

## IV. ADMINISTRACION DE JUSTICIA

### TRIBUNAL SUPREMO

#### SALA PRIMERA

##### Sentencias

En la villa de Madrid a 21 de mayo de 1960; en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Valladolid y ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de la misma capital, por don Isidoro de la Plaza Vicente, agricultor, vecino de San Sebastián, con don Celestino Dopico Cao, industrial, vecino de Valladolid, sobre resolución de contrato de arrendamiento; pendientes ante nos en virtud de recurso de inapetencia notoria interpuesto por el demandante señor De la Plaza, representado por el Procurador don Regino Pérez de la Torre, con la dirección del Letrado don José María Gil Rebles; habiendo comparecido, como recurrido, el demandado señor Lopico, y en su nombre y representación el Procurador don Buenavista Moreno Rodríguez bajo la dirección del Letrado don José González Serrano:

**RESULTANDO** que mediante escrito presentado el 9 de febrero de 1957 repartido el 12 del propio mes al Juzgado de Primera Instancia número 1 de Valladolid, el Procurador don Pedro Sánchez Merlo, a nombre de don Isidoro de la Plaza Vicente, formuló, contra don Celestino Dopico Cao, demanda que basó sustancialmente en los siguientes hechos:

Primero. Que el actor era propietario del inmueble número 10 de la calle de Ferrari, de Valladolid.

Segundo. Que el primero de junio de 1955, el demandado contrató el arrendamiento de dicho inmueble como consecuencia del traspaso efectuado por la anterior arrendataria, doña Cándida Mateo; el uso arrendaticio había de ser, por el tiempo legal, de comercio de productos alimenticios, y la renta, originariamente, por aquella legítima cesión, de 665,24 pesetas.

Tercero. Que el demandado causó el alta en Hacienda a efectos meramente formales y no en fuerza de una actividad mercantil realmente cierta.

Cuarto. Que el señor Dopico causó baja, a su instancia, en 23 de junio de 1956, de las exenciones municipales, respecto de todas aquellas que le eran exigibles por el ejercicio del comercio cuyo era el objeto del establecimiento a que se refiere el uso arrendaticio que surge del contrato de arrendamiento de 1 de junio de 1955; corroborándose el cese en toda actividad en el local arrendado, por certificación de baja de la contribución industrial, promovida en dicho mes de junio de 1956.

Quinto. Que el demandado no había cesado en la utilización del local, a tenor de lo pactado y de la obligación que la Ley le imponía, sino para llevar adelante el propósito, esencialmente contrario al derecho legítimo del propietario arrendador, que se pone de manifiesto en el proyecto de reforma y decoración del local, que había presentado al Ayuntamiento, mediante instancia de fecha 11 de julio de 1956, que motivó la licencia que, para la realización de tales obras cifradas en 122.036 68 pesetas, le fué dada en 7 de agosto del mismo año.

Sexto. Que a partir del mes de junio de 1956, el señor Dopico había cesado en la utilización del local arrendado.

Séptimo. Que el señor Dopico, con omisión de todo requisito referente a la personalidad con que interviniera, obtuvo del Ayuntamiento permiso para llevar a cabo, en el local arrendado, las obras que se

le antojaban; así, el inmueble de éstos estaba en trance de sufrir una transformación radical en contra de lo pactado, habiéndose cesado en toda utilización, con lo que, al cabo del tiempo necesario, se podía sorprender con una instalación que, a juzgar por lo lento de su elaboración, podría engendrar la sospecha de haber sido consentida previamente; aquella cautea y sigilo, imputables al señor Dopico, se había inspirado en poder hacer ante el Ayuntamiento un falso planteamiento de la reforma en que se empleaba para la transformación del inmueble sin dejar huella de su verdadera situación actual; y esto era cierto, porque el plano que se acompañó al proyecto presentado al Ayuntamiento omite la verdad en esenciales circunstancias; esta parte se remita, para en su día, al resultado que arroja la inspección que había de practicarse, que por no haberse concluido no podía motivar a presente la documentación que en otro caso se habría de aportar; y para evitar una posible confusión ante cualquier hecho que sirviera de contrario, pronuncia esta demanda sin aguardar al esclarecimiento de los hechos últimamente referidos. En derecho invocó los artículos 62, número tercero, y 114, causas séptima y undécima, de la Ley de Arrendamientos Urbanos; terminando por suplicar al Juzgado que teniendo por deducida demanda de desahucio en nombre de don Isidoro de la Plaza Vicente contra don Celestino Dopico Cao, por la ocupación del inmueble dicho, pero que una vez que fuese dictada sentencia por los trámites de ley, apercibido que fuera de lanzamiento, se verificase si no obedeciere, imponiéndole las costas y gastos que se causasen en este procedimiento:

**RESULTANDO** que se acompañaron a este escrito los siguientes documentos, entre otros:

A) Certificación expedida por un Jefe de Negociado en funciones de Oficial Mayor accidental del Ayuntamiento de Valladolid, visado por el Alcalde—documento número ocho—, y en la que se hace constar que la Comisión Permanente Municipal, en sesión celebrada el 3 de agosto de 1956, acordó conceder a don Celestino Dopico Cao autorización para reformar la portada y decorar el interior del comercio sito en la planta baja de la calle Ferrari, 10, con arreglo al proyecto presentado y con la condición de que el local fuese dotado del correspondiente retrete, que no figuraba en los planos; y también se transcribe en esta certificación la Memoria correspondiente a dicho proyecto, visada por el Colegio Oficial de Arquitectos de Madrid, Delegación de Valladolid, el primero de junio de 1956, y que dice así: «Es objeto de esta Memoria la decoración, reforma del local sito en el número 10 de la calle de Ferrari. Se trata de la obra de decoración de local para sastrería... como medida principal se toma el escaparate desviado, a fin de que dentro del mismo espacio, conseguir un pequeño vestíbulo para que el público desde el exterior pueda ver la tienda y el escaparate... Para conseguir una aparente grandiosidad a la tienda, ya que no es posible a lo ancho, se ha buscado una continuidad de línea alcanzando las dos alturas por el exterior y de esta manera darle a la tienda mayor esbeltez... se proyecta una jamba interrumpida en su dintel y que abarca dos cuerpos, uno que comprende la tienda en su parte baja con una bisera o marquesina, y el otro que contiene el rótulo y la parte alta a modo de fondo—Construcción. La tarja del escaparate forma-

da por un marco de aluminio y un tercio-illo en nido plástico y luz fluorescente. Las letras del rótulo dejan un espacio de fondo de marmolina roja y luz fluorescente indirecta. Las letras, en metal de aluminio. Los costados, en forma escalonada hacia el interior de mármol de Buenos Aires, que hace que este enmarcada la fachada...; detrás de la gran tarja del escaparate, una persiana de tipo graduable... El antepecho del escaparate de madera forrada de aluminio y el mármol de marcha pie en negro. El piso del escaparate forrado en plástico verde... Puerta de entrada de cristal... El pavimento del vestíbulo a base de fajas de veinte centímetros de mármol negro y blanco. La parte alta de la portada de cristal mate recerado, en pequeñas barandillas de acero inoxidable. En cuanto a la parte interior, llevará un techo en forma ondulada por donde discurrir en líneas en neon rojo. Las paredes lisas con remate de material ondulado. Lunas lieguadas y vitrinas empotradas en la pared con cristales de corredera. Mostradores de cristal y armadura de acero inoxidable; remata esta decoración interior un solado liso de treinta por treinta biselado... El W. C. y lavabo estaban situados en la planta primera, los cuales eran utilizados para el servicio del antiguo comercio... Las obras importarán 122.036 78 pesetas...» y

B) Copia simple sellada de un escrito presentado al Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Valladolid el 2 de febrero de 1957—documento número nueve—, y en el que el Procurador señor Sánchez Merlo, a nombre de don Isidoro de la Plaza, expuso: Que su mandante era propietario del inmueble número 10 de la calle de Ferrari, del que era arrendatario don Celestino Dopico Cao, el cual se había dirigido a la Corporación Municipal para la autorización o licencia que había conseguido, que le permitiera ejecutar el proyecto que había presentado mediante instancia que suscribió en 11 de junio de 1956; el referido permiso o autorización tenía fecha de 7 de agosto del propio año; y las obras a que el proyecto se refiere se hallaban en estado de ejecución; que conocía lo expuesto por habersele mostrado el oportuno expediente; que la aludida instancia del señor Dopico se suscribió por omisión del requisito que previene el artículo 114 de las Ordenanzas Municipales, según el cual las solicitudes para licencias de obras serán firmadas por el propietario o persona que le represente; y la facultad dispensada al señor Dopico, siguiendo el precedente general, no había sido correctamente empleada en el sentido legal, porque dicho señor no era un mandatario del propietario ni estaba asistido de derecho para ejecutar las obras cuyo proyecto, insincero, había formulado al Municipio; y que el aludido proyecto del señor Dopico se formuló bajo el concepto de reforma y decoración del local comercial sito en el número 10 de la calle de Ferrari; mas a la vista de los documentos técnicos que se acompañan a la solicitud, se advertía que el concepto era falso, puesto que lo que se proponía en realidad era un cambio de estructura, no autorizado, y esto era así porque el proyecto tendía a sustituir dos pilastras gemelas a derecha e izquierda del local (una de las pilastras figura en el plano y la otra se anula); alterar la altura del entrepiso y hacer desaparecer la escalera de acceso a los pisos altos, o quedar en libertad de hacer con ello o que se quisiera, para lo cual se había adoptado la previsión de no incluir esta instalación en el plano;

y en mérito de todo lo expuesto, suplicó que teniendo en cuenta por parte interesada en el expediente a que había dado lugar con su instancia el señor Dopico para la ejecución de obras en el inmueble de que se trata, se acordase: a) Que fuese observado para el caso el precepto contenido en el artículo 114 de las Ordenanzas de edificación; y b) que por lo que se refiere al valor de lo actuado, se verificase el plano presentado por el señor Dopico, del estado actual del inmueble, como referencia de las obras que se proponía llevar a cabo y a las que se concedía la licencia obtenida;

RESULTANDO que admitida la demanda a trámite para la sustanciación por las reglas establecidas para los incidentes, se confirió traslado de la misma, con emplazamiento, al demandado don Celestino Dopico Cao; y compareció en su representación el Procurador don Victoriano Moreno Rodríguez, en 15 de marzo de 1957 presentó escrito de contestación, consistiendo en lo esencial bajo el capítulo de hechos; Que estaba conforme con el primero de la demanda; que efectivamente en junio de 1955 el señor Dopico advino arrendatario del inmueble objeto de este litigio, suscribiendo el contrato que se acompaña a la demanda; dicho señor, establecido en Valladolid desde hacía muchos años con un acreditado negocio de sastrería en la calle de Queipo de Llano, número 8, adquirió en traspaso los locales de Ferrari, número 10, con el propósito definido de ampliar el negocio a que ya venía dedicado, extremo que no contó al administrador del demandante, intentando que le relevase de la obligación impuesta por el apartado b) del artículo 45 de la entonces vigente Ley de Arrendamientos Urbanos; mas eran tan onerosas las condiciones que se le imponían, tanto en orden a la participación en el precio del traspaso como a las cláusulas del contrato de arrendamiento a celebrar, que fue preciso, después de transcurrido mes y medio desde la notificación previa seguir el cauce de la Ley, otorgándose la escritura pública de traspaso en 7 de mayo de 1955; y aun fué casi necesario acudir al Juzgado para lograr la firma de, cauteloso contrato de arrendamiento que rige las relaciones entre las partes, y en el que se destaca el estricto sentido de subrogación de derechos y obligaciones que el convenio suponía; que el señor Dopico dió cumplimiento exacto a la obligación de destinar el local arrendado, durante un año, a negocio de la misma clase que el ejercido por el cedente; y ello con actividad mercantil realmente cierta, pagando la contribución correspondiente, teniendo el establecimiento abierto al público y hasta somortando la carga de un empleado; siendo de notar que los hechos quinto y sexto de la demanda reconocen la utilización del local hasta fines de junio de 1956, fecha en que había transcurrido con exceso el plazo de un año desde la adquisición; que cumplida esa obligación legal de mantener durante un año el negocio de la cedente, el señor Dopico puso en práctica su propósito inicial de desenvolver en el local litigioso el negocio de sastrería; para ello cubrió un primer trámite de producir las correspondientes bajas, contributivas inherentes al negocio en que cesaba; pero esto no significaba que cesara también en toda actividad en el local arrendado, pues, por el contrario, comenzó la importante y necesaria actividad de poner el local en condiciones normales para su uso y para la instalación del nuevo negocio, ya que, por un lado, era deficitosísimo el estado de conservación del inmueble, y, por otro, el nuevo negocio y hasta el propio emplazamiento del local reclamaban la desaparición del viejo y antiestético decorado, de cuyas condiciones daban una idea las fotografías que presentaba; que preparado el oportuno proyecto de reforma y decoración, se solicitó la licencia del Ayuntamiento de Valladolid, concedida en 7 de agosto de 1956,

iniciándose seguidamente las obras, en cuya ejecución se hallaba el demandado; tal licencia era para reformar la portada y decorar el interior del comercio; siendo interesante señalar: a) Que esa licencia se solicitó en uso de un legítimo derecho; b) que puesto que las obras no iban a afectar a la estructura y configuración del inmueble y local, el plano del arquitecto que se presentó al Ayuntamiento contenía efectivamente errores y omisiones que afectarían a las relaciones entre el solicitante de la licencia y el Municipio, pero nunca a las derivadas del contrato de arrendamiento; por ello se acompañaba con este escrito plano real de la configuración de los locales y la prueba acreditativa que no había habido omisión alguna porque, afortunadamente, la impaciencia del representante del propietario permitía una comprobación exacta de lo que se había hecho y de lo que se iba a hacer; c) que la vieja fachada mercantil, sobre estar meramente superpuesta al inmueble, era propiedad de la anterior arrendataria, que se le cedió al demandado como una instalación más del negocio; al igual que sucediera con el cierre metálico, que también fué instalado por doña Cándida Mateo; y d) que no se había alterado ni se tenía el propósito de alterar configuración o estructura; y que, por tanto, no había habido un cese de utilización sino una mera suspensión de las actividades mercantiles por causas plenamente justificadas, cuales eran la realización de las obras y el cambio de actividad mercantil; y en lo referente a obras, comprobaría el Juzgado como la actuación del arrendatario hasta la fecha no implicaba perjuicio alguno para la propiedad y, sobre todo, no enajenaba dentro del motivo de desahucio que se invocaba; debiéndose además dar gracias al demandante, que, cegado por la pasión, había malgastado actividad promoviendo el pleito cuando aún podía comprobarse el anterior estado del local, su estructura, su configuración y las obras que se habían realizado, pues de haber transcurrido más tiempo resultaría ciertamente difícil al demandado demostrar que todo se hallaba como antiguamente estuviera; en derecho alegó lo que estimó pertinente, y terminó por suplicar se dictara sentencia desestimando la demanda, absolviendo de ella al demandado, con imposición de las costas al actor;

RESULTANDO que se acompañó a este escrito, entre otros documentos, una certificación librada con fecha 7 de agosto de 1956, por el Secretario general accidental del Ayuntamiento de Valladolid, visada por el Alcalde accidental—documento número siete—, y acreditativa de que en sesión celebrada por la Comisión Permanente Municipal el 3 de dicho mes y año, se dió cuenta de una instancia suscrita por don Celestino Dopico Cao y por el Arquitecto don José María Plaza Toira, solicitando licencia para reformar la portada y decorar el interior del comercio sito en la planta baja de la calle Ferrari, número 10, y que la Comisión Permanente, conformándose con los dictámenes emitidos, acordó conceder la licencia solicitada con arreglo a cuanto previenen las disposiciones legales de carácter general y las Ordenanzas municipales vigentes, y con la condición de que el local fuese dotado del correspondiente retrete, que no figuraba en los planos;

RESULTANDO que recibido el incidente a prueba, se practicaron: A) A instancia de la parte actora las de confesión judicial y documental constituida por la aportación, entre otros documentos, de un certificado expedido por el Secretario del Ayuntamiento de Valladolid, haciendo constar que con fecha 10 de septiembre de 1956 se concedió a don Celestino Dopico Cao licencia de obras para realizarlas en el inmueble sito en Ferrari, número 10, girándose el recibo número 1.647 que figura en cargo de 28 de los mismos mes y año; y B) por la parte demandada

licial de confesión judicial, documental, pericial a cargo de los arquitectos don Julio González Martín, don Santiago García Mesalles y don Isaias Parado Sams, designados peritos, los cuales, en su informe, manifestaron que las obras se habían limitado a la sustitución de la baldosa antigua por baldosa hidráulica; a los revestimientos de yeso en paredes y techos, a la sustitución de algunos tirantes de piso y entrevigados y a la de bastidores o marcos en algunos huecos; reconocimiento judicial y testifical;

RESULTANDO que unidas a los autos las pruebas practicadas y transcurrido el correspondiente término sin que ninguna de las partes solicitase la celebración de vista pública, el Juez de Primera Instancia del número 1 de Valladolid, con fecha 11 de mayo de 1957, dictó sentencia por la que, desestimando la demanda deducida a nombre de don Isidoro de la Plaza Vicente contra don Celestino Dopico Cao, sobre resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio del inmueble número 10 de la calle de Ferrari, de dicha capital, absolvió de la misma al expresado demandado, con imposición expresa al actor de las costas causadas en esta instancia;

RESULTANDO que apelada dicha sentencia por la representación del demandante y sustanciada la alzada por sus trámites legales, habiéndose traído al rollo, en virtud de lo acordado para mejor proveer, una certificación expedida por el Secretario del Ayuntamiento de Valladolid haciendo constar que entre los antecedentes que obraban en dicha Secretaría aparecía un oficio de fecha 10 de agosto de 1956, comunicando a don Celestino Dopico Cao la concesión de licencia para reformar la portada y decorar el interior del comercio sito en la planta baja de la calle de Ferrari, número 10, acordada en sesión de 3 del mismo mes y año, recibido por el destinatario en fecha 10 de agosto, según firma del mismo estampada en el documento, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid, con fecha 11 de octubre de 1957, dictó sentencia confirmando la del Juzgado, sin hacer especial imposición de las costas de esta segunda instancia;

RESULTANDO que constituyendo depósito de 2.000 pesetas, el Procurador don Regino Pérez de la Torre, a nombre de don Isidoro de la Plaza Vicente, ha interpuesto ante esta Sala, contra la sentencia de la Audiencia, recurso por injusticia notoria estableciendo las siguientes causas:

Primera. Se apoya en la cuarta del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por manifiesto error en la apreciación de la prueba acreditado por el informe emitido por los peritos en período probatorio; y seguidamente se expone: Que el error consiste en estimar que las obras efectuadas en el local litigioso justifican el que éste haya permanecido cerrado durante más de seis meses en el curso de un año; exactamente transcurrieron siete meses y nueve días desde que se produjo el cierre hasta que se presentó la demanda origen de esta litis; y hoy continúa cerrado el local; y van transcurridos un año, siete meses y tres días; porque la sentencia recurrida entiende (considerando tercero) aceptando los considerandos de la de Primera Instancia, que la envergadura de las obras de reforma realizadas justifica el cierre prolongado (considerando segundo de la sentencia del Juzgado); sin embargo, el informe de los peritos señores González, García y Paredes, desmiente rotundamente que las obras llevadas a cabo hayan tenido la envergadura que la sentencia recurrida les atribuye, pues afirman que se han limitado a la sustitución de la baldosa antigua por baldosa hidráulica, a los revestimientos de yeso en paredes y techos, a la sustitución de algunos tirantes de piso y entrevigados y a la de bastidores o marcos en algunos huecos; y estas obras revisten la mínima importancia, y su li-

mitada envergadura no puede en modo alguno justificar un cierre tan prolongado; por consiguiente, no puede servir de justa causa que excluya la aplicación del número tercero del artículo 62 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en que se apoyaba la demanda.

Segunda. Se basa en el número cuarto del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por manifiesto error en la apreciación de la prueba acreditada por certificación expedida por el Secretario general del Ayuntamiento de Valladolid—documento número siete del escrito de contestación a la demanda—; y se aduce: Que el error consiste en entender (considerando segundo de la sentencia de primera instancia, admitido por el tercero de la recurrida) que la tramitación previa de las obras, en cuanto hace referencia a la autorización administrativa, justifica el cierre del establecimiento litigioso durante siete meses y nueve días; y, no obstante, dicha certificación acredita que la autorización administrativa para realizar las obras fué concedida, por lo menos, antes del 7 de agosto de 1956, fecha de la certificación, es decir, seis meses y dos días antes de la presentación de la demanda.

Tercera. Se apoya en el número cuarto del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por manifiesto error en la apreciación de la prueba acreditada por los documentos aportados con la demanda de números ocho y nueve; y a continuación se manifiesta: Que es manifiestamente erróneo afirmar que la realización material de las obras se viene prolongando por la oposición del arrendador, «demostrada plenamente—se dice—con la presente demanda»; no es cierto que el señor De la Plaza se haya opuesto a la realización de las obras que la sentencia recurrida considera que se han realizado efectivamente; lo que sucede es que en la Memoria presentada en el Ayuntamiento y en la licencia solicitada de esta Corporación, se incluían otras obras, distintas de las que realmente se han hecho, y que, si se hubieran llevado a cabo, hubieran alterado la configuración del local; y claro está que el demandante, que nunca ha autorizado obras de esta última naturaleza, al conocer los términos de la Memoria y de la solicitud de licencia pensó, no sin fundamento, que las obras realizadas eran las mismas que las autorizadas por el Ayuntamiento; si no hubiera adoptado las precauciones que adoptó, quizá se hubiere consumado la modificación de la configuración del local; es claro también que la demanda origen de esta litis implica una oposición a las obras modificativas de la configuración que se estiman no realizadas en la realidad, no a las de reforma que efectivamente se realizaron; pero no es menos evidente que la oposición que puede admitirse como causante de la prolongación de las obras, ha de ser anterior a la demanda, cuya presentación se hizo después de transcurridos siete meses y nueve días desde el cierre del local; el documento número nueve de la demanda demuestra que las peticiones que contiene no significan oposición a la realización de las obras, sino solicitud de que se cotejen las realizadas con las autorizadas; se trata, pues, de provocar una constatación oficial de las obras, y, eventualmente, la suspensión de las que no estuvieran autorizadas por el Ayuntamiento o significaran cambio de la configuración, suspensión que no tuvo lugar por cuanto las obras efectuadas no eran de la naturaleza que el señor De la Plaza sospechaba; por lo demás, esa pretendida oposición hubiera sido irrelevante a los efectos de esta litis, puesto que se produjo el 2 de febrero de 1957, siete días antes de presentarse la demanda y, por tanto, cuando habían transcurrido ya siete meses y dos días desde el cierre del local; y no hace falta insistir, porque lo proclaman paladinamente las dos sentencias recaídas en este pleito; que el documento número ocho de

la demanda demuestra que la licencia municipal fué solicitada también para unas obras que modificarían la configuración del local y que en definitiva no se llevaron a cabo por la oportuna intervención del actor.

Cuarta. Se basa en la causa tercera del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; infracción, por interpretación errónea e inaplicación, del artículo 62, número tercero, de dicha Ley; y se alega: que visto en los apartados anteriores, que se dan aquí por reproducidos, que las obras realizadas en modo alguno pueden considerarse como causa justificante del cierre del local litigioso, es claro que procede aplicar a la cuestión planteada en estos autos el precepto invocado:

RESULTANDO que admitido el recurso por la Sala, se confirió traslado del mismo, para instrucción, a la parte recurrida, la que se dió por instruida y solicitó la celebración de vista pública; lo cual ha tenido lugar el 16 del presente mes, con asistencia de los letrados de las partes, don Jaime Sánchez-Blanco y Sánchez-Blanco, en sustitución de su compañero don José María Gil Robles, por la recurrente, y don José González Serrano, por la recurrida, que informaron en apoyo de sus respectivas pretensiones.

VISTO siendo Ponente el Magistrado don Eduardo Ruiz Carrillo:

CONSIDERANDO que eliminado por su adversa decisión consentida por el recurrente, la cuestión de si las obras llevadas a cabo en el local de negocio arrendado modifican o no su configuración, el único tema o duda mantenido en este recurso, se contrae a si su ejecución puede o no estimarse justa causa exonerativa de la resolución de la relación arrendaticia, a virtud del aceptado cierre al público del establecimiento por más de seis meses dentro de un año; y de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 62 en relación con la causa undécima del artículo 114 de la vigente Ley de Arrendamientos de edificios urbanos, cuya inaplicación e interpretación errónea se denuncia:

CONSIDERANDO que cuando la Ley no define los hechos concretos o históricos, constitutivos de las causas que establece como hipótesis o concepto de hecho o hecho abstracto cuya realización prevé, de su tesis denegatoria de la prórroga, que obliga a aplicar en función de la justicia de los que puedan acontecer y no han acaecido todavía, es obvio difiere el Juzgador la misión de configurarlos según su prudente arbitrio, es decir, sin sometimiento a ninguna legalidad preestablecida que por declararla inexistente, no es posible infringir, ni estimar infringida, a menos que el recurrente pruebe debidamente que tal facultad ha sido ejercitada de manera tan absurda, ilógica o inverosímil, que prive a su ejercicio de la cualidad de prudente que lo separa de lo arbitrario:

CONSIDERANDO que lícita la explotación de un negocio distinto de aquel a que en el comienzo de la consumación de la relación arrendaticia se dedicó la cosa arrendada, lícita es la transformación de la decoración de ésta por lo que el mayor o menor tiempo invertido en las obras precisas para lograr la conversión en la de sastrería, la dispar industria de alimentación, no significa cierre material, ni aun suspensión de la actividad comercial, cierre en sentido conceptual, del arrendatario a la que sirve de sede lo local, que continúa interrumpida, material y voluntariamente, adscrito al trabajo del último en el que persiste, si quiera se invierta mediatamente en la creación de los medios adecuados para su inmediata y plena finalidad, ni, por tanto, puede reputarse abandonado por innecesidad temporal, el objeto arrendado, cualquiera que sea la duración de las obras, mientras no se pruebe suficientemente, la terminación o la mera suspensión de ellas por deliberada voluntad de quien las realiza, hecho éste negado en la sentencia impugnada, que no acredita

por su ineptitud a tal efecto, el informe pericial que afirma se ajustan al proyecto de decoración las obras ejecutadas, ni la certificación municipal del acuerdo en que se concedió licencia administrativa para su realización y de distintos particulares del expediente tramitado contradictoriamente con el recurrente para la obtención del mismo, únicos documentos y pericia señalados para justificar el manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba imputado a la sentencia.

Callamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de injusticia notoria interpuesto a nombre de don Isidoro de la Plaza Vicente, contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid, con fecha 11 de octubre de 1957, en los presentes autos; condenamos a dicho recurrente al pago de las costas y a la pérdida del depósito que tiene constituido, que recibirá el destino prevenido por la Ley; y librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» e insertará en la «Colección Legislativa», pasando al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Manuel Ruiz Gómez.—Luis Vacas.—Eduardo Ruiz.—Francisco R. Valcarce.—Baltasar Rull (rubricados).

Publicación.—Leída y publicada fué la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Eduardo Ruiz Carrillo, Magistrado de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo y Ponente que ha sido en estos autos, celebrando audiencia pública la misma en el día de su fecha, de que, como Secretario, certifico.—Ramón Morales (rubricado).

En la villa de Madrid, a 13 de mayo de 1960; en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Huelva, y ante la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, por don Manuel Garrido de Córdoba, médico, vecino de Huelva, con don Francisco Pérez de Guzmán y Urzán, industrial, de dicha misma vecindad, y con la Entidad mercantil «Harino Panadera Onubense, S. A.», domiciliada en aquella capital, sobre resolución de contrato de arrendamiento, autos pendientes hoy ante esta Sala en virtud de recursos por injusticia notoria interpuestos por ambos demandados, representados por los Procuradores doña Eulalia Ruiz de Clavijo Aragón y don Julio Padrón Atienza, con la dirección de los Letrados don Juan Morón Blanco y don Eduardo Pérez Griffo, respectivamente, y habiendo comparecido como recurrido el demandante señor Garrido y en su nombre y representación el Procurador don Manuel Oterino Alonso, bajo la dirección del Letrado don Fernando Benzo Mestre:

RESULTANDO que mediante escrito del 21 de enero de 1957, presentado en el Juzgado de Primera Instancia de Huelva, el Procurador don Manuel Fuentes Domínguez a nombre de don Manuel Garrido de Córdoba, formuló contra don Francisco Pérez de Guzmán y Urzán y contra la Entidad mercantil «La Harino Panadera Onubense, S. A.», demanda que basó sustancialmente en los siguientes hechos: Que el 15 de agosto de 1930, doña Enriqueta Moya Sánchez arrendó por escrito el piso—en el preámbulo se hace referencia al bajo—de la casa número 15 (hecho 17) de la calle General Primo de Rivera, de Huelva, al demandado señor Pérez de Guzmán conviniéndose el plazo de un año y precio mensual de 200 pesetas, sin que se especificare el destino para que se arrendaba dicho local, siendo firmado por el aludido arrendatario sin anteponer a su firma ninguna palabra que denotara lo hacía con distinto carácter al particularísimo de su persona; y en el apartado

sexto de las cláusulas adicionales quedó prohibido al inquilino subarrendar el piso sin autorización de la dueña; que el señor Pérez de Guzmán no había destinado nunca dicho piso a vivienda suya ni de sus familiares dedicándolo siempre a despacho de pan, habiendo sufrido la renta mensual aumentos en virtud de las autorizaciones que la Ley había permitido hacer a los locales de locales de negocio; que por escritura pública de 10 de octubre de 1952, el actor compró la referida casa a la señora Moya, habiendo hecho constar la vendedora en la estipulación tercera, que el piso en cuestión lo ocupaba a título de arrendatario don Francisco Pérez de Guzmán, que para el actor una vez comprada la casa y posteriormente el piso bajo de la misma estaba ocupado por el señor Pérez de Guzmán, no habiendo entrado nunca a analizar el contrato de arrendamiento que le entregó la propietaria en sus detalles y creyendo que el despacho de pan existente en el mismo era de su propiedad, ignorando que dicho señor lo hubiese subarrendado o traspasado a la Entidad comercial distinta en cuanto a personalidad aunque de las mismas tuviera participación social, como resultaba en la realidad según se demuestra en los hechos que se siguen; que el 7 de octubre de 1950, el señor Garrido recibió una carta autorizada con firma ilegible y con un sello en tinta que dice «Panificadora Automática Nuestra Señora de la Cintas, avenida Colón, 193...», escrita en papel timbrado con membrete comercial de «Pérez de Guzmán Hermanos, Sociedad Limitada», y por la que se le comunicaba con relación al inmueble de autos en el que tenemos establecido un despacho de pan, la precisión de realizar determinadas obras viéndose introducida esta carta sobre un sobre con membrete impreso que dice «Harino Panadera Onubense, S. A., Sucesor de Pérez de Guzmán Hermanos, S. L., Huelva», y un sello en tinta que dice «Panificadora Automática Nuestra Señora de la Cintas, avenida Colón, 193»; que con fecha 25 de octubre de 1956 el actor recibió una citación de la Fiscalía Provincial de la Vivienda para que se personase el siguiente día a fin de tratar de asunto correspondiente al inmueble; afectada por el demandado, digo demandante dicha personación se le dio lectura a un escrito denuncia dirigido por «La Harino Panadera Onubense, S. A.», en la que la misma afirmaba que tenía un despacho para la venta de pan establecido en la planta baja de la casa número 17 de la calle General Primo de Rivera y que era propietaria de la «Panificadora Automática Nuestra Señora de la Cintas», con domicilio en la avenida de Cristóbal Colón, primero, 133, habiéndose presentado con dicho escrito un recibo que dice así: «Casa calle General Primo de Rivera, número 17, piso bajo. He recibido de don Francisco Pérez de Guzmán y Urzaiz la cantidad de 555,29 pesetas, importe del alquiler correspondiente al mes que vence en el día de la fecha. Huelva, 30 de septiembre de 1956»; ante la lectura de dicha denuncia el actor manifestó desconocer la existencia como arrendataria ni como subarrendataria de «La Harino Panadera Onubense, S. A.», del piso bajo de la referida casa, dando ello lugar a que la Fiscalía citase a don Francisco Pérez de Guzmán, de quien dijo el señor Garrido que era el único arrendatario que reconocía, y dicho señor Pérez de Guzmán con fecha 8 de noviembre de 1956 presentó escrito en la misma Fiscalía Provincial de la Vivienda diciendo entre otras cosas: Que teniendo arrendado un local dedicado para la venta de pan y vivienda para el encargado y familiares que tenemos al frente del mismo, establecido en la calle General Primo de Rivera, 17, en la planta baja de la casa propiedad de don Manuel Garrido de Córdoba... que de la antes aludida carta de 6 de octubre se deduce que en el piso bajo de la casa en cuestión había un despacho

establecido por «Pérez de Guzmán Hermanos, S. L.»; que en dicho piso además vivía un encargado y sus familiares empleado que estaba al frente de dicho despacho y según el sobre en que vino incluida dicha carta no existía en la mencionada fecha la Sociedad «Pérez de Guzmán y Hermanos, S. L.», siendo sucesora de la misma «Harino Panadera Onubense, Sociedad Anónima», que en eralidad era cuenta abierto el despacho de pan y puesto el encargado, y que según datos que constaban en el Registro Mercantil de la provincia la Sociedad limitada «Pérez de Guzmán y Hermanos, S. L.», se constituyó mediante escritura pública otorgada el 1 de enero de 1940, siendo únicos socios don Francisco y don Pedro Pérez de Guzmán; con posterioridad sufrió modificaciones en su capital y se dieron entrada a nuevos socios más, y con fecha 25 de agosto de 1954, se transformó en Sociedad anónima con nuevo nombre de «Harino Panadera Onubense, S. A.», haciendo constar expresamente en su escritura de transformación que a la subrogada en cuantos derechos y obligaciones pudieran corresponder a la Sociedad que se transformaba, ya que dicha transformación no afectaba a la responsabilidad o personalidad jurídica de la Sociedad transformada según determinante del artículo 147 de la Ley de 17 de julio de 1951, quedando establecido el domicilio de la Sociedad anónima en Huelva, en avenida Cristóbal Colón, número 135, siendo su objeto principal la compra de cereales y harina, fabricación y venta de harinas de pan, pastas para sopas y demás productos derivados o complementarios de los mismos; todo ello consta en el certificado del Registro Mercantil de Huelva, que se acompañaban 11; en Derecho invocó entre otros preceptos los contenidos en el artículo 114, causas quinta y segunda, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, terminando por suplicar se dictara sentencia por la que se declarase:

a) Resuelto el referido contrato de arrendamiento por haber el demandado señor Pérez de Guzmán subarrendado dicho piso o traspasado ilegalmente a la Entidad comercial también demandada que lo estaba disfrutando y de la que aquél era socio.

b) Que los demandados en el plazo que se les señalase entregarían el citado local al actor completamente libre y desahogado, y asimismo harían entrega de las llaves de dicho piso, con la advertencia de que si así no lo hicieron se decretaría el desahucio a su costa y se llevaría a efecto entregándose por el Juzgado dicho piso al demandante en las condiciones solicitadas; y

c) Que era procedente imponer a los demandados la condena en costas que se produjesen en esta primera instancia.

