

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

Por JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JUAN MANUEL REY PORTOLÉS,
JOSÉ CERDÁ GIMENO y
FRANCISCO CASTRO LUCINI

I. REGISTRO DE LA PROPIEDAD

*INSCRIPCION Y DOCUMENTO PRIVADO. PERSONA INTERPUESTA.
NOTA MARGINAL. (SENTENCIA DE 12 DE ABRIL DE 1969.)*

Hechos.—Don Luis R. L. compró a don Angel Y. M., en documento privado, una finca urbana, que constaba inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de los padres del vendedor. Al fallecimiento de éstos se otorgó la correspondiente escritura particional, en la que fue incluida la citada finca y adjudicada a diversos herederos en proindivisión, vendiéndose luego algunas de las participaciones indivisas. Durante todos estos actos, don Luis R. L. estuvo en posesión de la finca.

El citado don Luis R. L. interpone demanda contra los titulares registrales solicitando se declare su propiedad en base al documento privado y a la prescripción adquisitiva, haciendo una serie de pedimentos muy originales en relación con las inscripciones del Registro de la Propiedad: que se pusiera una nota marginal (o se hiciese constar en la forma que fuese) indicando que las inscripciones en que aparecen como titulares los padres del que le vendió la finca en documento privado han de considerarse como practicadas a favor del hijo vendedor, pues la adquisición que realizaron los padres no fue en su propio nombre, sino como personas interpuestas del único y exclusivo dueño de la finca, que era el hijo, y, además, que se cancelaron todas las inscripciones sucesivas de herencia y venta de participaciones.

Los demandados contestan alegando su titularidad registral y pidiendo que el demandante poseedor de la finca les rinda cuentas de la administración llevada a cabo.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid revoca la sentencia, desestimando la demanda y absolviendo de la misma a los demandados.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Andrés Gallardo Ros, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el demandante, por razones procesales, sin llegar a entrar en el fondo de la cuestión, confirmando así la sentencia de la Audiencia, que hizo prevalecer el contenido de los asientos registrales sobre el documento privado alegado por el demandante.

COMENTARIO.—Aunque esta sentencia no contiene doctrina sustantiva, queremos apuntar, a propósito del caso debatido en el pleito, que no resulta conforme con los preceptos hipotecarios extender la nota marginal solicitada por el demandante y admitida por el Juzgado de Primera Instancia, pues no está previsto en la legislación hipotecaria una nota marginal de tal alcance, consistente en sustituir la titularidad registral, sin realizar la cancelación correspondiente, previa declaración de nulidad de la inscripción. No hay que olvidar que los asientos están bajo la salvaguardia de los Tribunales y no pueden quedar afectados si no se insta su nulidad o cancelación, no pudiendo considerarse cumplido tal requisito con la citada nota marginal. Pero la sentencia del Juzgado fue revocada por la Audiencia, y el Tribunal Supremo confirmó la de la Audiencia, por lo cual esa extraña nota marginal no ha tenido acceso al Registro.

TERCER ADQUIRENTE DE FINCA HIPOTECADA DURANTE EL PROCEDIMIENTO DEL ARTICULO 131 DE LA LEY HIPOTECARIA. INTERPRETACION DEL ARTICULO 134 DE LA MISMA. ACCION DECLARATIVA DE DOMINIO. (SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1969.)

Hechos.—Seguido procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, se sacó la finca a pública subasta, declarándose varias subastas en quiebra, por no consignar los adjudicatarios correspondientes el resto del precio ofrecido, perdiendo el depósito previo realizado. En esta fase del procedimiento, el deudor, dueño de la finca, la vendió a un tercero, que sabía la existencia del procedimiento, pues su adquisición e inscripción fue posterior a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. Dicho tercer adquirente presentó escrito al Juzgado solicitando certificación acreditativa de estar abonado el principal y costas reclamadas, petición a la que accedió el Juzgado expidiendo certificación de estar satisfechas las costas y el principal (no decía nada de los intereses), añadiendo que la finca no se hallaba afectada a ninguna otra responsabilidad. En vista de ello, el tercer adquirente no intentó ninguna otra actuación. Pero, en realidad, a pesar de la certificación del Juzgado, faltaban por pagar los intereses y así lo reconoció después el propio Juzgado, pues se sacó la finca a nueva subasta a dicho efecto, adjudicándose definitivamente por auto judicial al acreedor hipotecario.

Terminado el procedimiento judicial sumario, el tercer adquirente interpone demanda contra el acreedor hipotecario adjudicatario de la finca, suplicando se dictase sentencia por la que se declarase que la finca es de la propiedad exclusiva del demandante, por lo que se debe declarar nula y sin ningún valor ni efecto la subasta del procedimiento judicial sumario y la correspondiente adjudicación judicial.

El Juzgado de Primera Instancia número 23 de Madrid dictó sentencia desestimando la demanda, siendo confirmada dicha sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial.

El demandante interpone recurso de casación alegando aplicación

indebida del artículo 134 de la Ley Hipotecaria, pues la sentencia apelada parte de que el tercer adquirente, ahora recurrente, debería haberse personado en el procedimiento judicial sumario, conforme a lo dispuesto en aquel artículo a efectos de sus derechos y obligaciones; pero para que esto fuera así era necesario, por disposición del propio precepto, que el acreedor no hubiera hecho efectivo su derecho sobre la finca hipotecada, y, según la certificación del Juzgado, la finca estaba libre de responsabilidad, por lo cual no procedía comparecer más veces en el procedimiento.

Doctrina del Tribunal Supremo.—El Tribunal Supremo, partiendo, como ahora se verá, de la exigencia de una extremada diligencia por parte del tercer adquirente, que se hace dueño de la finca durante un procedimiento judicial sumario, a sabiendas de la existencia de éste, declara no haber lugar al **recurso**:

Considerando... que la acción ejercitada fue la reivindicatoria de los artículos 348 y 349 del Código Civil en su aspecto declarativo, era indispensable la concurrencia de los tres requisitos inexorablemente exigidos por la doctrina legal, es decir, la identidad del objeto, la titularidad dominical de quien actúa y la detentación injusta de quien posee la cosa y a quien, en definitiva, se reclama; de los cuales no ofrecían duda alguna los dos primeros respecto de un objeto perfectamente identificado y con apoyatura jurídica en un título de compraventa escriturado notarialmente e inscrito en el Registro de la Propiedad, siendo, en cambio, de difícilísima comprobación el tercero, habida cuenta que el actual titular, que también inscribió regístralmente su derecho, presentaba como título aquel acto de subasta pública celebrado en el Juzgado y la consiguiente adjudicación efectuada por la autoridad judicial, cuya nulidad era por ello necesario alegar y demostrar a los efectos de la prosperabilidad de la reivindicación intentada, «...no habiéndose impugnado en su momento procesal oportuno, lo que da al procedimiento» un valor de legalidad incompatible con lo injustificado de la detentación, necesario como se ha dicho, para el buen éxito de la acción reivindicatoria, inacción del entonces actor y ahora recurrente, que, por otra parte, sólo puede imputarse a su propia negligencia o descuido...

Considerando... respecto a la aplicación indebida del artículo 134 de la Ley Hipotecaria, se sostiene por el recurrente, en su día tercer adquirente de la finca hipotecada, que no tenía por qué personarse en los autos subrogándose en el puesto del anterior dueño para que se entendiesen con él las ulteriores diligencias, puesto que ya había pagado en el Juzgado que entendía del asunto el importe del principal y de las costas—a que alcanzaba la garantía hipotecaria—, obteniendo incluso una certificación judicial, que tiene fecha 9 de octubre de 1964, en la que expresamente se decía que la referida finca «no se hallaba en la actualidad afecta a ninguna otra responsabilidad en el mencionado pleito»; razonamiento que, sin embargo, no tiene en cuenta precisamente lo que constituye la base del mismo, ya que apoyándose en el texto legal sostiene que aquella posibilidad se reduce al supuesto de que tenga lugar «antes que el acreedor haga efectivo su derecho sobre la finca hipotecada», lo que aquí no sucedía a virtud de la certificación reseñada, pero evidentemente concurre, al menos en forma problemática, si el mismo juzgado estima después que aquella satisfacción no se produjo de modo complejo, momento en que la personación del entonces actor y hoy recurrente pudo realizarse para impugnar válidamente esta última resolución y las antes relatadas de que trajo causa el adjudicatario, que de lo contrario, cual evidentemente sucedió, adquirieron una firmeza de

imposible atacabilidad procesal por la vía elegida, lo que implica la desestimación del recurso en su totalidad...

COMENTARIO.—Esta sentencia viene a decir que aunque el Juzgado erróneamente expidiese una certificación a solicitud del tercer adquirente, acreditativa de que la finca estaba libre de las responsabilidades del procedimiento, esta actuación, no prevista en la tramitación del procedimiento judicial sumario, no dispensa al tercer adquirente de preocuparse de la tramitación del procedimiento hasta su terminación, extremando su diligencia, interpretándose entonces la frase del artículo 134, arriba mencionada («antes que el acreedor haga efectivo su derecho»), no en el sentido subjetivo de que el tercer adquirente debe personarse *antes que crea, con más o menos fundamento, que el acreedor ha hecho efectivo su derecho*, sino en el sentido objetivo de que el tercer adquirente debe personarse en el procedimiento *antes que el acreedor haga efectivo su derecho totalmente*, prescindiéndose de lo que piense el tercer adquirente o de lo que diga una certificación del Juzgado, luego contradicha por la declaración de que faltaban por satisfacer los intereses. En una palabra, que el tercer adquirente, dadas las especiales circunstancias de su adquisición durante un procedimiento de ejecución hipotecaria, debe estar en continua tensión y no obtener tranquilidad ni siquiera por una certificación del propio Juzgado en que se tramita el procedimiento.

DOBLE INMATRICULACION: ARTICULO 38 DE LA LEY HIPOTECARIA.
(SENTENCIA DE 27 DE DICIEMBRE DE 1969.)

Hecho.—En un caso de doble inmatriculación, el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Barcelona resuelve la cuestión a favor del titular registral de la finca de más antigua historia registral, de la cual era parte la que constaba actualmente inscrita a favor del demandado. La Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona confirma la sentencia del Juzgado.

El demandado interpone recurso de casación, siendo el motivo más interesante del recurso el segundo, en el que se dice que la demanda de nulidad de la inscripción, a que se refiere el párrafo segundo del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, existiendo un tercero, que en el caso de autos es el recurrente, no puede dirigirse sólo contra el tercero, sino que tiene que remontarse al titular de quien ha traído causa por tacto registral sucesivo.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio de Vicente-Tutor y Guelbenzu, declara no haber lugar al recurso, destacando, a efectos hipotecarios, el considerando segundo:

Considerando que el segundo de los motivos, articulado por el mismo cauce procesal que el anterior, denuncia la inaplicación en la resolución impugnada del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, basándose para ello en que no se solicita en la demanda la nulidad de la inscripción registral de la finca a favor de la recurrente, que obliga a la sentencia de instancia a declarar su ineficacia, y habida cuenta que el pedimento tercero del suplico de la demanda solicita se ordene la cancelación de los asientos de referencia y así se concede en el fallo impugnado, es evidente que al ordenar la norma invocada la necesidad cuando se ejercite una acción contradictoria del dominio de solicitar previamente o a la vez la nulidad

o cancelación de la inscripción ha quedado cumplido el precepto legal, que ha sido rectamente aplicado, y perece el motivo.

COMENTARIO.—Nosotros creemos que es justa esta sentencia teniendo en cuenta su total contenido, pero queremos comentar cierta imprecisión en el considerando que hemos transcrito, pues el recurrente no se basaba en que no se había solicitado la nulidad de la inscripción a su favor, como dice la sentencia, sino en que no se había solicitado la nulidad de las inscripciones a favor de los titulares anteriores de quien el recurrente traía causa. Esta imprecisión del considerando no afecta para nada al fallo del Tribunal Supremo, pues, en todo caso, habría que llegar a la misma conclusión, consistente en que no había dejado de aplicarse el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, pues el demandante solicitó en el pedimento tercero de su demanda la cancelación de «los asientos» de la finca del demandado. Es decir, utilizó el plural, lo que significa que no sólo solicitó la cancelación de la inscripción del tercero, sino de todas las inscripciones de la finca. Lo que no parece necesario es demandar a todos los titulares registrales anteriores, pues carecen de interés para ser parte en el pleito, ya que transmitieron su dominio, quedando extinguida su titularidad registral por la inscripción siguiente. Tampoco parece estrictamente necesario solicitar la cancelación de todas las inscripciones precedentes, a efectos del presente caso, pero es muy conveniente hacerlo para que no vuelva a plantearse un nuevo litigio por revivir dichas inscripciones al producirse la cancelación de la última.

ACCION REIVINDICATORIA: EL REQUISITO DE LA IDENTIDAD DE LA COSA RECLAMADA. LEGITIMACION REGISTRAL: JUSTIFICA LA IDENTIFICACION CATASTRAL DE LA FINCA INSCRITA. (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1970.)

Hechos.—El Ayuntamiento de P. ejercita acción reivindicatoria contra doña D. LL. A., reclamando la propiedad de dos parcelas inmatriculadas a nombre de la demandada al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, por estimar que forman parte de la finca de mayor superficie inmatriculada a nombre del Ayuntamiento demandante. La demandada contesta negando identidad de las parcelas de su propiedad en relación con la finca inscrita a nombre del demandante, finca esta última que dice constituye una ficción, que no se adapta ni en superficie, ni en situación, ni en linderos, a la correspondiente parcela catastral perteneciente al Ayuntamiento.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, siendo revocada la sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, declara el deslinde de las fincas discutidas, en base a la demanda reconvencional subsidiariamente formulada por la demandada, distribuyendo la superficie en forma favorable al Ayuntamiento demandante.

La parte demandada interpone recurso de casación por una serie de motivos, de entre los que prospera el motivo noveno, que se basa en la existencia de manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba, que resulta de documento auténtico, como es la certificación del Registro de la Propiedad relativa a los datos catastrales de la finca mayor inscrita a nombre del Ayuntamiento demandante.

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

Considerando que, según reiterada doctrina de esta Sala, uno de los requisitos esenciales de la acción reivindicatoria... es el relativo a la identidad de la cosa cuya devolución se pretenda obtener, identidad que en el caso de finca rústica implica más que la determinación concreta y precisa de la cabida, la de su situación y linderos...

Considerando que... en la sentencia recurrida se evidencia, por el contenido de la premisa fáctica (esta premisa fue declarar el deslinde, que debe preceder a la acción reivindicatoria, pues denota que no existe plena identificación de lo reclamado), «la inexistencia de la identidad de las parcelas objeto de la reivindicación».

Considerando que el documento básico del error de hecho alegado, mencionado anteriormente, es documento público..., porque su autenticidad la origina la oficialidad de la persona que lo libra, la competencia que le está atribuida y el cumplimiento del requisito formal. En este documento se consigna el acceso al Registro de la Propiedad del dominio de la finca 1.520, que fue inscrita, extendiéndose el correspondiente asiento, por lo cual tiene la autenticidad derivada del principio de legitimación registral, establecida en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual hay que estar al contenido del asiento de inscripción en tanto en cuanto no sea cancelado y, por ello, revela por sí mismo, y sin necesidad de otros elementos probatorios, que la finca 1.520 corresponde a la parcela 190 del polígono 175 del término municipal de..., es decir, justifica la identificación catastral de la parcela 1.520, no obstante lo cual se afirma en la sentencia recurrida la dificultad para llegar a esa identificación.

COMENTARIO.—Esta sentencia destaca la aplicación del principio de legitimación registral a los datos catastrales recogidos en una inscripción del Registro de la Propiedad. Viene a sentar que si en una inscripción consta que una finca está catastrada bajo el polígono 1, parcela 1, por ejemplo, se presume, mientras no se demuestre lo contrario, que queda identificada catastralmente, con los efectos consiguientes. Pero ¿cuáles son esos efectos? ¿Que se ha de estar, en tal caso, al contenido del Catastro respecto a la superficie de la finca? Nada tengo que decir respecto a la doctrina sentada para el presente supuesto, en que, desde diferentes ángulos, queda al descubierto la falta del requisito de la identidad de la cosa reclamada, propio de la acción reivindicatoria. Como en otras ocasiones, quiero señalar los peligros que tendría esta sentencia si se tratara de generalizar su doctrina a casos distintos del planteado. Ejemplo: supongamos que consta inscrita una finca con la superficie de 50 áreas y con determinados linderos, y con ocasión de una transmisión, se mantiene en la inscripción siguiente la misma superficie y los mismos linderos, añadiéndose únicamente, porque así lo dice el título, que la finca está catastrada bajo el polígono 1, parcela 1. Hay que suponer también, para plantear el problema, que su superficie del Catastro (que no figuraba en la escritura y que se comprobó después con ocasión de un pleito con el colindante) era de 25 áreas. Nos preguntamos: ¿Puede perjudicar al titular inscrito, por aplicación del principio de legitimación registral, la referencia a la numeración catastral, a efectos de superficie? ¿Podría alegar el colindante, partiendo de la inscripción, que venían a recogerse en ella dos superficies, la de 50 áreas, por vía directa, y la de 25 áreas, por vía indirecta, y que, por tanto, desde el punto de vista registral, no tenía por qué prevalecer la primera? Nosotros contestamos negativamente, es decir, la referencia a una numeración catastral no

puede considerarse como una manifestación de la superficie catastral distinta de la que refleja la inscripción. Es cierto que se produce un contrasentido: la inscripción dice, por un lado, que la finca mide 50 áreas, y, por otro lado, dice que es la parcela 1 del polígono 1, y resulta que examinado con posterioridad el Catastro, esta parcela mide 25 áreas, según el propio Catastro. ¿Cómo interpretar esto? Desde el punto de vista registral, no hay más remedio que estar a los datos de la inscripción directamente reflejados en la misma. Si se ha producido una inscripción en tal sentido, hay que estar a la superficie directamente registrada de 50 áreas, a la que se extiende también la legitimación registral. Y respecto a la numeración de polígono y parcela catastral sólo puede dársele valor como una referencia a la situación de la finca (no a la superficie y linderos catastrales). Otra cosa es que producido el pleito y aportada la certificación catastral y otras pruebas quede de manifiesto que la finca tenía 25 áreas, en lugar de 50, pues en tal caso no se parte ya de la propia inscripción ni del principio de legitimación registral. Lo que hemos querido es precisar el valor de los datos catastrales recogidos en una inscripción, desde el punto de vista de la legitimación registral. Podemos completar lo dicho exponiendo que advertido el Notario de que la finca tiene distinta superficie en el Catastro y en el Registro, debe recoger en la escritura, con precisión, la idea de los interesados y no dejar en el aire el problema, pues no sería conforme con el principio de especialidad señalar en la escritura las dos superficies, la del Catastro y la del Registro, sin indicar cuál es la real. Para el caso de que en una escritura se hubiera procedido así y no pudiera saberse cuál de las dos superficies es la real y preferida por los interesados debe suspenderse la inscripción, en mi opinión, por ser contrario al citado principio hipotecario de especialidad indicar dos superficies contradictorias, y también contrario a la regla 4.ª del artículo 51 del Reglamento, ya que no quedaría precisada la verdadera superficie, como tampoco quedaría precisado el número o la calle de una urbana señalando varios números contradictorios, y debe subsanarse tal extremo por instancia en la que se indique cuál de las dos superficies es la real y la que debe constar, por tanto, en la nueva inscripción. Y, además, sería conveniente que si se refleja una superficie distinta de la del Catastro y, sin embargo, se recoge la numeración catastral, la escritura notarial precisará que tal numeración no se corresponde totalmente con la finca descrita con expresiones como las siguientes: «es parte de la parcela catastral» o «constituye la parcela catastral... y las parcelas catastrales...» u otras similares.

DECLARACION DE PRODIGALIDAD: NULIDAD DE ANOTACIONES PREVENTIVAS. TRACTO SUCESIVO EN ANOTACIONES. (SENTENCIA DE 24 DE FEBRERO DE 1970.)

Hechos.—Don Pedro S. F., contra el que se había interpuesto una demanda de prodigalidad por su hijo, que no había sido aún anotada, vendió a don Ramón S. M. una finca, inscribiéndose tal venta en el Registro antes de anotarse demanda y sentencia de prodigalidad. Tales anotaciones de demanda y de sentencia de prodigalidad se practicaron con posterioridad a la inscripción de la venta y a pesar de ésta.

Don Ramón S. M. (cuya inscripción de compra salió indemne después de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1967, por no haber solicitado el hijo del pródigo la nulidad del título que motivó aquella inscripción) interpone demanda contra el citado descendiente del pródigo, don Manuel S. R., solicitando la nulidad y cancelación de dichas

anotaciones de demanda y sentencia de prodigalidad, por haber sido erróneamente practicadas, al no constar inscrita la finca a nombre del declarado pródigo, sino del demandante.

El Juzgado de Primera Instancia de Manresa desestimó la demanda partiendo de que las anotaciones pueden practicarse, aunque no consten inscritos los bienes a nombre de la persona contra quien se dirige la demanda, ya que no se trata de títulos traslativos o de gravamen.

La Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona revoca la sentencia del Juzgado, declarando la nulidad y cancelación de las anotaciones, por haber sido indebidamente practicadas.

El demandado interpone recurso de casación alegando fundamentalmente la mala fe del demandante, que conocía la demanda de prodigalidad, por lo que no está amparada su adquisición por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y proponiendo la interpretación que el Juzgado de Primera Instancia hizo del artículo 17 de la misma Ley.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jacinto García Monge y Martín, declara no haber lugar al recurso, entendiendo que el recurrente desvía la cuestión del proceso hacia la nulidad del título e inscripción del demandante, a pesar de que la única cuestión planteada en el mismo es la de la validez o nulidad de las anotaciones preventivas de prodigalidad. Centrada así la cuestión, añade que según el número dos del artículo 73 de la Ley Hipotecaria, en relación con los artículos 170 (?) y 171 de su Reglamento, «la anotación preventiva ha de limitarse a los bienes que aparezcan inscritos a nombre del que es objeto de la demanda de declaración de incapacidad».

COMENTARIO.—En el caso de esta sentencia se produjeron dos irregularidades registrales: una de ellas, la que da lugar al pleito, es la práctica de una anotación preventiva, a pesar de constar inscrita la finca a nombre de persona distinta de aquella contra la que se dirige la demanda, y la otra irregularidad, que queda al margen del pleito, consiste en haberse practicado un asiento de anotación preventiva para recoger la sentencia de prodigalidad, en lugar de un asiento de inscripción.

En cuanto a la primera irregularidad, el Tribunal Supremo hace una correcta aplicación del principio de tracto sucesivo. La interpretación que el Juzgado de Primera Instancia hizo del artículo 17 de la Ley Hipotecaria deja al descubierto al titular registral y en entredicho el principio de tracto sucesivo. El artículo 20 de la Ley Hipotecaria exigía denegar la anotación, pues ésta contiene un acto que produce una modificación y que de algún modo afecta o grava el dominio inscrito a nombre de persona distinta del demandado. Esta interpretación amplía del artículo 20 de la Ley Hipotecaria está también patrocinada por la doctrina, y el Tribunal Supremo, en la presente sentencia, la refuerza acertadamente con el párrafo segundo del artículo 73 de la Ley Hipotecaria, que dice así: «Cuando la anotación deba comprender todos los bienes de una persona, como en los casos de incapacidad y otros análogos, el Registrador anotará todos los que se hallen inscritos a su favor.» De este artículo y del 171 del Reglamento cabe deducir que no podrá extenderse la anotación sobre bienes no inscritos a nombre del demandado. Menos interés, a este efecto, tiene el artículo 170, que se refiere a otro caso distinto, a pesar de lo cual es citado incomprensiblemente por la sentencia.

La segunda irregularidad registral que encontramos es haberse empleado el asiento de anotación preventiva no sólo para reflejar la demanda de prodigalidad, sino también para reflejar la posterior sentencia declarativa de tal estado, cuando lo procedente hubiera sido utilizar el

asiento de inscripción. Así se desprende del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, que no prevé la anotación preventiva en materia de sentencias (sólo se refiere a las demandas de incapacidad en el número quinto), y del artículo 2.º de la Ley Hipotecaria, que emplea la fórmula «se inscribirán» para las resoluciones judiciales del tipo que comentamos. Esta irregularidad no salió a relucir en el pleito, pero conviene que se haga notar, pues no se trata de una simple cuestión adjetiva ésta de utilizar un asiento distinto, sino que puede tener importantes repercusiones, como, por ejemplo, a propósito del plazo de caducidad de las anotaciones establecido en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, que no es aplicable a los asientos de inscripción.

ACCION REIVINDICATORIA: CUESTION DE LA PRUEBA DE LA BUENA FE DEL TERCERO HIPOTECARIO. (SENTENCIA DE 24 DE MARZO DE 1970.)

Hechos.—La actora suplica se dicte sentencia declarando ser de su propiedad una finca inscrita a su nombre en posesión, posteriormente convertida en inscripción de dominio, y ser nulas e inexistentes las ventas sucesivas de una parcela y el expediente de dominio seguido respecto a otra, así como de las respectivas inscripciones, por ser dichas parcelas partes de la finca de su propiedad. Los demandados adquirentes oponen que la inscripción de posesión de la actora, en el supuesto hipotético de que se refiera a la misma finca que la comprada por ellos, no puede prevalecer sobre sus respectivas inscripciones de dominio, pues la conversión de aquella inscripción en inscripción de dominio se produjo con posterioridad a la fecha de las inscripciones practicadas a su favor.

