



Roj: **STS 2614/1974** - ECLI: **ES:TS:1974:2614**

Id Cendoj: **28079110011974100279**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/05/1974**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MANUEL PRIETO DELGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Núm. 237.-Sentencia de 20 de mayo de 1974.

PROCEDIMIENTO: Infracción de ley.

RECURRENTE: Don Ricardo (actor).

FALLO: Da lugar al recurso interpuesto contra sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona

de fecha 12 de marzo de 1973.

DOCTRINA: Retracto de colindantes. Error de hecho en apreciación de prueba confesión judicial. Publicidad registral.

Tanto el párrafo tercero del artículo 580 de la Ley Procesal Civil como el 1.232 de Código Civil se establece el valor positivamente

tasado de las declaraciones desfavorables al litigante, sujeto pasivo de la confesión judicial, que obligan al órgano jurisdiccional a

reconocer justificada la existencia o inexistencia de los datos procesales confesados, en lo que sean perjudiciales al confesante.

Desde la fecha de la inscripción registral, se origina por el principio de publicidad - artículos 221 y 222 de la Ley Hipotecaria y 332

de su Reglamento- la formal de la totalidad del asiento y por el de la fe pública y de legitimación registral, la presunción legal de

exactitud del registro.

En la villa de Madrid, a 20 de mayo de 1974; en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Puigcerdá y en grado de apelación ante la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, por don Ricardo agricultor y

vecino de Campellas, contra don Carlos Manuel de la misma profesión y vecindad, sobre retracto de colindantes- pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandante, representado por el Procurador don Santos de Gandarillas Carmona y defendido por el Letrado don Julio Martínez; no habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo el demandado y recurrido.

RESULTANDO

RESULTANDO que mediante escrito de fecha 6 de marzo de 1972, el Procurador don Juan Planella Sau, en nombre y representación de don Ricardo , dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia de Puigcerdá, demanda contra don Carlos Manuel , alegando sustancialmente como hechos: Primero. Que el demandante don Ricardo , es dueño de la finca rústica que se describe como sigue: "Dehesa llamada DIRECCION000 en término de



Campellas, partida Font del Horts Castellassos y Guileinas o Leixas, de superficie una hectárea y 15 áreas, lindante al Este con Julián y Nieves , antes casa DIRECCION001 ; al Oeste y Sur con terreno comunal y al Norte con Begoña "; inscrita al tomo NUM000 del Archivo Libro NUM001 de Campellas, folio NUM002 , finca NUM003 , inscripción NUM004 ; acompañándose certificación del Registro de la Propiedad acreditativa del título de propiedad del demandante. Segundo. Que el demandado, don Carlos Manuel , es propietario de la finca colindante con la anteriormente reseñada, cuya descripción es la siguiente: "Una pieza de tierra llamada " DIRECCION002 " o " DIRECCION003 ", sita en el término municipal de Campellas, parte yermo y parte cultivo, de tres cuarteras y media, o sea 85 áreas y 69 centiáreas: Linda Norte, Aurelio , hoy Carlos ; Sur y Oeste, Ángel Daniel , y Este, Ricardo y Julián ; que el demandado compró una tercera parte indivisa de la referida finca a don Casimiro y la restante tercera parte a doña Maribel y doña Milagros , según escritura otorgada ante el Notario de Ripoll don Ramón Algar Llunch, el 13 de diciembre de 1971, cuya compraventa fue inscrita el día 28 de febrero de 1972 en el Registro de la Propiedad de Puigcerdá. Tercero. Que según las descripciones de las fincas rústicas que se han dejado consignadas, limitan ambas entre sí, y la recientemente enajenada es de superficie de 85 áreas y 68 centiáreas, sin que estén separadas entre sí por arroyos, acequias, caminos u otras servidumbres aparentes, por lo que se dan los requisitos del retracto de colindantes que enumera el artículo 1523 del Código Civil . Cuarto. Que el día 28 de febrero de 1972 y precisamente por el asieto del Registro de la Propiedad donde se inscribió la compraventa referida, vino en conocimiento el demandante de dicha venta, con sus condiciones y circunstancias, e interesándole retraer la finca, de ahí la interposición de la presente demanda, con la que se consignaba la suma de 15.000 pesetas, cuya cantidad se ofrece reembolsar al comprador como precio de la venta y además los gastos de contrato y cualquier otro pago legítimo, y también los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida; y después de citar los fundamentos legales que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia declarando haber lugar al retracto y al retrayente don Ricardo , por subrogado en las mismas condiciones estipuladas en el contrato en el lugar y derecho del comprador; condenándole en consecuencia a estar y pasar por tal declaración y a que dentro del perentorio plazo que al efecto se señale, otorgue a favor de don Ricardo la correspondiente escritura pública de retroventa, recibiendo en tal acto el señor Carlos , la cantidad de 15.000 pesetas consignadas y demás que previene el artículo 1.518 del Código Civil , previo la debida justificación, bajo apercibimiento de otorgarse de oficio la expresada escritura e imponiéndole las costas del juicio.