Se acompañó a este escrito, entre otros documentos, la aludida certificación del Registro Mercantil de Huelva y su provincia, folio 17, hereditaria de los extremos recogidos en el último párrafo de la anterior relación de hechos, excepción hecha del particular referente a que se dieron entrada a nuevos socios más en la Entidad «Pérez de Guzmán y Hermanos, Sociedad Limitada»:

RESULTANDO que admitida la demanda a trámite para la sustanciación por las reglas establecidas para los incidentes se conluyó traslado de la misma con emplazamiento a los demandados y el Procurador don José Marchena Aranz, compareció en representación de «Harino Panadera Onubense, S. A.», en 22 de febrero de 1957, presentó escrito de contestación consignando en lo esencial bajo el epítulo de hechos: Que al fallecimiento de don Manuel Pérez de Guzmán y Lasarte, fabricante de harinas que fué de Huelva y propietario de la fábrica de esa clase titulada de «Santa Lucía», sita en la hoy denominada avenida de Cristóbal Colón, número 133 actual, les fué adjudicado dicho inmueble a sus hijos y here-

deros don Francisco y don Pedro Pérez de Guzmán y Urzaiz, de por mitad y pro indiviso, los cuales siguieron en régimen de comunidad desarrollando dicha industria; posteriormente, en el año 1931, fué construída por ambos hermanos, sobre el solar de la fábrica anteriormente descrita, un edificio destinado a panificación denominada «Panificadora Automática Nuestra Señora de la Cintas», en cuya industria se dió de alta en la contribución don Francisco Pérez de Guzmán, quizá por que la correspondiente a la fábrica de harinas venía figurando a nombre de don Pedro; esta comunidad de bienes de carácter exclusivamente familiar a funcionar la panificadora y abrir despachos al público dió lugar a que los contratos de arrendamiento fueran celebrados por don Francisco y a su nombre, y así se hizo con el que daba lugar a este litigio, y aunque en el contrato celebrado se estipuló que quedaba prohibido el subarriendo del piso por el inquilino, no es menos cierto que las consecuencias que de ello tratada de deducir la parte contraria carecían de valor, en primer lugar porque ningún subarriendo ni traspaso se había efectuado, puesto que existiendo una comunidad de bienes, una verdadera sociedad en cuanto a su funcionamiento de carácter civil y privado, el dar los dos hermanos forma auténtica mediante una Sociedad de responsabilidad limitada entre ellos dos solos exclusivamente, no podía darse la figura de traspaso; en segundo lugar, esta situación, creada desde 1930, pero oficialmente establecida desde 1 de enero de 1940, era perfectamente conocida y tolerada por la entonces propietaria, quien habitaba el piso alto de la casa, y en último extremo tal situación constante en escritura e inscrita en el Registro Mercantil había creado un estado de derecho inatacable hoy, que don Francisco Pérez de Guzmán como particular no había destinado nunca el piso que figuraba a su nombre como arrendatario, ni para vivienda suya ni de sus familiares, pues era público y notorio que vivía en casa propia en la calle del Cardenal Albornoz, número 1, cosa perfectamente conocida de la arrendadora, la cual igualmente conocía que el piso estaba destinado para la venta de pan de «Pérez de Guzmán Hermanos, S. L.»; el mismo actor, por carta de fecha 5 de diciembre de 1952, notificó un aumento de renta autorizado para los locales de negocio, habiendo sido firmado el duplicado de dicha carta por poder de «Pérez de Guzmán Hermanos, S. L.», por su apoderado, lo que prueba que desde la indicada fecha ya tenía conocimiento el señor Garrido de que el arrendatario no era don Francisco Pérez de Guzmán, sino «Pérez de Guzmán Hermanos, S. L.»; que en cuanto a la escritura de 10 de octubre de 1952, discrepaba de lo que aparece como manifestación de la vendedora en la estipulación tercera, pues dicha señora manifestó al comprador que el piso bajo de la casa ocupada para la venta de su pan «Pérez de Guzmán y Hermanos» y don Francisco y don Pedro Pérez de Guzmán Hermanos, S. L.; que todo tuvo su origen en una comunidad de bienes nacida en 1930, entre don Francisco y don Pedro Pérez de Guzmán, que en 1940 se dieron la forma de Sociedad de responsabilidad limitada, siguiendo ocupando el local en igual forma que antes, y en 25 de agosto de 1954, por transformación que no afectaba a la personalidad jurídica de la Sociedad transformada lo ocupó «La Harino Panadera Onubense», que seguía siendo «Pérez de Guzmán Hermanos», que eran los de siempre don Francisco y don Pedro; que desde el año 1930 venían ocupando el local con conocimiento de todos los propietarios, y que aunque los recibos se seguían extendiendo a nombre de don Francisco Pérez de Guzmán, los cobraba el actor directamente en la fábrica «Harino Panadera» por una joven que parecía ser enfermera del señor Garrido, en vez de tratar de cobrarlos en la casa de don

Francisco, lo que era posible lo hiciera por mero ejercicio; en Derecho alegó lo que estimó pertinente y terminó por suplicar se declarase no haber existido traspaso de local de negocio ni cosa no consentida, y en todo caso que la acción para ejercitar las acciones que pretendía el actor habían caducado y como consecuencia de todo ello absolver a «Harino Panadera Onubense, S. A.», de la demanda, con imposición de costas al demandante; se acompañaron a este escrito los siguientes documentos entre otros:

a) Escritura de poder a favor del Procurador señor Marchena, entre otros; de la copia presentada para su entrega a la parte actora aparece que dicha escritura se otorgó el 5 de mayo de 1955 por don Manuel Orta Toscano como uno de los socios administradores de «Harino Panadera Onubense, S. A.», y que al Notario autorizante se le exhibió primera copia de la escritura de reducción de capital, transformación de Sociedad y aumento de capital de 25 de agosto de 1954, para la que comparecieron don Francisco Pérez de Guzmán y Urzaiz, don Manuel Orta Toscano y don Francisco Rodríguez Bellerín, todos su propio nombre y derecho, y los cuales expusieron que mediante escritura pública de 1 de enero de 1940 don Francisco y don Pedro Pérez de Guzmán Urzaiz constituyeron la Sociedad mercantil de responsabilidad limitada «Pérez de Guzmán Hermanos, S. L.»; que en la Junta de socios de agosto de 1954, dichos únicos socios acordaron transformar en dicha fecha la aludida Sociedad mercantil de responsabilidad limitada en anónima denominada «Harino Panadera Onubense, Sociedad Anónima», redactando los Estatutos por los que la misma se regiría, según los cuales, artículo 27, la administración de la Sociedad se ejercería por tres administradores que habrían de ser accionistas y cuyo nombramiento y separación en cualquier momento correspondería a la Junta general y excepcionalmente los primeros administradores de la Sociedad serían designados en la escritura social de transformación de la limitada en anónima, y que, artículo 28, la representación de la Sociedad en juicio y fuera de él correspondería individual e indistintamente a los tres administradores, entendiéndose aquélla a todos los asuntos pertenecientes al giro o tráfico de la Empresa, y que en armonía con lo establecido en dicho artículo 27 de los Estatutos se designaba como administradores de «Harino Panadera Onubense, S. A.», a los accionistas don Francisco y don Manuel Orta Toscano, sic; y

b) Certificación expedida por el Registrador de la Propiedad de Huelva y su partido, folio 144, haciendo constar que el edificio destinado a panificadora denominada «Nuestra Señora de la Cinta», en término de dicha ciudad, con frente a la carretera de Gibralfón, fué inscrito por vez primera como finca independiente a favor de don Francisco y don Pedro Pérez de Guzmán y Urzaiz, por mitad y en proindiviso en lo que se refiere al edificio en sí, por haberlo segregado de otro destinado a fábrica de harina denominada «Santa Lucía», que le pertenecía en la misma proporción por adjudicación que se les hizo en pago de cuota en bienes herederos de don Manuel Pérez de Guzmán y Lasarte herencia de don José Pérez de Guzmán y de su madre doña Teresa Urzaiz Cabero, y en cuanto a la maquinaria por haberlo comprado a sus constructores, todo lo cual se hizo constar en escritura otorgada el 1 de abril de 1936; que al constituirse la Compañía mercantil «Pérez de Guzmán Hermanos, S. L.», integrada por don Pedro Pérez de Guzmán y Urzaiz, fué aportada la expresada finca comunidad representativa de su capital todo en escritura otorgada el 1 de enero de 1940; y que al transformarse la Entidad limitada «Pérez de Guzmán Hermanos» en Sociedad mercantil anónima bajo la denominación de «Harino Panadera

Onubense, S. A.», todo el patrimonio de aquélla pasó a integrar el de la Sociedad transformada representativo de su capital transformación formalizada mediante escritura otorgada el 25 de agosto de 1954:

RESULTANDO que el mismo Procurador señor Marchena compareció asimismo en representación de don Francisco Pérez de Guzmán y Urzaiz, también en 22 de febrero de 1957, presentó escrito de contestación haciendo una exposición de hechos análoga a la ofrecida en el escrito precedentemente reseñado, exponiendo en cuanto a la escritura de 10 de octubre de 1952 que este demandado no podía quedar vinculado por una declaración a la que era extraño, añadiendo que desde 1 de enero de 1940 dicho señor Pérez de Guzmán, como tal persona física, era extraño a la relación arrendaticia con la propiedad del local de referencia, sin que a ello obstase el que los recibos siguieran siendo girados a su nombre, cosa por otra parte habitual en todos los contratos de esta naturaleza hasta la publicación de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos; adujo fundamentos de Derecho y suplicó se dictara sentencia por la que se declarase que el contrato de arrendamiento de que se trata, celebrado entre don Francisco Pérez de Guzmán y Urzaiz y doña Enriqueta Moya Sánchez, cambió de titularidad en favor de «Pérez de Guzmán Hermanos, S. L.», con fecha 1 de enero de 1940; y en su consecuencia se desestimase la demanda, absolviendo al demandado de todos sus pedimentos, con expresa imposición de las costas al demandante:

RESULTANDO que recibido el pleito a prueba se practicaron:

a) A instancia de la parte actora, las de confesión judicial de don Francisco Pérez de Guzmán y de don Francisco Rodríguez Bellerín, como Presidente de «Harino Panadera Onubense, S. A.», documental constituida por la representación de los documentos acompañados con el escrito instaurador de este procedimiento por la copia que se le entregó de la escritura de poder de 5 de mayo de 1954, folios 67 a 72, y por la de don Francisco Pérez de Guzmán y Urzaiz, interviniendo como uno de los socios administradores de «Harino Panadera Onubense, S. A.», y llevando a cabo el acuerdo de los administradores de la Sociedad dejó nombrado Director gerente de la misma al socio de ella don Francisco Rodríguez Bellerín, en esta escritura se hace referencia a la de transformación de 25 de agosto de 1954, consignándose aquí de forma distinta a como aparece en la copia de la escritura de poder de 5 de mayo de 1955, ya reseñada, que en armonía con lo establecido en el artículo 27 de los Estatutos sociales designaba como administradores de «Harino Panadera Onubense, S. A.», a los accionistas don Francisco y don Pedro Pérez de Guzmán y Urzaiz y a don Manuel Orta Toscano; también se transcribe una certificación expedida por dicho señor Orta, como socio administrador de «Harino Panadera Onubense, S. A.», haciendo constar que en 25 de agosto de 1954 los tres socios administradores de esa Sociedad don Francisco y don Pedro Pérez de Guzmán y Urzaiz y don Manuel Orta Toscano celebraron Junta al objeto de proceder al nombramiento de un Director gerente, acordando por unanimidad hacerlo en favor del socio don Francisco Rodríguez Bellerín, y formalizar la correspondiente escritura pública que podría ser firmada por cualquiera de los tres administradores de la Sociedad libros de «Harino Panadera Onubense, S. A.»; el Director gerente de esta Entidad, don Francisco Rodríguez Bellerín, exhibió uno de actas debidamente diligenciado; y se pudo apreciar que en la de 25 de agosto de 1954 se hizo constar que reunidos los tres socios administradores don Francisco y don Pedro Pérez de Guzmán y Urzaiz y don Manuel Orta Toscano, nombrados en la escritura fundacional, al objeto de proceder al nombramiento de un Director ge-

rente, acuerdan por unanimidad primero nombrar Director gerente de dicha Sociedad al socio don Francisco Rodríguez Bellerín, que en la de 1 de noviembre de 1954 se refleja el acuerdo de prestar la conformidad estatutaria otorgada expresamente por todos los socios para su admisión como accionista de la Sociedad de don José Luis Díaz González, facultando al socio don Francisco Pérez de Guzmán y Urzaiz para que pueda efectuar la transmisión en forma legal de 38 acciones, números 1 al 38, y que en la de 15 de junio de 1956 se recoge el acuerdo adoptado de designar como accionistas censores de cuentas para el ejercicio de 1956 a don Francisco Rodríguez Bellerín y don José Luis Díaz González, y la testifical; y

b) Por la representación de «Harino Panadera Onubense, S. A.», las de confesión judicial del demandante y testifical:

RESULTANDO que unidas a los autos las pruebas practicadas y celebrada vista pública a petición de la parte actora el Juez de Primera Instancia de Huelva con fecha 7 de mayo de 1957, dictó sentencia por la que desestimando la petición del demandado don Francisco Pérez de Guzmán y Urzaiz, declaró resuelto el contrato de arrendamiento del local de negocio existente entre el mismo como arrendatario y el actual dueño don Manuel Garrido de Córdoba, del piso bajo de la casa número 17 de la calle General Primo de Rivera de aquella ciudad, condenando a dicho arrendatario y a la Sociedad «Harino Panadera Onubense, S. A.», a que lo desalojaran y lo dejaran a la libre disposición del actor en el plazo de cuatro meses, a partir de ser requeridos para ello, una vez firme esta sentencia, bajo apercibimiento de ser lanzados si no lo hicieran, con expresa imposición de costas a los referidos demandados:

RESULTANDO que apelada dicha sentencia por la representación de los demandados y sustanciado el recurso por sus trámites legales, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla con fecha 9 de noviembre de 1957 dictó sentencia confirmando íntegramente la del Juzgado, con expresa imposición a los apelantes de las costas de esta alzada:

RESULTANDO que constituyendo sendos depósitos de 2.000 pesetas los Procuradores don Julio Padrón Atienza y doña Eulalia Ruiz de Clavijo Aragón, a nombre, respectivamente, de «Harino Panadera Onubense, S. A.», y de don Francisco Pérez de Guzmán Urzaiz han interpuesto por separación ante esta Sala contra la sentencia de la Audiencia recurso por injusticia notoria estableciendo los mismos siguientes motivos:

Primero.—Amparado en el artículo 136, causa cuarta, de la Ley de Arrendamientos Urbanos por manifiesto error en la apreciación de la prueba acreditado por la documental que obra en autos a los folios 17, 44, 52 a 54 y 67 a 72 y seguidamente se expone que la sentencia recurrida considere que ha habido un traspaso efectuado por don Francisco Pérez de Guzmán a «Harino Panadera Onubense, Sociedad Anónima», sin hacer mención alguna a la Sociedad de responsabilidad limitada «Pérez de Guzmán, Hermanos», y de acuerdo con la demanda en la que fueron demandados los dos primeros y no la mencionada Sociedad de responsabilidad limitada y esta resolución incide en un manifiesto error en la apreciación de la prueba por cuanto los documentos mencionados señalan la existencia de la Entidad mercantil «Pérez de Guzmán y Hermanos, S. L.», y que después fué transformada en la Sociedad anónima «Harino Panadera», pero como aparece en los folios 52 a 54, primeramente la Sociedad de responsabilidad limitada con fecha 1 de agosto de 1954 tomó el acuerdo de su transformación y hasta el 25 de agosto de aquel año no se otorgó la escritura pública, a fin de crear la nueva Sociedad anónima transformada hecho que asimismo se encuentra en el testimonio

notarial obrante a los folios 67 y siguientes, por lo tanto, este error de hecho en la apreciación de la prueba no refieren los recurrentes a que debió de desmandarse a «Pérez Guzmán y Hermanos, Sociedad Limitada», por cuanto que su existencia antes de la transformación y asimismo su situación como arrendatario del local de negocio viene impuesta por la Ley y por preceptos legales que han sido infringidos, lo que será motivo del siguiente, pero que preceptos legales y formales, que informan el remedio procesal al que se ha accedido obligan a hacer constar que primer motivo de recurso en cuanto a la apreciación de la prueba que ha dado lugar a un error en las resoluciones recurrentes.

Segundo.—Se separa en la causa tercera del artículo 126 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, acusándose infracción legal del artículo 29 de dicha Ley por infracción de la misma y de doctrina legal contenida en las sentencias de 29 de enero de 1949 y 25 de junio de 1953, así como infracción de los artículos 1930 y 1904 del Código Civil, por cuanto han sido violados al no haberse aplicado ni reconocido por las sentencias recurridas y a continuación, se manifiesta que según el precepto anterior 29 de la Ley el traspaso de local de negocio a cesión de tales locales concede al cesionario quedar subrogado en los derechos y obligaciones nacidos del contrato de arrendamiento, y aunque tal precepto habla de precio a los efectos de la Ley, sin embargo, también se puede verificar tal cesión con carácter gratuito, y en este caso no se puede identificar con el traspaso habiendo estimado en tal sentido la sentencia de 12 de diciembre de 1953, que si bien toda la regulación del traspaso de los locales de negocio en la Ley de Arrendamientos Urbanos se refiere a los traspasos por título oneroso en los que se refiere la fijación del precio del mismo no puede negarse la posibilidad de que el traspaso se verifique a título gratuito; luego en el supuesto primeramente contemplado en este litigio se está ante una cesión gratuita que don Francisco Pérez de Guzmán, titular del contrato de arrendamiento, hizo en el año 1950 a la Sociedad de responsabilidad limitada, que constituyó con su hermano don Pedro y por virtud de lo establecido en el artículo 1930 del Código Civil, la acción que pudo corresponder en su día al arrendador prescribió por ser de carácter personal y que no tiene señalado término especial dentro de la Ley arrendaticia, conforme se ha resuelto en las dos sentencias que se consideran infringidas y según las cuales la acción resolutoria del contrato de arrendamiento como personal que es, prescribe a los quince años, contados desde el día en que pudo ejercitarse y si asimismo se entiende por el artículo 107 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que el tercero que sucede al arrendador adquiere tanto derechos como obligaciones, se tiene que por virtud del referido artículo en su relación con el 29 y con el 56, todos ellos de la Ley locativa la persona que adquirió el derecho a disfrutar del contrato de arrendamiento fue la persona jurídica que se creó con la constitución de la Sociedad de responsabilidad limitada «Pérez de Guzmán y Hermanos»; siendo el actual arrendador señor Garrido quien ha debido reconocer los derechos inherentes a la situación jurídica creada por la prescripción que en este caso se ha producido en su doble consideración de extinción de derechos y adquisición de los mismos, por cuanto el ejercicio de la acción correspondiente al arrendador ha prescrito según las normas generales del Código Civil, y por el contrario la Sociedad limitada «Pérez de Guzmán y Hermanos» adquirió la firmeza de su derecho como arrendataria en consideración a la prescripción adquisitiva que se produce a su favor y que en razón a lo dispuesto debió de ser demandada la So-

ciudad limitada de referencia, porque en su perjuicio se ha dictado una sentencia por la que se ve privada de algo que le pertenecía, y sabido es que el principio general del derecho ordena que nadie puede ser condenado sin ser oído y venido en juicio, principio que no puede ser alterado por aquel otro, que la sentencia de primera instancia considera aceptado por la de segunda, sobre el que nadie puede ir validamente contra sus propios actos porque ya saben los recurrentes que la doctrina legal ha entendido este último principio sometiendo a una serie de requisitos esenciales para que pueda producir efecto en las relaciones jurídicas de las partes y entre ellos se encuentran el de que tales actos que se invocan tengan significación y eficacia jurídica contrarias a la acción intentada, así como el que se realicen con el expreso dominio o desigmo de crear o modificar algún derecho, siendo necesario que exista demostrada una íntima relación de causa a efectos entre el acto ejecutado y el que posteriormente se realiza con pleno conocimiento consentida; cierto es que al presentarse la reclamación del demandante la Sociedad limitada se había extinguido por transformación en la Sociedad anónima que ha sido una de las partes demandadas y por ello se dice en las sentencias recurridas que no podía ser citada una Entidad que no existía, antes al contrario, se demandaba a la Sociedad anónima «Marino Panadera», que era la que tenía personalidad, y esta cuestión es precisamente el motivo fundamental del presente recurso y lo ha sido de todo el pleito, ya que esta sustitución y absorción de personalidad jurídica por virtud de la transformación llevada a cabo entre ambas Sociedades naturalmente ha producido la irregularidad legal que se aduce.

Tercero.—Amparado en el motivo o causa tercera del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos en cuanto ha existido infracción legal, por aplicación indebida del artículo 114, causa quinta, de dicha Ley, así como infracción legal del artículo 3 de la propia Ley y artículos 145 y 142 de la de 17 de julio de 1951 de Sociedades anónimas, estos tres últimos artículos por su no aplicación al caso debatido y acto seguido se argumenta que teniendo en cuenta lo que se establece en los considerandos tercero y cuarto de la sentencia de primera instancia aceptados sustancialmente por la de segunda dicen los recurrentes que el Juzgado se ha encontrado con una laguna legal por existir preceptos contradictorios o bien entendido que esta contradicción la alegan fundándose los recurrentes en el supuesto que la sentencia recurrida admite de que no son de aplicación para el caso de que se trata los artículos 140 y 142 de la Ley de Sociedades Anónimas, porque tales preceptos no entran en juego al tratarse de la situación de hecho a que se refiere el artículo 21 de la Ley de Arrendamientos; de forma que ante tal conflicto legal, ante la laguna para la aplicación del derecho en que se encuentra el Tribunal de instancia esta debió de ser resuelta al dictarse la sentencia bajo el amparo de lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley locativa que es la solución que ofrecen los tratadistas de Derecho civil ante dichas situaciones, y por ello debió de ser interpretado el derecho aplicable por analogía; que el artículo 140 de la Ley de Sociedades Anónimas dice que la transformación de Sociedades colectivas comanditarias o de responsabilidad limitada en anónimas no afectará a la responsabilidad jurídica de la Sociedad transformada, añadiéndose en el artículo 142 de dicha Ley que la nueva Entidad adquiere los derechos y obligaciones de la primera, según tales preceptos la personalidad jurídica no se cambia y en tal sentido los señores Garrigues y Uria, en su obra «Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas», tomo segundo, han

manifestado que la Sociedad de responsabilidad limitada, que toma la forma de Sociedad anónima, no se convierte por ello en una Entidad social o persona jurídica distinta y el mismo sujeto jurídico titular de los derechos y obligaciones nacidos bajo la forma que precedía asumirá las relaciones jurídicas futuras, aunque aparezca pretendida anteriormente de una forma social distinta; los mismos autores abundando aún más en la interpretación del artículo 140 de la Ley de Sociedades Anónimas, insisten y manifiestan que la continuidad de la personalidad jurídica de la Sociedad transformada impide que puede jugar en la operación el artículo 1.295 del Código Civil, que exige el consentimiento del acreedor para la novación substitiva de las obligaciones por cambio del deudor porque no existiendo creación se ve, de la Sociedad cuya forma se adopta no puede hablarse de cambio de la persona, deudora; luego indudable es que según los preceptos y la teoría comentada que la transformación no cambia la persona jurídica de las Sociedades continuando la misma como si nada hubiera sucedido en cuanto a esta transformación; ahora bien, según precepta el artículo 29 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y la numerosa jurisprudencia dictada a este respecto, para que se produzca el traspaso del local de negocio se necesita la cesión del local mediante precio hecha por el arrendatario a un tercero; es decir, que se necesita la entrada en el local de una tercera persona con personalidad distinta a la cedente en el caso presente, ya se ha visto que la personalidad jurídica es la misma al verificarse la transformación de la Sociedad y, por lo tanto, lo que no puede olvidar la sentencia recurrida y por ello se han infringido son los preceptos contenidos en los artículos 140 y 142 de la Ley de Sociedades Anónimas, por lo que hay que mantener de forma imperativa la no modificación ni sustitución de la persona jurídica cuando se produce la transformación, ya por estas consideraciones entienden los recurrentes que falta para considerar el traspaso uno de los requisitos esenciales del artículo 29 locativo cual es la sentencia; es decir, la entrada de una tercera persona en el local de negocio; los mencionados tratadistas señores Garrigues y Uria, hablando de este problema manifestaron en la obra señalada lo siguiente: «En nuestro juicio la tesis del traspaso podría originar no pocas perturbaciones en las operaciones de fusión y no tendría además fundamentos sólidos porque el traspaso del local de negocios es un acto singular de carácter oneroso realizado a cambio de un precio y la fusión opera una sucesión en bloque o universal en la que el local de negocio arrendado es un simple elemento dentro del conjunto patrimonial de la Sociedad extinguida al que no se pone un precio determinado y concreto que pueda servir de base para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto; se trata pues de una sucesión bien sea ésta de carácter universal que se produce por el pase en bloque del conjunto patrimonial de la Sociedad extinguida a la nueva Entidad que surge con ocasión de esta transformación, y en el caso de tener que cumplir con los preceptos de la Ley arrendaticia sobre traspaso de local de negocio escriben los mismos autores: «si hubieran de observarse esas precepciones, ya no estaríamos en presencia de una transmisión en bloque, sino ante una transmisión del local de negocio separada de los demás elementos patrimoniales activos y pasivos de la Sociedad extinguida». No parece de otro lado que la sección segunda del capítulo cuarto de la Ley de Arrendamientos Urbanos nos haya sido dictada para tener aplicación ni al supuesto de la fusión de Sociedades ni en otros casos de sucesión universal sino para los casos de cesión a título singular del local sin existencias o incluso del lo-

cal con mercaderías, enseres, instalaciones o el negocio mismo que en él esté instalado, pero siempre a título singular y a cambio de un precio determinado que en realidad no existe en el supuesto de la fusión, y por otra parte la sucesión en bloque de la Sociedad nueva o absorbente en el patrimonio activo y pasivo de las Sociedades extinguidas por consecuencias de la fusión es un supuesto de sucesión universal que tiene cierta analogía con el previsto en el artículo 73 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (hoy artículo 70) cuando admite la sucesión en el contrato a los herederos o arrendatarios o el socio en el supuesto de una Sociedad civil, y recoge además el mismo beneficio para las Entidades españolas que absorben los negocios de Sociedades extranjeras domiciliadas en España, admitido así en la Ley de Arrendamientos el principio de la sucesión en esos contratos en el supuesto de la absorción siquiera se refiera solamente al supuesto concreto de absorción de negocios extranjeros por Sociedades españolas incluso sin el artículo 142 de la Ley de Sociedades Anónimas no debiera existir inconveniente para extender el postulado a los demás supuestos en que sean absorbidas unas Sociedades por otras que de las anteriores consideraciones surge un primer problema, cuya solución ofrecida por la sentencia recurrida encaja en la violación del artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos examinados que son los requisitos esenciales que el artículo 29 de la Ley arrendaticia establece; y entre ellos el de que la cesión sea hecha por el arrendatario a una tercera persona; ahora bien, vistos los razonamientos expuestos en el segundo motivo de este recurso, siendo la Sociedad de responsabilidad limitada «Pérez de Guzmán y Hermanos» la que por prescripción adquisitiva tenía el derecho a uso y disfrute del contrato de arrendamiento al transformarse en Sociedad Anónima por imperio de los artículos 140, 142 y 137 de la vigente Ley de Sociedades Anónimas la personalidad jurídica no se cambió y al no mudar la persona indudablemente se tiene que el tercero en la cesión no ha existido, pero a mayor abundamiento al no existir en la Ley precepto legal que concrete estos extremos debatidos la norma de aplicación debió ser la contenida en el artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y en su estimación aparecería como precepto análogo en el referido artículo 60, párrafo primero, y que otro requisito exigido por el artículo 29 de la Ley de Arrendamientos es el referente a que el traspaso de local de negocio habrá de hacerse mediante precio cierto y determinado por el mismo ha de servir para poder ejercitarse el derecho de tanteo y retracto; la sentencia de 7 de febrero de 1956, dijo que la existencia del traspaso como la de todo contrato es imposible una dualidad de sujetos contratantes con intereses distintos que excluye la identidad o unidad del propietario colectivo sea Sociedad de personas o comunidades se ha comentado en esta sentencia diciendo que la absorción de una Entidad por otra con la transmisión del local la hipótesis está fuera del marco legal del traspaso por la dificultad de encajar en el precio elemento importante según el artículo de la Ley de Arrendamientos Urbanos que habla del traspaso y porque en el ámbito económico no se ha producido la alteración que justifica y da base a la regulación legal de traspaso de los locales de negocio abundando en el examen de la sentencia mencionada en la transformación de las Sociedades no existen dualidad de sujetos contratantes ni tampoco intereses distintos, sino que se produce una identidad o unidad del propietario colectivo y al propio tiempo no se tiene ni precio cierto ni concreción del valor y por ello en las relaciones económicas que el traspaso origina no se produ-

jo alteración alguna que pudiera fundamentar la aplicación de las normas reguladoras de la cesión de locales de negocio con carácter oneroso, lo que lleva a concluir que el pretendido traspaso no puede ser estimado ni mucho menos sujeto a su regulación legal por cuanto faltan los elementos personales y reales de la existencia de un tercero y precio cierto para la cesión, razón por la que se hace imposible la aplicación del artículo 114, causa quinta, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, pues de contrario acarrea la infracción legal de los preceptos que se han considerado en este tercer motivo del recurso:

**RESULTANDO** que admitidos los recursos por la Sala y conferidos trabados sucesivos para instrucción tanto a la parte recurrida como a las recurrentes quedaron los autos pendientes de señalamiento de vista:

**VISTO** siendo Ponente el Magistrado don Eduardo Ruiz Carrillo:

**CONSIDERANDO** que el defecto de no haber sido demandada la Sociedad de responsabilidad limitada que en oponión del recurrente debió ser llamada a juicio, a base del primer motivo de impugnación sólo puede ser combatido por dicha Entidad y al amparo de la causa segunda no invocada del artículo 136 de la vigente Ley de Arrendamientos de edificios urbanos y no al de la cuarta, única alegada, inacceptable a su vez, porque la sentencia que teniendo en cuenta el conjunto de toda la prueba practicada y, por ende, la documental que de él aporta y señala el recurrente no incide en el manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba por afirmar como fundamento de su decisión que una Sociedad utiliza para su propio negocio consumado en consecuencia con consentimiento del arrendatario y sin el arrendador, una relación arrendaticia perfeccionada por un sujeto individual, hecho cuya certeza no sólo reconocen, sino toman como soporte de sus dispares tesis uno y otro de los contendientes y el juzgador de instancia y corroboran los aludidos documentos acreditativos de la exactitud y no del error con que se han valorado todas las probanzas:

**CONSIDERANDO** que la inaplicación de los artículos 29 de la Ley especial citada y de los 1.930 y 1.964 del Código Civil no es tacha estimable cual claramente se advierte por la indiscutible inaplicabilidad de aquél a la ilegal transmisión gratuita en el año 1940 que en 1956, regula la onerosa o por traspaso sólo legal si se opera observando todos y cada uno de los requisitos que al efecto estatuyó, ninguno de los cuales se ha cumplido y porque por la prescripción adquisitiva o usucapción no pueden adquirirse más derechos que los reales, carácter que no tienen los emanados de un contrato de arrendamiento, pero no los puramente obligacionales o personales generados por éste, pues las obligaciones únicamente nacen de la Ley o de la voluntad privada y nadie puede hacerse deudor ni acreedor por usucapción o prescripción adquisitiva del mismo modo que las obligaciones no se extinguen, sino se consolidan cuando el acreedor no cesa de ejercitar en derecho acto ni el más puro de su reserva, conservadora y el deudor no deja de reconocer su cualidad de tal con el acto de pago periódico de su deuda en la cantidad, tiempo y lugar pactado que obsta a su prescripción, sin que pueda sospecharse que el pago de una deuda propia en propio nombre sea pago por tercero no deudor ni que el contrato gratuito u oneroso, concluido por el último con el arrendatario sin intervención del arrendador o acreedor pueda perjudicar a éste, ni a través de una prescripción de imposible existencia tenga por objeto una universalidad o una prestación singular, ya que nadie puede quedar vinculado por voluntad ajena:

**CONSIDERANDO** que es inadmisibles la falta de aplicación de los artículos 140 y 142 de la Ley de 17 de julio de 1941, y del artículo octavo de la locativa vigente en cuanto excluye la analogía la existencia de precepto claro regulador del caso, el cual no puede reputarse sometido a aquella Ley especial, por regir los actos institutivos de una Sociedad anónima que no puede modificar la también especial dictada para el gobierno de las relaciones arrendaticias de edificios urbanos ni por su contenido jurídico ni por la fecha de su promulgación, esto porque la última de 1956 no puede ser derogada en cuanto posterior por la anterior de 1951, por no ser lícito más que lo contrario como tampoco lo es que contra una Ley especial la arrendaticia posterior prevalezca la común o general y menos otra especial, preexistente reguladora de una constitución y régimen de Sociedades anónimas por lo que cualquiera que sea el alcance de sus normas, carece de eficacia legitimadora de un traspaso al que aquélla niega legitimidad en el mismo número cuarto de su artículo 31 que sólo estima exceptuado de los requisitos legales el cambio de forma de las Sociedades si lo impone la Ley y la reguladora de las de responsabilidad limitada de 1953 y la de 1951 de las anónimas no obligan a la transformación de las de capital de 2.042.100 pesetas en otra con un 1.400.000 pesetas de capital notoriamente inferior en ambas a 5.000.000, de modo que la transformación invocada lejos de imperada o dictada fué voluntaria y por libre y espontánea no goza del trato excepcional arrendatario, aparte de su inaplicabilidad a la transmisión por un acto individual a otro colectivo consumada once años antes de la promulgación de los expresados preceptos y sometida a una legislación arrendaticia la de 1936, que no permitía la traslación del uso más que en condiciones cuya concurrencia no se ha probado ni aun alegado:

**CONSIDERANDO** que para admitir la aplicación indebida de la causa quinta del artículo 114 de la repetida Ley especial sería menester que la sentencia hubiera establecido lo contrario de lo que sienta sin adecuada impugnación; es decir, que hubiera afirmado que la transmisión no fué realizada de modo distinto del autorizada por la Ley, hecho que niega azeverando que fué realizado de modo ilegal:

**FALLAMOS:** Que debemos declarar y declaramos no haber lugar a los recursos de injusticia notoria interpuestos por don Francisco Pérez de Guzmán y Urzaiz y la Entidad mercantil «La Harina Panadera Onubense, S. A.», contra la sentencia que en 9 de noviembre de 1957 dictó la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla; se condena a dichas partes recurrentes al pago de las costas respectivas y a la pérdida de los depósitos constituidos, a los que se dará el destino prevenido en la Ley; y librese a la citada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de Sala que ha remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» e insertará en la «Colección Legislativa», pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Manuel de la Plaza.—Luis Vascas.—Eduardo Ruiz.—Bernabé A. Pérez Jiménez.—Baltasar Rull.—Firmado y rubricados.

Publicación.—Leída y publicada fué la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Eduardo Ruiz Carrillo, Ponente que ha sido en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo en el día de hoy de que certifico como Secretario de la misma.

Madrid, 13 de mayo de 1960.—Rafael González Besada.—Firmado y rubricado.

En la villa de Madrid a 30 de mayo de 1960: en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Almería y ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada por doña Luisa Quesada Roldán, sin profesión especial, asistida de su esposo, don Antonio López Pardo, con don Francisco Pérez López, practicante, todos vecinos de Almería, sobre resolución de contrato de arrendamiento; autos pendientes hoy ante esta Sala en virtud de recurso por injusticia notoria, interpuesto por la demandante, señora Quesada, representada por el Procurador don Juan Antonio García San Miguel, con la dirección del Letrado don Juan José Pérez Gómez; y habiendo comparecido, como recurrido, el demandado señor Pérez López, y en su nombre y representación el Procurador don Juan Cortijo y López Villamil, bajo la dirección del Letrado don Luis Viqueano:

RESULTANDO que mediante escrito presentado el 6 de mayo de 1958 a reparto de los Juzgados de Primera Instancia de Almería, correspondiendo al número 1, el Procurador don Juan Benavente Pérez, a nombre de doña Luisa Quesada Roldán, asistida de su esposo, don Antonio López Pardo, formuló, contra don Francisco Pérez López, demanda que apoyó sustancialmente en los siguientes hechos:

Primero. Que en méritos de escritura pública otorgada el 2 de febrero de 1962, la actora era dueña de la casa número 1 de la calle de Espronceda, compuesta de planta baja y principal.

Segundo. Que por contrato de 1 de agosto de 1933, el demandado tomó en arrendamiento el piso principal de dicho inmueble, por el precio de 95 pesetas mensuales, y satisfaciendo ahora, incluidos aumentos legales y repercutaciones contributivas, la renta de 130,97 pesetas.

Tercero. Que el señor Pérez López vivía con su esposa, ya que sus hijos, todos casados, tenían hogar independiente; con fecha 17 de abril de 1957 falleció la esposa del demandado, doña Cristina Briones Cuadrado; la hija del demandado, doña Eustasia Pérez Briones, con su marido, don José Gómez Amat, y los hijos del matrimonio, nietos de aquel, vivían en el piso primero izquierdo de la plaza de Balmes, de Almería, constituyendo una familia independiente; al poco tiempo de ocurrir el fallecimiento de su esposa, el demandado introdujo en su piso a su referido hijo político con toda su familia, que desde aquella fecha ocupaba la casi totalidad del piso, y este subarriendo no fue puesto en conocimiento de la propietaria por el demandado, como era procedente, sino que se enteró unos meses más tarde por otras personas que le pusieron al corriente del cambio que el señor Gómez Amat hizo de su vivienda de la plaza de Balmes con su cuñado, hijo del demandado, que vivía en el cercano pueblo de Prehina; todo un arreglo de intereses de familia en perjuicio de la propietaria del piso objeto de este pleito, a cuya costa se hicieron estos cambios.

Cuarto. Que no se trataba de llevar el demandado a su hija, a su yerno y a los nietos para que le cuidaran en su estado de vejez, pues lo normal no es que toda una familia traslade su domicilio y se vaya a vivir con el suegro que quedó viudo, sino que lo natural y lógico es que el que se queda solo, si es que no quiere errarlo, se marche a vivir con su hijo al hogar de éste; más ello no había sido el caso del señor Pérez López, porque ocupó un piso situado en una de las mejores calles de la ciudad pagando sólo 150 pesetas de renta, era un magnífico privilegio; en la realización práctica de ese cambio de inquilinos tenían que contar, naturalmente, con la dueña de la casa de la calle de Balmes, doña Francisca Robles Ruiz, ya que se trataba de una cesión que requería previa autorización; y el consentimiento se obtuvo, pero aumentando la renta que pagaba el señor Gómez Amat, y que era de 140 pesetas mensua-

les, a la de 425 pesetas, también mensuales.

Quinto. Que don Francisco Pérez López era practicante en ejercicio, funcionario de la Diputación Provincial, Agente Comercial colegiado, depositario o almacenero de una importante fábrica de papel, y propietario de fincas rústicas de Almería; se trataba de una persona de excelente posición económica, así como su hijo político, don José Gómez Amat, funcionario de la Delegación Provincial del Instituto Nacional de Previsión y propietario de fincas rústicas en el pueblo de Albedriy; no se trataba pues de personas necesitadas de ayuda mutua, sino que, por el contrario, tenían visible independencia económica; en derecho invocó, entre otros preceptos, la causa segunda del artículo 114 de la Ley de Arrendamiento Urbano, terminando por pedir que se dictara sentencia declarando resuelto el referido contrato, de inquilinato, condenado al demandado a dejar libre y a disposición de la actora la mencionada vivienda dentro del plazo de cuatro meses, apercibiéndole de lanzamiento si no lo verificaba, e imponiéndole las costas de este juicio.

RESULTANDO que admitida la demanda a trámite para la sustanciación por las reglas establecidas para los incidentes, se contrajo traslado de la misma, con emplazamiento, al demandado, don Francisco Pérez López; y compareció en su representación el Procurador don Angel Vizcaino Martínez, en 26 de mayo de 1943 presentó escrito de contestación, en el que después de aceptar lo expuesto en los dos primeros hechos de la demanda, consignó en lo esencial en cuanto a los restantes en el correspondiente capítulo: que el demandado vivió y seguía viviendo en la casa de que se trata, en compañía de su esposa y de sus hijos hasta que éstos contraerón matrimonio y se fueron trasladando cada uno a su nuevo hogar; en 17 de abril de 1957 falleció la esposa del demandado en su casa de su hija doña Eustasia, que por aquel entonces padecía una enfermedad de la que al cabo pudo salir, y la madre se pasaba el día cuidando y atendiendo a su hija, en cuya situación le sorprendió el accidente causante de su muerte, en el domicilio de aquella; entonces quedó el demandado sin otra asistencia moral que pudiera suplir, sólo en parte, la falta del conyuge desaparecido, y fue por esto que su hija, doña Eustasia, con su marido, don José Gómez Amat, habitantes hasta entonces en la casa de la plaza de Balmes, de Almería, se marcharon a convivir con el padre, prestandole a éste esa indispensable asistencia; aún se encontraba doña Eustasia enferma cuando su madre murió en la casa de la misma; precisaba ella a su vez el cuidado que el padre como practicante le venía prestando, y por esta razón con la autorización del médico y con las mayores precauciones, la trasladaron al domicilio de su padre, donde convivía con éste en unión de su marido y de dos hijos pequeños de ese matrimonio, y era totalmente inexacta toda esa confabulación de cambio de domicilio de que se habla en la demanda; lo ocurrido fue que al dejar doña Eustasia y su marido la citada casa de la plaza de Balmes, otro hijo del demandado, don Francisco, se puso al habla con la propietaria de esa vivienda y concertó con ella directamente un arrendamiento totalmente diferente y por precio distinto al que regía cuando ocupaban la casa doña Eustasia y su marido; y el señor Pérez López nada había notificado a la dueña porque entendía que no estaba obligado a hacerlo, ya que no se trataba de cesión, subarriendo ni subrogación de los derechos arrendaticios a favor de sus hijos, puesto que él seguía siendo el inquilino, y los hijos meros convivientes con él; que el demandado había perdido a su esposa, pero esto no quería decir que al haberla perdido y con el apoyo de familia y reducirse a la situación de con-

viviente con sus hijos; y que, en efecto, el señor Pérez López era practicante, y, como tal, del Hospital provincial, pero bien sabido es que los repelamientos de esta modesta actividad apenas deben lo necesario para subsistir, por lo que dicho señor, que ya tenía años y no podía competir en esa esfera con los demás, se buscaba un complemento económico en algunas representaciones de casas comerciales, sin que tuviera la menor realidad ese depósito o almacén de papel que ampulosamente le atribuía la actora; y sólo podía una pequeña parte de la que tampoco podía disponer porque la ocupaba una oficina de Falange Española; su hijo político don José Gómez Amat era ciertamente funcionario del Instituto de Previsión y nada más; no usaba fincas rústicas y la única verdad es que estaba llamado con otros parientes a percibir en su día una cuota hereditaria legada por don José Pardiagua, pero esos bienes, que carecían de importancia dado el número de legatarios llamados a la sucesión, estaban en poder de la constructora vitalicia, doña Manuela de los Ríos, viuda del causante, y, por tanto, no producían beneficio alguno al señor Gómez Amat, ni podían computarse en ninguna forma como patrimonio a su favor, adujo fundamentos de derecho y suplico se dictara sentencia declarando no haber lugar a la resolución del contrato de arrendamiento, por no ser cierta la causa de subarriendo a que la demandante pretendía fundarse, absolviéndole consecuentemente al demandado, con imposición al actor de las costas del procedimiento.

RESULTANDO que recibido el pleito a prueba, ambas partes usaron el medio de confesión judicial y además, el demandante, el de documental. Y unidos a los autos las pruebas practicadas y celebrada vista pública a petición de dicha parte actora, el Juez de Primera Instancia del número 1 de Almería, con fecha 15 de julio de 1960, dictó sentencia por la que declaró no haber lugar a la demanda presentada a nombre de doña Luisa Quesada Roldán, asistida de su marido, don Antonio López Pardo, contra don Francisco Pérez López, sobre resolución del contrato de arrendamiento de la casa sita en Almería, en calle de Espronceda, número 1, absolviéndole de dicha demanda y condenando a la actora al pago de las costas causadas en este procedimiento.

RESULTANDO que apelada dicha sentencia por la representación de la demandante y sustanciado el recurso por sus trámites legales, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, con fecha 10 de noviembre de 1960, dictó sentencia confirmando la del Juez de lo Civil, con expresa imposición a la recurrente de las costas producidas en la alzada.

