

II. Sentencias del Tribunal Supremo

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL

POR BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ,
JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA,
JOSÉ CERDÁ GIMENO Y
FRANCISCO CASTRO LUCINI.

I. PARTE GENERAL Y DERECHOS REALES EN RELACION CON EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

PROPIEDAD HORIZONTAL. Los acuerdos que impliquen modificación de las reglas contenidas en la Ley de P. Horizontal o en los estatutos, requieren unanimidad de los copropietarios todos, no unanimidad de los asistentes a la Junta de la Comunidad. El abuso del derecho requiere que falte la inmoralidad o antisocialidad de daño producido y la inexistencia de un fin serio y legítimo en la parte a la cual se le atribuya (SENTENCIA DE 21 DE MAYO DE 1970).

El procurador de la actora expuso en la demanda:

1.º Que su mandante es propietaria del piso bajo interior letra D, de la casa número 72 de la calle de Don Ramón de la Cruz. 2.º El demandado señor R., es propietario del bajo izquierda de la expresada casa, donde tiene establecido el Bar Rodil, y se permitió construir en el patio común contiguo al dicho piso, una amplia escalera para lo cual se apropió de la mitad aproximadamente de dicho patio que pertenece a la Comunidad y obstruye completamente la visibilidad tan necesaria para el ejercicio de la profesión de su representada que es modista, al igual que la ventilación del piso de aquella. 3.º Pese a que en ausencia de la actora la Comunidad había acordado nombrar una comisión que estudiara la procedencia de las obras que pretendía realizar el señor R., con posterioridad anuló tal acuerdo por ser contrarias las obras a la Ley y a los Estatutos. 4.º El señor R. recabó de la Comisión de Urbanismo y Obras, el permiso para efectuarlas, cuyas obras, en sí, fueron aprobadas, sin tener en cuenta, naturalmente, el perjuicio que ocasionaba al

piso de su mandante. 5.º De este permiso concedido por el Ayuntamiento de Madrid, recurrió su representada. Dichas gestiones fueron negativas ya que han resuelto sobre la forma en que se realizó la obra en sí, sin entrar sobre los perjuicios ocasionados a la actora, por ser esta una cuestión meramente privada, propia de la jurisdicción civil. Suplicó se dictara sentencia por la que se acordara que las obras realizadas por el demandado, por hallarse en un elemento común de la casa expresada, sin haberse aprobado unánimemente por todos los propietarios, son ilegales, además de altamente perjudiciales para su mandante; condenando a dicho demandado a su demolición, restableciendo el expresado patio común al estado en que se encontraba antes de realizarse tales obras; condenando así bien a la Comunidad de Propietarios de la finca a que cumplan su obligación legal contra el autor de las referidas obras, a fin de obtener el expresado restablecimiento de la situación del patio al referido estado, así mismo a los demandados, que por acción del primero y omisión el segundo, causaron a su mandante los daños y perjuicios que de las repetidas obras se derivan, a resarcirla de los mismos, que se fijarán en ejecución de sentencia, extendiendo su validación hasta el momento en que la tan repetida construcción ilegal, sea demolida, y al pago de las costas.

La Comunidad de Propietarios se opuso a la demanda; pidió la absolución con condena en costas para la actora.

El demandado señor R. también se opuso y alegó, en resumen:

Que cuando adquirió el local pudo observar que el patio de la finca se encontraba en malas condiciones, careciendo de desagüe, almacenándose, por consiguiente, las aguas de la lluvia, aparte de una gran suciedad y numerosos roedores. Con el fin de beneficiarse y de beneficiar a la Comunidad de Propietarios también, hubo de solicitar autorización para ejecutar las obras llevadas a efecto, e instalar una escalera fija, cubierta por el patio de la casa, aparte de otras obras, que también fueron puestas en conocimiento con el mayor detalle, de la Comunidad referida. Esta celebró Junta General del día 30 de abril de 1963, y se tomó el acuerdo, por unanimidad, de conceder a don J. R. la autorización que solicitó para hacer la escalera indicada, con la condición del servicio de paso al patio de la casa señalado en la solicitud, de donde se colegía que, sea cual fuere en el día de hoy la actitud que adopte la Comunidad, confabulada o temerosa ante los derechos que se atribuye la actora, es lo cierto que las obras realizadas se efectuaron con el consentimiento y autorización plena y expresa, dotada de todos los requisitos para su validez, por la Junta General de Copropietarios del inmueble. Afirma la representación de la Comunidad demandada, en este proceso, que de todos los acuerdos adoptados en Juntas Generales, se dio conocimiento a la accionante sin que conste que dicha señora prestara disconformidad alguna. Las obras se ejecutaron y durante el transcurso de las mismas, ningún copropietario, ni siquiera la actora, formuló la menor protesta, pese a que dichas obras, dada su importancia fueron de larga ejecución. Si como ahora se afirma por la actora o por la Comunidad, las obras no hubiesen sido autorizadas, lo lógico habría sido que, tanto la persona física citada, como la Comunidad aludida, ejecutaran acciones tendentes a impedir las con mayor diligencia que hasta la fecha, dado que han dejado transcurrir cuatro anualidades sin verificarlo. Como resumen, mantenía en primer término que las obras ejecutadas lo fueron con autorización de la Comunidad de Propietarios y mediante acuerdo unánime adoptado en Junta General, que dichas obras no originan perturbación alguna en los derechos e intereses de la actora y que a cambio de la autorización otorgada

al señor R., éste ha desembolsado de su peculio particular y en beneficio de la Comunidad, 160.000 pesetas en números redondos.

El señor Juez de 1.ª Instancia absolvió de la demanda a los demandados y condenó en costas a la parte actora. Interpuesto Recurso de Apelación, la Audiencia dictó sentencia por la que revocó la apelada y declaró que las obras realizadas por el demandado por hallarse en un elemento común de la casa número 72 de la calle de Don Ramón de la Cruz, sin haberse aprobado unánimemente por todos los propietarios, son ilegales, condenando a dicho demandado a su demolición, restableciendo el expresado patio común al estado en que se encontraba antes de realizarse tales obras, condenando a la Comunidad de Propietarios a que cumpla su obligación legal contra el autor de las referidas obras, a fin de obtener el expresado restablecimiento de la situación del patio, y condenando a ambos demandados al resarcimiento de los daños causados a la demandante que se fijarán en ejecución de sentencia, extendiéndose su valoración desde que se iniciaron las obras, hasta que quede demolida la indebidamente realizada; sin hacer expresa condena de las costas en ambas instancias.

El recurso de casación no prosperó.

Considerando: Que a efectos resolutorios de recurso interpuesto y para mayor claridad en la exposición proceda la agrupación para su estudio de aquellos que tienen una base común, aun contemplando las infracciones denunciadas desde ángulos distintos.

Considerando: Que en los tres primeros motivos, en que por la vía del ordinal séptimo del artículo 1.692 se denuncia en el primero, error de hecho en la apreciación de la prueba y en los dos últimos, error de derecho con violación de normas de valoración de pruebas contenidas en los artículos 1.225 y 1.218, el segundo y 1.232, el tercero, todos ellos del Código civil, con sustentación en el documento obrante al folio 50 de los autos los dos primeros, y en la confesión judicial de la actora el último, se parte de una equivocada premisa, pues el documento examinado por la Sala de Instancia no es apto para basar en él un error de hecho según constante doctrina de este Alto Tribunal, y de estimar que una certificación librada por el Presidente y Secretario de una comunidad de propietarios, en que se hace constar cosa distinta del acuerdo tomado en la Junta y reflejado en la correspondiente acta, puede vincular a los condueños afectados por las obras, sin que por otra parte el recurrente, pueda alegar condición de tercero, único evento en que sería efectiva jurídicamente su alegación de buena fe, puesto que indicada por él mismo la unanimidad del acuerdo, tuvo necesariamente que estar presente por su condición de condueño y conocer, por tanto, con todo detalle el alcance de lo acordado, y al no estar firmado por el actor el citado documento no tiene para él los efectos establecidos en los artículos 1.225 y 1.218 del Código civil, sin que por otra parte, como también tiene esta Sala declarado con reiteración, la confesión judicial no tiene valor probatorio superior a los demás medios empleados para acreditar los hechos y debe apreciarse en combinación con aquellos, por lo que han de decaer los tres motivos estudiados.

Considerando: Que acreditada la no existencia de acuerdo sobre permiso de obras y no tratándose de un contrato, sino de una mera certificación, inexacta como ya se ha establecido en el anterior, el documento obrante al folio 50 resultan desestimables el motivo 4.º y el 5.º en que por el cauce del número 1.º se denuncian respectivamente violación del número 1.º del ar-

titulo 1.281 y del 1.282 del Código civil y violación del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960, puesto que la inexistencia de contrato hace imposible su interpretación y la de acuerdo impugnabile la acción impugnatoria, debiendo correr la misma suerte el sexto en que se denuncia la infracción de la misma norma legal, que en el anterior se dice violada, por interpretación errónea y violación del artículo 1.281 del Código civil, no sólo por los razonamientos ya expuestos, sino porque al citar infracciones distintas y sin relación se falta a la debida claridad y precisión, incidiendo en defecto de inadmisión que en este trámite se convierte en causa de desestimación.

Considerando: Que el motivo 7.º también amparado en el número 1.º del artículo 1.692, el denunciar la violación del número 1.º del artículo 1.281 del Código civil por interpretación errónea de la cláusula de autorización obrante al folio 50, ha de ser igualmente rechazado, no sólo por las razones que motivaron la desestimación del 4.º, sino porque la claridad del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal al exigir la unanimidad de todos los copropietarios para los acuerdos que impliquen modificación de reglas contenidas en el artículo constitutivo de la propiedad o en los estatutos, aplicable según el 11 a la modificación de elementos comunes evidencia la equivocación del recurrente al estimar que solamente exige la unanimidad de los asistentes.

Considerando: Que los 8, 9 y 10 en que por el mismo cauce que los anteriores se denuncia respectivamente violación del principio de derecho de que nadie puede ir contra sus propios actos y jurisprudencia que lo desarrolla, interpretación errónea del artículo 4.º del Código civil y violación de la doctrina legal que lo desarrolla y violación del artículo 1.902 del Código civil y doctrina legal que establece el abuso de derecho han de correr la misma suerte desestimatoria ya que los dos primeros parten del erróneo supuesto de la existencia de un acuerdo de permiso de obras que no tuvo realidad, pues el adoptado se limitó a nombrar una comisión que, previo estudio de la cuestión podía concederlo, más no llego a hacerlo y aún esta decisión fue dejada sin efecto ni validez en Junta celebrada dos meses después y el último pretende que sea calificada la acción ejercitada por la parte demandante como un claro acto de abuso de derecho, mas al razonar así olvida que las obras efectuadas afectan al piso propiedad de la actora privándole de parte de luz y que la clientela del bar al circular por la escalera produce ruidos en horas avanzadas causando a aquélla molestias y perjuicios. Por ello, la falta de inmoralidad o antisocialidad del daño producido y la inexistencia de un fin serio y legítimo en la actuación de aquella, requisitos ambos necesarios para que pueda darse el abuso de derecho, no se dan en este caso.

Considerando: Que la desestimación de los motivos lleva consigo la del recurso con el resto de pronunciamiento exigidos por el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

B. M. B.

II. DERECHOS REALES

SERVIDUMBRE DE PASTOS: SU EXTINCIÓN POR NO USO. CARGA DE LA PRUEBA (SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 1970).

Antecedentes.—Caso Junta Vecinal de Andarraso contra Junta Vecinal de Ponjos y otras.

Se deduce demanda por la Junta Vecinal de Andarraso y otro Ayuntamiento sobre reconocimiento de «servidumbre o comunidad de pastos» (1) sobre unas zonas o parajes de un monte que figura en el Catálogo de Utilidad Pública a nombre de otros pueblos distintos de la entidad demandante, que son, junto con el Estado, los ahora demandados. Se alega como título constitutivo de la servidumbre una sentencia dictada el día 2 de junio de 1536 por don Francisco de Mayorga, Justicia Mayor en tierra de Cepeda, ratificada por otra sentencia de 9 de marzo de 1670.

El Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de León desestimó la demanda por no acreditar la entidad demandante el uso sin interrupción de la servidumbre desde la fecha de 1536, en que se constituyó, considerando extinguida la servidumbre de pastos por no uso.

La Audiencia Territorial de Valladolid confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

Doctrina del Tribunal Supremo.—La Junta Vecinal de Andarraso interpone recurso de casación por infracción de Ley, estimando infringido fundamentalmente el artículo 1.214 del Código civil sobre la carga de la prueba, pues a quien correspondía probar la extinción de la servidumbre por el no uso era a las Entidades demandadas, una vez que la demandante había probado el título constitutivo de la servidumbre. También consideró infringidos otros artículos del Código civil, como el 546, 2.º y el 430, entre otros.

El Tribunal Supremo, siendo ponente el magistrado don Julio Calvillo Martínez, declara no haber lugar al recurso, fundamentalmente por lo que se dice en el Considerando segundo:

«Considerando: Que si la apreciación de la Sala sentenciadora, a cuyo tenor, correspondía a la actora, la prueba del ejercicio continuado del Derecho de servidumbre, objeto de la acción confesoria ejercitada en la demanda, constituyese el único fundamento del fallo recurrido, podría ponerse en entredicho la recta aplicación del artículo 1.214 del Código civil y discutir si incumbía a la demandante esa carga, además de la de probar la existencia del respectivo derecho, pero como, según el Considerando segundo de la resolución combatida, el verdadero fundamento de la parte dispositiva de la misma reside en que, después de adquirir la actora el derecho limitativo de la propiedad y de ejercitarlo sobre el fundo sirviente, 'ha pasado tiempo con mucho suficiente para que operase en su contra la prescripción', y como este hecho, lo considera cual 'realidad más cierta a la vista de la prueba practicada', no existen términos hábiles para estimar el motivo segundo, toda vez que es doctrina

(1) Con esta fórmula alternativa se expresa la demanda, según el primer resultando de la sentencia. Ello justifica el comentario que se hará después sobre la distinción entre comunidad y servidumbre de pastos.

constante de esta Sala que si los hechos determinantes del fallo han sido probados, no importa ya discriminar sobre quién pesaba el *onus probandi* de los datos constitutivos o extintivos de la pretensión.»

Aparte de ello, el Considerando primero recuerda que el párrafo primero del artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige que se cite con precisión y claridad cuál es el concepto infringido por el Tribunal de instancia.

Comentario: Ideas sobre comunidad y servidumbre de pastos.—Ya que esta sentencia no plantea problemas sustantivos sobre la servidumbre, merecerá la pena detenerse un poco en el estudio del supuesto de hecho que dio lugar a la misma, pues ofrece el atractivo de recoger conjuntamente las discutidas figuras de la comunidad y la servidumbre de pastos.

El Código civil regula esta cuestión en los artículos 600 a 603 inclusive, utilizando en los artículos 600 y 602 los términos de comunidad y servidumbre, al parecer indistintamente; en el artículo 601, el término de comunidad; y en el artículo 603 el concepto de servidumbre.

Para dejar lo más claro posible este tema convendrá, primero delimitar los conceptos de comunidad y servidumbre de pastos y luego delimitar qué artículos se aplican a una y otra figura.

a) *Delimitación de conceptos.*—La comunidad de pastos supone titularidades cualitativamente iguales sobre los mismos (2). Ejemplos: varios propietarios de terrenos (titularidades, por tanto, cualitativamente iguales) ponen en común los pastos para el uso de sus ganados. Se puede hablar entonces de comunidad sobre la propiedad de los pastos, pero también, en otros casos, de comunidad sobre un derecho distinto de la propiedad sobre los pastos. Lo que no creo que se pueda hacer es hablar de comunidad entre el propietario de los pastos y el que, sin ser propietario, usa los pastos ajenos, pues se trata de titularidades cualitativamente desiguales (3) y (4).

(2) Esta idea la tomó de GARCÍA GRANERO en *Cotitularidad y Comunidad*, en esta REVISTA, 1946, págs. 52 y sigs.

(3) La sentencia de 5 de junio de 1929 y la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de diciembre de 1934 no admiten la comunidad entre usufructuario y nudo propietario, por la misma razón que se indica en el texto.

(4) A pesar de lo dicho arriba, hay algunos autores que pretenden hablar en todo caso, de comunidad. Así, BELTRÁN DE HEREDIA, si bien advierte que es condición absolutamente indispensable para que exista la comunidad, que ésta se ejerza sobre derechos de idéntica naturaleza, reduce siempre el supuesto a una comunidad de disfrute, diciendo que «los titulares no son propietarios, ni tienen en común un derecho de propiedad, sino exclusivamente el derecho de disfrute», y que «si el propietario concurre con ellos en el aprovechamiento de los pastos, es indudable que él estará también en comunidad, en cuanto a ese derecho de disfrute». («La Comunidad de Bienes en el Derecho español», pág. 108).

Mi opinión es diferente, pues así no quedan deslindadas las figuras de la comunidad de propietarios, la comunidad de otros titulares y la servidumbre de pastos, que se rigen por preceptos distintos. Y técnicamente creo que es forzado imaginar una comunidad entre el titular de una simple facultad de disfrute (facultad dependiente e integrada en el Derecho real de propiedad) y el titular de un Derecho real de disfrute distinto e independiente de la propiedad, pues ello supone en realidad titularidades cualitativamente diferentes.

Al parecer, DÍEZ PICAZO se mueve también en esta línea de no preocuparle la distinción entre servidumbre y comunidad, pues, después de enunciar tres opiniones sobre el asunto, dice: «A mi juicio, en estas formas de aprovechamiento existe siempre comunidad. Puede ser una propiedad colectiva del común de los vecinos y puede ser también comunidad de un derecho de disfrute sobre una cosa ajena (derecho de pastos, de leñas, de hierbas, etc.), caso en el cual el dominio pertenecerá a otra persona o constituirá un dominio público». (Lecciones de Derecho civil. III. Derecho de cosas, Universidad de Valencia, 1967, página 18). Por mi parte, insisto en que a los casos de comunidad hay que añadir el de servidumbre de pastos, que se refiere a la relación entre propietario y no propietario.

La servidumbre de pastos supone un gravamen que soporta pasivamente un predio en beneficio de personas o Entidades que no ostentan la propiedad de los pastos (5).

Ambas figuras pueden concurrir en un determinado supuesto, pero nunca deberán confundirse ni mezclarse. Así, en el presente supuesto de hecho que estamos comentando se puede distinguir una comunidad de propietarios de los terrenos (los pueblos que figuran en el Catálogo), una comunidad de pastos de los vecinos de dichos pueblos y una supuesta servidumbre de pastos a favor de los vecinos de otro pueblo no propietario, respecto a la que el Tribunal Supremo confirma su extinción por no uso (6).

b) *Delimitación de preceptos.*—La importancia práctica de la distinción entre comunidad y servidumbre de pastos se observa cuando se trata de averiguar qué artículos se aplican a una y a otra figura. La doctrina se lo ha planteado especialmente con motivo de los artículos 600 a 603 del Código civil, pero creo que esto supone una visión estrecha del problema, pues tales artículos contienen una pequeña normativa y, además, algunos, como ahora se verá, pueden tener aplicación a las dos figuras. Lo interesante es destacar que a la servidumbre de pastos le serán de aplicación las normas generales de las servidumbres, en principio, y, en cambio dichas normas no serán aplicables, en principio también, a la comunidad de pastos, para la cual hay que tener en cuenta las ideas sobre comunidad germánica apuntadas por la jurisprudencia y por los autores.

Precisamente en el supuesto de esta sentencia, se planteaba la extinción de la servidumbre por no uso, es decir, la aplicación del artículo 546, 2.º del Código civil, norma que no se puede referir a la comunidad de pastos.

En relación con los artículos 600 a 603, se ha pensado que los tres primeros se refieren y aplican a la comunidad de pastos, y, en cambio, el artículo 603 a la servidumbre de pastos (7).

Desde luego, lo lógico sería pensar que tales artículos son todos ellos aplicables a las servidumbres de pastos, sin perjuicio de reconocer que alguno de ellos puede aplicarse también a la comunidad de pastos. La colocación sistemática de los mismos predispone en este sentido. Y así creo que hay que entenderlos, con las precisiones siguientes:

Artículo 600. A pesar de que este artículo comienza diciendo «la comunidad de pastos», hay base para pensar que se refiere directamente a la servidumbre de pastos: 1.º Porque emplea el término «concesión expresa de los propietarios», término éste de concesión más apropiado para la servidumbre, pues tratándose de comunidad, hubiera sido más adecuado hablar de «convenio o acuerdo entre los propietarios» 2.º Porque emplea la expresión «no a favor

(5) Así distinguió la servidumbre de la comunidad de pastos, acertadamente, OSSORIO MORALES, en *Las servidumbres personales*, págs. 93 y siga.

(6) Incluso puede verse una cotitularidad de servidumbre entre los vecinos de ese pueblo no propietario, pero esto es independiente de la relación de servidumbre entre propietario y no propietario.

(7) Así, SÁNCHEZ ROMÁN y MUCIUS SCAEVOLA (citados por BELTRÁN DE HEREDIA, ob. citada, pág. 103). También, ALBALADEJO, que dice: «En los artículos 600, 601 y 602 se habla de una comunidad o servidumbre de pastos. Pero realmente este término está usado inexactamente pues no se trata de un derecho a que nuestro ganado pade en predio ajeno, sino de que los propietarios de varias fincas rústicas hayan puesto en común los pastos de las mismas para que los utilicen sus ganados. Tales artículos están, pues, defectuosamente incluidos al tratar de las servidumbres». (Instituciones de Derecho civil. Derecho de cosas, 1964, pág. 392, nota 197).

de una universalidad», y si se hubiera querido referir a la comunidad, hubiera dicho: «no entre una universalidad». 3.º Porque está dentro de la sección de las servidumbres voluntarias. 4.º Porque en el párrafo 2.º deja totalmente aclarada la cuestión al decir: «la servidumbre establecida conforme a este artículo...».

Consecuencia práctica: que no pueden establecerse servidumbres de pastos en lo sucesivo en terrenos de dominio particular a favor de individuos indeterminados.

Ello sin perjuicio de opinar que dicho artículo 600 puede también aplicarse a la comunidad de pastos, por analogía, pues al ser tan general la materia que regula no hay inconveniente ni incompatibilidad de aplicación a ambas figuras.

Artículo 601. Se refiere a los terrenos públicos, remitiéndose a las Leyes administrativas. Si la propiedad de los terrenos corresponde al Ayuntamiento y el uso es de los ganados de los vecinos del mismo, estaremos ante un caso de bienes comunales, por aplicación del artículo 187 de la Ley de Régimen Local. Pero, además, este artículo, dada su colocación sistemática, da pie para pensar que quiere decir algo respecto a la servidumbre de pastos, y ello puede ser que se apliquen las normas administrativas cuando los titulares de la servidumbre sobre un terreno público son varios, constituyendo una titularidad del derecho de servidumbre.

Artículo 602. Aquí el legislador comienza refiriéndose claramente a la comunidad de pastos, al contemplar un supuesto de extinción parcial de dicha comunidad, por el hecho de cercar el propietario con seto o tapia una finca. Pero se refiere a continuación a la servidumbre de pastos, precisamente para indicar que en ese supuesto las servidumbres quedaran subsistentes.

Artículo 603. Se reconoce unánimemente que este artículo se refiere exclusivamente a la servidumbre de pastos. Ello es así no sólo por los términos empleados, sino porque alude a un supuesto de extinción (la redención) que no resulta aplicable a la comunidad de bienes (en que todos los titulares son de igual rango). Lo que sí hay que decir, con ALBALADEJO, es que este artículo contiene una norma excepcional en materia de servidumbres, ya que la regla general exige para que pueda darse la redención el acuerdo de ambas partes (artículo 546, 6.º, C. c.), y en el caso del artículo 603 se establece la redimibilidad a voluntad exclusivamente del dueño de los terrenos.