RESULTANDO que admitida a trámite la demanda y emplazado el demandado don Carlos Manuel , se personó en los autos representado por el Procurador don Andrés Puente Rodríguez, el cual por medio de escrito de fecha 3 de junio de 1972, contestó y se opuso a la demanda, alegando como hechos: Primero. Que aceptaba el correlativo de la demanda. Segundo. Que negaba el correlativo tal y como venía redactado, pues si bien es cierto que el demandado adquirió por escritura pública autorizada por el Notario de Ripoll señor Algar en 13 de diciembre de 1971, la pieza de tierra " DIRECCION002 " o " DIRECCION003 " de don Casimiro y don Gabino y otra tercera parte de doña Maribel y doña Milagros , pese a que en la escritura figura la superficie de tres cuarteras y media equivalentes a 85 áreas con 68 centiáreas, es la realidad que la cabida real medida sobre el terreno es de una hectárea con 49 áreas y una centiárea, es decir que la pieza de terreno comprada excede a la hectárea en 491 metros cuadrados, y por tanto no cabe el ejercicio de la acción de retracto en virtud del propio artículo 1.523 del Código Civil . Tercero. Que es cierto que la finca del actor y la adquirida por el demandado, no están separadas por camino o barranco ni accidentes a que se refiere el Código Civil, pero como se dice en el hecho anterior, falta el requisito "sino qua non" para la viabilidad de la acción y derecho de contrario ejercitada, cual es que la finca retraída no exceda de una hectárea. Cuarto. Que es inoperante la lecha en que el actor supiera la noticia de la adquisición por el demandado, de la finca que se pretende retraer, por la razón dicha de exceder en 49 áreas y una centiárea a la hectárea, aparte de ser dicha parcela, por su situación y características, más que una finca rústica, un solar edificable dentro de zona de reserva urbana; que se acredita la superficie real de la finca mediante plano a escala, que se acompaña, con la medición de la finca retraída del que resulta la cabida de una hectárea, 49 áreas y 1 centiárea; y después de citar los fundamentos legales que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia absolviendo al demandado de la demanda, con imposición de costas a la parte actora.

RESULTANDO que recibido el juicio a prueba, a instancia de la parte demandante se practicó la de confesión judicial del demandado, documental, reconocimiento judicial, y a propuesta de la parte demandada tuvieron lugar las de confesión en juicio del demandante, documental, testifical y pericial; y unidas las pruebas practicadas a sus autos, y seguido el juicio por sus trámites oportunos, el Juez de Primera Instancia de Puigcerdá, dictó sentencia con fecha 3 de agosto de 1972 por la que se declaró haber lugar al retracto de colindantes y al retrayente don Ricardo , por subrogado en las mismas condiciones estipuladas en el contrato de escritura de compraventa de la finca conocida por " DIRECCION002 " o " DIRECCION003 ", objeto del presente retracto, en el lugar y derechos del comprador, condenándole a estar y pasar por la presente declaración y a que dentro del plazo de un mes otorgue a favor del actor don Ricardo la correspondiente escritura pública de retroventa, recibiendo en tal acto el demandado señor Carlos la cantidad de 15.000



pesetas consignadas y demás que prevé el artículo 1.518 del Código Civil , previa la debida justificación, bajo apercibimiento de otorgarse de oficio la expresada escritura, sin hacer expresa condena de las costas causadas.