El Juzgado de Primera Instancia de Arrecife estima la demanda, siendo confirmada la sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas.

Los demandados adquirentes de las parcelas interponen recurso de casación por estimar infringido el artículo 34 de la Ley Hipotecaria y por haber incurrido la sentencia en error de hecho en la apreciación de la prueba, pues la Audiencia negó su condición de terceros hipotecarios por faltar el requisito de la buena fe, siendo que ésta queda acreditada por el examen de la escritura pública de compra de parcelas, que está en directa relación con la certificación del Registro de la Propiedad, en la que figura la finca debidamente inscrita a nombre del transmitente.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Lojo Tato, declara no haber lugar al recurso:

Considerando que... se aduce que la sentencia impugnada ha incidido en error de hecho en la apreciación de las pruebas, según resulta, dicen, «de los documentos auténticos obrantes en autos», y para acreditar el pretendido error se cita, determinadamente, la escritura de 3 de febrero de 1961, por la que la expresada Entidad compró, entre otras, la finca cuestionada, hallándose la referida escritura «en directa relación» con el certificado del Registro de la Propiedad de Arrecife que se expresa; mas el mencionado documento y la misma inscripción nada evidencian por sí mismos en orden a la negada buena fe de la Sociedad recurrente, pues para juzgar sobre este punto se tuvieron presentes por la Sala sentenciadora diversas probanzas y elementos de juicio, y la mentada escritura sólo demuestra realmente que ante el Notario autorizante y en la fecha que se dice se hicieron por los comparecientes las manifestacio-

nes externas que en ella se contienen, pero esto no acredita la veracidad intrínseca de esas declaraciones e igual cosa debe decirse de la escritura de 10 de marzo de 1960, que también se cita, mas, por otra parte, ese documento básico ha sido tenido en cuenta por el Tribunal *a quo* y, por consiguiente, no sirve en calidad de auténtico a efectos de casación, por todo lo que este motivo primero no puede prosperar...

TERCERIA DE DOMINIO: REGLA 2.ª DEL ARTICULO 95 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO EN RELACION CON LOS PRINCIPIOS DE LEGITIMACION Y FE PUBLICA. ANOTACIONES DE EMBARGO.
(SENTENCIA DE 30 DE ABRIL DE 1970.)

Hechos.—Practicada anotación de embargo sobre la mitad indivisa de una finca, por deudas contraídas por el marido, constando inscrita dicha mitad a nombre de la esposa, sin que el asiento prejuzgara la naturaleza privativa o ganancial, la citada esposa ejercita la acción de tercería de dominio contra la entidad embargante y contra el esposo, aportando una serie de pruebas tendentes a demostrar que la adquisición de la mitad indivisa del solar y la construcción de una casa sobre el mismo se realizó por ella y por su hermana (dueña de la otra mitad indivisa) en estado de solteras, aunque la escritura de declaración de obra nueva se otorgó estando ya casada, pero aseverando el marido el carácter parafernial de la finca.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Valladolid desestima la demanda, siendo revocada, en este aspecto, por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid, que estima la demanda mandando se alce y deje sin efecto el embargo.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Peral García, declara no haber lugar al recurso:

Considerando que la sentencia recurrida, mediante una fundamentación jurídica, llega a la conclusión de que la demanda de tercería de la actora, reclamando como parafernial un bien embargado a su marido, no debe hallar obstáculo en la inscripción practicada, premisa ésta que es combatida en el recurso planteado mediante los motivos que son base del mismo, sin advertir que ya la doctrina de esta Sala viene proclamando que las indicaciones hechas en los Libros de los Registros de la Propiedad sobre el carácter ganancial de los bienes comprados por mujeres casadas, cuando en las respectivas escrituras, sin acreditar este extremo, los maridos aseveren—y éste es el caso de la presente *litis*—que el precio o la contraprestación es de la exclusiva propiedad de aquéllas, no atribuyen la propiedad a una personalidad jurídica formada por los dos cónyuges ni hacen otra cosa que reflejar las manifestaciones por ellos autenticadas..., pero sin que el asiento prejuzgue la naturaleza ganancial o privativa de lo inscrito...

Considerando que... esa prevención hay que entenderla en el sentido de que ni siquiera a los efectos del principio de legitimación registral—artículo 38—ni de la fe pública del Registro—artículo 34—podrá reputarse exacto el contenido del asiento en orden a la cualidad privativa o ganancial del inmueble litigioso, por lo que todo ello es suficiente para rechazar los tres primeros motivos del recurso, que están montados sobre la infracción de los artículos mencionados, así como en el artículo 95 del Reglamento Hipotecario, desde el momento que tratándose de una inscripción de contenido abierto y que no prejuzga es susceptible de mantenerse, adquiriendo carácter definitivo, mediante la sentencia recaí-

da en este proceso, y cuando la anotación preventiva del embargo siempre sujeta a la inseguridad derivada del hecho de que la inscripción del bien inmueble no prejuzga, como se ha dicho anteriormente, la naturaleza privativa o ganancial del mismo, por todo lo cual, y habida cuenta de la inhibición del Registro Inmobiliario para solucionar la cuestión planteada en la *litis*, se hace necesario desplazarla al campo del derecho civil...

Considerando que la Sala de Instancia sienta la premisa fáctica, que deriva del examen y apreciación conjunta de la prueba, de que la demandante adquirió una casa vieja para derruirla y construir otra nueva, realizando dicha construcción hallándose en estado de soltera, figurando todos los trámites oficiales y todos los pagos efectuados a su nombre y al de su hermana, o al de su padre, sin intervención del marido..., por lo que aquella presunción que lleva en sí el artículo 1.407 del Código Civil, y que es base del motivo quinto del recurso, resulta improsperable porque como las presunciones *iuris tantum* constituyen medio de prueba indirecto de carácter supletorio..., y, en consecuencia, no cabe reputar ganancial la finca si se acredita por los medios probatorios que era de la propiedad de la actora...

COMENTARIO.—Les va muy bien a las inscripciones practicadas, conforme a la regla 2.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario (en este caso, a nombre de la esposa, sin prejuzgar el carácter privativo o ganancial de la finca), el calificativo de «inscripciones de contenido abierto» que les da esta sentencia en su «considerando primero». Podría incluirse este término en la clasificación general de las inscripciones, para contraponerlo a las «inscripciones normales de contenido fijo». Ello permitirá explicar algunas consecuencias prácticas de esas inscripciones. Vamos a destacar algunas solamente, a propósito de esta sentencia.

En primer lugar, las inscripciones normales de contenido fijo permiten fundar, en su caso, tanto una presunción *iuris tantum* (principio de legitimación) como una presunción *iuris et de iure* (principio de fe pública), respecto a la exactitud del contenido del asiento. En cambio, estas inscripciones de contenido abierto de la regla 2.ª del artículo 95 del Reglamento Hipotecario no permiten fundar tales presunciones, pero no porque propiamente sean una excepción a los principios de legitimación y fe pública, sino porque dado su contenido abierto o impreciso son impotentes para hacer derivar de ellas presunciones precisas. Lo único que permitirían es fundar una presunción alternativa o abierta, y ésta no es propiamente presunción, ni siquiera en el sentido de ser una contrapresunción (permítase por un momento este término) de otras presunciones (la del art. 1.407 del Código Civil, por ejemplo). Esas inscripciones no prejuzgan nada respecto al carácter privativo o ganancial y por ello mal pueden fundar una presunción de ganancialidad legítimadora de la anotación de embargo practicada por deudas de la sociedad conyugal, como pretendía el recurrente.

En segundo lugar, las inscripciones normales de contenido fijo producen un efecto claro y concreto respecto a actuaciones posteriores sobre la finca (enajenaciones, embargos, etc.). En cambio, las inscripciones de contenido variable constituyen inscripciones en blanco, que habrán de llenarse en su día con el contenido correspondiente, y hasta que esto suceda, las inscripciones y anotaciones sucesivas tendrán un carácter inseguro respecto a ese carácter privativo o ganancial de la finca. Ese carácter de inscripciones en blanco explica que en algún caso (el de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1951) se estimara que la finca no podía considerarse ganancial (para el marido, que hizo la aseveración del carácter privativo del precio), y en otro caso (el de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado

de 11 de marzo de 1957), se presumiera el carácter ganancial de la finca (para la viuda, que vende los bienes). (Sobre esto, véase SANZ FERNÁNDEZ en *Los bienes gananciales y el Registro de la Propiedad*. Centenario de la Ley del Notariado, Estudios Jurídicos Varios, volumen I, págs. 293 a 297.)

Este carácter de inscripciones en blanco explica también que permitan posteriores anotaciones preventivas de embargo sobre la finca, considerándola unas veces como privativa (embargo por deudas del cónyuge a cuyo nombre está inscrita la finca), y otras, como si fuera ganancial, en principio (embargo por deudas de la sociedad conyugal). Ante esta doble posibilidad de anotaciones se producirán numerosos pleitos, como el presente, provocados por la parte perjudicada, y resultará que el Registro de la Propiedad se ve impotente para tratar de evitarlos, a pesar de que esa función preventiva constituye una de sus misiones más importantes. Pero en este caso no tiene la culpa la imprecisión del Registro con esa inscripción en blanco, sino la imprecisión del carácter privativo o ganancial de los bienes por aplicación de las normas sustantivas del Código Civil.

NULIDAD ABSOLUTA DE LA VENTA INSCRITA: ALCANCE DEL ARTICULO 35 DE LA LEY HIPOTECARIA. (SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 1970.)

Hechos.—El Ayuntamiento de B. vendió una finca a don Juan J. L. incumpléndose numerosos requisitos legales, entre ellos no haber requerido la preceptiva autorización del Ministerio de la Gobernación, aparte de otros muchos más defectos. A pesar de todo, se otorgó la escritura y fue inscrita en el Registro de la Propiedad. Don Juan J. L. efectuó varias segregaciones y ventas creando terceros hipotecarios protegidos por la fe pública registral. Y en cuanto al resto de finca todavía no vendido lo venía poseyendo desde hacía más de diez años, pues la fecha de la escritura de venta había quedado ya muy lejana.

A pesar del tiempo transcurrido, el Ayuntamiento de B., comprobando los defectos padecidos en la venta, interpone demanda contra don Juan J. L., solicitando se declare la nulidad de la escritura y de la correspondiente inscripción, dejando a salvo las parcelas segregadas y vendidas por el demandado, que pertenecen a terceros hipotecarios protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, contra los cuales el Ayuntamiento no dirige su demanda.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Marbella estima la demanda, pero su sentencia es revocada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, que considera la inscripción como justo título a favor del demandado, que unido a su posesión, es productor de usucapión.

El Ayuntamiento demandante interpone recurso de casación por aplicación indebida del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 1.957 del Código Civil.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara haber lugar al recurso, y partiendo de la declaración de la propia Audiencia de ser inexistente el contrato de venta por falta de requisitos esenciales de la legislación de Régimen Local, realiza una interpretación del artículo 35 de la Ley Hipotecaria totalmente contraria a la que había dado la Audiencia, pues el Tribunal Supremo limita el ámbito del artículo 35 a los terceros que traen causa de una titularidad registrada, no siendo

aplicable entre las mismas partes que intervinieron en el contrato. Dice así en su último considerando:

Considerando que la falta de existencia del contrato celebrado, en la forma que se acaba de exponer, no es susceptible de ser corregida ni superada con el procedimiento seguido en este caso de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la venta..., y no lo es porque con absoluta independencia del valor que debe darse a la inscripción registral en estos o similares supuestos, es decir, de si es bastante por sí sola para integrar no ya el título, sino también el conjunto de requisitos que éste debe reunir de acuerdo con lo establecido en los artículos 1.952 y siguientes del Código Civil o, por el contrario, se deberá responder en todo caso a las exigencias de justo, válido y verdadero, que fallan cuando se está en presencia de un acto nulo con nulidad absoluta, lo cierto e indudable es que lo que no existe no puede producir efecto alguno, ni registral ni extrarregistral, a la manera como—limitándose a seguir el sentido lógico y legal—proclamó constantemente la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en especial, por no citar sino las más recientes, en las sentencias de 13 de mayo de 1963, 11 de diciembre de 1965, 25 de junio de 1966 y 5 de octubre de 1969; pero, además, porque, por imperativo de la misma naturaleza de la Ley Hipotecaria española y del alcance concreto de los artículos que aquí entran en juego más directamente, la presunción contenida en el artículo 35 tiene circunscrito su radio de acción a los terceros que traigan causa de una titularidad registrada, no pudiendo en modo alguno amparar la situación de quien, como el actual recurrido, fue parte en el contrato que provoca la inscripción, cuyas circunstancias y contenido no sólo conoció, sino que, dada su condición de comprador, contribuyó a plasmar en la escritura pública, que a continuación inscribió en el Registro.

TERCERIA DE DOMINIO. ANOTACION DE EMBARGO SOBRE UNA FINCA PRIVATIVA DE LA ESPOSA DEL DEUDOR ALEMAN DIVORCIADO. (SENTENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1970.)

Hechos.—Practicada anotación preventiva de embargo por deudas del marido sobre una casa inscrita a nombre de su esposa por título de compra, con indicación de que el marido aseveraba que el dinero de la compra era de la esposa, sin acreditarlo, ésta interpone demanda de tercería de dominio suplicando se dicte sentencia declarando que la finca es parafernial de la actora, no estando, por consiguiente, sujeta al pago de la deuda reclamada en el juicio ejecutivo, mandando, como consecuencia de ello, levantar el embargo practicado y la cancelación de la anotación en el Registro de la Propiedad.

El caso ofrece circunstancias especiales, porque el marido de la actora tenía nacionalidad alemana y porque se divorció y casó por segunda vez, de acuerdo con sentencia del Tribunal alemán, obteniendo la esposa sentencia del Obispado español declarando la existencia de adulterio por el marido, en orden a la separación perpetua pedida por aquélla. No estaba aún liquidada la sociedad conyugal, pero existía un convenio de transacción entre ambos cónyuges, por el que se reconocía que la casa en cuestión quedaba propiedad de ambos por mitades indivisas y, con posterioridad, una escritura de venta del marido a la mujer de la mitad indivisa, por lo que ésta quedó única propietaria del inmueble, según dichos contratos.

El acreedor demandado en este juicio de tercería alega que debe seguirse el procedimiento de apremio sobre la casa embargada, pues ésta

tiene naturaleza ganancial, conforme a la presunción del artículo 1.407 del Código Civil, sin que quede demostrada la aplicación de la legislación alemana ni la liquidación de la sociedad conyugal y sin que tengan valor los convenios entre los cónyuges durante el matrimonio.

El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santa Cruz de Tenerife estimó la demanda, declarando que la finca es parafernalia de la actora.

La Sección de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife revoca la sentencia del Juzgado, desestimando la demanda, debiendo continuar el procedimiento de apremio seguido por el ahora demandado.

La actora interpone recurso de casación argumentando a través de la aplicación del Estatuto personal respecto al régimen matrimonial, que en este caso daría lugar al sistema de separación de bienes, y a través de la escritura de compraventa otorgada a su favor por el ex esposo.

Doctrina del Tribunal Supremo.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Baltasar Ruiz Villar, estima el recurso de la esposa, casando la sentencia de la Audiencia:

Considerando que al margen por completo de los problemas que pudieran plantearse alrededor del estatuto jurídico de la demandante, sobre los que han girado la mayor parte de las actuaciones de este pleito, es lo cierto que la tercería de dominio, que es el verdadero objeto del mismo, se ha fundado principalmente en un título constitutivo y básico consistente en una escritura pública de compraventa aportada con la demanda..., en cuyo documento «los cónyuges divorciados» declaran que la finca de autos, de que ambos eran copropietarios por mitades indivisas, según un convenio, que se recoge en los antecedentes de la escritura, estipulan que don D. K. E. (esposo) vende a doña R. M. (esposa) la mitad indivisa que a dicho vendedor corresponde en el repetido inmueble urbano..., título demostrativo, *prima facie*, de la propiedad y ha de tenerse por válido y eficaz mientras no se pida, demuestre y obtenga su declaración de nulidad, como tiene reiteradamente declarado este Tribunal..., y como esa nulidad no se pidió por la parte demandada, que se limitó a suplicar la absolución y la prosecución del procedimiento de apremio, es evidente que si a la fuerza probatoria del título esgrimido se le niega validez, es a quien lo haga, es decir, a quien se opone a la tercería fundada en dicho título en este caso, a quien corresponde no sólo pedir la nulidad como causa impeditiva de su eficacia, sino probarla cumplidamente, sin que esta actividad pueda suplirla de oficio el Tribunal *a quo* sin incurrir en la incongruencia denunciada por el motivo quinto del recurso, al que hay que dar lugar, así como al séptimo, al no conceder al documento público de referencia el valor probatorio que le atribuye al artículo 1.218 del Código Civil.

Considerando que, por lo que se refiere a las consecuencias de las antedichas conclusiones en relación con la subsistencia del embargo, basta tener presente: en primer lugar, que la anotación preventiva del embargo no crea ni declara ningún derecho ni altera la naturaleza de las obligaciones, ni mucho menos convierte en real o hipotecaria la acción que anteriormente tenía ese carácter, como ha venido declarando este Tribunal en sentencias tales como las de 5 de noviembre de 1927 y 20 de noviembre de 1928, entre otras muchas, y en segundo lugar, que, como recordaba la sentencia de fecha 29 de noviembre de 1962, cuando el acreedor pone en marcha su garantía y consigna el embargo de bienes de su deudor, tal medida ha de recaer sobre los que éste realmente posea y estén incorporados a su patrimonio en tal momento, hasta el punto de que si se solicita anotación preventiva del embargo en el Registro de la Propiedad, tal anotación no lesiona los derechos adquiridos previamente sobre la finca embargada ni produce efectos contra terce-

ros cuyo derecho sea anterior a la anotación, pues ésta no prevalece sobre los actos dispositivos, aunque no estén inscritos, según los artículos 1.923 del Código Civil y 44 de la Ley Hipotecaria, que es lo que ocurre en el caso de autos, pues, según la sentencia recurrida, en 12 de septiembre de 1963, el señor E. (esposo) vende a la actora sus derechos sobre la finca y hasta el 2 de marzo de 1966 no se produce el embargo del inmueble para responder de una deuda del señor E., que no es anotada en el Registro de la Propiedad hasta el 14 de noviembre del propio año, con efectos suspendidos hasta la subsanación posterior del defecto en fecha que no concreta...

DOBLE INMATRICULACION DE FINCAS POR REINSCRIPCION EN SUPUESTO DE REGISTRO DESTRUIDO. (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1970.)

Hechos.—La primitiva propietaria y titular registral de la finca llamada «El Balcón» vendió por sucesivas segregaciones, que tuvieron lugar en el año 1916, dicha finca, manifestando en la última operación que «vendía todo lo que quedaba en aquel momento de la finca heredada de su madre». Procedente de una de estas segregaciones, el actor inscribió en el Registro la finca número 3.323. Posteriormente, con motivo de la guerra civil, había sido destruido el Archivo del Registro de la Propiedad de Colmenar Viejo, y no obstante las operaciones de venta indicadas, la antigua dueña, amparándose en la Ley de 5 de julio de 1938 y en la Orden de 26 de noviembre del mismo año, solicitó y obtuvo, en el año 1941, la reinscripción a su favor de dicha finca, segregando después de la finca reinscrita una parcela, que inscribió como finca independiente con el número 905, la cual vendió a otra persona, que, a su vez, la vendió a los demandados en el pleito.

El actor, propietario según el Registro de la parcela procedente de una de las segregaciones del año 1916, ante las obras realizadas en su finca por los otros titulares registrales de la finca segregada de la reinscrita, por identificarlas como una misma, ejercita demanda solicitando la nulidad y cancelación de la inscripción de los demandados de la finca número 905 y la declaración de derechos a favor del actor para llevar a cabo la demolición de las obras.

Los demandados alegan que, a pesar de las segregaciones realizadas en el año 1916, quedaba un resto de la finca matriz, y ese resto es el que ahora consta inscrito a su nombre bajo el número 905, y con objeto de vendérselo, la antigua propietaria solicitó la reinscripción de toda la finca a su nombre.

El Juzgado de Primera Instancia número 13 de Madrid estimó la demanda, declarando la nulidad total de la reinscripción practicada y de las inscripciones posteriores y aceptando los demás pedimentos de la demanda. Esta sentencia fue confirmada por la Sala 2.^a de la Audiencia Territorial de Madrid.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los demandados, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Gregorio Díez-Canseco y de la Puerta, declara no haber lugar al recurso.

Considerando que... para apoyar el error de hecho es preciso citar concretamente el documento o acto auténtico que patentice la equivocación del Juzgador, sin que baste la cita global e indiscriminada de los mismos...

Considerando que... se denuncia la infracción del artículo 38, en relación con el 34, ambos de la Ley Hipotecaria, el cual (motivo) debe ser igualmente rechazado, porque tratándose de un caso de doble inmatriculación de la finca que discuten, el problema no puede decidirse aplicando los preceptos legales que se citan como infringidos, los cuales no operan en tal supuesto, toda vez que los efectos que la inscripción confiere a sus respectivos titulares se neutralizan al ser incompatibles entre sí, debiendo solventar el conflicto conforme a los principios y reglas del ordenamiento común, y así lo tiene establecido esta Sala, entre otras, en las sentencias de 10 de enero de 1962, 31 de marzo de 1964 y 22 de junio de 1967.

DESLINDE DE FINCAS: VALOR DE LOS LINDEROS DEL REGISTRO FRENTE A LA DELIMITACION CATASTRAL DE TERMINOS MUNICIPALES. (SENTENCIA DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 1970.)

Hechos.—Se plantea un caso de deslinde de fincas, sitas, una, en un término municipal, y la otra, en el término colindante, alegando el demandante que el deslinde debe hacerse partiendo de la delimitación catastral de términos municipales y contestando el demandado que en tal deslinde han de tenerse en cuenta el lindero sur de la inscripción registral, de fecha más antigua que la delimitación catastral.

El Juzgado de Primera Instancia de Berga estima la demanda, pero su sentencia es revocada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, que tiene más en cuenta el dato registral que el catastral de orden administrativo.

Doctrina de la sentencia.—El demandante interpone recurso de casación alegando error de hecho en la apreciación de la prueba por haber tenido en cuenta la sentencia recurrida el dato registral, no cubierto por la fe pública registral, en lugar del deslinde administrativo de términos municipales.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Baltasar Rull Villar, declara no haber lugar al recurso, por lo siguiente:

Considerando que la pretensión del recurrente en el único motivo del recurso no cabe en el estrecho cauce elegido del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues no se trata de un error de hecho cometido por la sentencia recurrida, que resulte manifiesto, patente y claro de la simple lectura del documento auténtico invocado sin tener que acudir a otros razonamientos, que es lo que autoriza el citado precepto, sino que plantea una discrepancia de criterio en su valoración entre el recurrente y el Tribunal *a quo*, que ha tenido presente el repetido documento y le ha negado virtualidad y eficacia, por su carácter administrativo, para que prevalezca entre un estado jurídico derivado de la presunción inherente a una inscripción registral de fecha muy anterior, pues mientras ésta es de 7 de febrero de 1908, el otro es un plano catastral de 30 de septiembre de 1924, sin intervención de las partes interesadas, por lo que hay que desestimar el recurso con tanto mayor motivo cuanto que no puede hablarse de una coincidencia de los litigantes sobre el trazado de los lindes, según afirma el recurrente, como punto de partida para su argumentación.

LEGITIMACION REGISTRAL EN RELACION CON LA LEGITIMACION PASIVA PROCESAL. (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1970.)

Hechos.—Un Banco, que había adquirido por subasta pública, en juicio ejecutivo, la participación indivisa de dos fincas, ejercita acción de rendición de cuentas y de división de cosa común contra los que aparecen en el Registro como cotitulares de las fincas, pero éstos alegan que no procede contra ellos la acción, pues habían vendido hacia tiempo las fincas por medio de documentos privados y escritura pública no inscrita.

