

II. Sentencias del Tribunal Supremo

POR BARTOLOMÉ MENCHÉN BENÍTEZ
y R. G. SÁNCHEZ DE FRUTOS.

C I V I L

1.º JURISPRUDENCIA CIVIL.

SENTENCIA DE 6 DE MAYO DE 1967—*Donación por el padre al hijo de bienes gananciales con el fin de que se colocara. No es necesario el consentimiento de la esposa. Interpretación amplia del artículo 1415 del Código civil.*

Mediante escritura notarial, don F. A. hizo donación a su hijo de determinadas partes indivisas de un inmueble y participaciones sociales, escritura que fue inscrita en los Registros de la Propiedad y Mercantil. El consentimiento de la esposa del donante se suplió con autorización del Juzgado, por haberse alegado y justificado la incapacidad de dicha esposa.

En la demanda instada por la tan aludida esposa, madre del donatario, se pidió se dictara sentencia comprensiva de los siguientes pronunciamientos: Revocando y anulando y dejando sin valor ni efecto la donación hecha por el señor A. a su hijo por medio de la escritura pública de 13 de septiembre de 1960, de los bienes aludidos en la misma. Anulando y dejando sin valor ni efecto el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 5 de Bilbao, de 23 de agosto de 1960, autorizando a don F. A. para realizar dicha donación, supliendo el Juzgado la licencia o permiso que era necesario de la actora, merced a la alegada y no demostrada en forma, incapacidad de la misma; y anulando, asimismo, todo lo actuado en el expediente que produjo el Auto mencionado. Declarando que todos los bienes que aparecían donados continuaban siendo de la propiedad de la sociedad conyugal A.-E. Decretando la nulidad de las inscripciones causadas en el Registro de la Propiedad y Mercantil de Burgos, a tenor de la escritura pública de 13 de septiembre de 1960. y mandando que se cancelen tales inscripciones. Condenando a las partes a estar y pasar por lo que procede y a los reclamados al pago de las costas. Por medio de otrosí se solicitó la anotación preventiva de la demanda.

El hijo demandado pidió la absolución.

El Juzgado de Primera Instancia accedió a la demanda y condenó en costas al demandado. La Audiencia confirmó la sentencia.

El Tribunal Supremo accedió a la Casación y dictó segunda sentencia, con el siguiente fallo:

Que con revocación total de la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia número ..., y con desestimación de la demanda interpuesta en nombre de doña ..., de la que se absuelve al demandado y apelante, debemos declarar y declaramos: 1.º Válida y con plena eficacia jurídica la donación efectuada por don Francisco A. A. en favor de su hijo don Francisco A. E., con fecha ..., en escritura autorizada por el Notario de la expresada villa don ...; 2.º Igualmente válido y con total valor en Derecho el Auto dictado por el Juez de Primera Instancia número ..., con fecha ..., por el que se autorizaba a realizar la mencionada operación; 3.º Nulos y sin efecto alguno los demás pronunciamientos contenidos en la sentencia que se revoca; todo ello sin hacer especial declaración en cuanto a las costas causadas.

Son sus razonamientos:

Considerando: Que en el motivo primero del recurso y al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia violación del 1.409, en relación con el 1.415 del Código Civil, por estimar en contra de lo declarado por ambos juzgadores de instancia que, dentro de los preceptos sustantivos citados, debe incluirse el acto cuya validez jurídica se discute. que no es sino la donación que el fallecido esposo de la actual recurrida hizo unilateralmente de la mitad de los bienes de la sociedad legal de gananciales en favor del único hijo del matrimonio que ahora figura como recurrente, con el fin de ayudarle al desenvolvimiento y mejora de un negocio propiedad del donatario, para cuya adecuada valoración es preciso tener en cuenta que si en la regulación que nuestro Ordenamiento jurídico dedica a la sociedad de gananciales, al marido corresponden las simples facultades de administrador que le confiere el artículo 1.412 del Código civil, no es menos cierto que en algunos casos concretos, que el propio Código autoriza, puede realizar actos de carácter dispositivo, no sólo a título oneroso—que, según el artículo 1.413, requerirán el consentimiento de la mujer o la aprobación judicial en su caso, si se trata de bienes inmuebles o establecimientos mercantiles—, sino también gratuito, tanto en su vertiente *mortis causa*, que permite el artículo 1.414, como por actos *inter vivos*. a tenor de lo establecido en el 1.415, cuando se haga para el cumplimiento de los fines expresados en el artículo 1.409, es decir, para dar carrera o colocación a los hijos comunes del matrimonio, término este último derivado del verbo colocar, que necesariamente debe ser interpretado en sentido amplio, no reducido al hecho material de dar una colocación o empleo, sino el de situar al hijo en la vida, cual sucede en el presente caso, puesto que la colocación con que se intentó cumplir este primordial deber de los padres—de ambos padres—fue el mantenimiento del indicado negocio que los hechos demostraron no iba la suficientemente bien para que el hijo pudiera considerarse colocado con medios idóneos y bastantes, y sin que se haya probado impericia, mala administración o negligencia por parte de aquél, que pudiesen hacerle responsable del referido resultado y justificasen una solución diferente.

Considerando: Que a mayor abundamiento es preciso añadir que como consecuencia del carácter jurídico del acto relatado y sobre todo de su encuad-

cramiento sistemático en el artículo 1.409 del Código civil, era totalmente innecesario el consentimiento de la esposa—recluida a la sazón en un manicomio de modo temporal—y no se estaba, por tanto, en el caso de tener que sufrir dicho consentimiento mediante la aprobación judicial prevista, según se ha expuesto, en el artículo 1.413, cosa que, sin embargo, se solicitó y obtuvo, con exposición completa y exacta de los hechos desarrollados y los fines perseguidos, previo el preceptivo dictamen favorable del Ministerio Fiscal y con la práctica de las pruebas que se consideraron pertinentes, lo que aleja el supuesto contemplado de toda idea de fraude o maquinación dolosa, que, por otra parte, no implicó perjuicio alguno para terceras personas, al no existir, como queda dicho, otros hijos del matrimonio y haber resultado la madre, principal interesada, compensada con el usufructo de la tercera parte de lo donado, y muy especialmente con el testamento de su fallecido esposo, donde al margen de la parte que le correspondía legalmente en el resto de los gananciales, se le atribuye la plena propiedad del tercio de libre disposición y el usufructo del tercio de mejora, todo lo cual obliga a la estimación de este primer motivo, y sin necesidad de entrar al examen de los demás, conduce a la anulación y casación de la sentencia recurrida.

