marido, dejando un hijo de su primer matrimonio—el aquí demandado—y siete del segundo y viuda—la demandante—. La titularidad de la finca era: el usufructo de una mitad, a la viuda; una mitad indivisa en nuda propiedad, al hijo del primer matrimonio, y la otra mitad indivisa en plena propiedad, a la viuda.

III) En fecha no precisada, entre 1957 y 1958, comienzan las obras en el solar referido para la construcción de una fonda u «hostal»: al parecer, trabajan en la construcción el demandado y los demás hijos varones del segundo matrimonio del causante, conviviendo todos ellos en la casa familiar junto con la viuda hasta 1959 (aproximadamente, ya que no consta).

IV) En 1959, el demandado contrajo matrimonio, pasando después de un cierto tiempo a establecerse al frente de la industria de hospedaje, coadyuvando en ello una hermanastra. Prosiguieron las obras de «mejora» y acondicionamiento de dicha industria, que a partir de 1963 ya giraba a nombre del demandado. Toda la documentación de la industria iba también a nombre del hijo del primer matrimonio, así como los planos, permisos, etc.

V) En 1967, la viuda otorga escritura de declaración de obra nueva y otra posterior de «aclaración» y rectificación, ambas pendientes de inscripción en el Registro de la Propiedad.

VI) En 1970 comienza el litigio, promovido por la viuda contra el hijo del primer matrimonio. Fallecida la actora interpuesto el recurso de casación, comparecen ante el Tribunal Supremo los siete hijos de la misma en su representación.

Los hechos controvertidos se concretan en éstos: 1.º) *Comienzo* de las obras referidas (para la actora, a principios de 1957, antes de fallecer el marido; para el demandado, después de fallecer el marido, ya en 1958). 2.º) *Ejecución* de las obras hasta 1959 (para la actora, a cargo de todos los hermanos en régimen de comunidad familiar aragonesa, en forma «continuada», trabajando todos el patrimonio familiar y conviviendo bajo el mismo techo de la casa familiar; para el demandado, el proyecto, la construcción y los pagos de las obras se hicieron a costa suya, negando la comunidad familiar, conforme a lo previsto en el artículo 64, 2.º, del Apéndice de Aragón entonces vigente, aduciendo la conformidad de todos

sus hermanastros en que el negocio girase a su nombre y alegando que la casi totalidad de los hijos se habían establecido por su cuenta y vivían independientes de su madre). 3.º) *Independencia económica* del demandado (para la actora, no tenía economía propia al margen del patrimonio familiar con anterioridad a 1963; para el demandado, la independencia le derivaba de su actividad como contratista de «arrastre de maderas», que le producía ingresos superiores al trabajo en la casa familiar). 4.º) *Buena o mala fe del demandado* (para la actora, era evidente la mala fe, al hacer girar a nombre del mismo toda la industria, planos, etc., a sabiendas de que la titularidad dominical no era completamente suya, siendo un típico caso de construcción de mala fe en suelo parcialmente ajeno; para el demandado, había buena fe al partir de una situación legal, siendo la construcción totalmente a su cargo y el proyecto, y era obvio que lo importante ahora era lo edificado y no el suelo—lo accesorio—, por mucho que se hubiere incrementado en su valor). 5.º) *Mejoras* efectuadas en la industria desde 1963 en adelante (para la actora, habían sido hechas invirtiendo todos los hermanos en la explotación familiar, en régimen de comunidad familiar continuada; para el demandado, la ampliación y mejoras en el negocio fueron a su costa, ya que los hermanos vivían independientes de la madre y no hubo tal convivencia familiar). 6.º) *Existencia o no* de la sociedad «continuada» aragonesa (afirmado por la demandante y negado por el demandado, en base al artículo 64, 2.º, del Apéndice de Aragón).

La demanda, cuya cuantía se cifraba en «indeterminada», finaliza con la súplica de que se dicte sentencia, por la que se declarase: 1) el derecho de propiedad de la actora sobre la mitad indivisa de todo lo edificado sobre el solar adquirido constante matrimonio; 2) el usufructo sobre la totalidad (solar y edificación) de la restante mitad indivisa de la fonda descrita, con obligación del demandado de rendir cuentas del negocio desde 1963 hasta la fecha, condenándole a satisfacer a la actora los rendimientos de dicha explotación, previa práctica de la liquidación pertinente; 3) decretar, de una parte, la inscripción de la escritura de obra nueva de dicha fonda, disponiendo se expida el pertinente mandamiento al Registro para tales fincas, y, de otra, se decrete que el demandado deje libre, vacuo y expedito, a disposición de la actora, dicha finca urbana o fonda de 3.ª clase, condenando al demandado a estar y pasar por tales declaraciones y a las costas del pleito.

