

## IV. ADMINISTRACION DE JUSTICIA

### TRIBUNAL SUPREMO

#### SALA PRIMERA

##### Sentencias

En la villa de Madrid a 31 de mayo de 1960; en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 20 de Madrid, y en grado de apelación ante la Sala Primera de lo Civil de su Audiencia Territorial por don Juan José Fraile Gallego, jornalero y vecino de esta capital, contra doña Eudostia Vélez Blanco, soltera, sin profesión especial y de igual vecindad, sobre retracto arrendaticio; pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de injusticia notoria interpuesto por el demandante, representado por el Procurador don Cristóbal Estévez Álvarez y defendido por el Letrado don Nicolás González Deleito; habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo la demandada y recurrida, representada y defendida, respectivamente, por el Procurador don Vicente Olivares Navarro y el Letrado don Rafael Besumán López:

**RESULTANDO** que mediante escrito de fecha 10 de junio de 1957 el Procurador don Cristóbal Estévez Álvarez, en nombre y representación de don Juan José Fraile Gallego, dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 20 de los de esta capital demanda contra doña Eudostia Vélez Blanco, alegando como hechos:

Primero.—Que en virtud del contrato de inquilinato, que se acompaña a la demanda, el administrador de la casa número 115 de la calle Lagasca, de esta capital, en nombre de la propiedad del inmueble cesó en arrendamiento el piso segundo, letra E, hoy cuarto de la referida casa, a don Isidoro Fraile Gallego, hermano, en la actualidad difunto, del actor.

Segundo.—Que en 1 de agosto de 1956 envió carta a don Mauro Fernández, administrador de la casa citada, el cual demandante, participándole que habiendo fallecido en 25 de junio de 1945 su hermano don Isidoro, se había subrogado en los derechos arrendaticios del mismo, al amparo de la legislación entonces vigente.

Tercero.—Que con fecha 13 de abril de 1957 el Notario de Madrid don Luis Sierra Bermejo envió, a nombre de don Isidoro Fraile Gallego, difunto hermano del hoy actor, el oficio que acompaña, recibiendo al día siguiente, 14 de abril de 1957; que dicho oficio participaba a los efectos legales oportunos; que doña Felisa López Gómez, propietaria de la casa número 115 de la calle Lagasca, de Madrid, había vendido el piso cuarto interior, objeto de autos, a doña Eudostia Vélez Blanco, y acompañaba copia simple de la escritura de compraventa; que el precio por el que se ha vendido dicho piso ha sido el de 30.000 pesetas.

Cuarto.—Que con anterioridad a la compraventa de referencia no se ofreció el piso de autos, en tanto, al actor, sucesor de los derechos arrendaticios de su premuerto hermano don Isidoro Fraile Gallego en la fecha que se indica anteriormente, acompaña la correspondiente certificación; y después de citar los fundamentos de derecho que estimó aplicables terminó suplicando que, en definitiva, se dicte sentencia estimatoria de la pretensión retractual que se ejercita, respecto al piso mencionado, declarando que el actor tiene derecho a retracto dicha vivienda y que la demandada viene obliga-

da a otorgar escritura de venta a favor del retrayente, dentro de plazo legal y bajo apercibimiento de hacerse de oficio y a su costa, todo ello con imposición de costas:

**RESULTANDO** que admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, doña Eudostia Vélez Blanco, se persiguió en los autos representada por el Procurador don Vicente Olivares Navarro, el cual por medio de escrito de fecha 24 de septiembre de 1957 contestó y se opuso a la demanda, alegando como hechos:

Primero.—Que niega en parte el correlativo de la demanda, aceptando únicamente que don Isidoro Fraile Gallego era arrendatario del piso de autos, no reconociendo el contrato de arrendamiento presentado por la actora bajo el número dos.

Segundo.—Que niega el correlativo de la demanda, manifestando que desconoce la notificación a que se refiere la parte actora en el documento acompañado.

Tercero.—Que reconoce como cierto el correlativo de la demanda y su documento en relación, pero significando de nuevo que el actor se ha dado por enterado de una escritura de venta en la que se menciona a su difunto hermano y cuya pendición notarial iba dirigida a este difunto.

Cuarto.—Que niega el correlativo de la demanda, manifestando que se anunció la venta por pisos o más exactamente la venta del piso de autos al hermano del demandante, de cuya defunción no se tenía noticia, ni destacó tampoco el hoy actor, que, por lo visto, recibió la notificación y se la guardó con la misma tranquilidad que el documento de compra que aporta con su demanda, dicha notificación se creyó a través del Notario don Luis Díez Pastor.

Quinto.—Que reconoce como cierto el correlativo y su documento en relación, pero este mismo documento deja sin personalidad, o sin legitimidad de acción a la parte demandante, ya que en la partida de defunción consta que estaba casado con doña Rosa Aldececa Tiza, y dejando cuatro hijos llamados Alfredo, Mario Adolfo y José Antonio, todos los cuales, y cada uno por sí, tienen derecho a suceder en el arrendamiento al titular arrendaticio con preferencia al hoy demandante, que una vez más deja de aportar, siquiera sea, una simple carta de la viuda e hijos, reconociéndole su derecho al piso, con lo que vuelve a entrar de lleno en el artículo 504 de la Ley Procesal Civil.

Sexto.—Que subsidiariamente, y para el caso improbable de que prosperase la acción, hace constar en este hecho los gastos que ha tenido la demandada con motivo de la compra del piso; y después de citar los fundamentos de derecho que estimó aplicables, terminó suplicando que seguido el juicio por sus trámites, en definitiva, se dicte sentencia desestimando la demanda, y para el caso de que se estimase declarar que la demandada tiene derecho a ser reembolsada de la suma que hace constar:

**RESULTANDO** que recibido el juicio a prueba, a instancia de la parte actora se practicó la de confesión judicial de la demanda, documental y testimonial; y a instancia de la parte demandada tuvieron lugar las de confesión judicial y documental; unidas las pruebas a sus autos y seguido el juicio por sus pertinentes trámites, el Jefe de Primera Instan-

cia número veinte de los de esta capital, dictó sentencia con fecha 9 de diciembre de 1957, por la que desestimó la demanda interpuesta por don Juan José Fraile Gallego contra doña Eudostia Vélez Blanco, absolviendo a la misma de aquélla y declarando en su consecuencia no haber lugar al retracto del piso cuarto, antes segundo letra E, de la casa número 115 de la calle de Lagasca de esta referida capital, imponiendo al actor el pago de las costas procesales:

**RESULTANDO** que contra la anterior sentencia se interpuso por la representación del demandante don Juan José Fraile Gallego, recurso de apelación, que fue admitido libremente y en autos efectos, remitiéndose los autos para la sustanciación de la alzada a la Audiencia Territorial de Madrid, previo emplazamiento de las partes, las cuales debidamente representadas, comparecieron ante la misma, con fecha 14 de febrero de 1958 se dictó auto por la Sala Primera de lo Civil de la expresada Audiencia, por el que declaró de efecto mal admitida la apelación de referencia y, en consecuencia, firme y ejecutoria la sentencia apelada:

**RESULTANDO** que el Procurador don Cristóbal Estévez Álvarez, en nombre y representación de don Juan José Fraile Gallego, ha interpuesto recurso de injusticia notoria al amparo de los números segundo y tercero del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por los siguientes motivos:

Primero.—Infracción, por aplicación indebida de los artículos 1561 y 1561 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 143 de la de Arrendamientos Urbanos, infracción productora de injusticia notoria, al ampliar al proceso de retracto una norma que el legislador dictó exclusivamente para procesos de desahucio o de resolución de contrato arrendaticio, como arrendamiento específico del demandado cuando el demandante retractual, como por ampliación del ámbito normativo a supuestos distintos, hace la Sala de instancia autorizada por el número tercero del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente; alegando que la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Madrid, declaró mal admitida, en orden a apelación contra el fallo del Juzgado número 20 de Primera Instancia de Madrid, basándose en que el demandante apelante no ha cumplido lo prevenido en los artículos 1560 y 1561 de la Ley Procesal y 143 de la Arrendamientos Urbanos que estos preceptos resultan violados infringidos, por indebida aplicación, que no se han dictado para su caso como el que es objeto de este debate procesal, que los artículos 1560 y 1561 (parágrafo segundo) de la Ley Procesal Civil vigente, son normas jurídicas-procesales de exclusiva aplicación en casos de desahucio, y por ampliación operada en méritos de analogía, inaplicable a este caso, con sujeción y fundamento en el artículo 148 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en juicios sobre resolución de situaciones arrendaticias; que del texto de dicho artículo, y de su interpretación jurisprudencial, se deriva inequívocamente, a) que el proceso en que tales artículos se aplican ha de ser de desahucio o de resolución de contrato arrendaticio, y b) que el inquilino o arrendatario ha de ostentar en tales procesos la postura de asal de demandado, ya que las normas procesales citadas a entrar en aplicación de los referidos artículos no tienen de prolongar la permitida en definitiva

do local sin la contraprestación del pago de la renta o merced oportunamente pactada o contenida; así, e. artículo 1.566 dice bien claramente: «En ningún caso se admitirá al demandado...» y no es procedente invocar el artículo 1.566 para evitarse de su exacto sentido, pretendiendo ampliar su aplicabilidad a un supuesto en que el inquilino no es demandado, sino demandante; cuestión nada balada, por cierto, ya que el rigor diferencial que la Ley consagra a este respecto, es decisivo a efectos de aplicación o inaplicación de la norma procesal invocada por la Sala para apoyar la resolución combatida; que, por tanto, si a pesar o versa sobre retracto, no sobre desahucio ni sobre resolución de arrendamiento, es evidente la inaplicabilidad de los artículos 1.566 y 1.591—párrafo segundo—de la Ley procesal, al caso contrario, que el artículo 142 de la Ley de Enjuiciamiento urbano, también invocada por la Sala de instancia para fundamentar la resolución combatida por vía de injusticia notoria, dice bien claramente que «para reclamar indispensable, tanto para que el inquilino, arrendatario o subarrendatario pueda disfrutar de los plazos que para desahuciar la vivienda o local de vivienda establece este capítulo, como para interponer los recursos a que el mismo se refiere, que pague o consignar la renta»; es decir, el derecho legítimo del propietario es que su extensión aplicativa quede limitada, confirmada, limitada, a los casos de procesos en que sea dable declarar un caso de vivienda o local de vivienda. Así, un proceso de desahucio o un proceso de resolución de situaciones arrendatarias; que se trata de una norma en cierto modo punitiva y no cabe adaptarla en sentido perjudicial para la parte débil. Inquilino, arrendatario, a situaciones no previstas ni previstas por el legislador; si éste hubiera querido que la norma en cuestión se aplicase a procesos de retracto, lo hubiese dicho expresamente; pero, además, el artículo 142 mencionado se refiere a los recursos que son objeto de regulación o regulación en el capítulo XII de la Ley especial de Arrendamientos Urbanos, y es evidente que en todo el capítulo XII no existe norma alguna regulativa de recursos en procesos retractuales ni situaciones afines a tales recursos; que con relación al retracto, el capítulo XII no hace otra cosa que encomendar su conocimiento a los Jueces de Primera Instancia (con exclusión de los Municipales y Comarcales—artículo 122, excepción segunda—y remitirle procedimentalmente al título XIX, Libro II, de la Ley de Enjuiciamiento civil—artículo 126, párrafo primero, de la citada Ley Arrendatarios—) que los recursos procedentes en procesos retractuales están referidos y regulados en la Ley de Enjuiciamiento, no en la arrendataria; por tanto, el artículo 142 de esta última no es, en modo alguno, de aplicación en los procesos de retracto, donde—además—el inquilino es demandado, sino demandante (retracto que es decisivo), y por último, ha de invocarse el aforismo «favorabilia sunt amplianda et odiosa sunt restringenda», impeditivo de aplicar, por vía analógica, una norma punitiva y excepcional a situaciones no previstas, de modo exacto y concreto, por el legislador para cada caso subsecuente en el precepto especial referido; y

Y segundo.—Quebrantamiento de formalidades esenciales del juicio, con producción de indefensión; al declararse, de oficio, mal admitida una apelación interpuesta en tiempo y forma y, por tanto, sin tramitación en la alzada, declararse firme una sentencia que la parte demandante y apelante estima lesiva para sus intereses jurídicamente protegidos; autorizada por el número segundo del artículo ciento treinta y seis de la Ley de Arrendamientos urbanos; alegando que las infracciones enunciadas en el primer moti-

vo de este recurso integran, además, un evidente quebrantamiento de formalidades procesales, quebrantamiento que produce indefensión al recurrente frente a una sentencia que apeló en tiempo y forma, por estimarla contraria al derecho objetivo y perjudicial para sus intereses subjetivos jurídicamente protegidos; que el Tribunal de segunda instancia está obligado a tramitar el recurso de apelación cuando este, como sucede en el caso presente, se ha interpuesto en tiempo y forma, y cuando, como también ocurre aquí, el apelante ha comparecido a hacer uso de su derecho ante la superioridad, dentro del término del emplazamiento; que así se infiere de los artículos mil seiscientos veintisiete, ochocientos cuarenta y ochocientos ochenta y siete y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, normas todas que constituyen un plan de formalidades procesales inexcusables, que la Sala de Origen ha quebrantado en evidente indefensión del demandante-apelante, a quien se ha exigido una formalidad (la de los artículos mil quinientos sesenta y seis y mil quinientos noventa y uno, párrafo segundo, de la Ley Procesal) no prevista específicamente en los procesos retractuales, sino sólo en los desahucios y resolutorios de situaciones arrendatarias.