El Juzgado de Primera Instancia número 4 de Zaragoza estima la demanda, siendo confirmada la sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los demandados, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, declara no haber lugar al recurso, haciendo una correcta interpretación de las normas hipotecarias, que imponían mantener al Banco adquirente en sus derechos (art. 34 de la Ley Hipotecaria) y considerar a los demandados como cotitulares registrales legitimados pasivamente a todos los efectos, incluso a los procesales (art. 38 de la Ley Hipotecaria). Y respecto a la alegación de los recurrentes de que habían vendido las fincas por los documentos privados y escritura que aportaron, el Tribunal Supremo destaca que «se trata de documentos ya examinados por el Tribunal y a los que la Sala opone los que aparecen consignados de parte de los actores, ponderando su valor y primacía respecto a los que acreditan lo contrario, a todos los que falta el hecho de llegar al Registro para su constancia y publicidad, lo que hace que en la pugna de criterios contrarios tengan que ceder ante la clara actitud de la conducta seguida por la entidad actora». También merece destacarse el considerando cuarto, que dice así:

Considerando que en el cuarto y último motivo del recurso se denuncia la infracción, por interpretación errónea del artículo 38, párrafo primero, y párrafo tercero del artículo 97 de la Ley Hipotecaria, y la violación de la sentencia de 25 de noviembre de 1961; a lo que se dice ha de oponer: Primero: Que la interpretación errónea del párrafo primero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria no existe, puesto que tal artículo favorece al «legitimario registral» (*sic*), que en el fallo se postula. Segundo: Que la infracción del párrafo tercero del artículo 97 de la Ley Hipotecaria no se da por cuanto tal artículo carece de apartados, y al no citarse más que en el enunciado, no se sabe lo que con tal cita se quiere decir. Tercero: Que la sentencia de 23 de noviembre de 1961 no aparece violada, por cuanto la teoría que le sirve de base es la que predica la posibilidad de atacar el contenido del Registro, por ser inexacto, y en el caso presente no hay prueba de tal inexactitud, dado que el propio artículo 1.473, en su párrafo segundo, del Código Civil cede la solución del asunto al que «antes lo haya inscrito en el Registro de la Propiedad», a cuya disposición se ajusta la sentencia recurrida, y ello prescindiendo de que se cita una sola sentencia del Tribunal Supremo, cuando habría que citar dos, por lo menos. Cuarto: Finalmente, si el *litis consorcio* pasivo necesario puede ser apreciado de oficio, ello se refiere a casos no comprendidos en la hipótesis actual, según se razona en el considerando primero de la actual sentencia.

FE PUBLICA REGISTRAL: EL REQUISITO DEL ARTICULO 34 DE LA LEY HIPOTECARIA, CONSISTENTE EN HABER ADQUIRIDO DE TITULAR. SU RELACION CON EL ARTICULO 24. DOBLE INMATRICULACION: DEBE RESOLVERSE A FAVOR DEL TERCERO HIPOTECARIO. (SENTENCIA DE 12 DE NOVIEMBRE DE 1970.)

Hechos.—El señor Traugot y su esposa compraron, en escritura de fecha 30 de julio de 1962, una finca procedente por segregación de otra mayor del señor Gutiérrez, estando en tal fecha pendiente de inscripción, aunque presentado ya en el Registro, el título anterior del transferente, señor Gutiérrez; pero no constaba inscrito ni presentado el título anterior al del transferente, el de quien el señor Gutiérrez traía causa (el del señor Bartolí). Posteriormente al contrato se presentó también el título del señor Bartolí y en su día se practicaron todas las inscripciones intermedias hasta quedar registrada la parcela segregada a nombre del señor Traugot y su esposa.

Por otro lado, el señor Arzobispo de... tenía inmatriculada una finca desde el año 1941 y segregó de ella una porción, que vendió a seis interesados.

El señor Traugot, viendo que la parcela comprada se la habían vallado mediante una alambrada de espinos, ejercita acción reivindicatoria, ante el supuesto de doble inmatriculación, identificando la finca matriz, de la que procedía la de su propiedad, con la que segregó el señor Arzobispo de...

El Juzgado de Primera Instancia, resolviendo la cuestión de la doble inmatriculación con arreglo a las normas civiles, estima la demanda y en ejecución de la misma ordena se practiquen en su día las cancelaciones y rectificaciones registrales correspondientes. Esta sentencia fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

Interpuesto recurso de casación por la parte demandada, que alega violación por no aplicación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, ya que el demandante no tiene la condición de tercero hipotecario, al faltar el requisito de haber adquirido de titular, según el Registro, en el momento de la compra y los demandados sí, por lo que debe resolverse la cuestión de doble inmatriculación a favor de éstos, sin necesidad de resolver la cuestión conforme a las normas civiles (también infringidas por la sentencia), sino conforme a normas hipotecarias, el Tribunal Supremo, siendo ponente el magistrado don Fernando Aguilar Galiana, estima el recurso y establece lo siguiente en su primera sentencia:

Doctrina del Tribunal Supremo.—Considerando que una de las cuestiones debatidas en la *litis*, de la que deriva el presente recurso, hace relación a la aducida y denunciada por las partes demandadas, por virtud de la cual el actor no tiene la cualidad de «tercero hipotecario», por no estar comprendido al momento de la adquisición de la finca litigiosa en las condiciones exigidas en el artículo 34 de la vigente Ley Hipotecaria, en cuanto, según dice el recurrente, adquirió aquél de persona que, según el Registro, no tenía facultades para disponer, habiendo sido resuelta esta excepción opuesta por los demandados en la sentencia recurrida, en el sentido de que convertido el asiento de presentación (del título intermedio anterior al del transferente: el del señor Bartolí), practicado en 10 de agosto de 1962, en inscripción definitiva en 3 de septiembre de 1963, da como indudable que ante la ininterrupción en el tracto sucesivo proclamado en el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, surte todos sus efectos a partir de la fecha de aquella presentación, por lo que llega a la consecuencia de que los adquirentes de dicha finca ostentan la

condición de terceros de buena fe a los efectos prevenidos en el mencionado artículo 34 de aquella Ley.

Considerando que contra semejante conclusión se ha montado por el recurrente el motivo primero del recurso, que... denuncia la violación por falta de aplicación del artículo 34 de la citada Ley Hipotecaria..., y en este aspecto se ha de tener presente que la resolución de la Sala sentenciadora en este particular extremo no se ajusta a lo controvertido, ya que cuando, como en este caso, el vendedor, señor Gutiérrez, el día de la celebración del contrato con el actor, señor Traugott—30 de julio de 1962—, no estaba facultado para transmitir conforme al Registro de la Propiedad, debido a la circunstancia de falta de inscripción del «título intermedio», pues ha de tenerse en cuenta que de las certificaciones registrales que menciona la resolución que se recurre como obrantes en los autos, se desprende con perfecta claridad que si bien el señor Gutiérrez había presentado en el Registro el título por el que adquiriría del señor Bartolí..., no estaba inscrita (la finca de éste) ni presentado el título en el Registro, puesto que en aquella fecha continuaba a nombre del propietario anterior a los citados..., hasta tal punto que para evitar la privación de la eficacia de las normas establecidas en la Ley, resulta inexcusable practicar la previa inmatriculación de la finca que no lo esté, y como en este caso, si bien se había realizado la presentación en el Registro del título de la finca agrupada, es lo cierto que carecía de la inscripción previa a su favor en cuanto al transferente anterior, señor Bartolí, es decir, que adolecía de la falta del «título intermedio», y por ello, aquella presentación por sí sola, sin la aportación de dicho título, nunca hubiera sido posible la inscripción.

Considerando que regido nuestro sistema hipotecario por el principio de fe pública registral..., y como la doctrina reiterada de este Tribunal, en sentencias numerosas, entre ellas las de 26 de febrero de 1949, 24 de abril de 1962 y 22 de noviembre de 1963, establecen que, a los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, hay que atender no a la fecha de la inscripción del tercero, sino a la de la celebración del contrato que originó, con la consecuencia lógica de que no es tercero hipotecario el que no adquiere, de quien, según el Registro, podía transmitirle como exigen los artículos 34 y 69 de aquella Ley citada, y la esencia interna del principio de la fe pública registral, por lo que... es obvio que los señores Traugott carecen de la condición de «terceros hipotecarios» y, por consiguiente, no pueden ser protegidos por la fe pública registral y, por tanto, ha de admitirse este motivo primero del recurso sin necesidad de analizar los restantes, pues resulta la cuestión debatida al amparo de lo establecido en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria... dilucidada en el ámbito de la misma, sin que sea necesario resolverla sobre la base de los principios del derecho civil puro, en el que están encuadrados los motivos restantes.

En la segunda sentencia, siendo ponente el Magistrado don Antonio Peral García, el Tribunal Supremo establece:

Considerando que si ateniéndose a lo expuesto en la anterior resolución lo actores no son «terceros hipotecarios» y, en cambio, deben estimarse como tales los demandados, y en ellos concurre la buena fe, se hace evidente que los primeros se encuentran protegidos por la fe pública registral emanada del artículo 34 ya mencionado, así como de los principios de publicidad y legitimación registral, que informan nuestro sistema inmobiliario, por lo que frente a ellos quiebra la acción reivindicatoria esgrimida en el escrito de demanda, sin necesidad de adentrarse en los principios que derivan del derecho civil..., pero... aun en el caso de que hubiera habido necesidad de hacer aplicación de aquellos principios del derecho común, tampoco prosperaría la demanda ateniéndose

al contenido del artículo 1.473 del Código Civil, por cuanto... la fecha de presentación del título de los actores... resulta posterior a la llevada a cabo por los demandados..., y como tampoco cabe derivar la propiedad de los actores sobre la finca en la base de la usucapión con más de diez años sin interrupción..., por cuanto ha de tenerse muy presente a este respecto el precepto imperativo del artículo 342 de la Compilación del Derecho Especial de Cataluña, que no admite otra prescripción que la de treinta años,

Fallamos que con revocación de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia... declaramos no haber lugar a la demanda, desestimando todos sus pedimentos y absolviendo de ellos a los citados demandados...

COMENTARIO.—Esta sentencia del Tribunal Supremo (nos referimos a la primera) parte de que el requisito exigido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, consistente en haber adquirido de titular según el Registro, hay que referirlo al momento de la celebración del contrato: en tal momento habrá que apreciar si el transmitente tenía facultad dispositiva según el Registro. En este sentido general, puede decirse que el Tribunal Supremo sigue la línea de las sentencias de 26 de febrero de 1949, 24 de abril de 1962 y 22 de noviembre de 1963, entre otras (citadas en el considerando tercero). No sigue, por tanto, el criterio mantenido por VALLET (citado por Roca en el tomo I, pág. 767, 6.ª edición de su obra), que sostiene que «si la finca se halla inmatriculada e inscrita a nombre de un causante inmediato o mediato del transferente, y el tercero ha comprado, en vista del posible enlace registral entre la inscripción vigente y el título del transferente, su adquisición será protegida por la fe pública, siempre que el título de dicho transferente llegue a estar inscrito, dando entrada al del tercer adquirente». Como dice Roca SASTRE, autor que quedó impresionado por la sentencia de 24 de abril de 1962 (*ob. cit.*, pág. 768), «el esfuerzo de VALLET descansa en la base falsa de equiparar el requisito de figurar inscrito el derecho del transferente, que exige el artículo 34, 1, de la Ley Hipotecaria, con la previa inscripción requerida por el artículo 20 de la misma, equiparación que, como antes hemos señalado, carece de consistencia a estos efectos».

Pero la presente sentencia no consiste en una reproducción de la jurisprudencia anterior, sino que aporta un matiz nuevo resultante del caso especial planteado. A través de ella puede resolverse el problema de la relación entre los artículos 24 y 34 de la Ley Hipotecaria, matizando a fondo esta relación Roca SASTRE, aparte de su tesis coincidente con la de la sentencia de 24 de abril de 1962, antes citada, respecto al caso de estar pendiente de inscripción el título intermedio, dice antes (pág. 763) que «como, según el artículo 24 de la Ley Hipotecaria, se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que ésta deba producir la de la presentación, ha de reputarse que el transferente ya devino titular registral al presentarse su título adquisitivo al libro Diario». En el presente caso se trata de saber si puede reputarse al transferente inmediato, que presentó su título en el Diario antes de vender al tercero, como titular registral con facultad dispositiva, estando pendiente de presentación e inscripción el título del transferente mediano o remoto, en el momento de aquella venta al tercero, aunque después se practicó la inscripción de todas las transmisiones intermedias. Una aplicación automática y rígida del artículo 24 de la Ley Hipotecaria produciría el efecto de considerar como titular registral con facultad dispositiva al transmitente inmediato, que presentó su título en el Diario antes de vender al tercero, y que después inscribió durante la vigencia del asiento de presentación en base no sólo a éste, sino a la presentación e inscripción del

título intermedio realizadas con posterioridad a la venta efectuada a dicho tercero. Pero la sentencia comentada sale al paso de esta aplicación automática del artículo 24 de la Ley Hipotecaria al supuesto contemplado en el artículo 34, y llega a la conclusión de que el artículo 24 no es aplicable al supuesto del 34 cuando el transmitente de este artículo inscribió su título no sólo en base a su correspondiente asiento de presentación, sino también en base a otro asiento de presentación posterior del título intermedio, que faltaba para completar el tracto. Como dice la sentencia, aquella presentación del transmitente *por sí sola, sin la aportación del título intermedio anterior, nunca hubiera hecho posible la inscripción.*

En vista de todo ello, parece que puede concluirse que si en el momento de la adquisición realizada por el tercero hubiera constado en el Libro Diario la presentación de *todos* los títulos anteriores intermedios y no sólo la del título inmediato del transmitente, la solución hubiera sido distinta: habría sido posible relacionar el principio del artículo 24 de la Ley Hipotecaria con el supuesto del artículo 34. Por ello, la doctrina sentada por esta sentencia sobre la relación entre los artículos 24 y 34 de la Ley Hipotecaria hay que referirla exclusivamente al concreto supuesto en ella planteado y no extenderla a ese otro que se acaba de señalar. Y es que en el fondo son supuestos muy distintos a efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, aunque sean iguales a otros efectos. Al artículo 34 lo que le interesa es que el tercer adquirente haya confiado en el Registro en el momento de su adquisición, y esta confianza no la puede obtener examinando sin más el Diario de Presentación, sino que debe también examinar los asientos de inscripción de la finca en cuestión (1). Y si existe continuidad entre el asiento de inscripción anterior y el nuevo de presentación, por existir contacto entre ambos, el adquirente tiene motivos serios para confiar en el asiento de presentación de su transmitente, por lo que puede obtener protección si se producen en su día las correspondientes inscripciones, siendo aplicable entonces el artículo 24 de la Ley y la retroactividad que señala. Pero si no existe el tracto sucesivo necesario, el asiento de presentación del transmitente no puede cumplir el solo el requisito previsto en el artículo 34 de la Ley, porque el examen del Registro ha de ser total por parte del adquirente y no limitarse al Libro Diario, como tampoco podría hacerlo a un determinado período de tiempo del Libro de Inscripciones. Todo esto explica la distinción de consecuencias, a efectos de la fe pública registral, entre el supuesto de la sentencia (sólo existía asiento de presentación en el Diario del título inmediato del transmitente, no de los anteriores, en el momento de la venta) y el arriba señalado (existía asiento de presentación de todos los títulos intermedios en el momento de la venta).

**IDENTIFICACION DE FINCA SEGREGADA. VARIACION DE LINDE-
ROS. AMBITO DEL ARTICULO 1.471 DEL CODIGO CIVIL. (SENTEN-
CIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1970.)**

Hechos.—El comprador de un piso de uno de los bloques construidos sobre una parcela de 3.362 metros cuadrados procedente por segregación de otra finca mayor del mismo dueño (ahora vendedor) interpone demanda contra éste, porque en la escritura de compra del piso se señala

(1) Con este ejemplo no se quiere decir que es necesario demostrar que el tercero ha consultado el Registro, sino que se trata de exponer la fundamentación objetiva del requisito exigido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, tratando de hacer ver el pensamiento del legislador de esta forma gráfica e hipotética. Sobre esta no necesidad de consulta real, véase Roca, *ob. cit.*, pág. 755.

distinto lindero por el este del solar, sobre el que se asientan los bloques (se dice en la escritura que el lindero este es propiedad del mismo dueño, a pesar de que en la escritura anterior y en el Registro aparecía otro propietario como lindero del este), y ello significa, según el demandante, que, aunque no se ha variado la superficie total del solar, se ha modificado, en parte, el emplazamiento del mismo, reduciéndose terreno por el lindero este. El demandante comprador del piso alega su condición de copropietario de los elementos comunes del piso comprado, para demostrar su interés en que no se varíe el emplazamiento del solar.

Examinadas las pruebas aportadas (documentos, planos) y el informe pericial, el Juzgado de Primera Instancia número tres de Bilbao estima la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jacinto García Monge y Martín, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el demandado y destaca que la cuestión debatida en el pleito radica en la identificación de la finca sobre el terreno, no pudiendo prosperar el error de hecho alegado, pues han sido examinados por el Tribunal *a quo* todos los medios de prueba aportados, ni la alegación de haberse infringido los artículos 1.216 y 1.218 del Código Civil ni el 1.471 del mismo Código, pues se refiere al caso de venta de inmueble por precio alzado (en su párrafo primero) y al de venta de dos fincas por un solo precio (en su párrafo segundo), pero no a la cuestión debatida en este pleito relativa a la identificación real de la finca objeto de venta, sin afectar al supuesto de que ésta tenga mayor o menor cabida de la que consigna el título.

COMENTARIO.—Sólo queremos decir, a propósito de este caso, que, en nuestra opinión, el pleito no se hubiera producido si en la escritura de segregación del solar se hubieran precisado las medidas longitudinales de los linderos de dicho solar. Pero como el Reglamento Hipotecario no exige este requisito, se dan muchas escrituras sin esa precisión y, naturalmente, ello no es ningún obstáculo para la inscripción. No obstante, luego podrá producirse el pleito, como en el caso presente, y la función cautelar de evitar pleitos del Registro de la Propiedad quedará en entredicho, aun sin culpa del Registro. Claro está que no es que defendamos que debería señalarse la medida de cada lindero en todos los casos, pues aparte de que el Reglamento no lo exige, ello paralizaría muchas transmisiones. Pero, por lo menos, debería exigirse ese requisito cuando la parcela segregada tuviera dos o más linderos coincidentes con la finca matriz. Con mayor motivo, cuando la parcela segregada linda por todos los aires con la finca matriz, debería añadirse algún dato más que precisara la localización exacta de la finca sobre el terreno. Si no se hace así, toda modificación posterior de linderos del solar segregado o de la finca matriz podría resultar peligrosa, pues puede obedecer al designio de dar distinto emplazamiento a las fincas en cuestión, aun manteniendo su superficie.

LA PRESUNCION DEL ARTICULO 35 DE LA LEY HIPOTECARIA PUEDE DESTRUIRSE POR LA PRUEBA EN CONTRARIO. PRESCRIPCION ADQUISITIVA Y EXTINTIVA. FORMA DEL CONTRATO DE MANDATO: NUMERO 5 DEL ARTICULO 1.280 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1970.)

Hechos.—El 1 de septiembre de 1947 se celebró en el Juzgado Municipal de Vicálvaro una subasta pública, en la que, por descubiertos en el arbitrio de solares y a consecuencia de un expediente de apremio, se enajenaba una finca sita en Vicálvaro. Como al ahora demandante le interesaba la adquisición de la finca y no deseaba asistir a la subasta (para evitar suspicacias por ser Recaudador de Contribuciones del distrito) confirió mandato verbalmente a su amigo, ahora demandado, entregándole 40.000 pesetas a tal efecto. En virtud de tal mandato, el demandado asistió a la subasta ofreciendo la cantidad de 35.000 pesetas, en cuya suma le fue adjudicado el remate, adquiriendo el demandado la finca subastada; pero en lugar de actuar en nombre ajeno, actuó en su propio nombre y obtuvo a su favor la escritura y posteriormente, a través de un expediente de dominio, la inscripción de la finca a su nombre. El demandante interpone acción contra el demandado para que reconozca su dominio sobre la finca (actualmente con construcciones, aunque esto no lo indicó en la demanda), por haber actuado el demandado como mandatario suyo.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, siendo confirmada la sentencia por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

El demandado interpone recurso de casación alegando fundamentalmente inaplicación del número 5.º del artículo 1.280 del Código Civil, de los artículos que regulan el mandato, infracción del artículo 35 de la Ley Hipotecaria y de los artículos de prescripción adquisitiva y extintiva.

Doctrina del Tribunal Supremo.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso:

Considerando que..., en lo que respecta a la pretendida infracción del artículo 1.280 del Código, es forzoso decir que este precepto no puede ser contemplado de una manera aislada, sino—al modo como hizo tanto la doctrina científica como la jurisprudencial de este Tribunal Supremo—dentro del sistema total y armónico de nuestro ordenamiento jurídico, siendo entonces preciso llegar a la conclusión de que en virtud de lo establecido en el artículo 1.279 del propio cuerpo legal, la forma que en aquél se requiere para la redacción de los actos jurídicos es algo a lo que las partes contratantes «podrán compelerse», pero no lleva consigo su necesidad *ad substantiam*, que será exigible tan sólo allí donde expresa y concretamente lo requiera el legislador, lo que no ocurre en el caso del contrato de mandato—cuya existencia real como pura cuestión de hecho proclamó el Tribunal *a quo* y no ha sido desvirtuado en casación—, para el que, ciertamente, cuando se refiere a actos de disposición y en virtud de lo establecido en el artículo 1.710, en relación con el párrafo segundo del artículo 1.713 del Código Civil, es necesario que sea expresa, pero en modo alguno se requiere que conste por escrito, ni se dice que la no escritura sea incompatible con la exigencia de que conste expresamente, todo lo cual deja incólume la declaración de la sentencia recurrida...

Considerando..., en cuanto a que el recurrente ha logrado una postura de inatacabilidad jurídica producto de la legitimación registral, al

haber inscrito su título en el Registro de la Propiedad y poseer el inmueble—de acuerdo con aquella inscripción—durante un período de tiempo superior a diez años, para cuya justa valoración se precisa tener en cuenta lo siguiente: a) La usucapión que se invoca es la ordinaria o decenal, para la que el artículo 1.940 del Código Civil requiere indiscutiblemente que se trate de una posesión a lo largo de aquel tiempo, de buena fe y justo título, posesión, que, según se añade en el artículo 1.941, habrá de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida, a efectos de todo lo cual el artículo 35 de la Ley Hipotecaria preceptúa que la inscripción será justo título, presumiendo que se posee pública, pacífica, interrumpidamente y de buena fe; presunción que, por su propia naturaleza y porque así fue siempre considerado por la jurisprudencia de este Tribunal Supremo—especialmente recogida en las sentencias de 6 y 12 de mayo de 1961—no tiene un valor absoluto, sino que es *iuris tantum*, susceptible, por tanto, de ser desvirtuada por la prueba en contrario; b) la prueba practicada, que el Tribunal *a quo* acepta, tomándola como base de su decisión y que, según se ha visto, quedó incólume en casación, puso de relieve la existencia de un contrato de mandato, como resultado del cual el recurrente actuó en nombre del demandante recurrido, lo cual, a pesar de aquella inscripción impide reputarle como poseedor en nombre propio, sino que lo habrá sido por y para aquél, supuesto posesorio expresamente permitido en nuestro Código Civil en su artículo 431, pero que inhabilita para el tipo de usucapión que se alega; c) la misma prueba pone de manifiesto que la indicada presunción falla también en lo que se refiere a la exigencia de la buena fe, puesto que ésta, en toda la materia de los derechos reales..., el Código la asimila a la creencia de que la persona de quien se recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir el dominio..., totalmente incompatible con la declaración probada de que existió un mandato.

Considerando, en cuanto a la alegación de prescripción extintiva de la acción del demandante, por no haberse aportado con la demanda la certificación del acto de conciliación, que según jurisprudencia interrumpe la prescripción, esto «en manera alguna puede afectar al supuesto en que dicha demanda ha sido ya admitida, que fue lo sucedido en el presente caso, en que no sólo se decretó su admisión, sino que, además, se ordenó su anotación preventiva en el Registro», aparte de que hay casos en que no es necesario acto de conciliación, como ocurría en el presente, por lo cual no puede entenderse que haya habido prescripción extintiva de derechos del actor, pues la prescripción ha sido interrumpida por la demanda.

CERTIFICACION ECLESIASTICA DEL ARTICULO 206 DE LA LEY HIPOTECARIA. ALCANCE DE LA PRESUNCION DEL ARTICULO 38 DE LA MISMA LEY. (SENTENCIA DE 3 DE FEBRERO DE 1971.)

Hechos.—El párroco de B. obtuvo la inmatriculación en el Registro de la Propiedad a nombre de la parroquia de una finca que estuvo destinada en época muy antigua a cementerio, aunque desde hacía tiempo había perdido ese carácter. Dicha inmatriculación se produjo mediante certificación del vicario general, al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria. El Ayuntamiento de B. interpone demanda contra el párroco, suplicando se dicte sentencia declarando ser de la propiedad del Ayuntamiento la citada finca y declarando la nulidad practicada a favor de la iglesia parroquial.

El Juzgado de Primera Instancia de Liria desestima la demanda y su

sentencia fue confirmada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia.

El Ayuntamiento de B. interpone recurso de casación apoyándose fundamentalmente en que la inscripción que obtuvo la parroquia, al amparo del artículo 206 de la Ley Hipotecaria es nula por haberse realizado en base a un escrito del vicario general de Valencia, que no merece el título de certificación, pues no hace referencia a datos documentados, y, además, debió ser expedida por el obispo, no por dicho vicario general, que no tenía mandato expreso de aquél. Aparte de ello, estima que la sentencia apelada ha infringido el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, pues no se puede dar a la presunción derivada de este artículo el alcance que le dan los Tribunales de Instancia, dado que dicho artículo presume la existencia del derecho objeto de la inscripción y la pertenencia de tal derecho al titular registral, pero no se refiere para nada al título que provocó la inscripción, y por esta razón, del artículo 38 no puede derivarse una presunción de validez del título.