SERVIDUMBRE VOLUNTARIA DE PASO: INVARIABILIDAD EN CASO DE AGRUPACION DEL PREDIO DOMINANTE CON OTRAS FINCAS (SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 1970).

Antecedentes.—Caso F. D. contra D. M.

Se constituyó en escritura pública una servidumbre de paso en beneficio de una determinada finca. Esta, es decir, el predio dominante, se agrupó con otras fincas, y sobre la resultante se construyó un edificio, que dio lugar a la formación de dieciséis fincas independientes. El titular del predio sirviente demanda la extinción de la servidumbre, pues, al producirse la agrupación y la división de casas por pisos, si subsistiera la servidumbre, se alteraría la establecida originariamente. El Juzgado de Primera Instancia número 2. de Oviedo,

estimó en parte la demanda en el sentido de que la servidumbre de paso sólo beneficia al predio dominante, tal como se describe en la primitiva escritura de constitución de servidumbre, antes de las agrupaciones, ordenando la consiguiente rectificación registral de las ampliaciones de la servidumbre. La Audiencia Territorial de Oviedo confirma esta sentencia, que no satisface a los primitivos demandantes, por lo que recurren en casación por infracción de Ley, pretendiendo que se declare la extinción de la servidumbre, basándose fundamentalmente en los artículos 359, 543, párrafo 1.º y 568 del Código civil, este último alegando que con la agrupación el predio dominante había obtenido la posibilidad de paso por otro sitio, al dejar de estar enclavado entre otras fincas.

Doctrina del Tribunal Supremo.—Siendo ponente el magistrado don Antonio Cantos Guerrero, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso por las siguientes razones:

1.ª Por no precisarse el concepto de la infracción del artículo 359 del Código civil.

2.ª Por no haber sido aplicado por la Audiencia el artículo 543 del Código civil, por lo que mal puede haber sido infringido, aparte de que ese artículo se refiere «a obras que el dueño del predio dominante haga, no en su propio predio, sino en el sirviente, caso distinto del aquí tratado».

3.ª Porque, según el artículo 535 del Código civil, si el predio dominante, suelo y vuelo, se divide, «cada porclonero puede usar por entero de la servidumbre».

4.ª Por no ser aplicable el artículo 568 del Código civil, ya que se refiere a la servidumbre forzosa de paso, no a las servidumbres voluntarias, aparte de que, cuando se constituyó la servidumbre de paso, el predio dominante tenía ya acceso por otro linde con calle, por lo que no estaba enclavado, lo cual demuestra que no se constituyó la servidumbre por causa de esa necesidad ineludible.

Comentario.—El problema consiste en determinar si la servidumbre de paso, constituida voluntariamente, queda extinguida, modificada o invariable, al producirse una agrupación del predio dominante con otras fincas, con edificación sobre la nueva finca formada por la agrupación.

El problema es muy discutible y caben estas tres soluciones:

1.ª *Tesis:* Ampliación de la servidumbre de paso en favor de las fincas agrupadas y de la total finca resultante.—Esta es la postura de los demandados, y, al parecer también la que se plasmó en la inscripción registral correspondiente.

Creo que con esta solución podría llegarse demasiado lejos, como puede verse a través de las consecuencias prácticas que se indican al tratar de la tercera tesis. Por otro lado, no existe ninguna norma que apoye tal solución, y, además, va contra los principios aplicables en materia de agrupación (mantenimiento de la situación jurídica de las fincas agrupadas respecto a los gravámenes) y contra el título constitutivo de la servidumbre, que no consideró esta ampliación.

2.ª *Tesis:* Extinción de la servidumbre de paso debido a las modificaciones producidas en el predio dominante.—Esta es la postura del demandante recurrente, basándose en el párrafo 1.º del artículo 543 del Código civil y en el 568. Pero nos acaba de decir el Tribunal Supremo, con razón, que el artículo 543 se refiere a obras realizadas en el predio sirviente, no en el dominante (a lo que puede añadirse, además, que aun en el caso que contempla, no

señala la extinción de la servidumbre), y que el artículo 568 se refiere a la servidumbre «forzosa» de paso (1), no a las servidumbres voluntarias.

Creo que debe rechazarse esta tesis que va contra los principios que inspiran la agrupación de fincas, pues, en cualquier caso, sería añadir una causa de extinción de la servidumbre no prevista por el legislador, ya que es evidente que el artículo 546 del Código civil no la recoge, ni siquiera en el número 3.º, que se refiere a distinto supuesto.

3.ª Tesis: Invariabilidad de la servidumbre de paso. Esta es la postura mantenida por el Juzgado de Primera Instancia y por la Audiencia, confirmada, a través de la inadmisión del recurso, y, por tanto, sin doctrina positiva, por el Tribunal Supremo.

Considero que esta es la solución que compagina perfectamente los principios de la agrupación de fincas, la permanencia del título constitutivo regulador de la servidumbre y los caracteres de indivisibilidad e inseparabilidad, típicos de la servidumbre. Convendrá desarrollar los argumentos y consecuencias prácticas de esta tesis, que es la que, en mi opinión, debe prevalecer.

a) Argumentos:

1. Efecto de la agrupación de fincas.—Si las fincas agrupadas están gravadas unas y otras no, se expresarán en la inscripción de agrupación los gravámenes a que están afectas las fincas, los cuales continuarán subsistentes. No lo dice expresamente el artículo 45 del Reglamento Hipotecario, pero así lo afirman los artículos 46 y 47 del mismo, que se ocupan de la división y segregación, y ante la laguna creada en materia de agrupación por el silencio del legislador, puede extenderse esa misma idea por analogía. Por otro lado, esta es la solución dada por La RICA, SANZ FERNÁNDEZ y ROCA SASTRE. Pues bien, si esto se dice respecto de los gravámenes, debe aplicarse también al correlativo lado activo de los gravámenes, es decir, en nuestro caso, a los derechos que existen a favor del predio dominante.

2. Necesidad de atender al título constitutivo.—El artículo 536 del Código civil dice que las servidumbres se establecen por la Ley o por la voluntad de los propietarios. Pues bien, esta voluntad plasmada en el título, que refiere objetivamente la servidumbre a fincas concretas, ha de ser mantenida, mientras no se produzcan las causas de extinción o modificación previstas en los artículos 546 y 547 del Código civil. Así lo impone también el principio contractual del artículo 1.091 del Código civil.

3. Indivisibilidad de la servidumbre.—Viene recogido este carácter por el artículo 535 del Código civil, y quiere decir, no que la finca dominante o sirviente sean invariables o no se puedan dividir, sino que la servidumbre es invariable a pesar de la división de las fincas.

(1) Es acertada esta terminología de la sentencia, que contrapone servidumbre «forzosa» (en vez de «legal») a las voluntarias. Cierto que no se debe dar demasiada importancia a las cuestiones terminológicas, pero en este caso hay que decir que la expresión «servidumbres legales» del Código civil no responde a un concepto unitario, pues abarca numerosas figuras, y lo que interesa contraponer al concepto de servidumbre voluntaria no es el de servidumbre establecida directamente por la Ley (que técnicamente no se considera servidumbre, sino límite del dominio), sino el de servidumbre que la Ley da derecho a exigir que se constituya, sin derivar directamente de la Ley (que, por sus efectos encaja mejor en el concepto de Derecho real de servidumbre y que es la servidumbre forzosa). En este sentido se pronuncia ALBALADEJO, que también delimita los conceptos de *límites* y *limitaciones* del dominio, siendo todas estas distinciones del autor muy útiles desde el punto de vista pedagógico y de la claridad de ideas (Derecho de cosas, 1964).

Este artículo 535 sirve, desde luego, de argumento para mantener la servidumbre a pesar de la construcción de pisos sobre el terreno que fue predio dominante. Así lo entiende el Supremo. Pero nos interesa más insistir en el problema creado por la agrupación, por ser más discutible y problemática la extensión horizontal de la finca, que la extensión vertical.

El artículo 535 del Código civil aplica la indivisibilidad de la servidumbre al supuesto de división de fincas, pero no dice nada en el supuesto de agrupación. Sin embargo, dada la analogía existente en el fondo de estas dos figuras, si bien su resultado es de signo contrario, puede aplicarse la misma idea de invariabilidad de la servidumbre. Esta invariabilidad se traduce, en caso de agrupación, en la concreción de la servidumbre a la finca que antes de agruparse era predio dominante.

No se puede silenciar que la indivisibilidad puede ser aquí un arma de dos filos. Es que se ha deducido de dicho carácter la idea de que la servidumbre no puede ser constituida en beneficio de *parte* de una finca. Esta idea es acertada y debe mantenerse, civilmente por la citada indivisibilidad de la servidumbre, e hipotecariamente por el principio de especialidad que se centra en la finca, no en partes de ella.

A pesar de esto, creo que no es lo mismo constituir una servidumbre en beneficio de parte de una finca (lo que es inadmisibles) que constituir una servidumbre en beneficio de una finca registral (lo cual debe admitirse), que después, se agrupa con otras fincas. Ciertamente que el resultado final en ambos casos es parecido: la servidumbre no la tiene a su favor toda la finca. Pero la diferencia de casos es esencial, pues, en el primer supuesto, no hay finca dominante, sino una parte de ella; y en el segundo supuesto, en cambio, la finca registral dominante agrupada no se extingue totalmente, sino que, como ahora vamos a ver, su folio registral subsiste en parte. Y esto es decisivo en la cuestión que estudiamos. Por ello, no admitimos la analogía de ese caso, y nos mantenemos en la tesis de la invariabilidad de la servidumbre, idea que fomenta más bien el artículo 535 del Código civil.

4. Inseparabilidad de la servidumbre.—El artículo 534 del Código civil dice que «las servidumbres son inseparables de la finca a que activa o pasivamente pertenecen». Por tanto, subsistirá la servidumbre aunque la finca cambie de propietario, y aunque la finca cambie en sí mientras no se produzca la extinción de dicha finca (aparte de otros casos de extinción). En este caso, la finca dominante subsiste, pues, aunque los hipotecaristas incluyen la agrupación registral entre los casos de extinción de fincas, añaden a continuación una precisión que es fundamental aquí. Así, por ejemplo, ROCA SASTRE dice: «Claro que no se da aquí una extinción absoluta, pues las antiguas y cerradas hojas registrales continúan constituyendo los antecedentes de la nueva finca, incluso con pleno vigor respecto de los gravámenes inscritos (tomo II, pág. 456, año 1968). Esto es conforme con la idea de los artículos 46 y 47 del Reglamento Hipotecario, y no hay razón alguna para no extenderlo al lado activo de los gravámenes, según se dijo antes.

b) *Consecuencias prácticas de la tesis de la invariabilidad.*—Las diferentes consecuencias prácticas se aprecian claramente respecto a la tesis 2.ª, que no mantiene la servidumbre.

Más difícil es ver la distinción de consecuencias prácticas en relación con la primera tesis de la ampliación de la servidumbre. Porque hay que precisar que la tesis de la invariabilidad de la servidumbre refiere la inmutabilidad

al elemento objetivo (finca), pero en cambio admite la ampliación en cuanto al elemento subjetivo (propietarios del predio dominante). Así, si el predio dominante se vende a varios propietarios, hay que admitir que la servidumbre no se extingue por ello, ni tampoco que continúa refiriéndose a un solo propietario. Por tanto, la tesis de la invariabilidad admite la ampliación subjetiva, aunque ello suponga agravación para el predio sirviente, pues es una consecuencia de toda servidumbre, que se cataloga como derecho subjetivamente real, es decir, que no tiene sujeto determinado, siéndolo los que en cada momento sean propietarios del predio dominante, sean muchos o pocos.

