

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

**Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1924**

*Sobre reivindicación del derecho inscrito de hierbas y pastos.*

Resultando que D. Jaime Villarrubia Besoli ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, fundado en los números primero, segundo, tercero, cuarto y séptimo del artículo 1.692 de la de Enjuiciamiento civil, por los siguientes motivos:

Primero. Por existir incongruencia evidente en el fallo recurrido con infracción de los artículos 359 y párrafo primero del 544 de la ley Procesal, porque habiéndose pedido en tiempo y forma al contestar la demanda, que se declarasen «nulas y sin valor ni efecto la inscripción quinta de la finca 301 del término de La Guardia (la llamada Cuadra o Manso de Ausas) que aparecen al folio 54 del tomo 411 del Registro de la Propiedad de la Seo de Urgel, y en su consecuencia las inscripciones sexta, séptima, octava y décima de la misma finca, esta última a favor del actor», en el fallo recurrido no se contiene pronunciamiento ni declaración alguna que exprese ni indirectamente resuelva dichas pretensiones, oportunamente deducidas en el pleito por el demandado y recurrente.

Segundo. Por incurrir la Sala sentenciadora en error de hecho en la apreciación de la prueba, resultante de documentos auténticos que demuestran la equivocación del juzgador, por cuanto que en el considerando primero de la sentencia recurrida se afirma, como premisa necesaria para el fallo, que en la primera inscripción de la finca Cuadra de Ausas o Manso de Ausas, en que está incluida la

parte sobre que pretende el actor el derecho de pastos y hierbas, efectuada dicha inscripción en virtud del expediente posesorio en 30 de diciembre de 1890—así dice—, se hace relación de aquel derecho, siendo lo cierto que en esa inscripción no se menciona ni directa ni indirectamente el aludido derecho, según resulta del mismo Registro de la Propiedad y puede verse por la certificación del propio registrador aportada a los autos.

Tercero. Por infringir los artículos 430 y 435 del Código civil, análogos en sus disposiciones a las leyes, también infringidas, primera del libro 41, título segundo; quinta, párrafo 15, libro 13, título sexto; tercera, párrafo quinto, de los mismos títulos y libros; primera, párrafo segundo, del libro 43, título 17; 12 y 52 del libro 41, título segundo y sus concordantes del Digesto, y de los artículos 33 y 34, párrafo segundo, de la ley Hipotecaria; por cuanto en la sentencia recurrida se concede a inscripciones que son nulas y no están notificadas al poseedor, con título inscrito anterior, la eficacia de demostrar, con exclusión de toda otra prueba, la tenencia y disfrute de un inmueble o derecho real.

Cuarto. Por infringir, asimismo, el artículo 17 de la ley Hipotecaria y 75 de su reglamento, por inaplicación y los demás concordantes de los mismos Cuerpos legales, por cuanto no se declaran nulas inscripciones que, como las mencionadas en el primer motivo, son posteriores a las del recurrente y sus causantes, motivadas por títulos anteriores en fecha y que además se hallan en oposición con aquéllas.

Quinto. Por serlo, asimismo, los artículos 9.º, circunstancias primera y segunda, párrafo primero del 34 y 403 de la ley Hipotecaria; el 61, reglas segunda y novena, y 96 de su reglamento; y los artículos 1.º y 4.º de la Real orden de 30 de diciembre de 1909, a cuyo tenor las inscripciones de títulos declarativos de dominio o de derechos reales serán nulas cuando no consten en las mismas la naturaleza, situación y linderos de los inmuebles objeto de la inscripción o a los cuales afecte el derecho que deba inscribirse, o por lo menos si se trata de documentos anteriores a 25 de diciembre de 1862, cuando carezcan de las circunstancias precisas para dar a conocer la finca o derecho objeto de inscripción y que únicamente no podrán invalidarse las inscripciones con respecto a las personas que habían contratado con quien tenía su derecho inscrito en el Registro, si la inscripción hecha a favor del otorgante