RESULTANDO que contra la anterior sentencia, se interpuso por la representación, del demandado don Carlos Manuel , recurso de apelación, que fue admitido libremente y en ambos efectos, y sustanciada la alzada por sus pertinentes trámites, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 12 de marzo de 1973 por la que revocando la apelada, declaró no haber lugar al retracto que la representación de don Ricardo interpuso contra don Carlos Manuel a quien absolvió de la demanda, sin expresa declaración sobre costas en ninguna de las instancias

RESULTANDO que el Procurador don Santos de Gandarillas Carmona, en nombre y representación de don Ricardo , ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, al amparo de los números primero y séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por los siguientes motivos:

Primero. Al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley procesa) civil, consistente en error de derecho en la apreciación de la prueba, con infracción violadora del artículo 1.232 del Código Civil , en que incide la Sala, al formar su juicio lógico-jurídico absolutorio de la demanda, eliminando los hechos confesados por el demandado y la vinculación del confesante a lo confesado, según el precepto invocado; alegando, que la demanda de retracto de asurcanos se produce sobre la escritura de compra de la finca rústica " DIRECCION003 " por don Carlos , en la que éste confiesa ante el Notario que la finca que compra tiene menos de una hectárea, reconociendo así uno de los elementos que configuran ese retracto; que establecida y fuera de discusión la colindancia con la finca, también rústica " DIRECCION000 " del recurrente don Ricardo , quedaban patentes todos los requisitos que exige el artículo 1.523 del Código Civil para hacer viable tal retracto; y el pleito se produce porque el demandado opone que "a pesar de la escritura" la realidad es que la superficie de la finca en retracto excede de la hectárea; que liente a la escritura el señor Carlos ha opuesto una peritación, a la que, a su vez, de señor Ricardo opone que es recusable por las alteraciones que se han hecho en la finca tendentes a unirla con olía contigua de la madre del señor Carlos y utilizando un camino de servicio; y he aquí como todo ésto se refleja en la concesion del señor Carlos ; b), que respecto al hecho de la extensión escriturada, en respuesta a la posición tercera, don Carlos confiesa ser cierto que "cuando compró la finca sabía perfectamente la superficie de la misma"; pero al contestar la posición séptima, niega saber y tener constancia de que "la superficie de la DIRECCION003 " es inferior a una hectárea, exactamente tres cuarteras"; que la confesión que se examina ha sido fundamento capital de la sentencia del Juzgado; la Audiencia no alude a ésta confesión, y cuando en otros motivos, se haga la valoración de la escritura básica nos encontramos con este hecho que la Audiencia no ha reconocido: don Carlos cuando otorgó esa escritura sabía perfectamente cuál era la medida superficial de la finca que compraba, y declaraba que esa extensión era de menos de una hectárea; y sobre esta base creaba un título legitimador para el tráfico, que afectaba a tercero; que este motivo pretende la integración en los hechos probados de la sentencia de lo confesado por el señor Carlos ; b) que aunque con cierta vaguedad y un tanto de pasada, otros hechos de la confesión del señor Carlos tienen presencia en las referencias de la sentencia, y con referencia al reconocimiento judicial y a ciertos documentos, no con referencia a la confesión; que para la debida precisión y efectos respecto al confesante, por el principio "contra se pronuntiatio" contenido del invocado artículo 1.232 del Código Civil , importa que conste que a la presencia judicial, don Carlos ha confesado ser cierto: Que " DIRECCION003 " es colindante con otra propiedad de la madre del declarante. Que la pared que había entre esas dos fincas la ha hecho desaparecer el confesante para unir las dos y explotarlas en común.

Segundo. Al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , consistente en error de hecho y de derecho que comete la sentencia, con infracción violadora de los artículos 1.216 y 1.218, considerados como norma de prueba, al desconocer que el hecho de tener " DIRECCION003 " , menos de una hectárea, consta en la propia escritura, título de pedir y en los asientos del Registro de la Propiedad, del Amillaramiento y del Catastro, según acreditan las respectivas certificaciones de estos centros aportadas al proceso y no impugnadas; alegando, que la sentencia recurrida opone a esto, que respecto a los asientos registrales, el Registro no garantiza las descripciones materiales de las fincas, careciendo de aplicación, según su entender, el artículo 38 de la Ley Hipotecaria ; que la Sala "a quo" confunde el hecho que acredita el documento, con los electos jurídicos del acto que el documento contiene; ciertamente que ni el Amillaramiento ni el Catastro contienen título de dominio o derechos reales, ni de contratos sobre los inmuebles en ellos registrados; en el orden de la prueba de la titularidad jurídica son, cuando más, un principio de prueba escrita de una situación posesoria con determinado título; pero sí constituyen, sobre todo el Catastro, una prueba pública, fehaciente del hecho de las circunstancias físicas de las fincas, según contratación de los funcionarios públicos competentes para establecer las unidades fincas y sus circunstancias de emplazamiento, situación, límite, extensión superficial, etc. que así como el Registro de la Propiedad cataloga derechos sobre inmuebles, el Catastro cataloga las fincas como unidades físicas; por eso el Catastro no puede certificar eficazmente