Pero cabe entonces preguntar, puesto que se admite esta ampliación subjetiva, dentro de la tesis de la invariabilidad, cuál es la diferencia práctica con la tesis de la ampliación. Las diferencias serán las derivadas de no admitir la ampliación del elemento objetivo de la servidumbre, es decir, de la finca dominante.

Así, señalaremos un ejemplo: supongamos que las fincas agrupadas lindan no sólo con el predio dominante, sino también con el predio sirviente. En ese caso, la tesis de la ampliación permitiría dar paso directo desde el predio sirviente a esas fincas; en cambio, la tesis de la invariabilidad sólo permitiría el paso, en los términos pactados, a través del primitivo predio dominante.

Otro ejemplo: supongamos que la finca agrupada y edificada se convierte otra vez en solar y se divide en parcelas, vendiéndose la parte que fue predio dominante al titular del predio sirviente. Según la tercera tesis (invariabilidad) se produciría un caso de extinción total de la servidumbre, por reunirse el predio dominante y sirviente en una misma persona (art. 546, 1.º C. c.). En cambio, si se admitiera la primera tesis (ampliación), no sería forzado mantener en esa eventualidad, la servidumbre en favor de las otras parcelas no vendidas al titular del predio sirviente.

Desde el punto de vista de la inscripción registral, caso de aceptar la tesis de la invariabilidad, y con objeto de prevenir esos posibles eventos que se acaban de indicar, habrá necesidad de reflejar en la inscripción de agrupación, que una de las parcelas que se agrupan tiene a su favor servidumbre de paso en los términos que constan en su respectiva inscripción. Incluso, puede tenerse en cuenta lo que dice Roca refiriéndose al caso de gravámenes: «Es conveniente que además las fincas agrupadas sujetas a gravámenes continúen describiéndose en lo sucesivo como parcelas de las mismas, para evitar confusiones». (Tomo II, pág. 429, 1968.)

J. M. G. G.

IV. FAMILIA

RECONOCIMIENTO DE FILIACION NATURAL: *La interpretación del artículo 135 del Código civil: los elementos constitutivos de la POSESION DEL ESTADO y los medios de acreditarlos. La apreciación jurídica de la suficiencia o deficiencia de tales elementos para declarar la existencia de la posesión de estado. Lucas c. Alonso y el Ministerio Fiscal (SENTENCIA DE 22 DE MAYO DE 1969).*

Doctrina de la sentencia.—La posesión de estado de hijo natural se deriva de un conjunto o serie de actos reiterados que, por su naturaleza y circunstancias, determinan una situación de hecho de carácter permanente. Sus elementos constitutivos pueden resumirse, según la doctrina clásica, en los conceptos «nomen, tractatus, fama o reputatio». La posesión de estado es una cuestión de hecho sometida a la apreciación judicial... si bien sus elementos constitutivos deben acreditarse por prueba directa y no por meras y simples presunciones. La fijación por la Sala de que los hechos probados son suficientes para declarar la existencia de esa posesión de estado... evidencia una recta y certera interpretación de tales hechos y sigue, con ello, la línea jurisprudencial iniciada y mantenida por esta Sala.

Antecedentes.—1 Desde antes de 1961 la actora y el demandado sostenían relaciones (según ella «amorosas formales», y según él «nunca con sentimentalismo o amor, sino enteramente de tipo sexual y deleitoso»—sic—), acompañando él a su novia al lugar de residencia de la familia de ésta y sosteniendo las relaciones en forma continuada e ininterrumpida hasta finales de 1964. 2 En 1961 los dos interesados marcharon a la capital (de común acuerdo, según ella, y según él por motivos profesionales y perseguido por ella), donde continuaron sus relaciones: a la normalidad expuesta por la actora, argüía el demandado que durante tal estancia ella era visitada en su residencia por otro hombre. 3 Como consecuencia de las relaciones amorosas con el demandado la actora se encontró encinta, con molestias que le obligaron a pasar en cama mucho tiempo, siendo atendida por él, haciéndole la comida, etc. Ante tal situación, consultado un Religioso, proyectaron el matrimonio y se publicaron las pertinentes «amonestaciones» en dos parroquias del 10 al 20 de abril de 1964; sin embargo, el matrimonio no llegó a celebrarse, al sufrir otra hemorragia la actora, que fue llevada a una maternidad por el demandado y otra señora, pasando él la mayor parte de las tardes en compañía de ella en la clínica (las correspondientes negativas de él de tales hechos no se acreditaron, aludiendo a no haber nunca él firmado el expediente matrimonial). 4. Fruto de tales relaciones nació un niño, en mayo de 19..., siendo visitados niño y madre todos los días en la clínica por el demandado, quien prometió abonar todos los gastos de la clínica, lo que luego no cumplió. 5. El padre del demandado trató de separarle de la actora e hijo, no consiguiéndolo de momento, al trasladarse a otro lugar el demandado y ella a localidad cercana; él la visitaba todos los días, haciéndose pasar por matrimonio y llevando él al hijo en brazos en forma ostensible; todo finalizó con la llegada del padre del demandado, que provocó un incidente, con intervención de la policía. Ella regresó a la capital, recibiendo algunos giros postales de él, quien le aseguró

que «cumpliría sus obligaciones». 6. No reanudadas las relaciones, ella le dirigió algunas cartas, de forma más bien coactiva y cuyo fondo tendía al reconocimiento del hijo, a principios de 1965. También aparecía la generosa mediación de la esposa del Jefe del Estado, a través de su Secretaría particular, en carta dirigida al demandado, que éste no contestó. 7. La actora litigaba previo el expediente de pobreza.

La demanda finaliza con la súplica de que se dicte sentencia en la que: se declare que el niño... hijo natural de la actora, es igualmente hijo natural del demandado, por haber estado en la posesión *continua* de hijo, y se condene al demandado a reconocer expresamente dicha filiación natural, con todos los derechos y consecuencias jurídicas inherentes al citado reconocimiento, así como a estar y pasar por la mencionada declaración y a que realice cuantos actos sean necesarios para la efectividad jurídica, material y registral, del reconocimiento indicado.

En su *contestación* el demandado termina con la súplica de que se dicte sentencia desestimando la demanda y absolviendo al demandado.

Dado traslado al Ministerio Fiscal, la contestó con base a los siguientes hechos: 1. Se acepta únicamente la declaración de pobreza solicitada por la actora. 2. Tratándose de un caso de reconocimiento de hijo natural fundado en la posesión constante de dicho estado, el Ministerio Fiscal no puede aceptar tal hecho sin que ello conste debidamente acreditado... suplicando se dicte sentencia de acuerdo a lo que resulte probado.

El *Juzgado* de Primera Instancia desestima la demanda y absuelve de ella al demandado.

La *Audiencia*, revocando la sentencia del Juzgado y estimando la demanda, declara que el niño es igualmente hijo natural del demandado, al que condena a reconocer dicha filiación con las consecuencias y deberes inherentes a ello.

El demandado interpuso recurso de casación por infracción de Ley y de doctrina legal, con apoyo en los dos motivos siguientes: 1. Infracción, por aplicación indebida, del artículo 135-2.º del Código civil y doctrina legal que lo interpreta (SS. 2-3-29, 25-6-46, 26-4-51, 8-2-65 y 24-2-66). 2. Por error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documentos auténticos (las cartas de la actora y la de la Secretaría particular de la esposa del Jefe del Estado), los que evidencian el no reconocimiento por el demandado.

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

Visto siendo ponente el Magistrado don Emilio Aguado González.

Primer Considerando: Que, para enmarcar debidamente las cuestiones a resolver en el presente recurso, se ha de tener, ante todo, en cuenta: A) Que, conforme expresa la sentencia de esta Sala de 24 de febrero de 1966, el precepto contenido en el artículo 135 del Código civil, si bien «venía aplicándose, anteriormente, con un carácter riguroso y restrictivo, tanto en el caso de escrito indubitado, como en el de posesión de estado, la doctrina jurisprudencial, acompañada a la científica, ha evolucionado y a partir de las sentencias de esta Sala de 25 de mayo y 3 de julio de 1945 viene propugnando la interpretación declarativa del mencionado precepto, siendo de citar, a tal respecto, las sentencias de 24 de mayo de 1956 y 16 de mayo de 1963, cambio de dirección inspirada en una humana y racional reacción contra la interpretación dada a las llamadas en otros tiempos «disposiciones odiosas» y en una más generosa concepción de los deberes de la paternidad en favor de los hijos, según las ideas sociales imperantes, siendo en suma la posesión de estado una cuestión

de hecho sometida a la apreciación judicial, de acuerdo con muy reiterada y conocida jurisprudencia de este Tribunal, si bien se requiere que los elementos constitutivos de esa posesión, se acrediten por prueba directa y no por meras y simples presunciones, de modo que «la posesión de estado de hijo natural se deriva de un conjunto o serie de actos reiterados que, por su naturaleza y circunstancias, determinan una situación de hecho de carácter permanente», en principio de la libre apreciación de los Tribunales de Instancia, aunque los elementos probatorios sean combatibles, en casación, por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, elementos que pueden resumirse, según la doctrina clásica, en los conceptos "nomen, tractatus, fama o reputatio". B) Que, sobre tales elementos, de índole exclusivamente fáctica, ha de hacerse la apreciación jurídica de su suficiencia o deficiencia al fin de integrar o no esa posesión continua de estado, a que el número 2.º del artículo 135 del Código civil se refiere, y aun cuando ello—cómo bien reconoce la propia sentencia recurrida—«implique un concepto jurídico», el mismo ha de ser elaborado en la instancia, a la vista de los hechos que se declaren probados y cuyo respeto en casación se impone, salvo que aparezca de modo claro que, al elaborarlo, incurrió el Tribunal sentenciador, en notorio error, equivocación, arbitrariedad o falta de justificación que implique infracción legal de lo dispuesto en el artículo 135 del Código civil. C) Que, en consecuencia, cabe la posibilidad de combatir la apreciación probatoria, hecha en la instancia, de los hechos reveladores de la posesión de estado, al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley procesal o su integración en tal concepto, sin atacarlos, empleando el cauce del número 1.º del referido artículo de la misma Ley.

Segundo Considerando: Que, dentro de tales directrices, el recurso, en su motivo segundo, intenta combatir la apreciación de la prueba, realizada en la instancia, alegando error de "hecho" cometido al estimar la misma, denunciándolo por el cauce legal correspondiente; antes de analizar la eficacia del motivo, conviene señalar que la Sala sentenciadora concreta tales hechos en las afirmaciones siguientes: 1.ª El demandado antes del año 1961, mantuvo relaciones amorosas con la actora, en Salamanca, primero, y en Madrid, después, conviviendo en esta última capital, donde la demandante quedó encinta, proyectaron su matrimonio y aquella dio a luz un niño, el día 20 de mayo de 19... 2.ª Que, el demandado, obligado por su padre, dejó la capital y se estableció como médico en un pueblo de la provincia y continuó relacionándose con la madre y el niño, que se trasladaron a donde les visitaba en la casa que ocupaban, permaneciendo allí reunido con ellos, aunque sin pernoctar; que los atendía, pagando el importe del hospedaje y apareciendo en público acompañándoles y llevando al niño en sus brazos, frecuentemente. 3.ª Que también hicieron lo mismo algunas veces, acompañados del padre del demandado y en buena armonía, hasta comienzos del año 1965, en que ésta se rompió y se iniciaron algunos incidentes en la calle, que acabaron rompiendo totalmente las relaciones entre ellos, que no se han vuelto a reanudar. Y respecto a tales hechos, que la Sala, declara acreditados, se opone para combatirlos el texto de ciertas cartas que el demandado acompaña a su escrito de contestación a la demanda, y sobre los que procede hacer las observaciones siguientes: A) Que tales documentos aparecen suscritos con fecha posterior a la ruptura de relaciones amorosas entre los hoy litigantes, por lo que no pueden servir para desvirtuar las afirmaciones del Tribunal sobre lo ocurrido antes de esa ruptura, máxime teniendo en cuenta la rigidez que se exige al documento, para estimarlo auténtico, a efectos de casación, ya que por sí mismos no dicen, en ningún

sentido, lo contrario de lo que el Tribunal de Instancia afirmó. B) Que *esos* documentos, son en su mayoría, cartas de la madre dirigidas al ahora demandado, en que protesta del abandono en que éste tiene al niño y ello en unos términos, explicables en cuanto al fondo, pero absolutamente reprobables por lo que afecta a su forma; aparte de ellos, existen otras dos cartas, dirigidas al señor Cura Párroco del pueblo de la residencia, entonces, del ahora demandado, solicitando su mediación en el asunto y un anónimo escrito a máquina; ninguno de tales documentos, contradice las apreciaciones de la Sala, como tampoco el documento señalado con el número 10, al que, especialmente, se refiere el motivo pues sólo acredita el laudable deseo de mediar en el asunto, con un fin moral y cristiano, por lo que, en realidad, nada prueba al respecto y aun pudiera considerarse adverso a la postura mantenida por el recurrente, que ni siquiera manifiesta haber contestado a la carta recibida, que era lo lógico y procedente, de ser falsos los hechos que la motivaban y como aconsejaba la atención debida a la destacada personalidad, a cuyo nombre se intentaba la mediación.