La segunda sentencia se fundamenta así:

Por los fundamentos de hecho y de derecho de la sentencia de casación que precede y

Considerando: Que la donación efectuada por el fallecido padre y esposo, respectivamente, de las principales partes litigantes, de la mitad del haber de la sociedad legal de gananciales, dada la finalidad perseguida, que no era sino la de contribuir a la colocación del único hijo del matrimonio, ayudándole al sostenimiento y mejora del negocio de ferretería y juguetería instalado por éste, debe considerarse incluida en los supuestos que permite el artículo 1.409, en relación con el 1.415 del Código civil, que no requiere el consentimiento de la esposa, a pesar de lo cual, en este caso y habida cuenta de que dicha señora no podía prestarlo por encontrarse recluida temporalmente en un manicomio, se utilizó el procedimiento del artículo 1.413, establecido para las enajenaciones de bienes inmuebles y establecimientos mercantiles, obteniéndose la oportuna autorización judicial previo el oportuno expediente, que aunque, forzoso es repetirlo, era innecesaria, confirma la bondad de lo llevado a cabo y aleja toda idea de maquinación o fraude, máxime al no existir perjuicio real para terceros, que en este caso no podría ser sino la madre, que resultó debidamente compensada con la donación misma y con el testamento de su difunto esposo, lo que priva de fundamento a la demanda interpuesta y obliga a la revocación de la sentencia de primera instancia, con la consiguiente absolución del demandado.

SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 1967.—*Daños por omisión. Responsabilidad del Arquitecto o Ingeniero director de una obra.*

El almacén granero se hundió. En el procedimiento penal seguido no se aclararon las causas de ello. Estimamos de interés, en el proceso civil, el siguiente Considerando de la sentencia del Tribunal Supremo:

Considerando: Que, desde el punto de vista del Derecho, para que cierta omisión pueda atribuirse a una persona como causante de un daño, han de

concurrir dos requisitos: que el sujeto omitente hubiese tenido el deber jurídico de actuar en el caso concreto y de que dicha actuación, en la hipótesis de haberse producido, hubiera evitado el resultado, de cuyos requisitos solamente es combatido por el nombrado recurrente el primero, aduciendo que a un técnico de la construcción de grado superior no puede alcanzarse la responsabilidad civil derivada de la ruina del edificio si los contratistas, incumpliendo las normas del proyecto, utilizan dosificaciones distintas de las señaladas por el director de la obra, impugnación que tampoco puede prosperar por la inconsciencia de los fundamentos en que intenta apoyarse, en primer lugar, porque aun cuando es verdad que este Tribunal ha declarado que el arquitecto «sólo responde del cumplimiento de las reglas de su profesión, en armonía con la naturaleza de la obra y con sujeción a los planes facultativos previamente aprobados por el dueño de la edificación», es igualmente exacto que de la sentencia de 20 de marzo de 1943, que es la que formula esa declaración, se deduce que dentro de aquellas reglas generales están comprendidas las que guardan relación con la «solidez y firmeza de un edificio», condiciones indiscutiblemente afectadas por una dosificación del mortero defectuosa y contraria a la especificada en el proyecto, como también es incuestionable que sobre el arquitecto o ingeniero director de una obra, máxime cuando no se halla asistido de un técnico de grado inferior, recae el deber jurídico de inspeccionar el cabal cumplimiento de las normas trazadas previamente para su construcción, y en segundo término, porque en las fechas citadas por el recurrente no ha establecido esta Sala que es cuestión que compete privativamente a los contratistas la de la calidad de las dosificaciones, ni que deje de ser función del arquitecto (o, en su caso, del ingeniero) «responsabilizarse» por la mala calidad de los mismos, por todo lo cual también ha de desestimarse el motivo quinto del repetido recurso.

SENTENCIA DE 13 DE JUNIO DE 1967.—*Retracto de comuneros. Se cuenta el plazo desde la fecha del auto aprobatorio del remate, conocido por la parte retrayente. No es necesaria escritura pública para que se consume la adquisición y surja la posibilidad del retracto.*

Toda la *litis* giró sobre la caducidad de la acción de retracto, caducidad que se estimó en todas las instancias.

En el Recurso de Casación se alegó que el auto aprobatorio del remate (el del art. 131, regla 17, de la Ley Hipotecaria) no implicaba consumación de la transmisión o venta; que era necesaria la escritura pública para ello y para que pudiera comenzar el plazo del retracto.

El Tribunal Supremo no admite, no aprueba tal alegación.

Razonó así la negativa a la casación, entre otros argumentos:

Considerando: que a tenor de la regla 17 del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, verificado el remate y consignado el precio, se dictara auto aprobándolo en representación del dueño de los bienes hipotecados que se enajenan, y aunque la naturaleza jurídica intrínseca de ese acto judicial es muy debatida, habiéndose hecho eco esta Sala de la controversia doctrinal en sus sentencias de 9 de febrero de 1943 y 2 de marzo de 1959, lo cierto es que, como declara la de 3 de octubre de 1963, «en las ventas judiciales forzosas, realizadas en el procedimiento judicial sumario consignado en el artículo 131 de la

Ley especial». la escritura pública de transmisión, aludida en el artículo 1.462 del Código civil, «se sustituye por el auto aprobatorio de la adjudicación», de acuerdo con la regla indicada; razón que mueve a la desestimación del motivo primero, dado que en él se alega la infracción por interpretación errónea del artículo 1.524 del Código citado, en relación con el 1.461 del propio texto legal, por inaplicación, y la transgresión de la «doctrina legal correspondiente», fundándose en el equivocado supuesto de que el otorgamiento de escritura pública era requisito preciso para la consumación de la adquisición por los demandados del condominio de los bienes que remataron en el proceso de ejecución seguido conforme a aquel precepto de la Ley Hipotecaria.

SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 1967.—*Acción reivindicatoria. Prescripción frente a titulares inscritos que tienen la condición de terceros.*

Mediante escrito presentado en el Juzgado de Primera Instancia de Mancha Real, el Procurador don . en nombre de don Leonardo C. V. y don Francisco P. R., formuló demanda contra don Juan M. M., alegando sustancialmente como hechos: Primero: que los actores eran dueños, por mitad indivisa, de la total finca que se describía así: Olivar en el sitio ...; Segundo, que la finca referenciada en el hecho anterior aparecía inscrita en el Registro de la Propiedad a favor de los actores, por mitad indivisa; Tercero, que al pretender hacerse cargo los demandantes de la finca comprada se encontraron que la misma la detentaba el hoy demandado, circunstancia ésta que desconocía por completo en el momento de la venta, ya que nada les manifestó sobre el particular el vendedor y su esposa, los que incluso hicieron la salvedad de que se encontraba libre de arrendatarios; que así los demandantes se personaron en la finca y el demandado les manifestó que la misma correspondía y que debía tratarse de una confusión de predios, puesto que el original propietario fue dueño de dos fincas casi idénticas en aquel sitio, por lo que muy bien podría ser la comprada la que detentaba otro vecino de ..., llamado don Ramón M. M. Que con fecha 5 de diciembre de 1962, los actores interpusieron acto de conciliación contra don Ramón M. M., a lo que se opuso según aparecía de la certificación que acompañaba; que como quiera que consultado el Registro de la Propiedad, aparecía que don Ramón M. M. había comprado en 14 de marzo de 1951 una finca en igual sitio, finca distinta de la comprada por los actores, no cabía duda que la suya era la detentada por el demandado; Cuarto: que conocidas que fueron por los actores las verdaderas circunstancias personales del detentador de la finca, se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia al que se dirigían autos civiles ejercitando la acción real de dominio regulado en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, contra don Juan M. M., oponiéndose dicho demandado al procedimiento, y dictándose finalmente sentencia con fecha 3 de abril de 1963 desestimatoria de la pretensión de los actores, remitiéndose a los archivos del Juzgado para todo lo pertinente; Quinto: que en el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, referido al hoy demandado, describía la finca en la siguiente forma: Parcela de tierra de labor, en el sitio llamado , y como en su día se probaría, la descripción que el denunciante dio de la finca que detentaba era la correspondiente a la inscripción segunda, que obraba en el Registro de la Propiedad, correspondiente en propiedad a los actores, lo que justificaba que nos encontráramos ante una perfecta identidad respecto a la finca reclamada y

que ocupaba el señor M. M.; Sexto: que con fecha 16 de abril del corriente año, ante el Juzgado de Paz de ... celebraron los actores con el demandado un acto de conciliación sin avenencia, señalado como indeterminada la cuantía del presente litigio. Alegó los fundamentos de Derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictara sentencia declarando que la finca reseñada en el hecho primero de la demanda pertenece en propiedad, por mitad indivisa, a los actores, declarando, por tanto, haber lugar a la acción reivindicatoria que, sobre la dicha suerte de tierra que se describe en el hecho primero, ejercitan los actores, condenando al demandado a que haga entrega a los demandantes de dicho suerte de tierra con todos los frutos que hubiere percibido de ellas y los que sus legítimos titulares hubieran podido percibir desde el día 7 de febrero de 1963, fecha esta que se le requirió judicialmente la entrega de la finca al demandado, respondiendo éste de su deterioro o pérdida en todo caso, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados a los demandantes, condenándole, por último, al pago de todas las costas del pleito. Al relacionado escrito acompañaba los documentos citados en los hechos.

Admitida a trámite la demanda y emplazado el demandante don Juan M. M. compareció en autos representado por un Procurador, presentando escrito de contestación a la demanda, alegando sustancialmente: Primero: que el día 7 de marzo de 1936, mediante documento privado suscrito con don Martín R. L., que era propietario de ella, el demandado adquirió la finca que describía; Segundo: que desde la fecha en que compró, el demandado venía poseyendo quieta, pacífica e ininterrumpidamente a título de dueño, la referida finca, siendo reconocido a todos los efectos, como tal dueño, no sólo por terceros, sino por los propios herederos de don Martín R. L.; Tercero: que el día 2 de enero del pasado año 1963, es decir, a los veintisiete años de su adquisición se vio el demandado sorprendido con una citación y emplazamiento, por el que tuvo noticia de los autos promovidos por los demandantes, también actores en este procedimiento, para ejercitar la acción real de dominio sobre la finca, amparada en el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, pleito que terminó por sentencia de 27 de enero del corriente año, que acompañaba por copia; Cuarto: que cuanto llevaba expuesto era suficiente para acreditar el derecho de dominio del demandado, y por si ello no fuera suficiente, por haberlo ganado por prescripción, puesto que lo había poseído en concepto de dueño pública, pacífica e ininterrumpidamente con justo título y buena fe por más de veinte años aun en el supuesto de que esta prescripción fuera entre ausentes; que la manifiesta mala fe de los actores se resaltaba por el hecho de que los mismos conocieron en todo momento, antes de perfeccionar su título, que la finca estaba poseída de hecho y en concepto de dueño por personas distintas de sus transmitentes, y este conocimiento se desprendía de forma terminante de las declaraciones prestadas por los testigos que depusieron en los autos del procedimiento anterior; que existía además otro hecho que había que resaltar a fin de que examinado en conjunto con los demás quedara patentizado de forma definitiva ese conocimiento, así como la mala fe que en todo momento habían desarrollado los actores, que éstos inscribieron su título el día 21 de noviembre de 1962, y ocho días después, es decir, el 29 de dicho mes, solicitaron del Registro de la Propiedad el certificado que acompañaron a la demanda, por la que iniciaban el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria a que antes se había hecho mención, señal evidente de que, por conocer la realidad de la posesión del demandado, tenían preparadas las cosas para ejercitar su acción tan pronto como la inscripción de su título les permitiera hacerlo; Quinto:

que negaba expresamente cuanto se consignaba de contrario y no había sido reconocido en este escrito. Alegó los fundamentos de Derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictara sentencia por la que: Primero, se absuelve al demandado, en razón de los hechos y fundamentos alegados, de las peticiones deducidas de contrario; segundo, se declare expresamente el derecho del demandado respecto del dominio y la propiedad de la finca reseñada en el hecho primero; tercero, se ordene la cancelación de los asientos registrales de la citada finca existente a nombre de personas que no sean el demandado y concretamente a nombre de los actores; cuarto, se ordene la inscripción de la finca referida a nombre del demandado, como propietario que es de ella, todo con expresa imposición de costas a los actores por su manifiesta temeridad y mala fe.

El Juzgado dictó sentencia por la que absolviendo a don Juan M. M. de la demanda contradictoria de dominio, interpuesta contra él, lo declaró dueño de la finca debatida en este pleito, ordenando la nulidad y cancelación de la cancelación de la inscripción que sobre la referida finca tienen los demandantes en el Registro de la Propiedad, pero no se accede a cancelar los asientos de los demás titulares registrales de la misma, ni a la inscripción del dominio que sobre ella ha ganado el demandado, condenando a que pague a los actores dos tercios de las costas producidas en el juicio y el demandado un tercio de las mismas.

La sentencia de la Audiencia revocó la del Juzgado y declaró que la finca reseñada en el hecho primero de la demanda pertenecía en propiedad, por mitad, a los actores, y condenó al demandado a hacer entrega de ella a los demandantes.

El Tribunal Supremo no accedió a la casación.

Considerando: Que si bien es cierto que, tratándose de la *usucapio contra tabulas*, el párrafo tercero del artículo 36 de la vigente Ley Hipotecaria, reenvía a la legislación civil los temas de la calificación del título y del cómputo del tiempo solamente en la hipótesis de que el que prescribe y el dueño del inmueble o derecho real que se esté prescribiendo y sus sucesores no tengan la consideración de terceros, esta remisión expresa y concreta no significa que en el supuesto de que la usucapión consumada se esgrime frente a los titulares que tengan dicha cualidad jurídica, con arreglo al artículo 34 de la misma Ley, deje de quedar encomendada a aquella legislación la materia concerniente a los requisitos intrínsecos de la prescripción adquisitiva del dominio, materia propia de la competencia del Derecho civil puro y ajena a la del Derecho hipotecario, al que únicamente le interesan los requisitos específicos que han de concurrir para que la usucapión producida al margen del Registro de la Propiedad pueda prevalecer frente a los adquirentes protegidos normalmente por la fe pública registral.

Considerando: Que, es más, la concurrencia de los requisitos exigidos por la Ley civil para la adquisición del dominio por usucapión constituye un presupuesto ineludible para la posible eficacia del *modus* en contra del titular tabular, tenga o no éste la condición de tercero, cuando lo que frente a él se alegue sea la usucapión consumada. por lo que, si ha de procederse con rigor lógico, la verificación de los requisitos civiles de la prescripción adquisitiva ha de entenderse al contraste de los hipotecarios requeridos por el párrafo primero del artículo 36 de la Ley especial, toda vez que si acaso llega a comprobarse la ausencia de los primeros, la inquisición de si concurren o podrían concurrir los últimos sería una tarea totalmente vacua y estéril.

Considerando: Que a un trabajo de esta especie es al que consagra sus esfuerzos el recurrente en el motivo primero, puesto que habiendo declarado el Tribunal *a quo* la falta de uno de los requisitos principales para poder apreciar la prescripción adquisitiva ordinaria por aquél aducida en instancia, en lugar de comenzar por rebatir tal declaración en la forma procesalmente adecuada, lo que intenta demostrar es que se da el requisito previsto en el volucra dos fundamentos de impugnación distintos, uno, el atinente a la que la prescripción adquisitiva consumada pueda prevalecer frente a los que, como los recurridos, son titulares registrales del dominio de la finca por ellos reivindicada, y tienen la condición de terceros, con arreglo al artículo 34 de dicha Ley, problema superfluo a todas luces y de inútil solución, por no darse el supuesto imprescindible para su planteamiento, esto es, una usucapión ordinaria, consumada antes de la adquisición del predio por los actores.

Considerando: Que el motivo segundo y último no es atendible, porque involucra dos fundamentos de impugnación distintos, que, uno, el atinente a la eficacia probatoria de los documentos privados, que debería haberse encauzado por el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil mediante la alegación del correspondiente error de Derecho en la apreciación de las pruebas, en vez de hacerlo, como lo efectúa el impugnante, al amparo del número primero del repetido precepto, con cuya desviación incide en la causa de inadmisión novena del artículo 1.729 de la Ley procesal, y otro, el referente a la carga de la prueba, alegando la infracción del artículo 1.214 del Código civil, complementado por la doctrina de las sentencias de esta Sala de 3 de enero de 1947 y 13 de enero de 1951, que lo desenvuelven e interpretan, primero, en el concepto de «violación», y a renglón seguido se aduce la infracción del mismo artículo 1.214 en el concepto de «aplicación indebida», conceptos incompatibles y que se repelen entre sí, lo que le hace incurrir en la sanción establecida en el apartado cuarto del expresado artículo 1.729; causas de inadmisión que, en esta fase procesal, se convierten en fundamentos de desestimación, conforme a la invariable doctrina jurisprudencial.