que de una finca determinada es propietario una también determinada persona; pero certificar la extensión de determinada finca, está dentro de la competencia del Catastro, porque ello atañe a la función que atribuye a este Instituto su Ley creadora de 23 de marzo de 1906, en sus artículos primero y segundo; repárese que para que prospere, en el caso, la oposición del demandado al retracto el "apesar de la escritura" es menester resolver previamente la cuestión del "exceso de cabida", que, en rigor, es lo que plantea ese demandado y que por cierto, no es tema adecuado para un juicio de retracto; pues bien, el artículo 298 número quinto B) del Reglamento Hipotecario concede inmatriculación, sin previa inscripción a los excesos de cabida "que tengan su base y justificación en datos catastrales"; que ésto demuestra la fuerza fehaciente del asiento registral, digo catastral, respecto a la extensión de las fincas y que en el caso,- el Catastro, respecto a la extensión de las fincas y que en el caso, el Catastro no ampara, ni mucho menos, el exceso de cabida que pretende hacer valer; que el amillaramiento significa también el registro de las fincas según sus circunstancias físicas; en el caso coincide con la escritura en cuanto a la extensión; que el Registro de la Propiedad ciertamente que no garantiza, en principio, extensiones superficiales, ni límites; garantiza derechos, pero los derechos inscritos recaen Sobre una finca que tiene sus características físicas, entre ellas la extensión superficial, elemento de la inscripción según el artículo noveno de la Ley Hipotecaria ; lo que, por lo pronto, indica el asiento registral, certificado con toda eficacia, es que, para lo que importa aquí, la extensión superficial de la DIRECCION003 " no llega a la hectárea; el asiento prueba el hecho de que la inscripción no atribuye más extensión a la finca; los efectos jurídicos de esta situación no caben en este motivo, pero el hecho queda establecido; que en fin, está la escritura en la que el Notario no da fe de la extensión de que se trata, pues ello cae fuera de su apreciación directa "visu et auditu"; el Notario da fe de que don Carlos -el que ha confesado ante el Juez que cuando compró la finca sabía perfectamente la superficie de la misma- le dijo que la finca medía 85 áreas 68 centiáreas; que hay error de hecho cuando no se toma en consideración que la finca " DIRECCION003 ", tiene menos de una hectárea; en la escritura que origina el retracto, en el Registro, en el Catastro, en el amillaramiento; y hay error de derecho cuando se desconoce la fuerza probante de los documentos en que ese hecho aparece, según los textos que se invocan.