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

Considerando que... las cuestiones relativas a si el documento que sirvió de título formal para la inmatriculación de la finca a nombre del recurrido merece la consideración jurídica de «certificación, a si era competente para emitirlo quien lo expidió, a si contiene todos los datos exigidos por la Ley y el Reglamento Hipotecario y a si dicha finca no era inmatriculable en el Registro de la Propiedad por destinarse a una actividad de culto católico, no fueron debatidas en el pleito..., pues si bien estos problemas fueron planteados por el recurrente en la instancia, no se refieren concretamente al tema de las circunstancias esenciales de la inscripción y a la nulidad de ésta por omisión de aquéllas, ninguna de las normas invocadas por el impugnante como infringidas por violación.

Considerando que... no es rigurosamente cierto que el juzgador *a quo* derive del párrafo primero del artículo 38 de la Ley Hipotecaria una presunción de validez del título del demandado o de que el inscrito sea mejor que el del recurrente y, en último término, tampoco es exacto que el precepto mencionado solamente otorgue una especial protección respecto a los terceros destinatarios de la fe pública registral.

Considerando que los motivos sexto y séptimo... parten de la base improbadada de que a la Corporación recurrente le corresponde la posesión de la finca litigiosa con cuantos requisitos son imprescindibles para la adquisición del dominio sobre ella por usucapión y de que el mismo fundo pertenece al municipio de B., que por estar destinado exclusivamente al uso público constituyó, antes de su desafectación expresa, un bien de dominio público; mas al estar desprovistos ambos motivos de la indispensable base fáctica, no pueden prosperar...

CONSTRUCCION EXTRALIMITADA DE MALA FE. NULIDAD DE INSCRIPCIONES. (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1971.)

Hechos.—El actor solicita la nulidad de la inscripción de exceso de cabida de una franja de terreno de 49,20 metros cuadrados practicada a favor del propietario de la finca colindante y la nulidad de la inscripción de obra nueva realizada por éste en la parte correspondiente a esa franja de terreno, así como también solicita las indemnizaciones correspondientes, todo ello por entender que no se trata propiamente

de un exceso de cabida de la finca del demandado, sino una invasión de terreno a costa de la finca del actor.

El Juzgado de Primera Instancia estima, en parte, la demanda condenando al demandado a pagar al actor la cantidad de 500.000 pesetas, desestimando las restantes peticiones formuladas por el actor. Esta sentencia fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo confirma, igualmente, la sentencia apelada por el demandado, ahora recurrente:

Considerando... que el recurrente establece por su cuenta... que no ha existido edificación en suelo ajeno ni mala fe por su parte, siendo así que la sentencia impugnada afirma, por el contrario, que dicho recurrente ha construido un edificio de seis plantas, a cuyo efecto ocupó, además del solar de su propiedad, una franja de terreno de 49,20 metros cuadrados, que pertenecen a la expresada finca del actor, lo que hizo de mala fe, a sabiendas de que la faja de terreno no le pertenecía, declaraciones de hecho que han quedado incólumes al no haber sido combatidas eficazmente en el recurso.

COMENTARIO.—Esta sentencia no contiene doctrina legal sustantiva que pueda ser aprovechada para los supuestos de accesión y de excesos de cabida, y lo único que incita a no pasar de largo por ella es el especial supuesto planteado, que ofrece interés por dos razones:

Primera.—Porque se trata de un supuesto de *construcción extralimitada de mala fe* no previsto directamente en el Código ni solucionado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que conozco, que se refiere sólo a supuestos de construcción extralimitada de *buena fe*. Como queda dicho, la presente sentencia no aporta nada sustantivo para resolver la cuestión. En cuanto a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, de interés únicamente a título de información o curiosidad, sólo es posible saber, a la vista de los «resultandos» de esta sentencia, que condenó al demandado a abonar al actor el valor del terreno invadido, por lo que cabe concluir que el edificio fue mantenido, incluso en la parte extralimitada. Parece, pues, como si el Juzgado de Primera Instancia hubiera solucionado el problema del mismo modo que ha solucionado la jurisprudencia los supuestos de construcción extralimitada de *buena fe*, a pesar de que el constructor procedió de *mala fe*, y el artículo 363 del Código Civil es terminante en el sentido de poder exigirse la demolición de la obra realizada por el constructor de mala fe. De todos modos, se trata de exponer unas apreciaciones generales sobre este problema y no de criticar la sentencia de primera instancia, cuyo contenido y motivaciones no ha sido posible saber con precisión. Quizá podría tener su motivación dicha sentencia en el hecho de que en el caso existían otros interesados de buena fe, además del constructor.

Segunda.—También ofrece interés el supuesto de hecho planteado en este recurso, porque en él se contempla un supuesto de inscripción de exceso de cabida, que, en realidad, no consistió en una simple rectificación de medida superficial, sino que consistió en un aumento real de terreno a costa de la finca colindante del actor. Sabido es que los procedimientos de inscripción de excesos de cabida previstos en el número 5.º del artículo 298 del Reglamento Hipotecario se refieren al problema de rectificación de una medida superficial erróneamente realizada, pero no se refieren a la inmatriculación de aumentos concretos de terreno colindante, pues para esto sería preciso obtener primeramente la inmatriculación de dicho terreno y luego agruparlo al anteriormente inscrito. Por ello, se debe denegar o suspender la inscripción de excesos de cabi-

da cuando hay base para pensar que no hay identidad de la finca inscrita con la resultante del exceso, como, por ejemplo, puede desprenderse cuando, con motivo de la inscripción de un exceso de superficie, se había obtenido previamente la inscripción de la finca colindante del demandado por segregación, con una superficie que para nada perjudicaba al actor, aunque sí se señaló un cambio de lindero muy importante, pues en lugar de lindar con el terreno del actor se dijo que lindaba con una calle, con lo que se preparaba, consciente o inconscientemente, el terreno para admitir en su día la inscripción de un exceso de cabida, sin motivar dudas sobre la identidad de la finca. Tiempo después, el demandado obtuvo a su favor la inscripción del exceso de cabida, sin modificación alguna de linderos, pues esta modificación se había hecho ya anteriormente con motivo de la inscripción primera de segregación. Es de suponer que fue prácticamente imposible para el Registrador imaginar que tal inscripción del exceso de cabida suponía, en el fondo, una inversión del terreno colindante del actor, pues los linderos coincidían con los de la inscripción precedente, y hubiera sido necesario, para hacer la confrontación, recurrir a la inscripción de la finca matriz, en la que se veía el cambio de lindero. Todo esto sirva para extremar los cuidados y precauciones en la calificación registral de excesos de cabida, para que luego se eviten pleitos como el presente, pues ésta es una de las funciones más importantes del Registro de la Propiedad: evitar contiendas judiciales respecto a los derechos inscritos.

J. M. G. G.

II. DERECHOS REALES

PROPIEDAD DE ROCAS (BASALTICAS) Y DE MINERALES (PIEDRA POMEZ). CONCESION ADMINISTRATIVA. ENRIQUECIMIENTO ILICITO. (SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 1969.)

Hechos.—Don Francisco M. P. interpone demanda contra la Sociedad Anónima P. I., que era concesionaria de piedra pómez, según la entidad demandada, suplicando se declare que la cantera existente en la finca del actor está constituida por yacimientos de rocas basálticas y su explotación pertenece exclusivamente al actor, por ser sustancias comprendidas en la sección A) de la Ley de Minas, condenando a la entidad demandada a entregar y dejar libre la parte de finca del acto que ocupa, así como a indemnizar el importe de todas rocas basálticas que ha extraído.

El Juzgado de Primera Instancia de Ciudad Real estima en lo fundamental la demanda. Apelada esta sentencia por la parte demandante y por la entidad demandada, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete revoca parcialmente la sentencia del Juzgado, pues desestima la demanda en cuanto que indica que la entidad demandada no debe desalojar la finca, pero confirma la sentencia en cuanto que condena a dicha entidad a indemnizar al actor en el valor de los productos extraídos.

Tanto el demandante como la demandada interponen recurso de casación y el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Peral García, declara no haber lugar a ambos recursos.

Doctrina de la sentencia: a) *Respecto a la alegación de la entidad demandada* de que no procede condenarla a indemnizar al actor, dado que se ha producido incompetencia de jurisdicción, pues no corresponde tal cuestión a la jurisdicción ordinaria, existiendo una concesión administrativa, y respecto a la alegación de la misma de que es incongruente basar tal indemnización en una acción de enriquecimiento injusto, que no concuerda con la acción ejercitada en la demanda, el Tribunal Supremo considera:

Primero.—«Como lo que se ventila en el presente pleito es, por una parte, el ejercicio de una acción reivindicatoria, y, por otra, la propiedad de una sustancia mineral, que, como las arenas basálticas (no la piedra pómez), son objeto de reclamación judicial, sin que en momento alguno surja cuestión que afecte a 'calificación ni clasificación' de sustancias minerales, ya que ellas se dan por definidas y determinadas, por lo que es obvio que su tramitación y resolución ha de comprenderse en el ámbito de la jurisdicción civil ordinaria, sin que sea obstáculo para ello que la concesión de sustancias minerales de la sección B, que le fue otorgada a la Sociedad P. I. (de piedra pómez), estuviere hecha con anterioridad, porque ella no da al problema planteado carácter administra-

tivo, ya que impide la intervención de la Administración en materia en la que ni siquiera ha comenzado a operar y en la que ni ha llegado a nacer un acto administrativo que se refiera a las zonas basálticas que se reclaman (pues sólo se refiere a la piedra pómez), y porque al ser las sustancias rocosas elementos integrantes del suelo, no cabe acto de disposición aislado de ellas, que llevaría una anticipada desmembración del dominio de aquél, que impediría que el dueño de éste pueda gozar de la prioridad del aprovechamiento que la Ley le reconoce...», por ello no puede prosperar el recurso.

Segundo.—En cuanto a que la acción de enriquecimiento ilícito en que se basa la Audiencia para conceder la indemnización a favor del actor no fue planteada por éste, el Tribunal Supremo estima que «si bien es cierto que el Tribunal *a quo* ha aplicado una acción totalmente distinta de la ejercitada por el actor en el escrito de la demanda..., no lo es menos que la decisión que ha de derivarse de la reclamación amparada en la acción de accesión del artículo 350 del Código Civil ejercitada por el actor ha de conducir al mismo resultado que la que se obtiene por la aplicación de aquella otra empleada indebidamente».

b) *Respecto a la alegación del actor*, consistente en que la entidad demandada carece de título idóneo para la ocupación de su finca en la zona de la cantera, el Tribunal Supremo estima que «no existe ese despojo ni, por consecuencia, la detentación que del terreno se denuncia como fundamento de la acción ejercitada, y mucho menos cuando la propia resolución recurrida reconoce que dicha entidad ocupa por virtud de una concesión minera, pues hay que tener muy presente que el artículo 1.º de la Ley de Minas, después de fijar en su párrafo primero las sustancias objeto de la Ley, dispone en su segundo 'que éstas son bienes de la nación, que el Estado podrá explotar directamente o ceder su explotación...', es decir, que la propiedad corresponde al Estado y la explotación puede cederse, pero siempre dentro de los cauces que la Ley establece, unas veces por la Ley misma, como ocurre con las 'Rocas' —Sección A—, y otras, por la Administración, y como el concesionario es el que tiene el aprovechamiento, su ocupación es lícita mientras indemnice al propietario, o en el caso de no avenencia en este aspecto, mediante la expropiación que la Ley autoriza al primero, al amparo del artículo 40 de la Ley de Minas, y todo ello es así porque científica y legalmente el derecho a las sustancias mineras no surge de la propiedad, sino de la concesión, es decir, en virtud de título distinto y superponible al de dominio, por lo que cabe afirmar que aquellos minerales son objeto de tráfico distinto del fundo y tienen entidad jurídica separada de la atribuida al suelo, y por eso la doctrina de esta Sala ha estimado que la concesión administrativa constituye un verdadero título de dominio, expedido por quien únicamente tiene derecho para hacerlo con arreglo a la Ley, aparte de que ello constituye una limitación de las que el artículo 348 reconoce al dominio, por cuanto ello no hace otra cosa que dar un sentido amplio comprensivo de las disposiciones administrativas...», por todo lo cual declina el motivo del recurso de la parte actora.

ACCION REIVINDICATORIA. RECURSO DE CASACION. (SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1969.)

Hechos.—Desestimada la acción reivindicatoria del demandante por el Juzgado de Primera Instancia de Telde, y revocada esta sentencia

por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas, el demandado interpone recurso de casación alegando error de hecho en la apreciación de la prueba respecto a la cuestión de la identificación de las fincas objeto de reivindicación e infracción del artículo 348 del Código Civil y de los preceptos del Reglamento Hipotecario sobre agrupación de fincas, por estimar que la Sala consideró sin efecto alguno la inscripción de finca del demandado, por haberse agrupado a otra.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso respecto al error de hecho en la apreciación de la prueba, dado que no se concretan por el recurrente los documentos auténticos y los particulares de los mismos que demuestren la equivocación evidente de la Sala sentenciadora, sin que baste invocar globalmente las escrituras aportadas al pleito y el resto de las pruebas practicadas en el mismo, «y en cuanto a la denunciada violación de los artículos del Reglamento Hipotecario (sobre agrupación de fincas), se trata de disposiciones de rango normativo secundario, que no merecen el concepto de 'Ley' o 'doctrina legal', a efectos de lo prevenido en el número primero del artículo 1.691 y 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

PROPIEDAD HORIZONTAL: FALTA DE LEGITIMACION ACTIVA DEL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD. (SENTENCIA DE 6 DE DICIEMBRE DE 1969.)

Hechos.—El Presidente de la Comunidad de Propietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal ejercita acción de reclamación de cantidad contra el propietario de la finca colindante, solicitando se condene a éste a que indemnice a la comunidad de propietarios por los daños causados por la demolición del edificio propiedad del demandado.

El Juzgado de Primera Instancia estima, en parte, la demanda, pero su sentencia es revocada por la Audiencia Territorial de Madrid, que desestima la demanda por falta de legitimación activa del Presidente, por no acreditar la propiedad del edificio.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por el Presidente de la Comunidad, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al mismo, confirmando la sentencia apelada, ya que, «de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12, párrafo primero, de la Ley número 49 de 1960, de 21 de julio, sobre la denominada 'propiedad horizontal', el presidente sólo representará en juicio a la comunidad de propietarios *en los asuntos que le afectan*, por lo que al no acompañarse ningún documento justificativo de la propiedad del edificio procedió adecuadamente la sentencia recurrida desestimando la demanda.

DELIMITACION DE PROPIEDADES DE AYUNTAMIENTOS LIMITROFOS. SU RELACION CON LA DELIMITACION ADMINISTRATIVA. (SENTENCIA DE 17 DE ABRIL DE 1970.)

Hechos.—El Ayuntamiento de Santa Cruz del Valle ejercita acción declarativa y, subsidiariamente, acción reivindicatoria de dominio de una parcela del monte llamado «Cerro de la Villa», contra el Ayunta-

miento de Mombeltrán, basándose en la posesión inmemorial del mismo y en el acta de apeo del año 1792 por despacho dado por el rey Carlos IV, en que surgió a la vida administrativa el Ayuntamiento demandante. Todo ello a pesar del deslinde catastral de términos, en que la Comisión del Ayuntamiento demandante se dice incurrió en error, y a pesar de la sentencia del Tribunal Supremo de la Sala Cuarta, de 23 de junio de 1960, que incluyó la parcela discutida en término municipal del Ayuntamiento demandado, pues los efectos de estos deslindes son meramente administrativos, no determinantes de la propiedad.

El Juzgado de Primera Instancia de Arenas de San Pedro desestimó la demanda, siendo confirmada esta sentencia por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid.

Doctrina del Tribunal Supremo.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio de Vicente-Tutor Guelbenzu, declara no haber lugar al recurso interpuesto por el Ayuntamiento demandante, rechazando las pruebas sobre usucapión, no admitidas en primera instancia, y centrándose en el argumento de deslinde de términos creado por el recurrente con la alegación del acta de apeo de 1792, establece lo siguiente:

Considerando... quedando por ello centrado el problema litigioso en este extremo en determinar si el cerro discutido quedó o no comprendido al hacer la segregación de terrenos del antiguo término de Mombeltrán para constituir el de Santa Cruz del Valle, de nueva creación, dentro de éste o si siguió en la jurisdicción de aquél, y habida cuenta que por sentencia de la Sala Cuarta de este Tribunal de 23 de junio de 1960, al determinar la línea divisoria de ambos municipios, se declaró que el cerro debatido quedaba dentro del término de Mombeltrán, es evidente que arrancando el derecho dominical aducido por el recurrente de la división de los terrenos, no puede ofrecer duda alguna de que pertenece originariamente a la entidad recurrida y no puede prosperar el motivo.

COMENTARIO.—El Tribunal Supremo resuelve el problema civil de la propiedad argumentando a través de la cuestión administrativa de delimitación de términos municipales. Pero hay que centrar bien la *ratio decidendi* de este fallo para evitar que cuando se plantee otro pleito sobre delimitación de propiedades entre Ayuntamientos se confunda la cuestión con la delimitación catastral o administrativa de términos municipales, que es cosa distinta, y encima se alegue esta sentencia, que sólo a primera vista puede amparar tal confusión de cuestiones.

Hay que observar que esta sentencia no contiene doctrina positiva. Se limita a decir que centrado el problema en los términos alegados por el recurrente, éste no tiene razón. No dice que la delimitación de términos municipales determine la adquisición de derechos dominicales. Lo único que dice es si el recurrente se basa en un dato administrativo del deslinde de términos (acta de apeo de 1792) no se le puede dar la razón, pues el aspecto administrativo delimitado posteriormente le es desfavorable.

Por ello, mi opinión es que fuera del supuesto planteado esta declaración del Tribunal Supremo carece de valor, debiendo, además, tenerse en cuenta que en el presente caso no prosperó ninguna prueba a favor del Ayuntamiento recurrente acreditativa de su propiedad. Si hubieran prosperado tales pruebas, es muy probable que no hubiera hecho el Tribunal Supremo esa declaración-contestación sobre la delimitación de términos municipales.

Con todo esto no criticamos esta sentencia, sino que, con perspectiva

de futuro, tratamos de criticar a los que traten de aplicar esta sentencia fuera del caso debatido.

Porque fuera del caso planteado, no hay más remedio que admitir tres posibles delimitaciones: 1.ª) Delimitación administrativa de términos municipales: produce el efecto de atribuir competencia gubernativa al Ayuntamiento respectivo, delimita la zona de contribución territorial urbana, delimita también los términos a efectos del Registro de la Propiedad, etc. Pero por sí sola no delimita las fincas propiedad de un Ayuntamiento, pues éste puede tener propiedades fuera de su término municipal, siquiera sea un supuesto excepcional. 2.ª) Delimitación catastral de términos municipales: aunque lo ideal es que esta delimitación coincida con la anterior, en la práctica no sucede así y existen discordancias sensibles; en ese caso, la delimitación catastral sólo produce el efecto fiscal derivado de la Contribución rústica, pero no puede producir directamente el efecto de delimitar administrativamente términos municipales. Por ello, mal puede servir una certificación catastral como certificación administrativa que fundamente un traslado de inscripciones de fincas de un libro a otro del Registro de la Propiedad, a efectos del artículo 3.º del Reglamento Hipotecario, aunque así opina LA RICA en sus *Comentarios al Reglamento de 1947* (pág. 11). Esta opinión sólo puede admitirse si tal certificación va acompañada de otras pruebas más concluyentes (certificación del Alcalde, etc.). Tampoco puede servir una certificación catastral como medio de prueba del dominio de una finca, dados sus fines exclusivamente fiscales. 3.ª) Delimitación de propiedades de Ayuntamientos. Esta es una cuestión totalmente distinta de las dos anteriores. La delimitación de propiedades viene dada por los títulos de adquisición, por la usucapión y por los demás modos de adquirir la propiedad, sirviendo únicamente la delimitación administrativa o catastral como simples indicios, a falta de pruebas, de la existencia de un modo de adquirir a favor del Ayuntamiento en cuestión, pero nada más. Así debe interpretarse, en mi opinión, la declaración del Tribunal Supremo que hemos comentado.

ACCION REIVINDICATORIA DE UN MONTE: FALTA DE IDENTIFICACION DEL TERRENO REIVINDICADO. (SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1970.)

Hechos.—El Juzgado de Primera Instancia número 1 de Lérida desestima la demanda interpuesta por el Ayuntamiento de I. y por un particular contra el Ayuntamiento de G. y contra la Administración del Estado, sobre ejercicio de acción reivindicatoria de parte de un monte, siendo confirmada esta sentencia por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por los demandantes, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia y Castaño, declara no haber lugar al recurso por no haberse llegado a identificar el objeto que se reivindica, por lo cual «es obvio que ni se puede ejercitar con buen éxito la acción reivindicatoria del párrafo segundo del artículo 348, ni la correspondiente al derecho de deslindar que el artículo 384 concede no sólo al propietario, sino, asimismo, a los titulares—efectiva y realmente acreditados—de derechos reales sobre la finca de que se trate».

PROPIEDAD HORIZONTAL: NULIDAD DE LA CLAUSULA QUE EXCLUYE A UN PISO (CON CUOTA DE PARTICIPACION) DE CONTRIBUIR A LOS GASTOS COMUNES. (SENTENCIA DE 18 DE JUNIO DE 1970.)

Hechos.—En escritura de constitución de propiedad horizontal, el Banco propietario hizo constar que el departamento número uno (compuesto de sótano, planta baja y piso primero izquierda como una sola finca), con una determinada cuota de participación en el inmueble y con entrada independiente, quedaba excluido de contribuir a los gastos de entretenimiento, conservación y consumo de fuerza y energía que originaba el funcionamiento de ascensores, etc., cuya función específica es totalmente ajena a la actividad y funciones que se desarrollaban en dicha finca número uno. Por otro lado, aunque el Proyecto del Arquitecto aludía a una vivienda de portería en el piso sexto y en el cuadro de timbres del edificio (acreditado por fotografía autenticada por Notario) figuró la indicación de que el piso sexto era portería, lo cierto es que en la escritura no se consideró ninguno de los pisos como vivienda de portero. Esta escritura se inscribió en el Registro de la Propiedad.

Posteriormente, el Banco propietario, reservándose la finca número uno, vendió todos los pisos del edificio, incluso el piso sexto derecha (que en el proyecto y cuadro de timbres era vivienda del portero). Los demás propietarios interponen demanda suplicando se declare que el piso sexto derecha pertenece a la comunidad como elemento común, por ser vivienda del portero, y se rectifique y distribuya el porcentaje de contribución a los gastos comunes de tal forma que el piso número uno también contribuya a ellos, para lo que deberá, igualmente, rectificarse la escritura e inscripción practicadas, por ser el pacto de exclusión del piso primero de todo gasto contrario a la Ley de Propiedad Horizontal.

Desestimada la demanda por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de La Coruña, en sentencia confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha capital, el Tribunal Supremo, ante el recurso interpuesto por los propietarios de los pisos, estima, en parte, el recurso, en lo relativo a la contribución de todos los pisos con cuota a los gastos comunes del edificio, declarando no haber lugar al mismo respecto al problema de la vivienda del portero, estableciendo la doctrina siguiente:

Considerando que... es cara la aplicación de la regla contenida en el artículo 1.283 del Código Civil, según la cual «cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes a aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar...», siendo facultad del Tribunal la interpretación del contrato, ha de prevalecer la hecha por el mismo cuando no resulte contraria palmariamente con las cláusulas del mismo y ni la indicación del Proyecto ni la del cuadro de timbres sobre el destino de dicha vivienda son elementos con entidad propia y suficiente para deducir de los mismos un acuerdo de voluntades sobre la transmisión de propiedades de una vivienda no incluida en la escritura de división y constitución de propiedad horizontal, como elemento común...

Considerando que, por el contrario, es evidente la interpretación errónea dada por el Tribunal de Instancia al artículo 396 del Código Civil en relación con los primero y quinto de la Ley de 21 de julio de 1960, denunciada en el motivo tercero, por la misma vía de los anteriores, puesto que establecido el carácter de elementos comunes de portería, ascensor y escaleras, resulta claro que la vivienda número uno, con una participación de 23 centésimas, 258 milésimas, está obligada a participar en los gastos comunes y de conservación, ya que si bien el número ter-

cero del artículo 5.º de la antes citada Ley permite fijar al propietario la cuota de participación de cada piso, al iniciar la venta de éstos, teniendo en cuenta para dicha fijación la situación de los mismos y el uso que va a efectuar de los elementos comunes, no hay disposición alguna que permita que una vez fijada tal cuota se exima a alguno del pago de los gastos de conservación anejos a su participación, y al no haberlo estimado así se ha incidido en las infracciones denunciadas, procediendo la estimación del motivo.

Considerando que a tal estimación no es obstáculo la norma primera del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, puesto que la unanimidad exigida por tal disposición hace referencia a las modificaciones en el título de propiedad y estatutos acordados por la Junta de Propietarios, mas no puede en forma alguna ser aplicable cuando, como en el presente caso, surge la modificación por contenerse en el título constitutivo una disposición contraria a la Ley y lesiva para los derechos de propiedad del resto de condueños, en virtud de declaración de voluntad legal hecha en el oportuno juicio contradictorio y por órgano jurisdiccional competente.