RESULTANDO que constituido depósito de 1.000 pesetas, el Procurador don Juan Antonio García San Miguel, a nombre de doña Luisa Quesada Roldán, asistida de su esposo, don Antonio López Pardo, ha interpuesto ante esta Sala, contra la sentencia de la Audiencia, recurso por injusticia notoria establecido el siguiente motivo:

Único.—Al amparo de la causa tercera del artículo 130 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos; violación, por interposición errónea e inaplicación, del artículo 18 en relación con los artículos 10 y 11, apartado segundo, y causa segunda del artículo 114, todos de la misma Ley, y en relación también con el número primero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y seguidamente se expone: I) Que la precitada causa segunda del artículo 114 de la Ley concede al arrendador el derecho a pedir la resolución del contrato por haberse subarrendado la vivienda... de modo distinto al autorizado en el artículo 113; el artículo décimo que expresa el precepto de dicho artículo 114, establece como regla general que el subarriendo de viviendas está siempre la autorización expresa y escrita

del arrendador», y el artículo undécimo señala la distinción entre subarriendo total y parcial, diciendo en su inciso segundo que «se presumirá, sin admitirse prueba en contrario, que es parcial el subarriendo cuando el inquilino siga habiendo a su disposición, durante el término de rigurosos preceptos condicionadores, entre ellos el de «que en el término de treinta días naturales siguientes a la fecha de celebración del respectivo contrato de subarriendo lo notifique el inquilino de modo fehaciente al arrendador, con la expresión del nombre del arrendatario»; el criterio del legislador no pudo ser más benevolente y humano, en cuanto autorizó el subarriendo como medio de resolver los innumerables problemas que plantea la escasez de viviendas y, de otra parte, no olvidó el derecho que también tiene el propietario a obtener una compensación económica, aun precaria, de esa doble o triple utilización de la vivienda; los artículos 14 y 15, reguladores de la participación del arrendador en el precio del subarriendo, acreditan esa previsión del legislador y la compensación económica que recibe a cambio de la obligación correlativa de soportar el subarrendamiento parcial de la vivienda a este explícito reconocimiento del subarriendo se llegó por el único medio posible: la supresión de aquellas circunstancias de hecho que bajo el nombre de «convivencia» amparaban verdaderos subarriendos y que fueron admitidas por el artículo 27 de la Ley anterior; su supresión se hizo necesaria e indispensable, por estar comprobado —deja la Ponencia de la Comisión de Justicia de las Cortes— que el régimen de convivencia sancionado por el artículo 27 es atentatorio a la moral y generador de conflictos, y entre las dos tendencias extremas de continuar admitiendo o rechazando totalmente la «convivencia», se optó por su supresión, pero reconociendo, en cambio, el subarriendo parental, si bien sujeto a determinadas exigencias, rígidas y de inexcusable observancia, establecidas para garantía y compensación económica al arrendador; así surgió el actual artículo 18; su génesis y motivación se contienen en la exposición de motivos de la Ley, que decía: «Para cohesionar la convivencia social de mantener vivo el subarriendo parental y el total, con el respeto debido a los legítimos derechos del arrendador, se limitan los supuestos de «convivencia, sin merma de los derechos adquiridos»; en lugar de convivencia, subarriendo autorizado. II) Que en uso del derecho que la Ley reconoce al inquilino para poder subarrendar parcialmente la vivienda, don Francisco Pérez López llevó a su domicilio a su hijo político, don José Gómez Amat, a la esposa de éste y a los hijos del matrimonio, todos los cuales constituían una familia independiente en aquel y que vivía bajo la autoridad del cabeza, el señor Gómez Amat, en vivienda independiente—la de la plaza de Balmes de la misma ciudad—y con economía también independiente, puesto que es funcionario del Instituto Nacional de Previsión y propietario; el derecho a llevarse esta familia a su domicilio era innegable por parte del señor Pérez López, pero su correlativa obligación de notificarlo a la arrendadora dentro del término de treinta días también era innegable, por exigencia imperiosa del artículo 18; no lo hizo, sin embargo, prefiriendo ocultar esta situación a la arrendadora para privarla de su derecho a participar en el precio del subarriendo e imponerle, en su día, una continuidad en el inquilinato; dada la situación creada, la recurrente demandó de resolución de contrato al inquilino, fundándose en que no se ha cumplido el requisito de la notificación dentro del plazo legal e inculcado, por tanto, en la causa resolutoria segunda del artículo 114, a lo que se opone éste diciendo que la «convivencia» no ha des-

aparecido tratándose de familiares, tesis que, recogida por el Juzgado, es ratificada por la Audiencia; ésta, dice en su sentencia que no existe precepto alguno que impida «la agrupación familiar entre parientes de primer grado», admitiendo, por tanto, la convivencia y rechazando la alegación hecha en el acto de la vista de que la convivencia de que habla el artículo cuarto es la producida al inicio de la relación arrendaticia, «porque tal circunstancia no la recaba ni ese ni ningún otro precepto»; la interpretación dada al artículo 18, en relación con los artículos 10, 11 y 4º de la Ley Especial, es no sólo inadmisible, sino además peligrosa, ya que su generalización conduciría a una simultaneidad de la convivencia con el subarriendo, que es precisamente lo que se trató de evitar con la última reforma de la Ley; A) la convivencia permitida y tolerada por el derogado artículo 27, fué sustituido y reemplazado por el actual artículo 18, si bien las situaciones jurídicas creadas al amparo de que se recogieron en la disposición transitoria quinta; el artículo derogado hablaba, para admitirla, de la convivencia con el inquilino hasta de dos personas extrañas a su familia, cuyas personas extrañas seguirán conviviendo, por producción de la disposición transitoria quinta, si bien con las obligaciones que se indican en las mismas; esto es, notificación al arrendador y elevación del porcentaje que éste perciba sobre la renta; así se liquidó el régimen de «convivencia»; al haber aquellos preceptos de personas extrañas a la familia de inquilino, se refieren, naturalmente, a los que no se integran dentro del concepto jurídico de la familia por escapar a la subordinación, acatamiento y obligación de dependencia con el cabeza de familia; opinar lo contrario es desorientador y desconcertante; pensar que un inquilino, al amparo del artículo cuarto de la Ley, pueda llevar a su casa a un hijo político, a un tío, a un hermano o a un sobrino que habiten con independencia familiar otra vivienda, sin comunicar nada al propietario y sin que éste participe en el rendimiento económico de la vivienda, que a pesar de todo es suya, resulta notoriamente absurdo; y si esos parientes, todos ellos dentro del tercer grado, que es límite permisivo, según la sentencia del Juzgado, pueden introducirse en la vivienda del pariente inquilino abandonando la propia, es indudable que el artículo 18 ningún valor ni eficacia tiene, en tanto se reduzca su aplicación a personas extrañas, entendidas éstas como aquellas que ninguna relación directa o indirecta tienen con el jefe de la familia, pues bastará un vínculo de sangre o de afinidad más o menos próximo o lejano, para dejar sin aplicación un precepto tan actual y tan vivido como el que se comenta; claro está que semejante interpretación llevaría a ir contra el principio de derecho de que ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus; el artículo 18 no distingue entre familiares o extraños a efectos de la notificación al arrendador de la introducción de cualquier persona en la vivienda; por tanto, no se puede ir contra su espíritu y su letra, ya que la interpretación gramatical, lógica, sistemática e histórica del precepto comentado obliga a rechazar toda distinción fundada en vínculos de familia; la mención incidental que a la convivencia hace el artículo cuarto de la Ley, no tiene otro valor que el de evitar forzosa interpretación del mismo, a efectos de consolidar la situación del pariente que dentro de la vivienda ejerza una profesión o pequeño industria doméstica; se refiere, naturalmente, a situaciones sociales al tiempo de comparecer al arrendamiento, o a aquellas que surdiesen dentro de los familiares «brieto sensu», es decir, de los que legalmente conviven con el inquilino (su hijo no emancipado, un pariente que sobreviva legalmente fuera de la familia, un hijo que contra matrimonio y sigue viviendo con su pa-

dre, etc.) merecen ser protegidas para conservar la unidad familiar; pero estos supuestos ninguna relación guardan con la convivencia del artículo 27, ni menos con aquellos casos en que, como ocurre con el de las viudas, una familia independiente y con vivienda propia, abandona ésta para trasladarse a otra donde gozar de una renta baja y de una perspectiva de ilimitar el arrendamiento; y B) la doctrina civil, local y jurisprudencia de las Audiencias Territoriales confirman este punto de vista; y refiriéndose a aquella, citase a García Rayo (Legislación vigente y jurisprudencia sobre arrendamientos urbanos), Madrid, 1956, página 201; Casado y Calvillo (Arrendamientos urbanos) (segunda edición), página 920; don José Sánchez (Arrendamientos urbanos), 1958, página 814; y Fariñas-Lejo («Suma de arrendamientos urbanos»), 1ª y 2ª edic., 1957, páginas 1974 y 1975; que al no considerar la falta de notificación fehaciente al arrendador como causa de resolución del contrato, por entender que el artículo 18, es inadmisible de aplicación el artículo 18, es indudable que la interpretación errónea de dicho precepto legal es lo que ha motivado su inaplicación, impidiendo la validez de la causa segunda del artículo 114, por ello es el único motivo en que se funda este recurso; el artículo 18 no distingue entre parentales y extraños; la distinción que hace la sentencia recurrida resulta, pues, inadmisión; afirmarse que los familiares que están dentro del tercer grado pueden convivir con el inquilino, sin sujeción a norma legal alguna, supone tanto como resultar la desaparecida figura jurídica de la «convivencia», y en el sentido que el legislador miró y ponderó todas las circunstancias actuales cuando llegó a la consecuencia de tener que suprimir la convivencia para sustituirla por el subarriendo parental; y que no se diga que el asunto tiene un aspecto moral que debe atenderse, pues no es así; el inquilino en este caso no ha actuado, movido por impulsos afectivos o de familia, sino crematísticos o de conveniencia; dueño de una vivienda que tiene alquilada, de cualquier posición económica, hace un «arreglo» de familia para llevarse a su hijo a la ciudad y para ello no encuentra otro procedimiento que introducir toda una familia en su vivienda, dejando la de su hijo político libre para que la ocupe el otro ausente; y ello sin comunicar nada a la arrendadora, que de trascorrer el tiempo habrá perdido toda posibilidad de recuperar una vivienda que por este procedimiento jamás podrá disponer de él; precisamente el artículo 24, en previsión de fraudes al propietario, sobre la convivencia familiar, auténtica y propia, para que se de la subrogación que dicho artículo autoriza; se habla de «convivencia habitual», y, por tanto, sucesiva, constante y real; de prosperar la causa de la sentencia recurrida, la convivencia siempre podría ser creada aún artificialmente, y asegurado mediante la sucesión alquilada, a transmitirse por actos inter vivos las viviendas entre hermanos, primos y sobrinos; y como no es esa la interpretación que se guarda, es por lo que la Sala sentenciadora ha infundado los preceptos legales que se citan en este motivo.

RESULTANDO que admitido el recurso por la Sala y conferido traslado del mismo, para instrucción a la parte recurrida, al Procurador don Juan Conde y López Villamil, a nombre de don Francisco Pérez López, lo impugnó, alegando el motivo único que la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos no ha suprimido la figura de la «convivencia» del artículo 18, su aplicación; así lo prueba el artículo cuarto, que sigue hablando de personas que conviven con el inquilino, siempre que estén ligadas con un vínculo de parentesco al inquilino que no rebasa el tercer grado; y las disposiciones transitorias quinta y sexta, en virtud de las cuales, cuando el inquilino es familiar, que escapan a toda controversia, es decir,

que la Ley arrendaticia marca dos situaciones de perfil totalmente distinto, a cada una de las cuales da un trato diferente: parientes y extraños que moren en la casa del inquilino, no estando ligados los primeros por vínculos parentales de hasta tercer grado, cuya situación se presume en régimen de subarriendo, y, por tanto, hace inusable al propietario el ejercicio de la acción de desahucio cuando no ha sido notificado, o, aun estándolo, son más de dos los moradores extraños; parientes hasta tercer grado, no es necesaria ninguna notificación y viven en régimen de convivencia, permitido y autorizado por el artículo cuarto, pudiendo, incluso, ejercer de titular de la vivienda una profesión, función pública o pequeña industria doméstica, aunque sea objeto de tributación; y es tan decisiva la protección que brinda la Ley a quienes se encuentran en ese régimen de convivencia descrito, que cuando se trata de los hijos, como en el caso presente, incluso los permite subrogarse en la relación contractual arrendaticia del padre cuando éste fallece, y hasta en vida, amparándose en el artículo 24; que, como se observa, la hermenéutica de la Ley arrendaticia es admitir, en todo caso, la existencia de convivientes, término amplio en este caso y bajo cuyo regazo puede la familia discutir en plena normalidad, permitiendo al cabeza de la misma acoger en su morada, no ya sólo a quien tiene debar paternal de proteger, cuidar y dirigir, sino también a aquellos otros parientes, más lejanos en grado, con quienes se unen vínculos de afecto, sin que a ninguna mente sana se le ocurra pensar que el cabeza de familia está, por ello, infringiendo Leyes o incidiendo en causas resolutivas; que el sostenimiento del recurso está motivado por una lamentable confusión que ha padecido el recurrente; se trata de la confrontación que realiza entre el artículo 27 de la Ley derogada y el 18 de la Ley vigente, ya que los dos son atinentes a una misma cuestión, si bien están tratadas de modo distinto; el artículo 27 de la Ley de 1946 admitía la convivencia con el inquilino de hasta dos personas extrañas a su familia y los hijos de cualquiera de ellas, y el artículo 18 de la vigente Ley, con ánimo de fijar definitivamente las permisiones del inquilino y borrar ese concepto difuso de convivencia retribuida, ha autorizado la realización de dos subarriendos parciales, siempre que se realicen observando los requisitos que el mismo artículo dispone; es de hacer notar que el artículo 18 ha suprimido la frase de «personas extrañas a la familia», omisión o supresión que utiliza el recurrente para articular su teoría que formula del modo siguiente: «toda persona que no sea el cabeza de familia, sea cualquiera su grado de parentesco con el mismo, debe calificarse como subarrendatario, ya que la convivencia es un concepto suprimido de la Ley actual»; olvida el recurrente un aspecto singular e importante de la cuestión, y éste es que como la convivencia del que hablaba el texto derogado estaba imputada a los no familiares, es indiferente para los mismos, esto es, para los familiares, esa omisión gramatical, porque para los familiares, dentro del tercer grado, ni le afectaba el artículo 27 antiguo, ni le afecta el 18 de la Ley vigente; por consiguiente, el hecho de convivencia de familiares con el inquilino, y si de parentesco tan próximo se trata, con mayor razón, no puede ni debe entenderse como motivo de resolución del contrato; que alude también el recurrente al artículo 24 de la Ley, pretendiendo entresacar conclusiones contrarias a las que ambos fallos sustentan; cierto es que dicho artículo exige dos requisitos para que la subrogación «inter vivos» no produzca convivencia habitual en la vivienda del familiar con dos años de antelación y notificación al arrendatario en el plazo de dos meses; la simple lectura del artículo demuestra que la convivencia de los familiares no sólo es normal y admitida por la Ley, sino que,

por axiomática, el legislador no es necesario que la consagre en un texto positivo; porque lo que no cabe duda, y está irradando de todo campo polémico, es que para esa convivencia del artículo 24 ganará rango subrogatorio, es necesario que esté operando todos y cada uno de los setecientos treinta días que componen los dos años y no cabe pensar, por reducción a lo absurdo, que lo ilegítimo durante setecientos treinta días se mute en legítimo, operante y convalidador de derechos, cuando los dos años andan transcurridos; es decir, que una situación ilegítima sea heredada por una situación ajustada a derecho; que el tema que se suscita en el recurso no es siquiera materia opinable; si se impugnaran unos artículos, unas normas o la interpretación de las mismas, sería tarea más fácil que la que se impone a esta parte; porque defender el buen sentido, con la Ley en la mano, es más difícil aún, ya que la Ley supone que todos entenderemos lo que no necesita explicación; que de prosperar la tesis del recurrente, no habría hogar tranquilo en España, ni familia en paz con la Ley de arrendamientos; a guisa de ejemplo, citábase los siguientes: el cabeza de familia, titular del inquilinato, no podría admitir en su domicilio al que contrajera matrimonio con su hija y los hijos de este matrimonio; el padre cuyo hijo saliera al extranjero, tampoco podría readmitirlo a su regreso, por considerarlo también como subarriendo; los padres cuya hija quedase viuda y desamparada, se arriesgarían a perder el piso que ocupasen si tenían la debilidad de recoger en su casa a la desamparada hija; y así tantos otros casos cuya solución, con arreglo a la tesis del recurrente, sería tan absurda como la que pretende en el caso que se debate, en que pretende que constituya subarriendo el caso de que un padre viudo y solo se lleve a vivir con él a su hija, quien por estar casada arrastra tras de sí a su marido e hijos pequeños, de quien naturalmente no va a separarse por tener que cuidar a su padre; y que la Sala de la Audiencia consideró como temeraria la apelación ante ella deducida, dada la claridad diáfana del asunto y la inatacabilidad de la sentencia del Juzgado, hasta el punto de condenar expresamente en costas al apelante; y si temeraria resultó la apelación, mucho más debe considerarse la temeridad de un recurso de injusticia notoria por parte de quien de forma tan clara, terminante y repetida, ha visto, por dos sentencias, rechazada su pretensión.

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Bernabé A. Pérez Jiménez:

CONSIDERANDO que para resolver el presente recurso se ha de partir del hecho aceptado por ambas partes y confirmado por la sentencia, de que al enviudar el inquilino de la casa cuestionada llevó a su vivienda para que lo atendieran y estuvieran a su cuidado a una hija suya casada y con hijos, con los que convive, supuesto que descarta el concepto de hospedaje por no haber alojamiento mediante retribución, ni subarriendo porque no se cede el uso de parte del hogar para su goce a virtud de un título que le da derecho a ello, sino que se establece una relación de convivencia con base en vínculos familiares y por consecuencia queda excluido del número segundo del artículo 114 de la Ley que determina como causa de resolución del contrato de arrendamiento el subarriendo o tenencia de huéspedes de modo distinto al previsto en la Ley, pues para que esté comprendido en la causa resolutoria como subarriendo parcial, se requiere que el ocupante lo utilice por cesión otorgada por el arrendatario, lo que implica un acto de disposición que el arrendamiento no le faculta, pues sólo le atribuye derecho de uso en cuya extralimitación radica como sanción. la razón de la extinción del vínculo locativo, supuesto que no acontece en el caso de autos en el que el titular inquilino continúa y se mantiene en la íntegra posesión de la

cosa arrendada y los demás están como dependientes del cabeza de familia al igual que ocurre con los servidores domésticos que por la ocupación no traban relación directa con la cosa, quedando intacto y único el derecho de posesión a favor del usuario a cuyo servicio están, sin que quepa confundir este caso de servidores con el uso de vivienda por razón del cargo que elimina de la Ley el número tercero del artículo segundo de la Ley y en su virtud hay que decidir que la sentencia recurrida no ha incidido en la infracción del artículo 114 en relación con el 10, 11 y 18 de la Ley, por lo que irremisiblemente se ha de desestimar el recurso.

Fallamos: Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de injusticia notoria, interpuesto por doña Luisa Quesada Roldán, asistida de su esposo, don Antonio López Pardo, contra la sentencia que en 10 de noviembre de 1958 dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada; se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará la aplicación prevenida en la Ley; y líbrese a la citada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala que ha remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» e insertará en la «Colección Legislativa», pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Manuel R. Gómez.—Luis Vacas. Eduardo Ruiz.—Bernabé A. Pérez Jiménez.—Baltasar Ruil. (Rubricados.)

Publicación.—Leída y publicada fué la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Bernabé A. Pérez Jiménez, Ponente que ha sido en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo en el día de hoy, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

Madrid, 30 de mayo de 1960.—Rafael G. Besada. (Rubricado.)

En la villa de Madrid, a 5 de mayo de 1960; en los autos de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 10 de los de Barcelona, y ante la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha capital, por don Jacinto Esteban Poy, mayor de edad, casado, del comercio y vecino de Barcelona, contra don Juan Gurgui Guardia, mayor de edad, empleado, casado y de la misma vecindad, sobre rendición de cuentas e indemnización de daños y perjuicios, autos pendientes hoy ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la parte demandante, representada por el Procurador don Joaquín Alcúa González, con la dirección del Letrado don Juan Pascual y en el acto de la vista por el Letrado don José Luis Guerrero:

RESULTANDO que mediante escrito de fecha 14 de enero de 1953, que por reparto correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 10 de los de Barcelona, el Procurador don Salvador Jubelany Martí, a nombre de don Jacinto Esteban Poy, formuló demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía contra don Juan Gurgui Guardia, que basó sustancialmente en los siguientes hechos:

Primero. Que su representado era propietario de la casa señalada de número 538 de la calle de Córcega, de Barcelona, por haber heredado ab intestato de su madre, doña Madroña Poy Puig, según acreditaba con la oportuna certificación del Registro de la Propiedad, documento número primero.

Segundo. Que la madre de su representado había adquirido la citada finca por cesión del remate de la misma, efec-

tuada por el demandado, pagándose una parte de su precio al contado y el resto mediante préstamo hipotecario de 62.000 pesetas, con intereses al 5 por 100 y costas, cuya hipoteca fué escriturada en 26 de abril de 1935, ante el Notario de Barcelona don Ramón Faus Esteve, que acompañaba documento número dos de copia simple, designando su archivo a los efectos correspondientes.

Tercero. Que en los pactos que transcribía de la escritura de préstamo hipotecario se convenía la forma de reintegro del capital prestado, así como el pago de sus intereses.

Cuarto. Que por las causas que citaba la madre de su representado no había podido satisfacer en la fecha convenida el pago correspondiente al primer plazo y los correspondientes intereses, por lo que el demandado, incumpliendo las promesas que había dado de conceder las máximas facilidades, entabló contra la señora Poy el procedimiento judicial sumario regulado por el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, cuyo juicio fué seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Barcelona, cuyos archivos fueron destruidos en el año 1936.

Quinto. Que en dicho procedimiento y en virtud de lo pactado en la escritura de préstamo, el demandado señor Gurgui solicitó y obtuvo del Juzgado se le nombrara administrador judicial de la finca en cuestión, inscribiendo tal nombramiento en el Registro de la Propiedad correspondiente.

Sexto. Que en posesión de la administración de la finca, el demandado, y sin duda no interesándole seguir la suya adelante, admitió del señor Poy cantidades a cuenta de la anualidad vencida con promesas de desistimiento de la acción.

Séptimo. Que por las circunstancias inherentes a la situación de la ciudad, a partir del mes de julio de 1936, la señora Poy no pudo satisfacer las anualidades vencidas ni mucho menos reclamar la posesión de la finca, y que después del término de la guerra de Liberación reclamó al Administrador judicial de la finca la rendición de cuentas para con ello establecer el verdadero saldo del débito, no aviniéndose a ello el demandado señor Gurgui, alegando que por no haber satisfecho el capital adeudado había advenido en la propiedad de la misma y que por ello no debía rendir cuentas a nadie.

Octavo. Que fallecida la señora Poy y heredada la finca por su representado en sucesión abintestada en el año 1944, su representado quiso poner término al abuso que a su entender cometió el demandado señor Gurgui, arrojándose un cargo de administrador del inmueble sin fundamento alguno por cuanto no se amparó en el Decreto de 23 de febrero de 1940, que regulaba la reconstrucción de las actuaciones desaparecidas, y por ello había renunciado a los derechos que el procedimiento entablado le había otorgado, por lo que después de hechas las oportunas averiguaciones y haber llegado a su conocimiento que el demandado actuaba como si realmente fuera el propietario de la finca extendiendo contratos de arrendamiento, percibiendo los traspasos autorizados, etc.

Noveno. Que sobresaído el sumario y resuelto en su contra por apelación el procedimiento promovido con arreglo al artículo 41 de la Ley Hipotecaria, su representado se ha visto sorprendido con un nuevo procedimiento seguido en su contra por el señor Gurgui con arreglo al artículo 131 de la Ley Hipotecaria, que había entablado mediante segunda copia de la escritura de constitución de hipoteca, en la que se reclamaba la cantidad de 62.000 pesetas de capital, más intereses y costas, sin tener en cuenta que los once años de administración de la finca no habían sido suficientes para resarcirse del capital prestado.

Noveno. Que había intentado el acto de conciliación correspondiente celebrada sin efecto, acompañando la oportuna certificación (documento número tercero); alegó los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminando con la suplica de que se dictara sentencia condenando al demandado a que: a) en el plazo que el Juzgado señalase rinda cuentas de su gestión como administrador de la casa número 538 de la calle de Córcega, de Barcelona, desde fines de 1935 hasta 31 de marzo de 1952; b) a darle por cesado en la administración en cuanto hace referencia al periodo antes expuesto a los dos años de aparecer la nueva Ley hipotecaria, ya que así lo reglamentaba su artículo 133 taxativamente, o sea en 8 de febrero de 1948; c) a que entregue el saldo que resulte a favor de su representado de la rendición de cuentas que presente, una vez aprobada, con citación del deudor; d) a que indemnice a su representado de los daños y perjuicios que su negligencia en la administración en la no rendición de cuentas de la misma en su usurpación de tal calidad desde el 8 de febrero de 1948, en que por decreto de la Ley debía cesar, y e) al pago de los intereses de la cantidad resultante; y de las costas ocasionadas en este procedimiento y por medio de otrosí solicitó la retención del precio que se obtuviese, en su caso, del remate de la finca en el procedimiento que a instancia del señor Gurgui se seguía en el propio Juzgado. Con el anterior escrito se acompañaron los documentos aludidos en los hechos:

RESULTANDO que admitida a trámite la demanda se accedió por el Juzgado a lo solicitado en el referido otrosí, previa prestación de fianza de 10.000 pesetas y emplazado el demandado compareció en su nombre el Procurador don Juan Gabriel Via Ubañel, el cual mediante escrito de fecha 7 de abril 1953, contestó la demanda, fundando su oposición en los hechos que sucintamente dicen: que frente a las omisiones de hechos, tergiversaciones y conclusiones improcedentes que en la demanda se contenían no cabía un comentario hecho por hecho, sino una oposición relacionada de los mismos, pasando a detallar la forma como el demandado había advenido en la posesión de la finca y de cómo la cedió a la madre del actor a raíz de negociaciones entabladas con aquél, motivando la escritura de 15 de abril 1935, constituyéndose luego la escritura hipotecaria en la que la señora Poy reconocía adeudar al señor Gurgui la suma de 62.000 pesetas, y obligándose a pagarlas mediante los plazos fijados, devengar el interés anual del 5 por 100, pagadero por trimestres anticipados, recordando al efecto lo pactado en aquella escritura con relación a los gastos que la misma ocasionaría y que serían de cuenta de la señora Poy hasta su inscripción en el Registro de la Propiedad y las demás condiciones inherentes de tal acto y que verificado todo se abstuvo la compradora de atender a sus pagos normales de la finca, dejando impagados no sólo los derechos reales de la cesión del remate y de la hipoteca, sino la contribución industrial, seguro de incendios, semestres de la hipoteca y demás, y que ante el riesgo que constituía la total inhabilitación que en los pagos que le afectaban había tenido la referida señora, todo ello en peligro del crédito ostentado por el señor Gurgui, dada la preferencia que ante él tenían los devengos sobre contribuciones y demás tributos, se vió precisado a atender algunos de aquellos pagos, haciendo lo que habría hecho un buen administrador, ascendiendo lo pagado por su representado por tales conceptos a la suma de 5.847 con 20 pesetas, que serían objeto de demanda reconvenzional y que llegado el primero y los sucesivos vencimientos la señora Poy los desatendió totalmente, no habiendo satisfecho desde la fecha de otorgación

de escritura cantidad alguna al señor Gurgui, lo que motivó la reclamación judicial del crédito con arreglo a lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley Hipotecaria, correspondiendo conocer del procedimiento instado al Juzgado de Primera Instancia número 12 de Barcelona, por lo que en providencia de 28 de enero de 1936 se confirió a su representado el cargo de administrador judicial de dicha finca, la que en el momento de la posesión se hallaba desocupada, cuidando el señor Gurgui por todos los medios de arrendarla, todo ello con resultados infructuosos, viéndose precisado a satisfacer todas las cargas inherentes a la misma y que en esta situación surgió el periodo revolucionario y la consiguiente guerra de liberación, durante la cual la finca fué requisada por los elementos revolucionarios, y sin embargo, su representado vióse precisado a atender los pagos correspondientes hasta la liberación de la ciudad, en que continuó en la posesión de su cargo de administrador sin protesta ni obstáculo alguno por parte de la señora Poy o del actor, continuando atendiendo los pagos correspondientes y logrando por fin alquilando y pasando a detallar los sucesivos arrendatarios y las sucesivas rentas estipuladas con los mismos, continuando en este estado la situación de la finca hasta que fallecida su propietaria, la señora Poy, y declarado heredero abintestato el señor Esteban inscribió la propiedad de la finca al cabo de cinco años de haber advenido en propiedad de la misma, habiendo cancelado la primera hipoteca y constituyendo otra, eludiendo todos los pagos que debía haber efectuado al administrador judicial el demandado y pretendiendo tomar posesión por sí solo, pasando por alto la administración judicial, poniéndose de manifiesto su actuación al entablar contra el inquilino señor Gurgui el procedimiento del artículo 41 de la Ley Hipotecaria, siguiendo a aquél querrela contra su representado por falsedad, estafa y apropiación indebida, y que en virtud del primer procedimiento citado, el inquilino señor Gill se abstuvo de satisfacer la renta pactada, lo que motivó que el señor Gurgui hubiera de promover el correspondiente juicio de desahucio, en el que recayó sentencia, dando lugar al mismo y verificándose el lanzamiento, sin que el arrendatario satisficiera el importe de las rentas adeudadas ni las costas que le fueron impuestas; que ante tal situación, su representado se vió obligado a instar expediente judicial para obtener una segunda copia de la escritura de constitución de hipoteca, que fué destruida, al igual que los autos, en periodo revolucionario, iniciando ante el propio Juzgado otro procedimiento análogo, en el cual le fué conferida nuevamente la administración judicial de la finca, pasando a exponer de una manera detallada la actuación de su representado durante el ejercicio de su cargo de administrador judicial, que en ningún momento le había sido discutido hasta que las circunstancias evidenciaron la escasez de locales de negocio y se ..... por la actora que aquél había casado con la desaparición de los autos, siendo así que confirma la subsistencia de la administración la pasividad de la señora Poy primero y la del señor Esteban después y que durante dicho periodo el señor Gurgui había continuado desarrollando su actividad de una manera normal, pasando a continuación a formular reconvencción, alegando sucintamente:

Primero. Que daba por reproducido cuanto había dicho en los hechos de la contestación.

Segundo. Que en el periodo comprendido entre el 26 de abril de 1935 y el 30 de enero de 1936, su representado había pagado los siguientes adeudos, a cargo legalmente de doña María Poy, madre y representante del actor: a) 878 con 07 pesetas al Notario señor Faus, según recibo que

acompañaba (documento número séptimo); b) 2.321 con 25 pesetas al propio Notario según recibo que igualmente acompañaba (documento núm. 8); al propio Notario la suma de 2.649 con 97 pesetas, como acreditaba por recibo que acompañaba (documento número 9), ascendiendo en total los reseñados pagos a la suma de 5.849 con 27 pesetas.

Tercero. Que el mismo día 26 de abril de 1935, fecha del otorgamiento de la escritura, la señora Poy reconoció adeudar al señor Gurgui la cantidad de 1.000 pesetas, que se obligó a satisfacer por todo el día 30 del propio mes, vencimiento que no fué atendido, y lo acreditaba mediante documento número 10, que acompañaba, y a cuyo pago debe ser condenado el actor, con más los intereses de dicha suma, a contar desde la demanda reconvenicional.

Cuarto. Que su representado había presentado las cuentas de su administración comprendida en el período desde 30 de enero de 1936 a 31 de marzo de 1952, presentando los comprobantes de los pagos efectuados (documentos números 11 a 22, ambos inclusive), arrojando dichas cuentas un saldo a su favor de 4.520 con 13 pesetas, a cuyo pago debía ser condenado el señor Esteban.

Quinto. Que de las propias resultaba que los últimos intereses del préstamo hipotecario de autos recibido por su principal eran los correspondientes al trimestre atrasado, que venció el día 26 de abril de 1939 y que en méritos al procedimiento del artículo 131 de la Ley Hipotecaria según os ante el propio Juzgado, la máxima cantidad que por intereses podrá percibir el demandado serán tres anualidades por cuanto existían terceros acreedores, ejercitaba la oportuna acción personal para obtener que el actor fuera condenado al pago de los intereses no percibidos, cuyo importe ascendía en junto a la suma de 32.550 pesetas.

Sexto. Que el actor, mediante el planteamiento del presente juicio y la constitución de la fianza señalada, había obtenido se llevase a efecto la retención de la cantidad que se obtuviera del remate de la finca hipotecada en autos del procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, por lo que la improcedencia de su demanda y los daños con la misma se había ocasionado al demandado obligaban a condenarle al pago de los mismos, consistentes en el interés legal del total que al ser Gurgui había de corresponderle en dicho procedimiento desde el día de la adjudicación del remate hasta aquel en que por levantarse la retención pueda retirar la cantidad correspondiente y cuya liquidación debería practicarse en período de ejecución de sentencia.

Séptimo. Que la cuantía de la reconvenición, sin perjuicio de la que pudiera resultar en definitiva, era la de 44.119 con 40 pesetas; alegó los fundamentos de derecho que estimó de aplicación y suplicó se dictara sentencia, desestimando la demanda y absolviendo de ella a su representado, y por vía de reconvenición condenar al actor don Jacinto Esteban Poy a que pagase a su representado las cantidades de 5.849 con 20 pesetas, a que se refería el hecho segundo de demanda reconvenicional, 1.000 pesetas a que se contrae el hecho tercero de la misma; 4.513 con 13 pesetas, saldo a favor del señor Gurgui de las cuentas de administración presentadas con el escrito relacionado; 32.550 pesetas, importe de los intereses de préstamo hipotecario de autos al tipo estipulado del 5 por 100 anuales desde el vencimiento de 26 de julio de 1939 al 26 de enero de 1950, ambos inclusive; y al pago de los intereses legales de todas las sumas expresadas desde la fecha de la interposición de la demanda reconvenicional y que asimismo se condenara al señor Esteban a pagar al señor Gurgui los intereses legales de la total cantidad que al mismo le resulte reteni-

da de los autos del procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria que se seguían ante el propio Juzgado desde la fecha de adjudicación del remate hasta el día en que se alce la retención a liquidar en período de ejecución de sentencia y al pago de las costas por su actuación dolosa y temeraria. Con el anterior escrito se presentaron los documentos aludidos en el mismo:

RESULTANDO que en trámite de réplica y dúplica las partes litigantes mantuvieron los hechos expuestos en sus escritos de demanda y contestación, suplicándose por la parte actora en su escrito de réplica se declarase la responsabilidad del señor Gurgui, por su mala y perjudicial manifestación de las diferencias entre las cantidades percibidas y las que debió haber percibido por el 5 por 100 legal del capital que administraba, con intereses de demora y las costas del juicio, y respecto a la reconvenición, que aceptaba la deuda de 1.000 pesetas, y en cuanto a las restantes peticiones, se le absolviese de las mismas, y cuando no, declarar que dichas cantidades estaban afectadas a las resultas de la administración ostentada hasta aquella fecha por el señor Gurgui, el cual era responsable de las mismas en calidad de daños y perjuicios causados por su mala administración, y por el demandado en dúplica solicitó se dictara sentencia de conformidad con cuanto tenía solicitado en la contestación a la demanda y reconvenición:

RESULTANDO que recibido el juicio a prueba se practicaron a instancia de la parte actora las de confesión judicial, documental, consistente en los aportados con el escrito de demanda, así como traer a los autos, entre otros, una comunicación del gremio de agentes de traspaso de locales de negocio, en la que se hacía constar que el alquiler del local litigioso, de una cabida de 410 metros cuadrados 10 metros cuadrados, con corriente de fuerza y situado en punto eminentemente industrial antes de 1943, sin premio ni traspaso, y en el supuesto de que fuera de libre contratación y sin tasa fijada por las disposiciones vigentes en dicha fecha debía reputarse barato en 650 pesetas y por normal y corriente un alquiler que oscilase alrededor de las 4.000 pesetas mensuales, y la testifical y a instancia de la parte demandada, las de confesión judicial, documental, consistente en los documentos aportados a la contestación, así como traer otros a los autos, entre los que figuraba una carta de fecha 7 de febrero de 1951, firmada por el señor Esteban y otra con firma legible dirigida al señor Gurgui, en la que se decía que era su deseo arreglar el asunto de la casa de la calle de Córcega, manifestándole que tenía una persona dispuesta a formalizar una primera hipoteca con 236.000 pesetas, siempre que fuera en primera, y como el señor Gurgui quedaba en este lugar por las 62.000 pesetas desde el año 1935, se comprometía a pagárselas al formalizar la hipoteca por las 236.000 pesetas, así como la liquidación de las cuentas pendientes, firmando también dicha carta la esposa del señor Esteban como propietaria de la finca de la calle de Viladomat, 318, de Barcelona, con una renta de 28.000 pesetas mensuales, y que respondía con ello de todo perjuicio que se pudiese ocasionar, y la testifical unidas a los autos las pruebas practicadas y evacuando por las partes el trámite de conclusiones el Juez de Primera Instancia número 10 de los de Barcelona, con fecha 23 de diciembre de 1953 dictó sentencia por la que estimando en parte la demanda condenó al demandado señor Gurgui: a) que rinda cuentas de su gestión como administrador de la casa número 532 de la calle de Córcega, de Barcelona, desde fines de 1935 hasta 31 de marzo de 1952, si bien habiéndolas presentado ya con su escrito de contestación a la demanda, procedía al propio tiempo declarar y te-

ner por cumplida dicha obligación; b) a que satisfaga e incluya en la cuenta de administración el importe de los intereses legales correspondientes a las rentas adecuadas por el que fué arrendatario del inmueble don Angel Gili, desde el momento en que se quedó firme la sentencia de desahucio por falta de pago dictada contra el mismo hasta el 31 de marzo de 1952. Y desestimando las demás pretensiones de la demandada, absolvió de las mismas a dicho demandado, mandando alzar la retención acordada en providencia de 4 de febrero de 1953 y asimismo estimó en parte la reconvenición formulada, y condenando al actor señor Esteban a pagar al demandado las cantidades siguientes: a) la de 5.849 pesetas y 27 céntimos a que se refiere el hecho segundo de la reconvenición; b) la de 1.000 pesetas a la que se contrae el documento privado de 26 de abril de 1935 a que se refería el hecho tercero de la reconvenición, mandando al propio tiempo que se diera cuenta de dicho documento a la Abogacía del Estado a los efectos pertinentes; c) la correspondiente a los intereses del préstamo hipotecario en autos, al tipo estipulado del 5 por 100 anual, devengados desde el vencimiento de 26 de julio de 1939 al 26 de enero de 1950, ambos inclusive, y d) el importe de los intereses legales de las sumas a que se refieren los anteriores apartados a) y b) desde la fecha de admisión de la demanda reconvenicional, y desestimando las demás pretensiones deducidas en dicha demanda absolvió de las mismas al expresado reconvenido, sin hacer declaración alguna de las costas causadas:

RESULTANDO que apelada dicha sentencia por la representación del actor y sustanciada la alzada por sus trámites legales, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, con fecha 20 de septiembre de 1954, dictó sentencia confirmando en todas sus partes la apelada, sin hacer condena especial de costas de la segunda instancia:

RESULTANDO que previa constitución de depósito de 3.000 pesetas, el Procurador don Joaquín Alicia González, a nombre de don Jacinto Esteban Poy, ha interpuesto ante esta Sala contra la sentencia recurso de casación por infracción de Ley, estableciendo los siguientes motivos:

Primero. Amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 133 de la Ley Hipotecaria, entrando la sentencia recurrida una manifiesta violación del referido artículo al desestimar el segundo pedimento de la demanda referente al cese de la administración judicial, transcribiendo a continuación el recurrente el tercer considerando de la sentencia de primera instancia, alegando que por imperativo del artículo invocado como infringido, el plazo de duración de la administración y posesión interina de las fincas no excedería de dos años como norma general, no permitiendo dicho precepto, salvo caso justificadísimo, una administración sin límite de tiempo, que como la de autos, sigue todavía en la actualidad desempeñándose; sin que en el presente caso existan esas especiales circunstancias para modificar esa regla general ni existía ningún pacto expreso entre las partes y al permanecer en la administración desde el año 1935 hasta el 14 de enero de 1953, en que fué solicitado el cese de la misma sin haberlo acordado ni el Juzgado ni el Tribunal de apelación, constituía un abuso de derecho que ha querido cortar la nueva redacción de la Ley Hipotecaria; que en el momento que la parte interesada lo solicite, con posterioridad a los dos años el Juzgado debe acordar el cese de la administración, en el presente caso no se ha hecho si quiere el acreedor podía pasar al período siguiente o de subasta, pero no de continuación indefinidamente en la administración que al pedimento de

referido cese no podía negarse por el Tribunal inferior so pena de infringir como lo había hecho el invocado artículo 133 de la Ley Hipotecaria que la redacción de la carta obrante en el folio 37 de los autos y a que se refiere la sentencia recurrida no puede constituir una excepción a la regla general ni puede impedir el cese de la administración, ya que la proposición hecha en dicha carta no fué aceptada por la contraparte, puesto que ninguna de las operaciones propuestas llegaron a la conclusión de que estaban frente a una carta clásica que el prestamista utiliza con el fin de sujetar al prestatario cada vez más, prosiguiendo así un camino que podía ser perseguido o perseguible al amparo de una Ley que se dictó en 1908, porque dicho documento ni autoriza al señor Gurgui a continuar en la administración ni da por válidos los actos realizados por dicho administrador tratándose de una oferta de transacción que al no ser aceptada por la parte contraria no quedó perfeccionada y por consiguiente el señor Esteban estaba relevado de todo compromiso, estimándole por otra parte irrelevante a los efectos que pretende la sentencia recurrida que la petición de cese de dicha administración no debe tergiversarse con la pretendida declaración específica de usurpador de dicho cargo a partir de 8 de febrero de 1948 y de acuerdo con la regla general de derecho que quien solicita lo más implícitamente pide también lo menos, era evidente que la petición contenida en la demanda era la del cese de la administración, rendición de cuentas y entrega del saldo resultante a favor del recurrente, una vez aprobadas aquéllas y en consecuencia al ejercitarse ese derecho por parte del propietario de la finca y tratándose de una administración superior a los dos años era de justicia declarar su término y al no haberlo hecho así sentencia recurrida infringió el artículo 133 de la Ley Hipotecaria mencionado.

Segundo. Amparado en el mismo número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal civil por infracción del artículo 1.719 del Código Civil en relación con el 1.788 al declarar la sentencia recurrida que se tuvo por cumplida la obligación de rendir cuentas desde fines de 1935 hasta 31 de marzo de 1952, y desestimar al mismo tiempo los demás pedimentos de la demanda por tratarse de depósito judicial cuando evidentemente estaba acreditada en autos la anormalidad de los alquileres percibidos por la administración judicial y por cuyo motivo fueron impugnados por el recurrente en primera instancia que el párrafo segundo de dicho artículo 1.719 establece que el mandatario hará todo lo que, según la naturalidad o naturaleza del negocio haría un buen padre de familia que era difícil determinar en qué casos se ha presentado la diligencia necesaria para considerar al mandatario o administrador incluido en la imprecisa determinación del párrafo mencionado, sirviendo de orientación a este precepto la sentencia de este Tribunal Supremo de 20 de diciembre 1949, que estima incumplida esta norma legal al vender los mandatarios un establecimiento por precio inferior al corriente en la plaza y aplicando este principio al caso de autos al arrendar repetidamente un local de negocios en precios manifestamente inferiores a los exigibles constituye actos que permanecen totalmente fuera de la diligencia mínima determinada por el precepto mencionado para la buena administración y esta diligencia exigida por el artículo 1.788 de igual Código para el depósito judicial que al folio 420 de los autos se demostró mediante el testimonio del gremio oficial de agentes de traspaso de locales de negocios como alquiler normal del local de autos antes de 1943 un precio de 4.000 pesetas mensuales, así como por el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Barcelona, se afirmó de manera categórica que podía considerarse anormal el alquiler de

600 pesetas mensuales de 1943, y el Tribunal inferior al estimar que no cabía reprochar al administrador la excesiva moderación en la elevación de los alquileres evidentemente no había considerado las normas legales alegadas como infringidas, ya que no bastaba para apreciar los precios del arrendamiento al tener en cuenta el líquido imponible y la suma de las hipotecas para deducir que al cubrir aquellas rentas el 5 por 100 del capital hipotecado se observaba la diligencia debida en una administración judicial, pero no podía prescindirse, a juicio del recurrente, de los precios normales en el mercado que aparecían contenidos en los autos en la forma expuesta.