Tercer Considerando: Que *inalterados los hechos que probados* declaró el Tribunal de Instancia, al no poder estimarse la procedencia del segundo motivo del recurso, sólo resta, a través del examen del motivo primero, en que se denuncia la aplicación indebida del artículo 135 del Código civil, en su segundo párrafo, *fixar si tales hechos pueden o no considerarse suficientes para declarar la existencia de la "posesión de estado" a que se refiere aquél*; ya queda dicho que, en principio, ha de respetarse la apreciación de la Sala, al respecto, salvo que la misma se revele como antijurídica y vulneradora de lo dispuesto en la Ley; y lejos de ello, en el caso de autos, el Tribunal acredita una fina, pero recta y certera interpretación de los hechos que estimó probados, al respecto, y, atendiendo a la época en que se manifestaron y a su reiteración, mientras no se modificara, por la ruptura de relaciones, las tan elocuentemente expresivas habidas entre las partes y los actos públicos y reiterados con los que el demandado sancionó la realidad de los hechos, en que la demanda se apoya, *declara la existencia de esa "posesión de estado", en gracia a la conducta de aquél, sobre todo a raíz del nacimiento del niño en que habría sido inexplicable, de no ser ciertos aquellos hechos, procediendo a estimar la demanda y siguiendo, con ello, la línea jurisprudencial, iniciada y mantenida por esta Sala, en los últimos tiempos, según se recoge en la referida sentencia de 24 de febrero de 1966 y demás que, en la misma, se relacionan.*

Cuarto Considerando: Que, *al no resultar viables ninguno de los motivos articulados en el recurso, se impone la desestimación del mismo, con los pronunciamientos accesorios pertinentes, según preceptúa el artículo 1.748 de la Ley Procesal Civil.*

Comentario: I. Reconocimiento voluntario tácito de filiación natural.— Define ROYO MARTÍNEZ (1) el reconocimiento como «una manifestación de paternidad o maternidad formulada a través de la palabra o de la conducta (reconocimiento expreso o tácito)».

Parece, por tanto, conveniente aludir aquí a los distintos criterios que pueden servir para diferenciar las declaraciones expresas de las no expresas; así, ALBALADEJO (2) en su interesante exposición, se inclina por el criterio *objetivo*,

(1) *Derecho de familia*, Sevilla, 1949, pág. 261.

(2) *El reconocimiento de la filiación natural*, Barcelona, 1954, págs. 61 y sigs.

que es el usualmente seguido por los autores modernos e incluso por sentencias de estos últimos años del Tribunal Supremo, y conforme al cual las declaraciones *expresas* son las realizadas por el declarante con medios que por su naturaleza están destinados a exteriorizar lo que resulta exteriorizado, y declaraciones *no expresas* las que consisten en un comportamiento que, sin ser medio destinado por su naturaleza a exteriorizar lo interno, lo exterioriza sin embargo. Después de manifestarse este autor en favor de este criterio *objetivo*, afirma que basta *para que haya reconocimiento* (3) la existencia de una libre voluntad de declarar la paternidad (voluntad en sentido de *conocimiento* de verificar una declaración de paternidad) y la existencia de una declaración de paternidad *explicita* aunque no vaya encaminada precisa y exclusivamente a poner de manifiesto tal paternidad.

Así las cosas, parece que en principio las posiciones de ambos autores son perfectamente idénticas. Sin embargo, no es así, como se pone de manifiesto respecto de la admisión o no del reconocimiento *no solemne* (4): ROYO es decidido partidario de tal admisión, en base a los supuestos del artículo 135-1.º y 2.º, pues en tales casos la sentencia judicial declarará que existe *no* una paternidad hasta entonces desconocida, sino un reconocimiento *anterior*, por lo que éste será un reconocimiento *tácito* o *presunto*. Para ALBALADEJO el reconocimiento es solemne en todo caso, ya que el Código sólo admite la declaración judicial de paternidad cuando ésta *aparece* sin necesidad de investigarla, como en los casos del 135, pero tal exteriorización es tan solo una *prueba*, prueba limitada, que deducida en juicio servirá para basar la declaración judicial de paternidad, que es la que atribuye el estado: de acuerdo con ROYO, cree que tales casos del artículo 135 llamados por él de reconocimiento «no solemne» «*encierran un contenido* como el de un verdadero reconocimiento. La diferencia sería cualitativa, de una supervaloración o de una infravaloración de los supuestos 1.º y 2.º del 135, conclusión a la que llega LACRUZ (5) buscando la relación de tales supuestos con el reconocimiento *formal* en el terreno del resultado, o sea, en el del *status* del hijo, que es el mismo constitutivo del reconocimiento formal, de la sentencia basada en el aformal y de la imposición judicial consecuente a la excepcionalmente admitida investigación de la paternidad.

Estas puntualizaciones casi insoslayables, a la vista del caso de autos, no pueden menos de llevarnos a la calificación como *tácito* del reconocimiento que fue base a la declaración judicial y de acuerdo con una posesión de estado continua, según veremos.

Lo que parece bastante claro es que, en el supuesto de hecho comentado, no se trata de una investigación judicial de la paternidad como hecho biológico, sino que se trataba de la comprobación o valoración del acto humano y social consistente en la *conducta* del varón respecto del presunto hijo o en las manifestaciones *no solemnes* de tenerlo por tal (6). Y es que se trata de una importante diferencia, como apunta el mismo ROYO, pues tan sólo quien tenga clara noción respecto a lo que pueda ser discutido según la Ley, sabrá también qué ha de alegar, qué ha de probar y de qué medios de prueba podrá valerse; así, en el supuesto de alegarse la *exceptio plurium concubentium* de la madre durante el tiempo de la posible concepción podrá ser decisiva si lo

(3) Op. cit., págs. 64 y sigs.

(4) Op. cit., págs. 85 y sigs.

(5) LACRUZ-SANCHO, *Derecho de familia*, Bosch, 1966, pág. 405.

(6) Así, en ROYO, Op. cit., págs. 262 y sigs.

que se trata de acreditar es el hecho biológico de la paternidad, pero será totalmente ineficaz si lo que se trata de averiguar es si existe un reconocimiento *no solemne* del padre. Precisamente por esta última razón las débiles argumentaciones del demandado en su Escrito de Contestación a la demanda no podían ser acogidas de ninguna manera.

Finalmente, antes de dejar este primer epígrafe, quiero aludir aquí a un curioso argumento del demandado en el Escrito de Contestación sobre el que ya no volvió después en el pleito: que nunca firmó las amonestaciones o proclamas. Parece claro que el expediente canónico previo al matrimonio consta de varios elementos (7): la investigación del párroco, el examen de los novios (si hay o no libertad de consentimiento, etc.) y las proclamas o amonestaciones. De dichos tres elementos parece que el fundamental es el que exista libertad de consentimiento, por lo que en habiendo tal libertad se pasa a las amonestaciones, sin más. No parece un argumento sustancial el de no firmarse tales proclamas, ya que canónicamente (civilmente sería lo mismo) la firma importante en dichos edictos es la del párroco.

Podemos, por tanto, concluir que a la vista de los *antecedentes* del pleito que el Magistrado Ponente recoge en la parte primera del Considerando segundo parece claro que la determinación del tipo de Reconocimiento no puede ser más que la de *tácito*, en base a una conducta o manifestaciones no solemnes por parte del padre hacia el hijo.

II. *La interpretación del artículo 135 del Código civil.*—Sabida es la zigzagueante marcha de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo acerca de cómo interpretar el debatido precepto del 135 del Código civil. Alude a ello el Ponente en la exposición inicial del *primer* Considerando, cuyo significado y valor adecuados creo no deben exceder de las meras consideraciones *obiter dicta* a modo de punto de partida del razonamiento del juzgador. Sin embargo, sería deseable que en lo futuro nuestro más Alto Tribunal tuviera siempre presente este principio que recoge el Ponente del «favor de los hijos», principio directriz que debiera señalar la trayectoria futura de nuestro Derecho de familia, cual ha señalado Díez PICAZO (8).

Para una mejor comprensión panorámica de conjunto del estado de la materia, pueden verse las exposiciones del mismo Díez PICAZO, PUIG BRUTAU (9), LACRUZ-SANCHO (10) y CASTÁN (11).

III. *Los elementos constitutivos de la posesión de estado.*—Aparecen descritos con notable claridad en el *primer* Considerando por el Ponente, que se remite a la doctrina clásica y a consideraciones de otras Sentencias anteriores de la misma Sala del Tribunal Supremo.

Es evidente, como ha dicho ROYO (12), que el número 2.º del 135 del Código civil consagra la eficacia del Reconocimiento *tácito*, es decir, de aquel en el que la voluntad de tener al hijo como tal no se manifiesta con palabras

(7) LACRUZ-SANCHO, Op. cit., pág. 85.

(8) Véase: *Reclamación de filiación natural*, Comentario a S. 29-XI-58, ADC., XII-4, página 1.413; *La filiación en el Derecho civil de Cataluña*, ADC., XV-1, pág. 81, y *De nuevo sobre reclamación de la filiación natural*, Comentario a tres sentencias del Tribunal Supremo, ADC., XV-1, pág. 205.

(9) *Fundamentos de Derecho civil, Derecho de familia*, IV-2.º, págs. 111 y 112 y sigs.

(10) Op. cit., págs. 406 y 408.

(11) *Derecho civil, común y foral*, V-2.º, págs. 74 y 80 (ed. 7.ª, 1958).

(12) Op. cit., pág. 277.

escritas, sino con una conducta permanente, reveladora de que tal fue el designio del padre. La posesión de estado—a diferencia de la filiación legítima—en la filiación natural viene a ser una *manifestación* de reconocimiento. Sin embargo, como ya puso de relieve el maestro CASTÁN (13), no es preciso que estos actos del padre sean tan ostentosos como los exigibles respecto de la filiación legítima.

Los elementos constitutivos de tal posesión de estado suelen ser recogidos por todos los autores de forma casi similar; así, CASTÁN (14), LACRUZ-SANCHO (15), PUIG BRUTAU (16) y MELÓN INFANTE (17).

Podemos concluir, con este último, que, aunque el Código español *no define* la posesión de estado, late en su espíritu un concepto todavía más amplio y flexible que el de ciertas legislaciones extranjeras (cual el art. 270 del Código italiano de 1942) que expresamente lo definen.

IV. *La valoración jurídica de dichos elementos*—Ya puso de relieve Díez Picazo (18), en su Comentario a la Sentencia de 7 de noviembre de 1961, que la valoración y calificación jurídica de los hechos constitutivos de la posesión de estado *no era* una pura *quaestio facti*, sino una *quaestio iuris* cuyo cauce procesal en casación debe ser el número 1.º del artículo 1.692 LEC.