se hubiese notificado a los que en los veinte años precedentes hubiesen poseído, según el Registro, los mismos bienes y no hubiesen reclamado contra ella en el término de treinta días; infracciones en que incurre la Sala al no estimar la acción de nulidad de la inscripción quinta de la finca número 301 del término de La Guardia, que aparece al folio 54 del tomo 411, libro tercero, de aquel Ayuntamiento del Registro de la Propiedad de la Seo de Urgel, y como consecuencia de ella, la de las inscripciones sexta, séptima, octava y décima de la misma finca.

Sexto. Por incurrir en otro error de hecho en la apreciación de la prueba, con infracción del artículo 1.232, párrafo primero, del Código civil, por estimarse en la sentencia recurrida que la confesión judicial no queda limitada a surtir efecto contra su autor, y que se comete en el Considerando cuarto de dicha sentencia al apreciar que la manifestación del demandado—así dice—es prueba de su posesión.

Séptimo. Por infringir el conocido principio de derecho de que «la prueba incumbe al que afirma», reconocida, entre otras, en sentencias de 2 de julio de 1868 y, además, la ley Segunda, libro 22, título tercero, del Digesto, y asimismo el «Usage Omnes Causae», que constituye la ley Segunda, título segundo, libro séptimo, volumen primero, de las Constituciones de Cataluña, y los artículos 41 de la ley Hipotecaria y 1.250 y 1.251 del Código civil, con arreglo a los cuales, el dominio que prescribe en Cataluña por la posesión durante treinta años debe presumirse en favor del que la tiene inscrita en el Registro de la Propiedad, quien queda dispensado de toda prueba, la cual, en todo caso, corresponde al que afirma lo contrario, incurriendo en dichas infracciones, por no apreciar la Sala la prescripción posesoria del demandado y recurrente, a cuyo favor, y en defecto de prueba en contrario, debía presumirse forzosamente, por tener inscrita la posesión a favor de sus causantes desde el año 1890; y

Octavo. Por existir, finalmente, otra incongruencia en el fallo recurrido, con infracción del artículo 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, por no determinarse la consistencia del terreno que se denomina montaña de Prat Naval, y en caso de no estimarse así, por infringir el artículo 403 de la ley Hipotecaria y el principio ya citado de que «la prueba incumbe al que afirma», por conceder a la nota presentada en el Registro de la Propiedad, para la inscrip-

ción del repetido derecho de pastos, la eficacia no autorizada por la ley de perjudicar a tercero :

Visto siendo ponente el magistrado D. Manuel Moreno :

Considerando que alegado como principal fundamento de la oposición a la demanda la nulidad de las inscripciones en el Registro de la Propiedad, solicitada en el escrito de contestación, y habiéndose, no obstante esa oposición, accedido al primer extremo de la demanda, no puede estimarse exista la incongruencia, base del motivo primero del recurso, toda vez que al acceder a lo pedido por el actor, implícitamente fué desestimada la declaración de nulidad pedida, mucho más habiéndose hecho cargo la Sala sentenciadora, en los Considerandos de la sentencia, de los defectos que se imputaban a las aludidas inscripciones :

Considerando que la sentencia recurrida no se funda exclusivamente en la apreciación de la prueba, que se tacha como errónea en el segundo motivo del recurso, razón por la cual, no dándose el recurso de casación contra los fundamentos de la sentencia, sino cuando reúnen aquella condición, es visto que procede desestimar el expresado segundo motivo :

Considerando que es principio de derecho, aceptado de modo constante por este Supremo Tribunal, el de que las declaraciones de nulidad de los actos y contratos jurídicos sólo pueden obtenerse mediante la oportuna declaración hecha en el juicio correspondiente, con citación de todas aquellas personas a que pueda afectar la aludida declaración, y esto sentado, es visto que no habiendo sido citado ni sido parte en este pleito Francisco Roca, a cuyo favor se hizo la inscripción quinta, ni sus causahabientes, no pudo, a sus espaldas, declararse la nulidad de dicha inscripción, cualesquiera que sean los defectos de que pueda adolecer, y que en un procedimiento adecuado, con citación de las personas a que pudiera afectar, hubieran podido producir la apetecida declaración de nulidad :