Considerando: Que siendo procedente la desestimación del recurso, se impone llevar el fallo al pronunciamiento a que se refiere el artículo 1.748 de la Ley de enjuiciar, en cuanto al particular relativo a la condena en costas.

SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 1967.—*Doble inmatriculación. Es necesario acudir a las normas civiles de carácter general.*

Contiene esta sentencia, entre otros, el siguiente

Considerando: Que reconocido por los contendientes y proclamado por el juzgador de instancia que el caso debatido constituye un supuesto de doble inmatriculación, en el cual los efectos que la inscripción confiere a sus respectivos titulares se neutralizan por ser incompatibles entre sí—pues ambos asientos están bajo la salvaguarda de los Tribunales y ambos otorgan la presunción simultánea de posesión, que tampoco es posible—, es forzoso acudir, como lo hace la sentencia recurrida, a las normas civiles de carácter general, pues así lo ha establecido la jurisprudencia en sus sentencias, entre otras, las de 20 de abril de 1950, 10 de enero de 1960 y 2 y 3 de marzo de 1964, haciendo aplicación de lo dispuesto en el artículo 313 del Reglamento Hipotecario, que en supuestos tales remite a las partes al juicio declarativo correspondiente.

SENTENCIA DE 30 DE JUNIO DE 1967.—*Propiedad horizontal. El suelo, cimentaciones, muros y fosos son elementos comunes.*

Estimamos de interés el primer Considerando de esta sentencia, que dice:

Considerando: Que en los dos primeros motivos, íntimamente entrelazados y que por eso son objeto de estudio conjunto, la parte recurrente acusa, al amparo del ordinal primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la violación, a causa de no aplicación, del párrafo segundo del artículo 396 del Código civil, alegando que este último precepto enuncia entre los elementos comunes de los inmuebles sujetos al régimen de la propiedad horizontal, el suelo, cimentaciones, muros y fosos, y que el citado antes prohíbe a los titulares de los pisos realizar alteración alguna en el resto del inmueble, motivos que deben prosperar, en primer término, porque son hechos declarados probados en el Considerando noveno de la sentencia de primer grado, aceptado por la de apelación, la excavación llevada a cabo en el sótano y la alteración de la tercera crujía; en segundo lugar, porque es un hecho indiscutible e incontrovertido que la excavación practicada por el demandado en el solar alcanzaba unas dimensiones, cuando por primera vez fue observada por el Juzgado de Primera Instancia número 25 de los de esta capital, de dos metros ochenta centímetros de profundidad, noventa centímetros de anchura y unos seis metros de longitud, y que la obra realizada por el hoy recurrido en el muro de carga de la tercera crujía consistió en su total demolición y en la recepción de la carga por medio de una viga de unos cuatro metros de luz, obra la última que ya fue anunciada a la comunidad de propietarios en la carta fechada el día 4 de marzo de 1963, reconocida en todas sus partes por el demandado; en tercer término, porque obras de tal índole, afectantes a los elementos comunes de la edificación, no son de las que pueden ser efectuadas por cada propietario sin más que cumplir con los requisitos prevenidos en el párrafo primero del citado artículo 7.º de la Ley especial, máxime cuando media la oposición expresa de la Junta de la comunidad a la sazón constituida, aunque el presidente de la anterior pareciese inclinado a tolerarlas, y, en último lugar, porque a la aplicación de lo establecido en el párrafo segundo, inciso primero, del mencionado artículo, no obsta que el suelo y el muro, elementos comunes del edificio, sirviesen para delimitar y configurar el sótano anejo y el local de negocio de la pertenencia privativa del recurrido, ya que al mismo le estaba terminantemente vedado introducir alteraciones en dichos elementos comunes que excedieren de lo permitido para su normal uso y aprovechamiento.

SENTENCIA DE 24 DE JUNIO DE 1967.—*Servidumbre urbana «altius non tollendi».*
No es contraria a las Leyes ni al orden público.

Una casa estaba gravada con la servidumbre de *altius non tollendi* en beneficio de otra de la acera de enfrente, que disfrutaba así de determinadas vistas. Se pactó en escritura pública de fecha 30 de enero de 1901, figura inscrita en el Registro de la Propiedad y se reseña en los documentos públicos posteriores al antes citado. En una palabra, se desprende de la sentencia que está, pudiéramos decir, bien documentada.

En la demanda se pidió que se dictara sentencia declarando: Primero, extinguida, anulada o, en todo caso, sin valor alguno en Derecho la servidumbre

de *allius non tollendi* que se refiere en los hechos cuarto y quinto de dicha demanda, es decir, la que fue otorgada y reconocida por escritura pública de fecha 30 de enero de 1901 entre doña ... y don ..., o sea, la que viene gravando en la actualidad el inmueble número ..., en favor del inmueble número ..., impidiendo la mayor altura del primero de ambos edificios en beneficio de las vistas que pueda disfrutar el segundo; segundo, que en consecuencia de todo lo anterior, se declara también que el aludido inmueble es libre de toda carga y gravamen respecto del inmueble propiedad de la demandada, y por consiguiente, el actor puede edificar sobre el primero de ambos edificios todo cuanto considere conveniente y en cuanto no contravenga las Ordenanzas y demás disposiciones del Ayuntamiento de ... o cualesquiera otras que pudiera regular la construcción; tercero, que es nulo y sin valor alguno en Derecho cualquier asiento o inscripción existente en el Registro de la Propiedad de ... que actualmente contravenga o se oponga a lo que queda declarado en los párrafos anteriores, y por consiguiente, procede su cancelación, lo que se ordenará en ejecución de la sentencia que se dicte; cuarto, que como consecuencia de todo lo anterior, quedan nulas y sin valor ni eficacia jurídica cualesquiera acciones interdictales o posesorias que hubiese entablado o pueda entablar la aquí demandada, en relación con el ejercicio o conservación de la servidumbre que se declara nula o extinguida, según el pedimento privado, primero de la presente súplica; quinto, que la demandada viene obligada a pagar a los demandantes una indemnización por daños y perjuicios igual a los que se le causan en consecuencia del retraso en la construcción del nuevo edificio; cuyos daños y perjuicios se estimarán y fijarán en la ejecución de la sentencia que se dicte, con sujeción a las bases de que se habla en los fundamentos jurídicos de esta demanda; sexto, que para el caso de que la demandada no ejercitara reconvencción en el presente proceso, se declare que los pedimentos anteriores se hacen sin perjuicio de entender reservada a dicha demandada cualquier hipotética acción que le asista a consecuencia de cualquier eventual o posible derecho a ser indemnizada por la extinción o anulación de la presente servidumbre; séptimo, que se condene a la demandada a estar y pasar por dichas declaraciones, respetándolas y cumpliéndolas en toda su integridad, y de modo particular a abstenerse en lo futuro de entorpecer las futuras obras de elevación del inmueble referido, así como al pago de los daños y perjuicios y costas del juicio.