Tercero. Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , consistente en la infracción violadora del artículo 1.218 del Código Civil , en relación con el 1.521 y 1.523, y con los principios de que nadie puede ir contra sus propios actos creadores de situaciones jurídicas y "contra se pronuntiatio", inspiración del citado artículo 1.218 del Código Civil , comentiéndose la infracción, al establecer una variación de la extensión superficial de la finca retraída, después de haber nacido el derecho de retracto y de sospechosas alteraciones en la finca; alegando, que esta Sala tiene establecido, entre otras muchas, en las sentencias de 12 de octubre de 1912 y 6 de febrero de 1916 , secundadas por la doctrina, que el derecho de retracto se perfecciona en el momento de celebrarse la venta causal del derecho; que el día 13 de diciembre de 1971, ante el Notario de Ripoll don Ramón Algar, don Carlos compró a sus entonces propietarios la DIRECCION003 " , con declaración ante el Notario de que tenía la extensión superficial de 85 áreas, 68 centiáreas y ha confesado el señor Carlos que, en el momento de otorgar la escritura, conocía perfectamente la extensión superficial de lo que compraba; que es evidente que sí sabía que la extensión era mayor y declaraba esa otra cifra menor con los unes que fuera, ponía en causa su buena fe y ello no le liberaba de las consecuencias de su declaración escriturada; lo cierto es que el día en que se otorgó tal escritura, nació el derecho de retracto del colindante don Ricardo , a adquirir la finca "en las mismas condiciones establecidas en la escritura" como dice el artículo 1.521 del Código Civil ; que como se ha indicado, los documentos públicos, concretamente las escrituras bajo fe notarial, no solamente prueban el hecho y circunstancia del otorgamiento, sino que vinculan a los otorgantes respecto a tercero, "en cuanto a las declaraciones que hubieren hecho" como expresa el artículo 1.218 del mismo Código ; no es menester la fe registral; basta la fe notarial; que nuevamente entra en juego el "contra se pronuntiatio" de la confesión; naturalmente, si en la declaración de la extensión, hubo reticencia o reserva mental, eso no altera el valor objetivo de la declaración; que el señor Carlos , en todo caso, establecía un título que legitimaba para el tráfico y la buena fe y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 17 del Fuero de los Españoles, le obliga a estar y pasar por lo que él mismo ha establecido y más cuando ha confesado que al comprar sabía la verdadera extensión de lo que compraba; si obraba de buena fe y así hay que suponerlo, sabía que la extensión era la que declaraba: 85 áreas, 68 centiáreas; que en el Registro de la Propiedad figuraba la finca rústica los " DIRECCION000 ", como propiedad de don Ricardo y colindante de las " DIRECCION003 "; antes de la venta de ésta no había nacido el derecho de retracto, pero sí la expectativa de ese derecho, enciente para la protección jurídica; al verificarse la venta de las " DIRECCION003 ", sobre la base de las 85 áreas, 6 centiáreas, se creó, por el propio señor Carlos una apariencia legitimadora de la acción del retracto de colindantes del artículo 1.523 del mismo Código , dos fincas rústicas colindantes, una de 85 áreas y 68 centiáreas, e inscrita la compra en el Registro, se inicia el plazo de interposición de la demanda, que queda interpuesta; que el artículo 1.218, no es más que una nueva versión del principio "contra se pronuntiatio", variante del otro principio de que nadie puede ir contra sus propios actos; que nacido ya el derecho, el señor Carlos realiza alteraciones en la finca, y violando esos principios, la vinculación de



su declaración ante Notario y la, en todo caso, apariencia legitimadora por él establecida con su escritura de compra, viene a sostener que las 85 áreas y 68 centiáreas, esto es, los 8.568 metros cuadrados por él declarados no son 8.568 metros cuadrados, sino 14.355,93 y esto es lo que prevalece en la sentencia al fundar en tal cambio el fallo desestimatorio del retracto.