RESULTANDO que admitido el recurso y conferido el oportuno traslado de instrucción a la representación de la recurrida, doña Eudisia Vélez Blanco, el Procurador don Vicente Olivares Navarro lo evacuó por medio del oportuno escrito, solicitando al propio tiempo la celebración de vista, y la Sala, de conformidad con lo interesado, acordó traer los autos a la vista, con las debidas citaciones.

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Bernabé A. Pérez Jiménez en este trámite;

CONSIDERANDO que con reiteración se viene proclamando por la jurisprudencia que la obligación de acreditar el pago o consignar las rentas adeudadas que para la viabilidad del recurso de apelación exige el artículo ciento cuarenta y ocho de la Ley de Arrendamientos urbanos, en relación con el mil quinientos sesenta y seis de la Ley de Procedimiento civil, alcanza sólo a los procedimientos en que se declare ultimado el contrato de arrendamiento con la consecuencia legal de desahucio y entrega del local a la propiedad, porque la razón o fundamento de esta exigencia radica exclusivamente en razones de igualdad contractual, ya que no es justo permanecer en el goce de una cosa arrendada sin el cumplimiento de la contraprestación fundamental de pago de renta, quedando por tanto fuera de la mencionada obligación todo procedimiento judicial en que no se ventile o verse sobre la vigencia y subsistencia del contrato, como acontece en el caso de autos que se refiere el retracto arrendatario y nada juzga ni significa el derecho de uso que queda al margen de la cuestión litigiosa y al no entenderse de esta forma el auto recurrido, declarando la caducidad del trámite por falta de repetido requisito es claro y evidente ha contravenido el precepto ciento cuarenta y ocho por interpretación errónea, por lo que se ha de dar lugar al recurso, ya que es el único tema debatido en esta fase de injusticia notoria y en su lugar que es de seguir el procedimiento por su cauce hasta resolver la cuestión base objeto de debate o sea el retracto ejercitado;

Fallamos: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de injusticia notoria interpuesto por el Procurador don Cristóbal Estévez Álvarez, en nombre de don Juan José Fraile Gallego, contra auto dictado por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid con fecha 14 de febrero de 1959 el cual se deja sin efecto, debiendo proseguir el trámite de apelación conforme a las normas que lo reglamentan, sin expresa imposición de las costas de este

recurso; y líbese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala 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.—Bernabé A. Pérez Jiménez.—Cástor Rull. (Rubricados.)

Publicación.—Leída y publicada fue la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Bernabé A. Pérez Jiménez, Magistrado de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, Ponente que ha sido en este trámite, 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 31 de mayo de 1960; en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Córdoba, y en grado de apelación ante la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, por doña Carmen Cámara Herrero, viuda, propietaria y vecina de Córdoba, contra «La Equitativa», Fundación Rosillo, domiciliada en Madrid, sobre resolución de contrato de arrendamiento; pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de injusticia notoria interpuesto por la demandada, representada por el Procurador don Adolfo Morales Vilanova, y defendida por el Letrado don Antonio Rodríguez; habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo la demandante y recurrida, representada y defendida, respectivamente, por el Procurador don Manuel Antón Garrido y el Letrado don Francisco Poyatos;

RESULTANDO que mediante escrito de fecha 12 de agosto de 1957, el Procurador don Ramón Gómez Roldán, en nombre y representación de doña Carmen Cámara Herrero, dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Córdoba, demanda contra «La Equitativa», Fundación Rosillo, alegando como hechos:

Primero. Que doña Carmen Cámara Herrero es dueña de una casa número 25 de la calle Claudio Marcelo, de Córdoba, cuya planta baja fue construida y está arrendada para oficinas; que las tres plantas superiores fueron edificadas y destinadas para viviendas; que este destino sólidamente se interrumpió el 1 de mayo de 1950, cuando la actora le cedió el piso segundo izquierda a La Equitativa para instalar las oficinas de su sucursal en esta capital, por un año y renta mensual de 1.100 pesetas; que La Equitativa, quitando y poniendo tabiques, acomodó el local a oficinas, sin vivienda de persona alguna.

Segundo. Que don Rafael Bueno Cámara Herrera tiene esposa y siete hijos, doña Carmen Cámara ocupa el piso primero de la referida casa, albergando en él a don Rafael y sus familiares y a su otro hijo, don Gregorio Bueno Cámara, soltero; que esta convivencia no puede continuar por razones materiales y morales; porque el local resulta pequeño para tantas personas, porque siete niños no permiten la quietud deseable para una mujer sexagenaria y de salud delicada, y porque las relaciones entre la suegra y la nuera imponen la separación; que, en consecuencia, don Rafael Bueno Cámara, necesita una vivienda independiente para sí, su esposa y sus hijos.

Tercero. Que don Rafael Bueno Cámara carece de local idóneo donde establecer su vivienda, por lo que su madre ha decidido facilitárselo; que para esto no queda más que con la mencionada casa número 25 de la calle Claudio Marcelo, que se halla distribuida así: todo el planto baja para oficinas de empresa, todo el piso primero, vivienda de doña Carmen

Cámara: piso segundo, oficinas de la demandada; piso segundo derecha—que consta de dos habitaciones privadas, una habitación pequeña, cocina y cuarto de baño, notoriamente insuficiente para satisfacer por sí solo la necesidad anteriormente explicada—, comprado por don Rafael Bueno Cámara como guacamuebles; el piso tercero derecha, vivienda de doña Teresa García Mesa, y el piso tercero izquierda, morada de don Manuel Viguera.

Cuarto. Que por auto, el 10 de agosto de 1958, doña Carmen Cámara le notificó notoriamente a la demandada que, para llenar la necesidad expresada, había vendido el piso segundo izquierda de la repetida casa, a fin de que, unido al otro piso de la misma planta, sirva de vivienda a su hijo don Rafael, con su esposa y siete hijas, y que había hecho la selección al amparo de la disposición transitoria décima en relación con los artículos 64 y 70 de la Ley sobre arrendamientos urbanos; que en su consecuencia, se negaba a la prórroga del arrendamiento mencionado en el hecho primero y la requería para que desocupara el local dentro del plazo legal, ofreciéndole el acceso a ello, el importe de dos años de renta.

Quinto. Que el 31 de agosto de 1958, La Equitativa se opuso al anterior requerimiento, alegando: a) Porque el supuesto de su hijo don Rafael Bueno Cámara no está colocado dentro del número segundo, apartado segundo, del artículo 63 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; b) Porque ha de entenderse no acreditada la necesidad conforme al número tercero del mismo artículo 63 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; c) Porque la Ley de Arrendamientos Urbanos no autoriza a que se pague la prórroga de más de un contrato de arrendamientos de vivienda; d) Porque, en el actual caso se encuentra comprendido también en el número segundo del artículo 64, en relación con el número tercero, del artículo 62 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; e) Porque de existir derecho formal, a ocupar el local arrendado, existiría siempre un evidente abuso de derecho; y después de citar los fundamentos legales que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia:

Primero. Declarando revuelto el contrato expresado en el hecho primero.

Segundo. Condenando a la demandada a desocupar en el plazo de cuatro meses el local objeto de dicho contrato, bajo apercibimiento de lanzamiento.

Tercero. Imponiéndole las costas a la demandada.

RESULTANDO que admitida a trámite la demanda y emplazada la entidad demandada «La Equitativa», Fundación Rosillo, se personó en los autos representada por el Procurador don Manuel Guerrero y García del Busto, quien por medio de escrito de fecha 5 de septiembre de 1957, contestó y se opuso a la demanda, alegando como hechos:

Primera. Que se acepta la alusión que a la propiedad de inmueble se hace en el correlativo, y se niega el resto, y concretamente que los pisos de la casa fueron edificados y destinados a viviendas, que en cuanto a ello, la parte demandada sólo sabe que arrendó un local de negocio como resulta de su contrato y destino que a la vista del contrato, tendieron a: a) La arrendataria fué la demandada, «La Equitativa» (Fundación Rosillo), Compañía Anónima de Seguros; b) En la cláusula primera del reverso se refiere como destino la instalación de las oficinas por la arrendataria; c) Se autoriza a la arrendataria para hacer las obras que quiera a fin de instalar sus oficinas; d) Expresamente se oculta a la demanda para colocar en los balcones rótulos o nombres con el nombre de «La Equitativa», Fundación Rosillo; e) Se prohíbe el arrendamiento de todo el inmueble o cualquier parte de él a arrendataria y no inquilino, y es una realidad que a su actividad

mercantil ha dedicado el local alquilado a la entidad demandada.

Segunda. Que acababa y completaba el correlativo con lo siguiente: a) No es correcto decir que doña Carmen ocupa el piso primero de la casa; lo que ocupa doña Carmen es la planta primera completa, compuesta de dos pisos; el derecho a Zepederas que ambos juntos tienen ocho habitaciones, más dos cuartos de baño y dos cocinas completas e independientes; b) Tampoco es correcto decir, sin más, que doña Carmen no puede vivir ahora con la familia que tiene en los pisos y precisa la propiedad de otro de la casa porque su situación actual es muy pareja a la que tenía cuando arrendó a «La Equitativa», ya que entonces, mayo de 1950, convivía con su hijo para el que ahora solicita el piso, ya casado y con tres hijos, y si bien estos nietos han aumentado, por otra parte ha disminuido la familia al quedar viuda, y ha desaparecido un despacho con el que este hijo Rafael tenía la Delegación Provincial de una Compañía de Seguros; que en tales circunstancias, convivencia con su hijo casado, con su madre, con sus nietos y con un despacho de la Compañía de Seguros de su hijo, arrendó y a han autorizado a su hijo arrendado los supuestos de necesidad por el solo aumento de nietos cuando desaparece, en cambio, su esposa y el despacho mencionado; que con la misma necesidad que ahora arrendó, y a las circunstancias de su arrendo ha de estar posteriormente, y como prueba, se aporta al documento tres de la Compañía, en que consta que los nietos Carmen y Rafael tienen ocho y siete años, respectivamente, y se remite al Padrón municipal, dejando señaladas las cédulas de este Orçamento a los efectos de prueba.

Tercera. Que se dice en el del mismo número que don Rafael carece de local propio lo que tampoco es cierto, porque: a) siendo dos los pisos que su madre, viuda y con otro solo hijo, ocupa en la casa es de presumir que le basta uno, y todo el otro está ocupado por don Rafael; b) Porque sin necesidad de llevar al extremo por que se afirma, en la propia casa hay un piso vacío, que invirtiendo los términos se dice en la demanda ocupa don Rafael como «guacamuebles», cuando, de ser cierto, sería más claro haber dicho que ocupa con unos muebles de don Rafael; que es este piso de los muebles de don Rafael un piso completo con cuatro habitaciones y servicios; tres de aquellas, a la calle Claudio Marcelo.

Cuarta. Que se acepta la referencia que al requerimiento y su contestación se hace en los hechos cuarto y quinto de la demanda.