Y lo que es verdaderamente trascendente de la Sentencia que comentamos es que el Ponente señor Aguado recoge esta importante aportación del profesor Díez Picazo en el apartado C) del Considerando *primero*, como base de la decisión ulterior. No puede menos de elogiarse esta digna postura del Ponente, cuyo fino análisis le lleva a resolver el litigio en base a la justicia y a la equidad. Tras la ponderación cuidadosa de tales hechos efectuada en el Considerando *segundo* y su valoración, llega en el *tercero* a la determinación de su suficiencia para declarar la *existencia* de la *posesión* de estado cuestionada.

Resumen.—Una decisión justa en su fondo y en su forma, en la que cristalizan las elaboraciones jurisprudenciales y las aportaciones doctrinales precentes, atendiendo al principio del «favor de los hijos».

J. C. G.

V. SUCESIONES

PARTICION.—LEGÍTIMA: SU NATURALEZA.—PRESCRIPCIÓN.—Artículos 1.057, 1.061, 1.068, 1.069, 1.073, 1.074, 1.077 y 1.079 del Código civil (SENTENCIA DE 31 DE MARZO DE 1970).

Entre las «más amplias facultades» concedidas por el testador a los contadores, partidores se entiende incluida la interpretación del testamento, y en ejercicio de ellas pueden atribuir bienes concretos a un legitimario en pago de

(13) Op. cit., pág. 74.

(14) Op. et loc. cit. últimamente.

(15) Op. cit., pág. 408.

(16) Op. cit., págs. 120 y sigs.

(17) *Reconocimiento de paternidad natural*, Comentario a S. 8-X-51, ADC., 1952, pág. 377.

(18) Op. cit. en ADC., XV-1, pág. 230.

su legítima estricta adjudicando el resto de los bienes relictos en *pro indiviso* a los demás legitimarios.

La legítima es *pars valoris* y ha de ser abonada con bienes de la herencia.

La prescripción consumada o lograda constante matrimonio atribuye carácter ganancial a los bienes usucapidos.

Hechos.—Don V. H. H. murió bajo testamento notarial abierto en el que, entre otras cosas, legaba a su hija M. H. O.—actora, apelante y recurrente—su legítima estricta, y a su esposa el usufructo universal vitalicio, instituyendo herederos por partes iguales a sus otros ocho hijos y designó albacea a su esposa y contadores-partidores a tres personas, confiéndoles «las más amplias facultades, incluidas las de hacer la partición y, además, la de realizar cualquier acto o negocio de disposición de bienes de todas clases». La viuda y los contadores realizaron las correspondientes operaciones, cuyo resultado fue la adjudicación de bienes determinados a la actora en pago de su legítima estricta y la atribución a los restantes hijos en *pro indivisión* el resto del caudal hereditario.

El Juzgado de Primera Instancia de Castro-Urdiales estimó parcialmente la demanda de la hija a la que se le atribuyeron bienes concretos en pago de su legítima estricta y declaró que había sufrido lesión en ésta, condenando a los herederos demandados a que la indemnizasen en 46.033,60 pesetas. La Audiencia Territorial de Burgos, a través de su Sala de lo Civil, desestimó el recurso de apelación interpuesto por la demandante, como lo hace la Sala Primera del Tribunal Supremo en cuanto al recurso de casación, siendo Ponente el Magistrado don Manuel Prieto Delgado, conforme a los siguientes razonamientos.

Considerando: Que los motivos del recurso quedan reducidos a cuatro, porque el Letrado de la parte recurrente renunció al número cuatro de ellos en el acto de la vista y que, por la similitud de los conceptos de las infracciones alegadas en los motivos segundo y quinto, se procede agruparles en cuanto al examen de los mismos evitándose así incurrir en repeticiones inútiles, de razonamientos, que, también, innecesariamente, harían más extensa resolución.

Considerando: Que el primero de los motivos, formulado por el número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, consiste en infracción, por inaplicación, de los artículos 1.071 y 1.078 en relación con el 1.057, todos del Código civil y concordante doctrina de esta Sala, infracciones basadas en que los contadores-partidores de los bienes del causante «aislaron a la recurrente del vínculo de la herencia, ni involucrando su adjudicación con la de los demás coherederos y limitándose a adjudicarles con abstracción de los demás, unos bienes, que entendían constituían el valor de la legítima estricta, perjudicándola en cerca del 80 por 100, manteniendo el resto *pro indiviso* entre sus otros hermanos, lo que lejos de constituir una partición, no es más que una operación tendente a excluirla de la Comunidad hereditaria, pero no a hacer cesar el estado de indivisión mediante la adjudicación de bienes concretos a todos y cada uno de los herederos supervivientes supervaloraron los contadores los bienes que la adjudicaron y devaluaron los restantes».

Considerando: Que no puede ser acogido el motivo por lo siguiente: A) Según la cláusula del testamento del padre de la recurrente a los contadores-partidores designados les confirió «las más amplias facultades, incluidas las de hacer la partición y, además, la de realizar cualquier acto o negocio de disposición de bienes de todas clases», y así pues, es evidente que en esa

amplitud de facultades esté incluida la interpretativa de las cláusulas testamentarias, de la que siempre está investido el Comisario, en sentido estricto, en lo que sea necesario para el desempeño de su cometido. B) La adjudicación de bienes concretos a la recurrente y en *pro indivisión* a sus coherederos fue originada por la interpelación de la voluntad del testador expresada en las cláusulas 2.ª y 4.ª, según se razona en la Base 7.ª del Cuaderno particional. C) A la recurrente le fueron adjudicados los inmuebles números 5 y 6 del inventario y una cantidad, en metálico, compensatoria de los valores, por lo que fue respetada la intangibilidad cualitativa de su legítima, ya que nuestro Ordenamiento jurídico, por tener, dicha institución la consideración de *para hereditaris* y no de *para valoris*, es causa herencial y ha de ser abonada con bienes de la herencia. Porque los legitimarios son cotitulares directos del activo hereditario y no se les puede excluir de los bienes hereditarios, salvo en hipótesis excepcionales—artículos 829, 838, 840 y párrafo 2.º del 1.056 del Código civil—que no se dan en curso de autos y respecto a la intangibilidad cuantitativa, precisamente por no haber sido observada en la partición, porque lo adjudicado a la recurrente fue inferior a la cuantía de su cuenta legitimaria, es por lo que fue estimada precisamente la demanda con declaración de lesividad en la legítima. D) Es cierto que la adjudicación de bienes en *pro indivisión* a los coherederos de la recurrente, no está basada en las excepciones a la división de la herencia, establecidas en los artículos 1.051 y 1.072 de la Ley substantiva, igualmente lo es, que en los derechos de los coherederos de la recurrente, en los bienes que les fueron adjudicados *pro indiviso*, no se ha producido la modificación o sustitución del contenido de su objeto, porque el concurrir el derecho de cada uno de los adjudicatarios de esos bienes, con los que, de los demás, es decir, el recaer sobre la totalidad de cada una de las cosas adjudicadas en *pro indivisión*, conjuntamente con los derechos sobre esos bienes pertenecientes a los otros coherederos, no se han podido verificar los efectos de la división en orden a esos bienes, reflejados en la reducción de la extensión de esos derechos y en el aumento de la intensidad de ellos, no obstante, lo cual es indudable que la cuestión relativa a la adjudicación en *pro indivisión* de bienes no afecte absolutamente en nada a la recurrente, al adjudicarles bienes concretos y por lo que respecte a sus coherederos no existiendo excepciones a la división de los bienes que les fueron adjudicados, podrán hacer cesar la *indivisión*.

Considerando: Que tampoco pueden prevalecer los motivos segundo y quinto por idéntica vía procesal, por violación, por aplicación indebida de uno y otro del párrafo 2.º del artículo 1.401 del Código civil aquél, o de los artículos 1.077, en relación con los 1.073 y 1.074, de igual cuerpo legal; el otro, porque son conceptos distintos y excluyentes que no pueden ser invocados conjuntamente, ya que ello se opone a la concisión y claridad de los argumentos para combatir la sentencia recurrida esa defectuosidad formal en la formulación de los motivos mencionados ha de originar, en este trámite, a desestimación de ellos, de conformidad con lo que se establece en los artículos 1.720 y número 4 del 1.729 de la Ley Procesal Civil.

Considerando: Que el motivo 3.º, alegado por idéntico cauce procesal consiste en violación, por inaplicación, del número 2.º del artículo 396 en relación con el 1.079 del Código civil basado en que los bienes inventariados con los números 7 y 8 del Cuaderno particional no son gananciales como se expresa en la sentencia recurrida, sino propios del causante, porque «los adquirió a título lucrativo, en virtud de prescripción lograda en concepto de dueño, por título

hereditario», motivo que igualmente hay que rechazar porque si bien es obvio que en la demanda fue alegada como uno de los hechos básicos de que la partición se practicó con perjuicio de la legítima de la hoy recurrente el de que «fue cambiado de carácter de determinados bienes considerados, como gananciales algunos que son privativos del causante» y que figure en el elemento objetivo de la pretensión procesal, el de que «declarada la nulidad de la partición se practique, nuevas operaciones divisorias en las que se incluya todos los bienes, cuya existencia se acredita en juicio, con el carácter y conceptualización legal que se justifique», es también evidente que, según se afirma en la sentencia recurrida «no se ha acreditado error en la calificación jurídica de otros bienes, que se integran al Cuaderno particional, de los reducidos por la otra parte actora, y si por el contrario, la valoración excesiva de algunos bienes y la muy corta practicada con relación a otros, lo que ha de concluir el Juzgado de primer grado, con toda lógica y justeza jurídica en la *leuté* causada a la actora, en cuantía normada en la Ley lo que conlleva en principio, a la rescisión postulada y que por haber ejercitado los herederos demandados la facultad del artículo 1.077 del Código civil, se transforman en la indemnización concedida en la sentencia del Juzgado», que fue confirmada, así pues, según lo expresado anteriormente y el contenido de la parte dispositiva del fallo recurrido, lo que, combate en el motivo mencionado no es propiamente el fallo, sino los razonamientos consignados en el Considerando décimotercero de la sentencia del Juzgado, relativos a la conceptualización de los bienes referidos como gananciales, razonamientos, que no son la base esencial de la declaración de lesividad en la legítima del recurrente, sino el haberse adjudicado bienes insuficientes para el pago de ello.

Considerando: Que de conformidad con reiterada doctrina de esta Sala, que sería prolijo enumerar, establecido respecto al número 1 del artículo 1.691 de la Ley Procesal citada, en el recurso de casación por infracción de Ley se ha de combatir la parte dispositiva del fallo y no sus fundamentos, salvo que se dé la excepción mencionada inexistente, por lo expresado en el caso presente, pero es que además, hay que tener en cuenta, por lo que se refiere a la prescripción alegada por la recurrente, como título de adquisición, por el causante, de los bienes sancionados, que en la sentencia recurrida se afirma como probado que el causante de la recurrente cesó aunque fuera brevemente en la posesión de esos bienes en concepto de dueño, en virtud del reconocimiento efectuado en 1929, vigente ya su matrimonio, iniciándose nuevamente la prescripción a partir de esa fecha, afirmaciones intangibles, por no haber sido combatibles eficazmente, por tanto, la prescripción lograda durante el matrimonio, fue el título de adquisición de dichos bienes y no el de herencia.

PARTICION: Alcance del artículo 1.061 del Código civil (SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1970).

El artículo 1.061 del Código civil tiene más bien un carácter facultativo que imperativo.