Considerando que no habiendo podido accederse en la sentencia recurrida a la nulidad de dicha inscripción quinta, tampoco podía accederse a la de las inscripciones sexta, séptima, octava y décima, que se pedía sólo como consecuencia de la anterior, y, por tanto, forzoso se hace desestimar los motivos tercero, cuarto y quinto del recurso que tiene como base y fundamento el no haberse estimado las pretendidas nulidades :

Considerando que tampoco puede estimarse el error en la apre-

ciación de la prueba, fundamento del sexto motivo del recurso, porque dicha apreciación, aun en el caso de existir, no sirvió de base a la parte del fallo recurrido, sino precisamente a la absolución del recurrente de la indemnización pedida por el actor :

Considerando que si bien las inscripciones de posesión con arreglo a lo establecido en el artículo 41 de la ley Hipotecaria, engendran la presunción de dicho derecho, esa presunción desaparece en el momento en que hay prueba en contrario, y, por tanto, admitida por la Sala sentenciadora la certeza de la existencia del derecho de pastos por la prueba aportada a los autos, la presunción alegada desapareció, y por ello la sentencia recurrente no incide en las infracciones que se indican en el motivo séptimo del recurso que debe ser desestimado :

Considerando, por último, que no puede estimarse la incongruencia o infracción que se enuncian en el octavo motivo, por cuanto las mismas tienen como fundamento el ser ineficaz la inscripción quinta antes indicada, cuya ineficacia no puede en modo alguno ser tenida en cuenta por las razones antes expuestas.

Fallamos que debemos declarar, y declaramos, no haber lugar al recurso, etc.

### **Sentencia de 7 de mayo de 1924**

#### *Ejercicio de la acción reivindicatoria contra poseedor con título inscrito y consiguiente petición de cancelación.*

Considerando que para que pueda prosperar la acción reivindicatoria es requisito indispensable que se ofrezca prueba cumplida del dominio que se alega, e inexcusable que se presente título traslativo de este derecho en relación con la finca o fincas reclamadas :

Considerando que la parte actora en el pleito a que se refiere el presente recurso no ostenta otro derecho, en cuanto a las fincas que pretende reivindicar, que el indeterminado que supone la declaración de heredera abintestato de los bienes de D. Blas Sacristán del Royi Tenias ; y por hallarse estos individuos no puede tal declaración estimarse como título de dominio ni reputarse dueña

de las fincas objeto de la demanda a la demandante, ya que según el artículo 1.068 del Código civil y reiterada doctrina de esta Sala, sólo la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad de los bienes que le hayan sido adjudicados :

Considerando que por los fundamentos que quedan expuestos procede estimar el primer motivo en que se apoya el presente recurso, sin que haya necesidad de ocuparse de los restantes, toda vez que resulta improcedente la acción ejercitada, por falta de justificación del dominio del actor sobre las fincas objeto de la demanda, y es suficiente la falta de cualquiera de los requisitos necesarios para el éxito de la acción reivindicatoria para que sea desestimada.