Tercero. Amparado igualmente en el número primero del repetido artículo 1.692 de la Ley Procesal civil por infracción de los artículos 1.720 y 1.726 del Código Civil, alegando que el primero de dichos artículos de referido Código impone a todo mandatario la obligación de dar cuenta de sus operaciones y abonar al mandante de cuanto haya percibido en virtud del mandante o mandato y que en unión al ya mencionado artículo 1.726, delimita perfectamente la posición del mandatario ante el mandante transcribiendo a continuación diversos comentarios de Mucios Seaevola a dicho respecto que el artículo 1.720 ya mencionado hace extensiva aquella obligación a todo mandatario, sea judicial o extrajudicial, por lo que no podía considerarse excluido de él al administrador judicial nombrado a las resultas de un procedimiento sumario hipotecario, ya que mandatario es también dicho administrador y la administración de autos se había prolongado durante diecisiete años sin efectuar rendición de cuentas ni notificar ninguno de sus actos de administración a los propietarios, resolviendo así por propio iniciativa una cuestión que había mantenido en jaque a los autores jurídicos durante mucho tiempo, apoyando el criterio de dicho artículo 1.720 y por ello igualmente infringidas por la sentencia recurrida las de este Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1871 y 26 de junio de 1884, declarando que el mandatario está obligado a dar cuenta de la administración de bienes ajenos cuya obligación nace según sentencia de 16 de octubre de 1940 de la existencia del mandato y de la actuación del mandatario.

Cuarto. Con amparo asimismo en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciar por infracción del artículo 1.101 del Código Civil, en relación con el 1.106 del mismo texto legal, alegando que el pedimento cuarto de la demanda se refería a indemnización de daños y perjuicios durante el ejercicio de la administración judicial que se liquidaría en el período de ejecución de sentencia y demostrada en el segundo motivo del presente recurso la omisión de aquella diligencia que exige la naturaleza de un administrador judicial interino que suscribe contratos de arrendamientos urbanos, era evidente que tal actitud se hacía acreedora a la indemnización de los daños y perjuicios causados por la suscripción de tres contratos de arrendamiento cuyos precios en las fechas respectivas eran anormales y no corrientes en el mercado inmobiliario, siendo un caso claro de negligencia prevista en los artículos alegados como infringidos:

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Acacio Charrín y Martín-Veña:

CONSIDERANDO que el motivo primero del recurso atañe clara y únicamente a la cesación del demandado en la posesión interina de la finca objeto del procedimiento de apremio hipotecario y aunque no expresa a cuál de las dos posesiones de la misma finca conferidas al mismo acreedor se refiere, pues una lo fué por el Juzgado número 12 de Barcelona, en el procedimiento sumario incoado en 1936, autos destruidos en guerra y no reconstituídos y otros, por el Juzgado número 10 de la misma ciudad en

29 de marzo de 1952, en el procedimiento de igual clase incoado en 1 de marzo de 1952, por el mismo préstamo de fecha 26 de marzo de 1935, no cabe duda que no puede referirse a esta última concesión la petición de cese, ya que la funda el recurrente en llevar dos años de duración, lo que no podía referirse en la fecha de la demanda (14 de enero de 1953) a la posesión conferida en marzo de 1952, y teniendo que versar la petición sobre la otorgada en 28 de enero de 1936, es una petición totalmente inoperante, porque esa posesión tuvo que cesar necesariamente en el momento que se confirió la segunda, pues no puede reconocerse su dualidad de acuerdo con el principio que informa el artículo 445 del Código Civil y por consiguiente si consta en los autos ya no podía existir al incoarse el pleito en que se interpone este recurso y según repetida jurisprudencia hay que referir el pleito a la situación jurídica del momento de su incoación (sentencias de 12 de noviembre de 1957 y 8 de noviembre de 1958), es inútil decretar su cesación ni aun siquiera por hacerla surtir efecto desde una fecha muy anterior; porque si de hecho continuó hasta la nueva posesión de 29 de marzo de 1952, tendría los mismos efectos y obligaciones que esa continuación fuere justa y debida o indebida e ilegítima:

CONSIDERANDO que los otros tres motivos del recurso son inadmisibles porque adolecen todos ellos del mismo vicio esencial de no expresar el concepto de infracciones que alegan, pues como tiene reiteradamente declarado la jurisprudencia en sentencia de 2 de octubre de 1958, las que en ella se citan y muchas más no bastan para cumplir el inexcusable precepto del artículo 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegar la infracción de determinados preceptos legales, sino que es preciso expresar si esa infracción consiste en violación; interpretación errónea o aplicación indebida, y tal falta, que es causa bastante para la inadmisión del recurso; según el número cuarto del artículo 1.729 de esa Ley Procesal, lo es también para desestimarla cuando no se ha tratado de ello en el trámite de admisión:

CONSIDERANDO a mayor abundamiento para rechazar esos tres motivos que la llamada anormalidad por el segundo que hace consistir en haberse alquilado la finca en precio inferior al que el recurrente estima debido, sin razones que lo demuestren está en contra de las que da la Sala sentenciadora en el considerando quinto, que acepta que esas rentas no eran anormales, dada la situación económica de aquellos años, y en todo caso eso podría dar lugar a lo sumo a que no se aprobasen esas partidas de las cuentas, lo que no ha sido pedido, pero de ningún modo para que no se tenga por cumplida la obligación de rendir cuentas, cosa muy distinta y por estar las cuentas ya presentadas falta la base de hecho para aplicar la teoría cierta que recoge el motivo tercero, como también falta la misma base para el motivo cuarto, que parte de la afirmación de que está demostrada en el motivo segundo del recurso la omisión de la diligencia que exige la naturaleza de un administrador judicial interino que suscribe contratos de arrendamientos porque no queda hecha tal demostración en el motivo que flica, y tal afirmación de negligencia está negada razonadamente por el mencionado considerando quinto del Tribunal de instancia.

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por don Jacinto Esteban Poy contra la sentencia que en 20 de septiembre de 1954 dictó la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona; se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará la aplicación prevenida en la Ley; y librese a la citada

Audiencia la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que ha remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» e insertará en la «Colección Legislativa», pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Manuel de la Plaza.—Acacio Charrin y Martín-Veña.—Francisco Benes, Francisco Rodríguez Valcarlos.—Diego de la Cruz Díaz (firmados y rubricados).

Publicación.—Leida y publicada fué la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Acacio Charrin y Martín-Veña. Ponente que ha sido en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo en el día de hoy, que certifico como Secretario de la misma.

Madrid, 5 de mayo de 1960.—Rafael González Besada (firmado y rubricado).

• • •

En la villa de Madrid a 10 de mayo de 1960; en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Granollers, y en grado de apelación ante la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona por don José Mas Masip, obrero y vecino de Caldas de Montbuy, contra don Juan Codina Andreu, jornalero y de la misma vecindad, sobre rescisión de compraventa de dos fincas urbanas pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandante, representado por el Procurador don Crescencio Garbal Duclás y defendido por el Letrado don Ramón Mas Calvet; no habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo el demandado y recurrido:

RESULTANDO que mediante escrito de fecha 19 de diciembre de 1950, el Procurador don Vicente Villabona, en nombre y representación de don José Mas Masip, dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia de Granollers demanda contra don Juan Codina Andreu, alegando como hechos:

Primero.—Que según se hizo constar en escritura pública autorizada en 4 de noviembre de 1941 por el Notario de Barcelona don Francisco Figueras, la madre del actor, doña Teresa Masip Frances, que falleció a los setenta y un años de edad, vendió al demandado, don Juan Codina Andreu, la nuda propiedad de las siguientes fincas: A) Casa señalada de número 2 de la calle de Granollers, de Caldas de Montbuy, compuesta de bajos y primer piso, con un patio detrás, la que mide de ancho cuatrocientos cincuenta y cuatro metros, y de fondo setenta y dos metros, lindando, al frente, Norte, con dicha calle; por derecha, Oriente, con sucesores de José Martí Comas; Mediodía e izquierda Poniente, con María Aymorich, inscrita en el tomo 81 del archivo, folio 245, finca 401, inscripción sexta. B) Casa señalada de número 8 en la calle Santo Domingo, de Caldas de Montbuy, compuesta de bajos, primer piso y de salón con patio detrás, que mide tres, ochenta y ocho metros de ancho y diecinueve, cuarenta y tres de fondo, lindando, por el frente, Norte, con dicha calle; por derecha, saliendo, Oriente, con casa de Huque, antes Ramón Bastie; por espalda, Mediodía, con Jerónima Castar, y por izquierda Poniente, con casa de José Muntaner, inscrita en el tomo 123 del archivo folio 181, finca 754, inscripción cuarta.

Segundo.—Que en la calendada escritura de compraventa consignó que el precio de la misma era de 3.500 pesetas, de las que en cuanto a 3.500 pesetas, confesó la vendedora haberlas recibido del vendedor antes de aquel acto y en cuanto a las restantes que las recibía en el momento de la firma de la escritura, expresándose también que de tal precio correspondían a la finca anteriormente descrita en primer lugar,

4.500 pesetas correspondiendo a la finca segunda la restante suma de 4.000 pesetas, consignándose también que la nuda propiedad vendida se consolidaría con el usufructo y constituiría por tanto la plena propiedad al ocurrir el fallecimiento de la vendedora.

Tercero.—Que debido a la defunción de la indicada doña Teresa Masip Frances, ocurrida en 24 de julio de 1950, y en méritos del último y válido testamento otorgado por la misma en 13 de julio de 1950, autorizado por el Notario de Caldas de Montbuy don Fernando Palmés, el actor resulta ser el único heredero de la indicada causante y por tanto el sucesor o causahabiente de todos los derechos y acciones que a ella correspondían.

Cuarto.—Que como sea que en 4 de noviembre de 1941, o sea, en la fecha en que quedó suscrita la escritura de venta calendada en el hecho primero, la nuda propiedad de las fincas que en la misma se describían, tenían en conjunto un valor, como mínimo, de 110.000 pesetas, y calculado separadamente, el de 45.000 pesetas por lo que respecta a la finca relacionada en el apartado A), y el de 75.000 pesetas por lo que respecta a la relacionada en el apartado B); de ahí que el precio por que consta transmitida la nuda propiedad de las mismas es en mucho inferior al justo precio que necesariamente debe existir en Cataluña para que la enajenación no puede ser impugnada por lesión; y evidentemente, existe la lesión en el caso referido, puesto que siendo el precio que figura en la enajenación de que trata, inferior a las dos terceras partes del justo precio, es claro que lo que existe es la llamada lesión enorme, lo que habrá de motivar como consecuencia de esta lesión que el demandado debe restituir al actor como único heredero de su madre la nuda propiedad de las fincas objeto de dicha escritura, sin perjuicio de que pueda recibir el precio que figura entregó por la misma, pero si así no fuera, siempre se llegaría a igual conclusión si resultare que el precio no representaba la mitad del justo valor de la cosa, si bien entonces el demandado, si lo deseaba, tendría la facultad para optar por entregar al actor el oportuno suplemento de precio.

Quinto.—Que es competente el Juzgado de Granollers, según el número segundo del artículo 62 de la Ley procesal civil, siendo la cuantía del juicio de 110.000 pesetas, valor de la nuda propiedad de las fincas de que se trata.

Sexto.—Que al demandado la rescisión por lesión de la compraventa o escritura de compraventa de la nuda propiedad de las fincas descritas en el hecho primero de esta demanda, otorgada en 4 de noviembre de 1941, entre doña Teresa Masip Frances y don Juan Codina Andreu, ante el Notario de Caldas de Montbuy don Fernando de Palmés, hace constar expresamente la parte actora y a efectos de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria que paralelamente la presente demanda también se entable para lograr la consiguiente nulidad, rescisión y cancelación de las inscripciones existentes en el Registro de la Propiedad en las que se consigna dicha compraventa y, por tanto, las que expresan la adquisición efectuada por dicho don Juan Codina Andreu, en la nuda propiedad de tales fincas, o sea, las del dominio de éste último de dicha nuda propiedad, y cuyas inscripciones son las que se ha expresado al final de la descripción de cada finca en el hecho primero.

Séptimo.—Que el actor ofrece preventivamente al comprador o demandado don Juan Codina Andreu, el importe de lo que le costó la adquisición de la nuda propiedad de las fincas de que se trata, y todo ello a efectos de la rescisión por lesión pretendida en méritos de esta demanda.

Octavo.—Que produjo périmo efecto en el vecindario de Caldas de Montbuy el hecho de que el demandado después de

adquirir por insignificante precio las fincas de referencia, haya permitido que la causante del actor quedara en la más grande miseria, sin que ello le moviera a prestarle algún sustento ni socorro alguno; y después de citar los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia declarando rescindida por lesión enormísima, o por lo menos, enorme, la compraventa efectuada en 4 de noviembre de 1941 entre doña Teresa Masip Frances y don Juan Codina Andreu, mediante escritura pública autorizada por el Notario de Barcelona don Francisco Figueras, de la nuda propiedad de las fincas descritas en el hecho primero de la demanda, y cuya descripción se da aquí por reproducida, y, por tanto, la expresada escritura o título de compraventa y en su consecuencia condenar al demandado, don Juan Codina Andreu, a que restituya al actor, como único heredero que resulta, ser de la expresada vendedora, las fincas de que se trata, ya que en mérito de la defunción de dicha vendedora se ha producido la oportuna consolidación del usufructo con la nuda propiedad, y todo ello sin perjuicio de recibir al efecto del actor, el importe de lo que le costó la adquisición de las mismas, y sin perjuicio del derecho de dicho demandado, a optar por pagar el suplemento de precio que resulte, y ello únicamente en el caso de que la lesión sólo enorme, y únicamente a la nulidad, rescisión o cancelación de las correspondientes inscripciones obrantes en el Registro de la Propiedad de aquel partido, en la que se declara, y consigna la adquisición por el demandado y en méritos de la suscrita escritura de compraventa, de la nuda propiedad de las fincas de referencia, o sea, de las inscripciones sexta y cuarta, de las fincas números 401 y 754, obrantes en los tomos 81 y 123 del archivo, a los folios 45 y 181, respectivamente, y consiguientemente al demandado a estar y pasar por tales declaraciones, así como a las costas del juicio.

RESULTANDO que admitida a trámite la demanda, y emplazado el demandado, don Juan Codina Andreu, se personó en los autos representado por el Procurador don Enrique Margarit, el cual, por medio de escrito de fecha 15 de octubre de 1953, contestó y se opuso a la demanda, alegando como hechos:

Primero.—Que en 4 de noviembre de 1941, y mediante escritura que autorizó el Notario de Barcelona don Francisco Figueras Subietas, doña Francisca Masip Frances, vendió al contestante, Juan Codina Andreu, la nuda propiedad consolidable con el usufructo a la muerte de la vendedora las fincas relacionadas en los apartados A) y B) del hecho correlativo de la demanda; que en el propio título se hizo constar que sobre la segunda de las relacionadas fincas pesa el censo con todo dominio, firma y fadiza, de pensión de cinco pesetas, su capital al tres por ciento, 166 pesetas con 60 céntimos, y dos tercios de céntimo de peseta a favor de los sucesores de Rosa Font Boet, pagadero el 27 de julio de todos los años, íntegro y sin descuento ni rebaja alguna por razón de contribuciones o de cualquier otro impuesto; que el precio que se estableció en la escritura dicha por la nuda propiedad, consolidable con el usufructo que por durante su vida se reservó la señora Masip, fué el 3.500 pesetas, del que se aplicaron 4.500 pesetas a la primera y 4.000 pesetas a la segunda; que en dicho título la compareciente dijo ser una viuda, de sesenta y nueve años de edad, sin profesión especial y vecina de Caldas de Montbuy, y no de la edad que lleva la demanda; que si don José Mas Masip es heredero de su madre, podía en tal carácter obtener la copia de la escritura del mismo modo que de ella ha podido obtener exacto y detallado conocimiento; que en la forma ex-

presada en este hecho se aceptan los primero y segundo de la demanda.

Segundo.—Que para la calificación de aquel contrato de compraventa y la exacta posición del actor en sus relaciones filiales con doña Teresa Masip Francés, es indispensable consignar los siguientes antecedentes: que doña Teresa Masip Francés contrajo tres sucesivos matrimonios: el primero, con Francisco Mas Busquets, padre del actor, del cual era viuda en 1903; el señor don Juan Corderas Mumbrú, con quien y en contemplación al enlace que iban a celebrar se hicieron recíprocas donaciones de todos los bienes, muebles e inmuebles, créditos, derechos y acciones que respectivamente les pertenecieran al ocurrir su fallecimiento; y el tercero, con Silvestre Masip Ventura, que falleció en 16 de abril de 1941; que no aparece ningún antecedente en relación con lo que la señora Masip y su hijo el actor, pudiesen haber heredado del primero de los maridos de dicha señora y padre del señor Masip, y en cambio todo hace suponer que nada o muy poco heredaron uno y otro de don Francisco Mas Busquets, pero de contrario resulta que del segundo marido, don Juan Corderas, y por virtud de la donación «propter nuptias» constante en la escritura que autorizó el Notario de San Feliú de Codinas don Joaquín Mas Tasi a 31 de marzo de 1903, que por copia auténtica se acompaña como documento número dos en relación con lo que la señora Masip manifestó en la pertenencia de los inmuebles vendidos al demandado, del expresado señor Corderas adquirió la finca en primer lugar descrita o relacionada en el precedente hecho primero de esta demanda, y así constante en la escritura de venta que a favor del que había de ser su tercer marido otorgó ante el Notario de Caldas de Montbui, don Joaquín Mas Tasi, a 14 de septiembre de 1926, que por primera vez copia auténtica se acompaña como de documento número tres con las correspondientes notas de liquidación de derechos reales e inscripción registral; que la repetida doña Teresa Masip Francés, al fallecimiento de su tercer y último marido, don Silvestre Masip Ventura, con objeto de satisfacer los correspondientes derechos sucesorios, como heredera de dicho señor, formuló la correspondiente relación de bienes en instancia por ella personalmente suscrita y ratificada ante el Registrador de la Propiedad de Granollers con fecha 28 de julio de 1942, confirmando la que en su nombre y como mandatario verbal de la misma tenía hecha don Ramón Espoy de Sama, en 22 de octubre de 1941; que de dicha relación resulta que la segunda de las fincas objeto de la venta a favor de la parte contestante, procedía de bienes propios del tercer marido de la vendedora; que la propia señora Masip también había otorgado un anterior testamento ante el que fue Notario de Barcelona don Francisco Figueras, en 12 de mayo de 1942 en el que instituyó heredero universal al contestante, don Juan Codina Andréu; que aporta de documento número cinco copia simple del mencionado testamento, en el cual la testadora manifiesta: «... que de su matrimonio con Francisco Mas Busquets, existe un hijo llamado José Mas Masip, de ignorado paradero...», al cual dejó y legó por vía de institución lo que por legítima pueda corresponderle en la herencia; que la señora Masip siguió ocupando hasta su fallecimiento la casa número 8 de la calle de Santo Domingo, de Caldas de Montbui, conforme se justifica con el testamento protocolizado en el inventario producido por el actor como documento número tres, y que, además, se halló asistida por la familia del señor Codina, ya conviniendo ellos, ya mediante la prestación de auxilios económicos originariamente establecidos a razón de cuatro pesetas diarias.

Tercero.—Que del testamento incorporado por el actor con su demanda, otorgado

en el lecho de muerte de la testadora, bajo la influencia de su hijo reaparecido que legó del lado de doña Teresa Masip a la familia del señor Codina, que hasta aquella cesión la atendió y cuidó, sólo interesa al demandado transcribir la cláusula de institución que dice así: «En todos sus bienes, presentes y futuros, nombra heredero universal a su hijo único, antes nombrado, don José Mas Masip, sin limitación alguna; obsérvese que la testadora no habla de acciones, créditos y derechos y que la venta en la que se supone lesión, fué realizada diez años antes de aquel acto y que la testadora hubiera considerado que en algo la hubiese perjudicado, lo natural y lógico habría sido que hubiese iniciado ya antes este procedimiento, cuando menos que de tal impugnación hiciera mención en su última voluntad, cosa que no hace, sino que se limita a ceder a su hijo su, entonces bienes presentes y futuros; que así parece que originariamente debió entenderlo el actor por cuanto al relacionar la herencia de su madre en el inventario que autorizó el Notario de Caldas don Fernando Palmés a 22 de septiembre de 1950, para nada se refiere a los derechos que hoy ejercita, limitándose a afirmar que la única herencia de su madre consiste en los bienes muebles que allí su aluden, no valiendo dicha herencia más que 450 pesetas (documento número tres de la demanda); que, por tanto, no admita el hecho tercero de la demanda, porque ni del testamento ni de los propios documentos otorgados por el actor producidos con la demanda de números uno, dos y tres, puede deducirse el derecho que se atribuye ni la acción que ejercita.

Cuarto.—Que niega el demandado y, por tanto, no admite el correlativo de la demanda por no ser cierto, que las dos fincas transmitidas en la escritura de 4 de noviembre de 1941 valieran de conjunto 110.000 pesetas, ni la nuda propiedad de cada una de aquellas 45.000 y 65.000 pesetas, respectivamente; si la plena propiedad no tenía aquel valor, mucho menos puede atribuirse tal estimación al dominio quebrantado por el usufructo de ambas y el censo que afecta a la segunda; que aquella fabulosa y arbitraria suma, únicamente ha podido lanzarla el actor para causar un mayor dispendio por la cuantía del procedimiento, al amparo de su insolvencia, que la ha facilitado la cómoda posición de litigar con el escudo de un beneficio de pobreza que para probar la improcedencia de aquella afirmación del actor, tan gratuitamente vertida, basta un examen de los documentos que deja producidos; que, en efecto, en 14 de septiembre de 1926, doña Teresa Masip señala como valor de la casa número 4 de la calle de Granollers, esta es, la primera de las relacionadas en el hecho primero de la demanda la cantidad de 800 pesetas, resultando así de la escritura que en tal fecha autorizó el Notario señor Mas y que se aporta de documento número tres, por copia auténtica, con esta contestación: que en 22 de octubre de 1941, y según la relación de bienes que en nombre de la señora Masip formuló don Ramón Espoy de Sama, el pleno dominio de aquellas dos fincas, aun prescindiendo —como allí se hace del gravamen del censo que afecta a la segunda, se atribuye a la señalada de número cuatro de la calle de Granollers, un valor de 4.125 pesetas, y la número 8 de la calle de Santo Domingo, el de 3.600 pesetas; que, consiguientemente, cuando en la escritura de venta el demandado se atribuye a la primera por sólo la nuda propiedad consolidable con el usufructo a la muerte de la vendedora, el precio de 4.500 pesetas, y para la segunda, en iguales condiciones, el de 4.000 pesetas, puede afirmarse que la vendedora hizo un buen negocio, tanto más si se tiene en cuenta que no obstante la edad que tenía al realizarse aquella operación, disfrutó de su usufructo durante un período de casi nue-

ve años; que por sí ello no fuera bastante y en razón a determinados errores en los linderos de aquellas fincas, aparecidos en la instancia de 22 de octubre de 1941, la propia doña Teresa Masip la ratificó por ante el señor Registrador de la Propiedad de Granollers, en aquella otra que personalmente suscribió dicha señora con fecha 28 de julio de 1942, esto es, luego de transcurridos más de siete meses del día en que vendió los discutidos inmuebles al demandado, señor Codina, que resulta así evidente, pero de contrario a lo afirmado por don José Mas Masip, que no hubo lesión alguna para su madre en la venta que efectuó al señor Codina, sino que aquella se realizó por precio sensiblemente superior al que tenía, y que por la retención del usufructo (que ha regido durante casi nueve años) el precio que satisfizo el señor Codina le viene financieramente aumentado en más del cuarenta por ciento del que figura en la escritura de 4 de noviembre de 1941; que si el valor que la vendedora atribuyó a las fincas es inferior al precio porque las vendió, resulta también evidente, que no sólo no existe lesión enormísima, ni siquiera la enorme a la que parece que en último término ya admitiría el actor; que no existe lesión; la venta es perfecta, consumada, ratificada y sucesivamente consentida por la vendedora durante el tiempo que transcurrió desde su fecha hasta el día de la defunción de la señora Masip, que no realizó obras de clase alguna, siguió ocupando una de las dos fincas y cobró los alquileres de la otra, de lo cual nada ha dicho el actor, como tampoco el importe de la contribución que pagase su madre por tales inmuebles.

Quinto.—Que no admite el correlativo de la demanda en cuanto se repite que el valor de la nuda propiedad de aquellas fincas fuese en 1941, de 110.000 pesetas, lamentando que, ante tan gratuita afirmación—por afectar a la cuantía del juicio—se vea el demandado obligado a un dispendio mucho más oneroso para defender su derecho, cuando hubiese podido ser discutido en juicio de cognición.

Sexto.—Que corolario y consecuencia de lo hasta ahora expuesto, es la afirmación de que el contrato de compraventa celebrado entre la señora Masip y el señor Codina no es rescindible por lesión, tanto porque ésta no existió como porque ha de merecer además la calificación de aleatorio por la reserva de usufructo que hace la vendedora y porque en el supuesto negado de que el precio fuese inferior al valor de las fincas vendidas, hubo por parte de la señora Masip el animus domini que contribuye al perfeccionamiento del contrato, en contemplación a aquella asistencia referida en el hecho segundo de esta contestación que probaba con uno de los recibos librados al efecto y que produce como documento número seis, que dice: «He recibido de don Juan Andréu Codina la cantidad de 120 pesetas, que en concepto de pensión alimenticia me corresponde percibir todos los meses de dicho señor, en virtud de convenio establecido entre ambas partes y en méritos de una escritura de venta de mis propiedades a favor de dicho señor Codina, ante Notario, Caldas de Montbui a 1 de enero de 1944.—Teresa Masip, Rubricada»; en virtud del cual es evidente que, paralelamente a aquel contrato aleatorio de venta y completándolo, en lo que cabe, los contratantes establecieron otro contrato también aleatorio de pensión alimenticia; que no puede, por tanto, la parte demandada admitir que hayan de ser canceladas las inscripciones figuradas en el Registro de la Propiedad de Granollers, a que se refiere el actor en el hecho sexto de la demanda, y que, además, han sido ratificadas en méritos de las de cancelación de usufructo.

Séptimo.—Que respecto al ofrecimiento hecho por el actor en el correlativo de la demanda, sólo ha de decir que allí pre-

tende cumplir un precepto legal totalmente ineficaz, por cuanto por el expediente de pobreza en el que se ampara para producir esta litis, se evidencia que carece del efectivo necesario para cumplimentarlo, y que por otra parte no es bastante para cubrir lo que le pertenece al actor en méritos de las reservas que hizo la vendedora, a. de los perjuicios que al comprador se le habrían causado tanto por la improductividad del capital invertido en la compra, como por las pensiones alimenticias y asistencia que desde la fecha de la venta ha venido prestando a la señora Masip.

Octavo.—Que en el correlativo de la demanda, que en nada afecta a la cuestión debatida, se arguye que la señora Masip siguió ocupando una de las dos fincas vendidas hasta el día de su muerte, cobró los alquileres, de la otra y recibió la asistencia a que se refiere lo expuesto en el hecho segundo de esta contestación y en el presente, y después de citar los fundamentos legales que estimo de aplicación, terminé suplicando se dicte sentencia absolviendo libremente al demandado, con expresa imposición de costas al actor.

RESULTANDO que conferidos los oportunos traslados a las partes para réplica y dúplica, lo evacuaron por medio de los oportunos escritos, en los que insistieron en los hechos de la demanda y contestación, suplicando se dicte sentencia de conformidad con lo que respectivamente tenían interesado:

RESULTANDO que recibió el juicio a prueba, a instancia de la parte actora, se practicó la de confesión judicial del demandado, documental y testifical, y a propuesta de la parte demandada tuvieron lugar las de confesión judicial del actor, documental, pericial y testifical:

RESULTANDO que unidas las pruebas practicadas a sus autos y seguido el juicio por sus restantes trámites, el Juez de Primera Instancia de Granollers, dictó sentencia con fecha 18 de agosto de 1954, por la que dando lugar a la demanda de juicio declarativo de mayor cuantía promovida por don José Mas Masip, declaró rescindida por lesión enormísima, la compraventa efectuada en 4 de noviembre de 1941, entre doña Teresa Masip Francés, y el demandado, don Juan Codina Andrés, mediante escritura autorizada por el Notario que fué de Barcelona don Francisco Figueras, de la nuda propiedad de las fincas objeto de este juicio, y, en su consecuencia, condenó al demandado, don Juan Codina Andrés, a restituir al actor, como único heredero de la vendedora, la plena propiedad de las fincas de que se trata, y ello por haber quedado consolidado el usufructo con la nuda propiedad en méritos de la defunción de la vendedora, debiendo el actor restituir al demandado el importe de lo satisfecho por dicha compraventa, o sea, la suma de 8.500 pesetas, declarando, asimismo, la nulidad de las inscripciones sexta y cuarta de las fincas números 401 y 754, obrantes en los tomos 81 y 123 del archivo, a los folios 245 y 181, respectivamente, o sea, aquellas en que se consignó o se hizo constar en el Registro de la Propiedad del partido, la adquisición por parte del demandado de las fincas objeto de este juicio, en virtud de la compraventa, que se declara rescindida y ordenándose la consiguiente cancelación de tales inscripciones, con expresa imposición de las costas causadas en este juicio a la parte demandada:

RESULTANDO que contra la anterior sentencia se interpuso por la representación del demandado, don Juan Codina Andrés, recurso de apelación, que fué admitido libremente y en ambos efectos, y sustentada la alzada por sus pertinentes trámites, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, dictó sentencia con fecha 14 de abril de 1955, por la que revocando la apelada, absolvió al demandado, don Juan Codina Andrés, declarando no haber lugar a la rescisión

de la compraventa efectuada por doña Teresa Masip Francés y el citado demandado en 4 de noviembre de 1941, ante el Notario de Barcelona don Francisco Figueras de la nuda propiedad de las fincas descritas en la misma, sin que se haga expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias:

RESULTANDO que el Procurador don Crescenciano Girbal Dueñas, en representación, en concepto de pobre, de don José Mas Masip, 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 primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto la sentencia recurrida, infringe por aplicación indebida el artículo 1.790 del Código Civil y por violación la doctrina sentada por este Tribunal Supremo en la sentencia de 14 de noviembre de 1908, admitiendo la rescisión por lesión en un caso de venta con reserva de usufructo; que la sentencia recurrida desestima la demanda, y en su consecuencia, no da lugar a la rescisión de la compraventa otorgada en el documento de 4 de noviembre de 1941; que las razones en que apoya el Tribunal a quo la desestimación de la demanda, vienen concretamente formuladas en los considerandos segundo y tercero de la sentencia recurrida; en uno se argumenta sobre el carácter aleatorio de la compraventa de autos, motivo por el que queda excluida de la rescisión por lesión y en el otro se ponderan consideraciones de tipo afectivo que intervinieron —dice la sentencia— en el contrato y alejaron toda idea de engaño que es la base primordial de la lesión justificativa de la acción rescisoria; que en primer lugar se debe poner en claro que no se niega la doctrina alegada de contrario y sostenida por la sentencia recurrida de que los contratos aleatorios no son susceptibles de rescisión por lesión; la posición que se defiende es que el contrato de venta de la nuda propiedad de un bien inmueble con reserva de usufructo, no es ningún contrato aleatorio; que es preciso ante toda examen que es un contrato aleatorio. Según el Código Civil, en su artículo 1.790: «Por el contrato aleatorio, una de las partes, o ambas, recíprocamente, se obligan a dar o hacer para el caso de un acontecimiento incierto o que ha de ocurrir en tiempo indeterminado». Castán, en su «Derecho Civil Español», tomo cuarto, séptima edición, página 635, indica que esta definición del Código confunde los contratos aleatorios con los condicionales, ya que ambos caben en la definición del artículo 1.690; «por otra parte, si se definen los contratos aleatorios —sigue diciendo— como aquellos en que hay riesgo de ganancia o pérdida no resultan bien delimitados, pues el «alea» puede encontrarse en un gran número de contratos, por ejemplo, en la compraventa o en la sociedad»; que insiste en la misma idea Sánchez Román, en el tomo cuarto de su «Derecho Civil», segunda edición, página 395, al decir que: «Si se atiende a la posibilidad de ciertos resultados aleatorios que en definitiva cualquier contrato puede efecer, todos los contratos pueden tener este carácter»; por ello, define los contratos aleatorios como «aquellos en que cada una de las partes tiene en cuenta la adquisición de un equivalente de su prestación pecuniariamente apreciable, pero no bien determinada en el momento del contrato, y si dependiente de un acontecimiento incierto, corriendo los contratantes un riesgo de ganancia o pérdida». Leclercq, en su «Comentaire du pret, du dépot, du séquestre et des contrats aleatoires», página 423, fija claramente la naturaleza jurídica del contrato aleatorio diciendo: «... en el contrato aleatorio una de las dos partes gana o pierde siempre, porque es siempre cierto que el acontecimiento sucederá o no suce-

derá...»; que todas estas definiciones de contrato aleatorio y otras muchas que pudieran citarse, hablan siempre de un riesgo, de una ganancia o de una pérdida, de una parte que sale ventajosa y otra perjudicada, conceptos todos que no se encuentran en el contrato de autos, en que lo vendido es una cosa concreta, la nuda propiedad de unos inmuebles; que el hecho de que la vendedora usufructuaria fallezca más o menos pronto, puede constituir solamente una ventaja accesoria; que en relación con el valor total de la nuda propiedad comprada es irrelevante; que no puede olvidarse, además, al llegar a este punto, que si bien está aceptado que los contratos aleatorios están excluidos de la rescisión por lesión, esta doctrina no procede ni del Derecho Romano ni del Derecho Canónico, porque la sistematización de los contratos aleatorios es mucho más reciente; que no se quiere decir con ello que los contratos aleatorios fueran rescindibles en Derecho Romano, sino solamente que el fondo que los excluía de la rescisión por lesión no era el concepto de contrato aleatorio —que no estaba estudiado— sino el ser imposible determinar la lesión por no poder fijarse el valor de la cosa en el momento de perfeccionarse el contrato; que en este sentido, Borrell y Soler, «Derecho Civil, vigente en Cataluña», segunda edición, tomo tercero, página 290, explica que las ventas aleatorias no son susceptibles de rescindir por lesión porque suponiendo la lesión una relación conocida entre el valor real de la cosa y el precio de la venta, cuando no es posible apreciarse lo que valía la cosa al tiempo de perfeccionarse el contrato, no puede estimarse la lesión; que con esto queda trasladado el problema a determinar si puede o no fijarse el valor de la nuda propiedad de un inmueble; que para ello, se enuncian primero, brevemente, los textos romanos en que aparece esta figura jurídica de venta de propiedad con reserva de usufructo; que el primer indicio escrito de venta de propiedad con reserva de usufructo lo encontramos en Paulo, «Fragmentos Vaticanos», 47-50, en los que se especifica la transmisión por «injure cessio» de un inmueble con reserva de usufructo; en la Instituta de Cayo, en el «Comentarius secundus», número 33, se dice: «... usumfructum... etiam mancipationes constitui possunt eo, quod in mancipanda, proprietate detrahi potest; non enim in mipse usufructus mancipatur, sed cum in mancipanda proprietate deducatur, eo fit, ut apud alium usufructus apud alium proprietatis sit», y siguiendo el orden de las fuentes, encontramos citas en el mismo sentido en la Instituta Justiniana, párrafo uno, segundo-cuarto: «Sine testamento si quis velit usumfructum alii constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet», se refiere a la transmisión de la propiedad «aducto usufructo»; y de la misma manera se podrían citar textos del Digesto, en los que se habla de la transmisión de la propiedad con reserva de usufructo; v. g.: Fr. Fr. seig principio, 32, 36, párrafo uno (VII), y fr. cuatro (XXXIII-dos); que se han enumerado todos estos textos romanos para poner de manifiesto que la figura jurídica de venta de la nuda propiedad con reserva de usufructo es conocida de antiguo como procedimiento para constituir la servidumbre personal de usufructo; los mismos romanistas actuales reconocen en este procedimiento de venta de propiedad con reserva de usufructo un procedimiento normal para la constitución de servidumbres personales; p. ej.: Jors-Runkel «Derecho Privado Romano», párrafo 86, a), página 211, de la edición española: «Otra forma de constitución era la reserva de la servidumbre al efectuarse la enajenación de una cosa; al ser enajenada por mancipación o por «injure cessio», la cosa sobre la que debía constituirse, podía reservarse el enajenante, por declaración formal las partes contratantes, una servidumbre o usufructo; Bo-

rrel y Soler, op. cit., página 222, del título segundo; también dice que en Cataluña el usufructo se puede constituir: «por deducción retervándose el vendedor de una cosa el derecho de usufructuaría», y, finalmente, sólo queda que decir que esta figura jurídica aparece también reconocida en el mismo Código Civil al referirse en el artículo 492 al «vendedor que se hubiese reservado el usufructo»; que después de todas estas citas de textos y de autores, queda claro que la venta de una cosa con reserva de usufructo es un procedimiento normal conocido desde antiguo para la constitución de la servidumbre de usufructo mediante precio puede calificarse de contrato aleatorio; que no se olvide que en derecho romano, se venía haciendo esta venta por «*emancipatio*» o «*in iure cessio*», y, además, admitir que toda constitución «*inter vivos*» a título oneroso de usufructo es un contrato aleatorio, supone de «*tar* la valoración de este derecho real de una indeterminación que no se ajusta a la realidad; y era de preguntar, si acaso puede fijarse matemáticamente el valor de la plena propiedad; que todos sabemos de fondos comprados por diez y vendidos por quince al día siguiente, luego no corre mucho más riesgo el comprador de la nuda propiedad, con reserva de usufructo siendo el usufructuario de setenta y cuatro años de edad; que por otra parte, la nuda propiedad puede hipotecarse y esta hipoteca se extiende «*ipso iure*» a la plena propiedad cuando ésta se consolida (artículo 107, párrafo 2, Ley Hipotecaria); por tanto, para una hipoteca pactada por treinta años, es completamente irrelevante el hecho de ser la plena propiedad o la nuda propiedad lo que se hipoteca, cuando, como en nuestro caso, la usufructuaría es de avanzada edad, y no se diga que la compra de una cosa que puede darse en garantía inmediatamente con un valor tan cierto como si fuera la misma plena propiedad es compra aleatoria, por ser lo comprado de valor indeterminado; que a mayor abundamiento, se podía añadir que en nuestro caso el comprador ha adquirido siempre de modo cierto la plena propiedad del terreno sobre el cual están edificadas las dos casas vendidas, porque siendo fincas urbanas lo principal es la edificación y lo accesorio el suelo, de donde y en contra del artículo 517 del Código Civil y en virtud del Derecho Romano, «*arruinada la edificación por cualquier causa se extingue el usufructo y queda el nudo propietario dueño del suelo*»; Instituta II-IV, tres: «... si aedes incendio consumptae fuerint, vel etiam terrae motu, vel vitio acoi corruerint, extinguunt usufructum necesse est, et ne aerea quidem usufructum debeat»; Digesto VII-cuatro, diez: «... Quid tamen si fundus villas fuit accessio... si aedes ad arem redactae sint, usus fructus extinguunt...»; que, en consecuencia, y según el derecho romano, que como vigente en Cataluña rige la relación de usufructo que nos ocupa, el comprador de la nuda propiedad de los edificios de autos, tenía siempre asegurada, por lo menos, la plena propiedad del suelo sobre el que estaban edificadas; que huelga decir que se hace esta afirmación a los solos efectos de aportar elementos de juicio para la valoración objetiva de la compra, cuya rescisión se solicita y para poner en claro el contenido económico y real de la compra de la nuda propiedad con reserva de usufructo en el caso que nos ocupa, que impide calificar de aleatoria tal convención; que se está tratando solamente en lo que se lleva expuesto, del objeto principal del contrato impugnado por lesión que fué la nuda propiedad; ahora bien, esta nuda propiedad lleva consigo la facultad de consolidarse con el usufructo a la muerte de la vendedora, facultad que viene implícita en la misma naturaleza jurídica del usufructo; que ha visto además que la nuda propiedad es perfectamente valorable como la ha valorado el Juez que en Primera Instancia conoció de

este litigio, aplicando las disposiciones del Reglamento de Derechos reales; que por lo tanto lo único que está sometido a riesgo es esta facultad de consolidar la plena propiedad a la muerte de la vendedora usufructuaría, pero este riesgo no es mayor que el que como se ha visto, señalan Sánchez Román y Están como implícito en todos los contratos; que, además, siendo el objeto principal y esencial del contrato y aquiloso sobre lo que ha recaído el consentimiento, la nuda propiedad en sí misma considerada, la mayor o menor incertidumbre a que puede estar condicionada una circunstancia accidental de tal contrato, no puede servir nunca para calificar el contrato de aleatorio; que esta afirmación conduciría al absurdo de negar el contenido económico que tiene la nuda propiedad, en sí misma considerada y reducir toda la nuda propiedad a una expectativa de consolidar la plena propiedad por el fallecimiento del usufructuario; pero esta afirmación de que la venta de la nuda propiedad con reserva de usufructo no constituye un contrato aleatorio exceptuando de la rescisión por lesión no es la parte recurrente quien la hace por vez primera, sino que tiene su precedente en la sentencia de esta Sala de 14 de noviembre de 1908; que se trataba en este caso de un vendedor que habiéndose separado de su esposa vendió a su hermana cuatro fincas inmuebles a bajo precio, con la siguiente cláusula: «que la compradora, con el usufructo de dichas fincas, mantendrá en su casa y compañía al vendedor, tanto sano como enfermo, con tal que trabaje lo que pueda a utilidad de la casa, y para el caso inesperado de no poder congeniar o tener que separarse, se reserva para entonces el vendedor el usufructo de las cosas vendidas»; que muerto el vendedor, su esposa, en representación de la hija de ambos, menor de edad, planteó demanda contra la compradora solicitando la rescisión por lesión de la compraventa, por ser el valor de las fincas, en el momento en que fueron vedidas muy superior al doble del precio pactado; contestó la demandada, con los mismos términos que ha contestado don Juan Codina en este caso, alegando que había un contrato implícito de renta vitalicia y que en todo caso el contrato era aleatorio y no cabía la rescisión; que las resoluciones de Primera Instancia y Audiencia de Barcelona dieron lugar a la demanda, y este Supremo Tribunal en la sentencia que se alega rechazó el recurso de casación planteado por la compradora, con el siguiente único considerando: «Considerando que dados los términos del contrato... es manifiesto que el Tribunal necesse est no ha cometido en la calificación del mismo la infracción que se le atribuye en el primer motivo del recurso, pues aun cuando la carga que se impuso al comprador tenga algún elemento aleatorio, no basta para desvirtuar la verdadera índole y naturaleza del expresado contrato de compraventa, en el que por lo demás no concurren las circunstancias del de renta vitalicia, definido en el artículo 1.802 del Código Civil, y al que han podido ser consiguientemente aplicables los preceptos rescisorios por lesión...»; que pocos comentarios hacen falta para poner de manifiesto la identidad de situaciones contempladas por la sentencia recurrida y la que se acaba de transcribir; la cláusula de la reserva de usufructo quizá sea aún más aleatoria que la simple reserva pactada en nuestro contrato; por lo demás también se alegaron en este caso los elementos afectivos de que se ocupa la sentencia recurrida, y a pesar de tales circunstancias, la posición de este Supremo Tribunal fué clara: que la reserva de usufructo no basta para desvirtuar la verdadera naturaleza del contrato de compraventa convirtiéndolo en aleatorio; que se han expuesto hasta ahora razones y consideraciones, incluso una sentencia de este Supremo Tribunal en que se considera un caso análogo, encaminado

todo ello a demostrar que el contrato de autos no es un contrato aleatorio, y que, por consiguiente, le son aplicables las normas que regulan la rescisión por lesión en Cataluña; que se debe añadir que según la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1906, no cabe admitir otras obligaciones contractuales de carácter aleatorio que las establecidas en el título XII del libro IV del Código; que en Derecho francés, solamente están exceptuadas de la rescisión por lesión las ventas aleatorias que forman parte de un contrato de renta vitalicia, según Planiol, «*Traité élémentaire de Droit Civil*», siete ed París, 1917, II tomo, page 516 y 1.589; Fontcaell, «*De pactis*», Cl. IV, §. XVIII, número 105, excluye solamente el violario; que son estas otras tantas razones que abogan en pro de no considerar aleatoria la venta de nuda propiedad de un inmueble con reserva de usufructo a los efectos de la rescisión por lesión; que, por lo tanto, se puede concluir resumiendo, que al incluir la sentencia recurrida el contrato de compraventa con reserva de usufructo, entre las aleatorias a los efectos de la rescisión por lesión ha infringido por violación del artículo 1.790 del Código Civil, aplicable a Cataluña como supletorio, por no venir regulada esta materia por el Derecho Catalán y además la doctrina sentada por la sentencia de este Supremo Tribunal de 14 de noviembre de 1908, admitiendo la rescisión por lesión en un caso análogo al de autos:

Segundo.—Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; por cuanto la sentencia recurrida infringe por violación, los siguientes textos legales aplicables a Cataluña como derecho supletorio:

1.º Constituciones o Leyes segunda y octava del título 44 «*de rescindenda venditione*», del libro IV del Código de Justiniano, que son las definidoras de la rescisión por lesión enorme o «*engany de mitges*».