Quinta. Que en resumen, por lo que a los hechos se refiere, se ha de decir: Primero. Que cuando la proplecaud arrendó el piso a la demandada, tenía conviviendo a su hijo Rafael, casado y, al menos, con dos o tres hijos y el despacho de una Compañía de Seguros; segundo, que en tal ocasión vivía su esposa y ya hoy ha fallecido, así como ha desaparecido el despacho de la Compañía de Seguros; tercero, que la propietaria no ocupa un piso, sino dos pisos con sus dos servicios de cocina, baños, etc., independientes; cuarto, que aunque con ella convivía su hijo Rafael y su numerosa prole, doña Carmen tiene por toda familia un hijo soltero, don Gregorio; quinto, que el piso arrendado a la demandada fué para local de negocio, y nunca que antes fuera vivienda; sexto, que en la casa existe un piso completo desocupado, que la actora manifiesta estar «comodado con muebles» de don Rafael, sin que siquiera diga tenerlo arrendado a dicho hijo; y después de citar los fundamentos legales que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia privando a la demandada de la demanda, declarando no haber lugar a la prórroga que en ella se ejercita, con imposición de costas;

RESULTANDO que recibido el juicio a prueba, a instancia de la parte actora se practicó la documental, reconocimiento judicial, y testifical, y a propuesta de la parte demandada tuvo en lugar las de confesión, judicial de la actora, documental, reconocimiento judicial y la testifical, y unidas las pruebas practicadas a sus autos y seguido el juicio por sus restantes trámites. Juez de Primera Instancia número uno de Córdoba dictó sentencia con fecha 18 de noviembre de 1957, por la que estimando la demanda promovida por doña Carmen Cámara Herrera, declaró resuelto el contrato de arrendamiento del piso segundo izquierdo de la casa número 25 de la calle Claudio Marcelo de Córdoba, de que se trata, considerando a la entidad demandada «La Equitativa» (Fundación Rosillo) a que la disposición decima del plazo legal, bajo apercibimiento de lanzamiento, imponiéndole además las costas del procedimiento.

RESULTANDO que para la ulterior sentencia se hicieron por la representación de la demandada «La Equitativa» (Fundación Rosillo) recurso de apelación, que fué admitido, libremente y en ambos efectos, y sustentada la alzada por sus peritajes tramitados en Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Provincial de Sevilla dicha sentencia con fecha 12 de marzo de 1958, por la que sin haber estimada imposición de las costas de la segunda instancia, se alina en todas sus partes la sentencia apelada.

RESULTANDO que en depósito de procesos 2.650, el Procurador don Adolfo Morales Villaverde, en nombre y representación de «La Equitativa» (Fundación Rosillo), ha interpuesto recurso de nulidad notoria al amparo de la causa tercera del artículo 106 de la Ley de Arrendamientos Urbanos por el siguiente motivo:

Único. Fundado en la causa tercera del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por interdicción al fallo recurrido erróneamente el aparato b) de la declaración transitoria decima en relación con los artículos 63 y párrafo cuarto del 63 de la referida Ley de Arrendamientos Urbanos, alegando que la norma que se denuncia por el presente motivo, como interpretada erróneamente por la Sala de la Audiencia Territorial de Sevilla, en la sentencia que se recurrió, establece concretamente cuando con anterioridad a la vigencia de la presente Ley se hubiere arrendado un local destinado para servir a la casa habitación con el fin de ejercer en él actividad industrial, comercio, o de enseñanza con fin lucrativo que a pesar la calificación de local de negocio, por el artículo 65 será de aplicación, sólo en lo relativo a la indenización que percibirá el arrendatario, la cual se establecerá según lo dispuesto en los artículos 70, número cuarto, o, en su caso, 73, párrafo cuarto y siguientes, y, en todo, que la calificación ha de hacerse conforme a las recueltas previstas por el artículo 65 del mismo cuerpo legal, resultando que son las siguientes:

Primera. Que se justifica el bidamiento la necesidad.

Segunda. Que se plantea el requerimiento en los términos previstos en el artículo 65.

Tercera. Que se plantea el requerimiento con un año de antelación.

Cuarta. Que el arrendamiento sea independiente en la planta, en el inmueble, en la finca, y se debe haber acordado, en la forma que prescribe el artículo 73, párrafo cuarto, que de acuerdo con la establecida en la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, los locales en los que las Compañías de Seguros, dependan de otros, no han de ser considerados como locales de negocios; de lo que se deduce que como tales no se aplican como locales de negocio que no han de ser los arrendamientos que se refieren en el párrafo cuarto del artículo 73 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y no como viviendas; pues bien, sien-

no esto así, es evidente que en el caso de autos juega el artículo 73, en su párrafo cuarto, a la hora de fijar la indemnización por resolución del contrato con motivo de necesidad de la propiedad; que tal precepto viene a enseñar que «será aplicable lo dispuesto en el párrafo primero cuando la indemnización a satisfacer por el arrendador la señala la Junta de Estimación computándose el plazo para el pago»; que de lo dicho se infiere que la actora debió de haber requerido a la recurrente para fijar la indemnización por medio de la Junta de Estimación, y que cuando por esta Junta se hubiese determinado cuál era la indemnización a satisfacer por la actora hubiera ofrecido a La Recurrente para que ésta hubiese adoptado la correspondiente postura legal; pero como no se ha hecho así, es evidente que se ha incurrido en un defecto formal, causa de nulidad, en cuanto se refiere al acto de oficio, para poder listar la correspondiente acción denunciatoria a la próroga de plazo como consecuencia de la necesidad; que en el caso de autos, la actora se ha limitado simplemente a poner en conocimiento de la recurrente su deseo de negociar la continuación del contrato, esto es, la próroga que ha manifestado la existencia de una necesidad que al modo de ver de la parte recurrente no ha quedado debidamente probada, pero que no se ha de entrar en ello por no ser causa de este defecto, y por último, ha ofrecido dos modalidades de renta, como indemnización a la Equitativa, olvidándose por entero el preceptado por la referida disposición transitoria decima, apartado b), de la Ley de Arrendamientos Urbanos; disposición que igualmente ha sido interpretada de forma errónea por la sentencia recurrida; que no se debe de olvidar que si el local objeto de la presente litis merecía la consideración de local de negocio, consecución que la merece no solamente de acuerdo con lo previsto por la legislación estatutaria, sino con la doctrina establecida por este Tribunal Supremo al disponer que se tratara de un local de negocio aquel en el que se desarrolla la actividad propia de la empresa en su vida social (sentencias de 21 de noviembre de 1951, 24 de marzo de 1952, 8 de noviembre de 1955 y 14 de diciembre de 1956, en las otras muchas), por lo que a la hora de fijar la indemnización de satisfacer y pagar por las partes, ha de estarse por encima de lo previsto en la Subsección segunda, capítulo séptimo, y especialmente en el artículo 73, que en definitiva, la parte recurrente entiende ha existido la interpretación errónea de los preceptos que en el encabezamiento de este motivo se denuncian:

RESULTANDO que admitido el recurso y conferido el oportuno traslado de instrucción a la recurrida doña Carmen Ganara Herrero, lo evacuó por medio del escrito escrito, en el que impugnó dicho recurso, alegando: Que el motivo del recurso plantea una cuestión no alegada, ni siquiera aludida, en la primera instancia; se combatió diciendo que no existía la necesidad invocada por la propietaria; que se había hecho mal la selección, y hasta que se obraba con abuso de derecho; pero nada se apuntó con referencia a la indemnización ofrecida; que este silencio implicaba que se estimaba ajustado a la Ley tal ofrecimiento, o que se aceptaba voluntariamente la indemnización ofrecida que para evitar equívocos, conviene tener bien sentado que un local destinado a cualquier u oficinas no es realmente el local de negocio que define el artículo primero de la Ley; es un local asimilado al de negocio por el párrafo dos del artículo quinto y regulado por normas especiales relativas al traspaso (artículo 30) y a la indemnización por la negativa a la próroga del contrato (número cuarto del artículo 70); que la simple lectura del apartado b) de la disposición transitoria decima evidencia la situación del recurrente:

te: la indemnización que percibirá el arrendatario «se establecerá según lo dispuesto en los artículos 70, número cuarto, o en su caso...»; y el número cuarto del artículo 70 establece que cuando se trate de arrendamiento comprendido en el párrafo segundo del artículo quinto, «la indemnización será de dos anualidades de rentas; que ésta es la indemnización que ofreció la propietaria en la notificación-requerimiento notarial; si la tasación se hace por la Ley, no hay por qué ir para que acudir a la Junta de Estimación.

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Baltasar Rull Villar:

CONSIDERANDO que fijado el ámbito del proceso y de la jurisdicción por los escritos constitutivos de la relación jurídico-procesal, por el principio dispositivo que rige su planteamiento y en virtud del cual son las partes las que determinan las cuestiones sometidas a discusión, surge como consecuencia inevitable la necesidad de no variar su contenido añadiendo cuestiones nuevas extemporáneamente cuando sería ya imposible ofrecer las alegaciones y pruebas que pudieran desvirtuarse, razón por la cual la Ley de Enjuiciamiento Civil, encargada de establecer las garantías de acierto en la actuación judicial, ordena, en el número quinto del artículo 1.729, que no se admita el recurso extraordinario de casación, y lo mismo es aplicable a su análogo de injusticia notoria, cuando la Ley o doctrina en que se apoyen se refieran a cuestiones nuevas, no debatidas en el pleito, debiendo reputarse cuestiones nuevas a todos los efectos, como queda dicho y ha recordado la jurisprudencia, las suscitadas con posterioridad a los períodos de alegación y discusión (sentencia de 4 de junio de 1947), y aunque por estimar el Tribunal que, aun existiendo alguno de los motivos de inadmisión comprendido en el citado artículo, es conveniente por las circunstancias un más detenido examen, los motivos de inadmisión pueden y deben convertirse en motivos de desestimación, según tiene reiteradamente declarado este Tribunal:

CONSIDERANDO que por las razones expuestas procede la desestimación del único motivo del recurso en el presente caso, porque, como dice la sentencia recurrida, en el acto de la vista del recurso de apelación se abandonaron expresamente todas las excepciones y objeciones en que se fundaba la oposición a la demanda, que no eran más que la falta de necesidad alegada, la existencia de otro piso disponible y que el piso en cuestión no fue construido para vivienda, sino para local de negocio, y se planteó la defensa de la apelación sobre la base de la insuficiencia de la indemnización ofrecida en el requerimiento, lo que ni fue objeto de la contestación a la demanda, ni susceptible de impugnación ni de prueba, por no considerarse existente en el pleito; razón por la cual la propia sentencia recurrida empezó por rechazar la alegación, precisamente por tratarse de cuestión nueva, con lo cual cerró el trámite del recurso, dándolo por resuelto y terminado, sin que el haber añadido nuevas consideraciones a mayor abundamiento, como también expresamente se consigna, cuando ya eran inútiles, destruya la virtualidad de la doctrina expuesta ni pueda originar una desviación incidental e irregular de la contienda; ni es tampoco válida la alegación del recurrente de que la indemnización es un requisito esencial del requerimiento que lo afecta de nulidad si no existe, porque el ofrecimiento de la indemnización se hizo sin la menor oposición por su parte, y discutir la cuantía procedente es hacer supuesto de la cuestión y pretender sustituir el criterio judicial en relación con la naturaleza del local, por el subjetivo del recurrente.

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de injusticia notoria interpuesto por «La Equitativa» (Fundación Rosillo), contra la sen-

tencia dictada con fecha 12 de marzo de 1958, por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, condenando a dicha recurrente al pago de las costas y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará la aplicación que previene la Ley, y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala 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.—Manuel Ruiz Gómez.—Luis Vázquez.—Eduardo Ruiz.—Bernabé A. Pérez.—Baltasar Rull (rubricados).