El demandado contestó y se opuso a la demanda, y tras alegar lo pertinente, formuló reconvencción, cifrando la cuantía en la suma de 100.000 pesetas, terminando con la súplica de que se dicte sentencia por la que se absolviera al demandado de la demanda y se estimase la reconvencción, condenando a la actora reconvenida a vender al demandado y reconviniente la mitad indivisa del terreno o solar adquirido constante matrimonio, al precio medio a que se paguen los terrenos de la zona urbana del lugar en análogas situaciones y características o al que fijen dos peritos, uno por cada parte, y un tercero en caso de discordia, nombrados en la forma prevista en las disposiciones vigentes, así como al pago de las costas.

Previos los trámites de réplica y dúplica y la prueba pertinente practicada, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia, por la que desestimando la demanda, absolvió al demandado de las pretensiones en ella formuladas, y estimando la reconvencción, condenó a la actora a vender al demandado la mitad indivisa del terreno o solar, al precio medio que se pagan los terrenos en la localidad de la misma situación y características, fijado en 17.500 pesetas, sin expresa condena en costas a ninguna de las partes.

La Audiencia, sin hacer especial declaración de las costas de la apelación, confirmó totalmente la sentencia dictada por el Juzgado.

La demandante interpuso recurso de casación por infracción de ley, en base a los siguientes motivos:

1.º Por error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documentos auténticos, que evidencian el error del juzgador, consistentes en certificaciones del Ayuntamiento acreditativas del empadronamiento del demandado en la casa familiar hasta el año 1964 y las derivadas de la titularidad y usufructo del terreno litigioso; todo ello evidencia la titularidad de la recurrente y la existencia de la comunidad familiar entre la viuda y los hijos de los dos matrimonios del padre, con lo que el demandado mal pudo hacer las obras a sus solas expensas y, además, tenía pleno y absoluto conocimiento de la situación dominical de la finca, cuyo conocimiento era de no tener exclusivo dominio sobre el solar, lo que evidenciaba su mala fe.

2.º Por violación, interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 353, 358, 361, 362 y 363 del Código civil, reguladores de la accesión sobre bienes inmuebles de cosas muebles aptas para la edificación, cuando el que edifica lo hace sobre predio ajeno; con apoyo también de las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1925 y 17 de junio de 1971, ya que se reputa como edificante de buena fe a aquel que creía que sobre el terreno que edificaba tenía algún derecho dominical, cosa que no ocurre en el presente caso, en que el recurrido edificó con pleno conocimiento de que una «parte» del terreno edificado correspondía a la recurrente y sobre el resto ella tenía un usufructo vitalicio; por tanto, le es de aplicación le establecido en el artículo 362 del Código civil, que priva al edificante de mala fe la construcción practicada, quedando a beneficio del propietario del fundo o solar la edificación, y al no hacerlo así la sentencia recurrida, ha incidido en la infracción que se denuncia.

3.º Por interpretación errónea y aplicación indebida de la doctrina contenida en sentencias de 31 de mayo de 1949 y 17 de julio de 1961, que contemplan el supuesto de la accesión «extralimitada» para el caso de que la edificación se salga de los linderos de la propiedad, siendo efectuada en parte de propiedad ajena, supuestos totalmente distintos del que es objeto de autos, ya que reconocida la titularidad de la viuda y el pequeño derecho dominical del demandado, éste era irrelevante a los fines de los supuestos contemplados en las sentencias dichas, pues la edificación se efectuó totalmente sobre predio ajeno; aquí, el edificante, de momento, no tenía más que un derecho expectante mientras duraba el usufructo a favor de la recurrente, por lo que no puede considerársele como propietario «pleno», a que las sentencias citadas se refieren.

4.º Por violación, por inaplicación, del artículo 479 del Código civil: si la recurrente es usufructuaria de la mitad del solar sobre el que se ejecutó la edificación, no cabe duda tendrá el usufructo sobre la «parte» de la misma que corresponde a su derecho, y ello aunque se estime que la accesión es extralimitada o invertida y que el edificio fuera considerado como «principal».

5.º Por incidir en incongruencia la sentencia recurrida: en el suplico de la demanda se pide se le reconozca el derecho de usufructo sobre la totalidad (solar y edificación), pedimento sobre el que no se contiene pronunciamiento alguno en la sentencia del Juzgado ni en la de la Audiencia, que se recurre, por lo que se ha incumplido lo ordenado en el artículo 359 de la LEC.

El Tribunal Supremo rechaza este recurso, sentando la doctrina que sigue a continuación:

Visto siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero.