APROVECHAMIENTO DE AGUAS PUBLICAS: ARTICULO 23 DE LA LEY DE AGUAS. (SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1970.)

Hechos.—Diversas Comunidades de Regantes acreditaron por acta de notoriedad la adquisición por prescripción de varios aprovechamientos de aguas públicas, obteniendo después concesión administrativa de los mismos, que fue inscrita en el Registro de la Propiedad. Otra Comunidad de Regantes, con derecho a usar agua del pozo llamado San José (que constaba inscrito en el Registro de la Propiedad), hizo una importante ampliación del mismo y abrió otro pozo, llamado San Francisco (no inscrito en el Registro), que suponían, según las otras Comunidades, una merma considerable del caudal de aguas a que ellas tenían derecho por prescripción y concesión administrativa. Por ello, dichas Comunidades interponen acción contra la Comunidad que abrió los pozos de San José y San Francisco, solicitando sea condenada la parte demandada a la clausura de dichos pozos.

El Juzgado de Primera Instancia de Callosa de Ensarriá estimó en lo fundamental la demanda, condenando a la Comunidad demandada a la clausura de ambos pozos. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia revoca, en parte, esta sentencia, adoptando una posición intermedia, ya que, partiendo del derecho preferente de las Comunidades demandantes, permite a la Comunidad demandada sacar agua de los pozos de San José y San Francisco hasta que se instale el módulo correspondiente, que permita restituir 26 litros de agua por segundo a las Comunidades demandantes.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por ambas partes, que tienen una visión diferente del artículo 23 de la Ley de Aguas, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Vicente Tutor y Guelbenzu, declara haber lugar al recurso, casando la sentencia de la Audiencia, con el siguiente fallo de la segunda sentencia: «Fallamos que aceptando, en parte, la demanda... debemos condenar y condenamos a la Comunidad (demandada) a clausurar y desmantelar el pozo llamado de San Francisco (obsérvese que es el que no constaba inscrito), no pudiendo, por tanto, sacar agua del mismo, y a reducir el volumen y la potencia de la maquinaria para la extracción de aguas del pozo de San

José a los límites y fuerza que tenía en 1945 y antes de su ampliación en 1964» (obsérvese también que este pozo constaba inscrito, pero no su ampliación de 1964).

La razón fundamental de este fallo se encuentra en el considerando segundo de la primera sentencia, que dice así:

Considerando que la especial naturaleza de la propiedad sobre el aprovechamiento de aguas públicas en relación al dominio del terreno en que aquéllas discurren, bien sea externamente o sea bajo su superficie, justifica la especial redacción del precepto (se refiere al artículo 23 de la Ley de Aguas), que si concede el derecho, en general, al dueño del terreno para alumbrarlas en su caso y aprovecharlas, lo limita a que con ello no se distraigan o aparte de su corriente natural, y habida cuenta que en la sentencia recurrida se da como probado que la apertura y explotación de los pozos merma el caudal perteneciente a los actores con el perjuicio consiguiente, es evidente que al quedar firmes tales declaraciones, la única interpretación del precepto es la literal de que al alumbramiento y apropiación de las aguas no puede perjudicar los derechos de los actores, rechazándose el motivo primero de la parte demandada y aceptando el mismo número de los actores, en cuanto la sentencia permite la explotación de los pozos con la condición de que reviertan al curso de las aguas el volumen preciso para completar la merma sufrida por los demandantes, que si constituye una solución quizá equitativa, carece de base legal y significa un quimérico respeto a los derechos adquiridos no sólo por la dificultad técnica de llevarla a la práctica, sino por su imprecisión, pues el módulo de medida adoptada en cuanto a las mermas puede variar constantemente, caso sometido a las... condiciones del terreno, etc., por todo lo que procede casar la sentencia recurrida.

ACCION REIVINDICATORIA Y DECLARATIVA: REQUISITOS. HEREDAMIENTOS DE AGUAS. RECTIFICACION DE INSCRIPCION: ARTICULO 40 DE LA LEY HIPOTECARIA. ALEGACION DE ERROR DE HECHO. (SENTENCIA DE 9 DE OCTUBRE DE 1970.)

Hechos.—El Ayuntamiento de P. interpone demanda contra el heredamiento de las heredades de A. y T., sobre reclamación de unos terrenos, suplicando se dicte sentencia declarando: *a)* no existir la personalidad jurídica del heredamiento; *b)* no constituir un aprovechamiento de aguas privadas, sino públicas, el que actualmente ostenta el heredamiento; *c)* ser la finca en cuestión de pertenencia del Ayuntamiento; *d)* no ser de la supuesta persona jurídica heredamiento la propiedad de la finca en cuestión; *e)* ser nula la inscripción practicada a favor del heredamiento, al amparo del artículo 205 de la Ley Hipotecaria.

El Juzgado de Primera Instancia de Los Llanos desestima la demanda interpuesta por el Ayuntamiento y también la demanda acumulada interpuesta por un particular, y esta sentencia fue confirmada por la Sección de lo Civil de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

Doctrina de la sentencia.—Los demandantes interponen recurso de casación y el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Taboada Roca, declara no haber lugar al mismo, sentando una serie de considerandos enjundiosos, de los que entresacamos la siguiente doctrina:

a) Alegación de error de hecho en casación: requisitos.—No puede prosperar la alegación de error de hecho, pues para ello se precisan los siguientes requisitos, que esta sentencia resume así: 1.º) Que el error de

hecho invocado evidencia una clara y abierta contradicción con las afirmaciones de hecho contenidas en la sentencia recurrida, sin necesidad de interpretaciones, razonamientos, deducciones, analogías ni hipótesis—sentencias de 24 de enero de 1962, 27 de septiembre de 1969 y 19 de febrero de 1970—. 2.º) Que no puede prevalecer el resultado de elementos probatorios aislados sobre la apreciación conjunta de todos ellos—sentencias de 27 de septiembre y 19 de diciembre de 1969 y 28 de enero de 1970. 3.º) Que no pueden invocarse como documentos auténticos, a efectos de casación, aquellos que fueron objeto de debate y que tuvo ya en cuenta la Sala sentenciadora—sentencias de 25 de febrero de 1961, 6 de noviembre de 1962, 20 de diciembre de 1968, 16 de octubre de 1969 y 24 de enero y 28 de febrero de 1970. 4.º) Que la evidencia del error ha de ser objetiva y no subjetiva—sentencia de 22 de diciembre de 1964.

b) *Concepto y requisitos de la acción reivindicatoria.*—No prosperó en el proceso la acción de la parte demandante por no falta de justificación del título y de identificación de la cosa reclamada, frente a lo que no puede esgrimirse que la acción intentada bajo el apartado c) de la demanda (antes transcrita) no era reivindicatoria, pues aunque fuera simplemente declarativa también debe reunir esos mismos requisitos que aquí faltan. Ni puede esgrimirse, como también hace el recurrente, que la pretensión del apartado d) de su demanda no es una acción reivindicatoria ni declarativa de la propiedad, sino declarativa de la «no propiedad del heredamiento», porque, «en primer lugar, es muy discutible que, con relación a la propiedad, pueda admitirse la existencia de una acción autónoma encaminada a que se declare que el demandado no ostenta el derecho de dominio sin que se lo atribuya a sí el actor, pues en semejante hipótesis no se comprende la finalidad que podría perseguirse al ejercitar tal acción; en segundo lugar, sostener, como hace el recurrente, que la finca litigiosa podía no ser del actor y no ser tampoco del demandado, es proclamar que aquél no está legitimado para ejercitar tan anómala acción, por carecer de interés, y, en tercer lugar, se hace muy difícil compaginar el ejercicio de esas dos pretensiones c) y d) simultáneas, porque si prospera la primera y se declara que la finca litigiosa es propiedad del Ayuntamiento recurrente (que era el objeto de la petición primera), ya quedaría implícitamente declarado que no era de la Entidad demandada (que es lo que se postula en la petición d)).»

c) *Rectificación de inscripción.*—La sentencia recurrida negó «legitimación» al Ayuntamiento demandante para solicitar la nulidad de la inscripción practicada a nombre del heredamiento «por no haber probado su titularidad ni la identidad de la finca que reivindica», y frente a esto nada puede valer la alegación del recurrente de que tiene legitimación para solicitar tal cancelación por nulidad, conforme al párrafo último del artículo 298 del Reglamento Hipotecario (pues para ello basta creerse perjudicado), ya que, en primer lugar, la sentencia recurrida emplea el término «legitimación» en el sentido de «acción», es decir, viene a desestimar la acción del demandante por faltar los requisitos apuntados, y, en segundo lugar, en cualquier caso, no por tal alegación había de producirse la casación de la sentencia, pues para esto sería preciso, además, que la Corporación recurrente hubiese demostrado que tenía la titularidad dominical sobre la finca litigiosa y que había cumplido también el requisito de la identificación, demostraciones ambas que la sentencia recurrida no admite y de las cuales, una ni siquiera es combatida en el recurso, y la otra, lo ha sido sin éxito. Y, «en último término, como dicho artículo 40 (de la Ley Hipotecaria) exige que la demanda de

rectificación se dirija 'conta todos aquellos a quienes el asiento que se trata de rectificar conceda algún derecho', y en el presente caso se dejaba de impugnar la inscripción respecto a una cuadragésima parte de la finca, cuyos titulares no fueron demandados, surgiría el obstáculo procesal de la falta de *litis consorcio* pasivo necesario, que impediría entrar a conocer y a resolver el fondo de la cuestión».

**RETRACTO DE COLINDANTES: NO PROCEDE CUANDO NO CONSIG-
NO EL RETRAYENTE EL PRECIO REAL QUE CONOCIA, EN LUGAR
DEL DECLARADO EN LA ESCRITURA.** (SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE
DE 1970.)

Hechos.—La propietaria colindante ejercita la acción de retracto contra el comprador de una finca rústica, consignando como el precio la cantidad de 2.000 pesetas, que figuraba en la escritura de compra.

El Juzgado de Primera Instancia de Plasencia estimó la demanda, pero la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres revoca esta sentencia, desestimando la demanda, por considerar probado que la actora conocía el precio real de la finca (17.000 pesetas), por lo que debería haber consignado tal cantidad.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la demandante, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, declara no haber lugar al recurso, confirmando la sentencia de la Audiencia, de lo que puede desprenderse como doctrina que cuando esté probado que el retrayente conocía el precio real de la finca en cuestión, debe consignar el precio real y no el que se declare en la escritura, pues en otro caso procederá la desestimación del retracto por faltar el requisito de la consignación del precio real conocido por el retrayente.

**REDENCION DE CENSOS EN CATALUÑA: NO CABE RECURSO ALGU-
NO, NI SIQUIERA EL EXTRAORDINARIO DE REVISION, CONTRA
LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL ARBITRAL DE CENSOS.** (SEN-
TENCIA DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1970.)

Hechos.—Decretada la redención de censos afectantes a varias fincas por el Tribunal Arbitral de Censos de Cataluña, en rebeldía de los censualistas demandados, que no comparecieron en el pleito, una vez firme esta sentencia uno de dichos censualistas interpone recurso extraordinario de revisión, basándose en el número 4.º del artículo 1.796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entendiéndolo que los demandantes habían omitido intencionadamente en la demanda el domicilio del demandado con el objeto de que no se enterara de la redención de los censos (alegación de maquinación fraudulenta) y que la sentencia del Tribunal Arbitral era injusta, por lo que solicitaba su revisión y rescisión, exponiendo una serie de pedimentos concretos.

Doctrina del Tribunal Supremo.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso extraordinario de revisión, porque, según el artículo 49 de la Ley de 31 de diciembre de 1945, reformada por la de 26 de igual mes de 1957, no cabe recurso alguno contra las sentencias de los Tribunales

Arbitrales de Censos, dada la índole especialísima de la jurisdicción de dichos Tribunales; porque los motivos y finalidad del recurso extraordinario de revisión, dada su singularidad excepcional, han de ser interpretados rigurosamente, y porque lo que el recurrente pretende rebasa el ámbito del recurso de revisión, pues no trata sólo de obtener la rescisión de la sentencia, sino que también pretende que se resuelvan cuestiones que incumben al citado Tribunal Arbitral.

PROPIEDAD DE AGUAS. EXPROPIACION FORZOSA. ACCION DE INDEMNIZACION. COMPETENCIA DE LA JURISDICCION CIVIL. (SENTENCIA DE 20 DE NOVIEMBRE DE 1970.)

Hechos.—Expropiado por el Ayuntamiento el aprovechamiento de unas aguas que regaban fincas particulares, con objeto de surtir agua al pueblo, el dueño de una de las fincas regadas ejercita la acción reivindicatoria del derecho de aprovechamiento de las aguas y, subsidiariamente, la acción de indemnización por los perjuicios ocasionados al quedar convertida su finca en tierra de secano.

La demanda fue estimada, en parte, por el Juzgado de Primera Instancia de Bute, y también en parte, aunque con distinto sentido, por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla.

El Ayuntamiento demandado interpone recurso de casación entendiendo vulnerado el artículo 1.902 del Código Civil, entre otros, y alegando incompetencia de la jurisdicción civil ordinaria por haberse resuelto la cuestión por el expediente de expropiación forzosa.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso, pues no existe la infracción del artículo 1.902, que se alega, ya que «no se trata de acciones nacidas de la culpa extracontractual o aquiliana, sino de las consecuencias de no haber sido incluida su propiedad en el expediente de expropiación forzosa por causa de utilidad pública», exigiéndose ahora la correspondiente indemnización, cuya acción no precisa de los mismos requisitos que la acción del artículo 1.902 del Código Civil. En cuanto a la alegación de incompetencia de jurisdicción, el Tribunal Supremo indica que «el límite entre una y otra jurisdicción viene determinado en el caso presente por el artículo 349, que dice que nadie podrá ser privado de su propiedad sino por la Autoridad competente y por causas justificadas de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización; previendo el párrafo segundo del mismo artículo que si no precediere aquel requisito, los Jueces ampararán y, en su caso, repondrán en la posesión al expropiado, precepto en el que se apoyan para casos muy similares las sentencias de este Tribunal de 25 de febrero de 1913, afirmando ambas la competencia de jurisdicción civil».

FALTA DE LITIS CONSORCIO PASIVO. (SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1970.)

Doctrina.—El Tribunal Supremo no entra en el fondo, confirmando la sentencia de la Audiencia, que estimó mal constituida la relación jurídica procesal por falta de *litis consorcio* pasivo necesario.

ACCION REIVINDICATORIA: REQUISITOS. (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1970.)

Hechos.—Aunque en el Registro de la Propiedad consta inscrito un solar y una edificación a nombre de don Miguel B. N., se ejercita por doña Rosa F. M. acción reivindicatoria contra dicho titular para que reintegre el inmueble a la Empresa de que es titular la actora, que se encuentra en suspensión de pagos, basándose en un documento privado suscrito por ambos litigantes.

El Juzgado de Primera Instancia de Vich desestimó la demanda, siendo confirmada su sentencia por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona.

Doctrina de la sentencia.—Interpuesto recurso de casación por la actora, el Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don José Beltrán de Heredia Castaño, declara no haber lugar al recurso, por no apreciarse la existencia de los requisitos para el ejercicio de la acción reivindicatoria sobre el solar y edificación inscritos a nombre del demandado, sin que pueda alegarse en casación un documento privado contrario a la inscripción registral, pues fue tenido en cuenta por el juzgador en ambas instancias.

PROPIEDAD INTELECTUAL: RETRACTO DE COMUNEROS. (SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 1970.)

Hechos.—Vendida la tercera parte indivisa de la propiedad intelectual de 31 obras literarias de don Vicente Blasco Ibáñez, los otros dos copropietarios ejercitan la acción de retracto de comuneros por mitad entre ambos.

El Juzgado de Primera Instancia número 9 de Valencia estima la demanda y el ejercicio del retracto a prorrata, pero la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Valencia revoca parcialmente la sentencia, estimando la acción de retracto de uno de los comuneros, en cuanto a la mitad, y desestimando la acción del otro por haber caducado, según se demuestra por una carta y por la prueba testifical, pues de ambas pruebas se desprende que tenía conocimiento de la venta y de todas sus circunstancias desde hacía mucho tiempo.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Jacinto García-Monge y Martín, declara no haber lugar al recurso por no desprenderse claramente de las pruebas del pleito criterio contrario sobre la caducidad de la acción al mantenido por la sentencia recurrida, sin que quepa alegar que se ha infringido la doctrina legal del artículo 1.524 del Código Civil, que exige reiteradamente, para el cómputo del plazo de caducidad de la acción de retracto, no sólo el conocimiento de la venta, sino de todas sus circunstancias, ya que en el presente caso ha quedado demostrado (por la carta y testigos) que el recurrente tuvo conocimiento de todas las circunstancias de la venta desde hacía mucho tiempo.

PROPIEDAD DE UN MONTE: ACCION REIVINDICATORIA. LEGITIMACION ACTIVA. (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1970.)

Estimada la demanda interpuesta por una comunidad particular contra el Estado, el Patrimonio Forestal, el Ayuntamiento y otras entidades sobre propiedad de un monte, si bien con la salvedad de considerar que el Patrimonio Forestal efectuó en dicho monte operaciones de siembra y plantación de buena fe, por lo que procede aplicar la accesión y la opción del artículo 361 del Código Civil, esta sentencia fue confirmada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña.

Doctrina de la sentencia.—Una de las entidades demandadas, el Ayuntamiento, interpone recurso de casación, entendiendo que los demandantes no han acreditado su carácter de heredero del titular registral, por lo que carecen de legitimación activa en el ejercicio de la acción.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Antonio de Vicente Tutor Guelbenzu, declara no haber lugar al recurso, por existir en los autos copia del testamento a favor del demandante, aunque de él no se tomó nota en el Registro General de Actos de Última Voluntad, pues no fue impugnado en el proceso, y, además, por existir el estado constante de heredero del actor, que puede actuar en beneficio de sus coherederos y de la comunidad.

RETRACTO DE COMUNEROS. DISTINCION ENTRE COMUNIDAD Y SOCIEDAD. (SENTENCIA DE 21 DE DICIEMBRE DE 1970.)

Hechos.—Vendida la tercera parte indivisa de la «Editorial Revista de Derecho Privado» a un extraño, uno de los copropietarios ejercita la acción de retracto de comuneros contra el comprador.

El Juzgado de Primera Instancia número 24 de los de Madrid desestima la demanda, pero su sentencia fue revocada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial, que estimó la acción de retracto del demandante.

El demandado interpone recurso de casación entendiendo que la «Editorial» es una sociedad civil y no una comunidad, por lo que no procede el retracto de comuneros.

Doctrina de la sentencia.—El Tribunal Supremo, siendo ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, declara no haber lugar al recurso:

Considerando que... es correcta la interpretación jurídica de los hechos (de la sentencia recurrida), porque la atribución de la totalidad de la titularidad dominical de la Editorial a su fundador, por fallecimiento de éste, fue atribuida, en común, a sus herederos, es decir, aquella titularidad simple fue reemplazada por la titularidad plural de los herederos en forma de titularidad concurrente, de idéntico contenido cualitativo, aunque diferenciada cuantitativamente por la diversidad de las cuotas de los cotitulares. El recurrente admitió, al contestar a la demanda, que «la Editorial» fue atribuida proindiviso a los herederos, a virtud del testamento del fundador y de su esposa. El estado de indivisión de la Editorial fue derivado de *actos totalmente independientes de la voluntad de los herederos*; surgió una comunidad de tipo incidental; no se ha acreditado su transformación en sociedad, lo que, como contrato consensual, requiere el acuerdo expreso en tal sentido, como lo tiene establecido esta Sala en las sentencias de 9 de julio de 1940 y 16 de abril de 1942,

citadas precisamente por el recurrente, por lo que el elemento intencional y subjetivo que es la *affectio societatis* no se ha justificado; al subsistir la cotitularidad no hay un sujeto único, exclusivo titular del poder de actuación; en lo concerniente a la administración de la Editorial se acentúa más la norma legal reguladora de la Comunidad—artículo 398 del Código Civil—, porque se prefiere el principio de unanimidad en los acuerdos al de la mayoría; no existe delimitación de responsabilidad ni un patrimonio autónomo, y respecto a la idea de ganancia, si bien es cierto que en el documento tan citado se fijan unos sueldos y participaciones en beneficios, también lo es que de igual manera que la Comunidad, incluso la convencional, si no tiene finalidad de lucro, no puede ser Sociedad, tampoco la Comunidad con finalidad de lucro será Sociedad si no es convencional; de todo lo anterior se deriva la inexistencia, respecto al negocio de la Editorial, de la unificación subjetiva u objetiva que caracteriza al contrato de Sociedad.

J. M. G. G.

III. CONTRATOS

INEXISTENCIA DE SOCIEDAD Y DE ARRENDAMIENTO. CONGRUENCIA. COSA JUZGADA. DESAHUCIO. (SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 1971.)

Doña Matilde Rivas era usufructuaria de un pequeño inmueble de dos plantas; entra en relación con don José Villaverde, y con unas 60.000 pesetas que logra reunir doña Matilde montan un negocio de café bar, de cuyos beneficios parece que sólo se lucra don José, quien, además, utiliza gratuitamente, salvo la prestación de alimentos, los servicios de su colaboradora; prevaleciendo de su ascendencia sobre doña Matilde, el luego demandado llega incluso a instalarse en la planta superior del edificio, acomoda a su familia en ella y desaloja a la usufructuaria. Cuando ésta va a reaccionar frente al despojo, don José solicita del abogado de doña Matilde que regularice sus relaciones bajo la forma de un contrato de arrendamiento o de sociedad, que no llegó a cristalizar por desistimiento del propio don José. Demanda entonces doña Matilde al que califica de precarista y solicita se declare su derecho al usufructo, negado de adverso, sobre el inmueble. Juzgado y Audiencia acceden a ello, pero el defecto en el *petitum* que suponía el no instar la declaración de inexistencia de cualesquiera vínculos con el demandado le obligan a incoar un segundo proceso con tal pretensión, que a la par despeje la vía a la acción directa. Las tres instancias acogen la demanda.

El Tribunal Supremo, en cuatro considerandos, rechaza otros tantos motivos del recurrente, que denunciaban incongruencia, violación de la cosa juzgada e inaplicación de los preceptos que consagran la obligatoriedad de los contratos. Lo primero, porque el Tribunal *a quo* concede lo pretendido, aunque no emplee las mismas palabras que la demandante; lo segundo, porque en el «pleito anterior sólo se resolvió sobre el usufructo de la actora» y no sobre la causa de ocupación del demandado, que ahora se declara inexistente, y lo tercero, porque las gestiones preliminares no constituyeron sino un precontrato inconsumado.

La oscuridad, rayana en lo ilegible, y los errores en la transcripción de la sentencia hacen muy aventurado cualquier comentario sobre los anteriores hechos y doctrina que resumimos, en la inseguridad de si se ajustarán a lo realmente sucedido y resuelto.

CAUSA FALSA. NECESIDAD DE PROBAR LA CAUSA SUBYACENTE DEL CONTRATO DISIMULADO. (SENTENCIA DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1971.)

La entidad «Distribuidora de Piensos, S. A.», dedicada a la venta de piensos y pollitos, suministró entre los años 1965 a 1966 a un cliente suyo, don José Parcerisa, género por valor de 989.869 pesetas. Por docu-

mento privado, de fecha 12 de septiembre de 1966, el saldo fue presentado al reconocimiento del deudor, suscribiéndolo también, como firma de garantía, su padre, don Ramón Parcerisa Subirana, que, al parecer, lo hizo sin darle importancia y movido por la extrema confianza que tenía depositada en su hijo. La sociedad «Distribuidora de Piensos, S. A.», reclamó entonces judicialmente de don Ramón la cantidad adeudada, a lo que éste se opuso, alegando que el documento carecía de causa. El Juez de Primera Instancia, que, pese a solicitarlo para mejor proveer, no pudo compulsar el original del repetido documento, por obrar en la Abogacía del Estado, desestimó la demanda y absolvió a don Ramón de las pretensiones dirigidas contra él. La Audiencia Territorial confirmó el fallo. Interpuesto recurso de casación, éste se articuló en tres motivos sostenedores de que la causa se presumía existente y lícita, de que existía afianzamiento mercantil aunque no mediara declaración expresa en tal sentido y de que el documento de 1966 era válido. El Supremo los rechaza en dos cortos e inexpresivos considerandos. Inexpresivos, decimos, porque al traslucirse sólo borrosa y fragmentariamente los hechos con gran esfuerzo arriba reconstruidos resulta inservible la doctrina jurisprudencial que de aquéllos pudiera destilarse.

NOVACION MODIFICATIVA O IMPROPIA. SUS DIFERENCIAS DE LA NOVACION EXTINTIVA. SUBSISTENCIA DE GARANTIAS HIPOTECARIAS. (SENTENCIA DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1971.)