Publicación.—Leída y publicada fue la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Baltasar Rull Villar, 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 31 de mayo de 1960; en los autos incidentales seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Cazalla de la Sierra, y en apelación ante la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, por don Antonio Guerra Esparragosa, mayor de edad, labrador y vecino de Vejer de la Frontera, contra los sindicatos de la quiebra de «Guerrero y Compañía, Sociedad Regular Colectiva», domiciliada en Almadén de la Plata, y contra los dos únicos socios de la misma: don José Guerrero Izquierdo y don Pedro Gutiérrez Guerrero, sobre impugnación de un auto que declaró no haber lugar a reconocer un crédito de 500.000 pesetas, pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de Ley y de doctrina legal, interpuesto por el demandante, representado por el Procurador don Alfonso de Palma González, con la dirección del Letrado don Antonio Hernández Gil; informando en el acto de la vista el Letrado don Antonio Montes Luelje; no habiendo comparecido en este Tribunal Supremo la Sindicatura de la quiebra de la Sociedad expresada, ni los socios de la misma, recurridos:

RESULTANDO que por medio de escrito de fecha 14 de agosto de 1953, el Procurador don Antonio Zañiga Sánchez, en nombre y representación de don Antonio Guerra Esparragosa, promovió ante el Juzgado de Primera Instancia de Cazalla de la Sierra autos incidentales sobre impugnación de un proveído, contra la Sindicatura de la quiebra de la entidad «Guerrero y Compañía, S. R. Co.», y sus dos socios: don Pedro Gutiérrez Izquierdo, y don José Guerrero Izquierdo; estableciendo los siguientes hechos:

Primero. Que con fecha 19 de junio de 1952 y ante el Notario de Cádiz don Gabriel Sánchez de Lamadrid y del Cuvillo, don Pedro Gutiérrez Izquierdo y don José Guerrero Izquierdo, socios de la regular colectiva «Guerrero y Compañía», domiciliada en Almadén de la Plata, otorgaron escritura a virtud de la cual y reconociéndose deudores de don Diego Guerrero Bermejo y don Ramón Peña Garrido, se obligaron a pagar a los mismos, en el plazo de un año y con devengo de intereses al tipo del 4 por 100, la cantidad principal de 500.000 pesetas, hipotecando para solvencia y seguridad del crédito a favor de dichos señores, la finca urbana y Matadero industrial que se describen así: «Casa en Almadén de la Plata, calle Numancia, número 8, y Cervantes, 3, 5 y 7, con 949 metros cuadrados, compuesta de dos plantas por la calle de Cervantes y una sola por la de Numancia, y corral o patio destinado a Matadero industrial, con lindes: por la derecha, con casa número 6 de la calle,

de Numanza, propia de los herederos de don Basilio Infantes Muñoz por la izquierda, con la número 10 de Josefa Ortiz Alcazaro y calleja, y por el fondo, con calle de Cervantes. Dentro de la finca descrita y formando parte integrante de la misma está instalado un Moladero municipal autorizado por la Dirección General de Sanidad con el número 258; tiene instalada una cámara frigorífica, con anticorrosivos y motores correspondientes, pila de agua amoniacal, aparato elevatorio con sus motores correspondientes, pozos, en el fondo y andar para la elevación del agua, Caldera para pelear, moladora y una trituradora y fabricadora de harina, lo completo. En el patio o corral, y por tanto dentro de la finca, existen dos huertos uno con superficie de 270 metros cuadrados, regado a dos aguas con leña a riego y dividido en cinco huertecillos con patatas y verduras, y otro de 100 metros cuadrados, con techumbre a la aráboliza y correa de hormigón armadas.

Segundo.—Que con fecha 10 de julio de 1952 las señoras Guerrero Bernal y Peña Guerrero cedieron en precio de 435.000 pesetas el crédito que ostentaban y el derecho real de hipoteca que les correspondía a virtud de título expresado en el artículo precedente, solemnizando lo convenido en escritura otorgada ante el Notario de Constantina señor Roura Rosich, cuya primera copia, previo pago de los correspondientes derechos y la Hacienda pública, fue inscrita en el Registro de la Propiedad del distrito hipotecario de Cazalla de la Sierra, tomo 347, libro 14 de Almadén de la Plata, folio 112, finca 1503, inscripción décima.

Tercero.—Que la Sociedad regular colectiva «Guerrero y Compañía» fue posteriormente declarada en quiebra por auto del Jefe Juzgado de Cazalla de la Sierra de fecha 4 de agosto del mismo año 1952, y con efecto de retroacción al 23 de enero de ese año.

Cuarto.—Que reclamada la presentación de los títulos de sus créditos por los síndicos de la quiebra al demandante, y aun cuando con arreglo a Derecho hubiera podido abstenerse de su presentación, desearo de no acudir en nada la intervención o invitación formulada, hizo entrega de los mismos títulos originales a los síndicos, a efectos de su examen, sin menzuga alguna para el derecho real que le corresponde en los bienes hipotecados con arreglo a Ley; y habiendo tenido lugar la Junta de reconocimiento de créditos de la Sociedad quebrada el día 11 de junio de 1953, se opusieron al reconocimiento del de 500.000 pesetas, que ostenta el demandante, los acreedores concurrentes, con excepción del representante del demandante, por lo que, y al no concurrir mayoría suficiente para no ser reconocido, de acuerdo con los artículos 1.257 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedó remitida a la resolución del Jefe la declaración precedente; habiéndose dictado por el Juzgado, en 14 de julio de 1953, auto que dijo: «Que debía declarar y declarar no haber lugar a reconocer el crédito de 500.000 pesetas de don Antonio Guerra Esparragosa, sin perjuicio de que este acreedor impugne esta resolución en el plazo y por el procedimiento establecido en la Ley.»

Quinto.—Que previamente a la comunicación del aludido acuerdo, los síndicos de la quiebra habían dirigido al demandante carta a virtud de la cual, y al amparo del artículo 1.296 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, le requirían a efectos de que se allanara a tener por nulo el contrato de reconocimiento de deuda y constitución de garantía hipotecaria, cuyos derechos le habrían sido cedidos por los señores Gutiérrez Bernal y Guerrero Peña, en el bien entendido de que si en el plazo de diez días no recibían noticias confirmatorias del solicitado allanamiento, ejercerían a nombre de la quiebra las oportu-

nas actuaciones judiciales; que el aludido requerimiento y el aviso de impugnación en el correspondiente juicio pendiente no habían sido aún una ratificación.

Sexto.—Que disconforme esta parte con el acuerdo judicial contenido en el auto de 14 de julio, y al estimar que al no reconocerse su crédito se agravar su interés y se infringía la Ley, usaba del derecho otorgado en los preceptos aludidos. Y al tanto los fundamentos de derecho que consideró de aplicación, formuló solicitud que previa la tramitación correspondiente, se dictara sentencia, en su día de junio sea efecto el auto de 14 de julio de 1953, en la parte que se dice en el bien entendido de la demanda, y, en síntesis, declaró no haber lugar a reconocer el crédito del demandante, consistente en 500.000 pesetas, contra la Sociedad «Guerrero y Compañía», matricada, solemnemente, que procede declarar a reconocimiento e inscripción en el Estado la carta con arreglo a Ley entre los que interpuso y admitió el número segundo de matrícula 1.251 de la Ley procesal, en relación con el 1.250 de la misma y preceptos de la Ley de Enjuiciamiento de crédito que resulta de la escritura de constitución de crédito expresada en el artículo 1.º de 1952, ante el Notario de Constantina Gabaldá Sánchez de Lamadrid y Cavillo, y en la de otorgada solemnemente, por el tanto que en ella se expresa, otorgada ante el Notario de Constantina don Jorge Roura Rosich en la de julio anterior, juntamente con la pérdida del derecho de acciones de la Sindicatura o de la Sociedad quebrada contra el expresado crédito, con expresa imposición de costas a quien se opusiere.

Acordado con dicho escrito carta de Procurador señor Arnaud, fecha julio de 1953, dirigida a don Antonio Guerra Esparragosa, en que como Procurador de la Sindicatura demandada pone en el reconocimiento a efectos del artículo 1.250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás legislación concordante que en virtud del auto del Juzgado de Primera Instancia de Cazalla de la Sierra de 14 del mismo mes y año, su crédito hipotecario que adquiriera de don Diego Guerrero y don Ramón Peña, fue rechazado.

Otra carta de 9 de junio de 1953, dirigida al mismo don Antonio Guerra por los Síndicos de la quiebra, manifestándole haber conocido por el Registro que dicho señor aparece como cesionario de un crédito hipotecario que los señores Guerrero otorgaron días antes de la declaración de quiebra, a favor de unos señores que jamás fueron acreedores de la Sociedad referida; y como tramite previo a la acción judicial que han de iniciar como consecuencia de la nulidad del reconocimiento de deuda hecho por los señores Guerrero y al amparo del artículo 1.250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, le invitaban a que atendiera la petición que le hacían de nulidad del reconocimiento de deuda expresado y de la hipoteca que le garantizaba, con todas las consecuencias legales que de tal nulidad se derivasen.

Copia autorizada de la escritura de 19 de junio de 1952, en la que don José Guerrero Izquierdo y don Pedro Gutiérrez Izquierdo se reconocen deudores de don Diego Guerrero Bernal y don Ramón Peña Guerrero y prestan garantía hipotecaria, en los términos que constan en el hecho primero de la demanda.

Y copia autorizada de la escritura de 10 de julio de 1952, en la que don Diego Guerrero y don Ramón Peña ceden a don Antonio Guerra Esparragosa el crédito hipotecario que a favor de los mismos resulta por la escritura que antecede.

RESULTANDO que por providencia de fecha 22 de agosto de 1953 se tuvo por formulado el ramo separado dependiente de la cuarta pieza de la quiebra y por parte al Procurador señor Zúñiga en nombre del señor Guerra Esparragosa, ordenando dar tramite de los incidentes y traslado de la demanda al Procurador de

los Síndicos por término de seis días para que a contestase, y que se hiciera saber a los quebrados la formación del ramo, por si querían mostrarse parte en el mismo; sin que lo hicieran estos; y el Procurador don Eduardo Arnaud Jodar, en nombre de la Sindicatura de la quiebra, con escrito de 27 del mismo mes y año, contestó a la referida demanda, alegando los hechos siguientes:

Primero.—Que aceptaba la relación de hechos de la demanda incidental en cuanto a lo que son propiamente sucesos, rechazando las apreciaciones subjetivas con que los mismos se adoran.

Segundo.—Que a los efectos de la tesis de esta parte concede en todo con el auto impugnado, y a los fines del problema discutido, que interesaba fijar como hechos admitidos por los litigantes los siguientes:

1.º Que la Sociedad «Guerrero y Compañía, S. R. C.», de Almadén de la Plata, estaba en quiebra desde el día 23 de enero de 1952, en virtud de la resolución judicial firme y no impugnada por nadie de 4 de agosto del mismo año, que declaró el concurso legal de quiebra de la citada cauda y de sus dos únicos socios.

2.º Que con fecha 10 de junio de 1952 los señores de «Guerrero y Compañía», en nombre de esta Sociedad, reconocieron los créditos, antes de don Diego Guerrero Bernal y don Ramón Peña Guerrero, para cuya garantía hipotecaron la finca inscrita en la demanda incidental.

3.º Que con fecha 10 de julio siguiente don Antonio Guerra Esparragosa se opuso en los créditos de los señores Guerrero Bernal y Peña Guerrero, contrarios de la escritura de reconocimiento de deuda y consiguiente garantía hipotecaria, por la que vinieron a ocupar en la relación jurídica creada por la Sociedad quebrada el lugar de los mismos.

4.º Que por auto de 14 de julio de 1953 se dictó la exclusión del crédito referido de la relación de acreedores de «Guerrero y Compañía», de acuerdo con el voto de la mayoría de estos, reunidos en junta de reconocimiento de créditos, por no haber llegado a cubrirse el porcentaje señalado en la Ley para que por el propio tuviera virtualidad el acuerdo de la Junta expresada.

Invoco los fundamentos legales que constituyen de aplicación, y suplico que previos los trámites correspondientes se dictara sentencia desestimando en todas sus partes la demanda, manteniendo el auto impugnado, con imposición de costas al actor.

RESULTANDO que recibido el incidente a prueba se practico a instancia del actor la documental, consistente en los presentados con el escrito de demanda, y aportación de certificación del Registro de la Propiedad de Cazalla de la Sierra.

RESULTANDO que vistas las pruebas a los autos y celebrada vista acordó el Juzgado para mejor proveer la confesión judicial del demandante don Antonio Guerra Esparragosa; y se aportó certificación de diversos particulares del juicio universal de quiebra seguido en dicho Juzgado contra la Sociedad regular colectiva «Guerrero y Compañía» y sus dos socios don José Guerrero Izquierdo y don Pedro Gutiérrez Izquierdo.

RESULTANDO que el Jefe de Primera Instancia del Juzgado de Cazalla de la Sierra, con fecha 11 de noviembre de 1953 dictó sentencia por la que declaró no haber lugar a la demanda formulada por don Antonio Guerra Esparragosa contra los Síndicos de la quiebra de «Guerrero y Compañía, S. R. C.», y sus dos socios, y, en su virtud, mantuvo el auto de 14 de julio de ese mismo año al no haber ocurrido en la junta de acreedores sobre el reconocimiento o no reconocimiento del crédito de 500.000 pesetas del actor, imponiendo a este las costas causadas.