2.º Capítulos 3 y 6 del título 17 «*de emptione et venditione*», del libro III en las decretales de Gregorio IX, que regulan igual materia.

3.º Digesto IV, 3, «*de dolo malos*, 7, 1, «*est eleganter*». Que juntamente con el siguiente fragmento fundamentan la acción de dolo, en que se base la rescisión por lesión enormísima.

4.º Digesto XLV, I, «*De verborum obligationibus*», 36, 1, «*si quis cum altero*».

5.º Código de Justiniano, 24, «*De rei vindicatione*» «*uno nullo*». Trata los efectos de la posesión sin justo título que concede acción reivindicatoria; en caso de compra con lesión enormísima, el título no justo; y finalmente porque la sentencia recurrida infringe, también por violación, la doctrina legal contenida en las sentencias de este Supremo Tribunal de 13 de mayo de 1930 y 26 de noviembre de 1935, cuando dicen que no se requiere el engaño, para dar lugar a la rescisión por lesión; que en este segundo motivo del recurso se pasa a impugnar el antecedente directo del fallo que recoge el tercer considerando de la sentencia recurrida, a saber: que se requiere el engaño «*como base primordial de la lesión justificativa de la acción rescisorias*»; que como puede deducirse del enunciado del problema, la cuestión es puramente de derecho, pues no se trata de apreciar si en el caso de autos hubo o no engaño, sino de poner en claro si se requiere el engaño, para poder dar lugar a la rescisión por lesión; y antes de entrar en el fondo de la cuestión, precisa hacer una distinción previa acerca de la institución jurídica «*rescisión por lesión*», que bajo este concepto, en realidad se engloban, dos figuras jurídicas distintas, a saber: la rescisión por «*lesión enorme*», y por «*lesión enormísima*», que por ser distintas tienen distinta naturaleza jurídica; que en la demanda se ha alegado en primer lugar la «*lesión enormísima*» y subsidia-

riamente la «lesión enorme»; que para proceder con orden en este estudio, se va sin embargo a exponer en primer lugar el problema en la «lesión enorme» o «ultra dimidium», vulgarmente llamado en Cataluña «engany de mitges», y luego se expondrá lo mismo en la «lesión enormísima»;

a) Para dar lugar a la rescisión por lesión «ultra dimidium» no se requiere el engaño, basta el hecho de la lesión; que se regula la rescisión por lesión «ultra dimidium» por las Leyes segunda y octava del título 44 del libro IV del Código de Justiniano y por los capítulos 3 y 6 del título 17 del libro III de las decretales de Gregorio IX, que la rescisión por lesión «ultra dimidium» es un beneficio legal de carácter extraordinario que atribuye una acción rescisoria y no de nulidad. La lesión «ultra dimidium» es una causa de rescisión en la cual la causa de nulidad del acto no es consentimiento viciado o un defecto de capacidad, sino la existencia de la lesión en sí misma considerada. Si el contratante debido a su ligereza o inexperiencia hubiese sido víctima de un engaño que le determinara a contratar, entonces el contrato sería anulable por el vicio de dolo; si se tratara de un contratante lesionado por carecer de discernimiento necesario, nos encontraríamos en un caso de anulabilidad, porque no se dan los anteriores requisitos, ni la violación o intimidación (cf. artículos 1.263 y 1.265 del Código Civil), ya que la acción no se cebe a la actuación de ninguna persona, sino que aparece como consecuencia de la situación de hecho en que se encuentra el que sufre el perjuicio; se trata de una situación objetiva y no subjetiva; la simple existencia de la lesión motiva que la Ley prescribe «durus tantum» que la celebración del contrato se debió a la situación de necesidad, o a la incompetencia o limitación de las facultades legales del lesionado, cuyas circunstancias, si bien no bastan, para dar lugar a una acción de anulabilidad, pueden ser «causae», en cambio, como suficientes para que se pida la rescisión; y la única prueba en contrario que admitiría la rescisión «ultra dimidium» dependería de demostrar que el vendedor que favorece al comprador «animus domania», en cuyo caso se trataría de una donación indirecta o negocio mixto; que debido a este fundamento, se explica que la rescisión por lesión «ultra dimidium» sea procedente incluso cuando el contratante lesionado conozca al contratar la existencia de la lesión y de otro modo quedaría anulada la institución; que la rescisión por lesión tiene lugar, pues, incluso cuando el vendedor al hacerse la venta tiene conocimiento de la existencia de la lesión; si no existe «animus domania», la falta de percepción de parte tan importante del valor de la cosa vendida, solo podrá explicarse porque las circunstancias ejercen una presión sobre el vendedor que le obliga a sucumbir a las pretensiones del comprador, y a tal supuesto, el Derecho debe aportar el remedio de una norma de protección; que esta es la razón por la cual, aunque esta institución se llama en catalán «engany de mitges», como dicen, entre otros, Roca Sastre y Borrell y Soler, estos vicios del consentimiento, dolo o engaño no son necesarios ni suficientes para obtener la rescisión, sino que precisa y basta probar el verdadero valor de la cosa y que, comparado con el precio, guarda la desproporción expresada. Se aplica, pues, un criterio meramente objetivo; que estas opiniones recogen el sentir general de los autores acerca de esta institución, y buena prueba de ello es que el «Anteproyecto de la Compilación del Derecho Civil especial de Cataluña», publicado en el 1953 por la Comisión nombrada por Orden del Ministerio de Justicia de 10 de febrero de 1948, y que por disposición de la propia Orden debía tener en cuenta

los proyectos del apéndice publicados y elaborados con anterioridad, en su artículo 389 dispone: «Los contratos bilaterales en que una de las partes haya sufrido lesión en más de la mitad del justo precio de la cosa objeto del contrato, son rescindibles a petición del perjudicado o de sus herederos, aunque los contratantes hayan obrado libremente y de buena fe»; que no puede excluirse con más pocas palabras que lo hace este breve texto, el engaño, de esta institución de la lesión, y no se alega, este texto como derecho aplicable, sino como mera expresión del sentir unánime de los juristas en este caso, y finalmente, sólo falta alegar que esta opinión general entre los tratadistas catalanes, ha sido respaldada por este Supremo Tribunal, en dos sentencias de 13 de mayo de 1930 y 25 de noviembre de 1935; la de 13 de mayo de 1930 dice textualmente: «equiparada según se ha dicho, la lesión enorme al dolo, basta su mera existencia sin necesidad de que medie engaño para que la renuncia (de legítima, que se admite también como rescindible por lesión) quede viciada de nulidad», siendo más explícita aún la sentencia de 25 de noviembre de 1935, que reitera esta doctrina que por sí sola expone el problema claramente; que después de lo expuesto ha quedado perfectamente claro que en el caso de lesión enorme o «ultra dimidium» basta para la rescisión del contrato el hecho de que concurra la lesión en el precio.

b) Tampoco se requiere el engaño para la rescisión de un contrato por lesión enorme o «ultra bessem», que el supuesto que se contempla en este caso es distinto del anterior; se trata allí de una lesión en más de la mitad y se contempla en nuestro caso una lesión en más de las dos terceras partes o «ultra bessem» (teniendo en cuenta que la bes en Derecho romano comprende ocho de las doce partes en que se divide el as hereditario); que la rescisión por lesión en más de la mitad, viene perfectamente regulada en Derecho romano en las Leyes segunda y octava del título 44, libro IV, del Código de Justiniano («de rescindenda venditione»), lo cual no ocurre con la lesión enormísima, que ha sido una construcción basada en la doctrina general romana acerca de la «actio doli», y que es:

1.º D. IV, 2.º «De dolo malo», 7.º XXX, 1.º «Et eleganter».

2.º D. V, 1.º «de verborum obligationibus», 26.º 1.º «Si quis cum alter».

3.º C. 24.º «De rei vindicatione», 1.º «quibus»; que el primer fragmento dice textualmente: «Et eleganter Pomponius haec verba «si alida actio non sit» sic excipit, quasi res alio modo ei al quem res pertinet salva esse non poterit. Nee videtur huic sententiae adversari, quod Julianus libro quarto scribit, si quis minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus cum vendit eum peculio emptorque eum manumissum de dolo actionem (hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit) aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut vendideret circumscriptus est» que su traducción es como sigue: «y elegantemente Pomponio entiende estas palabras «si no tuviera otra acción» como si la cosa no pudiera ser salvada de otra manera por aquel a quien pertenece. Y no parece que sea contraria a esta opinión lo que escribe Julianus en el libro cuarto si un menor de veinticinco años, engañado por el consejo de su esclavo, lo vende con peculio y el comprador lo manumite, debe darse acción de dolo contra el manumitido (entendemos que el comprador carece de dolo que pueda obligarle por el hecho de la compra) o la venta es nula si en el mismo hecho de vender es engañado»; que parecida doctrina se establece en el segundo fragmento: «Si quis aliter sum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus es erit quem subtilitate iuris obstrictus, sed doli ex-

ceptione uti poteste quia anim (uti poteste quia) per dolum obligatus est, competit et exceptio. Idem este et si nullus doli intercessit stipulatus, sed ipsa res in se dolum habet; cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit, quod petit; que en estos dos textos coincidentes plenamente, se empieza por distinguir entre el dolo que vicia el consentimiento y el dolo que la cosa contiene en sí misma; que en ambos casos empiezan los textos por conceder la «actio» o «exceptio doli», respectivamente, al contratante, cuyo consentimiento ha sido obtenido con engaño; que esta «actio» o «exceptio doli», que tienen su nacimiento en el Derecho pretorio, y es incorporada al Digesto IV, 2.º de «dolo» tiene como efecto la nulidad del contrato (que, como es a petición de parte, será anulabilidad) a que se refiere; que este mismo remedio de la «actio doli» se concede al contratante que ha concluido un contrato no por el engaño del otro contratante, sino porque la cosa tenía dolo en sí misma, objetivamente prescindiendo de la actitud del otro contratante; su efecto es la nulidad del contrato a que se refiere el dolo en sí; que esta doctrina se completa con el tercer fragmento citado, que textualmente dice: «Nullo isto titulo praecedente possidente ratio iuris quae tere dominium prohibet. Idcirco quam attian usacapij ceset, intentio domini non absumitur; unde hoc casu, postliminio reverso, citra beneficium actionis rescissoriae, directa permanet integra vindicatio. (La razón de derecho prohíbe consolidar el dominio a los poseedores que no tienen ningún justo título anterior. Por esto, aunque cese la posesión, no se pierde la intención del dueño; de donde en este caso, después de haberse vuelto del postliminio, además del beneficio de la acción rescisoria, queda íntegra la acción reivindicatoria), que, como puede verse, se refiere este fragmento concretamente a la posesión que puede adquirir un contratante por título que no sea justo; afirma que queda al perjudicado por la injusticia del título siempre la acción reivindicatoria; que en estos tres fragmentos citados ha construido la doctrina y se ha venido aplicando hasta nuestros días la figura de la rescisión por lesión enormísima; que se entiende que el vendedor perjudicado por una lesión en el precio, superior a los dos tercios del valor de la cosa, ha contratado con dolo de la cosa en sí misma considerada, aunque no haya mediado ninguna maquinación ni engaño por parte del comprador; que en este caso la acción de dolo anula el contrato y lo da por celebrado, en cuyo caso debe devolver la cosa con sus frutos y no le cabe la opción de completar el precio, como sucede en la lesión enorme o superior en más de la mitad; que solamente interesa a los efectos de este motivo del recurso; que los dos fragmentos del Digesto que conciben la acción de dolo contemplan precisamente el caso en que no haya engaño en esta claro, que la rescisión por lesión enormísima se da aún en el caso de que no concurra engaño, por ser completamente independiente la concurrencia del engaño con la lesión o dolo de la cosa en sí misma considerada; que se podía resumir lo que se ha expuesto en los apartados a) y b) de este motivo del recurso diciendo que en los casos de rescisión por lesión tanto si ésta es enorme («ultra dimidium») como si es enormísima («ultra bessem») se contempla solamente el aspecto objetivo de si concurre o no lesión, sin tener en cuenta la concurrencia subjetiva del engaño y al entenderlo de esta manera la sentencia recurrida ha infringido por violación los textos legales que se citan al comienzo de este motivo.

Tercero.—Se formula al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto la sentencia recurrida ha incurrido en error

de derecho en relación con el artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no apreciar el valor de la prueba de Peritos formulada en autos, con citación de parte contraria que aparece en los folios 101, 104, 105, 108, 125 y 128 de los autos y en los 19 y siguientes del apuntamiento, que contienen la valoración dada por un Perito Arquitecto a las fincas en el momento de otorgarse el contrato litigioso; y asimismo también error de derecho en relación con el propio artículo 610 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto es patente la necesidad de acudir a un Perito Arquitecto para poder apreciar el valor de las fincas en el momento de otorgarse el contrato, y, en su consecuencia, determinar si existe o no lesión relacionando el precio pactado por el precio justo; que huelgan comentarios a este motivo; que se está ante un caso de rescisión por lesión, y lo primero que procede determinar es si existe o no lesión, y para ello no existe otro procedimiento que la prueba pericial que fije el valor de las fincas en el momento de otorgarse el contrato; que la parte recurrente en su calidad de actora ha propuesto la referida prueba pericial a practicar por un Perito Arquitecto, la demandada, por su parte propuso para valorar las fincas, prueba de Letrado, que no fué admitida por el Juzgado y en vista de ello, la parte demandada no acudió al nombramiento de Perito y renunció expresamente a formular pregunta ni prueba alguna sobre los extremos de precio justo de las fincas; que por ello, si no existe en autos más prueba sobre el precio justo, que la practicada sobre el precio justo de las fincas, para apreciar la lesión debe acudir-se a ella, y al prescindir de ella la sentencia recurrida, incurre en el error de derecho que se denuncia, por ser prueba necesaria y para la cual se requieren necesariamente conocimientos técnicos especiales, cuales son los que concurren en un Arquitecto; que esta prueba recogida por la sentencia de primera instancia en sus considerandos pone de manifiesto que el precio pactado es inferior al tercio del precio o valor justo de la cosa vendida, por lo cual debe otorgarse no ya la rescisión por lesión enorme o «ultra dimidium», sino por lesión enormísima o «ultra bessem» (es decir, superior a los dos tercios) con todas sus consecuencias, como lo aprecia el Juzgador de Instancia, a saber, sin posibilidad por parte del comprador de completar el precio justo:

VISTO siendo Ponente el Magistrado don Joaquín Domínguez de Molina:

CONSIDERANDO que es requisito esencial e inexcusable para que prospere la acción rescisoria de una compraventa por haberse otorgado con lesión para el vendedor que se justifique de manera cumplida y precisa la existencia del perjuicio en la cuantía necesaria para la procedencia de la rescisión, lo que, a su vez, requiere la determinación concreta e indudable del precio justo de la cosa enajenada en la fecha del contrato; y en la sentencia recurrida se declara de modo concluyente que la índole de la compraventa origen del pleito y las circunstancias que en ella concurren impiden una valoración justa y adecuada de las fincas vendidas, con relación al momento de su celebración y la consiguiente imposibilidad de establecer la indispensable proporción entre el precio justo y el sañefecho que determine la cuantía de la lesión; y ello supone de manera cierta que el Tribunal de Instancia rechaza o no acepta el dictamen pericial prestado en autos en que el Perito Informante entendió lo contrario al señalar el que, a su juicio, constituye el verdadero valor en la fecha de la venta de la nuda propiedad de las dos fincas objeto del contrato, sin lograr llevar, por tanto, al ánimo de la Sala sentenciadora la convicción necesaria de las conclusiones de su informe:

CONSIDERANDO que frente a esta posición del Tribunal «a quo» se construye al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el motivo tercero del recurso, en que se denuncia error de derecho en la apreciación de la prueba con infracción de los artículos 610 y 632 de dicha Ley, por ser la pericial prueba necesaria y la única practicada en los autos para apreciar el extremo del justo precio de las fincas vendidas; pero ni el hecho de constituir medio necesario para establecer la cuantía del precio ni el ser el único utilizado al efecto en el juicio pueden obligar al Tribunal a aceptar el dictamen del Perito, pues, como se declaró en sentencia de esta Sala de 20 de octubre de 1950, de acuerdo con lo preceptuado en el invocado artículo 602, en ningún caso están los Tribunales obligados a sujetarse al parecer de los Peritos, y si bien el mencionado artículo establece que se atenderán en su apreciación a las reglas de la sana crítica la jurisprudencia ha declarado con reiteración que las reglas aludidas no constan en precepto legal alguno que pueda invocarse como infringido en casación, quedando en definitiva sometida la prueba pericial a la discrecional apreciación del juzgador de instancia, y así lo confirman las sentencias de este Tribunal de 7 de junio de 1930, 13 de diciembre de 1934, 19 de diciembre de 1943, 3 de mayo y 4 de julio de 1947 y 21 de abril y 15 de diciembre de 1950, como también la de 25 de noviembre de 1935, cuyos considerandos se insertan en el recurso, aunque omitiendo el que reitera la doctrina expuesta; debiendo, además, tenerse en cuenta que en el caso actual, en el dictamen pericial, según lo que resulta del apuntamiento sólo constan las conclusiones escuetas que el Perito formula sin razonamiento alguno que permita contrastar debidamente su valor probatorio:

CONSIDERANDO que con ello basta para desestimar íntegramente el recurso, pues los motivos primero y segundo tienen por base necesaria el tercero, que al ser desestimado priva de toda eficacia a los otros dos:

FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por don José Más Masip, contra la sentencia dictada con fecha 14 de abril de 1955 por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona; condenamos a dicho recurrente al pago de las costas; y librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que remitió.

Así por ésta nuestra sentencia, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» e insertará en la «Colección Legislativa», pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Manuel de la Plaza.—Pablo Murga.—Francisco Bonrt.—Joaquín Domínguez.—Manuel María Cavanillas Prosper (rubricados).

Publicación.—Leída y publicada fué la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Joaquín Domínguez de Molina, 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 que como Secretario certifico.—Emilio Gómez Vela.

En la villa de Madrid a 9 de mayo de 1960; en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 16 de los de Barcelona, y en grado de apelación ante la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de la misma ciudad, por don Francisco Grawald Meyerslein, mayor de edad, casado, del comercio, y vecino de Barcelona, con doña Ella Meinhardt de Rosam, mayor de edad, viu-

da, del comercio y de la misma vecindad, sobre reclamación de daños y perjuicios; autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por la parte actora representada por el Procurador don Paulino Monsalve Flores, y dirigida por el Letrado don José Luis del Valle; no habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo y presente recurso, la parte demandada y recurrida:

RESULTANDO que mediante escrito de 21 de octubre de 1949 presentado a reparto de los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona, correspondiendo al número 16, el Procurador don José María Vivas Lucena, a nombre de don Francisco Grawald Mayerstein, formuló demanda en juicio ordinario declarativo de mayor cuantía contra doña Ella Meinhardt, de Rosam, exponiendo como hechos; en lo esencial, que don Enrique Rosam Poper, marido y causante de la demandada, fundó la casa comercial conocida con el nombre «Carebi» (letras iniciales de «Cajas Registradoras de Billetes»), dedicada a la fabricación y venta de billetes de los llamados de «rollo», utilizados por las Empresas de transporte y espectáculos públicos; que a partir del año 1936, tal industria quedó totalmente paralizada a consecuencia de nuestra guerra civil, y con la terminación de ésta no se restableció, ni aún se inició, la normalidad del negocio, porque la nueva modalidad de los impuestos creados determinó la prohibición del uso de billetes y entradas sin matriz; que a consecuencia de lo expuesto, el expresado don Enrique Rosam perdió la clientela, y si bien trató de buscar nuevas orientaciones a dicha industria y dedicarse a otros negocios, no le acompañó el éxito; que en 1941, el actor y el señor Rosam iniciaron relaciones comerciales y muy pronto, de hecho, el primero asumió las responsabilidades de casi todas las operaciones comerciales, al extremo de que la intervención del señor Rosam era muy limitada debido a ser, digo su estado de salud; pero después falleció y su viuda, la demandada, ratificó la confianza al demandante para la gestión del negocio; que después de algún tiempo y en virtud de discretas observaciones hechas por el actor a la demandada, ésta accedió a formalizar documentalmente lo convenido de palabra, o sea la constitución de una Sociedad mercantil entre ambos, lo cual por otra parte era lo que se había convenido en vida del señor Rosam, y se comprendía fácilmente que con mayor razón debía procederse al cumplimiento de lo pactado después de dicho fallecimiento; y dicho contrato de Sociedad según convenio verbal, debía otorgarse sobre las bases siguientes: el actor oportu, digo aportaba su trabajo, experiencia y clientela; la demandada aportaba las máquinas y efectos propios de la industria; el capital social sería de 200.000 pesetas, aportadas por mitad por ambos socios, a saber: 100.000 pesetas por la maquinaria, y otras 100.000 pesetas por los trabajos, estudios y clientela del actor; las ganancias o pérdidas serían repartidas por mitad; el uso de la firma social y la gerencia, serían a cargo del demandante; la duración del contrato sería por tiempo indefinido, pero pudiendo rescindirse por cualquiera de las partes mediante aviso con un año de anticipación y la forma sería comanditaria, siendo de advertir que la demandada contrajo otros compromisos que tampoco había cumplido, por lo que se reservaba reclamar su efecto en la forma y momento oportunos; que dicha Sociedad no llegó a formalizarse por culpa de la demandada, la cual, entre tanto, otorgó a favor del actor amplios poderes mercantiles ante el Notario de esa capital don Luis Martínez de Mata en 3 de agosto de 1944 y 7 de febrero de 1947 le otorgó nuevos poderes todavía más amplios ante el Notario don Fernando Poveca; que la demandada, después de muchas dilaciones y pretextos, se negó a formalizar

la escritura, revocó los expresados poderes en marzo de 1949 y requirió la intervención del Notario señor Poveda para que hiciera el ofrecimiento de pago al actor de 2.405 pesetas en concepto de en cuanto a 2.350 pesetas de sueldo del mes de abril, y en cuanto a las 35 pesetas restantes de tranvías desde el día 1 al 11 del mismo mes de abril, por ser esta última fecha el último día que acudió al negocio de la demandada; que por lo expuesto y según la señora Meinhardt, el actor no era nada más que un simple dependiente que en cualquier momento podía ser despedido; que la demandada seguía estrictamente las instrucciones del don Carlos Wanner, el cual, en el mes de enero de 1949, manifestó al actor sus deseos de terminar rápidamente el asunto mediante la formalización del antes aludido contrato; y sin que por consejo del propio señor Wanner, la señora Meinhardt, como al demandante, en abril de 1949, por conducto del referido Notario, una carta firmada, cuyo original acompañaba, cuyo original acompañaba con el número dos en la que se transcribe un proyecto de convenio entre actor y demandada y que no fue aceptado por el primero; y en la propia carta se dice que dicho documento no había merecido la aprobación del demandante, a cuya firma se había negado, así como a formular ninguna propuesta de sumiendo o modificación por su parte; que como la proposición contenida en dicha carta trata de un convenio radicalmente diferente del que se aceptó por ambas partes, no la aprobó el actor, habiendo encargado la demandada la redacción de otros proyectos de convenio a persona de su confianza; el Letrado don Narciso A. Alonso Cortés y el referido Notario señor Poveda, cuyos minutos acompañaba con los números dos y tres, las cuales con todo y su carácter transaccional, también, digo tampoco fueron aceptadas; en la minuta del señor Poveda se relacionan las maquinarias y enseres de la industria de referencia, y que se había intentado sin efecto el acto de conciliación; en derecho invoca diferentes artículos del Código Civil y del Código de Comercio; terminando por suplicar se dictara sentencia condenando a la demandada a otorgar con el actor una escritura pública, o a su elección un documento privado, de constitución de Sociedad mercantil, en forma comanditaria sobre las bases antes relacionadas, y en el caso de no darse lugar a tal pronunciamiento, declarar que el actor tiene derecho a adquirir la propiedad del negocio y la maquinaria y enseres que se relacionan en la minuta del Notario señor Poveda mediante el pago de 100.000 pesetas a la demandada, pudiendo ejercitar el derecho de opción durante el plazo de diez años, a contar del día de la firma de la sentencia, y para caso de no accederse a este pronunciamiento, condenar a la referida demanda a satisfacer al actor 150.00 o la cantidad que resultara de las pruebas practicadas o de las diligencias en ejecución de sentencia, en concepto de indemnización de daños y perjuicios causados por ella al actor y como compensación a la aportación y desarrollo de los negocios de los cuales se habla tratado; con imposición a la misma de las costas del juicio; se acompañan a este escrito varios documentos:

**RESULTANDO** que previa sustanciación del incidente de pobreza del actor, que terminó por sentencia de fecha 21 de febrero de 1950 concediéndole el expresado beneficio, se admitió a trámite la demanda y se confirmó traslado de la misma a la demandada doña Ella Meinhardt de Rosam, y en su nombre la contestó el Procurador don José Ignacio Ausien Borrrell mediante escrito del 29 de mayo de dicho año estableciendo como hechos, en síntesis: Que con la salvedad de la fundación por don Enrique Rosam Poner de la casa comercial «Carebi», nada reconocía los hechos de la demanda que se contraen a época en que ninguna relación

tenía el actor con dicha casa ni con su fundador, pues se reconoce de adverso que hasta 1941 no entró en relación comercial el señor Growald con el señor Rosam, colaborando como viajante simplemente y actuando así hasta la muerte del señor Rosam y aún posteriormente; que después del fallecimiento del señor Rosam, el señor Growald fué captándose la confianza de la demandada, la cual, en 1944 y en 1947, le otorgó poderes que hubo de revocar los propósitos del actor y el uso inconsciente que de ellos había hecho en alguna ocasión, con pleno desconocimiento de la demandada; que jamás ni con el señor Rosam ni con la demandada se llegó a acuerdo alguno sobre constitución de una Sociedad mercantil, siendo pues completamente ilusorias las pretendidas bases que se enumeran en la demanda y que por lo demás están en contradicción manifiesta con los documentos, o proyectos de tales; que había aportado de número dos y tres y que la demandada no admitía; tales proyectos de documentos, de que cronológicamente al de número tres parece ser anterior al señalado de número dos, para nada hablan de ninguna Sociedad comandita cual se hace en la demanda el de número tres es un proyecto de opción de compranada de Sociedad; y en el de número dos se habla de Sociedad Limitada; que la forma de Sociedad en comandita, relegando a la conclusión pasiva de comanditaria a la demandada y reservándose la gerencia y firma social el actor, hubiera sido la más apetecible para los ambiciosos proyectos de este, quien se hubiera así visto de verdadero dueño de la industria «C. A. R. E. B. Y.», dejando en un segundo término a la legítima dueña, que descartada siempre por la demandada toda idea de Sociedad con el actor y no admitido jamás el proyecto de Sociedad Limitada, por no responder a los muy distintos propósitos de la demandada, ésta, deseosa de llegar a una inteligencia con el señor Growald, entabló diálogo con él, y pareciéndole que ser precavación en las circunstancias en que podía hallarse el día que ocurriese el fallecimiento de la demandada, se mostró ésta dispuesta a prevenir tal contingencia, siendo fruto de aquellas conversaciones el aumento de retribución del señor Growald y el proyecto de documento que éste acompañó de número uno y que rechazó de plano; negó finalmente toda intervención de don Carlos Saurer, así como todo cuanto en la demanda se oponga a lo expuesto; en derecho alegó lo que estimó pertinente y suplicó se dictara sentencia absolviendo de la demanda con imposición de costas al actor:

**RESULTANDO** que al evacuar los traslados conferidos para réplica y duplica las representaciones de los litigantes insistieron en sus alegaciones de hecho mantuvieron los fundamentos de derecho y suplicaron se dictara sentencia de conformidad con lo que ya tenían interesado y recibió el pleito a prueba, se practicaron a instancia de la parte actora las de confesión judicial, documental, pericial y testifical y por la parte demandada se practicó prueba de confesión judicial, y unidas las pruebas a los autos y evacuado por las partes el trámite de conclusiones, el Juez de Primera Instancia del número 18 de Barcelona, con fecha 30 de enero de 1951, dictó sentencia por la que absolvió a doña Ella Meinhardt, viuda de Rosam, de la demanda contra la misma formulada por don Francisco Growald Mayerstein, origen de este juicio, sin hacer especial condena de costas:

**RESULTANDO** que admitido en ambos efectos el recurso de apelación que contra la anterior sentencia interpuso la representación de la parte actora, fueron remitidos los autos a la Audiencia Territorial de la misma capital, Barcelona, siendo pasados a la Sala Segunda de lo Civil; al evacuar el trámite de instrucción la parte apelante solicitó el recibimiento a prueba de los autos en esta

segunda instancia, practicándose, en virtud de lo acordado, la documental pública y la de confesión judicial de la señora Meinhardt, quien con tal motivo manifestó ser cierto: a) que en el mes de febrero de 1947, en el acto de firmar la confesante los nuevos poderes a favor del señor Growald ante el Notario señor Poveda, encargó a éste la minuta de convenio acompañada bajo el número tres con el escrito de demanda; que la confesante, acompañada por el actor, fué al despacho del Letrado señor Alonso encargándole un proyecto de contrato, pero no en la forma del que la había sido exhibido (el documento número dos de la demanda), pues nunca quiso un socio y que los honorarios de dicho abogado por la elaboración del aludido proyecto de contrato fueron pagados al mismo por la casa «C. A. R. E. B. I.»; y b) que en 31 de marzo de 1939, o sea un día después de la revocación de los poderes, la demandada invitó al actor a que fuese a casa del Abogado señor Vilardaga para conocer el proyecto de contrato que éste había redactado por orden de la confesante y que figura en la demanda como documento número 1; que debido a que el actor rechazó dicho documento de contrato, la confesante, en fecha 11 de abril de 1949, remitió por medio del Notario señor Poveda una copia de tal documento al señor Growald, invitándole a manifestar las objeciones y modificaciones que entendía procedentes, para tratar de llegar a un acuerdo, pero prohibiéndole al mismo tiempo la entrada en los locales, oficina y taller de «C. A. R. E. B. I.» mientras que tal acuerdo no fuese un hecho; que no recordaba si en contestación a dicho requerimiento, en fecha 3 de abril de 1949, el actor dió a conocer a la demandada las modificaciones que entendía procedentes para que pudiera aceptar el proyecto de contrato referido, que por carta de 24 de mayo de 1949, notificada por mediación del Notario señor Poveda Miró, saber al actor que no podía aceptar las modificaciones del proyecto de contrato aludido anteriormente y que, por lo tanto, estimaba cesara todos los servicios del señor Growald en la casa «C. A. R. E. B. I.» y que no le satisfarían más retribuciones después del mes de mayo de 1949; y que no recordaba, pero que quizá fuese cierto, que por carta notificada a la confesante por mediación del mismo Notario en fechas 31 de mayo de 1949, el actor protestó contra la unilateral decisión de la señora Rosam de considerarse libre de toda obligación frente al mismo, y seguida la alzada por sus restantes trámites legales, dicha Sala, con fecha 29 de junio de 1952, dictó sentencia confirmando la apelada, sin hacer especial condena de costas en ninguna de ambas instancias:

**RESULTANDO** que el Procurador don Paulino Monsalve Flores, a nombre de don Francisco Growald, en virtud de aceptada designación verificada en concepto de pobre, ha interpuesto ante esta Sala contra la sentencia de la Audiencia recurso de casación por infracción de ley por los siguientes motivos, que se formulan con base en el número séptimo del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

Primero.—La Sala sentenciadora ha incurrido en error de hecho en la apreciación de las pruebas y que resulta de documentos auténticos.—Las sentencias dictadas por los Tribunales de Instancia parten de la existencia de un contrato convenio verbalmente entre las partes, por el que constituían entre sí una sociedad con las bases expresadas en la demanda. A este respecto el tercer considerando de la de primera instancia manifiesta que no se ha practicado la más mínima prueba acreditativa de la conjunción de voluntades individuales para deducir la consecuencia jurídica calificable de contrato de sociedad. En su momento procesal se propuso por la representación del señor Growald la prueba de libros

contraída a esa finalidad, que le fué denegada y a la que tampoco se accedió por el oportuno recurso de reposición. El escrito de proposición, el acuerdo denegatorio, el recurso de reposición y el auto denegatorio son documentos auténticos en cuanto prueba por sí mismo, sin necesidad de más que el señor Growald intentó practicar esas pruebas de la existencia de contrato. Por consiguiente, si la Sala, al hacer suyo el considerando del Juzgado, mantiene aquella afirmación, incide en un error de hecho. Por otro lado, se adjudicó con la demanda (documento número 2) una minuta de un contrato de sociedad y prestó el Letrado don Narciso A. Alonso Cortés manifestando que la había confeccionado él de conformidad con las instrucciones de los interesados y que la señora Meinhardt estaba dispuesta a reconocer al actor en forma legal su condición de socio. Luego es evidente el error de hecho en que se ha incurrido diciéndo que no se ha practicado la más mínima prueba sobre este contrato de sociedad. La confesión judicial de la demandada, verificada en segunda instancia, está dedicada a probar la existencia de esa sociedad y, además, compromisos de la señora Meinhardt; y mantener después de ella que no se ha practicado prueba sobre ese extremo es un verdadero error de hecho que se acredita por la nua, digo mera materialidad de esos medios de prueba conducentes a esa finalidad.

Segundo.—La Sala sentenciadora ha incurrido en error de derecho en la apreciación de las pruebas.—Se mantiene por ambas sentencias que no ha existido ninguna vinculación contractual entre las partes de las que nazcan las obligaciones cuyo cumplimiento se reclama por el actor en este juicio. Y los errores de derecho que implica esa afirmación son los siguientes: según el artículo 1.232 del Código Civil, la confesión hace prueba contra su autor. La demandada ha confesado al absolver en segunda instancia las posiciones números 17 y 18, que en el mes de febrero de 1947 fue encargada a su presencia por el señor Growald la minuta del documento acompañado como número 3 a la demanda, por el que se concedía la opción a éste para adquirir por compra en 100.000 pesetas la industria en cuestión, y que en julio de 1948 encargó a don Narciso Alonso Cortés la confección de la minuta de un contrato de sociedad que luego no firmó y cuyos honorarios los pagó el negocio y no ninguno de los contendientes. La realidad de esos documentos se acredita por su propia materialidad, puesto que obran unidos a los autos. La razón de su nacimiento queda acreditada por la propia confesión de la demandada. Y en cuanto a la conformidad del documento número 3 con lo que manifestaron estar conformes y desear que se expusiera en el mismo ambos interesados, resulta probado por la propia declaración del Letrado que, siguiendo esas comunes instrucciones, lo reactivó. Conjugando ese artículo 1.232 con los 1.248, 1.249 y 1.253 del Código Civil, se llega a la conclusión de que entre los interesados existía el contrato de sociedad, convenido verbalmente y que sólo restaba hacerlo constar en un documento, así como que en las fechas de los dichos los contendientes estaban conformes y habían exteriorizado ese convenio en dos de sus aspectos, ante dos diversas personas. El Notario señor Poveda y el Letrado señor Poveda, digo Alonso, y por si faltara algo con que acreditar ese error de derecho, obra en los autos un documento público (el número 1 de los unidos a la demanda) que prueba que la demandada propuso al actor, por medio de documento por el que quedasen revocados y anulados cuantos contratos y acuerdos escritos o verbales se hayan otorgado o convenido entre las partes con anterioridad a esa fecha; por la naturaleza de documento público que tiene éste y por haber sido reconocido todo lo a él concerniente en las posiciones números 28 y 32 absueltas por la demandada en se-

gunda instancia, prueba evidentemente que entre los litigantes mediaban con anterioridad a él esos convenidos contratos. Por tanto, al declarar la sentencia que no se probó que existieran los contratos verbales de los que nacieron las obligaciones reclamadas por el señor Growald, ha incurrido en error de derecho interpretando y apreciando esas mencionadas pruebas, liberando a la confesante de los perjuicios que contra ella ocasiona la confesión, según el artículo 1.232 del Código Civil, y prescindiendo de la presunción lógica terminante que liga a los antecedentes con los consecuentes antes indicados, que demuestran que los contratos existían entre los litigantes y que lo que la demandada quería era precisamente anularlos y sustituirlos por una modalidad que no le fué aceptada por no ser los antiguos convenios vigentes cuya anulación pretendía aquélla. Y si la propia demanda ha acreditado así que existían los antiguos convenios verbales que quería anular, y no constan otros que los que fueron encargados llevar a documentos a dos profesionales del Derecho, es evidente que la presunción cede en favor de que los convenios fueran esos y no otros, tanto más cuanto que la demandada si que no ha probado cuáles fueren si no esos otros convenios que tanto interés tenía en anular. En esos convenios constan las obligaciones que el señor Growald exige, en cuanto a su fondo (constitución de la sociedad y opción de compra). Y si no se hubiese incurrido en los errores de derecho mencionados, las conclusiones del fallo deberían ser otras muy distintas a las mantenidas.