Cuarto. Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consistente en la infracción, por violación, del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, en relación con el 201, regla segunda de la misma Ley y con el 298, párrafo quinto de su Reglamento; que la infracción se comete al no aplicar ese precepto a la situación que expresan las dos inscripciones de las dos fincas rústicas de que se trata en este pleito y que contienen las circunstancias subsumibles en el esquema legal del retracto de colindantes del artículo 1.523 del Código Civil; alegando, que con alcance a lo que expresa es correcta la tesis de que la extensión superficial que la inscripción atribuye a las fincas registradas no es más que un dato secundario de identificación fuera de la protección del artículo 38 de la Ley Hipotecaria; más la Sala "a quo" desconoce que eso varía cuando la extensión superficial es elemento constitutivo y tipificador de un derecho inscrito; no tiene igual valoración jurídica la extensión superficial en la venta según límites y cuerpo cierto, que en la venta por unidad de medida; que cuando en el Registro aparecen dos inscripciones que corresponden cada una a una finca rústica, las dos declaran la recíproca colindancia, y por declaración del titular, en el título inscrito, una de ellas está registrada con extensión menor de una hectárea, el Registro manifiesta el esquema del derecho de retracto de colindante, tal como se expresa en el artículo 1.523 del Código Civil, que aquí la medida superficial ya no es un secundario elemento de identificación, aquí es un elemento integrador de un derecho; la alteración de esa cabida es trascendente y el Registro la mira con recelo, sobre todo cuando es en más; la Ley Hipotecaria y su Reglamento trazan reglas exigentes para la inscripción del "exceso de cabida"; no hay problema para rectificar las inscripciones, disminuyendo la medida de la extensión registrada, pues no hay en ello presumible daño para tercero- pero la Ley es recelosa, y ese recelo inspiró la cautelosa sentencia del Juzgado, para no admitir el exceso de cabida; hay un tercero que puede ser lastimado: el colindante, pues la extensión del vecino puede ser a costa de la propia finca y puede hacerle desaparecer su expectativa de derecho de retracto, cuando no, como en el caso, el derecho ya nacido; que realmente los colindantes son, entre sí, algo más que recíprocos terceros, pues tienen el vínculo de las relaciones de vecindad inmobiliaria; por eso, el Registro rechaza la inscripción de título, en cuanto al exceso que contengan las descripciones de las fincas sobre las cabidas inscritas; por lo menos, tendrá que haber escrituras o actos de deslinde conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil y siempre con el cotejo de títulos del artículo 385 del Código Civil, creadoras del título que autorice la entrada en el Registro del exceso de cabida; ésto es algo más que un dato secundario de identificación; esto afecta a los derechos de tercero y ese tercero tan especial como es el colindante; que ese exceso de cabida en un caso de discordancia y la realidad y su rectificación está sometida a los procedimientos del artículo 199 de la Ley Hipotecaria; que es de observar cómo la regla segunda del artículo 201, referida al expediente de dominio exige que intervengan el Ministerio Fiscal y los posibles afectados en sus derechos reales; que tal expediente se tramita en base "al estado actual de la finca en el Catastro Topográfico Parcelario o en su defecto en el Arancel Catastral, Registro Fiscal o Amillaramiento"; ahora resulta que todo eso no tiene ningún valor, que lo importante es lo que diga un perito partiendo de los límites que le cuente el arrendatario del propietario; que el artículo 298, número quinto del Reglamento simplifica algo las exigencias: A) Cuando se trate de rectificación de linderos fijos o de tal naturaleza que excluya la posibilidad de terceros colindantes que pudieran -nada más que pudieran ser perjudicados-. B) Los que tengan su base y justificación en datos catastrales -siendo de recordar el dato catastral referente a la finca del señor Carlos, con menos extensión que de su título y su inscripción-. C) Los que resulten de determinados documento que aquí no importa relatar. D) Y los que no excedan de la quinta parte de la cabida inscrita; la cabida inscrita es 8.568 metros cuadrados con una quinta parte de 1.113 y la que se dice ahora que la finca tiene, es de 14.355,93, que los textos invocados son trascendentes, sobre todo, por su espíritu que parece haber inspirado la sentencia de primera instancia y que puede considerarse así: No se puede cambiar alegremente la extensión superficial atribuida a una finca, conscientemente, por su propio propietario, cuando ello puede redundar en daño a tercero; que don Carlos ha declarado "erga omnes" en una escritura pública vigente y con plena conciencia de lo que declaraba, según ha confesado, que la extensión de la DIRECCION003 " es de 85 áreas, 68 centiáreas, o sean 8.568 metros cuadrados; que esto afecta a su colindante don Ricardo, pues le perfecciona su expectativa de derecho de retracto de colindantes; ésto basta y la escritura produce todo su efecto como defiende el motivo anterior; pero hay más, don Carlos inscribe en el Registro de la Propiedad su escritura con la finca del señor Ricardo, quien, a su vez, tiene también inscrita su finca con declaración de su colindancia; que de ambas inscripciones resulta la traza, bajo la fe pública registral, del derecho de retracto del señor Ricardo y la obligación de soportarlo del señor Carlos; que esto cae en el área del artículo 38 de la Ley Hipotecaria; la inscripción del señor Carlos declara con efecto a tercero, concretamente su colindante, que tal finca no llega a una hectárea; que no es dubitable que esto puede rectificarse, si hay error, inscribiendo el "Exceso de cabida" por sus caminos legales y con las garantías debidas para el tercero colindante; la extensión de la finca, es materia del juicio de retracto, pero la rectificación



de esa extensión, no; que la sentencia no la ha rectificado; el pronunciamiento se limita a la desestimación de la demanda, pero sin declaración de la rectificación en el fallo, que es supuesto previo y no materia de retracto; que pese a la sentencia, la escritura y el Registro siguen diciendo que la finca cuestionada no llega a la hectárea, sin que ese fallo haya declarado, cosa fuera del ámbito del juicio, la rectificación con entrada en el Registro del "exceso de cabida"; que al seguir en pie la escritura, la sentencia comete las infracciones denunciadas en el motivo anterior, y al seguir en pie la inscripción y no atenerse el juzgador a lo que en el Registro se declara, y variar el dato -sustancial para el retracto- de la extensión superficial registrada, se viola el artículo 38 y sus concordantes de la Ley Hipotecaria .