**RESULTANDO** que interpuesta apelación contra dicha sentencia del Juez por el demandante don Antonio Guerra Esparragosa, fué admitida en ambos efectos, remitiéndose los autos a la Audiencia Territorial de Sevilla ante la que se personó el apelante, cuya representación solicitó el recibimiento a prueba en la segunda instancia; y acordado, se aportó certificación expedida por el Secretario de la Audiencia Provincial de Cádiz, en la que se acreditaba que el rollo de la causa número 103.953, instruida por el Juzgado de Instrucción de Chiclana de la Frontera por el supuesto hurto de un ex-horno civil de la Secretaría de dicho Juzgado, fué sobreseído provisionalmente por auto de 1 de julio de 1954; aportándose también certificación expedida por el Secretario de Sala de la Audiencia Territorial de Sevilla del incidente de apelación tramitado para sustanciar recurso de apelación interpuesto por don Antonio Guerra Esparragosa, don Diego Guerrero Bernat y don Ramón Peña Guerrero, contra auto condenatorio de reforma del procesamiento de los mismos en causa número 106 de 1953 por quiebra fraudulenta seguida en el Juzgado de Cazalla de la Sierra, comprensiva de diferentes particularidades.

**RESULTANDO** que seguida la citada por los recurrentes tramites la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, con fecha 15 de febrero de 1955, dictó sentencia confirmando en todos sus extremos la apelada, sin hacer expresa imposición de las costas de segunda instancia.

**RESULTANDO** que con depósito de pesetas 3.000 el Procurador don Alfonso de Palma Gonzalez, en nombre de don Antonio Guerra Esparragosa, ha interpuesto ante esta Tribuna Supremo recurso de casación por infracción de Ley y doctrina legal, por los siguientes motivos:

Primero.—Autorizado por el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando que la sentencia recurrida infringe por aplicación errónea y violación el artículo 878 del Código de Comercio; y por violación los artículos 1.257, 1.261, 1.377, 1.378, 1.380 y 1.381 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; que la tesis de la sentencia de la Audiencia, predeceterminante del fallo, que es a la que ha de estarse a los efectos del recurso en cuanto que sólo acepta la fundamentación de la del Juzgado en cuanto no se oponga a la adición por ella es la siguiente: Comienza proclamando que el estricto tema litigioso es el relativo al reconocimiento o no del crédito; y se añade que considere errónea vedada discutir sobre cualquier otro motivo que haga rebular dichos límites concretos; por ello, no solamente ha de abstenerse el Juzgador de entrar en la calificación del acto jurídico o del instrumento que lo contiene, en orden a su eficacia en la esfera del derecho, tanto formal como material, sino en definir oposiciones que, bajo el aspecto de extremos, llevan en realidad a decidir sobre el fondo cuestiones que no son propias de este procedimiento, y a las que la Ley reserva otras mayores amplitudes; abunda luego en semejante criterio considerando como tema extraño a la litis el relativo a la calidad de tercero hipotecario del recurrente y a la nulidad del título originario. Pero seguidamente, en abierta contradicción con lo mantenido, repite que, con arreglo a lo establecido en el artículo 878 del Código de Comercio, el crédito es nulo por haberse originado dentro del plazo de retroacción de la quiebra, para terminar afirmando que sólo ha de entenderse con perjuicio de lo que en definitiva se sostiene en el procedimiento amplio adecuado sobre eficacia, validez o nulidad de dicho crédito, sus inscripciones registrales y condición de tercero hipotecario a quien se transmite el mismo y papel que ha de desempeñar económicamente en el desarro-

llo de la quiebra; añadiendo el recurrente que el Juzgador parte de una base cierta; lleva a cabo una delimitación correcta de lo que ha de entenderse por reconocimiento de los créditos como cometido de los Síndicos de la quiebra; el artículo 1.378 de la Ley de Enjuiciamiento Civil previene que los acreedores presentarán a los Síndicos los títulos justificativos de los créditos; y el artículo 1.380 de la misma Ley establece que habrán de realizar todas las operaciones que para la justificación y examen de los créditos prescriben los artículos 1.162, 1.163, 1.164 y 1.165 del Código de Comercio de 1829; y estos artículos disponen que los Síndicos han de efectuar el cotejo de los documentos justificativos de los créditos con las copias literales que también habrán de presentarse y con los libros y papeles de la quiebra, redactando un informe individual sobre cada crédito; que de lo consiguiente se deduce que el reconocimiento de los créditos no tiene más objeto que el de comprobar su existencia, vigencia y cuantía, atribuyendo al titular la cantidad de acreedor; para constatación puramente material de los créditos; como consecuencia de ello, éstos no adquieren ninguna relevancia ni se hacen imputables a éstos, por una mera labor de comprobación o cotejo, pero no de calificación; lo primero cabe, en suma, analizar si se infringe acerca de la naturaleza del objeto de los créditos, ni sobre su eficacia, validez e invalidez; teniendo estas materias de derecho material su adecuada calificación procesal, y por lo tanto, cuando un artículo a lo dispuesto en el artículo 1.257 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicable a la materia en que se trata por falta de la materia exigida, haya de resolver sobre el reconocimiento de los créditos, desde el momento que se limita a sustanciar el cometido de los Síndicos, es claro que sólo puede basarse dentro de los mismos límites; e igual acontece con el procedimiento judicial que surge, conforme a los artículos 1.252 y 1.381 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando media impugnación de lo resuelto por el Juez, ha de quedar estrictamente circunscrito al reconocimiento o no de los créditos, sin declaraciones acerca de su validez o nulidad; problema este que sólo puede ser abordado de la manera que establece el artículo 1.377 de la Ley Procesal Civil, al disponer que dos demandas de nulidad o rescisión de los contratos hechos por el quebrado en fraude de los acreedores, se sustanciarán en el juicio declarativo que correspondiera a su cuantía; y en el Juzgado a quien compete su conocimiento; que la sentencia recurrida, en tasis general, lleva a cabo una interpretación correcta de los preceptos citados; no incidiendo en la interpretación errónea de los mismos; pero, sin embargo, les infringe por violación, en razón a que luego de haber establecido que el tema de la nulidad es extraño al reconocimiento de los créditos y a las actuaciones derivadas, contradictoria y equivocadamente declara el no reconocimiento del crédito objeto de la litis con base estricta en el párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio, a tenor del cual todos los actos de dominio y administración realizados por el quebrado con posterioridad a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra, serán nulos; es decir, toma en consideración una causa de nulidad como factor para el reconocimiento o exclusión de los créditos;

Y segundo.—Autorizado también por el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infringir la sentencia de la Audiencia, por aplicación y violación, los artículos primero, 2º y 3º de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 878 del Código de Comercio, infringiendo por interpretación errónea y violación y se alega que en el supuesto de que, como lo ha hecho la

Sala sentenciadora en contra de lo sustentado en el primer motivo del recurso, sea pertinente tratar en el presente procedimiento la cuestión relativa a la nulidad del crédito, lo que no cabe en ningún caso (si analizara de materia transitoria, con absoluto olvido de las normas registrales; o la cuestión concretamente a la nulidad queda fuera del procedimiento sobre el reconocimiento de créditos, o queda dentro; pero en este caso ha de serlo en su integridad, sin que vaya sosteniendo, como equivocadamente entendié la Audiencia, que el aspecto registral no de continúe a un procedimiento anterior, que son puntos de hecho indubitables).

Primero.—Que con fecha 19 de junio de 1952, a virtud de escritura otorgada de una parte, por don Pedro Gutiérrez Izquierdo y don José Guerrero Latorre, de como se ve en la remota referencia «Guerra», Comenzada y de otra por don Diego Guerrero Bernat y don Ramón Peña Guerrero, que a posteriori se cambió a favor de don Agustín Peña Izquierdo, se otorgó escritura por importe de 330.000 pesetas, inscrita en el Registro de la Propiedad el día 7 de junio de 1952.

Segundo.—Que por escritura del día 10 de julio del mismo año, en orden a el artículo 1º del artículo primero, artículos que sus titulares, al ser presentados, cancelados inscribiendo en el Registro.

Tercero.—Que por auto de 4 de agosto de 1952 se decretó en quiebra a don Agustín Peña Izquierdo y Compañía S. de los des serenos, con resolución a una 2ª instancia de lo Civil, que a las costas de dicho crédito, con anterioridad a dicho auto, se inscribieron en el Registro de la Propiedad, y su inscripción registral, no es posible estimar tallo por aplicación está en el artículo 878 del Código de Comercio, que tal nulidad tiene independencia que al impugnarse, en el mismo o en sus sucesores, consecutivos, o por otros, en los artículos 1º y 2º de la Ley Hipotecaria, y muy significativamente a lo que establece el artículo 34 de la propia Ley, todos los cuales han sido válidos.

El artículo 1º de la Ley Hipotecaria dispone en su párrafo primero que los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos 235 y siguientes, en cuanto se refieren a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexistencia en los términos establecidos en esta Ley; el artículo 2º, que se hace eco del principio de la legitimación registral, dispone en su párrafo primero que en los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo; como consecuencia de este postulado, el párrafo segundo del mismo artículo establece que no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada sin que previamente, o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación correspondiente; y la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1953—relativa a un caso en el que también el Tribunal de quos había reconocido el aspecto hipotecario de la cuestión—declara que esa inscripción ampara al titular no sólo con prerrogativas de rango y disponibilidad del derecho inscrito, sino también con la presunción de lo que diga el asienta, se ha de reputar veraz, relevando al titular «secundum titulum» de la obligación de probar la concordancia con la realidad extrahipotecaria y desplazando esta obligación, en régimen de inversión de la prueba, hacia la parte que contradiga la presunción mencionada, según se infiere de lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 3º, 20, 40, apartado 4º, y 41 de la Ley Hipotecaria reformada y de su exposición de motivos; por lo que al no entenderse así la

Sala sentenciadora, que actúa tan sólo en la esfera estricta del Derecho civil, sin considerar este aspecto hipotecario del litigio, ha infringido el artículo 33; que en el presente caso se tiene:

Primero.—Que se ha estimado la nulidad de un título inscrito en el Registro de la Propiedad sin haberse ejercitado acción alguna conducente a tal fin, y sobre todo que se proclama tal nulidad sin que se haya instado la nulidad o cancelación de los asientos registrales, dejándose de cumplir lo exigido, sin excepción, por el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, con lo que se da el contrasentido de que permanezcan en vigor los asientos, habiéndose, en cambio, destruido los actos jurídicos que los dieron vida.

Segundo.—Que lejos de amparar al titular registral con la fuerte presunción de legitimidad derivada de la inscripción, que debía engendrar el efecto del reconocimiento del crédito, se le deja en completo desamparo, declarando la exclusión o no reconocimiento de dicho crédito, sin que constituya paliativo alguno de la infracción del artículo 38, que al proceder así se comete la declaración que se contiene en el inciso final del considerando primero de la sentencia en el sentido de que la exclusión del crédito ha de mantenerse «sin perjuicio», claro está, de lo que en definitiva se resuelva en el procedimiento amplio adecuado sobre eficacia, validez o nulidad de dicho crédito, sus inscripciones registrales y condición del tercero hipotecario; contribuyendo esto únicamente a hacer todavía más acusada la vulneración del precepto: de un lado, porque no se comprende la estimación provisional de una causa de nulidad, y de otro, porque de ser pertinente un ulterior debate sobre este tema, es exigencia mínima del artículo 33 y del valor que atribuye a la inscripción que, al menos hasta entonces, se mantenga la plena eficacia del título amparado por el Registro, y no a la inversa.

b) Que la violación del artículo 34 de la Ley Hipotecaria es tanto más terminante: el artículo 33 dispone que «la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes»: la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1944 ha dicho, glosando tal precepto, que en nuestro sistema inmobiliario la inscripción no convalida el título que llega al Registro con vicio de nulidad, aunque acrecienta su valoración en algún especial aspecto. En su consecuencia, la posible nulidad del título no puede quedar disociada de las exigencias registrales, tal como se ha demostrado en el apartado anterior; pero además, cuando media un tercero los efectos de la nulidad no le alcanzan; el artículo 34 dispone, en su párrafo primero, que «el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el Registro»; y el párrafo segundo del propio artículo previene que «la buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro»; que por lo tanto, aun aceptando que fuera posible la estimación de la nulidad tal y como la ha llevado a cabo la Sala, lo que en ningún caso cabe es que no sea mantenido el recurrente en su adquisición, con la consiguiente cualidad de acreedor, porque ello entraña la violación del artículo 34; la correcta aplicación del mismo exige, por el contrario, que, pese a la nulidad del derecho del otorgante, sea mantenido en su adquisición el señor Guerra Esparragosa, pues se dan todos los supuestos a que el artículo 34 subordina tal consecuencia jurídica; en efecto:

Primero.—Que el señor Guerra Esparragosa es tercero, toda vez que no intervino en el acto por el cual se constituyó el crédito con la garantía de la hipoteca,

que es en el que fueron partes los declarados en quiebra; el señor Guerra es adquirente por cesión que de su derecho, inscrito en el Registro de la Propiedad, le hicieron los señores Guerrero Bernal y Peña Guerrero, titulares iniciales del derecho de crédito garantizado por el derecho real de hipoteca; el señor Guerra es lo que la doctrina denomina un «subadquirente»; y la sentencia de este Tribunal Supremo de 26 de julio de 1901 ha dicho que «la existencia de un tercero supone siempre una segunda enajenación»; habiéndose dado aquí esa segunda enajenación, que es en la que ha intervenido el señor Guerra y de la que resulta su condición de tercero.