Se alegaba que tal servidumbre, las vistas que implicaba, no se había disfrutado hacía muchos años; que era contraria al interés social de la edificación; que imponía una baja altura en el edificio sirviente (que se había demolido y estaba levantándose otro nuevo en su solar), contraria a la uniformidad y belleza de la plaza donde estaba situado, etc.

El demandado se opuso a tales peticiones.

El Juzgado declaró: Primero, nula y sin valor alguno en Derecho la servidumbre de *allius non tollendi* a que se refieren los hechos cuarto y quinto de la demanda, es decir, la que fue otorgada o reconocida por escritura pública de 30 de enero de 1901 ante el Notario ..., o sea, la que viene gravando en la actualidad el inmueble número..., en favor del inmueble número ..., propiedad de la demandada, e impidiendo la mayor altura del primero de ambos edificios en beneficio de las vistas que pueda disfrutar el segundo; segundo, que, en consecuencia de lo anterior, el aludido inmueble número ... de la plaza ..., es libre de toda carga y gravamen respecto del inmueble propiedad de la demandada, y por tanto, don ... puede edificar sobre el primero de dichos edificios

todo cuanto considere conveniente y en cuanto no contravenga las Ordenanzas y demás disposiciones del Ayuntamiento de ... o cualquiera otras que pudieran regular la construcción; tercero, que es nulo y sin valor alguno en Derecho cualquier asiento o inscripción existente en el Registro de la Propiedad de ... que actualmente contravenga o se oponga a lo que queda declarado en los párrafos anteriores, y, por consiguiente, procede su cancelación que se hará en ejecución de sentencia; cuarto, que, como consecuencia de lo anterior, queda nulo y sin valor alguno ni eficacia jurídica el interdicto de obra nueva ejercitado por la demandada, en relación con el ejercicio o conservación de la servidumbre que se declara nula; y condenó a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, respetarlas y cumplirlas, y a abstenerse en el futuro de entorpecer las obras de elevación del inmueble número ... de la plaza ..., y desestimando en parte la demanda, absolvió a la demandada de las demás pretensiones contra ella deducidas; sin expresa imposición de costas.

La Audiencia confirmó en todo lo esencial la sentencia de Primera Instancia.

El Tribunal Supremo casó y anuló la sentencia recurrida y dictó otra por la que, con revocación total de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y con desestimación de la demanda, absolvió a la demandada, declarando con todo su valor y eficacia el interdicto de obra nueva que anteriormente había interpuesto dicha demandada, sin hacer especial declaración en cuanto a las costas en ninguna de las instancias.

Son Considerandos de la primera sentencia:

Considerando: Que el supuesto de hecho cuyo conocimiento es indispensable para poder enjuiciar debidamente las cuestiones que suscita el presente recurso, no es sino la existencia desde tiempo inmemorial de una servidumbre de tipo de las de *altius non tollendi*, establecida en favor de la finca urbana de la villa de ... de que actualmente es propietaria quien ahora figura como recurrente, y de la que es predio sirviente la también finca urbana situada frente por frente a la misma calle de la propia localidad, perteneciente al dominio de los hoy recurridos, servidumbre que fue expresamente reconocida en las escrituras públicas de 9 de agosto de 1823 y 30 de enero de 1901, de la que existe constancia registral como gravamen que pesa sobre el indicado predio sirviente en el Registro de la Propiedad, a consecuencia de lo cual figuró como carga o limitación de dominio en cuantas transmisiones se efectuaron del mismo, especialmente por lo que aquí interesa, en las últimas a cuya virtud adquirieron el derecho dominical que ostentan los actuales titulares, los cuales, sin embargo, por entender, sin duda, que no les afectaba el gravamen, procedieron a la demolición de la finca, pretendiendo construir en su solar una nueva casa acogida al régimen de viviendas de renta limitada que no respetaba el límite de altura que imponía la servidumbre al exceder en una planta de la antigua edificación, lo que motivó la interposición de un interdicto de obra nueva por la actual recurrente, con el que consiguió paralizar las obras, que a su vez dio lugar al pleito de que dimana este recurso, iniciado por los hoy recurridos en el año 1964, con la pertinente demanda encaminada a solicitar la nulidad de la servidumbre, pretensión que fue estimada por ambos juzgadores de instancia, que coincidieron en apreciar que un gravamen como el que aquí se discute es contrario a los principios fundamentales de orden público que rigen en los momentos actuales el derecho de propiedad en España.