Don Ramón Igual Gimeno era propietario de una vivienda urbana gravada con dos hipotecas otorgadas con fecha 7 de junio de 1961 y 13 de octubre de 1964, respectivamente. Los titulares del crédito que la primera de ellas garantizaba lo cedieron, junto con el gravamen, como es natural, a don Jaime Rabarte Mingot, titular de la segunda hipoteca, quien resultó así acreedor hipotecario por doble concepto de don Ramón. En 26 de enero de 1968, acreedor y deudor otorgaron escritura pública ante Notario, en la que acordaron las estipulaciones que se recogen en el considerando cuarto, que se reproducirá. El 3 de octubre de 1968, vencidos los créditos hipotecarios, de acuerdo con las escrituras iniciales, pero no con arreglo a la de 1968, don Jaime incoa el denominado «procedimiento judicial sumario» del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, se saca a subasta el inmueble y queda satisfecho en sus créditos. Don Ramón interpuso entonces demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, solicitando la nulidad del proceso de ejecución mencionado, alegando sustancialmente que en el convenio de 1968 se habían novado sus deudas y concedido un nuevo plazo para satisfacerlas. Juzgado, Audiencia y Supremo desestiman su demanda y recursos.

La Sala Primera de lo Civil, en ponencia del excelentísimo señor don Manuel Taboada Roca, conde de Borrajeiros, razona así su fallo:

Considerando que aunque el recurso se desarrolla en doce motivos y parece que plantea múltiples, diversas y complejas cuestiones, en realidad todo el «tema *decidendi*» se reduce simplemente a determinar el contenido y alcance del negocio jurídico instrumentado en la escritura pública de 26 de enero de 1962, pues mientras el recurrente sostiene que ha producido la extinción de las relaciones obligatorias que existían entre los contratantes, dando origen a una nueva, comprensiva sólo de las estipulaciones que en ella se convinieron y completamente desligada e independiente de las preexistentes, por el contrario, la sentencia recurrida proclama «que no se produjo en modo alguno una novación

extintiva de los contratos de préstamo anteriores, sólo que el alcance de lo convenido fue la determinación del saldo y el pago de los intereses y el capital, cuyo importe podría hacer efectivo el deudor en el plazo de cuatro años, pero sin que ello suponga novación extintiva de los anteriores contratos de préstamo y la accesoria garantía hipotecaria, tratándose de una simple modificación, que por no tener aquel alcance—artículo 1.204 del Código Civil—, y conforme al explícito reconocimiento que consta en el apartado segundo, mantiene la efectividad y los elementos de los primitivos convenios, salvo en los extremos objeto de la posterior modificación hecha en la repetida escritura de 26 de enero de 1968».

Considerando que, efectivamente, en el Derecho Moderno, al lado de la figura tradicional romana de la novación extintiva, se admite la modificación convencional de las obligaciones, llamada impropia o modificativa, que encuentra su apoyo principalmente en los artículos 1.203, 1.204, 1.207, 1.212 y 1.255 del Código Civil, decidiendo el primero de ellos que «las obligaciones *pueden modificarse* variando su objeto o sus condiciones principales»—empleándose aquí el término «condición» no en el sentido técnico jurídico de suceso futuro e incierto, del que se hace depender el nacimiento o la extinción de una obligación, sino en el genérico de pacto, cláusula, estipulación o modalidad que puede afectar a la obligación—y disponiendo el último de dichos artículos que «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente», de donde se infiere que puede construirse la modificación de una relación obligatoria, sin que ello implique novación extintiva (si de la voluntad expresa) (1) o tácita de las partes se desprende deseo de no querer extinguir la obligación existente, sino de modificarla.

Considerando que la jurisprudencia, después de algunas vacilaciones, ha terminado por recoger esta doctrina, proclamando en la sentencia de 29 de abril de 1947 que si bien el artículo 1.204 del Código Civil exige para que la novación se produzca una declaración terminante de las partes o la incompatibilidad de la obligación antigua con la nueva, tal exigencia se refiere a la novación considerada en sentido estricto—novación extintiva—, no a la modificativa, que el Código Civil también admite, como claramente aparece en la frase inicial del artículo 1.203 e, igualmente, *a sensu contrario* del texto del artículo 1.207, doctrina que coincide con la ya sentada anteriormente—sentencias de 9 de febrero de 1889, 4 de abril de 1892, 14 de marzo de 1908 y 30 de diciembre de 1935—y reiterada posteriormente—sentencias de 10 de febrero de 1950, 1 de diciembre de 1951, 9 de abril de 1957, 27 de mayo de 1959, 20 de diciembre de 1960, 20 de enero de 1961, 23 de febrero de 1962, 5 de marzo de 1965 y 17 de junio de 1967.

Considerando que para poder realizar con acierto el deslinde entre una y otra clase de novación hay que atenerse a la voluntad expresa o tácita que hayan exteriorizado las partes y a la significación económica que se introduzca en las obligaciones preexistentes, estando conformes la doctrina científica y la doctrina jurisprudencial que, en los casos dudosos, se ha de suponer querido por las partes el efecto más débil, o sea, la modificación no extintiva de la obligación—sentencias de 30 de diciembre de 1935, 27 de abril y 11 de junio de 1947, 10 de febrero de 1950, 21 de abril de 1951, 3 de mayo de 1958, 20 de diciembre de 1966 y 6 de junio de 1961.

Considerando que, por tanto, se hace necesario examinar cuál fue la voluntad de las partes contratantes al establecer la alteración de las obligaciones preexistentes, para lo que habrá que atender a los términos de la escritura de 28 de enero de 1968, en la que después de relacionar

(1) La reconstrucción entre paréntesis es nuestra.

detalladamente aquéllas, se pactó, de manera clara y terminante: a) que vencidos ambos préstamos, las partes contratantes han procedido a *la fijación del saldo pendiente* de pago por capital, intereses, costas, honorarios y cualquiera de otros extremos, conceptos y títulos hasta la fecha, *fijándole en la suma total y única* de 1.205.466,66 pesetas; b) que no siendo posible al deudor, don Ramón Igual Gimeno, hacer efectivo su débito por falta de sumario, y a tal efecto han convenido en *ampliar, prorrogar y modificar* los préstamos de referencia; c) que, en su mérito, otorgan que don Ramón Igual Gimeno *reconoce* formal y solemnemente, de su libre y espontánea voluntad, adeudar a don Jaime Rabarte Mingot la cantidad de 2.205.466,66 pesetas, *por razón de los préstamos hipotecarios referidos*; d) *que en garantía* de la devolución de la referida deuda, del pago de sus intereses hasta el máximo legal y por la cantidad fijada para costas judiciales, *quedan subsistentes y en toda su vigencia* las dos hipotecas constituidas, si bien ampliadas...; e) que la citada suma debida deberá ser satisfecha por el deudor dentro *del plazo de cuatro años* a contar desde hoy; f) que, además, satisfará el deudor al acreedor los correspondientes intereses semestrales de la cantidad debida al 7 por 100; g) no obstante, el deudor podía entregar a cuenta de la deuda cantidades parciales..., y h) que pactan cláusula de estabilización y se fija como cantidad máxima de responsabilidad hipotecaria para la primera hipoteca... y para la segunda...

Considerando que, en realidad, como claramente se desprende del contrato de la aludida escritura y afirma en la sentencia impugnada, lo en aquélla convenido fue un simple contrato modificativo, en el que dejando subsistentes las mismas estipulaciones de las dos hipotecas anteriores se procedió a fijar el saldo resultante, concediendo, además, al deudor un nuevo plazo o prórroga para el pago de las deudas ya vencidas, pero con idénticas obligaciones de satisfacer oportunamente principal, intereses y costas, todo lo cual, en sentir de la doctrina científica y de la jurisprudencial, no implica, en principio, novación de la obligación, pues el plazo o las facilidades de pago sólo afectan a la ejecución y no a la constitución de la obligación—sentencias de 9 de febrero de 1889, 28 de junio de 1904, 8 de julio de 1909, 2 de julio de 1917, 17 de marzo de 1933, 9 de marzo de 1934, 16 de mayo de 1945 y 5 de marzo de 1965.

Considerando que esto sentado resulta evidente la improcedencia del motivo sexto del recurso, en el que se denuncia la violación del artículo 1.281 del Código Civil—sin especificar cuál de los dos párrafos del mismo es el infringido—, ya que en dicho motivo se sostiene que en la tantas veces aludida escritura de 1968 se estableció como única regulación del plazo el de cuatro años, sin remitirse a la regulación obligacional de los dos préstamos anteriores ni a ninguna anticipación de ese plazo, cuando es precisamente lo contrario lo que en tal escritura se afirma, pues en ella se hace remisión expresa a aquellos préstamos y «se dejan vigentes (2) y en toda su vigencia las dos hipotecas constituidas»; para dar aparente base de su tesis, el recurrente tiene que entresacar de la escritura litigiosa las frases que le convienen y prescindir de las que le son adversas, olvidando que, como él más adelante proclama, las cláusulas de un contrato tienen que ser interpretadas las unas por las otras.

Considerando que precisamente esa exigencia completa de la escritura es la que hace la sentencia recurrida, la cual, aunque no cita el artículo 1.285 del Código Civil—que el recurrente reputa violado por ella—tiene en cuenta lo en él establecido y hace el examen conjunto

(2) Sin duda quiere decir "subsistentes", como se deduce del considerando cuarto. Otros errores similares han sido enmendados sin nota.

y armónico de todas las cláusulas del contrato, por lo que carece de fundamento la violación que de tal precepto le atribuye el recurrente en el motivo séptimo, que también tiene que ser rechazado.

Considerando que la repulsa de los motivos sexto y séptimo del recurso comporta la desestimación de todos los demás, pues en éstos la parte recurrente hace supuesto de la cuestión y toma como base de ellos la interpretación que a su tesis conviene, consistente en que el contrato de 1968 implicaba una novación extintiva de las relaciones obligacionales pactadas en las dos hipotecas anteriores, cuando tal contrato proclama precisamente su subsistencia.

Después de un primer considerando en el que el Tribunal Supremo centra la cuestión en torno al valor extintivo o simplemente modificativo que debe dársele al negocio jurídico de 1968, procede a construir el consabido silogismo judicial: derecho aplicable, hechos subsumibles y fallo o conclusión.

La primera tarea, la de la determinación del derecho aplicable, obliga a nuestros magistrados a verificar una estimable labor de deslinde o decantación entre la vieja figura de la *novatio* romana, presente en los artículos 1.203 y siguientes del Código Civil, y el importado negocio jurídico de modificación, cuya admisibilidad esta sentencia reitera y apoya. Su exposición, que sigue muy de cerca la de uno de nuestros tratadistas más prestigiosos, sólo peca en algún insignificante detalle, como el de seguir empleando la caducada terminología de «novación impropia o modificativa» (caducada porque sustantivo y adjetivo son inconciliables); pero, a cambio, consagra con gran aparato legal y jurisprudencial los principios de que son compatibles ambas figuras, de que el deslinde entre una y otra debe sustentarse en la voluntad de los otorgantes y en la «significación económica que se introduzca en las obligaciones preexistentes», y que en la duda se debe presumir querido por las partes el efecto más débil, o sea, la simple modificación.

La segunda parte, la de la subsunción de los hechos en el derecho, ya resulta más peliaguda y no tan satisfactoria. Es el propio Tribunal Supremo, en su considerando cuarto, el que entresaca de la escritura de 1968 las estipulaciones más relevantes; de acuerdo con ellas debe estimarse como dato: 1.º) el que las partes fijaron el saldo pendiente que, por todos los conceptos, una adeudaba a la otra—apartado a) del considerando—; 2.º) que don Ramón reconocía deber a don Jaime la cifra resultante—apartado c), siempre del considerando cuarto—; 3.º) que por imposibilidad de hacer efectivo el débito, por falta de numerario, convenían prorrogar los préstamos de referencia, cuyo pago debería verificarse dentro del plazo de cuatro años a contar desde la fecha del contrato, admitiéndose cantidades parciales anticipadas—apartados b), e) y g)—; 4.º) que, como contraprestación de la prórroga debería abonar el deudor un interés semestral del 7 por 100 (cfr. art. 1 de la Ley de 23 de julio de 1908 y multitud de sentencias que han considerado usurarios tipos notablemente inferiores)—apartado f)—, y 5.º) que como garantías del acreedor se pactaba una cláusula de estabilización y se mantenía la vigencia de las dos hipotecas, si bien ampliadas a las nuevas cantidades incluidas en el saldo—apartados h) y d)—. Es decir, resulta palmario que don Jaime concedió a don Ramón un nuevo plazo, en modo alguno gratuito, y que, pese a reclamar antes del término la suma debida, el Supremo convalida la ejecución expropiativa tendente a satisfacerla, con base en que el convenio había tenido un simple valor modificativo; pero, ¿y quién lo duda?, naturalmente que fueron modificados los préstamos hipotecarios anteriores, y precisamente lo fueron, al menos, en tres aspectos: en cuanto al objeto de la obligación (el saldo era superior a la cifra de cada préstamo aislado e incluso a la de su suma); en cuanto

a las garantías (se añadía una cláusula de estabilización y se ampliaban las hipotecas); pero, sobre todo, en cuanto a la circunstancia de tiempo (se concedía un nuevo plazo de cuatro años). ¿Y qué duda cabe que en esos extremos las obligaciones anteriores han quedado modificadas y si se quiere extintas? Lo contrario sería absurdo, pues nos llevaría a la conclusión de que pese al negocio modificativo posterior, los convenios anteriores seguían vigentes en todos sus elementos (plazo y garantías incluidos), cuando lo que se pretendía con aquel negocio era precisamente alterarlos. Es decir, que el Tribunal Supremo, deslumbrado con la útil distinción entre novación extintiva y negocio jurídico de modificación, no cae en la cuenta de que ambas figuras derogan total (la primera) o parcialmente (la segunda) el negocio jurídico inicial y que, por tanto, si en un convenio modificativo se ha concedido onerosamente un nuevo plazo no cabe desconocerlo, so capa de una distinción que no por brillante deja de resultar extemporánea.

En suma, al no compartir la premisa menor de su silogismo, no podemos menos que discrepar del Tribunal Supremo en la conclusión o fallo que le aplica.

**RECLAMACION DE CANTIDAD DERIVADA DE CONTRATO DE OBRA.
CARGA DE LA PRUEBA. (SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1971.)**

Don José María Guarro Tapia adquirió un «chalet», que, como le pareciera pequeño, determinó ampliarlo, ajustando la correspondiente obra con el constructor señor Luis Barba Casanova. El precio acordado fue el de 7.000 pesetas por metro cuadrado y el pago se realizaría a razón de 125.000 pesetas todos los meses hasta la cancelación definitiva del total importe de las obras. Mientras éstas se hallaban en curso, el señor Guarro abonó puntualmente los plazos, pero cuando estuvieron terminadas y pudo instalarse en el «chalet» pagó tan sólo cantidades fragmentarias y en intervalos irregulares; por último, dejó de hacerlo completamente, pese a los requerimientos insistentes del señor Barba, y éste se vio obligado a reclamar judicialmente el saldo existente de 412.844,40 pesetas.

Las tres instancias acogieron su demanda. Al Supremo acude el demandado pretendiendo atacar, entre otros motivos, la apreciación de la prueba hecha por las instancias, por lo que la decisión de aquél ofrece escaso interés doctrinal.

PACTO DE NO COMPETIR, SU INCUMPLIMIENTO. CONTRATO PRELIMINAR DE ARBITRAJE. DAÑOS Y PERJUICIOS. (SENTENCIA DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1971.)

Don Andrés Mariño Frade vendió a don Luis Rodríguez Rodríguez las participaciones sociales que a aquél correspondían en la común compañía «Grayco, S. L.», dedicada a la fabricación y pulimento de piedra natural. Tanto en el contrato privado en que dicha transmisión se efectuó como en el público a que fue elevado aquél, el vendedor, señor Mariño, asumió el compromiso de no ejercer la misma clase de industria a que venía dedicada «Grayco, S. L.». Sin embargo, al año siguiente de la cesión, el transmitente fundó por personas interpuestas una Sociedad Anónima, que aplicó a actividad idéntica a la que había abandonado. A la vista de ello, don Luis Rodríguez interpone demanda de juicio de-

clarativo de mayor cuantía, solicitando el cumplimiento del convenio y la indemnización de daños y perjuicios en cuantía a fijar en trámite de ejecución de sentencia. En la contestación el demandado opone, aparte excepción de incompetencia, por existir en el contrato privado un pacto de sumisión a arbitraje (que no fue recogido en la escritura pública), demanda reconvenzional basada en que se había fijado verbalmente un plazo de dos años al pacto de no competir.

El Juez de Primera Instancia desestimó la excepción de incompetencia y entrando en el fondo del asunto acogió, en parte, la demanda, pues ordenó el sometimiento al contrato y la indemnización de los daños en cuantía a fijar, y, en parte, la reconvencción, pues limitó el pacto de no competir al plazo de dos años a partir de la firmeza de la sentencia. La Audiencia confirmó el fallo y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso.

En su primer considerando confirma el Supremo la decisión de instancia en punto a la competencia, pues el compromiso de arbitraje, ex artículo 13 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, incluida luego en la L. E. C., no llegó a ser formalizado, permaneciendo como simple contrato preliminar nunca consumado. Es interesante destacar que este motivo, como de orden público, lo analiza el Supremo, pese a que el recurrente no había citado el concepto en que se violaba la Ley Rituaria.

En los tres restantes considerandos desecha el Alto Tribunal con todo acierto otros tantos motivos de escasa solidez.

J. M. R. P.

IV. FAMILIA

FIJACION DE ALIMENTOS DEFINITIVOS. INTERPRETACION DE LOS ARTICULOS 142 Y 146 DEL CODIGO CIVIL: EL CONCEPTO DE «ALIMENTOS» PROPIAMENTE DICHOS Y LA NECESIDAD DEL ALIMENTISTA. EL ARTICULO 148 DEL CODIGO CIVIL Y LA EXIGIBILIDAD DE LOS ALIMENTOS: GARCIA C. ASENSIO. (SENTENCIA DE 2 DE DICIEMBRE DE 1970.)

Antecedentes.—I) La esposa demandante promovió en su día proceso canónico de separación conyugal contra su esposo, aquí demandado, ante el correspondiente Tribunal Eclesiástico Diocesano, el cual dictó sentencia decretando la separación de los cónyuges por tiempo indefinido por causa de sevicias físicas y morales del esposo contra la esposa y ordenando que los hijos del matrimonio quedaran en poder de la madre. II) Preparadas las pertinentes diligencias provisionales de separación conyugal en el orden civil se dictó auto en 1966, por el que—entre otras medidas—«se fija en la cantidad de 10.000 pesetas el auxilio económico necesario para la subsistencia de la esposa y de los tres hijos del matrimonio... hasta que se interponga y admita la demanda correspondiente». III) Siendo fundamental, a los efectos de la determinación cuantitativa de la deuda alimenticia, el conocer el nivel social y económico de las personas afectadas por la misma, la esposa demandante alegó los hechos que afectaban cualitativamente a los litigantes: que los «alimentos provisionales» que le fueron concedidos eran una cantidad a todas luces insuficiente, por lo que tuvo que acogerse al auxilio de su madre; que esta situación no es justa ni recomendable para la educación de los hijos del matrimonio; que la vida de la esposa y sus hijos debe constituirse bajo una tónica de normalidad, conforme al nivel social y económico que les corresponde, para lo que es preciso que el esposo demandado atienda a su subsistencia en forma bastante y conformada a sus posibilidades económicas. Por su parte, el esposo demandado alegaba: que era un profesional corriente con ingresos normales; que el piso que habita gratuitamente pertenece a su hermana; que el automóvil que utiliza no es un lujo, sino una necesidad impuesta por su profesión; que no paga Contribución sobre la Renta.

La súplica de la demanda es que se dicte sentencia por la que: 1) se declare que el demandado... tiene obligación de pagar alimentos definitivos desde la fecha de interposición de la demanda; 2) se condene al demandado a estar y pasar por la precedente declaración y a que pague alimentos definitivos a su esposa e hijos desde el momento de interposición de esta demanda o desde la constitución de la relación procesal con el emplazamiento del demandado, cuyos alimentos se abonarán por meses anticipados y en la cantidad de 30.000 pesetas mensuales o la que se determine en el procedimiento o en ejecución de sentencia como pro-

porcional y adecuada, por el Juzgado, atendiendo a las necesidades de los alimentistas y al nivel económico y social de la familia.

El demandado contestó y se opuso a la demanda, suplicando se dicte sentencia en la que, con desestimación de la demanda, se declare que los alimentos «definitivos» que debe satisfacer sean los anteriormente acordados por el Juzgado con el carácter de «provisionales», es decir, las 10.000 pesetas mensuales fijadas.

Entre las pruebas presentadas y practicadas se efectuó la de confesión, y en ella la esposa demandante—al absolver las posiciones del pliego formulado por el demandado—«confiesa que con la cantidad de 8.000 pesetas mensuales, viviendo económicamente, puede tener para atender a las necesidades que han de cubrirse con los alimentos que solicita».

El Juzgado de Primera Instancia, estimando parcialmente la demanda y declarando que el demandado tiene obligación de pagar alimentos definitivos, le condena a satisfacer a la actora—para sí y para sus hijos menores de edad—la suma de 20.000 pesetas mensuales a partir del emplazamiento del demandado, cuya diferencia en relación con los abonados satisfará de una vez, haciéndolo en lo sucesivo por meses anticipados.

La Audiencia confirmó totalmente la sentencia del Juzgado, apelada por el demandado.

El demandado interpuso recurso de casación por infracción de Ley, en base a los siguientes motivos:

1.º Por error de derecho en la apreciación de las pruebas, al amparo del artículo 1.692, 7.º, de la L. E. C., al infringir, por no aplicación, el artículo 1.232, 1.º, del Código Civil: por ser la confesión la reina de las pruebas, excluyente de las restantes, y referirse aquí a un hecho, el constituido por las necesidades de la parte actora, de naturaleza eminentemente subjetiva y hasta personalísima, cobrando así la confesión referida a tal hecho un mayor relieve; de manera que al confesar que puede «vivir económicamente», ello no puede significar otra cosa que vivir con arreglo a los principios que rigen la economía doméstica.

2.º Por violación del artículo 142, 1.º, del Código Civil, en el inciso «según la posición social de la familia»: porque tal referencia no puede considerarse relativa a que los alimentos comprendan lo superfluo, lo que constituye ostentación y no necesidad; debiendo entenderse la frase «lo que resulte indispensable» de tal precepto como que «lo indispensable» será mayor o menor, según sean mayores o menores las necesidades.

3.º Por violación del artículo 146 del Código Civil: se habla también aquí de la cuantía de los alimentos en relación con las necesidades del que los recibe, o sea, necesidad en el único sentido susceptible de esta palabra; de modo que los alimentos han de estar integrados por «lo indispensable», por lo que cubra las necesidades y nada más, pero no ser mayores que los que la parte ha confesado que son suficientes.

4.º Por aplicación indebida del artículo 148 del Código Civil, en cuanto al abono de los alimentos desde la fecha de interposición de la demanda: porque la sentencia impugnada no es una sentencia «declarativa» que reconozca una obligación preexistente no exigible en tanto el beneficiario no ejercite su acción, sino que se trata de una sentencia de condena o prestación constreñida a una elevación de la cuantía alimenticia con efectos definitivos en relación con la fijada provisionalmente; por tanto, los efectos de tal sentencia sólo cabe que se produzcan a partir del momento en que se produce la modificación; el artículo 148 del Código

Civil, que se denuncia infringido, ya fue aplicado debidamente cuando se declaró, con base en el mismo, el derecho y la obligación alimenticia inicialmente señalada, por lo que no cabe aplicarlo de nuevo ahora, que la resolución se limita a modificar cuantitativamente la prestación dándole carácter permanente.

El Tribunal Supremo rechaza este recurso, sentando la doctrina siguiente:

Visto siendo ponente el Magistrado don Manuel Lojo Tato.