Segundo.—Que el señor Guerra Esparragosa es específicamente tercero de buena fe; se halla amparado por la presunción de que la buena fe se presume siempre que no se prueba que conocía la inexactitud del Registro: Propiamente no se ha intentado la prueba en contra en el sentido preciso de que conociera la inexactitud registral; pero además es imposible pensar siquiera en una inexactitud registral y en su conocimiento si se advierte que en la fecha de la adquisición—10 de julio de 1952—no se había declarado la quiebra; no pudiendo pensarse que conociera el señor Guerra una quiebra que no se había producido; conviniendo puntualizar que las consideraciones que se contienen en la sentencia del Juzgado acerca de la buena fe no se aceptan por la sentencia de la Audiencia, la cual, como queda dicho, no entra a enjuiciar la cuestión relativa a la condición de tercero hipotecario del señor Guerra, y sólo acepta de la del Juzgado aquello que no se oponga a lo por ella mantenido; por lo tanto, al sostenerse en el recurso la buena fe se está de lleno en el ámbito de la presunción y no se combate o desconoce ninguna declaración de hecho del Tribunal «a quo».

Tercero.—Que no puede ponerse en duda que la adquisición fue a título oneroso, ya que la cesión se efectuó mediante precio.

Cuarto.—Que los enajenantes, conforme al Registro, tenían facultades para transmitir.

Quinto.—Que el señor Guerra Esparragosa inscribió su derecho.

Sexto.—Que no constaba en el Registro la causa determinante de la anulación del derecho. Lo dispuesto en el artículo 878 del Código de Comercio no puede excluir la aplicación de la Ley Hipotecaria, y muy especialmente lo prevenido en el artículo 34; la tesis de que el artículo 878 actúa con independencia del artículo 34 entraña la interpretación errónea y la violación del mismo; las normas legales no son compartimentos estancos; y el sistema jurídico es un conjunto unitario en el que las diversas normas se armonizan y condicionan recíprocamente, pero no se excluyen o derogan, salvo declaración expresa; cita el recurrente la opinión de un ilustre hipotecarista español, al que ha preocupado la posibilidad de que el régimen de retroacción de la quiebra pudiera mermar la seguridad del tráfico jurídico mantenido por el Registro, y ha escrito: «El artículo 878 no excepciona ni contradice el artículo 34, sencillamente porque ambos operan en campos distintos: el artículo 878 opera entre partes, y el artículo 34 actúa respecto a terceros; el artículo 878 anula un acto dispositivo por efecto de la retroacción de la incapacidad del quebrado, de suerte que se trata de una nulidad por defecto de capacidad en el dispositivo, o sea por una falta o vicio subjetivo surgido del acto mismo adquisitivo, y es sabido que la Ley Hipotecaria no dispensa garantía o seguridad alguna definitiva al adquirente respecto de defectos de capacidad o vicios de consentimiento nacidos del acto mismo de adquisición, y según hemos visto, el resultado de dicho artículo 878 es que debe considerarse que quien compra al quebrado dentro de la fase de retroacción de la quiebra, compra

a un incapaz de disponer, y, por tanto, la compra es nula. La protección derivada de la fe pública registral no defiende al adquirente de tales vicios que contaminan el acto adquisitivo en sí, y lo demuestra el propio artículo 33 de la Ley Hipotecaria cuando dispone que la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las Leyes, si dicha compra es nula con arreglo al artículo 378 del Código de Comercio. Al artículo 34 de la Ley Hipotecaria no le preocupa el adquirente en el acto nulo por ser a él, lo que le preocupa es defender al adquirente de este adquirente, o sea al adquirente que en relación a aquella compra hecha al quebrado es tercero, por no haber sido parte en ella; y no hay que olvidar que—como acertadamente declaró la sentencia de 26 de junio de 1901—el concepto de tercero protegido por la Ley Hipotecaria, presupone una segunda enajenación...»

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Francisco Rodríguez Valcarlos:

CONSIDERANDO que como antecedentes de este recurso merecen destacarse:

a) Por auto de 4 de agosto de 1952 el Juzgado de Primera Instancia de Cazalla de la Sierra declaró en situación de quiebra necesaria a la entidad colectiva «Guerrero y Compañía, S. R. C.», con sede social en Almadén de la Plata, como asimismo la de sus únicos socios don José Guerrero Izquierdo y don Pedro Gutiérrez Izquierdo, resolución que adquirió firmeza, y se retrotrajeron sus efectos patrimoniales a 23 de enero anterior en el propio auto, sin modificación futura en el procedimiento, y luego más tarde se calificó también con firmeza, de fraudulenta dicha situación económica de la Sociedad.

b) En 19 de junio del propio año, esta, representada por sus dos exclusivos componentes, reconoció un débito por razón de préstamo—emisor de 500.000 pesetas, ante Notario—que no dio fe de la entrega de la cantidad, a favor de don Diego Guerrero Bernal y don Ramón Peña Guerrero, hipotecando en garantía la casa-fábrica destinada a la industria de chuchería sita en el pueblo de referenda, inscribiéndose en el Registro de la Propiedad del partido—Cazalla de la Sierra—en 7 de julio de idéntico año.

c) En 10 de julio del mismo año, los señores Guerrero Bernal y Peña Guerrero, titulares del crédito antedicho, lo cedieron con su accesoria garantía hipotecaria en el precio de 425.000 pesetas y ante Notario a don Antonio Guerra Esparragosa, hoy recurrente, inscribiéndose el acto en el Registro de la Propiedad mencionado el 30 de julio del tan repetido año 1952.

d) Presentado tal crédito para su reconocimiento a la Junta de acreedores de la quiebra, este órgano, en sesión celebrada el día 11 de julio de 1953, nada pudo deliberar sobre el específico problema por no resultar en la asamblea las mayores precisas para llegar al necesario acuerdo, por lo que de conformidad con el artículo 1.257 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Juez llamó los autos a la vista para discernir sobre el reconocimiento, y por el de 14 de julio próximo siguiente, declaró no haber lugar a lo pretendido.

e) En 11 de noviembre del aludido año 1953, en virtud de sentencia consecutiva a los trámites de los incidentes, el Juzgado insistió en mantener su resolución anterior de 14 de julio al declarar no haber lugar al reconocimiento del crédito invocado por el señor Guerra Esparragosa contra la sindicatura de la quiebra de la Sociedad y de sus dos únicos socios colectivos, con el primordial argumento—base del fallo (cuarto considerando)—de que el reconocimiento de crédito y la hipoteca que lo avala son actos totalmente nulos por hallarse comprendidos en el período de la retroacción de la quiebra y, además, por ser inexistentes o sin realidad jurídica protegible, no sin declarar también, la mala fe del actor titular por conocer

con exactitud los datos de la simulación crediticia precedente, de la cual parte su derecho.

Por último, apelada la sentencia, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia de Sevilla, tras de aceptar los fundamentos de la recurrida en lo que no se opusieron a los suyos, la confirmó, sin perjuicio de lo que pudiera resolverse sobre el particular en procedimiento más amplio, pero no hizo apreciaciones respecto al carácter de tercero hipotecario del recurrente, que el Juzgado negó:

CONSIDERANDO que la sentencia aquí recurrida se impugna en el primero de los motivos, formalizado por el cauce procesal del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haber infringido, por aplicación indebida y violación, el artículo 878 del Código de Comercio, y por violación de los artículos 1.257, 1.261, 1.263, 1.377, 1.378, 1.380 y 1.281 de la expresada Ley Rituaria, alegándose que el reconocimiento de los créditos no tiene más alcance que el de comprobar su existencia, vigencia y cuantía, atribuyendo a su titular la cualidad de acreedor, tratándose de una labor de comprobación o cotejo, pero no de una calificación jurídica, no siendo posible, en suma, pronunciarse acerca de la naturaleza intrínseca de aquéllos, ni sobre su eficacia, validez o invalidez, problema que sólo puede ser abordado de la manera que establece el artículo 1.377 de la Ley de Enjuiciamiento al disponer que «las demandas de nulidad o revocación de los contratos hechos por el quebrado en fraude de los acreedores, se sustanciarán en el juicio declarativo que corresponda a su cuantía, y en el Juzgado a quien compete su conocimiento»; mas no se tiene en cuenta en el motivo—y ello basta para desvirtuarlo—:

Primero. Que el Juzgado se atuvo en el caso a la norma del artículo 1.263 de la Ley meritada, que estatuye el trámite de los incidentes, invocada, incluso, por el acreedor en su escrito de demanda (folio tres del apuntamiento).

Segundo. Que la del artículo 1.377 que ahora se pretende hacer valer contempla el supuesto de nulidad o de revocación de los contratos concluidos por el fallido o quebrado en fraude de sus acreedores, o sea, una típica acción pauliana, que puede darse unas veces mediante la prueba del fraude, y otras, en determinadas circunstancias objetivas y de tiempo, hasta con presunción favorable «*duris tantum*» del ánimo de dañar a los acreedores.

Tercero. Que tanto el Juzgado como la Sala que corrobora los fundamentos del primer grado jurisdiccional, no se basan exclusivamente para no reconocer el crédito discutido en el hecho de haberse pactado su existencia en el período de la retroacción de la quiebra, sino también en su falta de realidad material:

CONSIDERANDO que afirmada por el Juzgado la mala fe del recurrente, con plena aceptación de la Sala, ya que en sus fundamentos no contradice tal afirmación, es incuestionable que la inscripción registral de su título no transmuta su posición psicológica en el momento de adquirir su derecho, ni durante el curso del proceso, dado que el Registro de la Propiedad no puede por sí mismo legalizar situaciones a favor de terceros que pugnan abiertamente con el principio de la «bona fides» del adquirente a tenor de los asientos, que, hallándose bajo la salvaguarda de los Tribunales, éstos, en sus resoluciones, no deben desconocer lo que tengan de inexacto en el orden extrarregistral, y así con palmaria claridad lo dispone el artículo 23 de la Ley Hipotecaria y, muy especialmente, el 34 respecto a las adquisiciones a título oneroso por parte de persona de buena fe de otra que en el Registro aparezca con facultades para transmitir, corroborándose este principio por la doctrina jurisprudencial a cuyo tenor se sienta que con nuestro sistema inmobiliario la inscripción no convalida el

título que llega al Registro con vicios de nulidad, aunque acrecienta su valor en algún especial aspecto» (sentencias de 25 de noviembre de 1944 y 26 de febrero de 1952); y si es cierto que el artículo 38 de la propia Ley Hipotecaria establece presunciones de legitimidad a favor del titular con derecho inscrito (párrafo primero) y en consecuencia ordena (párrafo segundo) que no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, sin que previamente o a la vez se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente, aquella presunción puede enervarse por probanzas contrarias, y esta exigencia no es absoluta, bastando con que se tienda a ella en la demanda; y por todas las razones apuntadas decae el segundo motivo del recurso basado en igual sede formal que el anterior y en el cual se acusa infracción, por inaplicación y violación, de los artículos 1.º, 38 y 34 de la repetida Ley Hipotecaria, relacionados con el 878 del Código de Comercio, que también se supone infringido por interpretación errónea y violación.

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por don Antonio Guerra Esparragera, contra la sentencia dictada en 15 de febrero de 1955 por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla; condenamos a la parte recurrente al pago de las costas procesales, con la pérdida del depósito, que recibirá el destino legal; y librese a dicha 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.—Acacio Charrín y Martín Veña.—Pablo Murga.—Francisco Bonet. Francisco R. Valcarce.—Diego de la Cruz. (Rubricados.)