Considerando: Que jurídicamente todos los problemas planteados tienen como punto de partida, uno de orden interpretativo, consistente en valorar el sentido y alcance que deba darse a la norma contenida en el artículo 594 del Código civil, a cuyo tenor literal «todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente y en el modo y forma que bien le pareciera, siempre que no contravenga a las Leyes ni al orden público», precepto éste que debe considerarse como una simple secuela del establecido con carácter general en el 348 del mismo texto legal, en cuanto que, dentro de las facultades de gozar y disponer que se conceden a todo propietario, permite el establecimiento de los derechos reales limitados y limitativos que se conocen con el nombre clásico de servidumbre sin más limitaciones, pero por supuesto que con todas las que las leyes dispongan, de donde se deduce, interpretando ambos artículos sistemática y armónicamente, que esta facultad no es ni puede ser absoluta, sino que tiene una doble e importantísima restricción: en primer lugar y por su misma esencia, tiene que nacer de un pacto, es decir, ser consecuencia de un acuerdo de voluntades entre los titulares respectivos de los predios dominante y sirviente, ya que se trata de servidumbres prediales voluntarias lo que aleja toda idea de imposición concebible solamente en los supuestos contemplados en el artículo 595 del propio Código, por tratarse de finca del mismo propietario de la que otro tiene el usufructo y siempre que no se perjudique el derecho del usufructuario; y en segundo término, que no sean contrarias a las leyes ni al orden público, no sólo porque el principio general del artículo 342, de que se hace eco, el 594 impide otra cosa, sino, además, porque la libertad de pactos en cuya virtud pueden surgir, tiene también en el artículo 1.255 el límite insoslayable, consustancial a toda titularidad jurídica por otra parte, de que el contenido de los mismos no sea contrario a las leyes, a la moral y al orden público.

Considerando: Que examinado el caso que aquí se discute a la luz de estas premisas jurídicas, resulta de toda evidencia que la servidumbre objeto de este recurso fué válidamente constituida sin que ni siquiera haya surgido cuestión alguna acerca de dicha validez en el momento de su constitución, no sólo por lo que se refiere a la espontaneidad del acto, sino también por lo que respecta a la legalidad del mismo en el sentido de que no medió el menor obstáculo de carácter legal o de orden público que pudiese afectarle, validez ésta que perduró a través de las sucesivas transferencias en la titularidad de los respectivos inmuebles a virtud de la fuerza pública que le otorgaba la naturaleza real del gravamen valedero *erga omnes* en cuanto tal y la consiguiente inscripción en el Registro de la Propiedad de que antes se ha hecho mención, que cada uno de los posteriores adquirentes conocía y estaba en la obligación de respetar en la misma forma y alcance que constaban en el título constitutivo, sin posibilidad de alterar ni modificar por su sola voluntad unilateral al modo como proclamó reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala, especialmente en las sentencias de 8 de mayo de 1947, 31 de mayo de 1949 y 18 de diciembre de 1958—entre otras—, y que solamente podía hacer excepción si con posterioridad a dicho momento constitutivo se hubiese dictado una disposición legal que prohibiese el gravamen establecido o hubiese aparecido un obstáculo de orden público que imposibilitase el mantenimiento del gravamen de referencia, únicos supuestos en que la servidumbre podría cesar, salvo el caso en que las partes, de común acuerdo, conviniesen en la desaparición o reducción de la misma.

Considerando: Que ninguna de las indicadas excepciones concurre en el

caso que aquí se contempla, puesto que tampoco después de la constitución del derecho real de servidumbre se han promulgado leyes que prohiban su mantenimiento al resultar incompatible con el tenor del artículo 594 del Código, no ya de carácter general, sino ni siquiera relativas a posibles planes de urbanismo provincial o local que pudiesen afectarle, no constando tampoco la existencia de ordenanzas municipales que pongan algún límite a esta clase de gravámenes o que los deroguen de modo directo, exigiendo una determinada altura en aquella parte de la villa de .., de igual manera que carece de todo fundamento la alegación de supuestos principios de orden público con los que sin duda sería incompatible, en base a la moderna legislación en materia de derecho de propiedad que, inspirada en conceptos altruistas de carácter social, limitan de tal modo el tradicional concepto individualista del dominio, que llegan a configurarlo como un derecho que obliga, imponiendo deberes y el cumplimiento de una función social para la mejor consecución del bien común a que en definitiva está destinado, porque todas estas concepciones y principios toman como ineludible y natural punto de partida, el sometimiento del interés individual al interés social, colectivo, comunitario y en definitiva público, que nada tiene que ver en supuestos de hecho como el presente, en que frente al derecho particular de un propietario, lo único que contrasta es otro interés también individual y concreto, representado por otro derecho de propiedad que pretende levantar una planta más a su finca urbana, con lo que, sin duda, se perseguirá de modo mediato e indirecto la finalidad de contribuir a resolver el problema de la vivienda, pero en el que destaca directamente el fin particular de mejora del edificio y la obtención de rentas superiores de indole estrictamente privados para el exclusivo beneficio del propietario, intereses ambos, es decir, de los titulares de los predios dominante y sirviente, de orden individual y no público, entre los que se presenta como más digno de protección el de conservación que ostenta la actual recurrente, por ser índice de estabilidad y seguridad jurídicas con respecto de los pactos libremente concertados y de la situación real que con ellos se creó, que habrá de ser mantenida mientras no contrarie de modo efectivo el interés público y social que todo derecho subjetivo está forzado a respetar.

Considerando: Que como consecuencia de todo lo anterior es indudable que el Tribunal *a quo* interpretó erróneamente el precepto contenido en el artículo 594 del Código civil, especialmente en lo que se refiere al concepto y alcance del término «orden público», a la manera como se denuncia en el motivo tercero del recurso—amparado en el número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, que debe, por ello, ser estimado, lo que sin necesidad de entrar al examen de los restantes, conduce a la casación y anulación de la sentencia recurrida.

Considerando: Que no existen méritos que permitan hacer una declaración en cuanto a las costas.

Fallamos: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley.