### **Sentencia de 2 de junio de 1924**

*Sobre reconocimiento de la posesión a favor de propietario con título inscrito, y deslinde de fincas.*

Considerando que la sentencia no es incongruente porque ha desestimado la acción que sirvió de fundamento a la demanda en el doble aspecto de que se confirmara la posesión alegada y se diera lugar a deslindar la finca que al demandado pertenecía, y aceptando la reconvención acoge literalmente las dos pretensiones que la constituían de que se declarase no haber lugar al deslinde y nula aquella inscripción practicada a favor de la actora, en cuanto se refiriese a porción del inmueble descrito bajo el número 1.050, que había sido objeto de la permuta otorgada en el año 1867 entre el marido de la demandante y el padre del demandado ; y como estos fueron los términos de la contienda como quedara planteada en el momento procesal a que se refiere el artículo 544 de la ley de Enjuiciamiento civil, el fallo se ajusta con exactitud a lo que prescribe el artículo 359 de la propia ley ; y tampoco incide en la infracción del artículo 445 del Código civil, que se refiere al caso de que exista la posesión, como hecho, a favor de dos personalidades distintas, hipótesis contraria a la declaración del Tribunal de que sólo el demandado tenía la posesión real legítima y por más de cincuenta años sobre la finca denominada Casa Sanchís, inscrita con el

número 1.698 en el Registro de Onteniente y alegando contra declaración no controvertida eficazmente, a los efectos de la casación, no puede dicho artículo ser aplicado en ninguno de los casos que decide, y es totalmente improcedente el motivo primero del recurso :

Considerando que la presunción establecida en el artículo 41 de la ley Hipotecaria, introducida en beneficio del crédito territorial como secuela del principio filosófico de que solamente la propiedad confiere derecho a la posesión de la que constituye su representación visible, no impide al que tiene también inscrito en el Registro algún derecho que ventile ante los Tribunales la correspondiente preferencia, como expresamente autorizan los artículos 24 y párrafo último del 396 de la propia ley que así ampara el derecho de quien no tiene inscripción que oponer a la practicada como, con superior fundamento, favorece a quien tiene inscripción contradictoria de la causada cuya anulación pretenda; y como esta fué la petición que el demandado dedujo al reconvenir a la demandante contra la posesión que ella alegaba sobre la hacienda Casa Sanchís, partido de Morera, es evidente que el fallo, al estimar procedente la reconvención, no ha infringido el artículo 41, sino que le ha aplicado rectamente en su necesaria relación y debida armonía con los de la misma ley Hipotecaria que han servido de fundamento a la declaración de nulidad de la inscripción del inmueble número 1.050 en lo que contradijese la practicada con el número 1.698 en el Registro de la Propiedad de Onteniente y carece de fundamento el motivo segundo del recurso :

Considerando que el valor de la prueba pericial, según los preceptos 1.243 del Código civil y 632 de la ley de Enjuiciamiento, está subordinado a la apreciación de los Tribunales, según las reglas de la sana crítica, siendo el dictamen de todos y cada uno de los peritos una apreciación personal emanada de los conocimientos científicos, artísticos o prácticos de quien la prestó, que carece del concepto de documento o acto auténtico en el sentido de veracidad indiscutible que requiere el número séptimo del artículo 1.692 de dicha ley Procesal para utilizarlos al intento de enervar la apreciación de las pruebas hecha por el juzgador de instancia si demostraban el error del juicio deducido de la misma o de las demás pruebas del pleito; y por consiguiente, no existe base procesal para la estimación del motivo tercero del recurso, en

cuanto al allí aludido dictamen de un perito; y respecto a las certificaciones no discutidas del Registrador de la Propiedad relativas a inscripciones practicadas bajo el número 1.050, así antes como después de la inscripción número 1.698 que produjera la escritura de venta y permuta de 24 de Diciembre de 1867, porque dicho instrumento público ha servido de fundamento a las declaraciones y consecuencias jurídicas que el Tribunal ha deducido de la transmisión del dominio del inmueble transferido por dicho título sin reservas ni limitación por el marido de la actora a favor del padre del demandado, y habiendo la sentencia declarado que es una sola y misma finca la delimitada, según el texto de descripción en las dos inscripciones, aunque se pudieran estimar aquellas certificaciones documentos auténticos a los efectos indicados, nada demostrarían en contradicción con el juicio de la Sala sobre la estimación de las restantes pruebas:

Considerando que el artículo 1.695 del Código civil introdujo la novedad de declarar imprescriptibles la tres acciones que nominativamente designaba como mixtas el derecho romano, para el adecuado ejercicio de las cuales constituye requisito absolutamente indispensable que exista el vínculo jurídico, del que la acción sea garantía procesal y para la designada clásicamente con la denominación latina de «*finium regundorum*», esgrimida en la demanda, era preciso que se hubiera demostrado que los litigantes fuesen propietarios de heredades contiguas y como el Tribunal de instancia declaró en ejercicio de sus peculiares atribuciones no discutidas con eficacia en el recurso, que la finca inscrita bajo el número 1.050 tiene idénticos límites que la número 1.698, inscrita en dominio, como dueño único, a nombre del demandado mantenido en posesión real del inmueble, que adquirió como cuerpo cierto denominado Casa Sanchís, es evidente que el título de la demanda acompañado no podía ser eficaz para la petición del deslinde con acierto desestimada por el fallo, que no ha podido, por tanto, atacar a la inscriptibilidad (1) de una acción para la cual carecía de título y de derecho quien la ejercitaba, y es inestimable el cuarto motivo del recurso, en el que también se cita la acción llamada «comuni dividundo», que aunque no fué básica en la demanda, requería la existencia de una comunidad o condominio sobre el

(1) Debe ser imprescriptibilidad.



inmueble expresado, contra la que se ha pronunciado, en declaraciones no impugnadas eficazmente, el fallo contra que se recurre, en el cual se afirma que habría en todo caso prescrito en beneficio de los Sres. Simó el exceso de cabida, si lo tuviera la finca adquirida por el padre el año 1867 y desde entonces sin interrupción legítimamente poseída, declaración ajustada a las prescripciones de los preceptos 1.930, 1.939 y siguientes, 1.952 y siguientes, 1.957 y 1.959 del Código civil, que ni contradicen ni se oponen a la del artículo 1.965, que supone infringido dicho motivo cuarto en todos conceptos improcedente.

### **Sentencia de 10 de junio de 1924**

#### *Desahucio de finca a virtud de título de dominio inscrito.*

Considerando que el Tribunal sentenciador hace la declaración de que la finca que adquirió el demandante por un contrato de compra venía poseída en concepto de dueño por la persona que hizo la venta y no por el demandado; y que esta finca es diferente a la que antes había adquirido el demandado por contrato realizado con el mismo vendedor, como se demuestra y patentiza con la situación y linderos de una y de otra. Declaración que no había sido combatida en forma legal por el recurrente, pues no ha demostrado con documentos auténticos el error producido por el Tribunal «a quo»:

Considerando que después de la anterior declaración se impone legalmente el que se considere, a los efectos del artículo 1.564 de la ley de Enjuiciamiento civil, como parte legítima para el ejercicio de la acción de desahucio, al actor D. Inocencio Cambra Sanz, porque el título inscrito en el Registro de la Propiedad es válido, eficaz y subsistente en tanto no se demuestra lo contrario; y como el demandado, aunque intentó hacerlo, presentando otro título igualmente inscrito en el Registro, como se refería, no a la finca objeto del desahucio, sino a otra diferente, el Tribunal no incide en error de derecho, sino que aplica rectamente los artículos 1.564 y 1.565 de la ley de Enjuiciamiento civil y 41 de la ley Hipotecaria:

Considerando que según reiterada y uniforme doctrina de esta Sala, cuando el demandante prueba el dominio de la finca que es objeto del desahucio con documento inscrito en el Registro de la Propiedad, la demandada no puede tener otro carácter que el de precarista, pues su posesión y disfrute no tiene otro título que la mera condescendencia del propietario al no pagar renta ni merced :

Considerando que por las anteriores razones procede desestimar los dos motivos en que se funda el recurso.