Considerando que son puntos de hecho fundamentales afirmados por la instancia: *Primero. Que la construcción del hostel en cuestión, explotado por el demandado, comenzó después de 29 de agosto de 1957, fecha de la muerte de don..., que era su padre y esposo en segundas nupcias de la actora, cuando se había extinguido la comunidad familiar aragonesa, a tenor de lo dispuesto en el artículo 62 del estatuto de Derecho foral aragonés entonces vigente de 7 de diciembre de 1925, por tener la viuda, según capitulaciones matrimoniales, derecho al usufructo universal de todos los bienes familiares. Segundo. Que la edificación de dicho hostel fue sufragada íntegramente con fondos propios del demandado, hijo de don... y de su primera esposa, con pleno conocimiento de la actora, que lo consintió, y de todos los hermanos, algunos de los cuales colaboraron en la construcción y posterior servicio del hostel, recibiendo del demandado sus salarios. Tercero. Que el solar sobre el que se levantó la edificación pertenecía en su mitad proindivisa, en plena propiedad, a la actora, y en su otra mitad, en nuda propiedad, a los hijos, entre ellos, el demandado, y en usufructo, a la actora, que lo era, como queda dicho, a título universal de todos; puntos esenciales en los que se asienta el fallo de la Audiencia, que no son contradichos por ninguno de los documentos invocados con tal pretensión en el motivo primero del recurso, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues de ellos, los tres primeros abonan la constitución del usufructo universal de la actora después de la muerte de su marido, que pone fin a la comunidad familiar aragonesa, y las certificaciones del Ayuntamiento sobre empadronamiento nada suponen cuando, por otros medios de prueba, la Sala llega a la afirmación de la independencia económica alcanzada por el hijo del primer matrimonio, que le permite sufragar los costos de la nueva edificación, por lo que es procedente desestimar el primer motivo.*

Considerando que en los motivos segundo y tercero, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *se mezclan conceptos de infracción heterogéneos de los mismos preceptos sustantivos, como son: en el primero de ellos, la violación, la interpretación errónea y la aplicación indebida, y en el otro, la aplicación indebida y la interpretación errónea, conceptos entre sí incompatibles, que al ser invocados conjuntamente inciden en confusión, contraria a la precisión y claridad prescritas en el artículo 1.620 de la misma ley, por lo que procede su desestimación, aparte de que los preceptos invocados en el primero, referentes a accesión, se refieren a hipótesis diferentes de las del caso que nos ocupa, que es más similar, por el contrario, como veremos seguidamente, al recogido en las sentencias de accesión «invertida», que se citan como indebidamente aplicadas en el último de los citados motivos.*

Considerando que en el cuarto motivo, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se invoca la violación por inaplicación del artículo 479 del Código civil, referente a que «el usufructuario tendrá derecho al aumento que reciba por accesión la cosa usufructuada», y es procedente también su desestimación, porque la tesis de dicho precepto, así como la del 358, 361 y la de los demás referentes al que edifica de buena fe en suelo ajeno, buena fe que no cabe discutir según los hechos que han quedado firmes, quiebra cuando el suelo sobre el que se edifica no es totalmente ajeno, o sea, cuando el que construye de buena fe es «participe» de alguna forma en la propiedad del suelo sobre el que edifica; hipótesis no prevista en el Código civil, a la que ha dado solución la jurisprudencia de este Tribunal aplicando, conforme al párrafo 2.º del artículo 6 del Código civil, el principio general del Derecho de que «lo accesorio sigue a lo principal», y cuando, como ocurre en el presente caso, en la escala de los valores materiales, es muy superior el de

lo edificado al del suelo, para cuyo caso invierte los términos y declara que es el suelo el que debe ceder a lo edificado; *regla que sigue la sentencia impugnada*, apoyándose en la sentencia de esta Sala de 31 de mayo de 1949, confirmada por la de 17 de julio de 1961.

Considerando que ha de ser *igualmente desestimado el cuarto y último motivo del recurso*, en el que, al amparo del número 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, *se alega la incongruencia*, por no haberse hecho alusión en el fallo al usufructo vitalicio que detenta la actora sobre la mitad indivisa propiedad de los hijos en el solar edificado: *en primer lugar, porque*, aunque se cita como infringido el artículo 359 de la Ley Procesal Civil, *no se cita el concepto en el que lo ha sido*, según exige la jurisprudencia reiterada de esta Sala, y, *en segundo lugar, porque, aunque es verdad que en el fallo no se ha hecho referencia al usufructo, también lo es que los «considerandos», como antecedentes obligados, son fuentes de interpretación de los fallos a la hora de su ejecución, y tal sugerencia es recogida* por el último considerando de la sentencia de la Audiencia, *donde se dice*, argumentando sobre la petición que en tal sentido le fue formulada: «*Sin perjuicio*, claro está, *que*, en consecuencia de ello, *quede subsistente* tal usufructo vidual de la actora sobre la mitad del solar propiedad del demandado, *cuyo contenido económico deberán concretar entre las partes* si voluntariamente llegan a un acuerdo o ejercitando las acciones legales pertinentes.»

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la representación de doña..., hoy sus herederos.

J. C. G.