El Tribunal Supremo, en sentencia de la que ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Lojo Tato declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el demandante y apelante, contra la sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, confirmatoria

de la del Juzgado de Primera Instancia de Chantada, conforme a las siguientes consideraciones:

Considerando: Que sustentado este recurso extraordinario en dos diferentes motivos, se estima adecuado conceder prioridad para su estudio y decisión al segundo motivo, porque, encauzado por el ordinal séptimo del artículo 1.792 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciándose en él error de hecho en la apreciación de las pruebas, tiene como objeto combatir las premisas de orden fáctico en las que se asientan la sentencia recurrida, las cuales vienen a constituir la base del derecho aplicable en relación con las cuestiones de este recurso planteadas, debiendo significarse, además, a fin de delimitar su ámbito, que impugnadas las operaciones particionales realizadas por el Contador dirimente en el juicio voluntario de testamentaria del cual dimana el ordinario, en la demanda inicial se sostenía la improcedencia de aprobar el Cuaderno Particional presentado por el aludido Contador, con base esencial en lo dispuesto en el artículo 1.061 del Código civil, pero también se invocaba, expresamente, el artículo 1.074 y demás concordantes del mismo Código, porque, a tenor de la súplica, se lesionaban en más de la cuarta parte los derechos hereditarios del acto, como único heredero de su fallecido padre don J. S. S. en las herencias de don J. S. V. y doña C. S. T.; mas el tema de la rescisión por lesión aparece abandonado en el recurso en el que, en su aspecto jurídico y doctrinal, sólo se acusa la violación de los artículos 1.061 del Código civil y 1.068 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la doctrina legal contenida en las dos sentencias de esta Sala que se mencionan, pero sin sostener formalmente la infracción del artículo 1.064 del precitado Código, ni tampoco la de los demás preceptos que rigen la resolución por lesión, sin desenvolver la tesis respectiva en ese aspecto rescisorio, por lo que este problema planteado en la instancia y decidido en sentido negativo, queda fuera del presente recurso de casación.

Considerando: Que en el motivo segundo, encauzado cual ya queda dicho por la vía del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, se alega la existencia de error de hecho en la apreciación de las pruebas, el cual resulta, en tesis del recurrente, del propio proyecto particional del Contador dirimente y del informe rendido en autos por el perito agrícola señor Vázquez Rivas, sosteniéndose al respecto que el heredero mejorado, de quien es hijo el impugnante, no se le habían adjudicado en su hijuela los terrenos de labradío que, según su apreciación, debían corresponderle, arguyendo en suma que las irregularidades y desigualdades del proyecto habían quedado demostradas, a su juicio, en el aludido informe del perito agrícola mencionado, al cual el recurrente concede relieve excepcional; mas, en primer lugar, debe advertirse que el documento básico con el que se pretende contrastar el supuesto error, es el mismo proyecto que, razonadamente entendió y tuvo en cuenta el Tribunal *a quo*, especialmente en los fundamentos de la sentencia de primer grado aceptados en la recurrida, debiendo señalarse que, en el aspecto cuantitativo, las valoraciones de los inmuebles no sólo han dejado de ser combatidas, adecuada y eficazmente, sino que, según la sentencia que se impugna, han sido aceptadas, debiendo resaltarse, en el cualitativo, que la casa de labor, con a era de majar, estrada en piedra, resío, corral y era, además del pajar de piedra y el hórreo han sido adjudicados en el cupo del padre del recurrente, como heredero mejorado, con acertado criterio, según detalladamente se razona en la sentencia de primera instancia, y las tierras o labradío tenían

que ser repartidas entre todos los herederos, sin que, por otra parte, el informe pericial de referencia pueda estimarse como un documento apto para acreditar, por sí mismo, el error de hecho que se alega, por no tener el carácter de un documento auténtico ni tampoco (máxime habida cuenta de las dificultades que la operación presentaba) el valor decisivo que quiere atribuírsele en relación con otras pruebas y elementos de juicio contemplados por el Juzgador, no siendo admisible que el recurrente trate de sustituir con su personal criterio el autorizado e imparcial del Tribunal sentenciador, razones todas por las que el motivo segundo no puede prosperar.

Considerando: Que en el primero, acogido a igual número del artículo 1.692 de la citada Ley Procesal, se acusa la infracción, por interpretación errónea, del artículo 1.061 del Código civil y del 1.068 de la Ley de Enjuiciamiento y también de la doctrina legal de las sentencias de esta Sala de 30 de enero de 1951 y 16 de noviembre de 1955, aunque lo cierto es que esa doctrina ha sido acatada e interpretada acertadamente por el Tribunal *a quo*, a tenor de los razonamientos de la sentencia recurrida y los que aceptó de la dictada en primera instancia, en cuyo fundamento primero se hace mención expresa y detallada de la sentencia de 16 de noviembre de 1955, sustancialmente coincidente con la de 30 de enero de 1951, cuya doctrina también transcribe el impugnante al desarrollar el primero de los motivos; más tampoco se demuestra, dados los razonamientos de la sentencia de primer grado, que el Contador dirimente haya infringido con su actuación el artículo 1.078 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni que haya procedido con arbitrio meramente discrecional, pues en cuanto a las valoraciones de los inmuebles y puntos en que los otros dos Contadores estaban conformes respetó esa conformidad, aunque sí efectuó aquellas operaciones adjudicatorias en las que existía entre ellos notorio desacuerdo y discrepancia, procurando evitar, en lo posible, la indivisión así como la excesiva división; y en cuanto concierne a la interpretación del artículo 1.061 del Código civil, hay que partir, como así viene a reconocerlo el propio recurrente, y como lo propugnaba la sentencia de esta Sala de 16 de junio de 1932 que el precepto examinado tiene más bien un carácter facultativo que imperativo, puesto que depende la formación de lotes de las circunstancias de cada caso, naturaleza, calidad, valor de los bienes, su posible división, número de partícipes, y otras que faciliten o impidan su realización práctica; y así también la antes citada sentencia de 30 de enero de 1951 aclara que la posible igualdad a que se refiere el artículo 1.061 no significa que en la partición se imponga una igualdad matemática o absoluta, por asignación a cada heredero de todos los bienes de la herencia, doctrina que aplica el Tribunal sentenciador de instancia, y en el caso presente habida cuenta de todo lo expuesto al razonar la desestimación del motivo segundo, debe sostenerse, consecuentemente, que no se ha incurrido en interpretación errónea de los preceptos invocados y que, habida cuenta también de las dificultades prácticas que se presentaban en la división y adjudicación de los bienes relictos, el Cuaderno Particional del Contador Dirimente debe ser respetado y mantenido como válido, y, por tanto, decae también el motivo primero del recurso y al no prosperar ninguno de los alegados, procede declarar no haber lugar a la casación interesada, con los demás pronunciamientos a tal declaración inherentes.

2.º JURISPRUDENCIA MERCANTIL

POR RAMÓN G. SÁNCHEZ DE FRUTOS.

II. SOCIEDADES

IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIALES POR LA VIA DEL ARTICULO 70 DE LA LEY DE SOCIEDADES ANONIMAS. El procedimiento especial del articulo 70 de la Ley de sociedades anónimas no es el hábil para decidir cuestiones de interpretación testamentaria conectadas a la posible titularidad preventiva de los nudos propietarios de unas acciones, designados "sub conditione", sino, en su caso, en juicio declarativo ordinario, en el que, como proclamó la sentencia de 20 de noviembre de 1967, solamente dilucidado aquel problema civil en el procedimiento ordinario, podrá repercutir en el resultado del juicio especial aludido, o hacerse valer lo resuelto frente a la sociedad (SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 1969).

IV. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

AFIANZAMIENTO MERCANTIL NO PROCEDE EL BENEFICIO DE EXCUSION. La Jurisprudencia de esta Sala, contenida no sólo en la sentencia de 4 de diciembre de 1950, sino en otras, y como más reciente en la de 7 de diciembre de 1968, tienen declarado que tratándose de un afianzamiento mercantil no pueden ampararse los fiadores, aunque sean mancomunados, en el beneficio de excusión que establece el Código civil, por no ser de aplicación a este caso el artículo 50 del Código de comercio (SENTENCIA DE 25 DE ABRIL DE 1969).

R. G. S. DE F.

3.º JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

POR JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ,

EL CONCEPTO DE SOLAR A EFECTOS DEL ARBITRIO DE PLUSVALIA

(SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 1970)

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Distintos conceptos de solar.*—III. *Interpretación del artículo 499 de la Ley de Régimen Local:* 1. Interpretación gramatical. 2. Interpretación lógica. 3. Interpretación sistemática.—IV. *La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1970:* 1. Sentencia de la Audiencia de Valencia de 14 de octubre de 1969. 2. Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1970.—V. *Apreciación crítica.*

I

INTRODUCCIÓN

El artículo 510 de la Ley de Régimen Local, en su párrafo 1.º, dispone: «Constituye el objeto de este arbitrio el incremento que, en un período determinado de tiempo, experimente el valor de los terrenos sitos en el término municipal del Ayuntamiento de la imposición, estén o no edificados, con excepción de aquellos afectos a las explotaciones agrícolas, forestales, ganaderas o mineras, y que no tengan, además, la consideración legal de solares, a tenor de lo dispuesto en el artículo 499».

Por tanto, todos los terrenos situados en el término municipal quedan sujetos al arbitrio, en cuanto experimenten un incremento de valor. Para que un terreno quede exceptuado es necesario que concurren las dos circunstancias siguientes:

- a) Que esté afecto a una explotación agrícola, forestal, ganadera o minera;
- b) Y, además, que no tenga la consideración legal de solar, a tenor de lo dispuesto en el artículo 499.

En otra ocasión nos hemos ocupado desde las páginas de esta REVISTA de la primera de estas circunstancias para que se dé la exención del arbitrio. Hoy vamos a ocuparnos de la segunda circunstancia: el concepto de solar a estos efectos.

II

DISTINTOS CONCEPTOS DE SOLAR

Legalmente, existen distintos conceptos de solar, según el sector del Ordenamiento a que se refiera. E incluso dentro de un mismo sector, rigen nociones distintas.

Así, en el Derecho urbanístico, el concepto de solar que rige en general —y, por supuesto, a efectos de expropiación— es sumamente restringido. Para que un terreno tenga la consideración de solar—y pueda ser expropiado según el valor comercial—han de darse los requisitos que exige el artículo 63 de la Ley del Suelo. Esto es, que sean «superficies de suelo urbano aptas para la edificación y urbanizadas con arreglo a las normas mínimas establecidas en cada caso por el Plan, y si éste no las concretare, se precisará que la vía a que la parcela dé frente tenga pavimentada la calzada, encintado de aceras y disponga de los servicios de suministro de agua, desagües y alumbrado público» (párrafo 3). Si un terreno no cuenta con todos estos servicios, no es solar.

Pero en Derecho fiscal, el concepto de solar es más amplio. Para que un terreno sea calificado de solar a efectos impositivos—contribución territorial urbana, arbitrio de solares, arbitrio sobre incremento de valor de los terrenos—, sólo se exige ni mucho menos aquellos requisitos que, tan rígidamente, exige el artículo 63 de la Ley del Suelo.

A efectos del arbitrio de plusvalía, para que un terreno tenga la condición de solar, bastará que reúna las condiciones del artículo 499 de la Ley de Régimen Local, que es el concepto que rige también a efectos del arbitrio sobre solares sin edificar.

Por tanto, el problema planteado se concretará en la interpretación de este precepto legal, según el cual serán solares a estos efectos:

«1.º Los terrenos edificables, cualquiera que sea su destino y aprovechamiento, enclavados dentro de la línea perimetral del casco de las poblaciones según el plano levantado por el Instituto Geográfico, que ha de servir de base a los trabajos de avance catastral, siempre que tengan uno o más de sus lados formando línea de fachadas a una o más vías públicas o particulares o trozos de las mismas que estén urbanizadas, considerándose como tales aquellos que tengan todos los servicios municipales o, por lo menos, los de alumbrado, encintado de aceras o afirmado.

2.º Los terrenos enclavados en la zona de ensanche de las poblaciones y que estén en las circunstancias del número anterior. En las manzanas cuyas calles circundantes no estén todas abiertas y urbanizadas, sólo tributará como solar una faja de terreno cuya línea será de la fachada a la vía, o trozo de vía, que esté urbanizada con un fondo igual al del fondo de la manzana en proyecto.

3.º Los terrenos que, en la misma situación que los anteriores, estén dedicados a parques, jardines, huertos, talleres de cantería, encierro y pastos de ganado o cualquier otro aprovechamiento análogo».