### **Sentencia de 16 de junio de 1924**

*Ejercicio de la acción de retracto sobre finca adjudicada por efecto del procedimiento judicial sumario regulado por la ley Hipotecaria.*

Resultando que, previo depósito de 1.000 pesetas, D. Manuel Calatrava y López Vadillos ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, fundado en los números primero y séptimo del artículo 1.692 de la de Enjuiciamiento civil, por los siguientes motivos :

Primero. Por incurrir la Sala sentenciadora en error de hecho en la apreciación de la prueba al declarar haber lugar al retracto de la finca Vista Alegre, por estimar que cuando se inició el pleito el demandado y recurrente tenía en su poder, a título de dueño, aquel inmueble por haberle sido transmitida su propiedad definitiva en virtud del auto de 4 de mayo de 1921, en el procedimiento judicial sumario que venía instando en el Juzgado de primera instancia de Jaén contra bienes especialmente hipotecados de doña Dolores Calatrava y López Vadillos, siendo así que no había poseído ni adquirido en momento alguno la finca objeto del pleito, según resulta de documentos auténticos, como son : el testimonio judicial que con referencia a dicho procedimiento seguido ante el Juzgado de Jaén contra Doña Dolores Calatrava aportó en segunda instancia al pleito D. Fernando Medina Calatrava, en cuanto en él aparece inserta literalmente la parte dispositiva del repetido auto de 4 de mayo de 1921, donde claramente resulta que la adju-

dicación hecha al recurrente de la finca motivo del juicio era provisional y estaba condicionada a que, practicada la liquidación entre el importe del principal, intereses y costas, garantidos con la hipoteca que sobre ella existía, y el precio de la adjudicación, fuera requerida previamente y consignara la diferencia en la mesa judicial, que por ser así no se mandaba poner en posesión del inmueble inmediatamente al adjudicatario, sino en su día, cuando se cumpliera aquella condición, y que la adjudicación podría estimarse perfecta, pero no consumada; otro testimonio judicial que con relación al expresado procedimiento judicial sumario llevó al juicio en el período de prueba en primera instancia, en cuanto en él consta el contenido literal del citado auto de 4 de mayo de 1921, y del que aparece que se había practicado la liquidación del principal, intereses y costas, y se le había mandado requerir para que dentro de ocho días consignara en la mesa judicial el sobrante a que aquella resolución se refería; que no se había hecho tal requerimiento ni verificado la consignación; que no se le había puesto en posesión de la finca objeto del retracto, y que no se le había expedido testimonio de aquel auto para que le sirviera de título inscribible en el Registro de la Propiedad, ni se había librado el oportuno mandamiento para la cancelación de inscripciones y anotaciones a que el auto se refiere, y, finalmente, el testimonio judicial que con referencia al mismo procedimiento sumario se aportó al pleito a su instancia en el período de prueba en segunda instancia, en cuanto por él resulta acreditado que sin haberse aprobado ni consumado la expresada adjudicación por auto de 2 de noviembre de 1921, se dejó sin efecto la totalidad del remate y adjudicación de la finca motivo del pleito, que se hizo a su favor por el auto de 4 de mayo del mismo año; y que en la subasta judicial celebrada el día 17 de marzo de 1922, había sido rematada la finca Vista Alegre, motivo del juicio, por D. Antonio Quesada en 40.600 pesetas, al que se le había adjudicado, habiéndose aprobado el remate.

Segundo. Por incurrir asimismo en error de derecho en la apreciación de la prueba, infringiendo los artículos 1.218 del Código civil y 596 y 597 de la ley de Enjuiciamiento civil, por cuanto que declarando el primero de estos preceptos que los documentos públicos hacen prueba aun contra tercero del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste, y los dos últimos, que son documentos públicos eficaces en juicio, las actuaciones judiciales de