Quinto. Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , consistente en la violación de los artículos 1.521 y 1.523 del Código Civil , al negar la sentencia recurrida a don Ricardo el derecho de retracto sobre la finca " DIRECCION003 " adquiridas por don Carlos , con escritura registrada de ser rústica, menor de una hectárea y colindante con la también rústica del señor Ricardo , los " DIRECCION000 " y confesión del señor Carlos de tener perfecto conocimiento de la extensión de la finca, cuando la adquirió; alegando, que la sentencia de primera instancia considera el valor constitutivo de las escrituras, su fe y vinculación de los otorgantes frente a tercero de las declaraciones que ellas hacen los otorgantes, contradictores de sus propios actos si se separan de lo que declararon; considera también el Juez el valor probatorio y declarativo de las inscripciones registrales; el valor vinculante de la confesión del señor Carlos de conocer perfectamente la extensión de la finca en cuestión, cuando la adquirió; la circunstancia de que el señor Carlos sí apreció error, en menos, en las declaraciones de extensión superficial de la finca no acudió a los medios legales de rectificarlo junto a éste, considera el Juez: El reconocimiento judicial practicado en el que, por la naturaleza y circunstancias del terreno se hace difícil el deslinde de las pequeñas fincas en que se distribuye y el apreciarse en la finca manipulaciones sobre el terreno de posible efecto alterador de la extensión; y en fin, el dictamen pericial, que fijando los confusos límites de la finca según las referencias de un arrendatario del dueño, eleva la extensión superficial escriturada y registrada en menos de una hectárea, en una hectárea, 43 áreas y 59 centiáreas; que el Juez, con el criterio de cautela que inspira la legislación inmobiliaria, en orden a la admisión de los excesos de cabida, entiende que ese dictamen no es eficiente para alterar sin mengua de la seguridad del tráfico, el "status" resultante de escrituras e inscripciones registrales, que mientras no se modifiquen los medios legales, mantienen su efecto ejecutorio; y como de esas escrituras e inscripciones, corroboradas por el Catastro y el Amillaramiento y lo declarado en la escritura es declaración del propio demandado y su declaración es lo que pasa al Registro, ha de prevalecer esto que acredita la presencia de los factores definidores del retracto, según el artículo 1.523, y por eso el fallo estima la demanda y da lugar al retracto pretendido por el señor Ricardo , que por con a, la Audiencia no es que desconozca, es que niega el valor constitutivo y declarativo, con sus efectos y vigencia, mientras perduren, de escrituras, inscripciones y confesiones en juicio, y opina, como el demandado, que a pesar de la escritura V sin necesidad de introducir, por su vía y procedimiento legal, las rectificaciones procedentes, basta un dictamen pericial, cualesquiera, además, que sean sus circunstancias, para cortar la fuerza ejecutoria que dimana de la escritura y de su inscripción, y sobre esta base la sentencia acepta la extensión fijada en esa pericia, revoca la sentencia del Juez y absuelve de la demanda de retracto de don Ricardo , al demandado don Carlos ; que la parte recurrente, sobre la construcción del Juez, defiende que podrá haber o no diferencia entre la cabida inscrita y la real; pero que eso sólo se rectifica por sus caminos y que, mientras esto no se haga, hay que estar al "statu quo" escriturado y registrado, sobre todo en cuanto la modificación posible afecta a derechos de tercero; y como de ese "status" resulta que las fincas del caso son rústicas, colindantes y la adquirida por el señor Carlos de menos de una hectárea, queda definido con esto el derecho de retracto de comuneros, tal como resulta de los artículos 1.521 y 1.523 del Código Civil , la sentencia recurrida vulnera al no aplicarlos y negar el derecho a retraer postulado por don Ricardo .

RESULTANDO que admitido el recurso, y evacuado el trámite de instrucción, quedaron conclusos los presentes autos, ordenándose por la Sala fueran traídos a la vista.

Visto siendo Ponente el Magistrado excelentísimo señor don Manuel Prieto Delgado.

CONSIDERANDO

CONSIDERANDO que el motivo primero amparado en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley procesal , consiste en error de derecho en la apreciación de la prueba de confesión judicial prestada por el demandado, hoy recurrido, con infracción por violación del artículo 1.232 del Código Civil , motivo que ha de ser acogido, porque, evidentemente, tanto en el párrafo tercero del artículo 580 de la Ley procesal Civil , como en el 1.232, antes citado, se establece el valor positivamente tasado de las declaraciones desfavorables al litigante, sujeto, pasivo de la confesión judicial, que obligan al Órgano jurisdiccional a reconocer justificada la existencia o inexistencia de los datos procesales confesados, en lo que sean perjudiciales al confesante, tan es así, que,