Por tanto, en definitiva, lo que se exige es que se trate de terrenos que estén *urbanizados*. Ahora bien, para que, a estos efectos, un terreno se considere «urbanizado» no hace falta que lo esté en el grado que lo exige el artículo 63 de la Ley del Suelo, sino que se consideran urbanizados «aquellos que tengan todos los servicios municipales, o, por lo menos, los de alumbrado, encintado de aceras o afirmado».

Aquí se centra la cuestión. ¿Qué servicios ha de tener el terreno para considerarse urbanizado? ¿Ha de tener como mínimo, conjuntamente, los tres que se enumeran? ¿O bastará que tenga uno de ellos?

El problema es de una trascendencia práctica extraordinaria. Porque en

muchos Municipios—y Municipios importantes—resulta difícil encontrar terrenos que tengan los tres servicios citados. Existe alguno o algunos de ellos; pero no los tres.

En estos supuestos de que no se cuente con los tres, ¿será suficiente para que el terreno no pueda considerarse solar?

III

INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 499 DE LA LEY DE RÉGIMEN LOCAL

Parece no ofrecer duda, a tenor del texto de este precepto, que no es necesario que se den los tres servicios de alumbrado, encintado de aceras o afirmado para que un terreno tenga la condición de solar a estos efectos. De la redacción del precepto se desprende que bastará con que cuente con uno—uno solo—de estos servicios para que pueda considerarse solar y, por tanto, para que no quepa la excepción del arbitrio de plusvalía.

A esta conclusión se llega cualquiera que sea el criterio de interpretación que se utilice.

1. Interpretación gramatical.

Es incuestionable que, gramaticalmente, no es necesario, para que pueda otorgarse la calificación de solar, que la vía a que tenga fachada la finca tenga los tres servicios que enumera el precepto. Basta uno solo.

Para que se hubieran exigido los tres servicios, debería haber dicho: «los de alumbrado encintado de aceras y afirmado».

Pero no emplea la conjunción copulativa—y—, sino la disyuntiva: o.

Y nos dice el Diccionario de la Academia de la Lengua, edición de 1970: «o = conjunción disyuntiva que denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas».

Luego si en la enumeración legal del servicio se habla de alumbrado, encintado de aceras o afirmado, quiere decir que, gramaticalmente, el legislador admite la *alternativa*. Bastará uno u otro de los servicios enumerados para que el terreno pueda tener la calificación de solar.

Concepto amplísimo, desde luego. Pues es solar *casi todo* a estos efectos. Pero esta noción tan amplia es perfectamente lógica.

2 Interpretación lógica.

Decimos que esa interpretación gramatical es lógica, porque responde a la finalidad y razón de ser del precepto.

Si el arbitrio lo que persigue es que el Municipio participe en las plusvalías que experimente un terreno, que no se deban al esfuerzo del propietario, sino a razones objetivas de expansión de la ciudad, debe aplicarse allí donde existan tales plusvalías.

Por eso el artículo 499, antes que nada, establece que los terrenos estén:

- En el casco urbano.
- O zona de ensanche.

Dentro de esto, la máxima amplitud. Allí donde exista plusvalía, allí donde haya habido un incremento de valor debido a la evolución de la ciudad, debe aplicarse. Y es obvio que desde el momento mismo que un Ayuntamiento lleva a cabo la instalación de uno solo de los servicios, se produce un incremento de valor de los terrenos con fachada a la vía en que se ha verificado la instalación.

3. Interpretación sistemática.

De acuerdo con la interpretación lógica, está la sistemática. Los preceptos de nuestro Ordenamiento tributario recientes ni siquiera exigen que el terreno dé a la vía pública, ni siquiera que exista uno de aquellos servicios. Así:

— Ley especial del Municipio de Madrid y su Reglamento de Hacienda. El artículo 99 de la Ley se fija únicamente en que el valor corriente en venta exceda en cuatro veces el que resulte de capitalizar la riqueza imponible de contribución rústica.

— Ley de Reforma Tributaria de 11 de junio de 1964. Al regular el impuesto sobre aumento de valor de fincas rústicas y urbanas, en el artículo 156, extiende el impuesto a fincas rústicas cuyo valor exceda del doble del valor de los de mejor calidad con finalidad agrícola.

Estos preceptos revelan cuál es el criterio de nuestro Ordenamiento jurídico tributario.

Lo esencial para ello es que el valor de la finca no sea el que corresponda al que tendría como finca agrícola.

Cuando en el precio de enajenación no juega el valor intrínseco agrícola o ganadero, rústico. Cuando el valor es superior, es porque juegan otros elementos: expectativas urbanísticas, aproximación a la zona de edificación, mayor proximidad de los servicios.

En una palabra: elementos debidos al esfuerzo municipal y al dinero del *contribuyente*.

No es justo que esa plusvalía vaya al propietario. Por eso se ha censurado la referencia del precepto legal a los servicios municipales (1).

IV

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE OCTUBRE DE 1970

1. Sentencia de la Audiencia de Valencia de 14 de octubre de 1969.

Esta Sentencia se enfrentó concretamente con el problema del concepto de solar a efectos del arbitrio de plusvalía. Y lo resuelve así en sus considerandos:

«Considerando: Que adquirida por los recurrentes en partes indivisas, una parcela, consistente en un huerto de naranjos en plena explotación, hecho acreditado en el expediente administrativo y que la Administración tampoco

(1) Así, RODRÍGUEZ MORO, *Impuesto municipal de plusvalía*, Madrid, 1965, págs. 32-34.

discute en autos, lindante con un camino público, pavimentado de riego asfáltico, pero carente de otro servicio público, como expresa el Tribunal económico-administrativo, en la diligencia de inspección ocular practicada en el expediente de reclamación, la primera cuestión suscitada, de la que depende la conformidad a Derecho de la liquidación practicada por arbitrio sobre incremento de valor de los terrenos de dicha operación y confirmada por el Tribunal económico-administrativo, versa sobre la calificación como terreno del solar, a los efectos del artículo 499 de la Ley de Régimen Local, ya que de no reunirla, estaría exenta la compraventa, puesto que el destino del mismo a explotación agrícola, se da en el caso de autos.

Considerando: Que para la Administración, el artículo 499 citado, debe interpretarse en el sentido, de que no basta que un terreno forme línea de fachada a vía pública, que se halle pavimentada, o sea, que disponga de uno solo de los servicios públicos a que dicho artículo se refiere, para que sea calificado como solar, pero esta hermenéutica, no se deduce, ni del contexto literal del artículo discutido, ni del sentido finalista que la jurisprudencia adopta en ese punto, ya que el artículo 499, considera solares, a los efectos del arbitrio, a los terrenos edificables, que tengan uno de sus lados formando línea de fachada a vía pública urbanizada, considerándose como tales, a los trozos de ellas, que estén dotados de todos los servicios públicos municipales, o por lo menos el de alumbrado, encintado de aceras o afirmado, lo que indica, que la redacción gramatical del precepto, no dice que será solar el terreno dotado de un servicio público urbanístico, sino de todos ellos, o por lo menos de algunos de ellos y además ese es el criterio seguido por la jurisprudencia, sobre todo en las sentencias de 27 de abril de 1963 y 29 de junio de 1967, que han negado, la consideración de solar a terrenos dotados de afirmado, pero no de aceras, pues el hecho imponible de este arbitrio local, es el incremento de valor que experimentan los terrenos, debido precisamente a la mejora urbana de la zona, por el incremento de dotación de servicios públicos en ella, que la convierten en un suelo apto para ser urbanizado y aprovechado por la edificación, o por un destino no agrícola, circunstancia que no concurre, simplemente por la existencia de un solo servicio público en los terrenos de la misma como sucede en este caso».

2. Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1970.

En esta sentencia, de que fue ponente don Dionisio Bombín Nieto, se sienta la siguiente doctrina:

«Considerando: Que reconocido por las partes y acreditado en el expediente administrativo que la finca vendida es un huerto de naranjas y, por consiguiente, está afecta a una explotación agrícola, el único problema a resolver en el presente procedimiento es el de determinar si tal huerto tiene además la consideración legal de solar, de conformidad con lo establecido en el artículo 499 de la Ley de Reglamento Local y en su consecuencia, si debe ser gravado o no con el arbitrio municipal sobre solares sin edificar que dicho artículo regula.

Considerando: Que la primera norma interpretativa, es la gramatical y sólo cuando las palabras del texto sean confusas, o se preste a diversas inter-

pretaciones el sentido que el legislador quiso darles, es cuando procede la interpretación lógica o sintética del precepto, pero no cuando aquellas palabras sean claras, como ocurre en el presente caso.

Considerando: Que ese arbitrio grava en principio, a todos los terrenos edificables enclavados dentro de la línea perimetral del casco de la población, siempre que tenga uno o más de sus lados, formando línea de fachada a una o más vías que estén urbanizadas, considerándose como tales, aquellas que tengan todos los servicios municipales o por lo menos, los—en plural—de alumbrado, encintado de aceras o afirmado, de donde gramaticalmente se desprende, que no basta la existencia de un solo servicio municipal de los indicados en el precepto comentado para adquirir la finca la condición legal de solar a efectos del arbitrio, sino que es preciso que tenga por lo menos dos de ellos, porque de exigirse solo uno como se pretende en el recurso, el precepto comentado no hubiese señalado el artículo en plural sino en singular y hubiese expresado que tendría la condición de solar, el que la vía a la que la parcela dé frente, tuviese cualquiera de los servicios municipales de alumbrado, encintado de aceras o afirmado y al no decirlo, es porque el legislador no quiso que fuera así y buena prueba de ello es que cuando redacta el número 3, del artículo 63 de la Ley del Suelo, señalando la calificación de solar, precisa que la vía a que la parcela dé frente, tenga pavimentada la calzada, encintado de aceras y disponga de los servicios de suministro de agua, desagüe y alumbrado público, es decir, que a medida que la legislación avanza, exige mayor número de servicios para la calificación de solar».

V

APRECIACIÓN CRÍTICA

Con anterioridad a la sentencia comentada, la Sala Tercera del Tribunal Supremo se había enfrentado ya con el concepto de solar a efectos del arbitrio de plusvalía. Y ya había seguido la orientación de exigir la concurrencia, como mínimo, de los tres servicios que enumera el artículo 499 de la Ley de Régimen Local para poder considerar a un terreno solar.

Así, por ejemplo, la sentencia de 3 de abril de 1970, que aceptó un considerando de la apelada, en que se decía: «Queda totalmente acreditado que el terreno de autos, que el Ayuntamiento de Córdoba pretendió sujetar al arbitrio de plusvalía, formaba parte en 1962; fecha de su transmisión, de una explotación agrícola y ganadera, y no podía tener tampoco la consideración legal de solar, porque carecía de servicio municipal de alumbrado, encintado de aceras y afirmado, ya que tenía acceso a través de un camino pecuario que discurre entre la finca y la carretera estatal que va a Palma del Río (artículo 499 de la Ley de Régimen Local, única norma aplicable, conforme a lo dispuesto en el art 510 de la misma); de lo cual se desprende—sin ningún género de dudas—que la transmisión aludida no estaba sujeta a dicho arbitrio».

Es cierto que alguna sentencia anterior, como la de 16 de mayo de 1961, parecía haber mantenido el criterio amplio, al referirse al servicio «mínimo de afirmado». Pero la corriente dominante era la señalada.

Por tanto, la sentencia ahora comentada viene a seguir la línea dominante. Y lo hace enfrentándose directa y concretamente con el tema del concepto de solar, único que se planteaba, desde el momento que no se había discutido

por las partes la concurrencia de la otra circunstancia para que se diera la excepción del arbitrio.

Al seguir este criterio, interpreta el artículo 499 de la Ley de Régimen Local en sentido netamente favorable al contribuyente de la Hacienda Local, criterio muy distinto al que suele seguir la propia Sala Tercera cuando se trata de interpretar normas fiscales del Estado.

J. G. P.