toda especie que se cotejen con sus originales, si vinieron al pleito sin citación contraria y hubiese sido impugnada expresamente su autenticidad o hubieren sido testimoniados por virtud de mandamiento compulsorio librado con citación contraria por el escribano, en cuyo oficio radiquen los autos, el fallo recurrido, aparentando reconocer la autenticidad y eficacia de los testimonios de actuaciones judiciales traídos al pleito a solicitud del recurrente en primera instancia, y en segunda, a petición de ambas partes litigantes, estima que por el auto pronunciado en 4 de mayo de 1921 en el procedimiento sumario repetido, inserto en aquellos testimonios, fué adjudicada pura y simplemente y transmitida definitivamente la propiedad de la finca objeto del retracto al recurrente, tergiversando con ello el contenido y alcance de aquella resolución judicial y de las demás actuaciones a que se refieren tales testimonios, no obstante resultar con evidencia que por el citado auto se adjudicó provisionalmente la finca motivo del juicio al recurrente, condicionando la transmisión a éste de su propiedad a la práctica de la liquidación y pago, en su caso, por el adjudicatario, acreedor del sobrante a que se refiere la regla décimoquinta del artículo 131 de la ley Hipotecaria, y que por las demás actuaciones a que los testimonios se refieren se demuestra que tal adjudicación quedó sin efecto, conforme a lo dispuesto en la última disposición legal mencionada, y la finca objeto del retracto fué adjudicada a un tercero en subasta pública judicial celebrada en aquel procedimiento sumario.

Tercero. Por infringir igualmente la Sala sentenciadora la regla décimoquinta, por su no aplicación, y la décimoséptima, por aplicación indebida, ambas del artículo 131 de la ley Hipotecaria, en atención a que, disponiéndose en la primera que cuando en el procedimiento judicial sumario a que se refiere se adjudiquen las fincas al actor, y el importe de sus créditos e intereses asegurados con la hipoteca sea inferior al fijado en la subasta, se le hará saber a aquél, para que dentro del plazo de ocho días consigne la diferencia, y si no lo hiciera, se declarará la adjudicación sin efecto. ordenándose en la segunda que, verificado el remate o la adjudicación y consignado en su caso el precio, se dictará de oficio auto aprobándolos, en representación del dueño de los bienes hipotecados que se enajenen, y ordenando la cancelación de la hipoteca que garantiza el crédito del actor, expidiéndose al efecto el oportuno.

tuno mandamiento, en el que se hace constar que el valor de lo vendido o adjudicado fué igual o inferior al importe total del crédito del actor, y en el caso de haber superado, que se consigne el exceso en el establecimiento público destinado al efecto, a disposición de los acreedores posteriores, y que el testimonio del referido auto será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad, siendo indudable, por lo tanto, que siempre que el importe del crédito y de los intereses asegurados con la hipoteca sea inferior al tipo fijado para la subasta de la finca o fincas hipotecadas, la adjudicación que de la misma se haga al actor, a su instancia, y sin haber consignado aquella diferencia, es provisional y está subordinada a tal consignación y a que de oficio se apruebe, no transmitiéndose al acreedor, mientras tanto, ni la propiedad ni la posesión de la finca o fincas adjudicadas, ni siendo el auto judicial en que se acuerde título bastante para la inscripción hasta que se cumplan aquellos otros requisitos; a pesar de todo ello, la Sala sentenciadora, en el caso de autos estima que por el repetido auto de 4 de mayo de 1921 le fué transmitida al recurrente la plena propiedad del inmueble objeto del retracto, no obstante que en él se hizo una adjudicación provisional subordinando la transmisión de la finca adjudicada, y su adjudicación por el adjudicatario a la práctica de la oportuna liquidación y a la consignación por el recurrente, en la mesa judicial, de la expresada diferencia.