VISTO siendo ponente el Magistrado don Francisco R. Valcarce;

CONSIDERANDO que la parte actora aquí recurrente, después de alegar en el período expositivo del proceso la existencia de un convenio verbal con la adversa para constituir una sociedad mercantil entre los dos de carácter comanditario con el fin de explotar el negocio de fabricación y venta de billetes de los llamados de «rollo» utilizados por las empresas de transportes y espectáculos públicos que ya venía funcionando en Barcelona fundado por el difunto esposo de la demandada con el nombre comercial «Carebi», pide: primero, que se dicte sentencia condenando a dicha demandada a otorgar con él una escritura pública o, a su elección, un documento privado de constitución de sociedad mercantil de la forma referida; segundo, que en el caso de no darse lugar a tal pronunciamiento, declarar que tiene derecho a adquirir la propiedad del negocio y la maquinaria y enseres que se relacionan mediante el pago de 100.000 pesetas, pudiendo ejercitar el derecho de opción durante el plazo de diez años, a contar del día de la primera sentencia, y tercero, en el supuesto de no accederse tampoco a este pedimento, que se condene a la contraparte a satisfacerle la suma de 150.000 pesetas o la que resulte de las pruebas practicadas o de las diligencias en ejecución de sentencia en concepto de indemnización de daños y perjuicios; pretensiones a las que se opuso la demandada con la expresa alegación de que el demandante fué tapado un apoderado de la casa, y que como tal percibió la retribución pactada y que no se llegó a un acuerdo entre los dos sobre el pretendido negocio de constitución social.

CONSIDERANDO que el Tribunal «a quo» con sustancial aceptación de los fundamentos del Juzgado, desestima íntegramente las acciones, con el argumento básico de su fallo de que los documentos acompañados a la demanda «no pasan de meros proyectos, sin llegar a plasmar en una conjunción de voluntades acordes determinantes del contrato, y al no existir éste ni intentado practicar prueba alguna acerca de su realidad, cae por su base la acción ejercitada» (primer considerando), no llegándose a demostrar los daños y perjuicios pretendidos también por el

supuesto enriquecimiento de la demandada conseguido merced de los esfuerzos y trabajos del actor, ya que como apoderado de aquélla era natural y corriente que en el desempeño de su mandato obrase con todo celo y diligencia en beneficio de su principal (segundo considerando):

CONSIDERANDO que ahora se impugna la sentencia en los dos motivos del recurso, ambos amparados en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, atribuyéndole en el primero error de hecho en la apreciación de las pruebas, y en el segundo, error de derecho respecto, asimismo, a su apreciación por la Sala de instancia; motivos que deben desestimarse: primero, porque el pretendido error de hecho se hace derivar del escrito de proposición de la prueba de los libros de comercio de la demandada, que fué denegada, y de una minuta de un contrato de sociedad, reconocida por el Letrado que la redactó, documentos a actos que distan muy mucho de ser auténticos y que jamás pueden revelar por sí mismos una verdad opuesta a la afirmación; digo afirmada por la Sala, y segundo, porque el error de derecho quiere hacerse valer del artículo 1.232 del Código Civil, desconociéndose que la confesión en juicio, fuera del caso del párrafo segundo del artículo 580 de la Ley de Trámites, es un medio de prueba sujeto, por lo tanto, a la censura de los Tribunales en combinación con los demás desarrollados en el juicio, sin contener principios de vinculación de criterio en el particular.

Fallamos: Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por don Francisco Growald Mayerstein contra la sentencia dictada en 30 de julio de 1952 por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona. Imponiendo a la parte recurrente las costas causadas, que hará efectivas si viñere a mejor fortuna, así como la que en razón de depósito debió constituir.

Así, por esta nuestra sentencia, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» e insertará en la «Colección Legislativa», pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Manuel de la Plaza.—Juan Serrada.—Pablo Murga.—Francisco Bonet.—Francisco R. Valcarce. (Rubricados).  
Publicación.—Leída y publicada fué la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Francisco R. Valcarce, Magistrado de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo y Ponente que ha sido en estos autos, celebrando audiencia pública la misma en el día de su fecha, de que, como Secretario, certifico.

En la villa de Madrid, a 11 de mayo de 1960; en el juicio declarativo de mayor cuantía, seguido en el Juzgado de Primera Instancia de Melilla y en la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada, por doña María Montesinos Jiménez, soltera, sin profesión especial; don Manuel y don Nicolás Montesinos Jiménez, industriales, vecinos de Melilla, contra la Entidad «Banco Hispano Americano, S. A.», domiciliado en Madrid, sobre nulidad de procedimiento judicial y otros extremos; pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por los demandantes, representados por el Procurador don Tomás Romero Nistal y defendidos por el Letrado don Ramiro Ramos Aco'sa, habiendo comparecido en este Tribunal Supremo la demandada y recurrida con la representación del Procurador don Tomás Jiménez Cuesta y la dirección del Abogado don Rafael Marín Lázaro:

RESULTANDO que la representación de doña María, don Manuel y don Nicolás Montesinos Jiménez formuló demanda contra la Entidad «Banco Hispano Americano, S. A.», sobre nulidad de procedimiento judicial y otros extremos por me-

dio de su escrito de 3 de julio de 1952 presentado al Juzgado de Primera Instancia de Melilla, alegando concretamente como hechos:

Primero. Que como consecuencia de distintas operaciones de crédito, en 28 de marzo de 1947, adeudaba don Nicolás Montesinos Jiménez al «Banco Hispano Americano» la cantidad de 1.624.000 pesetas.

Que con objeto de que dicha deuda constara en documento público en la fecha antes expresada, ante Notario, entonces con residencia en Melilla, se otorgó escritura pública de reconocimiento de deuda, y en la estipulación primera don Nicolás Montesinos reconoció adeudar al Banco la suma anteriormente mencionada, que estaba representada por las letras que se reseñaron.

Que en la misma estipulación el Banco tenedor cambiario de las letras se reservaba las acciones que le podían corresponder contra las personas que intervenían en ellas.

Segundo. Por la estipulación segunda de la mencionada escritura se le concedió al deudor el plazo máximo de dieciocho meses para que liquidara totalmente su adeudo, y que las cantidades que quedarán por satisfacer devengarían el interés del 5 por 100 anual.

Tercero. Que por la estipulación cuarta y para asegurar la devolución de pesetas 1.624.000, con intereses, costas y gastos, se constituyeron garantías hipotecarias y prendarias por don Manuel y doña María Montesinos Jiménez, a tenor del detalle que en el documento se consignaba; y además don Nicolás Montesinos también constituyó garantías sobre los créditos que tenía que cobrar del Ayuntamiento de dicha ciudad, como consecuencia de ser el contratista encargado de la construcción de la Estación Central de Autobuses y de la Plaza de Toros.

Que para que el Ayuntamiento abonara al acreedor los créditos que correspondían a don Nicolás Montesinos se le notificó por cartas, pero sólo en la suma necesaria para cancelar el crédito del «Banco Hispano Americano», y además se convino que una vez cubierta la deuda el «Banco Hispano Americano» oficiaría en tal sentido al Ayuntamiento, y quedaría nulo el cobro de las certificaciones posteriores.

Que asimismo quedarán afectas al pago de 1.624.000 pesetas las fianzas que el deudor tenía constituidas en el Ayuntamiento para responder de su gestión de contratista.

Cuarto. Que con anterioridad a la fecha del otorgamiento de la escritura pública, el «Banco Hispano Americano», había realizado el cobro de determinadas cantidades en la Corporación Municipal, que correspondían a su poderdante, y que fueron tenidas en cuenta al practicar la liquidación en la fecha antes mencionada.

Quinto. Que don Nicolás Montesinos, de acuerdo con lo estipulado en la escritura pública mencionada, debía cancelar su adeudo, en el plazo de dieciocho meses, o sea que el 28 de septiembre de 1948, había de tener satisfecho 1.624.000 pesetas, pues de lo contrario dejaría incumplido su compromiso.

Que el «Banco Hispano Americano» después del otorgamiento de la escritura pública aludida, había recibido del Ayuntamiento de dicha ciudad, las cantidades cuyos detalles a continuación se consignaban, por un importe de 1.723.600,73 pesetas en total.

Que resultaba pues, que al recibir el «Banco Hispano Americano» el 29 de julio de 1948 fecha de la última certificación de obra la suma de 150.909,85 pesetas, ya tenía cobrado el importe de su crédito, y con un exceso de 99.600,73 pesetas, por lo que el reconocimiento de deuda hecho constar en la escritura notarial otorgada el 28 de marzo de 1947, por un importe de 1.624.000 pesetas, había sido cancelado en el plazo convenido por el señor Mon-

tesinos y por consiguiente los fiadores habían extinguido sus responsabilidades y libres cuantos bienes habían quedado afectos al cumplimiento de la principal obligación.

Sexto. Que como el «Banco Hispano Americano», faltando a lo convenido en la estipulación cuarta de la escritura pública de reconocimiento de deuda cuando tuvo cancelado su crédito no le participó al Ayuntamiento, y siguió cobrando libramientos, se daba el caso de que había percibido de exceso 1.152.035,30 pesetas, cobro que era nulo, según lo pactado y que el Banco estaba obligado a devolver con sus intereses a don Nicolás Montesinos Jiménez.

Séptimo. Que olvidando por completo el «Banco Hispano Americano» que don Nicolás Montesinos tenía pagada por completo la deuda de 1.624.000 pesetas, desde el 29 de julio de 1948, el 13 de marzo de los corrientes practicó un requerimiento al Notario don Emilio Torrado André, para que a su vez requiriese a sus representados, para que les abonasen 671.500 pesetas, como resto de la cantidad que reconoció adeudarles don Nicolás Montesinos en la escritura de 28 de marzo de 1947, más intereses legales de demora y las costas, consignándose erróneamente que la escritura se otorgó el 25 de julio del mismo año, cosa completamente inexacta.

Octavo. Que no conforme con este absurdo requerimiento el Banco fundado en la escritura tantas veces mencionada, por demanda de 31 de marzo próximo pasado promovió al amparo de los artículos 131 y siguientes de la Ley Hipotecaria, procedimiento judicial sumario en cuyo suplico solicitó la venta de los bienes hipotecados, hasta pagar la suma de 671.500 pesetas, cuando don Nicolás Montesinos tenía pagada dicha cantidad en el plazo convenido, y los otros señores no eran deudores principales, pero además con aquel pago sus responsabilidades accesorias también quedaron canceladas.

Noveno.—Que a petición del Banco demandado por providencia del día 7 de junio actual dictada en el procedimiento judicial sumario número 93-2 de 1952, se acordó sacar a pública subasta los bienes hipotecados por doña María y don Manuel Montesinos Jiménez, para garantizar el pago de la cantidad de 1.624.000 pesetas, que don Nicolás Montesinos reconoció adeudarles en escritura pública de 28 de marzo de 1947, habiendo sido señalada la subasta para las once horas del día 15 de julio, habiéndose fijado los edictos en el tablón de nuncios de este Juzgado y publicado en el «Boletín Oficial» de la plaza y en el «Telegrama del Rif», que ya se hizo constar con anterioridad, que don Nicolás Montesinos tenía pagada totalmente la deuda, cuyo resto de su importe, con una temeridad nada común pretendía volver a cobrar el Banco.

Décimo. Que el 20 de junio actual se celebró, sin avenencia la conciliación ante el Juez municipal de dicha ciudad.

Undécimo. Que al proceder injustamente el Banco contra don Manuel y doña María Montesinos Jiménez, por una cantidad que no adeudaban, había causado unos gastos y costas en el procedimiento, y con el anuncio de la subasta pública un daño moral que perjudicaba notoriamente sus concepciones públicas y crédito, por lo que había causado unos daños y perjuicios que debía indemnizar la parte demandada. Alegó los fundamentos de derecho que estimó aplicables y suplicó se dictara sentencia que contuviese los pronunciamientos siguientes:

Primero. Que se declarase que don Nicolás Montesinos Jiménez, tenía totalmente pagada la cantidad de 1.624.000 pesetas, que reconoció adeudarle el Banco Hispano Americano por escritura pública otorgada ante el Notario que fue de esta ciudad don Sebastián Rivas Larraz, el día 28 de marzo de 1947, por haber percibido su im-

porte del Ayuntamiento de esta ciudad, al cobrar diez certificaciones de obras correspondientes al tiempo comprendido entre el 14 de abril de 1947 y el 29 de julio de 1948, cuyo detalle se consignaba en el hecho quinto.

Segundo. Para que asimismo se declarasen concluidas las garantías hipotecarias, prendarias y de crédito que se establecieron por sus representados en favor del Banco demandado, por haber quedado extinguida por el pago la deuda que garantizaban, y se remitiesen mandamientos al señor Registrador de la Propiedad del partido para la cancelación de las inscripciones que causaron las hipotecas sobre el inmueble de don Manuel Montesinos Jiménez, sito en la calle de Ibañez María, número 34, y de doña María Montesinos Jiménez, en la calle de Coronel García Gómez, número 39, y en la plaza del Tesorillo, número 4.

Tercero. Para que se declarase la obligación que tenía el Banco Hispano Americano de reintegrar a don Nicolás Montesinos la suma de 1.052.035,30 pesetas, que cobró de más en el Ayuntamiento, o sea después de haber tenido pagado su adeudo, e intereses legales de dicha cantidad en proporción a las distintas fechas en que realizó los cobros parciales, y hasta la extinción de esta obligación.

Cuarto. Que se declaren nulas todas las actuaciones del procedimiento judicial sumario que bajo los números 93/2 de 1952, había promovido el Banco demandado contra don Manuel y doña María Montesinos Jiménez, por manifiesta malicia en la exposición de los hechos consignados, que al falsearlos había dado lugar a su tramitación con infracción de los requisitos indispensables que establecía el artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

Quinto. Que se declarase la obligación que tiene el Banco Hispano Americano de reparar a sus poderdantes los daños y perjuicios morales y materiales que les había producido como consecuencia de la temeraria incoación del procedimiento judicial sumario número 93/2 de 1952, y en especial por la publicación de la subasta pública en el «Boletín Oficial» de esta ciudad y en el «Telegrama del Rif», cuyos importes se fijarían en el trámite de ejecución de sentencia; y condenar al Banco Hispano Americano a estar y pasar por las anteriores declaraciones y al pago de las costas.

RESULTANDO que admitida la demanda y emplazada la entidad bancaria demandada compareció la misma en forma en los autos y su representación contestó la aludida demanda por medio de su escrito de primero de septiembre de 1952, donde expuso en síntesis como hechos:

Primero. Que el Banco Hispano Americano se atenía respecto del contenido de los hechos primero, segundo y tercero, de la demanda a lo que resultaba de la escritura pública otorgada ante las partes de este proceso, ante el que fue Notario de dicha ciudad don Sebastián Rivas Larraz, el día 25 de marzo de 1947, negándolos en todos los demás que se apartase o difiriera de las estipulaciones de aquella.

Segundo. Que respecto de los cobros que el hecho cuarto de la demanda decía haber realizado el Banco Hispano Americano del Ayuntamiento de la misma ciudad, de cantidades propias del don Nicolás Montesinos Jiménez, igualmente se atenían a lo que sobre el particular resultase de los archivos de la Corporación municipal a que se remitía y designaba desde ahora a los efectos de prueba.

Tercero. Que negaba el hecho quinto de la demanda, por cuanto los cobros que se decían realizados por el Banco Hispano Americano fueron efectivos por el mismo interesado don Nicolás Montesinos Jiménez, quien por sí o debidamente representado firmó el recibo de los correspondientes libramientos, en concurrencia con los apoderados del Banco Hispano Americano, que abonó en cuenta en cada

caso su respectivo importe, que cuidaría de fijar exactamente en momento probatorio, según lo que resultase del archivo ya designado a dichos efectos, de la Corporación municipal, por cuyo motivo no podía aceptar e impugnaba expresamente la certificación aportada del Interventor de la misma, oponiendo a lo alegado de contrario a este respecto que cual se justificaba plenamente, no obstante los cobros que hubiesen podido realizarse, siempre eran los actores deudores al Banco de la cantidad que separadamente se le viene reclamando.

Cuarto. Que negaba igualmente, por ser manifiestamente falso, el hecho sexto de la demanda, respecto de cuyas afirmaciones se atenia a lo establecido en el epígrafe inmediato precedente.

Quinto. Que del hecho séptimo sólo reconocía ser cierto el requerimiento practicado a instancia del Banco Hispano Americano, mediante el acta levantada por Notario de esta ciudad el 13 de marzo del año en curso.

Sexto. Que igualmente había de referirse con relación a las afirmaciones que se contenían en los hechos octavo y noveno de tan referida demanda a lo actuado en el procedimiento judicial sumario de la Ley Hipotecaria, que ante este Juzgado se tramita por la inicial demanda del Banco Hispano Americano, de fecha 31 de marzo último, a cuyas afirmaciones se atenia estrictamente, negándolas en lo que difieren de ellas.

Séptimo. Que se reconocía que se intentó ante el Juzgado Municipal de esta ciudad, acto conciliatorio a que se aludía en el hecho décimo, sin avenencia porque el Banco no podía aceptar ninguna de las absurdas pretensiones de los actores.

Octavo. Que según había alegado y oponiéndose a cuanto aducía el hecho undécimo, el Banco Hispano Americano, acreedor de los actores de las cantidades que les reclamaba en el procedimiento separado antes aludido, cuya deuda les resultaba además de la escritura que había servido de título a la reclamación de dicho procedimiento sumario, de las letras de cambio que se presentaban con este escrito, con sus correspondientes actas de protesto de las que era tenedor.

Noveno. Que los actores consignaban en su demanda que el Banco Hispano Americano tenía su domicilio en Melilla, cuando ciertamente estaba domiciliado en Madrid, según acreditaría en momento procesal oportuno, a cuyo fin designaba los archivos de los Registros Mercantiles de aquella capital.

Décimo. Que negaba los hechos de la demanda en cuanto se apartasen de los establecimientos con prelación, e impugnaba expresamente todos los documentos que no hubiese reconocido como auténticos.—Invocó los Fundamentos de Derecho, que juzgó de pertinencia, y suplicó se dictara sentencia estimando la excepción dilatoria primordialmente opuesta y declarando defectuosamente propuesta la demanda inicial de autos, o en su defecto, desestimando en un todo la demanda, absolviendo de sus pedimentos al Banco Hispano Americano, y, en todo caso, imponiendo a los actores las costas del juicio.

RESULTANDO que conferido traslado para réplica, la representación de los demandantes lo evacuó insistiendo en los hechos y fundamentos de Derecho de su demanda y solicitando se dictase sentencia de conformidad con la misma y la representación del Banco demandado, al evacuar el traslado de súplica, reprodujo íntegramente su contestación; interesando se pronunciase sentencia en los términos que tenía pretendidos:

RESULTANDO que recibido el juicio a prueba se practicaron, a instancia de la demandante la documental presentada y la demás de este carácter reclamada en período probatorio:

RESULTANDO que con fecha 18 de mayo de 1953 el Juez de Primera Instancia de Melilla dictó sentencia por la que formulando expresa imposición de costas a la interpeleada Banco Hispano Americano, S. A., y declarando no haber lugar a la excepción de defecto en la construcción de la demanda de los actores alegada por la misma, ni a la admisión de los autos para surtir efecto de ningún género el documento que aparece con fecha 24 de mayo de 1950 y que fue extemporáneamente aportado con el escrito de súplica, estimó en todas sus partes la inicial demanda, y en consecuencia declaró:

Primero. Que don Nicolás Montesinos Jiménez tiene totalmente pagada la cantidad de 1.624.000 pesetas que reconoció adeudarle por escritura pública autorizada en esta ciudad de Melilla por el Notario don Sebastián Rivas Larraz, en 28 de marzo de 1947.

Segundo. La cancelación de las garantías hipotecarias prendarias y de crédito que se establecieron en aquella escritura por don Nicolás Montesinos, doña María Montesinos Jiménez y don Manuel Montesinos Jiménez a favor de la entidad Bancaria de referencia a cuyo efecto expedirán los oportunos mandamientos al Registro de la Propiedad para la debida cancelación de las inscripciones en su día practicada en los correspondientes asientos referentes a los inmuebles urbanos de don Manuel Montesinos Jiménez y doña María Montesinos Jiménez, sitos en Ibañez Marín, 34; Coronel García Gómez, número 30, y en la plaza del Tesorillo, número 4.

Tercero. Que el Banco Hispano Americano se halla obligado a reintegrar al actor don Nicolás Montesinos Jiménez la suma de 1.152.035,30 pesetas que percibió de exceso a través de libramientos del Ayuntamiento de esta ciudad, más los intereses legales de esta suma a partir del inicio de la presente controversia procesal.

Cuarto. La nulidad de las actuaciones del procedimiento judicial sumario número 93 2 del año 1952 incoado por la representación del Banco Hispano Americano, S. A., contra don Manuel y doña María Montesinos Jiménez.

Quinto. La obligación a cargo de la demandada de indemnizar a los actores de los daños y perjuicios que pudiera haberles irrogado como consecuencia del planteamiento del proceso anteriormente mencionado en total importe de los cuales habrá de fijarse en trámite de sentencia; y que en consecuencia de las anteriores declaraciones condenó a la demandada a estar y pasar por ellos y el abono al actor don Nicolás Montesinos Jiménez en los preindicados conceptos de la cantidad de 1.152.035,30 pesetas, que le es en deber por su indebida percepción, e igualmente a indemnizar a los demandantes don Nicolás Montesinos Jiménez, doña María Montesinos Jiménez y don Manuel Montesinos Jiménez, de los daños y perjuicios patrimoniales que pudiera haberles irrogado que se determinarían en la forma y trámite declarados. Todo ello sin perjuicio y a reserva de los derechos y acciones que a la entidad condenada pudieran corresponderle en relación con los actores o alguno de ellos y a ejercitar en forma pertinente a través del adecuado procedimiento.

RESULTANDO que apelada dicha sentencia por la representación de la entidad bancaria demandada, se tramitó la alzada con arreglo a Derecho con la sola intervención del apelante, por no haber comparecido en la segunda instancia la apelada; y en 5 de julio de 1954 la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada dictó sentencia confirmando la apelada, excepto en cuanto condenó al Banco Hispano Americano a abonar al actor don Nicolás Montesinos Jiménez la cantidad de 1.152.035,30 pesetas, en cuya

parte se revocaba y absolvía al demandado, revocándola también en la condena en costas sobre las que no se hacía especial pronunciamiento en ninguna de las instancias:

RESULTANDO que sin consignación de depósito al Procurador don Tomás Romo Nistal, a nombre de doña María, don Nicolás y don Manuel Montesinos Jiménez, ha interpuesto recurso de casación por infracción de Ley, alegando sustancialmente los siguientes motivos:

Primer motivo: Autorizado por el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no aplicación en la sentencia recurrida, lo que según la constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo equivale a la violación de preceptos legales, de los artículos 1.215, 1.261 y 1.263 del Código Civil, la sentencia recurrida olvidó al dictar su fallo los preceptos legales de los mentados artículos—Según resulta de los antecedentes que se han expuesto, hubo un hecho solo y exclusivo determinante del otorgamiento de la escritura de 26 de marzo de 1947, que lo fue la única deuda reconocida (estipulación primera) por don Nicolás Montesinos al Banco Hispano Americano, de la cantidad de 1.624.000 pesetas, representada por una serie de efectos, que éste toma a su cargo a los fines de la escritura, y para asegurar el pago se constituyeron las garantías que el documento reseña, entre otras, y de manera específica, para pagar en el plazo de dieciocho meses dicha cantidad con sus intereses, costas y gastos en su caso, el deudor don Nicolás, afecta los créditos que tenga contra el Ayuntamiento de Melilla como contratista para la ejecución de las obras de construcción de una Estación Central de Autobuses y de la Plaza de Toros, con la obligación de notificarse al Ayuntamiento la autorización de dicha escritura, con apercibimiento de que sólo realizarán los pagos que por tales obras se hagan al Banco Hispano Americano, y cuando en el caso de que por el cobro de dichas certificaciones se haya cubierto el importe de la deuda, dicho Banco vendrá obligado a oficiar en tal sentido a aquella Corporación, quedando nulo el cobro de las certificaciones posteriores por el expresado Banco; igual acción tuvieron las fianzas que el deudor tenía constituidas como contratista de las obras referidas. Es indiscutible que ese documento público ha de hacer prueba de la causa del contrato bien y claramente especificado, esto es, el reconocimiento de la deuda solo y exclusivamente reconocida por don Nicolás en la escritura en que intervinieron además más otros demandantes y el Banco acreedor y estipulaciones de pago y garantías, y sus declaraciones son formuladas por todos ellos. Los términos de ese contrato son clarísimos, no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, esto es, que con las certificaciones libradas a favor de don Nicolás se cobre por el Banco directa y personalmente sus importes hasta cubrir la deuda reconocida en el mismo, mediante notificación que se hizo por otro documento público, que fue el acta notarial de requerimiento entendida con el Secretario de la Corporación Municipal el 3 de abril de 1947, y de la que en período probatorio, juntamente con su tramitación, se produjo testimonio en los autos. Los términos del contrato no puede decirse que tengan carácter de generalidad, y dada su específica expresión, no pueden ni deben entenderse comprendidos en él, cosa distinta a la del propósito que lo constituyó. La certificación aportada en la demanda, suscrita por el señor Interventor del Ayuntamiento de Melilla con el visado de su Alcalde el 3 de junio de 1952, también documento público y solemnemente que fue autenticado en la etapa probatoria, folio 85 vuelto, acredita que dando cumplimiento a lo convenido los pagos se hicieron al Banco Hispano Ame-

ricano en virtud de la cesión hecha por don Nicolás Montesinos, por las obras que quedan mencionadas, y cuando también resulta por certificación del folio 152 del propio Ayuntamiento que el apercebimiento era para que sólo se realizaran los pagos al Banco nombrado y en la que consta el Decreto de la Alcaldía de 18 de abril de 1947 para que se abonen a dicho Banco, en lugar que al contratista don Nicolás Montesinos Jiménez, como consecuencia de la escritura otorgada el 28 del pasado mes de marzo ante el Notario de esta ciudad don Sebastián Rivas Larraz, vengo en ordenar se remita al señor Depositario de Fondos dicho documento, a fin de que lo tenga en cuenta en los pagos que se efectúan por las obras dichas, términos que repite la comunicación del mismo día suscrita por el Secretario. La certificación librada por el Interventor, de que queda hecho mérito, habiendo sido impugnada por la parte demandada, fue debidamente cotejada según ya dejamos dicho, cumpliendo lo que dispone el artículo 1.220 del Código Civil, que también se considera infringido por su no aplicación al prescindir de sus términos la sentencia que se recurre. Igualmente se consideran infringidos por su no aplicación y consiguiente violación los artículos 1.088, 1.091, 1.100, 1.101, 1.108, 1.158 número primero, 1.254, 1.255, 1.256 y 1.258 del mentado Código Civil, porque la sentencia recurrida los tuvo en cuenta. Es, por tanto, incuestionable que a tenor del contrato en cuya virtud se acciona, el Banco demandado, una vez cobrada la cantidad en él fijada única reconocida deber de 1.624.000 pesetas y que percibió directamente del Ayuntamiento de Melilla en metálico o en cheque; debió cumplir su obligación de notificarlo, y si siguió cobrando, a tenor de lo en tal documento pactado, ha de declararse la nulidad de los otros cobros provenientes de certificaciones de las obras de que era contratista don Nicolás Montesinos, único deudor reconocido a tales efectos, ya que la intervención de doña María y don Manuel en aquel documento lo fue sólo al efecto de garantizar con bienes propios la deuda de su hermano. Y sin poder aplicar esos cobros a otros pagos no autorizados. La sentencia de primera instancia en sus Considerandos apreció discriminaciones cual era la obligación de pago, única contraída en aquel documento, de cualquiera otras de la misma naturaleza que pudiera existir entre las partes contratantes y que debían tener su encaje en procedimiento adecuado contra quien procediera; cumplida esa obligación, incluso existiendo otras, el Banco demandado debió reintegrar a don Nicolás Montesinos las cantidades que hubieran cobrado con exceso sobre la establecida en el contrato, implicando esa devolución el pago de los correspondientes intereses; y como con el libramiento de 29 de julio de 1948 había sido cobrado con exceso el importe de la deuda, era consecuencia obligada que los siguientes abonados al Banco por el Ayuntamiento, sin haber cumplido la obligación pactada de dar aviso, imponía por ser nulos tales pagos, el reintegro de 1.152.035,30 pesetas, declarando en su sentencia, para no causar perjuicio al Banco Hispano Americano, la reserva de derechos y acciones que pudieran corresponderle en relación con los actores o alguno de ellos a través del adecuado procedimiento. La sentencia, entre otras, de este Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1945 estimó infracción de precepto legal en el fallo que incluye en una clausura contractual un caso totalmente distinto al previsto por los interesados, que en lo que en definitiva ha hecho la sentencia que se recurre, al permitir una extensión desorbitada a la obligación de pago, única que con sus créditos en el Ayuntamiento por razón de obras contratadas había contraído don Nicolás Montesinos, ya que aunque sin su consentimiento, ad-

mite el que haya podido hacerse pago de deudas que no eran de este litigante o con cargo a tales créditos, que debían ser liberados, dejándolos de percibir el Banco, desde el instante que se había cubierto la cifra establecida en el documento público. Consideramos también infringidos por interpretación errónea el artículo 1.137 del Código Civil, porque aun suponiendo la concurrencia de dos deudores, como la sentencia supone, de doña María y de don Nicolás Montesinos en una sola obligación que el fallo se imagina, aunque no se diga en el contrato, este último venía obligado al pago integro de la deuda de su hermana, que es lo que la sentencia ha hecho, al aplicar los créditos indebidamente cobrados por el Banco demandado, al pago de la supuesta y no justificada deuda de doña María, para que así fuera, y según el precepto citado era preciso que la obligación expresamente lo determinase, para que se constituyera con el carácter de solidaria, y eso ni siquiera lo dice la sentencia, que en su Considerando primero únicamente aprecia carácter de operaciones mancomunadas a las que los hermanos Montesinos realizaron con el nombrado Banco. Asimismo se considera infringido y por igual concepto de errónea interpretación el artículo 1.172 del mismo Código Civil, porque el discurrir de la sentencia para llegar al fallo debe suponer que don Nicolás tenía más de una deuda de la misma especie a favor del mismo Banco acreedor, para que al tiempo de hacer el pago pudiera darle aplicación que creyera oportuna. La sentencia recurrida a lo más que llega es a estimar dos deudas distintas, una de don Nicolás, la otra de doña María, y que el otro hermano don Manuel, apoderado de ambos, era el que determinaba a cuál deuda debía aplicarse, lo que supone la infracción apuntada, porque para ello era preciso la existencia de un solo deudor. Si se analiza los Considerandos de la sentencia recurrida, se verá su contradicción y error de interpretación legal cuando refiriéndose al dictamen pericial obrante al folio 143 llega a deducir que los cobros que hacía el Banco hasta llegar al 29 de julio de 1948 debían serlo para abono de la deuda de don Nicolás, porque no había consentimiento expreso por parte del interesado para hacer otra cosa, ya que ese consentimiento expreso por parte del interesado para hacer otra cosa, ya que ese consentimiento no consta en los autos y hasta el propio demandado así lo reconoce en el escrito de conclusiones, pero sí podía hacerlo con posterioridad, aunque tampoco conste el consentimiento de los autos, para aplicarlo al pago de la supuesta deuda de doña María, olvidándose cuando así habla que en esa propia prueba pericial, así como en la de Libros del Banco demandado del folio 185, es precisamente en el mes de abril de 1947 cuando el Banco por sí y ante sí, cuando todavía no había cobrado ninguna cantidad por cuenta de don Nicolás, hace el abono en la cuenta de doña María de tres certificaciones con un total de pesetas 219.252,78, sin que después aparezcan abonadas en la cuenta de dicha señora ninguna otra certificación. Y por aplicación indebida se estiman infringidos el propio artículo 1.172 antes citado, el 1.249 y el 1.253 del citado Código, por establecer precauciones sin que el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado, pues establece la de una autorización prestada por don Nicolás para que se hagan cobros de deuda de doña María sin establecer el hecho de donde pueda deducirse, o a lo más deduciéndola de una supuesta pasividad o inacción de don Nicolás, o sea otra presunción que por las razones que sea no estimo conveniente interponer antes la demanda inicial de este pleito, y que lo hizo cuando todavía tenía acción viva para hacerlo. Y también aplica indebidamente e infrin-

ge el artículo 1.261 del mismo Código, al suponer prestado un consentimiento sin determinar el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato y sin que se determine la causa de la obligación que la sentencia establece. La sentencia recurrida con una ambigüedad que contrasta grandemente con la concreción y claridad con que razona la dictada por el Juez de Instancia, habla de un complejo de negocios, que podrán o no haber existido, pero que no tienen relación alguna con lo que es objeto del pleito, que se circunscribe precisamente a que se declare cancelada una obligación pactada en escritura pública, se cancelen las garantías prestadas para el cumplimiento de aquella obligación, se reintegre al actor la suma indebidamente cobrada a don Nicolás Montesinos con sus intereses cuando ya tenía pagada su deuda se declare la nulidad de unas actuaciones procesales improcedentes y se le indemnicen los perjuicios que esta acción ha ocasionado. Habla de los tres hermanos con cuentas de créditos con el Banco demandado, cuando precisamente no aparece por ningún lado cuenta alguna que la sentencia diga de don Manuel Montesinos, y que esas operaciones que la sentencia dice mancomunadamente las pretende desdoblarse la demanda para obtener situaciones de derecho contrarias a la realidad, siendo precisamente el Banco el que concurre al otorgamiento de la escritura pública habiendo de una sola deuda a cargo de don Nicolás, que es la que se garantiza y a la que contraen los pactos escriturados. Dice de un volumen de cifras que exceden de negocios corrientes, sin que se sepa qué es lo que la sentencia entiende por negocios corrientes, sin que en nuestra modesta opinión puedan merecer otros calificativos las cantidades que en el pleito se barajan, dado hoy el volumen verdad que representan los negocios no corrientes. Aplicar indistinto de cantidades a las cuentas de don Nicolás y de doña María, sin tener en cuenta que si hay alguna aplicación de sea naturaleza en el Banco demandado quien la hizo, sin participación de los demandantes. La reclamación que contiene el apartado tercero del suplico de la demanda no tiene nada de extraña deduciéndola, como se deduce, de los términos de la escritura pública que el Banco suscribió, donde se reconoció un solo crédito. No se ha visto en el pleito si don Nicolás es hombre de escasa o gran fortuna y su crédito personal sería estimable cuando el Banco lo estimó para hacerle préstamos que después hubieran de ser garantizados. Efectivamente, los tres hermanos afianzan por el mismo título que lo es la escritura pública, el mismo negocio crediticio que se circunscribe a la deuda de don Nicolás, y en cambio no llama la atención del Tribunal de apelación el hecho de que si, efectivamente, también existía otra deuda de doña María, no se afectara en la escritura con las mismas garantías que luego el Banco pretende existen a su favor. Aunque después se analizó, desde ahora se remarca que don Manuel no cobró cantidad alguna del Ayuntamiento con posterioridad a la escritura de 28 de marzo, no, por tanto, pudo entregarlas al Banco, que es quien directamente las cobraba, como asimismo que es gratuita la afirmación del conocimiento y consentimiento del titular del crédito del Ayuntamiento para el abono a la cuenta de doña María se haya prestado. Hasta ahora habló la sentencia, según dice, fundamentándose en razonamientos lógicos para sacar un encaje jurídico basado en hechos que combatiremos en otro motivo, pero no sin dejar dicho ahora que el fraude no se presume, sino que debe probarse, y que la sentencia lo establece sin relación de hechos que puedan inducir a tal estimación, remitiéndonos a lo ya

dicho sobre el estado de cuentas a que se refiere el dictamen pericial. No es muy consecuente la sentencia recurrida cuando después de aceptar el estudio razonado de la de primera instancia, incluso con sus consideraciones de orden legal, establece la salvedad, sin ningún otro argumento, para excluir del fallo condenatorio el reintegro de la cantidad fijada en el apartado tercero del dictado por el inferior y liberar de la justa sanción que le había sido impuesta del pago de las costas a la parte condenada, si bien nos abstenemos, por respeto a los preceptos legales y a la doctrina de este Alto Tribunal, de combatir este último extremo, aun no estimándolo acertado, dado los demás pronunciamientos que el propio fallo, al confirmar el anterior, contiene.

Segundo motivo.—Autorizado por el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia recurrida ha incurrido en error de hecho y error de derecho en la apreciación de la prueba, resultando el primero de documentos auténticos que obran en los autos y que demuestran la evidente equivocación del Juzgador.

Sin complejidades de juicio y de razonamiento, como tiene dicho este Supremo Tribunal, queremos patentizar la equivocación de hecho sufrida por el Tribunal a que, ya que la sentencia que se recurre afirma la existencia de hechos que son base y que por documentos auténticos que obran en los autos, se demuestra evidentemente la equivocación padecida, toda vez que dicha resolución niega lo que los documentos afirman y afirma lo contrario de lo que los documentos auténticos dicen. Aunque tengamos que repetir algo de lo que antes hemos dicho, recogemos de la sentencia recurrida las siguientes afirmaciones: Que el litigio presenta un complejo de negocios y relaciones comerciales, que los tres demandantes tenían cuentas de créditos distintas y separadas, que se aplicaban indistintamente cantidades a las cuentas de don Nicolás y doña María; que los tres afianzan con el mismo título o negocio crediticio y que uno de ellos, don Manuel, por sí y en representación actúa en cuantas operaciones de cobro se efectúan en el Ayuntamiento y entrega de cantidades en el Banco para deducir que el cobro y destino a la cuenta de doña María de la cantidad que rebasa la garantía, por la escritura, se hizo con conocimiento y consentimiento del titular del crédito del Ayuntamiento; y como argumentación de orden jurídico, que el don Manuel cobra del Ayuntamiento y entrega las cantidades al Banco, imprimiendo a los actos en mérito de poderes, de aplicar las sumas percibidas del Ayuntamiento a créditos de doña María, aspecto de legalidad. Todas estas afirmaciones y en general las que contienen los razonamientos de la sentencia para llegar al fallo revocatorio del apartado tercero del de la sentencia del Juzgado de instancia están en abierta y clara contradicción con los hechos que aparecen en los documentos auténticos que obran en los autos y que son: La escritura pública de 28 de marzo de 1947, otorgada en Medilla ante Notario, que se contrae a un solo y exclusivo reconocimiento de deuda por parte del contratante don Nicolás Montesinos, y no de sus hermanos, de 1.624.000 pesetas, representada por las letras de cambio que en el propio documento se relacionan, y a ese y no a otros créditos se afectan, para su seguridad, distintas garantías hipotecarias y prendarias, así como la crediticia consistente en la cantidad que don Nicolás Montesinos, debe cobrar el Ayuntamiento de aquella capital como contratista para la ejecución de las obras, de una estación central de autobuses y de la plaza de toros, con la obligación de notificar a dicha Corporación la formalización de la escritura y con apercibimiento de que sólo el Banco realizaría los cobros

que por tales obras se efectuaren hasta completar la suma dicha y quedando nulo el del cobro de las certificaciones posteriores que hiciera dicho Banco Hispano Americano, con igual garantía con respecto a las fianzas constituidas por don Nicolás como contratista de las expresadas obras. Otro documento auténtico es la certificación de fecha 3 de junio de 1952 librada por el Interventor de Fondos Municipales con el visado del Alcalde de Medilla y hasta con la firma del Jefe de Contabilidad, que fué presentada con la demanda y en la que de manera bien patente se dice: días cantidades pagadas al Banco Hispano Americano de esta ciudad por los créditos cedidos al mismo por el contratista don Nicolás Montesinos Jiménez, por las obras realizadas en la estación de autobuses y plaza de toros, cuya certificación fué debidamente cotejada para su autenticidad al folio 85 vuelto de los autos, según figura en el apuntamiento. Resulta por tanto un evidente error lo afirmado por la sentencia con respecto a que don Manuel cobró del Ayuntamiento e hizo entrega de cantidades al Banco de esas certificaciones para que fueran abonadas en la cuenta de doña María en momento alguno anterior o posterior al pago de la deuda consignada en la escritura, ya que es el Banco quien cobró todas las cantidades que a partir de la fecha de tal documento público reseña la certificación mencionada, sin que para ello interviniera en la aplicación dada ninguno de sus clientes. Que es el Banco quien cobra exclusivamente el importe de las certificaciones y no don Manuel Montesinos es afirmación precisamente deducida de la certificación obrante al folio 52 de la reseña del apuntamiento, documento auténtico, indiscutible, donde se contiene el requerimiento del que también se acompañó copia con la demanda y que se hizo cumpliendo lo establecido en la escritura, con apercibimiento de que sólo realizaría los pagos que por tales obras se hagan al Banco Hispano Americano, y en el caso de que por el cobro de certificaciones se haya cubierto el importe de la deuda, vendrá obligado el Banco Hispano Americano a oficiar en tal sentido al excelentísimo Ayuntamiento, quedando nulo el cobro de las certificaciones posteriores por dicho Banco; ratificando esos términos el decreto de la Alcaldía que aparece en la misma certificación, en que dice con referencia a las sucesivas certificaciones de las obras de construcción de la Plaza de Toros y Estación de Autobuses, ese abonen a dicho Banco en lugar de al contratista don Nicolás Montesinos Jiménez, como consecuencia de la escritura otorgada el 28 del pasado mes de marzo; y la comunicación siguiente del Secretario al señor Depositario en que se repiten los términos del Decreto. Las afirmaciones que hace la sentencia, los supuestos que establece para llegar a su fallo la hacen incidir en el error de hecho que ha de deducirse de tales documentos auténticos. Para establecer como establece la sentencia ese complejo de relaciones comerciales, no ha podido deducirlo en manera alguna del documento, estado de cuenta de doña María Montesinos que se presentó con el escrito de súplica, porque tal documento dijo el fallo de primera instancia y lo confirma el recurrido, que no podría surtir efectos de ningún género en este litigio, en razón a lo extemporáneamente presentado, y si bien tiene facultades la Sala para estimar otros medios de prueba y al parecer se funda para establecer aquel supuesto, en el dictamen pericial, no debió olvidar que en el dictamen se halla como deuda de doña María, de letras de cambio, que precisamente figuran en la escritura de 28 de marzo de 1947, como fácilmente puede verse, sobre todo observando una letra de 500.000 pesetas, cedida por la razón social Parrés Hermanos, con vencimiento al 4 de junio de aquel año. Es decir que lo que la sen-

tencia hace para establecer esa supuesta deuda, es dar como elemento de ella, cifras comprendidas en el documento auténtico, con evidente error en la apreciación de los hechos. Por añadidura, la sentencia recurrida, que acepta los considerandos de la de primera instancia, admite todo lo que no combate de ésta y, por tanto, lo que muy razonadamente dice en el considerando número 16, donde se afirma no haber sido probada la existencia entre los contendientes de otra relación patrimonial distinta de la de la escritura pública, ya que los intentos de la parte demandada para acreditar otras, aparecen rodeados de escasa indeterminación pretendiendo una extensión de términos de los taxativamente autorizados por el Notario señor Rivas para ampliación de las específicas obligaciones contraídas y garantizadas, manteniendo subsistente el crédito pactado en el documento público, recogiendo a este particular la aportación que hizo el Banco a los autos de las tres letras de cambio ya figuradas en la relación inserta en tal documento público. No es que se pretenda sustituir al criterio del Juzgador, sino que discriminados los documentos auténticos referidos, se evidencia el error de hecho de los establecidos como supuestos del fallo combatido, absolutamente contrarios a lo dicho y pactado libremente por las partes litigantes en aquel documento público y lo determinado en los demás que dejamos referidos que es precisamente lo que este Tribunal Supremo constantemente dice ha de hacerse para combatir en casación las sentencias recurridas por este motivo; citándose a continuación como infringidos los artículos 1.216, 1.218 y 1.220 del Código Civil.