según doctrina de esta Sala -sentencias de 16 de junio de 1910 , 30 de octubre de 1911 , 30 de abril de 1935 y 24 de enero de 1944 . entre otras- incurre en error de derecho el Juez o Tribunal que desconozca, en el supuesto mencionado, la eficacia probatoria de dicho medio de prueba. Revela la sentencia impugnada que la Sala de instancia formó su convicción de que la finca del recurrido es de extensión superficial superior a una hectárea, como resultado de las pruebas de reconocimiento judicial, testifical, documental, -consistente ésta en el oficio dirigido por el hoy recurrente al Ayuntamiento de Campellas, del folio 28 de los autos- y pericial, así pues, se abstiene de examinar la prueba de confesión judicial mencionada, no obstante las contestaciones, en sentido afirmativo, dadas a las posiciones primera a sexta, desfavorables al confesante, y si bien es cierto que respecto a la séptima y última de ellas, contestó negativamente, al declarar que la finca adquirida es de cabida superior a una hectárea, también lo es, que esa declaración no enerva o debilita, en lo más mínimo, el dato referente a que la finca referida, fue agregada a la colindante, propiedad de la madre del recurrido, para lo cual éste hizo desaparecer la pared de piedras sueltas que la delimitaban y también un camino de explotación, por tratarse de hechos de significación distinta y es igualmente indudable que la segregación de fincas colindantes origina, en todo caso, incremento de la cabida anterior de ellas, y, en definitiva, que, por lo expresado concurre la primera de las tres excepciones al principio general de la indivisibilidad de la confesión, establecida en el artículo 1.233 del Código Civil .

CONSIDERANDO que también es viable el motivo cuarto, aducido por el número primero del artículo 1.692, por infracción por violación, del artículo 38 de la Ley Hipotecaria , porque contrariamente a lo que se expresa en los considerandos segundo y tercero de la sentencia recurrida, es indudable, por su constancia en autos, que el demandado y hoy recurrido, adquirió la finca, objeto de la acción retractual, mediante escritura de 13 de diciembre de 1971, en la que se expresó como cabida la de 85 áreas y 68 centiáreas, título que tuvo acceso al Registro de la Propiedad, el 28 de febrero de 1972, causando la inscripción tercera, finca número 252, así pues, desde la fecha de la inscripción, se originó, por el principio de publicidad - artículo 221 y 222 de la Ley Hipotecaria y 332 de su Reglamento- la formal de la totalidad del asiento y por el de la fe pública y de legitimación registral, la presunción legal de exactitud del Registro, la relación jurídica -compraventa al ser inscrita, accedió al Registro, en la forma determinada en la escritura, a cuyo contenido justificado por el hoy recurrente, se atuvo para el ejercicio de la acción retracto, por integrar suficiente base probatoria del dato fáctico de la cabida, no estando obligado a acreditarlo, con la mención de la finca objeto del retracto, porque además de lo expresado, esa prueba podría ser de imposible realización, de oponerse a ella el adquirente de la finca, supuesto que haría ilusorio el ejercicio de la acción mencionada, teniendo en cuenta también lo reducido del plazo para ejercitarla. La viabilidad de los motivos mencionados hace innecesario el examen de los demás.

CONSIDERANDO que por lo expresado y de conformidad con lo que se dispone en el artículo 1.745 de igual Ley procesal ha de estimarse el recurso y casar la sentencia impugnada, sin expresa imposición de las costas, siendo innecesario el pronunciamiento referente al depósito, va que no fue constituido, dada la disconformidad de las sentencias de instancia.

FALLAMOS

Fallamos que debemos declarar y declaramos, haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por la representación de don Ricardo , contra la sentencia dictada con fecha 12 de marzo de 1973 . por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, la cual casamos y anulamos sin hacer expresa imposición de costas; y líbrese a dicha Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación que remitió.

Así, por esta nuestra sentencia, que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" e insertara en Ja COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-Baltasar Rull.-Manuel Taboada Roca.- Gregorio Díez Canseco.-Emilio Aguado.-Manuel Prieto Delgado.- Rubricados.

Publicación.-Leída y publicada fue la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Manuel Prieto Delgado, Magistrado de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, Ponente que ha sido en estos autos, celebrando audiencia pública la misma en el día de su fecha de lo que como Secretario, certifico.

Madrid, a 20 de mayo de 1974.-José Sarabia.-Rubricado.