La segunda sentencia viene, como es lógico, a basarse en los mismos argumentos:

Por los fundamentos de hecho y de derecho de la sentencia de casación que precede:

Considerando: Que de acuerdo con lo establecido en el artículo 594 del Código civil, el propietario puede establecer en su finca las servidumbres

que tenga por conveniente en la forma y modo que bien le pareciere, siempre que no contravengan a las leyes ni al orden público, apareciendo en el presente caso que la servidumbre que se discute fue establecida en tiempo inmemorial y reconocida después en los años 1823 y 1901, teniendo constancia en el Registro de la Propiedad, por lo que el demandante tuvo perfecto conocimiento de la misma cuando verificó la adquisición del inmueble sobre el que pesaba el referido gravamen, viniendo en consecuencia obligado a respetarlo, salvo que se demostrase el nacimiento con posterioridad a la fecha de constitución de la servidumbre de algún obstáculo que acarrase su nulidad, motivada por la promulgación de alguna ley o la creación de algún principio de orden público que fuese contrario a la misma, ninguna de cuyas posibilidades han existido en el presente supuesto en cuanto que no se demostró la existencia de planes generales o particulares de urbanismos que supusiesen su derogación, ni los principios que se alegan de orden público afectan a la servidumbre que aquí se contempla, a la que se opone no un interés social, colectivo o público, sino simplemente el también interés individual del demandante, actual titular del predio sirviente, de mejorar la estructura y aumentar las rentas—aunque sean de renta limitada—del edificio en cuestión, razones todas ellas que obligan a la revocación total de la sentencia del juzgador de Primera Instancia de la villa de .. de ..., y a la desestimación de la demanda interpuesta, con la consiguiente absolución de la parte demandada.

Una de las antiguas servidumbres urbanas, ya reconocida en Derecho romano, es la de "altius non tollendi", estudiada por esta sentencia al fallar un curioso caso, del que difícilmente se encontrarán precedentes en la Jurisprudencia. En las Leyes de Partidas también se recogió: "o aver tal servidumbre la una casa en la otra, que la nunca pudiese más alzar, de lo que era alzada a la sazón que fue puesta la servidumbre, porque le non pueda toller la vista nin la lumbre, nin descubrirle sus casas". En el Derecho germánico (WOLFF, "Derecho de cosas") también se admite, incluso se cita, la que consiste en que pueda construirse en el predio sirviente, pero sólo con un estilo determinado.

En esta "litis" se ha enfrentado esta servidumbre con el "orden público", recogido en el artículo 594 del Código civil, con el interés social. Y en ambas instancias, la servidumbre, cercada por ese supuesto interés general, tal vez porque los juzgadores han visto que su contenido era de poca entidad, de escaso o nulo uso actual, ha sucumbido. Ha sido el Tribunal Supremo el que ha reconocido su vigencia y el valor jurídico de lo válidamente pactado. No hay "orden público", ha venido a decir, cuando son dos intereses particulares los que están en juego.

Tal vez el demandante, el que pedía la nulidad de la servidumbre, se animó en su idea y en su tesis si leyó el comentario que el ilustre Magistrado y Profesor BONET pone al artículo 594 del Código civil: "La servidumbre no puede ser contraria a las disposiciones generales que definen el criterio del legislador sobre la propiedad, expresa o implícitamente, ni al orden público. Es más: si una servidumbre lícita y permitida en el momento de constituirse llega a ser contraria al orden público, se extingue de un modo espontáneo".

2) JURISPRUDENCIA MERCANTIL

II. SOCIEDADES

SENTENCIA DE 19 DE DICIEMBRE DE 1966.—*Sociedades Anónimas: Impugnación de acuerdos sociales por no expresar la convocatoria de la Junta general, con la debida claridad, los extremos que hayan de ser objeto de debate* (Viader c. «Letona, S. A.»).

Conforme al número 1.º del artículo 84 de la Ley de Sociedades Anónimas es necesario que en la convocatoria se exprese la esencia y alcance de la reforma de los estatutos que deban ser modificados; no siendo suficiente una referencia de carácter general. La expresión legal «con la debida claridad» obliga a entender que será el arbitrio de los Tribunales el llamado a decidir en cada caso concreto si los términos de la convocatoria ofrecen o no la claridad que la Ley requiere.

IV. OBLIGACIONES Y CONTRATOS

SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1966.—*Seguros. La responsabilidad civil por daños ocasionados en un accidente de circulación, incumbe al que los causa, independientemente del contrato de seguro concertado por el que lo sufre* (Sanguesa c. Gurtubay).

SENTENCIA DE 18 DE FEBRERO DE 1967.—*Seguro. Falta de firma en la póliza por el asegurado. Presunción de solidaridad* («La Vasco-Navarra, S. A.», c. Marco).

Hallándose la póliza en poder del asegurado firmada y sellada por la entidad aseguradora, es obligatorio el contrato de seguro para ésta, sin que a ello sea obstáculo que el ejemplar no esté firmado por el asegurado, puesto que al estar destinado al mismo su garantía radica en la suscripción por la aseguradora, la que no ha probado que el ejemplar a ella correspondiente no lo firmó el asegurado.

Si bien la solidaridad no se presume, sino que debe expresamente establecerse (arts. 1.137 y 1.138 del Código civil), hay casos en que la Ley crea la solidaridad pasiva, bien como interpretación de la voluntad de las partes, o como garantía para el acreedor o como sanción de una falta o de acto ilícito, cual previene la sentencia de 23 de abril de 1903 para la responsabilidad civil derivada del artículo 1.902 de dicho Código; solidaridad que es aplicable al contrato de seguro, en el que las obligaciones del asegurador se reducen, en definitiva, al

pago de los daños causados por el siniestro, consecuencia de su obligación de asumir el riesgo, por la que desplaza sobre su propio patrimonio el que gravitaba sobre el del asegurado, y debiendo éste indemnizar el daño causado y teniendo derecho a exigir a la entidad aseguradora el pago de dicha indemnización, ambos son responsables ante la víctima del daño, uno directo y la aseguradora por subrogación, según la sentencia de 23 de junio de 1963.

R. G. S. de F.