Tercer motivo: Autorizado por el número segundo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que las sentencias deben ser claras y precisas y en sentir del recurrente la que es objeto de este recurso está falta de claridad y de precisión, pues frente a la argumentación contundente, precisa y clara de la de primera instancia, se desenvuelve en una serie de ambigüedades e imprecisiones estableciendo supuestos y presunciones establecidas de una manera inesperada, confirmando varios extremos del primer fallo, revoca la condena de pago de 1.152.035,30 pesetas (el testimonio que tenemos a la vista para llevar más a la confusión y evitar la claridad absuelve del pago de 1.152.035,30 pesetas) y la condena de costas. A continuación cita el recurso la sentencia de 21 de abril de 1942, y añade: Indiscutiblemente, la Sala de instancia ha cambiado la posición que ocupó el Juzgado de Primera Instancia en el momento de decidir, pues aceptando todos sus considerandos, la consecuencia o fallo debía ser idéntica, y vemos que cuando en la primera sentencia, dando lugar a todas las peticiones de la demandas y habiendo razonado sobre el posible ejercicio de derechos y acciones que pudiera tener la Entidad condenada, frente a sus clientes, falla estableciendo en su final esa reserva de derechos y acciones para ejercitar en forma pertinente a través de adecuado procedimiento. Esto es, que como existen unos documentos públicos y solemnes de que antes se ha hablado, el Juzgador al no haberse contradicho en forma adecuada su valor probatorio, reserva el ejercicio correspondiente, ya que no haya elementos para decidir sobre otros extremos. Y la sentencia de segunda instancia que confirma en todas sus partes, salvo en el reintegro de cantidad y la condena en costas la sentencia apelada, sin determinar cuál sea la cantidad que doña María Montesinos pudiera adeudar al Banco Hispano Americano, no hace reserva alguna en tal sentido, pese a que lo único demandado por dicho Banco en el ejercicio de la acción hipotecaria del procedimiento sumario número 93/2 de 1952 eran 671.500 pesetas, cantidad muy

inferior a la condena de 1.152.035.30 pesetas, de cuyo pago absuelve la sentencia que se recurre en este momento. Cita ahora el recurso la cita sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1942, y continúa diciendo: Indudablemente, la sentencia recurrida, al ser los pedimentos de la demanda la liberación de una deuda de don Nicolás Montesinos, la cancelación de garantías y la devolución de lo cobrado en demasía, no puede absolver de esta última pedimento dando lugar a los dos primeros y acreditando todo ello en documento público, porque su hermana doña María pueda o no deber cantidad alguna al mismo interpelado judicial, aunque ella sea demandante, ya que su actuación como tal queda reducida a solicitar la cancelación de las garantías que ella había prestado en favor de su hermano y la nulidad de actuaciones judiciales contra la misma seguida por el Banco Hispano Americano con la consecuencia de daños y perjuicios. Es decir, que la sentencia recurrida no observa ni guarda la debida relación de las personas que intervienen con el objeto de proceso con las causas de pedir, que son bien distintas en algunos extremos entre don Nicolás y sus hermanos. La sentencia de primera instancia observando la debida congruencia resolvió el caso, en sus distintos aspectos, razonando en el considerando número 17 el carácter diferencial entre los distintos aspectos del negocio judicial planteado y acudió que al quedar extinguida la obligación escriturada, no podían subsistir los gravámenes y pactos de garantía entre los que se encuentran el crédito prestado por don Nicolás para darle una inversión distinta de la pactada en el documento público y como obligada congruencia en el siguiente considerando, razonar la procedencia de los tres primeros pedimentos de la demanda inicial.

Cuarto motivo: Autizado por el número cuatro del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Estimamos que el fallo de la sentencia recurrida contiene disposiciones contradictorias, porque si decimos, como se hace, que la obligación de don Nicolás constituida en la escritura pública de pagar 1.624.000 pesetas, reconocida como deuda en la escritura pública de 23 de marzo de 1947, está totalmente pagada, que, en su consecuencia, procede la cancelación de todas las garantías inherentes a la deuda, establecida por este demandante a favor del Banco demandado, que son nulas las actuaciones del procedimiento judicial sumario que el Banco inició contra dicha María y don Manuel reclamando parte de la deuda consignada en aquel instrumento público, no puede sin contradecirse decir en el fallo que don Nicolás Montesinos no debe reconocerse de toda la cantidad cobrada indebidamente por el Banco demandado como exceso sobre las de 1.624.000 pesetas, y que el Banco debía reintegrarla a ese prelo actor, a menos que hubiera establecido una causa de deber y una cantidad debida para deducir la compensación justa, que hubiera llegado a determinar la reintegrable si la había. La sentencia no hace nada de esto, no fija cantidad alguna que pudiera ser pago obligado a cargo de don Nicolás Montesinos fuera de la establecida en la escritura pública, no tiene en cuenta que el procedimiento sumario seguido por la entidad demandada contra don Manuel y doña María Montesinos se limita a una cantidad inferior a la que el Banco debe reintegrar, según el fallo de primera instancia y olvida además, que la propia Sala de lo Civil, en la sentencia que se recurre, declara la nulidad de actuaciones del procedimiento en que se reclamaba tal saldo, a todas luces indebido. Cuando el fallo declara esa nulidad de actuaciones es porque rechaza la cuenta que el Banco pretende tener con saldo acreedor doña María Montesinos, es decir, que no admite las partidas de la misma, porque no se han justificado, y en ese caso aunque

existiera la obligación de su hermano don Nicolás de pagar la deuda de ella, debería ser objeto del procedimiento adecuado a cuyo efecto se restaba la acción en el caso de primera instancia, pero nunca dejar esa parte de sentencia confirmada, puesto que no la excluye en la provocación y negarle, revocando la parte dispositiva del fallo apelado a su cliente don Nicolás, el reintegro de unas partidas de las que indebidamente y con cláusula expresa de nulidad, pactada en la escritura pública, cobró la entidad demandada y que debe reintegrar. Es indiscutible que el Juzgado ha tenido en cuenta al dictar la sentencia recurrida que si doña María hubiera tenido deuda alguna con el Banco demandado, como este pretendió hacer valer, se hubiera hecho constar en la escritura pública de 23 de marzo de 1947, al mismo tiempo y con las garantías que en ella se establecieron para la deuda de don Nicolás, y por eso da lugar a todos los pedimentos de la demanda y acepta los fundamentos y el estudio de prueba del fallo de primera instancia, si bien con la contradicción que se acusa, hace la revocación de la condena consignada en el apartado tercero del mismo y sin observar que esa contradicción, por ser tan manifiesta, no puede prevalecer en forma alguna.

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Juan Serrada Hernández:

CONSIDERANDO que el tema que se plantea en el primer motivo del recurso, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es el de la interpretación de la escritura otorgada por los hoy litigantes en 23 de marzo de 1947, por virtud de la cual uno de los demandantes, don Nicolás Montesinos, reconoce que adeuda en aquella fecha al Banco Hispano Americano determinada cantidad, afectando a su pago ciertas garantías, constituyéndose hipoteca sobre unos inmuebles, propiedad de sus hermanos, también otorgantes de esa escritura, y pignora sobre unos camiones, pertenecientes a los tres hermanos, así como autoriza a la Entidad acreedora, para que perciba los créditos que tenga contra el Ayuntamiento de Melilla, como contratista de las obras de construcción de una Estación Central de Autobuses y de la Plaza de Toros, con la obligación de notificar al Ayuntamiento la autorización de la expresada escritura, con apercibimiento de que realice los pagos que por esas obras se hagan al Banco Hispano Americano, y que cuando esté cubierto el importe de la deuda, el Banco acreedor, está obligado a oficiar en tal sentido al Ayuntamiento, quedando nulo el cobro de las certificaciones posteriores por el expresado Banco, escritura que si bien no ha sido apartada a los autos, sino a través de un testimonio de otras actuaciones, está reconocida y conformes los litigantes en su contenido, por lo que a ella es preciso atenderse, como fundamento de la demanda:

CONSIDERANDO que en este primer motivo, la parte recurrente alega con carácter principal, ya que los demás preceptos citados son consecuencia de éstos, que han sido violados por inaplicación los artículos 1.218, 1.261 y 1.293 del Código Civil, de los cuales, el primero, por referirse a una norma de valoración de la prueba, carece de eficacia directa invocando el número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal, por lo que es claro que únicamente se plantea el tema de la interpretación de la meritada escritura, y dentro de él, reconociendo civilmente la certeza de la doctrina que expone, olvida el recurrente que la sentencia impugnada, no desconoce el contenido de tal escritura, ni su obligatoriedad para las partes, pero si en uso de sus facultades, estima que los actos posteriores a su otorgamiento acreditan que el señor Montesinos, consintió y autorizó, que una vez cubierta su deuda, continuara percibiendo el Banco acreedor los demás créditos

que a su favor tenía del Ayuntamiento de Melilla por certificaciones de las obras que realizaba, para atender a otras deudas que ya también recurrente su hermana doña María, tenía con el Banco deudas que se vienen a reconocer en el recurso y acreditan la prueba reconocer practicada, apreciación que se hace como consecuencia de la prueba que ha tenido efecto, que revela la existencia de relaciones económicas complejas entre el Banco acreedor y los recurrentes; que los abonos por certificaciones de obras se hacían por el Ayuntamiento con intervención del hermano y apoderado del deudor principal en la tan repetida escritura, que firmaba su recibo y masa opuso a su cobro una vez cubierta la deuda, no obstante ser parte en la misma y hoy en el pleito, por lo que tenía un perfecto conocimiento de sus estipulaciones, esto aparte de que si bien el Banco estaba obligado a comunicar al Ayuntamiento la cancelación de esa deuda, recíprocamente el deudor estaba facultado para exigir su cumplimiento, por lo que su omisión es imputable a los dos y esta omisión revocaliza la apreciación de la Sala sentenciadora en el sentido de admitir un consentimiento que expresamente se revela por su intervención en los pagos ya directamente, ya por medio de su apoderado, que se repite fue parte en la escritura y garantizó su cumplimiento con la constitución de la hipoteca sobre un inmueble suyo, y con prenda de un camión, con independencia de que aun dentro del tema de interpretación que se plantea se ha tener en cuenta que es norma interpretativa de los contratos, la contenida en el artículo 1.292 del Código Civil, que previene que para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de estos, coetáneos y posteriores al contrato y precisamente estos actos han sido tenidos en cuenta por el Tribunal queques, sin que por último pueda estimarse infringido el artículo 1.249 del Código Civil, que por ser cuestión de hecho no puede invocarse por el cauce procesal del número primero, sino del séptimo del artículo 1.692 de esta Ley, ni tampoco el 1.253 de aquel Código, pues la sentencia se funda en la prueba practicada, no obstante aludir impropia y a la deducción y aun dentro de ella, no puede decirse que sea ilógica, y se hace con independencia de la escritura y con relación a los actos posteriores de las partes, aunque en ella tengan su origen, pero que se apartan de su estricto contenido, por lo que en sí misma no puede ser suficiente para resolver la petición, como única cuestión planteada en el recurso, lo que hace desestimable este motivo:

CONSIDERANDO, con relación al motivo segundo en que con apoyo en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se acusa por el recurrente error de hecho y de derecho en que a su entender incide la sentencia recurrida, citando como documentos auténticos la escritura pública de 23 de marzo de 1947, y una certificación librada por el Ayuntamiento de Melilla en 3 de julio de 1952, que el primero de los documentos es precisamente el cuestionado, cuyo análisis ya se ha hecho; pero el Tribunal de instancia no afirma cosa contraria de lo que en él se expresa, fundándose la sentencia en hechos distintos que estima probados, independientemente de la tan repetida escritura y, por tanto, lo que podía combatirse en casación no es la apreciación de lo estipulado en aquel documento, sino la realidad de los actos posteriores, respecto de la cual sólo opone la misma escritura, prescindiendo de aquellos y respecto del segundo, aparte de que no puede concederse la cualidad de auténtico a los efectos de casación, no acredita nada contrario a lo estimado por el Tribunal sentenciador, y por estas consideraciones y las expuestas en el razonamiento anterior, tampoco pue-

de admitirse el error de derecho con infracción de lo dispuesto en los artículos 1.216, 1.218 y 1.220 del Código Civil, por no haberse desconocido el valor probatorio de dichos documentos:

CONSIDERANDO que en el motivo tercero del recurso, articulado con apoyo en el número segundo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se aduce que la sentencia recurrida incide en vicio de incongruencia; pero su argumentación va encaminada a impugnar la sentencia en cuanto absuelve del tercero de los pedidos de la demanda, no por razón de incongruencia, sino por su fundamento legal, expresado en sus considerandos, y no advierte que formula distintas peticiones, que unas son acogidas, y sólo exceptúa la tercera, sin que sea cierto que haya variado la posición de los demandantes en la demanda, pues ellos no condicionaron ni separaron lo que era atinente a cada uno y formularon la súplica como un todo conjunto, que en sus distintos extremos pueden ser aceptados en su totalidad o en parte, siendo principio en que descansa la congruencia, que la sentencia contenga los debidos pronunciamientos resolviendo las cuestiones planteadas, como aquí ha hecho, sin que sea dable al recurrente a través de este motivo, obtener la casación pretendida, para lograr un pronunciamiento de fondo ya dictado, estimando la petición que no lo ha sido:

CONSIDERANDO que la contradicción alegada entre los distintos pronunciamientos del fallo a que se contrae el motivo cuarto del recurso fundado en el número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ya como manifestación de falta de claridad y precisión que como requisito esencial de las sentencias, exige el artículo 359 de la citada Ley, ya como una falta de lógica en el ejercicio de la potestad de juzgar, requiere que entre las disposiciones dictadas al resolver los extremos discutidos, existe una manifiesta incompatibilidad que en este caso no se da, pues las peticiones de la demanda son distintas, y de ellas se aceptan, aquellas que se derivan del título o documento que sirve de base a la acción ejercitada, y conforme a él se resuelve que la deuda que en la escritura pública de 25 de marzo de 1947, está satisfecha; que las garantías prestadas por el deudor y por sus hermanos también otorgantes y hoy recurrentes, han de cancelarse como consecuencia del pago de la deuda que aseguraban; la nulidad de un procedimiento sumario, en el cual los títulos que le fundamentaban estaban comprendidos dentro de la deuda reconocida y ya satisfecha, todos cuyos pronunciamientos, le son contradictorios del que se refiere a la no devolución de la suma mayor recibida por la entidad demandada, del importe de la deuda reconocida, por estimar que este exceso tiene un destino distinto para atender otras deudas, exigiendo una liquidación de cuentas en la que se fija cuál es el saldo favorable o adverso, sin que sea precisa una reserva de derechos para obtenerla; pues si asiste un derecho, ya como reiteradamente tiene establecido la doctrina de esta Sala, esa reserva no debe hacerse en la sentencia, pues el derecho en sí existe o no y no requiere para su ejercicio una autorización en la sentencia que debe abstenerse de hacerla, por no prejuzgar cuestiones que no le han sido sometidas:

CONSIDERANDO, como consecuencia de los razonamientos anteriores, que procede la desestimación del recurso.

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto a nombre de doña María, don Nicolás y don Manuel Montesinos Jiménez, contra la sentencia que con fecha 5 de julio de 1954 dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Granada; se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas, y librese al Presidente de la mencionada Audiencia la certificación

correspondiente, con devolución del apuntamiento que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» e insertará en la «Colección Legislativa», pasando al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Juan Serrada.—Francisco Bonel.—Joaquín Domínguez.—Francisco R. Valcarce.—Diego de la Cruz. (Rubricados.)

Publicación.—Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. señor don Juan Serrada Hernández, Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y Ponente que ha sido en estos autos, celebrando audiencia pública la misma en el día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico. — Alejandro Rey-Stolle. (Rubricado.)

En la Villa de Madrid a 13 de mayo de 1960; en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 17 de los de esta capital, y en grado de apelación ante la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de la misma, por doña María de los Dolores de la Fuente y Soto, mayor de edad, viuda, sin profesión y de esta vecindad, con doña María Inmaculada Peláez y de la Fuente, mayor de edad, casada, sin profesión especial y de igual vecindad, que está legalmente asistida de su esposo, don José Navarro Morenés, y contra don Alberto Peláez Avendaño, mayor de edad y de idéntica vecindad, siendo parte el Ministerio Fiscal; autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por quebrantamiento de forma, interpuesto por la parte actora, representada por el Procurador don Juan Corujo López-Villamil, y dirigida por el Letrado don Cirilo Torrens y Lafitte; habiendo comparecido en el presente recurso la demandada doña Inmaculada Peláez y de la Fuente, representada por el Procurador don Paulino Monsalve Flores y dirigida por el Letrado don Joaquín Garrigues y Díaz-Cañabate:

RESULTANDO que por el Procurador don Juan Corujo López-Villamil, en nombre de doña María de los Dolores de la Fuente y Soto y mediante escrito de fecha 21 de julio de 1958, que por reparto correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 17 de los de esta capital, se dedujo demanda contra doña María Inmaculada Peláez de la Fuente, asistida de su esposo, contra don Alberto Peláez Avendaño y el Ministerio Fiscal, sobre nulidad de sentencia, procedimiento y actuaciones; y cuya demanda basó sustancialmente en los hechos que estimó oportunos para terminar aplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos:

A) Declarando que doña María de los Dolores de la Fuente y Soto es capaz para administrar sus bienes.

B) Declarando la nulidad y anulando en todas sus partes la sentencia dictada con fecha 2 de junio de 1954, por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de esta capital, que en procedimiento sumario instado por doña María Inmaculada Peláez y de la Fuente, declaró a doña María de los Dolores de la Fuente y Soto, incapaz para administrar sus bienes y ordenó se la proveyera de un tutor a los solos efectos de esa administración; con la consiguiente nulidad del procedimiento sumario en que dicha sentencia recayó, y la nulidad también de todas las actuaciones practicadas en ejecución de la misma, entre ellas todas las relativas a la constitución del organismo tutelar de la supuesta incapaz, consejo de familia, tutela y protutela, que es total y radicalmente nulo, y nula asimismo toda su actuación.

C) Condenando a los demandados a estar y pasar por todas las procedentes declaraciones.

D) Condenando a don Alberto Peláez Avendaño a devolver a doña María de los Dolores de la Fuente y Soto, todos los

bienes existentes a nombre de ésta de que se hizo cargo al ser nombrado tutor en el mismo ser y estado en que se hallaban en la fecha en que se hizo cargo de ellos, más todos los frutos producidos y debidos producir por tales bienes desde la indicada fecha y rendir cuenta detallada y justificada de la administración que de los mismos ha ejercido.

E) Condenando a todos los demandados al pago de las costas del presente juicio:

RESULTANDO que admitida la demanda y emplazados los demandados compareció en nombre de doña María Inmaculada Peláez y de la Fuente el Procurador don Paulino Monsalve Flores, quien mediante escrito de 29 de septiembre de 1956, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 532 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y dentro del término preceptuado en el 535 de la misma, se excusó de contestar a la referida demanda, oponiendo a la misma con carácter dilatorio, la excepción de falta de personalidad en la actora por carecer de las necesarias para comparecer en juicio, segunda de las relacionadas en el artículo 533, y alegando los siguientes hechos:

Primero. Que comparece ante el Juzgado para accionar en este pleito por sí misma, sin ninguna representación, salvo la del Procurador, doña María de los Dolores de la Fuente y Soto.

Segundo. Que la actora, está declarada incapaz para administrar sus bienes por sentencia firme dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de esta capital, con fecha 2 de junio de 1954; que la actora aspiró a ser parte en el relacionado procedimiento, que tuvo carácter contencioso, para apelar la sentencia en él dictada, pretensión a la que el Juzgado no accedió por estar representada y defendida en el mismo dicha señora por el Ministerio Fiscal.

Tercero. Que el consejo de familia de la actora, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 215 del Código Civil, fué constituido ante el Juzgado Municipal número 3 de Madrid, luego que fué firme la sentencia que declaró la incapacidad de la actora, desiró su tutela, en 9 de noviembre de 1954, a don Alberto Peláez Avendaño, quien la desempeña desde entonces. Invocó los fundamentos de derecho que oreyó aplicables, y terminó suplicando se tuviese por opuesta la excepción dilatoria de falta de personalidad en la actora por carecer de las calidades necesarias para comparecer en juicio; tramitar el artículo en la misma pieza de autos y con suspensión del curso de estos, se dictase auto declarando que la actora no tiene personalidad por carecer de la calidad necesaria:

RESULTANDO que compareció el Procurador don Paulino Monsalve Gurrea, en nombre de don Alberto Peláez Avendaño, y el Ministerio Fiscal, se acordó suspender el curso de la demanda, y se dió traslado a la parte actora para que contestase a la excepción alegada de contrario, lo que llevó a efecto el Procurador don Juan Corujo López-Villamil, en nombre de la misma, mediante escrito de 6 de octubre de 1956, en el que alegó como hechos:

Primero. Que es cierto el correlativo.

Segundo. Que el de este número, se articula en forma confusa para velar la realidad; que frente a él dice que no hay ninguna sentencia firme declaratoria de la incapacidad de la actora; que lo que ha habido es simplemente un procedimiento sumario instado por la demanda, pretendiendo la incapacidad de su madre y en el que sólo fué parte el Ministerio Fiscal, y en ese procedimiento sumario se ha dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Madrid una sentencia, que debiera haber sido auto con arreglo al artículo 219 del Código Civil, en que con mero carácter provisional se ha declarado a la actora incapaz para administrar sus bienes debiendo proveerla de tutor a los solos efectos de la admi-

nistración de sus bienes»; y esta resolución, lejos de ser firme, es provisional, porque el citado artículo 219 establece como recurso contra ella la demanda en juicio ordinario, que es la que la aquí actora ha formulado; que es cierto que dentro de dichos procedimientos sumario pretendió la aquí actora ser parte, para oponerse a la pretensión de su hija, y no lo logró por la naturaleza sumaria del procedimiento que se seguía y por razones discutidas que no pudieron ser combatidas ante el Tribunal Supremo en recurso de casación, precisamente por la naturaleza provisional de las resoluciones que puedan en esos procedimientos recaer según se ha declarado entre otras, en sentencias de 5 de diciembre de 1945; mas ello nada tiene que ver con la pretensión adversa que ahora se formula de que se prive a la señora Marquesa de Castañiza del derecho de promover el presente juicio ordinario que expresamente le otorga el ya invocado artículo 219 del Código.

Tercero. Que, frente al hecho tercero, opone que también sin intervención y defensa de la actora, se ha constituido una tutela para la misma, tan anómala que el tutor no es pariente de la actora, sino de su hija, y que esa tutela, desde luego tan provisional como el fallo del Juzgado de Primera Instancia número 7, es, según dice expresamente dicho fallo, «a los solos efectos de la administración de los bienes» de la actora.

Cuarto. Que lo que la actora suplica en la demanda inicial de este juicio es que se declare que es capaz para administrar sus bienes y que se declare asimismo la nulidad de la sentencia dictada con fecha 2 de junio de 1954 por el Juzgado de Primera Instancia número 7; y después de invocar los fundamentos de derecho que creyó aplicables, terminó suplicando se dictase auto desestimando la excepción dilatoria alegada de contrario:

RESULTANDO que practicada la prueba propuesta y declarada pertinente, el Juez de Primera Instancia número 17 de los de esta capital dictó auto con fecha 5 de diciembre de 1956, desestimando la excepción de falta de personalidad en la demandante, articulada por la demandada; y consentida o ejecutoriada la resolución, que se diese cuenta para acordar conforme ordena el artículo 539 de la Ley Procesal:

RESULTANDO que apelada dicha resolución por la representación de la parte demandada, y sustanciada la alzada con arreglo a derecho, la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de esta capital, dictó auto con fecha 4 de diciembre de 1957, revocando el apelado y estimando la excepción de falta de personalidad de la actora, sin hacer pronunciamiento en cuanto a las cuotas de la apelación:

RESULTANDO que por el Procurador don Juan Corujo López-Villamil, en nombre de doña María de los Dolores de la Puente y Soto, y previa constitución de depósito por cuantía de 1.500 pesetas, se ha interpuesto, contra el anterior auto, recurso de casación por quebrantamiento de forma, con base en los siguientes motivos, autorizados todos ellos por el número segundo del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

Primero. Que infringe el auto recurrido, por interpretación errónea y torcida aplicación del artículo 219 del Código Civil; por indebida aplicación del artículo 533, número segundo, en relación con el artículo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Civil por no haber sido tenido en cuenta en relación con el citado artículo 319 del Código el artículo primero de la mencionada Ley de trámites; que la infracción de estos preceptos se produce porque en esencia, lo que dice el auto recurrido, es que el artículo 219 del Código Civil, podrá investir de acción al presunto incapaz en su calidad de interesado para deducir demanda en juicio ordinario contra la resolución que haya puesto término al expediente sumario de

incapacidad en que ésta se haya declarado provisionalmente conforme al artículo 219, digo 18, pero no por ello le invade de personalidad para ejercitar esa acción; y así con esta inaceptable interpretación del precepto llega a la inadmisiblemente consecuencia de que la incapacidad con carácter provisional de medidas tutelares o protectoras para el presunto incapaz en el procedimiento sumario en que el tildado de incapaz no fué parte ni se le oyó, ni pudo por tanto defenderse, se convierta en una incapacidad definitiva, no porque se haya seguido sin éxito después de procedimiento sumario el juicio ordinario que es lo que el artículo 219 del Código dispone, sino porque se deja inerte al presunto incapaz en la imposibilidad de ejercitar una acción que para su defensa la Ley expresamente le reconoce; que aun admitiendo el auto impugnado que pueda entenderse el artículo 219 del Código Civil en el sentido de que el presunto incapaz es el primer interesado en deducir demanda en juicio ordinario contra la declaración de su incapacidad hecha en el procedimiento sumario, si siquiera reconoce que esto es así, pues dice que puede también interpretarse el precepto en el sentido de que sólo pueden deducir la demanda en juicio ordinario las personas que con arreglo al artículo 214 pueden solicitar la declaración de incapacidad, e importe señalar que esto es insostenible, por tal interpretación se halla en abierta pugna con lo que previene el repetido artículo 219; que una cosa es que con arreglo al artículo 214 pueda solicitar la declaración de incapacidad en procedimiento sumario el cónyuge y los parientes del presunto incapaz que tengan derecho a sucederle abintestato, y otra que éstos sean los únicos interesados a que se refiere el artículo 219; en la palabra interesados, está forzosa-mente comprendido todo el que tiene interés en relación con la resolución que puso término al expediente sumario de incapacidad; y de igual modo que si esa resolución es adversa al instante del expediente sumario, éste es interesado y puede seguir solicitando la declaración de incapacidad en juicio ordinario, si en el procedimiento sumario se declaró provisionalmente la incapacidad, dice el recurrente que resulta hasta absurdo, que se piense que es el único interesado que puede formular la demanda en juicio ordinario, es el que no tiene motivo para impugnar la resolución que puso término al procedimiento sumario de acuerdo con su pretensión, porque entonces el único interesado en impugnarla es el presunto incapaz a quien afecta la resolución recaída en procedimiento en que no tuvo intervención ni se le permitió su defensa; que la recurrente pretendió ser parte en el procedimiento sumario, y por las razones que fuere, se le rechazó su pretensión apartándola en absoluto de todo procedimiento y no notificándola ninguna providencia ni siquiera la resolución final del mismo, debiendo a este propósito el recurrente rectificar algo que se dice en el considerando primero del auto recurrido, en el sentido de que fué consentida la resolución final del procedimiento sumario como consecuencia de la cual se proveyó a la recurrente de un organismo tutelar sin intervención de la hija instante del expediente, porque la hoy recurrente mal pudo consentir una resolución que ni se le notificó ni conocía, sin que tampoco se le notificara nada respecto de la constitución del aludido organismo tutelar, del que no sabe por qué se dice que fué ajena a la instante del expediente doña María Inmaculada Peláez, porque la recurrente totalmente apartada del procedimiento, sólo sabe que se le nombró como tutor a don Alberto Peláez cuyo apellido revela ser pariente de la instante y no de la Marquesa de Castañiza, y que ha reconocido serlo al personarse en el juicio ordinario de mayor cuantía, sin alegar por cierto la excepción de falta de personalidad en la demandante;

que ésta lo que ha hecho con pleno derecho es lo único que con arreglo a la Ley procede: ampararse en el artículo 219 del Código y utilizar contra el auto que puso término al procedimiento provisional sumario el recurso que autoriza el artículo 219, que es la demanda en juicio ordinario; que si en la palabra interesado del artículo 219 no está comprendido el principal y único interesado que es el presunto incapaz cuando se ha dictado una declaración provisional sobre su presunta incapacidad, el precepto quedaría totalmente vacío de contenido; no es interesada la hija instante del expediente doña María Inmaculada Peláez, única heredera abintestato de su madre, puesto que ha logrado su propósito y la demanda se dirige contra ella; no es interesado el tutor nombrado, porque él sí que debe hallarse falto de todo interés, es uno de los demandados por la hoy recurrente en el juicio ordinario, y además es un tutor nombrado según la resolución que puso término al procedimiento sumario, a los solos efectos de administrar los bienes de la recurrente, no para regir su persona, pues para esto esa resolución la reconoce plena capacidad, y por lo tanto para representarla en juicio la administración de los bienes y la representación en juicio, son conceptos totalmente distintos y así lo patentiza el artículo 219 del Código referente a la tutela de los que sufren interdicción, pues con relación a esta tutela se dice que se referirá a la administración de los bienes y a la representación en juicio del tutelado; cosa totalmente diferente de lo dispuesto en la resolución de procedimiento sumario limitada a los solos efectos de la administración de los bienes de la recurrente; que no se hable tampoco del defensor del presunto incapaz, como se hace en el considerando cuarto del auto recurrido, diciendo que el artículo 219 lo menciona; en efecto, existe una mención, pero ello no demuestra que el incapaz necesite valerse de defensor; lo que contempla el artículo 219 en su inciso final es que el presunto incapaz haya podido tener un defensor en el procedimiento sumario, porque conforme con el artículo 215, cuando es el Ministerio Público el que pide la declaración de incapacidad, el Tribunal debe nombrar defensor al presunto incapaz que no quiera o no puede defenderse, y lo que prevé el artículo 219 es que si el presunto incapaz ha tenido un defensor en el procedimiento sumario que ha sostenido la improcedencia de la incapacidad, este defensor, como interesado en impugnar la resolución final del procedimiento sumario que le fué adverso, puede promover el juicio ordinario, y sólo para tal especial caso dispone que en efecto el defensor que hubo en el procedimiento sumario puede promover el juicio, pero sin embargo no puede hacerlo sin autorización especial del Consejo de familia; pero aquí la recurrente no ha tenido defensor nombrado en el procedimiento sumario, ni lo hubiera podido tener porque ese defensor se nombra solo cuando promueve el expediente de incapacidad el Ministerio Público, y el presunto incapaz no quiere o no puede defenderse; y en el caso actual en el procedimiento sumario bien demostró por cierto querer defenderse la recurrente, puesto que pretendió ser tenida como parte y le fué negado incluso por la Audiencia apartándola totalmente contra su voluntad del procedimiento e imposibilitándola en absoluto su defensa, y finalmente el Ministerio Fiscal no puede nunca llamarse interesado para promover la demanda de juicio ordinario que no es misión suya, según terminantemente se reconoce, Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1917, que limita su intervención en el juicio ordinario que puede promoverse a ser parte en el mismo, y por ello figura como demandado en la demanda de la hoy recurrente, sin que haya opuesto a la misma la pretendida excepción de falta de personalidad, la consecuencia

es bien clara; de prevalecer la tesis del auto recurrido, quedaría convertido en letra muerta el artículo 219 del Código Civil y la recurrente se vería totalmente inermes y privada de la administración de sus bienes resultando condenada a la gravísima e injustificada situación sin haberse oído ni permitido su defensa porque nadie podría promover el juicio ordinario que establece el artículo 219 como recurso contra la resolución final provisional del procedimiento sumario del artículo 218; y si el presunto incapaz está legitimado «ad causam» para impugnar en el juicio ordinario la resolución final del procedimiento sumario, como queda bien patetizado, no cabe que se le niegue la legitimación «ad procesum», porque si está investido de acción lo está forzosamente a la vez de personalidad; podrá el interesado, dice el artículo 219, deducir demanda en juicio ordinario; y si interesado es el presunto incapaz, al disponer el precepto que podrá deducir la demanda le inviste de plena facultad para ello, y por consiguiente de personalidad para deducirla; de aquí que sea claramente inaplicable el artículo segundo de la Ley Procesal, en cuanto dispone que sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles para negar personalidad a la Marquesa de Castañiza, porque en ese precepto se establece simplemente una regla de carácter general que tiene sus excepciones y en los casos de excepción es la regla especial la que ha de aplicarse; sin duda, por ello, el artículo 533, número segundo, de la Ley Procesal no está redactado en los mismos términos del artículo segundo, puesto que lo que dice, no es que se hallen faltos de personalidad los que no estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, sino que la falta de personalidad del actor se produce por carecer de las calidades necesarias para comparecer en juicio; y por ello si un precepto especial como el del artículo 219 del Código inviste a una persona de acción y de las calidades necesarias para ejercitarla, pues en otro caso la acción de nada serviría, esa persona tiene notoriamente personalidad, porque comparece al ejercitar su acción en la forma ordenada por la Ley, como se dice en el artículo primero de la Ley de Enjuiciamiento; que el artículo 219 del Código Civil, posterior de la Ley de Enjuiciamiento, es sencillamente un precepto especial que excluye toda posible aplicación de una regla general en cuanto inviste al presunto incapaz de acción y personalidad para utilizar el único recurso establecido contra las resoluciones dictadas en los procedimientos sumarios, que es la demanda en juicio ordinario; que como en este caso, existen muchos otros en el Código Civil y en la Ley rituaría, a nadie se le ocurre negar personalidad a la mujer casada para comparecer por sí sola y sin licencia de su marido en juicio contra éste, a pesar de que no está en el pleno goce de sus derechos civiles y concretamente no tiene personalidad para comparecer en juicio sin licencia de su marido, porque existe un precepto especial, el del párrafo segundo del artículo 60 del Código Civil, que la inviste de personalidad para actuar por sí sola en litigio contra su marido; tampoco puede desconocerse al hijo menor de edad el derecho a comparecer por sí, a pesar de ser menor para pedir que se le nombre defensor en los asuntos en que su padre o su madre tenga interés opuesto, porque el artículo 165 del Código autoriza al mismo menor para formular dicha petición; también el hijo menor puede pedir su depósito cuando fuese maltratado por sus padres o recibiere de ellos consejos o ejemplos corruptores, porque así lo previene los artículos 1.880, número cuarto, en relación con el 1.910 de la Ley Procesal; que lo que el artículo primero de la Ley rituaría previene, es que la comparecencia se haga en la forma ordenada por la Ley, y la Ley es no sólo la regla general, sino las

especiales para cada caso especial que la Ley establezca; que resultan claramente vulnerados los preceptos invocados en el presente motivo y notoria la improcedencia de la excepción de falta de personalidad en la recurrente, investida, como se ha visto, de acción y personalidad, pues sin ésta no podría ejercitar aquélla, por el artículo 229 del Código Civil a que queda hecha tan repetida referencia.