Cuarto. Por infringir además, por aplicación indebida, los artículos 1.521 y 1.523, párrafo primero, y 1.525, en relación con el 1.511 y 1.518, todos del Código civil, y por no aplicación la doctrina legal consignada en las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1905, 21 de diciembre de 1908, 31 de mayo de 1918 y 19 de junio de 1920, según las cuales, para el ejercicio del retracto legal, es de absoluta necesidad que la cosa que se intenta retraer haya entrado en el dominio y disposición libre de la persona de quien se retrae, no siendo bastante para ello la perfección del acto o contrato, por virtud del que la transmisión haya de tener lugar, y siendo precisamente indispensable que el acto o contrato se consuma, tanto por tratarse de una acción de carácter esencialmente real, que tiene por objeto adquirir la propiedad de una finca transmitida por el primitivo dueño a un tercero, cuya adquisición no puede lograrse sino de quien la tenga en su poder a título de dueño, cuanto porque resultaría ineficaz el mero derecho declarado

a favor del retrayente, si el demandado no pudiera hacer entrega de la cosa por no estar en su posesión ni dominio y por no poder cumplir con las demás obligaciones de la subrogación, que son consecuencia legal del retracto, incurriendo en dichas infracciones la sentencia recurrida al declarar haber lugar al retracto legal en parte de comunero y en parte de colindante de la finca objeto del pleito, condenando al recurrente a que dentro de tercero día otorgue a favor de D. Fernando Medina Calatrava escritura de venta del mencionado inmueble, del que nunca fué dueño ni poseedor, y a que reciba en el acto de aquel otorgamiento la suma de 10.000 pesetas como precio conocido de la adjudicación, estando demostrado que el recurrente no entregó tal precio ni la diferencia entre el mismo y el importe del crédito e intereses asegurados con hipoteca sobre la mencionada finca, habiéndose probado además que ésta, durante el curso del pleito, ha sido adjudicada en subasta judicial a un tercero; y

Quinto. Por infringir, finalmente, la sentencia recurrida, el principio jurídico «de no estar permitido a nadie transmitir válidamente lo que no tiene», reconocido como axiomático por las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1887 y 29 de octubre de 1915, en razón a que la Sala sentenciadora condena al recurrente a otorgar a favor de D. Fernando Medina Calatrava escritura de venta de la finca Vista Alegre, objeto del retracto, apercibiéndole que de no verificarlo le será otorgada de oficio y a su costa, cuando tal finca ni pertenece ni ha pertenecido, como se ha repetido, nunca al recurrente, ni en el concepto de dueño ni en el de poseedor.

Visto siendo ponente el magistrado D. Pedro Armenteros :

Considerando que fundado en atendibles razones de interés público, armónico con el de los particulares, el Código civil, en su artículo 1.521, establece el retracto legal, que consiste en el derecho de subrogarse con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago; derecho que tienen, en su caso, el copropietario de una cosa común y el propietario de las tierras colindantes, y que nace en el momento en que la enajenación se realiza, sin que a su eficacia legal sean obstáculo actos injustificados superiores a la interposición de la correspondiente demanda;

Considerando que el recurso se basa substancialmente en la

circunstancia de haber entendido la Sala sentenciadora, con error de hecho y de derecho que por el auto de 4 de mayo de 1821 se transmitió a D. Manuel Calatrava el dominio de la finca Vista Alegre, siendo así que tal resolución no tiene semejante alcance y transcendencia;

Considerando que el Tribunal de instancia, en vista de la prueba practicada, aprecia con acierto que el auto referido contiene la adjudicación lisa y llana, sin otro carácter y sin condición limitativa de ninguna especie de la aludida finca al demandado, quien, desde entonces, viene poseyéndola, hecho no negado en el recurso, que debe ser desestimado, ya que no alcanza a demostrar de manera evidente los errores que atribuye a la Sala sentenciadora, cuya apreciación no se puede desvirtuar, impugnando aisladamente los diversos elementos probatorios que la integran, y teniendo en cuenta que el fallo imputa con razón al demandado la causa de la adjudicación de la finca a su favor y la de no haber sido consignada la suma complementaria de su importe, contrariando sus propios actos, sin culpa del recurrido.

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso.

JUAN ANTONIO DE LA PUENTE QUIJANO