Considerando que basado este recurso de casación por infracción de Ley en cuatro diferentes motivos, solamente en el primero de ellos, por la vía que señala el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, *se combate la apreciación de la prueba hecha por la Sala de Instancia, alegándose error de derecho en su valoración*, con infracción, por no aplicarlo, del artículo 1.232 del Código Civil, con lo que viene a sostenerse la violación, en su aspecto negativo, del mencionado precepto legal, en orden a la cuantía de la prestación de alimentos reclamada en la demanda, en favor de la accionante y sus tres hijos menores que han quedado en su compañía, *refiriéndose la expresada infracción a la contestación dada por la aludida demandante al absolver las preguntas octava y novena del pliego de posiciones articulado por el demandado, ahora recurrente, e interpretando éste, al desarrollar dialécticamente dicho motivo, la significación de las respuestas dadas por la confesante; mas ha de notarse, en primer lugar, que la actora, al absolver la posición octava, no hizo más que especificar las cantidades que en diversas temporadas le fueron entregadas por su marido cuando él vivía en el domicilio conyugal, que ahora ocupa el recurrente, pero sin concretar fechas, aunque «últimamente»—dice—le entregaba 10.000 pesetas mensuales, observándose que la cuantía de esas cantidades fue siempre en aumento, y en cuanto a la posición novena, debe señalarse que la confesante comienza negando su contenido, diciendo no ser cierto lo que se le pregunta en ella, y aunque seguidamente viene a expresar un juicio en el que juega la palabra «económicamente», reconociendo que existen otras personas que viven con mucho menos, esa contestación no se refiere realmente a un hecho propio de la confesante y, por otra parte, hay que apreciarla en su totalidad, no siendo explícita ni absoluta; pero, además, tampoco es cierto, cual llega a afirmar la parte recurrente, que no existen «pruebas restantes», pues tanto en la resolución recurrida como en la sentencia de primer grado se analizan, comparan y ponderan diversas probanzas y elementos de juicio que se detallan, así como signos exteriores de riqueza, de todos los cuales extrae su convicción el Juzgador de instancia, sin que la confesión de la mujer demandante tenga el valor decisivo, en contrario, que el recurrente quiere atribuirle, por todo lo que perece este motivo primero.*

Considerando que en los motivos segundo y tercero, acogidos al ordinal primero del antes citado artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, *se acusa la violación del artículo 142 del Código Civil, resaltando el impugnante la frase «todo lo que es indispensable», que el citado precepto emplea, frase a la que da un sentido restrictivo, y, asimismo, se denuncia la violación del artículo 146 del citado Cuerpo Legal, insistiendo en que «los alimentos han de estar integrados por lo indispensable, por lo que cubra las necesidades y nada más»; pero este criterio resulta insostenible, pues aquí se trata de los alimentos debidos a la mujer y a los tres hijos menores del propio recurrente, y hay que distinguir, cual se deduce de la comparación entre los artículos 142 y 143 del mentado Código, los alimentos propiamente dichos, civiles o amplios, y aquellos «auxilios necesarios para la subsistencia», a que se contraen los dos últimos párra-*

fos del artículo 143, conocidos éstos como alimentos naturales o restringidos, refiriéndose el artículo 146 del repetido Cuerpo Legal a los alimentos civiles en sentido amplio, en los que para determinar su cuantía hay que tener presente, tanto la necesidad de aquellos en cuyo favor se demandan como la importancia del caudal de la persona obligada a prestarlos; siendo insostenible, pues, la interpretación restringida que el recurrente propugna, contraria a la doctrina general y a la jurisprudencia, cual así viene a reconocerlo la sentencia de esta Sala de 11 de abril de 1946, cuando se trata de cónyuges, doctrina también aplicable a los hijos legítimos, no incluidos en el número 4.º del artículo 143, de acuerdo con los deberes que el matrimonio y la paternidad imponen, todo lo que conduce a la desestimación de los expresados motivos.

Considerando, además, que conforme a reiterada y conocida jurisprudencia de esta Sala, «dentro de los límites establecidos en el artículo 146 del Código, corresponde al prudente arbitrio de los Tribunales de Instancia determinar el importe o cuantía de la pensión a satisfacer en concepto de alimentos, no pudiendo impugnarse en casación la sentencia que la señala, salvo cuando, atendidos los recursos del obligado a prestar alimentos y las necesidades del favorecido, según posición social de la familia (factor muy tenido en cuenta en este caso por el Tribunal a quo), sea notoria la desproporción de la cantidad fijada, extremo éste que deberá acreditarse de manera cumplida para que pueda prosperar en recurso de casación», siendo múltiples las sentencias que pudieran citarse al respecto, debiendo advertirse que ni la Sala de Instancia desconoció o violó los preceptos legales antes citados ni tampoco se acreditó la existencia de aquella notoria desproporción de la cantidad en este caso fijada para alimentos, lo que corrobora el criterio sostenido para la desestimación de los tres primeros motivos del recurso.

Considerando que es el propio artículo 148 del Código Civil, precepto que en el cuarto de los motivos se dice haber sido aplicado indebidamente, el que, señalando la exigibilidad de los alimentos en su primer párrafo, dispone, sin distinguos, en el segundo, que «no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda», y esto es lo que, en síntesis, y de acuerdo con la Ley, viene a prescribir la sentencia recurrida, al confirmar la dictada en la primera instancia, señalando el cumplimiento de la obligación alimenticia, una vez fijada la cantidad definitiva, importe de la misma a partir del emplazamiento de la demanda, que fue cuando tuvo conocimiento el demandado de la petición contra el mismo interpuesta, careciendo de consistencia la argumentación de este último motivo, que, como los que le preceden, debe ser también rechazado.

Considerando que, en consecuencia, al no prosperar ninguno de los cuatro motivos en que se fundamenta este recurso, procede declarar no haber lugar al mismo, con las preceptivas costas al recurrente y pérdida del depósito constituido.

RECONOCIMIENTO DE HIJO NATURAL. LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 135 DEL CODIGO CIVIL: EL «ESCRITO INDUBITADO» Y LA VOLUNTAD EXPRESA DE RECONOCER. INTERPRETACION DE LAS DECLARACIONES DE VOLUNTAD Y LOS ARTICULOS 1.281 Y 1.282 DEL CODIGO CIVIL. ERROR DE HECHO EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS DOCUMENTALES: DEL RIO C. CACHALDORA Y MINISTERIO FISCAL. (SENTENCIA DE 11 DE DICIEMBRE DE 1970.)

Antecedentes.—I) La demandante, soltera, había vivido siempre en compañía de sus padres, que tuvieron alojado cierto tiempo al demandado en régimen de hospedaje. II) Con motivo de la convivencia bajo el

mismo techo surgieron entre demandado y demandante relaciones amorosas y, como consecuencia, la actora quedó embarazada. III) Ocultado dicho estado a los padres de ella, se convino en que la actora marchase a otra ciudad, fiada en las promesas de matrimonio, y dio comienzo un carteo entre ambos. IV) El examen de las cartas escritas por el demandado, fundamental, como prueba decisiva después en el pleito, determina, en síntesis, la evidente participación de él y su responsabilidad en el embarazo, y un estudio sistemático comparado de todas las cartas lleva a elegir las frases siguientes, según el propio tenor literal (*sic*): «la decisión tomada por ambos ha sido la peor...; te recomiendo tranquilidad...; te recuerdo vayas al médico, por lo menos, una vez al mes»; manifiesta el demandado su intranquilidad y preocupación por la salud de ella y le pide piense mucho en ella, en lo que va a venir y en él mismo, «que está lleno de ilusión, de tristeza, de angustia y de desesperación...»; el demandado muestra su preocupación y remordimiento por lo ocurrido al decir: «tienes que comprender que no lo estoy pasando muy bien y que no puedo evitar el pasar momentos de verdadera angustia, al pensar que no merezco que tus padres se porten bien conmigo, ya que les estoy engañando...»; «esta situación me tiene también a mí preocupadísimo...»; «antes o después, tus padres se tienen que enterar...»; «sé que lo más importante soy yo, que tengo la solución en la mano para hacerte feliz, ya que cómo no voy yo a pensar que te he hecho mucho daño»; en otra carta posterior aconseja el demandado a la actora que regrese con sus padres, ya que él ya no reside en su ciudad y siente no poder estar con ella en los días que se acerca el alumbramiento. V) El carteo se produce entre los meses de mayo y agosto; en la última carta él—en nota marginal—le anuncia que tiene novia desde hacía cinco años. VI) A fines del mismo año, la actora da a luz un niño, inscrito en el Registro Civil con sus propios apellidos. VII) Después del nacimiento hay otra carta del demandado en la que no aparecen los términos cariñosos de enamorado de las anteriores; habla de sus afanes profesionales y dice alegrarse del nacimiento, «pues ahora es lo que tú deseabas»; dice que ella sabrá comprender que «su comportamiento no fue de mala fe, sino consecuencia de una situación de verdadera desesperación, ya que desde que empezó esto no tuve un solo momento de tranquilidad», y añade que habrá ocasión y tiempo para reconocer al hijo de ambos y casarse. VIII) Al parecer, el demandado no tuvo tiempo ni encontró ocasión para cumplir con sus promesas y su obligación de padre. Ella le recordó sus promesas y le pidió el reconocimiento, viajando al lugar de residencia de él.

La actora, previa petición en incidente de pobreza de ser reconocida pobre en sentido legal, formula demanda en la que—tras las alegaciones expuestas antes resumidamente—termina con la súplica de que en su día se dicte sentencia por la cual, estimando la demanda en todas partes, se condene al demandado a reconocer como hijo natural al habido entre él y la actora, realizando todos los trámites necesarios para tal reconocimiento y a estar y pasar por esta declaración.

Interpuesta la demanda ante el Juzgado del domicilio de la actora, el demandado promovió ante el Juzgado de su propio domicilio cuestión de competencia por inhibitoria a favor del Juzgado propio. Resuelto a favor de este último Juzgado, se le remitieron los autos originales. Entonces, personándose en ellos, contestó y se opuso a la demanda, con la súplica de que fuera desestimada.

Se le dio traslado al Ministerio Fiscal, quien se personó en autos y manifestó que «observa que el interés público que le está encomendado se ha garantizado suficientemente y, en su consecuencia, interpone su oficio». No presentó escrito alguno.

El Juzgado del domicilio del demandado dictó sentencia, por la que, desestimando la demanda, declaró absolver al demandado.

La Audiencia dictó sentencia, por la que, revocando la sentencia apelada y estimando en todas sus partes la demanda, condena al demandado a que reconozca como hijo natural al habido entre él y la actora.

El demandado 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, según resulta de los documentos auténticos obrantes en autos, que demuestran la equivocación evidente del juzgador: las cartas autógrafas del recurrente que se acompañan a la demanda son documentos auténticos e indubitados. El motivo se limita a la *quaestio facti*, en base al artículo 1.692, 7.º, de la L. E. C.

2.º Por violación de los artículos 1.281 y 1.282 del Código Civil: porque el fallo recurrido interpreta erróneamente las declaraciones de voluntad del recurrente contenidas en los documentos auténticos—cartas—en que se funda la demanda, siendo tal interpretación una *quaestio iuris* en la filiación natural, ya que los invocados siete escritos indubitados sistemáticamente interpretados evidencian que el recurrente no reconoció expresamente su paternidad, sino que tan sólo reconoce que ha cohabitado con la actora, que ella está embarazada y se alude al posible fruto de su embarazo («lo que va a venir»), pero jamás explícitamente reconoce que el concebido sea suyo.

3.º Infracción, por interpretación errónea, del artículo 135, 1.º, del Código Civil y de la doctrina legal contenida en sentencias de 29 de noviembre de 1958 y 16 de mayo de 1963: ya que si, en efecto, el «padre está obligado a reconocer al hijo natural cuando exista escrito indubitado en que expresamente reconozca su paternidad», de ello se infiere que no basta para imponer esta obligación la mera participación en el embarazo de la madre, sino que es menester la voluntad expresa del padre en la relación filial.

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

Visto siendo ponente el Magistrado don Manuel Lojo Tato.

Considerando que *antes de proceder al examen concreto de los tres motivos sustentadores de este recurso, para su mejor decisión conviene resaltar que, como tiene sostenido este Tribunal, sentando una doctrina reiterada* (entre otras, sentencias de 25 de mayo y 3 de julio de 1945, 24 de mayo de 1956, 29 de noviembre de 1958, 16 de mayo de 1963 y 14 de junio de 1967), *ya no cabe dar al artículo 135 del Código Civil, en su número 1.º, un sentido riguroso y restrictivo, en cuanto se refiere al «escrito» en que expresamente se reconozca la paternidad, criterio que antes se amparaba en la base 5.ª de la Ley de 11 de mayo de 1888, sino que, abandonando la llamada doctrina de la voluntad, hay que partir del propio texto del artículo 135 para fundar en él el reconocimiento forzoso de los hijos naturales, pues se advierte en el Código, cual se destaca en la sentencia de 24 de mayo de 1956, el visible propósito de atenuar el principio rigurosamente prohibitivo, que había pretendido instaurar el artículo 127 del Proyecto de 1851; advirtiéndose, como hace notar la sentencia de 14 de junio de 1967, que el reconocimiento de paternidad lo mismo puede inferirse de ciertos actos que han de servir de base a la acción de declaración judicial de esa paternidad—reconocimiento tácito—, que manifestarse a través de la palabra oral o escrita—reco-*

nocimiento expreso—, *sin que, por otra parte, sea preciso que el escrito indubitado, en su caso, haya sido hecho con el deliberado propósito de reconocer legalmente al hijo*, puesto que el mismo Código no exige que en el escrito conste una voluntad de reconocer legalmente al hijo por suyo, deliberadamente expresada con este fin, *debiendo imperar una interpretación declarativa del antes mentado artículo, por ser ésta la que más se acomoda al propio texto legal; pero, además, debe también notarse que el artículo 135 no prescribe, concreta y taxativamente, la fórmula o el modo en que haya de expresarse o declararse la paternidad biológica, por lo que es el Tribunal a quo quien tiene, en cada caso, la facultad de valorar e interpretar, en principio, la documentación presentada*, ya que a la Sala sentenciadora incumbe, en general, esa labor valorativa y exegética, *a fin de estimar si existió o no esa confesión de paternidad*, aunque sus apreciaciones puedan ser combatidas por medio de los cauces procesales correspondientes.

Considerando que *el primero de los motivos del recurso se encauza por el número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, y en él se arguye que la sentencia recurrida ha incurrido en error de hecho al apreciar las pruebas*, según resulta, en opinión del recurrente, de los documentos auténticos obrantes en los autos, que, en su sentido, demuestran la equivocación de la Sala sentenciadora de instancia; *mas para la constatación del supuesto error de hecho, la parte recurrente se apoya en las mismas cartas, indudablemente reconocidas por el demandado, ahora recurrente, que la Sala de instancia tuvo presentes para emitir su fallo, por lo que no son atacables por vía de hecho, puesto que el Tribunal a quo no sólo no las ha desconocido, sino que las valoró y tuvo en cuenta; pero, además, el recurrente escoge las expresiones epistolares que le favorecen y prescinde de otras que resultan en la sentencia impugnada, así como de la correlación lógica que entre las misivas existe, de las cuales extrae la Sala, por las frases empleadas, claramente la paternidad reconocida del demandado, razones obvias por las que no puede prosperar el activo primero; en cuanto al segundo, acogido al ordinal 1.º del artículo 1.692 de la antes mentada Ley Procesal, en el que se acusa la infracción, por violación de los artículos 1.281 y 1.282 del Código Civil, se alega que se interpretan erróneamente las declaraciones de voluntad del recurrente contenidas en los documentos auténticos antes examinados sobre los que se funda la demanda, refiriéndose a las mismas cartas, manuscritas por el hoy impugnante y reconocidas por el mismo bajo juramento, expresando que las siete escritas indubitadas, «sistemáticamente interpretadas», evidencian que el recurrente no reconoció expresamente «su paternidad», pero debe señalarse que si lo que quiere destacarse es una interpretación «sistemática» contraria a la sostenida por la Sala de instancia, ello sólo podría hacerse invocando como infringido el artículo 1.285 del Código Civil, en cuanto fuera aplicable, estableciendo con claridad esa tesis comparativa, pero lo que hace el recurrente es destacar solamente algunos párrafos de las cartas, omitiendo aquellos que se hacen resaltar en la resolución que se impugna por ser más expresivos y reveladores de su intención, por todo lo que es claro que el criterio de la Sala debe prevalecer, como sostiene en cuanto a la interpretación de los negocios jurídicos la reiterada y conocida jurisprudencia de este Tribunal, ya que la conclusión que la Sala de instancia extrae, en modo alguno peca de irracional o de ilógica, máxime si se comparan sistemáticamente todas las epístolas aludidas, por lo que el criterio subjetivo del recurrente no puede sobreponerse al recto y autorizado del Tribunal a quo, razones todas conducentes a la desestimación de este segundo motivo.*

Considerando que *en cuanto al tercero*, en el que, por la misma vía procesal que su antecedente, se denuncia que la sentencia impugnada *infringe, por interpretación errónea, el artículo 135, caso 1.º, del Código Civil, habida cuenta de la doctrina expuesta en el razonamiento inicial* de esta sentencia, *así como de la desestimación de los motivos primero y segundo, tampoco puede ser acogido dadas las apreciaciones fácticas y hermenéuticas mantenidas en su resolución por el Tribunal a quo, sin que pueda tenerse como infringida, por interpretación errónea, la doctrina legal contenida en las sentencias de esta Sala de 29 de noviembre de 1958 y 16 de mayo de 1963, puesto que precisamente la Sala de instancia recoge con acierto la doctrina que esas sentencias propugnan, en cuanto al alcance y sentido del número 1.º del artículo 135 del Código Civil, con cita expresa, entre otras, de las sentencias de esta Sala de 24 de mayo de 1956, 2 de marzo de 1955 y 29 de noviembre de 1958; sin que, por otra parte, se hayan dado los supuestos fácticos contemplados en esta última resolución, pues en el caso que ahora se estudia la Sala admite que el demandado se ha reconocido como «culpable del embarazo» de la mujer y «responsable» del mismo, estimándose autor «del daño» causado, cuya «solución tenía él», afirmando la Sala sentenciadora «su participación» en el nacimiento del hijo, que ahora pretende desconocer, debiendo, pues, ser respetadas todas las apreciaciones por dicha Sala hechas concernientes a la demostrada paternidad del demandado, siendo el hijo nacido la consecuencia natural de aquel estado de embarazo del que se declaró culpable y responsable, debiendo entenderse que el hijo nacido, al que se refiere la última carta, por ser el fruto normal del embarazo, lo es de la accionante y del demandado, por todo lo que también este motivo tercero tiene que ser rechazado, al no existir las infracciones en el mismo denunciadas.*

Considerando que *al no prosperar los tres motivos* fundamentales del recurso *debe, en consecuencia, declararse no haber lugar al mismo*, con imposición preceptiva de costas al recurrente y sin adoptar acuerdo en cuanto al depósito por no haber sido procedente su constitución.

J. C. G.

V. SUCESIONES

COMUNIDAD HEREDITARIA. FACULTADES DISPOSITIVAS DE LOS COHEREDEROS. (SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 1971.)

Antes de hacerse la partición ningún coheredero puede, por sí solo, enajenar ni gravar un objeto del caudal relicto ni una parte alícuota de un bien integrado en el caudal.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Cantos Guerrero, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, confirmatoria de la del Juzgado número 3 de Córdoba, por los demandados y apelantes, según la siguiente doctrina:

Considerando que afirmado en ambas instancias y no discutido en casación el derecho que asiste a cada uno de los comuneros para dividir la cosa común, adjudicada a una comunidad hereditaria, se está en el caso de determinar, y así lo hace la sentencia de instancia, la participación que, teniendo en cuenta las transmisiones, unas *inter vivos* y otras por causa de muerte, que se han realizado en la finca que se trata de partir, corresponde a cada una de las personas interesadas, al no existir acuerdo entre ellas, precisamente por la valoración discrepante que dan a aquellos actos de transmisión.

Considerando que la instancia parte de una acertada distinción, en cuanto a la posibilidad de disponer del caudal hereditario, entra la comunidad creada sobre una finca a virtud de una partición y adjudicación de herencia debidamente documentada, aunque la participación de cada condueño se fije por cuotas ideales, caso en el cual pueden libremente disponer de ellos, y la comunidad hereditaria, creada por el solo hecho de la muerte del causante y de la declaración de herederos, antes de hacerse partición, período en el cual todo acto dispositivo ha de realizarse conjuntamente por todos los herederos (sentencias de 30 de abril de 1935 y 15 de febrero de 1947), pero sin que pueda uno solo por sí, antes de practicada la división, enajenar ni gravar un objeto del caudal relicto ni una parte alícuota de un bien integrado en el caudal, aunque en su día pueda corresponder (sentencias de 26 de enero de 1906, 11 de abril de 1953 y 15 de marzo de 1945); criterio que para ser aplicado al caso de autos lleva a la instancia al estudio de todas las transmisiones habidas, partiendo de cuando la finca en cuestión pertenecía por mitad a doña A. P. T. y su hermana, doña M. P. T., afirmando que la única operación divisoria que se ha formalizado de la referida finca se hizo cuando falleció la última de dichas partícipes, en la que se adjudicó por quintas partes su mitad, o sea, por décimas partes del total de la finca, a sus hermanos, doña A., don R., doña C. y doña C., así como en igual proporción a su sobrina, doña P. P. B., en representación de su padre, premuerto, don E., hermano de la causante, por escritura de protocoli-

zación de 7 de enero de 1952; pero que, en cambio, al fallecer con posterioridad doña C. P. T., el 22 de diciembre de 1960, sin haber dispuesto, ni *inter vivos* ni por testamento, de su décima parte adjudicada en dicha finca, se aprobó la declaración de herederos, a favor de los sobrevivientes antes referidos, por auto de 9 de junio de 1961, y no se hizo partición de la herencia; no obstante, doña C. P. T. dispuso en vida, por compraventa y por partida doble, no sólo de la décima parte de la finca que por escritura de división de 7 de enero de 1952 le pertenecía como heredera de su hermana doña R., sino también de la cuarta parte de una décima de dicha finca que había pertenecido a su hermana doña C., ya fallecida, y de la que había sido declarada heredera, pero cuya división no se había efectuado, y en igual anormalidad incurrió don R. P. T., que, por escritura de 8 de mayo de 1961, donó a sus cuatro hijos, doña J., don A., doña P. y doña M. J., no sólo la participación que en la herencia de su hermana doña R. le había sido adjudicada, sino también la cuarta parte de otra décima que le correspondía como heredero declarado de su hermana doña C.; transmisiones que la sentencia impugnada da como válidas en cuanto se refieren a la herencia de doña R., pero no, sobre todo, para terceros, en cuanto al derecho indiviso heredado de doña C., a todos cuyos herederos convoca a la división de la cosa común.

Considerando que en vida, como hemos dicho, doña C. P. T., fallecida el 13 de julio de 1965, dispuso dos veces de sus participaciones de toda índole en la finca de autos, una por escritura pública de 6 de febrero de 1965, en la que las vendió a su sobrino, don A. P. H., en cuyo contrato éste, una vez reembolsado el precio satisfecho, subroga a su hermana, doña J. P. H., y otra vez por documento privado de 28 de febrero de 1965, presentado a la liquidación del impuesto de derechos reales el 5 de abril de igual año, en el que aparecen como compradores de la mitad de sus participaciones su sobrina, doña P. P. B., hija de su hermano don E., premuerto, y en la otra mitad los hijos de su hermana A.: J. A., P., C. y L. G. P.; venta esta segunda que en su totalidad es considerada como ineficaz por la sentencia de instancia, contra cuya apreciación se alzan los dos primeros motivos del recurso, al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación del artículo 1.473, en relación con el 445 del Código Civil, el primero, y por violación del contenido de determinadas sentencias del Tribunal Supremo, el segundo, y hay que desestimarlos por las siguientes razones: Primera, porque el documento privado de 28 de febrero de 1965 carece de las necesarias garantías de autenticidad, como dice la instancia, pues aunque es cierto que la firma de doña C. fue reconocida por peritos, ningún reconocimiento se ha hecho de la otra estampada, de ser auténtica, por una sola de las sobrinas sin constancia de que representara a las demás compradoras. Segunda, porque de todas las participaciones en la finca a que se refiere el mencionado documento ya había dispuesto anteriormente doña C., por escritura pública de 6 de febrero de 1965, lo que motiva el hecho significativo de que es despachado sin limitar por la Abogacía del Estado y la nulidad de dicha escritura sólo podía haberse pedido a reconvencción por la parte demandada, lo que no se ha pedido; por lo cual, la pretensión resulta improsperable, pues al ser plenamente válido el documento público, aunque diéramos valor al documento privado, la fecha anterior del instrumento notarial daría siempre la prioridad a quien en él figura como comprador por imperativo precisamente del último párrafo del artículo 1.473 invocado, al no constar como afirmación de hecho de la instancia, ni como logro por el cauce adecuado en el recurso, la mala fe de ninguna de las partes, ni la posesión, ni la inscripción en el Registro preferentes.

Considerando que en el motivo tercero se alega, al amparo del núme-

ro 1.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, la violación del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, aludiendo a que si bien en la demanda se pedía sólo la asignación a la actora de las dos décimas partes de la finca: una, la recibida por donación de su padre, y otra, la adquirida de doña C., ambas de su origen más remoto, como adquiridas por aquellas en adjudicación de la herencia de doña R., en otros documentos por la parte presentados al juicio se alude a adquisición de octavas partes y el motivo es recusable, por no respetar los hechos probados y por su confusión, pues realmente lo que se pide en la demanda y lo que se otorga en la sentencia sólo puede compararse, para fundamentar un motivo de casación por incongruencia, con invocación de los números segundo o tercero del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, aparte de que no existe contracción, como veremos seguidamente.

ACCION DE NULIDAD DE TESTAMENTO. PROTOCOLIZACION DE TESTAMENTO OLOGRAFO. (SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 1971.)

La acción de nulidad de testamento es personal.

El Tribunal Supremo, en sentencia en la que ha sido ponente el Magistrado don Juan Antonio Linares Fernández, declara no haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto por la parte demandada y apelante contra la sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, confirmatoria de la del Juzgado de Primera Instancia número 27 de la misma capital, según las siguientes consideraciones:

Considerando que el motivo único del recurso, amparado en el número 6.º del artículo 1.693 de la Ley, por aplicación indebida de la regla 1.ª del artículo 62, en cuya aplicación se ha fundado la sentencia, para estimar competente la jurisdicción de Madrid, ataca tal criterio apoyándose en estimar que no es personal, sino mixta, la acción ejercitada sobre eficacia e ineficacia de un testamento y porque el artículo 689 del Código ordena la protocolización del testamento ológrafo en el Juzgado del domicilio del testador y que para testamentarias abtestatos es competente el del lugar del último domicilio del causante, porque no puede separarse la cuestión de la eficacia del testamento del hecho de haber pedido el mismo actor la protocolización en Nava del Rey, porque el pleito es una citada consecuencia de la denegación de la protocolización por aquel Juzgado, estimando este pleito incidencia de la protocolización denegada.