Segundo. Infringe asimismo la resolución recurrida los artículos 218 y 219 del Código Civil, en relación con los 1.219 del Código Civil, en relación con los 1.251, párrafo segundo y 1.252 del propio Cuerpo legal, y con la doctrina de la jurisprudencia, consignada entre otras sentencias en las de 6 de octubre de 1891 y 5 de diciembre de 1945; y vulnera asimismo por aplicación indebida las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1911 y 26 de febrero de 1919, que tiene a bien invocar el considerando segundo del artículo, digo del auto, que combate; dice que por dos veces el auto recurrido en el considerando segundo y en el cuarto, que la declaración que puso término al expediente ordenado, en el artículo 218 del Código Civil operó ya «per se» desde la fecha de tal resolución, lo que la Audiencia denomina «el cambio o modificación del estado civil de doña María de los Dolores de la Fuente y Sotos», y que desde ese momento se provocó el cambio de estado y comenzó para la recurrente la situación jurídica de incapacidad, incompatible con el pleno ejercicio de sus derechos civiles, y esto no puede mantenerse sin incurrir en la infracción de los preceptos y doctrina mencionados, volviendo a vulnerar a la vez el tan repetido artículo 219 del Código Civil; que para que una resolución judicial produzca una situación de derecho definitivo contra una persona, es necesario que contra ella no quepa recurso alguno, y que la resolución se haya dictado en un juicio ordinario en que haya sido parte la persona a la que se pretende que la resolución afecta, es decir, que la resolución judicial produzca cosa juzgada; y sin más que atender a lo dispuesto en los preceptos de los artículos 218 y 219, 1.251, párrafo segundo, y 1.252 del Código Civil, es totalmente imposible sostener que constituya cosa juzgada, por la resolución final del procedimiento sumario provisional de incapacidad, un cambio de estado civil en la recurrente convirtiéndola de modo definitivo de capaz en incapaz y dejándola definitivamente privada de la administración de sus bienes sin que se le haya dado permiso para defender sus bienes a pesar de estar reconocida plenamente capaz para registrar su persona; que la cosa juzgada sobre incapacidad de la recurrente, para administrar sus bienes, requeriría la existencia de una sentencia válida dictada en juicio contradictorio y no susceptible de recurso alguno; y en este caso no se encuentra ciertamente la resolución final del procedimiento sumario a que se refiere el artículo 218 del Código Civil, porque, por ser el procedimiento sumario, y no un juicio contradictorio, no se hacen en él declaraciones definitivas, ni se pronuncian condenas, sino que, en caso de apreciarse una presunción de incapacidad, se establecen simplemente, en la medida que se fija, unas medidas de protección del presunto incapaz, siempre provisionales, en tanto no se dicte un juicio ordinario, y por lo tanto contradictorio, sentencia declarando definitivamente la incapacidad de que se trata si realmente existiera y en el juicio ordinario se resolviera de modo firme; y porque no es ciertamente resolución definitiva no susceptible de recurso la del procedimiento sumario, según los artículos 218 y 219 del Código, puesto que el segundo de dichos preceptos autoriza expresamente como recurso la demanda de juicio de mayor cuantía; que como se dice en los Comentarios de Manresa a la Ley de Enjuiciamiento Civil, los presuntos incapaces, mientras una

sentencia firme no declara la incapacidad, pueden defenderse por sí mismos en evitación de posibles abusos, y el presunto incapaz tiene el concepto de interesado a que se refiere el artículo 219 del Código, al efecto de atacar la declaración de presunta incapacidad hecha provisionalmente en procedimiento sumario, pues hasta que se dicte la sentencia firme en el juicio ordinario no hay cosa juzgada, y no puede hasta entonces afirmarse que el presunto incapaz no se halle en el pleno ejercicio de sus derechos civiles al efecto de comparecer en juicio; que esto es así en el caso presente, en que la resolución dictada en procedimiento sumario reconoce expresamente la capacidad de la recurrente para registrar su persona, y limita la declaración de incapacidad a la administración de sus bienes, disponiendo la constitución de un organismo tutelar a los solos efectos de administrarlos, por lo que la única variación que ha habido no es ningún cambio de estado civil, sino de mero carácter provisional y precatorio limitada a la administración de sus bienes; y es algo que por contradictorio no puede aceptarse, el que no se reconozca acción y personalidad a quien ha sido privada provisionalmente de la administración de sus bienes para impugnar esa privación de su administración, que además de ser provisional, ha sido decretada sin oír ni permitir defenderse a la recurrente; sin infringir, pues, el artículo 218 del Código Civil, no puede decirse que la resolución dictada en el procedimiento sumario haya operado «per se» el cambio o modificación del estado civil de la recurrente desde su fecha; porque, de un lado, conforme a ese precepto la resolución que recae en el procedimiento sumario está limitado a meras medidas tutelares del presunto incapaz para el caso de que realmente lo sea, y no es nunca una resolución definitiva sobre su incapacidad como sería preciso para que sea cosa juzgada de la conversión de una persona en incapaz; de otro, no puede suponerse dispuesto por la resolución dictada en el procedimiento sumario, cosa distinta de lo que en ella se dispuso, y en dicha resolución ni se limitó la capacidad a la recurrente para registrar su persona y para comparecer en juicio, sino que únicamente se le privó de modo provisional, de la administración de sus bienes, y de otro, en fin, la repetida resolución carece de carácter definitivo por su naturaleza, y precisamente por ser impugnabile en el juicio ordinario a que se refiere el artículo 219 del Código, no siendo por ello susceptible de recurso de casación como se ha declarado en otras muchas, en sentencias de 6 de octubre de 1891 y 5 de diciembre de 1945; que, finalmente, las sentencias de 12 de julio de 1911 y 26 de febrero de 1919, que invoca el considerando segundo del auto recurrido, no tiene la más mínima relación con el caso de que se trata; en la de 12 de julio de 1912 era cuestión de un juicio ejecutivo seguido contra un declarado incapaz por pródigo, en el cual actuó su tutor, y no habiéndose discutido la personalidad de éste durante el juicio el pródigo trató en casación de discurrir la fecha en que el tutor debió haber cesado en el cargo, pretendiendo con consecuencia la nulidad de las actuaciones del juicio, y lo que fundamentalmente dijo la sentencia, aunque en términos generales hablara de haber sido bien representado en juicio el pródigo por su tutor, es que la cuestión planteada no podía ser debatida por primera vez en casación, y mucho menos en perjuicio del recurrido que era el demandante en el juicio ejecutivo; ello aparte de que cuando se refiere al pródigo no es aplicable al incapaz, porque así como la declaración de capacidad conforme a los tan citados artículos 218 y 219 del Código se hace (contradictorio) en procedimiento sumario y no contradictorio, siendo después impugnabile en juicio ordinario, la decla-

ración de prodigalidad sólo se hace en juicio contradictorio es que es parte el presunto pródigo, y por ello la sentencia produce con relación a él cosa juzgada; y por lo que se refiere a la sentencia de 26 de febrero de 1919, se trataba de un caso en que se había decretado la nulidad de actuaciones de un concurso por hallarse recluso en un manicomio el concursado, sin que se tratara siquiera de nombrar tutor al loco, sino que se apreció la certidumbre del estado de locura del concursado, por lo cual, no habiendo en el caso ningún procedimiento sumario, ni ninguna impugnación en juicio ordinario de un presunto incapaz, mal pudo en esa sentencia decirse, y no se dijo, que la resolución final provisional del expediente sumario pueda producir (per se) y dicta un cambio de estado; lo que produce dicha resolución es sencillamente los efectos provisionales que en ella se indican, en este caso la privación a la recurrente de la administración de sus bienes con carácter provisional; y por ello, habido ni podido haber cambio alguno en su estado civil, resuelto de modo definitivo en juicio contradictorio, cuya sentencia produzca cosa juzgada, siendo cuestión «sub iudice» y materia propia del juicio ordinario promovido con arreglo al artículo 219 del Código Civil, la concerniente tan sólo a la administración de los bienes de la recurrente es notorio que la Sala ha cometido la infracción de los preceptos y la doctrina a que queda hecha referencia, en este motivo de tan notoria precedencia como el anterior.

Tercero. Vulnérase asimismo por la Audiencia por invocación y consiguiente inaplicación indebida del artículo 269, número 13 del Código Civil, en relación con el 262 del mismo Cuerpo legal y el 503 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y siempre en relación también con los artículos 218 y 219 del Código; se dice en el considerando quinto del auto que, constituida la tutela de la actora, es requisito conforme a los artículos 269, número 13 y 262 del Código, que el tutor cuenta con la autorización del Consejo de familia para formular cualquier demanda, y que a esta demanda se acompaña testimonio del acuerdo del Consejo de familia que para su promoción se hubiese adoptado; pero decir esto es colocarse en abierta pugna otra vez con los artículos 218 y 219 del Código Civil, conforme al 218, la resolución final del procedimiento sumario se limitó, reconociendo la capacidad de la recurrente para regir su persona, a declararla incapaz para administrar sus bienes, y a disponer de la constitución de un organismo tutelar a los solos efectos de esa administración de bienes; y por lo tanto sin infringir el repetido artículo 218 y la resolución provisional dictada en el procedimiento sumario, es impugnabile que ahora se suponga la existencia de un tutor con facultad para representar en juicio a la actora, sino simplemente la de administrar los bienes, y por lo tanto es evidente que el tutor no puede ser demandante, y mucho menos cuando es demandado y se pide en la demanda que sea condenado a la entrega a la recurrente de los bienes que administra con la consiguiente rendición de cuentas; consiguientemente no puede hablarse del artículo 503 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni de intervención de un Consejo de familia constituido para un objeto determinado y la simple administración de unos bienes y no facultado para regir la persona de la recurrente ni para representarla en juicio, volviendo a reiterar que la administración de bienes y la representación en juicio son conceptos totalmente distintos, como bien lo patentiza refiriéndose a la tutela de los interdictos el artículo 229 del Código, que no limita dicha tutela a la administración de los bienes, como está expresamente limitada la de la recurrente, sino que la extiende a la representación en juicio; que es más, el artículo 262 del Código Civil lleva a una consecuencia opuesta a la

que la Audiencia pretende, porque se dice que el tutor representa al menor o incapacitado en todos los actos civiles, señala claramente que esto es así «salvo aquellos que por disposición expresa de la Ley pueda ejecutar por sí solo»; y como por disposición expresa de la Ley, tratándose de la resolución final dictada en un procedimiento sumario del artículo 218 del Código, es en la resolución misma en la que se fijan los actos con relación a los cuales se establecen limitaciones para el presunto incapaz a esa resolución, ha de estarse, siempre con el carácter provisional que tiene, por lo cual siendo exclusivamente lo resuelto la incapacidad de la recurrente para administrar sus bienes, constituyéndose la tutela a los solos efectos de esa administración, es notorio que el tutor representa a la recurrente sólo en los actos civiles relativos a la administración de que ha venido a ser privada, y todos los demás actos civiles pueden ser realizados por la recurrente, y sobre todo, y especialmente, puede deducir la demanda en juicio ordinario a que se refiere el artículo 219, porque ya se ha demostrado que este precepto la inviste de acción y personalidad como única interesada que es, y sin reconocerlo así sería convertir en definitiva una privación de administración de bienes decretada sin audiencia ni defensa de la persona a la cual afecta dicha privación, que vendría de tal modo a ser verdadero despojo definitivo.

Cuarto. Infringe, finalmente, el auto recurrido el fundamental principio de derecho según el cual nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, cual es de ver en multitud de sentencias, como las de 13 de julio de 1928, 2 de febrero de 1929 y 10 de enero de 1945; conforme a la resolución final del procedimiento sumario, en que se declaró provisionalmente incapaz para administrar sus bienes, a la recurrente, y se la constituyó un organismo tutelar a los efectos solos de esa administración, la recurrente no podía entenderse definitivamente despojada de la administración de sus bienes mediante la resolución dictada sin audiencia ni su defensa, porque tenía mero carácter provisional, y la resolución era impugnabile por la presunta incapaz para administrar sus bienes en el juicio ordinario que previene el artículo 219 del Código Civil; que al negársele personalidad a la actora para formular esa demanda en juicio ordinario, de prevalecer esta negativa, sería definitiva la privación a la recurrente de la administración de sus bienes sin su audiencia ni su defensa, por quedar desprovista de la posibilidad del ejercicio de la acción de que le inviste el artículo 219; y consiguientemente es notorio que, aunque conforme al invocado principio, nadie puede ser privado de sus derechos y acciones sin previa audiencia y vencimiento en juicio, resultaría aquí, de no prevalecer el recurso de casación que interpone, que cualquier persona capaz, como la Marquesa de Castañiza, podría en un procedimiento sumario, sin su intervención ni defensa, resultar despojada con carácter definitivo de la administración de sus bienes; y esto es claramente infringir el mencionado universal de derecho que el presente motivo invoca como vulnerado e impone el reconocimiento a la hoy recurrente de la acción y la personalidad de que injustificadamente se le ha privado:

VISTO siendo Ponente el Magistrado don Pablo Murga Castro:

CONSIDERANDO que para poder enjuiciar debidamente el recurso por quebrantamiento de forma interpuesto a nombre de doña María de la Puente y Soto, es preciso ante todo fijar de modo exacto los términos del problema en lo que realmente es esencial para la decisión; y así es de notar que, por obra de un expediente sumario de incapacidad, seguido por su hija en contra de aquélla, se obtuvo una resolución judicial que, aun cuando al parecer se basaba en las normas con-

tenidas en la sección segunda, capítulo tercero, título noveno del libro primero del Código Civil, reguladas por un epígrafe de inequívoca significación «De la tutela de los locos y sordomudos», restringía los efectos normales que según la Ley tiene tal incapacidad, ya que se limitaba a la administración de bienes, de tal suerte, que sólo a tales efectos se constituía la tutela; y que iniciada por la dicha señora, la Marquesa de Castañiza, en su propio nombre y representación, pleito ordinario al amparo del artículo 219 del referido Código, para que se declarase, en esencia, que era capaz para administrar sus bienes con la subsiguiente nulidad del procedimiento sumario, la representación de su hija, doña María Inmaculada Peláez de la Puente, formuló, por modo previo, la excepción dilatoria de falta de personalidad (segunda de las del artículo 533 de la Ley Procesal Civil), tesis rechazada, en auto de 5 de diciembre de 1956, por el Juzgado número 17 de Madrid y acogida, con revocación de lo resuelto, en el auto que en 4 de diciembre de 1957 dictó la Sala Tercera de la Audiencia de esta capital, en la que sostiene que la declaración judicial del expediente sumario de incapacidad opera el cambio o modificación del estado civil de la incapaz y que mientras subsiste, su interés, debe ser representado por el tutor asistido del organismo tutelar, como únicos dotados de las calidades necesarias para la comparecencia en juicio a nombre de la persona protegida:

CONSIDERANDO que versado el recurso de quebrantamiento de forma interpuesto, en sus diversos motivos, sobre la impugnación de esa tesis, adversa a sus pretensiones, es preciso ante todo acudir a cuanto con referencia a los términos de la cuestión, se expresa en el considerando anterior, porque es patente que, según ellos, no se trata en el caso de resolver si la señora Marquesa de Castañiza, puede o no comparecer por sí en el juicio, que eso no lo vedó, por razones que ahora no son del caso, la declaración previa y sumaria de incapacidad, que está referida exclusivamente a la administración de sus bienes, declaración que impide la actuación del organismo tutelar, sino de si la defensa de su interés en la impugnación promovida en el juicio declarativo podía estar representada por ella o había de ser confiada al mismo organismo tutelar, al Ministerio Fiscal o a un defensor, hipótesis todas que si son ni pueden ser objeto de excepción, so pena de confundir un pretendido defecto de capacidad procesal con un supuesto de legitimación activa para actuar en el juicio, cuestión que es de fondo y que tiene su cauce adecuado para ser suscitada y resuelta:

CONSIDERANDO que, en su consecuencia, si los propios términos del auto dictado en procedimiento sumario, y por tanto provisional de incapacidad, no autorizan la decisión adoptada por el Tribunal «a quos», menos cabe apoyarle en los razonamientos jurídicos que se hacen, de los que hay que prescindir, por obvias razones de analizar ahora, las cuales tendrán ocasión de hacerse, en su momento oportuno, para entonces examinar los interesantes problemas que el caso en litigio suscita, tales como la posibilidad de hacer una declaración de incapacidad parcial limitada a la administración de bienes, por la vía utilizada, o la de resolver cómo juega en juicio ulterior, cualquiera que éste sea, el interés del incapacitado, ya aisladamente, ya protegido por los organismos representativos que con mayores o menores limitaciones le defiendan:

CONSIDERANDO que por estas consideraciones es de estimar que el auto impugnado, al proceder como lo hizo, infringió el número segundo del artículo 1.693 de la Ley Procesal civil, e incurrió en un vicio «in procedendo», tal como lo califica la sentencia de esta Sala de 12 de abril de 1955, debiendo subyacerse el presente caso, que si en otros supuestos la estimación de la excepción pudiera

engendrar dudas sobre la viabilidad formal del recurso interpuesto, su acogimiento responde a la necesidad de impedir, en razón oportuna, que quede consentida una resolución cuyo efecto inmediato es privar de capacidad procesal a quien equivocadamente la tiene para comparecer en juicio, según los propios términos del auto de incapacidad, e impedida, por tanto, para la defensa de sus derechos, abstracción hecha de su legitimidad o ilegitimidad, que no es este el momento de discutirse sobre su necesidad para recurrir a la voluntad del comunismo, no establecidos precisamente para esa función, los que han sido creados para iniciar causas y llevar a cabo.

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por anulación de forma, interpuesto por la representación de doña María de los Dolores de la Puente y Soto, Marquesa de Castañiza, contra el auto que en 4 de diciembre de 1957 dio la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, en el incidente sobre excepción dilatoria de falta de personalidad que en ella, como actora, concurre, por carecer de las cualidades necesarias para comparecer en juicio, resolución que anulamos y dejamos sin efecto, sin hacer, en cuanto a las costas, expresa imposición; devolvase el depósito constituido, y estas actuaciones se archiven, todo de Sala y autos originales—recibidas a la Audiencia, a fin de cursarse al Juzgado de donde proceden, y resolviendo la transición al momento procesal adecuado, se contiene el juicio declarativo ordinario con arreglo a derecho.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» e insertará en la «Colección Legislativa», pasando al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Manuel Ruiz Gómez.—Pablo Murga.—Francisco Bonet.—Joaquín Domínguez.—Manuel María Cavanillas (rubricados).

Publicación.—Leída y publicada fué la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Pablo Murga Castro, Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y Ponente que ha sido en estos autos, estando celebrando audiencia pública la misma en el día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.—Firmado: Alejandro Rey-Stolle (rubricado).

\*\*\*

En la villa de Madrid, a 21 de mayo de 1960; en el incidente sobre declaración de pobreza seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 25 de esta capital, y la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de la misma por don Ramón González Pasantín, mayor de edad, casado, Agente judicial y de esta vecindad, para litigar en juicio de retracto con doña Francisca Ayala Peredo, mayor de edad, viuda, sin profesión especial y de la misma vecindad; pendiente ante nos en virtud de recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el demandante señor González Pasantín, representado por el Procurador don Luis Parra Ortún y defendido por el Letrado don Alfonso González M. Alonso, siendo parte el Abogado del Estado:

RESULTANDO que por el Procurador señor Carballo, en representación, en concepto de pobre, de don Ramón González Pasantín y por escrito de 29 de agosto de 1957, formuló demanda de pobreza, para litigar en juicio de retracto contra doña Francisca Ayala Peredo, estableciendo los siguientes hechos:

Primero. Su representado, de cincuenta y ocho años de edad, casado, natural de Santiago de Compostela y residente en Madrid, calle de General Mola, 58, habiendo residido en los últimos cinco en Alcalá de Henares, calle de Santiago, número 1 y Santander, Balada de La Gaudara, número 9.

Segundo. Es casado, de profesión Agente judicial, siendo sus medios de subsistencia el sueldo de 1.530 pesetas mensuales, incluida la ayuda familiar, por toda clase de conceptos.

Tercero. Habita en la calle del General Mola, número 58, siendo titular del contrato Juana Zapitero Herranz, teniendo su ciente una sola habitación subarrendada, en la que permanecen los cuatro miembros de la familia, abonando un alquiler de 300 pesetas mensuales.

Cuarto. Su esposa doña Mercedes Sotelo Garay e, de cincuenta y un años de edad, teniendo dos hijos llamados María de Carmen y José Luis, de trece y ocho y veintidós años de edad.

Quinto. Su ciente carece de toda clase de bienes, así como sus hijos, siendo de destacar que además la hija de su representación está completamente incapacitada por enfermedad de carácter mental y que los dos hijos viven en el domicilio, bajo la patria potestad, dependientes de los medios económicos de su madre.

Sexto. Que a pesar de que su representado ha comprado un piso en la localidad de Armentia y Landa del país vasco, sobre el que se ejerce el dominio para el que se solicita la pobreza, lo ha vendido en un deseo de pretender llevar a sus familiares a una vida sana, mientras que no tienen en la actualidad, el vivir padres e hijos en una misma habitación, y mediante un préstamo de un caudal, don Adolfo Sotelo Garay, que se le facilitó por talca bancario extendido a su cargo contra su cuenta corriente en el Banco Español de Crédito, sucursal de Goya, coto los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó solicitando que previos los trámites legales, en su día se dictase sentencia declarando a su representado pobre en sentido legal, con los beneficios inherentes a tal declaración.

RESULTANDO que el señor Abogado del Estado por escrito fechado en 21 de septiembre de 1957 contestó la demanda estableciendo como hecho único: Que negaba como inciertos los del escrito de la demanda mientras no se acreditase con claridad su certeza en el trámite correspondiente. Y tras de alegar los fundamentos de derecho que estimó oportunos, solicitó que en su día se dictase sentencia abnegatoria del beneficio de pobreza, con imposición de costas a la parte promotoras del incidente:

RESULTANDO que por el Procurador don Félix Quesada Mas, en representación de doña Francisca Ayala Peredo, se contestó la demanda mediante escrito de 28 de septiembre de 1957, oponiéndose a la misma por medio de los siguientes hechos:

Primero. Acepta el correlativo.

Segundo. El demandante es Agente judicial, pero sus medios de subsistencia no son las 1.530 pesetas mensuales sino una cantidad considerablemente superior, estimada maliciosamente por el demandante, que como funcionario de la Administración de Justicia tiene 28.470 pesetas anuales fijas, más lo que le corresponde cobrar por Arancel; tiene 14.280 pesetas de sueldo dos pagas extraordinarias de 1.190 pesetas cada una; 2.730 pesetas y 1.820 pesetas anuales, ambas por gratificación; 5.780 pesetas anuales por ayuda familiar y 1.500 pesetas anuales por locomoción. Cantidades a las hay que añadir, lo que percibe por derechos de reparto, embargos, diligencias, etc. A ello hay que añadir lo que gana su hijo José Luis, que vive según dice el demandante en su domicilio y bajo su patria potestad, en la empresa Constructora Orcitana, o «Corsa», avenida de José Antonio, 43, ascendente a 16.443 pesetas anuales, resultantes de las 1.174,50 pesetas mensuales, más pagas extraordinarias. Es decir, que entre padre e hijo reúnen con seguridad alrededor de las 45.000 pesetas anuales, a las que hay que añadir los ingresos no controlados por los de su actividad de Agente judicial.

Tercero. Niega que don Ramón González Pasantín habite en la calle del General Mola, número 58, en piso propiedad—no posesión en arrendamiento, como se manifiesta en la demanda—de doña Juana Zapitero Herranz, que por cierto ha tenido que abandonar ante la actitud del señor González Pasantín. Quiere esto decir que el piso lo ocupa únicamente el aspirante a pobre que vive en uno de los mejores sitios de la capital de España.

Cuarto. Conforme con el correlativo.

Quinto. Niega el correlativo: ni los ingresos con los que se dicen en la demanda ni los hijos dependen de los medios económicos del señor González Pasantín.

Sexto. El hecho de que el demandante haya comprado un piso por 50.000 pesetas, es indudablemente un signo exterior de riqueza, que indica a todas luces un estado de prosperidad. En Madrid existe el problema de la vivienda, pero no hasta tal punto de que un pobre tenga que comprar y pagar por precio de compra, derechos pedales, etc. una cantidad que puede cifrarse alrededor de las 60.000 pesetas. Además es que la realidad de la vida es que el demandante y su familia disfrutan del mencionado piso de la calle del General Mola, 58, del piso entero, por obligada y forzosa ausencia de su propietario.

Séptimo. Exponiendo la verdad sobre los supuestos, falta de medios económicos del actor, han de añadirse que sus actividades judiciales vienen a demostrar todo lo contrario de lo que dice. En el transcurso de un año y tan solo en relación con una persona el señor González Pasantín, ha tenido procedimientos en el Juzgado Municipal número 12; Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 4; Juzgado Municipal número 9; Juzgado Municipal número 2; Juzgado Municipal y de Instrucción número 17. Aparte de ello un expediente disciplinario en el Juzgado que presta sus servicios; otro ante el Juzgado que tramita este incidente. Síntomas todos de un derrochero manifestado en la constante asistencia de Letrado y de una confianza absoluta en los medios de vida que pudieran resultar en caso de dejar de ser Agente judicial. Cito los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó solicitando se dictase sentencia denegando los beneficios de pobreza pretendida de contrario, con expresa imposición de costas al demandante:

RESULTANDO que recibió el incidente a prueba a instancia de la parte actora se practicó la de confesión de la demandada doña Francisca Ayala Peredo la testical con la declaración de tres testigos, la documental mediante la misma a los autos de los despachos que fueron relacionados.

A instancia del Abogado del Estado, se practicó la documental, mediante los oficios de los bancos de esta capital y a instancia de la parte demandada, la de confesión judicial de la actora, testical consistente en las dos declaraciones de los testigos que depusieron y la documental consistente en certificaciones de la Comunidad de Copropietarios de la casa ocho de la calle de Augusto Figueroa, de esta capital, de Registro de la Propiedad del Distrito Norte, de la Compañía Metropolitana, Tenencia de Alcaldía del Distrito de Buenavista, de la Habitación del Personal de la Audiencia Territorial y Juzgados de Primera Instancia de Madrid, de la Constructora Orcitana, Sociedad Anónima, y del Juzgado de Igual clase número 24 de esta capital; todas cuyas pruebas arrojan el resultado que en autos consta:

RESULTANDO que por el señor Juez de Primera Instancia número 25 de esta capital y con fecha 10 de diciembre de 1957, se dictó sentencia por la que se declaró pobre en sentido legal a don Ramón González Pasantín para litigar en los autos sobre retracto promovidos contra el mismo, por doña Francisca Ayala Peredo, en los incidentes que se derivan del mismo, en virtud de lo que previene

los artículos 33 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin hacer expresa imposición de costas:

**RESULTANDO** que interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia, por la representación de la demandada doña Francisca Ayala Peredo, y tramitado con arreglo a derecho, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, dictó sentencia con fecha 5 de mayo de 1958 por la que, con imposición de costas de primera instancia al actor, denegó el beneficio de pobreza legal a don Ramón González Pasantín, para litigar en juicio de retracto con doña Francisca Ayala Peredo, concedido en la sentencia apelada, la que revocó, sin especial condena de costas en esta segunda instancia:

**RESULTANDO** que por el Procurador don Luis Parra Ortíz, en representación de don Ramón González Pasantín, se ha interpuso recurso de casación por infracción de Ley contra dicha sentencia, con apoyo en el siguiente motivo:

Único. Infracción del artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el número segundo del artículo 15, por falta de aplicación, al amparo del número primero del artículo 1542 de la Ley de procedimientos. Se da como hecho probado en la sentencia recurrida que el total importe de los ingresos percibidos por el recurrente, asciende a 26.855,36 pesetas, o sea, 78 pesetas diarias, siendo el importe del doble jornal de un bracero en la localidad, el de 72 pesetas, de suerte que excede en 7 pesetas diarias la cantidad que percibe el recurrente, por razón de sus ingresos, que a excepción de su sueldo como Agente judicial, tiene un carácter variable, ya que su derecho a percibo de aranceles, la mayor o menor cuantía que éstos le reportan, depende de los litigios que se inician en el Juzgado, habiendo sido calculados en 1.270 pesetas al año. No podemos negar, y así hubo de afirmarlo el prestar confesión judicial, que una de sus hijas se encuentra recluida en el Sanatorio de Ciempozuelos, con carácter gratuito, sin que oficialmente le produzca provecho alguno al recurrente; pero en la práctica, habemos todos que no es así, porque si los gastos de alojamiento, alimentación y demás inherentes, son satisfechos por la Diputación Provincial, no puede negarse que sus padres, por lógica consideración, han de hacer visitas periódicas a la hija, trasladándose de la localidad donde habitualmente residen, produciendo unos gastos de viaje mayores o menores, y también obsequiando a la hija con arreglo a sus medios económicos, bien en cosas, bien en atenciones alimenticias, etc., etc. No pretendemos decir que estos gastos son obligados, pero si tenemos que sostener que se producen, ya que cualquier familia que se encuentre en esta situación, ha de creerse obligada por virtud de los vínculos familiares a cuidar a la sobreabundante del enfermo a visitarle con frecuencia y hacer dentro de sus modestos medios económicos, los mayores esfuerzos que le sean posibles para conseguir que el mismo se encuentre en mayor estado de comodidad o recobre pronto su salud. De modo, que si oficialmente no cuesta nada a la hija enferma, en realidad supone un gravamen para el padre, por las atenciones que se cree obligado a realizar, gravamen en el que seguramente se invierten esas 7 pesetas de exceso, que con la base para que se dictó la sentencia recurrida. Si de otra parte, aun cuando el hijo mayor gana 15.000 pesetas anuales aproximadamente, al contar como cuenta veintiocho años y ser mayor de edad, está fuera de la patria potestad, y el padre no disfruta, ni se ha probado que disfrutara, el usufructo sobre los bienes producidos por el trabajo de su hijo. No puede hablarse de ventajas derivadas del cargo de Agente judicial, ya que si bien es cierto que percibe 1.500 pesetas anuales, en indemnización por locomoción, o sea, 125 pesetas

mensuales, y más concretamente 4.15 pesetas diarias, hemos de estimar que esas no sirven más que para rehilegro de los gastos que hace, ya que si bien cuenta con pases para el tranvía y metro de Madrid, estos pases no tienen validez más que hasta el antiguo límite de la capital y no pueden alcanzarse a las barriadas extremas, tales como Vicálvaro, Carillas, Camillejas, Barajas, Hortaleza, Fuencarral, Chamartín, Villaverde, etc., etc., que han sido anexionadas a la capital. Por ello, el Juzgado teniendo en cuenta todas estas circunstancias, hubo de hacer aplicación de la facultad discrecional que le confiere el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por estar probado que los ingresos del recurrente no rebasaban en un 50 por 100 los tipos y posibilidades determinados en los artículos 15 y 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, criterio que no es compartido por la Sala sentenciadora al considerar, en una interpretación literal de la Ley, que al rebasarse estos tipos, necesariamente hay que denegar el beneficio de pobreza, interpretando erróneamente las circunstancias personales y familiares de la persona que solicita el beneficio. Si el exceso sobre el doble jornal de un bracero no son más que 7 pesetas diarias, cantidad ínfima en estos tiempos, en que el sueldo es de 36, si existe una hija demente, con la que se tienen que guardar atenciones, aun cuando no se pagan las estancia en el Manicomio de Ciempozuelos, si el hijo mayor de edad se gobierna por él, sin que el padre tenga usufructo alguno sobre sus bienes, habrá de convenir, que puede hacerse uso de la facultad discrecional del artículo 17 de la Ley, y declarar pobre a su representante, que con esas 7 pesetas de exceso no tiene ni puede tener bastante para atender a los gastos de un litigio. Al no ser marioneta a Sala sentenciadora, ha infringido los preceptos legales que sirven de cabeza a este comentario:

**RESULTANDO** que admitido el recurso, e instruidas del mismo las partes, se declararon los autos conclusos, y se mandaron traer a la vista con las debidas citaciones.

**VISTO** siendo Ponente el Magistrado don Diego de la Cruz Díaz:

**CONSIDERANDO** que aceptado por el recurrente de manera expresa, que contractualmente a cuanto expuso en su demanda, sus ingresos exceden del límite fijado por el apartado segundo del artículo 15 de la Ley de enjuiciar, y que por esta razón le fué denegado el beneficio que solicitaba; es evidente, que carece de viabilidad el único motivo del recurso contra la sentencia de instancia interpuso en el que se denuncia la infracción del artículo 17 de la Ley procesal, sin otra base que la de sostener que la facultad que dicha norma otorga para que puedan concederse los beneficios de pobreza a quienes, no rebasando sus medios de vida en más del 50 por 100 de los tipos fijados y sus circunstancias familiares o de salud le aconsejen, ha sido vulnerada; cuando es lo cierto, que lejos de desconocer esa facultad—que por serlo no puede servir de base a un recurso de casación—, revela, cuán inexactos son los datos que estaba obligado el recurrente a aportar en su demanda, tanto respecto a sus bienes e ingresos personales y de sus hijos, como a las necesidades que referentes a éstos debía cumplir; resultando bastante, y desahogada procesal suficiente, para denegar el beneficio solicitado, que hacen innecesario el destacar, como la Sala sentenciadora destaca, la inexistencia de las circunstancias que caso de darse, el artículo 17 citado permite tomar en consideración.

Por tanto: Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuso por don Ramón González Pasantín contra la sentencia dictada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de

esta capital, con fecha 5 de mayo de 1958, en los presentes autos, con el nombre a dicho recurrente al pago de las costas y a la pérdida de la cantidad que debió depositar, la que recibirá el destino prevenido en la Ley; y hacedo a a mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el Boletín Oficial del Estado e insertará en la «Colección Legislativa», pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Agente Charrin y Martín-Velilla.—Francisco Bonet.—Eduardo Ruiz.—Ovidio Siboni Cuenca.—Diego de la Cruz Díaz.—(firmados).

Publicación.—Leída y publicada fué la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Diego de la Cruz Díaz, Magistrado de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo y Ponente que ha sido en estos autos, celebrada en sesión pública la misma en el día de su fecha, de que como Secretario certifico.—Ramón Morales Rubalcaba.

## JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION

### MADRID

En virtud de providencia dictada con esta fecha por el señor don Jacinto Cayula-Anguey y Marañón, Magistrado de Primera Instancia número 26 de esta capital, en los autos de procedimiento judicial sumario seguidos a instancia de doña Nieves González Martín, representada por el Procurador don Vicente Olivares, contra don José María Videla García, mayor de edad, casado con doña María de los Angeles Parro Peñalosa, para la extinción de un crédito hipotecario ascendente en la actualidad a 200.000 pesetas de principal, intereses y costas se acordó por primera vez la venta en pública subasta de las fincas hipotecadas, cuya descripción es la siguiente:

1.ª Vivienda izquierda, subiendo por la escalera, de la sexta planta de la casa número 10, provisional, de la calle de Francisco Abril, con vuelta a la de los Meses. Ocupa una superficie de 193 metros 12 decímetros cuadrados y una altura de techo de 2 metros 70 centímetros. Esta distribuida en cinco habitaciones, tres con fachada a la calle de Francisco Abril, una con el patio y otra con fachada a la calle de los Meses. Linda por el frente con patio de la casa, caja de escalera, ascensor, rellano de escalera y vivienda derecha de la misma planta; izquierda, entrando, hotel de don Miguel Angeya; derecha, entrando, calle de los Meses; y por el fondo, calle de Francisco Abril. Coeficiente de copropiedad o tanto por ciento de participación en los elementos comunes de la casa y tanto por ciento de esta finca, con relación al valor total de la casa, 6,50 por 100.

2.ª Vivienda derecha, subiendo por la escalera, de la sexta planta de la casa número 10, provisional, de la calle de Francisco Abril, de esta capital, con vuelta a la de los Meses. Ocupa una superficie de 106 metros 96 decímetros cuadrados y tiene una altura de techo de 2 metros 70 centímetros. Esta distribuida interiormente en seis habitaciones, hall, pasillo de distribución y servicio; cuatro habitaciones, dando fachada a la calle Los Meses. Linda por el frente, entrando, con patio de la casa, caja de escalera, rellano y vivienda izquierda de la misma planta; derecha, entrando, hotel de don Miguel Angeya; izquierda, entrando, hotel de don Miguel Angeya; izquierda, entrando, calle de Los Meses, y fondo, con finca propiedad de Estudios Morc. S. L. Coeficiente de copropiedad o tanto por ciento de participación en los elementos comunes de la casa y tanto por ciento de esta finca con relación al valor total de la casa, 6,50 por 100.

Para cuya subasta, que tendrá lugar en la Sala Audiencia de este Juzgado, sito en la calle del General Castaños, número 1, piso tercero, se señala la hora de las doce de la mañana del día 5 de octubre próximo, bajo las condiciones siguientes:

Primera.—Servirá de tipo para esta primera subasta, por lo que a la primera finca se refiere, la suma de doscientas mil pesetas, y para la segunda también el de doscientas mil pesetas, sin que sean admisibles posturas inferiores a dichos tipos.

Segunda.—Para tomar parte en el remate deberán consignar previamente los licitadores el diez por ciento de dichos tipos, sin cuyo requisito no serán admitidos.

Tercera.—Los autos y la certificación del Registro a que se refiere la regla cuarta del artículo 131 de la Ley Hipotecaria estarán de manifiesto en la Secretaría de este Juzgado, y se entenderá que todo licitador acepta como bastante la titulación, sin tener derecho a exigir ningunos otros.

Cuarta.—Las cargas o gravámenes anteriores y los preferentes, si los hubiere, al crédito del actor continuarán subsistentes, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la res-

ponsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate.

Dado en Madrid a 19 de agosto de 1960.—El Juez, Jacinto García-Monge.—El Secretario, José Cabello.—7.133.

#### PUEBLA DE TRIVES

Don Alfonso Villagómez Rodil, Juez de Primera Instancia de Puebla de Trives.

Hago público: Que en este Juzgado, y con el número 15 de 1960, se tramita expediente a instancia de los hermanos José, Odilo y Antonio Pérez Gómez, mayores de edad, casados, industriales, naturales de Montederramo, de donde es vecino el primero, y los otros dos, respectivamente, de Orense y Vigo, para que se conceda autorización a sustituir su primer apellido, Pérez, por el de Cacharrón, o en otro caso a anteponer el apellido de Cacharrón al de Pérez, o, por último, que se unan uno y otro para formar el compuesto de Cacharrón-Pérez o Pérez-Cacharrón, para sí y sus descendientes.

Lo que se pone en general conocimiento por si alguna persona ignorada o desconocida la puede perjudicar dichas pretensiones, debiendo formular la oposición ante este Juzgado dentro de los quince días siguientes a la publicación del pre-

sente en el «Boletín Oficial del Estado» y en los «Boletines Oficiales» de las provincias de Orense y Pontevedra y en los tabloneros de anuncios de los Registros Civiles de Orense, Vigo y Montederramo.

Dado en Puebla de Trives a 26 de abril de 1960.—El Juez, Alfonso Villagómez.—El Secretario (ilegible).—7.131.

#### JUZGADOS MUNICIPALES

##### BARCELONA

Don Miguel Masa Ortiz, Juez municipal accidental del Juzgado número 2 de Barcelona.

Hago saber: Que en este Juzgado Municipal número 2 se tramita expediente a instancia de la súbdita apátrida Etienne Stancowich Stanko, mayor de edad, soltera, domiciliada en paseo de San Juan, número 78, quinto, segunda, en solicitud de que le sea concedida la nacionalidad española por razón de vecindad.

Lo que se hace público y notifica a quien pueda tener interés legítimo, para que dentro del término de quince días alegue ante este Juzgado lo que estime conveniente a su derecho.

Barcelona, 29 de julio de 1960.—El Juez, Miguel Masa.—El Secretario (ilegible).—7.136.

## V. ANUNCIOS

### MINISTERIO DE HACIENDA

#### Delegaciones Provinciales

##### PONTEVEDRA

Interpuesto recurso de alzada ante el Tribunal Superior de Contrabando y Defraudación por doña Eugenia Rodríguez y Carmen Domínguez Barbantes contra el fallo dictado por este Tribunal de Contrabando y Defraudación en el expediente número 1.044 de 1948, se les advierte que, según determina el artículo 89 del vigente Reglamento de Procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas, durante el plazo de diez días, y en la Secretaría de este Tribunal, tienen de manifiesto las actuaciones, a fin de que puedan alegar lo que estimen más conveniente a la defensa de su derecho.

Lo que se publica en el «Boletín Oficial del Estado» para conocimiento de los encartados en dicho expediente, José Domínguez Vila, Rosalía Alonso Pérez, Rosalía Cabo y Rosalía Coimbra, cuyos últimos domicilios conocidos eran en Canadela Alto, número 18; Luciano Conde, 84, primero; Pino, número 3, y Luciano Conde, 84, primero, de Vigo, y en la actualidad en ignorado paradero.

Pontevedra, 24 de agosto de 1960.—El Secretario.—Visto bueno: el Delegado de Hacienda, Presidente.—3.811.

Por acuerdo de la presidencia de este Tribunal de Contrabando y Defraudación, a las once horas del día 15 de septiembre de 1960, se reunirá la Junta de Valoración, establecida por el apartado séptimo del artículo 67 del vigente texto refundido de la Ley de Contrabando y Defraudación, para proceder a la valoración de las mercancías afectadas al expediente número 351 de 1960.

Lo que se publica en el «Boletín Oficial del Estado» para conocimiento del denunciado en dicho expediente, Casimiro Pujol, cuyo último domicilio conocido era en Thuir, Perpignan (Francia), y en la ac-

tualidad en ignorado paradero, a efectos de su asistencia, por sí o por persona que le represente legalmente, a dicho acto, advirtiéndole que su ausencia no impedirá la realización del servicio, del que se levantará el acta correspondiente, para ser unida al expediente de su razón.

Pontevedra, 26 de agosto de 1960.—El Secretario.—Visto bueno: el Delegado de Hacienda, Presidente.—3.819.

• • •

### MINISTERIO DE INDUSTRIA

#### Delegaciones Provinciales

##### BARCELONA

##### Nueva línea eléctrica

A los efectos previstos en la Orden ministerial de 12 de septiembre de 1939, se somete a información pública la siguiente solicitud, pudiendo los industriales que se consideren afectados presentar en esta Delegación de Industria (avenida del Generalísimo Franco, número 407), y en el plazo de diez días, los escritos, por triplicado, que se estimen oportunos.

Se reseña el nombre del peticionario y el objeto de la petición. Se utilizan materiales nacionales.

«Hidráulica de La Gabarresa, S. A.» Línea de transporte de energía eléctrica aéreo-trifásica a 11 KV, a San Martín de Sobremuns, afectando los términos municipales de San Baudilio de Lluarés y San Martín de Sobremunt.

Barcelona a 17 de agosto de 1960.—El Ingeniero Jefe, Enrique García Martí.—1.404.

##### Nuevas industrias y ampliaciones con importación

A los efectos previstos en la Orden ministerial de 12 de septiembre de 1939, se someten a información pública las siguientes solicitudes, pudiendo los industriales que se consideren afectados presentar en esta Delegación de Industria

(avenida del Generalísimo Franco, número 407), y en el plazo de diez días, los escritos, por triplicado, que se estimen oportunos.

De cada solicitud se reseña el nombre del peticionario, emplazamiento, capital, objeto y producción anual de la nueva industria o ampliación.

##### Nuevas industrias

«S. A. E. de Innovaciones Químicas». Malgrat. Fábrica sulfatos base y detergentes en polvo y en forma concentrada líquida (autorizada para producir 1.200 toneladas métricas de detergentes); 800 toneladas métricas de sulfato base y 1.200 toneladas métricas más 900 toneladas métricas de los detergentes citados, respectivamente. Materias primas de importación: 30 toneladas métricas de nonil fenol y 125 toneladas métricas de dodecíl benzeno, en la fase inicial de la fabricación.

«Antonio Petit, S. A.» Badalona. 684.000 pesetas en maquinaria. Fabricación de estabilizantes y antioxidantes para la industria de plásticos. Maquinaria nacional. Materias primas nacionales y las siguientes de importación: ácido heptanoico, 15 toneladas métricas; resinas epikote, 10 toneladas métricas; ácido maleico, 5 toneladas métricas; y ácido etil hexoico, 1,2 toneladas métricas.

«Bassat, S. A.» Barcelona. 6.000.000 de pesetas. Instalación de maquinaria en su industria de hojas de afeitar. 75.000.000 de hojas. Maquinaria nacional. Materias primas de importación: 93.000 kilogramos de fleje de acero.

##### Ampliaciones de industria

«Kromschroder, S. A.» Barcelona. Pesetas 2.441.000 en maquinaria de aportación extranjera. Ampliar su actual industria de fabricación de contadores de gas, instalando la siguiente maquinaria de importación: dos gasómetros de precisión de 660 litros c/u, máquina especial para esmerillar registros; dos máquinas eléctricas para fijación automática de roscas finas; un torno automático de precisión Steinhäuser, tipo St. F. 36 5. La producción