Considerando que en cuanto al carácter de la acción entablada no puede negarse que es personal, pues nuestro Código no admite las acciones mixtas, que han muerto por sus silencios, sentencias de 20 de junio de 1928 y 16 de mayo de 1945, en la primera de las cuales se dice que si la de 20 de febrero de 1893 admite las acciones mixtas es porque aplica normas anteriores al Código a unos derechos nacidos al amparo de nuestra legislación histórica, derogada por el último artículo del Código, y hoy, según se establece en la citada sentencia de 20 de julio de 1928, la acción de nulidad de un testamento tiene carácter personal, siguiendo igual criterio las de 24 de octubre de 1926, 7 de junio de 1927, 26 de julio de 1928 y las citadas en la sentencia recurrida, por lo que la acción esgrimida en estos autos hay que estimar que tiene carácter personal.

Considerando que tratándose de una acción personal y siendo dos personas demandadas, como aquí ocurre, que residen en localidades de distinto sitio, es Juez competente el de cualquiera de los demandados a elección del demandante, párrafo segundo de la regla 1.ª del artícu-

lo 62 de la Ley, interpretado por sentencias, entre otras, de 14 y 27 de octubre de 1911, 30 de octubre de 1939, 25 de abril de 1940 y 7 de enero de 1947, así como las citadas en la sentencia que se impugna.

Considerando que el hecho de que se pidiera la protocolización de los testamentos en el Juzgado de Nava del Rey no puede conceder jurisdicción preferente a dicho Juzgado, pues la sumisión no puede invocarse en actos de jurisdicción voluntaria, por lo que tal petición de protocolización no determina la sumisión del artículo 56 para el posterior pleito de eficacia del testamento, pues, como dice la sentencia de primer grado, es reiterada la doctrina, por las sentencias que cita en su considerando segundo, que la intervención de la protocolización que no constituye contienda entre partes no significa sumisión al Juzgado ni obsta a que, caso de promoverse el pleito, sean de aplicación los artículos 62 y siguientes para determinar la competencia.

ALBACEAZGO. HERENCIA YACENTE. ADMINISTRACION DE LA HERENCIA. LEGITIMACION PROCESAL ACTIVA. (SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 1971.)

Ejercitada acción de desalojo de finca rústica e indemnización de perjuicios por la viuda, nombrada albacea en el testamento de su marido, después de transcurrido el plazo de duración del albaceazgo, y exceptuando la falta de legitimación activa de la demandante por el demandado, el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Córdoba estima la demanda en cuanto al desalojo, sentencia que confirma la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, a la que apeló el demandado.

Interpuesto recurso de casación por el demandado y apelante, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Antonio Peral García, según los razonamientos que se transcriben a continuación:

Considerando que la sentencia recurrida, al igual que lo hace la dictada en el primer grado de la instancia, cuya argumentación acepta la primera, sienta las premisas siguientes: Primera, que la parte actora en esta *litis* actúa no sólo como albacea testamentario de la herencia producida por fallecimiento de su esposo, sino también como representante legal de la misma, por su condición de «administradora» en ella. Segunda, que la finca objeto de este pleito constituye uno de los bienes de dicha herencia, afirmaciones éstas que llevan al Tribunal *a quo* a rechazar aquellas excepciones aducidas por la parte demandada en su escrito de contestación, basadas ellas en una falta de legitimación activa, derivada de su cualidad de albacea al haberse extinguido el plazo de la misma, así como de la de «cosa juzgada» sobre dicha causa producida en pleito distinto, y en este aspecto se ha originado el presente recurso, cuyos dos motivos impugnan y combaten la resolución recurrida, apoyándose en el hecho de no conservar la demandante el carácter de albacea, careciendo, por tanto, de legitimación para sostener la acción que ejercita, y no advierte el recurrente que la resolución que impugna, al propio tiempo que reconoce la postura del demandado, en cuanto a la extinción en la actora de aquella institución testamentaria, se vale de un supuesto distinto en el que apoya su fallo, que no es otro que el de afirmar que dicha señora comparece y actúa como administradora de los bienes de la testamentaria, en la que aún no se ha procedido a la división y adjudicación de los mismos, premisa ésta que no se ha atacado por el recurrente en el modo y forma que exige el trámite procesal,

por lo que ya de por sí hace decaer los motivos aducidos, pues se hace evidente que cuando, como en este caso, se está ante una suspensión de la titularidad primitiva sobre la masa de bienes y por causa de fallecimiento, y pendiente, por tanto, del paso de ellos a otros sujetos, es obvio que el patrimonio subsiste como objeto de relaciones jurídicas, que afectan al causante y a los que posteriormente hayan de asumir la titularidad de esos bienes, pero teniendo muy presente que hasta tanto esto ocurra ha de estar representada por el que ejercita la administración, por lo que se hace procedente considerar en este caso a la actora como parte procesal para ejercitar, como lo hace, las acciones derivadas de la herencia yacente, y de consecuencia, no produce el efecto desestimatorio de ello aquellos supuestos, totalmente distintos, en que se sustentan los dos motivos del recurso, que por ello resultan intrascendentes e inoperantes, por todo lo cual ha de desestimarse el recurso, en el que ha de tenerse en cuenta el contenido del artículo 1.748 de la Ley Rituaria Civil.

TÍTULOS NOBILIARIOS. POSESION CIVILÍSIMA. IMPRESCRIPTIBILIDAD. ARTICULOS 9.º DEL CODIGO CIVIL, 13 DE LA LEY DE 11 DE OCTUBRE DE 1820, 1.º DE LA LEY DE 4 DE MAYO DE 1948, LEYES 41 Y 45 DE TORO. (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1971.)

El título nobiliario no está comprendido en el artículo 9.º del Código Civil.

La posesión civilísima y, por ende, la imprescriptibilidad del derecho al título sólo corresponde *erga omnes* al óptimo sucesor del mayorazgo.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Emilio Aguado González, rechaza el recurso de casación interpuesto por el demandado y apelado contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres, que, a su vez, había revocado la del Juzgado de Primera Instancia de Zafra, según los fundamentos siguientes:

Considerando que el primer motivo del recurso autorizado por el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la infracción, por violación, del artículo 9.º del Código Civil, atendida la razón de que el documento y el demandante es súbdito venezolano; a esta alegación es de oponer: *a)* Que el artículo 61, párrafo último, de la vigente Constitución de Venezuela, dispone que «no se reconocerán títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias», lo que quiere decir que dentro de aquel derecho no podrán ser los títulos nobiliarios *reconocidos*, pero ello no priva de la libertad de pedir, obtener y usar tales títulos conforme a la legislación de un país que los admita. *b)* Que siendo de naturaleza prohibitiva el precepto transcrito, hay que interpretarle restrictivamente y por ello es bastante que tales «títulos» no se reconozcan oficialmente, aunque de modo particular pueden usarse, incluso en la misma Venezuela. *c)* A que, por naturaleza propia, el título nobiliario no afecta a los derechos ni deberes de familia ni atañe al estado, condición y capacidad de las personas; se sale fuera del ámbito señalado en el artículo 9.º del Código Civil, supone la distinción un matiz histórico y su naturaleza política hace que se confiera a su titular y al sucesor del mismo para que su invocación constituya un acuerdo de aquél; no afecta a la capacidad civil ni a la condición o estado de la persona, se refiere exclusivamente al primer titular para honrarle y, en su caso, al poseedor sucesivo del título, con su invocación para dignificar aquél. *d)* Que la intervención del Ministerio Fiscal en los pleitos sobre títulos

nobiliarios viene impuesta por la necesidad de evitar en la materia las transacciones y compromisos, tomando la expresión «estado civil» en un sentido amplio (arts. 1.814 y 1.821 del Código Civil), aunque los autos y actos propios del reclamante o reclamantes sean ajenos a los hechos que motivaron la concesión del título. e) Aun considerando el derecho de reclamar las dignidades nobiliarias como una acción marcadamente civil, la posibilidad del ejercicio de la jurisdicción española, respecto a extranjeros, se ve facilitada por el artículo 27 del Código Civil, el que dispone que los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, y en los tratados, salvo lo dispuesto en las leyes especiales. f) En lo que afecta a la posibilidad de que los súbditos hispanoamericanos y filipinos soliciten la reivindicación a su favor de los títulos nobiliarios a que puedan tener derecho, basta con recordar el artículo adicional a la Ley de 4 de mayo de 1948, por la que se restablece la legalidad vigente el 14 de abril de 1931, sin que el transcurso del plazo que se establece imponga la prohibición de solicitar las dignidades nobiliarias a que tengan derecho.

Considerando que los dos motivos siguientes del recurso, amparados en la misma disposición legal, en el primero de ellos se denuncia la infracción, por interpretación errónea, de la Ley 45 de Toro, que es la primera del título XIV, del libro II, de la *Novísima Recopilación*, aplicable por la doble remisión de las Leyes de 11 de octubre de 1820 (art. 13) y 4 de mayo de 1948 (art. 1.º), y en el segundo, la violación de la Ley 41, también de Toro, que es la primera del título XVII, del libro X, de la *Novísima Recopilación*, aplicable por la doble remisión de las dos Leyes citadas. La primera de dichas Leyes dice así: «Mandamos que las cosas que son de mayorazgo, agora sean villas o fortaleza o de cualquiera calidad que sean, muerto el tenedor del mayorazgo luego, sin otro acto de aprehensión de posesión, se traspase la posesión civil y natural en el siguiente grado que, según la disposición del mayorazgo, debiera suceder en él, aunque haya otro tomado la posesión de ellas en vida del tenedor del mayorazgo o del muerto o el dicho tenedor que la haya dado posesión de ellas.» Y la Ley 41 de Toro dispone que «mandamos que el mayorazgo se puede probar por la escritura de la Constitución, con la escritura de la licencia del rey que la dio...; asimismo, por costumbres inmemorialmente probadas con las calidades que concluyan los pasados, haber tenido o poseído aquellos bienes por mayorazgo..., y digan que así lo vieran ellos, pasar por tiempo de cuarenta años, y así lo oyeron decir a sus mayores y ancianos, que ellos siempre así lo vieron y oyeron y que nunca vieron ni oyeron decir lo contrario, y que ello se publica voz y fama y común opinión entre los vecinos y moradores de la tierra». Que, como expresa la sentencia de 30 de marzo de 1970: a) Al amparo de dichas disposiciones se sostiene, en síntesis, la tesis de que la posesión civilísima que la Ley establece a favor del sucesor del título ha de entenderse referida no a cualquier pariente del causante, sino sólo y exclusivamente a favor de uno, el óptimo sucesor o heredero único del mayorazgo, es decir, de aquel que lo sería precisamente por razón del título hereditario o sucesorio que corresponde aplicar y, consecuentemente, que la doctrina científica y jurisprudencial que ha establecido la imprescriptibilidad de los títulos nobiliarios debe estimarse contraída al caso excepcional del derecho del propietario o sucesor único del título y no al de los múltiples parientes del causante originario que puedan pretenderlo y toda vez que, según el recurrido, ha venido poseyendo plena, pública y pacíficamente el título cuestionado durante más de cuarenta y cinco años esa posesión, debe prevalecer sobre cualquier aspirante a poseer en precario el mismo título, cual lo es el demandado. b) Que la anterior tesis expuesta se apoya fundamentalmente en la sen-

tencia de esta Sala de 9 de junio de 1964, mas pese a la sólida argumentación en ella desarrollada se impone su desestimación, por estar la tesis que en ella se sustenta en abierta pugna con la constante y reiterada doctrina de esta Sala, mantenida con anterioridad a la resolución antes citada en las sentencias de 14 de marzo de 1963 y 3 de noviembre de 1962, entre otras muchas, y con posterioridad en las de 30 de junio de 1965 y 29 de noviembre y 2 de diciembre de 1967. c) Que en estas resoluciones se establece que el privilegio de la posesión civilísima de la Ley 45 de Toro le corresponde no sólo al óptimo sucesor o heredero único del mayorazgo, sino también al llamado legitimante, o sea, quien tenga aún mejor derecho, si bien con la diferencia de que en tanto que al primero le asiste ese privilegio con carácter absoluto *erga omnes* frente a todos los demás aspirantes, en cambio, el segundo sólo lo tiene con carácter de categoría inferior. d) Que esa posesión civilísima constituye la base y fundamento de la imprescriptibilidad de los títulos y grandezas. e) Finalmente, que la Ley 41 de Toro no estatuye prescripción de ninguna clase ni tampoco la modificación de un mayorazgo y la alteración del orden sucesorio, sino que, por el contrario, la costumbre inmemorial a que alude se refiere exclusivamente a la prueba de la constitución del mayorazgo, cuando no se acredite el título inscrito de su concesión, interpretación que se deduce simplemente de la mera lectura del texto transcrito. f) Que, por tanto, siguiendo la doctrina de las resoluciones citadas, y que se recoge con más condición y claridad en la sentencia transcrita, procede desestimar los dos motivos del recurso que se examinan.

SUSTITUCION PREVENTIVA DE RESIDUO. INTERPRETACION DE TESTAMENTO. ARTICULOS 210, PARRAFO 1.º, DE LA COMPILACION DE CATALUÑA, Y 675 DEL CODIGO CIVIL. (SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 1971.)

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, conforme se dice a continuación:

Considerando que la cuestión básica a la que se contraen los autos de que dimana este recurso es la del sentido y alcance de las disposiciones ordenadas en su testamento, otorgado en 19 de enero de 1934 por la causante de los litigantes—abuela del actor, hoy recurrente, y madre del demandado, hoy recurrido—, que prescindiendo de las previsiones que no han tenido lugar o han quedado fuera de la controversia judicial, quedan reducidas a las siguientes: «Declaro que de mi único matrimonio, con don Luis de Casanova y de Vallés, tengo dos hijos, llamados María del Pilar y Baltasar de Casanova y de Ferrer, a los cuales, así como a los demás que nacidos o póstumos dejare al ocurrir mi fallecimiento, lego lo que por legítima les corresponde en mi herencia. Instituyo heredero universal a mi esposo, don Luis de Casanova y de Vallés, el cual podrá disponer libremente por actos intervivos y a título oneroso de todos los bienes que heredase de mí, realizando toda clase de enajenaciones y en especial venderlos y gravarlos. Aquellos de los cuales al ocurrir su fallecimiento no hubiere dispuesto en la forma expresada pasarán a sus libres voluntades a mis hijos María del Pilar y Baltasar

de Casanova y de Ferrer en la proporción que mi esposo hubiere dispuesto expresamente en su testamento y si no por partes iguales, y si alguno o ambos hubiesen fallecido dejando hijos, a éstos en su representación.»

Considerando que a la fijación del sentido y alcance de las disposiciones testamentarias, buscando la verdadera voluntad del testador, prevé la interpretación, ya que las palabras o cláusulas son el medio, el fuero con que aquélla adquiere realidad visible o reconocible para los demás; pero cuando aparezca claramente que la voluntad del testador era otra y distinta de la que se expresa, entonces la voluntad ha de prevalecer sobre las palabras.

Considerando que ésta es la posición de nuestro Código Civil, cuyo párrafo primero del artículo 675, aplicable íntegramente a Cataluña, establece que «toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador; en caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador, según el tenor del mismo testamento, *in testamentis voluntates testatium interpretantur*, lo que es debido no sólo a que la voluntad testamentaria es soberana dentro de los límites legales para establecer la Ley, estatuto u ordenamiento de la sucesión, sino el carácter no recepticio y de formulación unilateral o no concordado, en cuya virtud, y a diferencia de los contratos, no debe atenderse a los interesados de la otra parte.

Considerando que la jurisprudencia ha proclamado la primacía del sentido literal cuando no sean oscuras ni ambiguas las cláusulas testamentarias (interpretación gramatical), declarando que las palabras del testador deben ser entendidas llanamente, «así como ellas suenan», que decían las Partidas, por lo que no pueden los Tribunales, como se recoge en la sentencia de 4 de junio de 1959, extender las disposiciones testamentarias a más de lo que su tenor literal expresa, sin perjuicio de acudir a su sentido lógico, caso de existir disparidad con la intención, dado que ésta debe prevalecer sobre aquélla y procurando que todas guarden entre sí la debida relación, como se expresa, por citar algunas, en las sentencias de 4 de mayo de 1932, 9 de octubre de 1943 y 5 de marzo de 1944, ya que tales interpretaciones están autorizadas cuando la oscuridad o la duda las hacen precisas para su más acertada resolución (sentencia de 3 de febrero de 1961), no imponiendo el artículo 675, ni podía hacerlo, un orden sucesivo de prelación en que deban utilizarse los criterios interpretativos, gramatical, lógico sistemático y teleológico, pues no excluye que para determinar si hay una clara voluntad del testador que obligue a no dar a sus palabras su sentido literal (hipótesis prevista en la proposición primera) o para apreciar si hay, cuando menos, motivos de duda a este respecto (hipótesis de la proposición segunda) se deban utilizar, conjunta y combinadamente, los instrumentos todos de la interpretación (sentencias de 5 de marzo de 1944 y 3 de febrero de 1961).

Considerando que el motivo primero, correctamente formulado al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción por violación del artículo 675 del Código Civil, por no haber aplicado el sentido literal ni ningún otro de los en él previstos, no pudiendo prevalecer por ir en contra de la doctrina legal antes expuesta, pues cuando el texto de la cláusula interpretada, como en el caso de autos, no sea tan claro y expresivo que baste la simple lectura para colegir por modo inequívoco el propósito e intención del testador —como lo comprueba la extensión desmesurada del pleito y de las sen-

tencias recaídas en la instancia de signo contrario—, la jurisprudencia ha concedido notoria supremacía a la voluntad real del testador sobre el sentido literal de la declaración, teniendo el sentido averiguado y desenvuelto por la interpretación del Tribunal *a quo* una expresión, cuando menos, incompleta en el documento, y puede así la declaración formal ser configurada por sí sola, como una declaración del contenido de la voluntad del testador (sentencias de 8 de junio de 1940 y 1 de junio de 1946), aparte de que corresponde a los Tribunales de Instancia la facultad de fijar el sentido y alcance de las cláusulas testamentarias, debiendo su criterio prevalecer siempre que no se demuestre de modo claro y manifiesto el error de aquellos en términos que contraríen la voluntad del testador.

Considerando que en cuanto a la naturaleza de las cláusulas testamentarias de residuo depende, sobre todo, de la intención del testador, pudiendo adoptar dos modalidades: Primera, en el supuesto de que el testador (fideicomitente) faculte al fiduciario para disponer de los bienes objeto de la institución sin trabas de ningún género, en cuyo caso los herederos fideicomisarios sólo recibirán en su día lo que quede o reste (*si aliquid superarit*), si queda algo. Segunda, en la hipótesis de que el causante restrinja los poderes de disposición de tal forma que siempre los fideicomisarios deban recibir un mínimo del caudal hereditario, que necesariamente ha de recaer en ellos por expresa voluntad de aquél (*de eo quod supererit*), de aquello que debe quedar, habiéndose establecido por la jurisprudencia que los fideicomisarios no adquieren, en principio, derecho alguno hasta que desaparecido el fiduciario, por su muerte, pueda saber si hay o no residuo (sentencias de 21 de noviembre de 1956, 7 de enero de 1959 y 29 de enero de 1962).

Considerando que concretamente en cuanto a las facultades del fiduciario, que afectan de modo especial a la presente *litis*, mientras la doctrina científica recogida por la Dirección General de los Registros tiene sentado, dentro de su área de enseñanza y aplicabilidad, que la disposición de residuo no priva al primer instituido (fiduciario) de la facultad de disponer *inter vivos*, pero no le concede la de disponer *mortis causa*, a menos que le sea otorgada por el testador de una manera expresa e indudable, doctrina que limita la jurisprudencia del Derecho común (sentencias de 7 de enero de 1959 y 29 de enero de 1962); la Compilación del Derecho especial de Cataluña de 21 de julio de 1960, recogiendo la doctrina de los autores de aquella región y las decisiones judiciales, autoriza al heredero o legatario gravados de fideicomiso de residuo, respecto de los bienes de la herencia o legado, a enajenar, gravar o, de otra manera, disponer de ellos por actos entre vivos a título oneroso, en concepto de libres, con las limitaciones que establezca el testador (art. 211, núm. 1.º), estableciendo que «no habrá fideicomiso de residuo, aunque se emplee esta denominación, si el heredero o legatario resultan expresamente autorizados por el testador para disponer libremente de los bienes de la herencia o legado por actos entre vivos y por causa de muerte, designando para después de fallecer aquéllos un sustituto o sustitutos. En este caso no considerará ordenada una sustitución preventiva de residuo (párrafo segundo del art. 210), y «si el fideicomitente lo autorizase expresamente, podrá el fiduciario hacer donaciones u otros actos de mera liberalidad que no sea por causa de muerte ni contengan reserva de poderlos revocar. La adquisición de los bienes en virtud de tales actos será en concepto de libre» (párrafo primero del art. 213).

Considerando que impugnada en los motivos segundo y tercero la calificación del Tribunal *a quo*, que rechaza la existencia del fideicomiso

de residuo, resultado que obtiene a través de la interpretación que realiza, que le lleva a proclamar que las facultades que doña M. F. S. a su marido y heredero, don L. C. V., se hallaban mucho más cerca de la libertad de testar que del fideicomiso, y que las pocas limitaciones que se le impusieran para evitar que después de su muerte pudieran pasar los bienes restantes a manos distintas de los hijos de ambos, no justifican la calificación intentada de fideicomiso de residuo o de obligación restitutoria de clase alguna, puesto que, por el contrario, representan la transmisión plena del dominio, con alguna modalidad familiar para supuestos de residuo patrimonial, bastaría para desestimar dichos motivos la consideración de haber quedado privados de la indispensable base *de facto*, como consecuencia de la firmeza de la interpretación y a mayor abundamiento de la normativa de la Compilación, que ha quedado expuesto en el negado supuesto de que pudiera prevalecer el criterio del recurrente, que subsumiría el caso de la sustitución preventiva de residuo, inaplicable a tal sucesión, tanto por la fecha del testamento como la de la sucesión de la testadora, prevista por primera vez en la Compilación.

Considerando que subsistente la calificación del Tribunal *a quo*, la cláusula debatida del testamento de la causante de los litigantes autorizaba al heredero a disponer de los bienes de que no lo hubiera hecho por actos *inter vivos* y a título oneroso a favor de sus hijos, y si alguno hubiese fallecido—como sucedió—, a los hijos que tuviere en su representación, en la proporción que hubiese dispuesto expresamente en su testamento, descendientes a los que pasarían si no por partes iguales, habiendo de entenderse que hubo una disposición expresa excluyente de la distribución igualitaria, al disponer en su testamento de 21 de diciembre de 1957 de un legado a favor de su nieto, el actor y recurrente, don I. F. C., de todas las fincas que actualmente constituyen el patrimonio de Berga—heredado de su mujer—, en pago total de sus derechos legitimarios en su herencia, y en lo que excedan, como donación *mortis causa*, y al instituir heredero universal a sus libres voluntades a su hijo B. C. F., por lo que es indudable que dispuso expresamente y hay que estimar cumplida la voluntad de la primitiva causante de acuerdo con su testamento y la normativa aplicable al respecto, sin que sea necesaria una concreción formalista que ésta no impone, procediendo, por tanto, la desestimación de los motivos segundo y tercero.

Considerando que igual suerte han de correr los restantes relativos a los pagos de las legítimas, ya que en el inventario otorgado por don L. C. V., el 28 de marzo de 1934, se fija la legítima correspondiente a la herencia del causante—abuela del actor recurrente y madre del demandado recurrido—, y en el testamento de don L. C. V., de 21 de diciembre de 1957, declara el testador que está pagando a su nieto el importe en que por escritura—novatoria—de 4 de julio de dicho año fueron fijados sus derechos legitimarios maternos, disponiendo que si falleciese antes de haberle satisfecho la totalidad, le sean satisfechos por su heredero, y para el pago de sus derechos legitimarios en la herencia materna, le lega la plena propiedad de todas las fincas que constituyen el patrimonio de Berga, y en escritura de entrega de legado, don B. C. F. la hace a su sobrino, don I. F. C., que acepta el legado y mediante él se da por completamente satisfecho del mismo y de sus derechos legitimarios paternos, obligándose a nada más reclamar por el expresado concepto, por lo que aun siendo bienes de procedencia materna puede el aceptante, siendo mayor de edad, darse por pagado con ellos, actos propios que imposibilitan toda reclamación sobre tal legítima, procediendo por todo lo expuesto la desestimación íntegra del recurso.

Comentario.—Puede consultarse, L. PUIG FERRIOL: *El heredero fiduciario*, Barcelona, 1965. Conviene insistir en que para poder apreciar la existencia de una sustitución preventiva de residuo se requiere que conste de una manera *clara y expresa* la autorización del testador para que el heredero pueda disponer libremente por actos *mortis causa* de los bienes de la herencia, según destacó ya la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 29 de noviembre de 1962.

F. C. L.