Publicación.—Leída y publicada fué la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Francisco Rodríguez Valcarce, Magistrado de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, 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 23 de mayo de 1960; en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Novelda, y en grado de apelación ante la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, por don Francisco Galinsoga Gil, mayor de edad, casado, del comercio y vecino de Aspe, con doña Gertrudis Gras Muñoz, sin profesión especial, mayor de edad, asistida de su esposo y vecina de Aspe, sobre retracto arrendaticio urbano de local de negocio; autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de injusticia notoria interpuesto por la parte actora representada por el Procurador don Juan José Esteban Romero y dirigida por el Letrado don Antonio Vázquez; habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo la parte demandada y recurrida, representada por el Procurador don Angel Deleito Cervera y dirigida por el Letrado don Francisco Aracil:

RESULTANDO que por el Procurador don Francisco Serrada Astor, representando a don Francisco Galinsoga Gil, y mediante escrito de fecha 22 de septiembre de 1956, dirigido al Juzgado de Primera Instancia de Novelda, se dedujo demanda de juicio de retracto contra doña Gertrudis Gras Muñoz, que basó en los siguientes hechos:

Primero.—Que don Francisco Galinsoga Gil tomó en arrendamiento a doña

Francisca, conocida por María Galinsoga Hernández, en el año 1946, un local de negocio, compuesto únicamente de planta baja, sito en la calle de Sacramento, sin número de policía, de la villa de Aspe, por el alquiler mensual de 50 pesetas; contrato verbal que sin interrupción, desde la mencionada fecha, viene ocupando el citado inmueble don Francisco Galinsoga Gil.

Segundo.—Que doña María Galinsoga Hernández, dueña y arrendadora del local de negocio alquilado al señor Galinsoga en fecha 30 de mayo de 1956, y ante Notario otorgó escritura de venta a favor de la demandada doña Gertrudis Gras Muñoz por el precio de cuatro acciones, equivalentes a una hora de derecho de agua, de la Sociedad minera «La Alianza», infringiendo tanto la vendedora como la compradora la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos; la primera por omitir maliciosamente la notificación de su propósito al actor y la segunda por no manifestar su adquisición como requiere la Ley.

Tercero.—Que acuerdan la vendedora y compradora para burlar los derechos del actor, inscribir la compraventa mencionada en el hecho anterior como una permuta, y se encuentran ante el problema de que para existir permuta se requiere que un bien concreto y determinado sea cambiado por otro también perfectamente definitivo; que en vista de lo cual se tiene la idea de «permutar» el local de negocio del cual es inquilino el demandante, por cuatro acciones, equivalentes a una hora, de valor nominal de 1.000 pesetas, instrumentos de crédito negociables por simple endoso, e inscribiendo en el Registro de la Propiedad de Novelda, en fecha 23 de agosto de 1956, «la permuta» del local por una hora, o sea cuatro acciones de la Sociedad minera «La Alianza», en el anónimo de las 2.860 acciones idénticamente iguales de que consta el capital de la citada Entidad, todas ellas con los mismos derechos y obligaciones, y sin concretar cuáles son estas acciones, ni su numeración y ni su procedencia o adquisición; que crea, sin duda, la demandada que por el hecho de calificar por su cuenta y riesgo y de la forma más conveniente para su interés, un negocio jurídico, queda establecido «*ipso facto*», olvidándose de que la Ley exige ciertos requisitos a los cuales se deben ajustar los contratos.

Cuarto.—Que de lo expuesto en el hecho anterior resulta que el contrato efectuado por la arrendadora y la nueva propietaria doña Gertrudis Gras no solamente no tiene el carácter de permuta, sino que está hecho con el propósito manifiesto de defraudar los derechos preferentes que como inquilino tiene el actor, según establece la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos.

Quinto.—Que consigna sobre la Mesa del Juzgado las cuatro acciones de la Sociedad minera «La Alianza» por un valor de 1.000 pesetas nominales, importe del precio de la venta, obligándose el actor subsidiariamente al pago del precio de la cotización actual; y después de invocar aquellos fundamentos de derecho que estimó aplicables, terminó suplicando se dictase sentencia declarando el derecho del actor a retraer la finca referida, condenando a la demandada a que en el plazo de ocho días otorgase escritura de venta a favor del demandante en las mismas condiciones en que lo adquirió doña Gertrudis Gras Muñoz, bajo apercibimiento de otorgarse de oficio, imponiéndole además las costas del juicio:

RESULTANDO que admitida la demanda y emplazada la parte demandada compareció en su nombre el Procurador don Benjamín Dionisio Mira Marco, quien mediante escrito de 16 de octubre de 1956 contestó a la demanda, oponiéndose a la misma y estableciendo en primer lugar la excepción de falta de legitimación pa-

siva en la demandada a juicio de retracto a esta demandada, diciendo que la misma ha comprado a doña Francisca, conocida por María Galinsoga Hernández, un local que tiene alquilado, y añade esta parte demandada que el demandante, a pesar de que en la certificación del Registro de la Propiedad que acompaña, se dice que la señora Gras Muñoz inscribe su título sin justificar su adquisición privativa, demanda a ésta y no a su esposo; que es cierto que si el título dice que la permutante no ha acreditado la adquisición privativa de la finca, la adquiere aquélla y registra a su nombre formando parte de la sociedad de gananciales; y el administrador de dicha Sociedad es el marido; por tanto, cualquier acción que contra el dominio de dichos bienes se dirija, hay que encaminarla hacia o contra quien de los mismos tiene su administración, no contra quien no puede soportar la carga de un proceso porque hay otras personas activadas por la Ley para sostenerla; una vez planteada esta excepción contesta sobre los hechos de la demanda, con base en los siguientes:

Primero.—Que está conforme con el correlativo de la demanda.

Segundo.—Que es incierta la adición del correlativo hecha de la demanda, porque la señora Galinsoga Hernández no ha otorgado ninguna venta del local que se menciona, que deliberadamente se involucran los términos «compraventa» y «permuta» y que si las cuatro acciones de la Sociedad minera «La Alianza», equivalentes a una hora de agua, pudieran constituir el precio de una compraventa, sobraría la palabra «permuta» en el Diccionario.

Tercero.—Que es completamente incierto el correlativo; que el actor ha pretendido ver en la limpia dición de un contrato de permuta un artilugio que burla sus deseos; que se han permutado dos bienes perfectamente definidos en su individualización; la hora de agua, que no son acciones, sino parte alícuota de un bien común, por una finca urbana; parte alícuota completamente individualizada, numerada a los números 649 al 652 inclusive, formada por los títulos que amparan un derecho de propiedad de cosa.

Cuarto.—Que ni por un momento se ataca la validez del contrato de permuta celebrado, escriturado y registrado; contrato que a la fecha, y sin previo ataque, tiene toda la fuerza que al mismo da la Ley y que no puede distribuirse por el simple deseo del actor.

Quinto.—Que la consignación de que se habla en el correlativo, además de ser ineficaz, está mal hecha a los fines que persigue. Invocó los fundamentos de derecho que estimó aplicables en orden a la contestación, y referentes a la excepción alegada, y terminó suplicando se dictase sentencia en méritos a la excepción alegada, y, en su caso, a cuanto se inserta en esta contestación, no dando lugar al retracto ni a la misma, absolviendo a los demandados con costas.

RESULTANDO que practicada la prueba propuesta y declarada pertinente el Juez de Primera Instancia de Novelda dictó sentencia con fecha 22 de diciembre de 1956, por la que estimando la excepción alegada declaró la falta de personalidad de doña Gertrudis Gras Muñoz, para ser demandada en el juicio sin pronunciarse, por lo tanto, sobre la cuestión de fondo, y sin hacer expresa imposición de costas:

RESULTANDO que apelada dicha sentencia por la representación de la actora, y sustentada la alzada con arreglo a Derecho, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia dictó sentencia con fecha 27 de septiembre de 1957, por la que confirmó en todas sus partes la apelada, sin hacer expresa condena de costas del recurso:

RESULTANDO que por el Procurador

don Juan José Esteban Romero, representando a don Francisco Galinsoga Gil, y mediante su escrito de fecha 24 de enero de 1958, al que no acompaña el resguardo de depósito a que se refiere el otro sí de su referido escrito, se interpuso contra la anterior sentencia recurso de injusticia notoria, con base en el siguiente motivo:

Único.—Se articula al amparo de la causa tercera del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, infracción por aplicación indebida, de los artículos 1.401, 59, 60, 61, 1.315, 1.412 y 1.413 del Código Civil, todos ellos invocados en las sentencias dictadas en ambas instancias. Infracción también por interpretación errónea del artículo 1.416, en relación con los 62 y 1.362 del Código Civil y de la doctrina establecida por las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1861, 22 de junio de 1880, 8 de abril de 1882, 30 de diciembre de 1905, 2 de diciembre de 1911 y 6 de mayo de 1944. Dice el recurrente que la mujer casada tiene, por razón de su matrimonio, restringida su capacidad de obrar; esta restricción resulta de la autoridad del marido sobre la familia y del régimen patrimonial de la sociedad conyugal y desaparece en cuanto la esposa cuenta, para realizar actos o negocios jurídicos, con la licencia o consentimiento del esposo; doña Gertrudis Gras adquirió la finca que es objeto del retracto mediante un negocio de transmisión, al que concurrió, según reza la escritura pública que lo formaliza, cotada de la oportuna licencia de su esposo; si las acciones de la Sociedad minera «La Alianza», que ella dió en supuesta permuta para adquirir, a cambio, la casa de que en este proceso se trata le correspondían privativamente, es evidente que bastaba con la licencia que el marido le otorgó, pero en este caso es también evidente que la finca urbana adquirida a cambio de las acciones tenía, como ellas mismas, el carácter de bien privativo o parafernial; que si, por el contrario, las acciones de la Sociedad minera «La Alianza» no pertenecían a la esposa de manera privativa, sino que constituían parte del patrimonio correspondiente a la sociedad de gananciales, es evidente que esa licencia concedida por el esposo o no bastaba—en cuyo caso la transmisión sería nula de derecho—, porque para que la mujer pueda enajenar bienes de la sociedad conyugal se precisa consentimiento y no licencia, o hay que entender que existía consentimiento, y en este caso, único en el que la adquisición de la casa es lícita y perfecta con arreglo a Derecho, no hay por qué hablar luego de falta de legitimación pasiva de la esposa que compra o adquiere debidamente autorizada por su marido, y, en consecuencia, con absoluta y plena capacidad; que se da además la circunstancia de que el esposo, don José Requena, ha sido parte en el proceso de retracto, según consta en el escrito de contestación a la demanda, y en la providencia de admisión de tal escrito; que, además, la legitimación procesal («legitimatio ob causa») no es otra cosa sino la consideración especial en que tiene la Ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con objeto del litigio, y en virtud de la cual exige, para que la pretensión procesal pueda ser examinada, que sean dichas personas las que figuren como parte en el proceso; en el caso de autos doña Gertrudis Gras, con licencia del esposo, celebró el supuesto contrato de permuta y doña Gertrudis Gras, con la misma licencia del esposo, resultó demandada en el pleito de retracto; que, por otra parte, la presunción legal de pertenecer a la sociedad conyugal los bienes adquiridos durante el matrimonio sin cumplida prueba de la procedencia del dinero utilizado en su adquisición onerosa, es una previsión legal establecida en interés y bene-

ficio de los terceros, no un privilegio concedido a los cónyuges para que, valiéndose de él y sembrando confusión con su actuación, puedan defraudar el derecho de esos terceros:

VISTO siendo Ponente el Magistrado don Luis Vacas Andino:

CONSIDERANDO que la finca arrendada fué adquirida por la demandada con licencia de su marido mediante escritura pública, que fué inscrita en el Registro de la Propiedad, haciéndose constar en la inscripción que la adquirente no había justificado su adquisición privativa y, por lo tanto, la misma ha de entenderse hecha para la sociedad de gananciales por virtud de lo prevenido en el artículo 1.407 del Código Civil, y como la demanda se dirigió contra la mujer exclusivamente, en lugar de dirigirse contra el marido, que es a quien corresponde la administración de la sociedad de gananciales y, además, las facultades de enajenarlos y obligarlos a título oneroso, como establecen los artículos 1.412 y 1.413 de dicho cuerpo legal, es obvio que la demanda fué defectuosamente formulada, pero como el marido no se limitó a comparecer en los autos para el solo efecto de completar la capacidad procesal de la mujer, sino que otorgó en nombre propio poder a favor de un Procurador, quien, en su representación, compareció en el pleito, en el que se le hubo por parte, y alegó cuanto estimó conducente a la defensa de su derecho, solicitando que se le absolviera de la demanda; el defecto inicial de ésta quedó subsanado y defendidos los derechos de la sociedad de gananciales a que la finca arrendada pertenecía por quien ostentaba la representación legal de dicha sociedad, y al no entenderse así la sentencia recurrida, infringe por indebida aplicación los artículos del Código Civil antes citados y obliga a estimar el único motivo del recurso:

CONSIDERANDO que como la sentencia recurrida resolvió únicamente sobre la excepción que calificó como de falta de personalidad de la demandada, estimando dicha falta se abstuvo de pronunciarse sobre la cuestión de fondo que en la litis se discute, a saber: si por haberse realizado un contrato de compraventa sobre la finca arrendada a un solo arrendatario de la misma, el actor puede ser ejercitada por éste la acción de retracto que le reconoce el artículo 43 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, o si tal acción no es viable por no corresponder a tal contrato la calificación de compraventa sobre la de permuta y estar limitado el ejercicio de tal acción a los casos en que conforme proviene el artículo 1.521 del Código Civil tenga lugar la adquisición de una cosa por compra o dación en pago:

CONSIDERANDO que por la escritura pública de 30 de mayo de 1956 s. confirmo en que doña Francisca, conocida por María Galinsoga Hernández, adquirió por permuta una hora de derecho de agua de la Sociedad minera «La Alianza», representada por las acciones números 649 al 652, inclusive, y doña Gertrudis Gras Muñoz adquirió por idéntico concepto el local arrendado que en dicha escritura se describe con todos los derechos que a los bienes permutados correspondieran y esto sentado se impone declarar que el contrato en cuestión tiene los caracteres de un contrato de permuta y esto no porque las partes lo calificquen así, porque podría tal calificación no corresponder a la realidad de las cosas, sino porque constituyendo la permuta según la definición del artículo 1.538 del Código Civil un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra, tales caracteres convienen al contrato discutido, cuya naturaleza no puede ser afectada porque el objeto de la agua objeto de la permuta con el local arrendado está representado por acciones de la mencionada sociedad, cuya

naturalidad y características se desconocen, ya que no obra en los autos la escritura de constitución de tal sociedad ni la misma figura inscrita en el Registro Mercantil ni como Sociedad anónima, ni como limitada, ni como comanditaria, ni como de ninguna otra clase, ni, por lo tanto, las mencionadas acciones ostentan otro carácter que el de documentos justificativos del derecho real a que se refieren, pero no el de títulos, que, como los aludidos en el artículo 1.170 del Código Civil, pagarán a la orden, letras de cambio u otros documentos mercantiles, sean signos representativos del dinero y otorguen al contrato en que sean utilizados como forma de pago el carácter de un contrato de compraventa y no correspondiendo tal carácter ni el de dación en pago al contrato de autos falta la base necesaria al derecho de retracto que se ejercita en la demanda.

**FALLAMOS:** Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de injusticia notoria interpuesto por don Francisco Galinsoga Gil, contra la sentencia dictada por la Audiencia Territorial de Valencia con fecha 27 de septiembre de 1957, por la que estimó la excepción de falta de personalidad de la demandada doña Gertrudis Gras Muñoz, y, en su consecuencia, desestimamos dicha excepción, y resolviendo sobre la cuestión de fondo, decretamos no haber lugar a la demanda de retracto con imposición al actor de las costas de la primera instancia y sin hacer especial mención de las citadas en la segunda ni en este recurso, y librase al Presidente de la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos originales y rollo de Sala 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 Vicens.—Eduardo Huetz.—Bernabé A. Pérez.—José Rull (rubricados).

Publicación.—Leída y publicada fué la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Luis Vicens Ardino, Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior y Ponente que ha sido en estos autos, celebrando audiencia pública la misma en el día de su fecha, de lo que en el Secretario certifica.—Firmado: Alejandro Reg-Stolle (rubricado).

\* \* \*

En la villa de Madrid a 27 de mayo de 1960, en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 6 de los de esta capital, y en grado de apelación ante el Sr. Procurador de lo Civil de la Audiencia Territorial, por don Pedro Bartual Higón, fontanero y vecino de Madrid, contra «Fabricas Lucia-Antonio Beteré, S. A.», de igual domicilio, sobre indemnización de daños y perjuicios pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por el demandado, representado por el Procurador don Carlos Salas Sánchez Campomanes y defendido por el Letrado don Fernando Ruiz Calvez, habiendo comparecido ante este Tribunal Superior la entidad demandada y recurrida, representada y defendida, respectivamente, por el Procurador don Vicente Ibarrá Model y el Letrado don Jaime Michels de Champourain.

**RESULTANDO** que mediante escrito de fecha 23 de marzo de 1954, el Procurador don Carlos Salas Sánchez Campomanes, en nombre y representación de don Pedro Bartual Higón, dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de los de esta capital, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra Antonio Beteré, S. A. («Flabesa»), alegando como hechos:

Primero. Que don Pedro Bartual Higón,

asociado con su anciano padre, don José Bartual, hasta el 5 de diciembre de 1953, en que se disolvió tal asociación, era coempresario con éste de una industria familiar de bojalatería y fontanería instalada en la casa número 17 de la calle de Mateo Inurria, de esta capital, barrio de Chamartín de la Rosa; que en dicha asociación familiar, el padre ponía a contribución sólo su nombre bien acreditado y su clientela, antigua y numerosísima, si bien apartado por su edad de toda actividad aunque la contribución se girase a su nombre como se acredita con el recibo que se acompaña, por cierto pagado con recargo porque el accidente de que luego se hablara, ocurrió el 9 de julio de 1953, hizo olvidar el pago normal de dicha contribución, el cual tenía su vencimiento al siguiente día 10 de junio; el hijo, el actor, aportaba a la asociación familiar el local de negocio con vivienda anexa, junto con su esfuerzo personal para la realización de los trabajos y el capital preciso para la adquisición de materiales y pago de jornales cuando el caso lo requiera; que en esa asociación familiar, el padre, don José Bartual, percibía de su hijo la cantidad de 500 pesetas fijas al mes, sea cual fuese el resultado próspero o adverso de la explotación.

Segundo. Que a fines del año 1952, en diciembre, entrado don Pedro Bartual Higón de que «Flabesa», propietaria de «Fabricas Lucia», constructora de somiers Numancia, tenía necesidad de efectuar determinados trabajos de plomería y fontanería en las naves que dicha fábrica tiene en la calle de Méndez Alvaro, consistentes: a) de un lado en el emplomado con planchas de plomo y medio milímetros del tejado de las naves para acondicionar los mismos en forma con sus limas, busones y cabececos, y de otro, b), en los trabajos de saneamiento de las naves con colocación de tazas turcas para obreros, retretas lavabos, etc. lo convenientemente acometida de tuberías y de plomo, hizo su proposición a dicha Empresa y su cuantía la misma debió ser la más ventajosa, porque fue aceptada; que en consecuencia, el actor se movió en la referida fábrica para comenzar sus tareas tendientes a la realización de las obras, firmandose por lo que respecta a las del tejado, es decir, a las del apartado antes indicado, la aceptación del presupuesto adjunto, y no firmandose documento alguno por lo que respecta a las de saneamiento por contratarse estas verbalmente; que las obras del apartado a) en las que habían de emplazarse unas 600 metros lineales de planchas de plomo de 50 centímetros de anchas, consistían en dejar colocadas las limas de los tejados y además en las calderetas, manguetones, tapajuntas, cabececos y juntas de dilatación importaron unas 95.000 pesetas, y las del apartado b) unas 37.500, todo incluido, o sea en total 132.500 pesetas, haciéndose las mismas por el actor con intermitencias, y por esto sin fijación de plazo, por tener que acomodar sus trabajos, como dice el presupuesto, de acuerdo con la preparación de los tejados, si bien tales trabajos de haberse podido hacer sin intermitencias, hubieran podido terminarse por el actor antes de tres meses, trabajando dos hombres en jornada legal de trabajo; que las obras del apartado b), consistentes en la instalación de tazas turcas para obreros, retretas, lavabos con las consiguientes instalaciones de tuberías de plomo, se hubieran podido terminar en quince días de jornada de trabajo completo.

Tercero. Que para realizar parte del trabajo señalado antes con la letra b), consistente en el tendido de la tubería de plomo, tuvo el actor necesidad de subir a un andamio de altura de cinco metros aproximadamente, pues no queriendo «Flabesa» abrir zanjas en el suelo de la nave para meter los tubos bajo tierra, decidió elevarla, adosando dicha tubería a la pared, y continuándola llegando al techo por el armazón de hierro de la parte superior de dicha nave, para hacerla

luego descender por la otra pared en busca de los servicios a cuyo uso se destinaba; que «Flabesa», con sus obreros y los materiales de que disponían, aparejó los andamios que había de utilizar Bartual para estas obras; que estos andamios se prepararon suspendiendo del armazón de hierro de la nave que sostenía el tejado unos ganchos también de hierro en forma de Z de 20 milímetros de sección, sobre cada base fué tendido un solo tablón de 20 centímetros de anchura; que aparte de que un andamiaje con un solo tablón de 20 centímetros de anchura, carece de la precisa para el libre movimiento de los trabajadores en las tareas a realizar, circunstancia que por sí sola excluiría por inadmisibles el preparado por «Flabesa» para que sobre el trabajase el señor Bartual, es que los ganchos en forma de Z a que antes se ha aludido no eran de hierro laminado para dar al andamio el obligado coeficiente de seguridad, sino de carril de hierro de desecho, manipulado en la fragua por obreros de la propia fábrica, siendo de hacer notar, por si ello fuera de interés para esta litis, que en dichas manipulaciones, hechas el 5 de junio de 1953, ocurrieron los siguientes hechos:

a) Con un cortafrios golpeado por un martillo, se hicieron en frío sobre los hierros hendiduras para que sirvieran de señal u orientación al obrero de la fragua, a fin de que en el punto de dichas hendiduras se doblase dicho hierro y obtener así el basamento de la zeta con anchura suficiente para poder encajar sobre el un tablón de 20 centímetros de anchura.

b) Las citadas manipulaciones fueron hechas en una fragua y un yunque a la intemperie y como quiera que precisamente en el momento de la manipulación cescarara sobre Madrid una fuerte tormenta, el obrero de la fragua, llamado Julián Sánchez, corrió a guardarse del aguacero, tirando al suelo el hierro sobre el que manipulaba, que así recibió los efectos de la lluvia torrencial que caía, cuando precisamente en aquel momento hallábase dicho hierro al rojo vivo; que ha de hacerse constar refiriéndose una vez más al susodicho andamio; que este carecía no solamente de barandilla rígida, según es obligado, pero ni siquiera de la simple cuerda llamada en el lenguaje del oficio «quitamiedos», y en fin, que el mismo no fué examinado ni reconocido previamente a su uso, por aquellos técnicos oficiales encargados de averar mediante la autorización del oportuno certificado que el tan repetido andamio reunía en la presente ocasión las obligadas condiciones generales de seguridad.

Cuarto. Que preparado el andamio como queda dicho por los obreros de «Fabricas Lucia», no hizo el señor Bartual más que subir al trozo que se señala en el croquis, acompañado de su hijo el joven José Bartual, que le servía de ayudante, portando ambos medio rollo de tubería de plomo de once metros, con un peso total de veinticinco kilos, cuando a los pocos minutos, y como se ha reflejado en el croquis, la seta o gancho de hierro central de este sector de andamio—el señalado en rojo en el croquis—se partió en dos, juntamente en el punto que señala la flecha del croquis, como si fuera de vidrio, cediendo los dos tubos, que cayeron al vacío faltos de soporte, y con ellos el actor, mientras su hijo, más afortunado, pudo agarrarse al gancho junto al cual estaba, hasta que lo auxiliaron los obreros de la fábrica que en aquel momento comían, pues eran exactamente la una y cuarto de la tarde del día 9 de junio de 1953.

Quinto. Que caído Bartual al suelo, y recogido del mismo por los obreros Ángel Carrizosa y Juan José Fernández, fué llevado con urgencia a la Clínica de la Mutua General de Seguros, instalada en la calle de Alcalá, 75, donde le apreciaron la rotura de la pelvis y de los calcaneos de ambos pies; que desde entonces hasta el momento en que se deduce esta de-

manda don Pedro Bartual Hagoñ Hallase someter a tratamiento médico e inmovilización, no ya para trabajar, sino para trasladarse de unito a otro, para lo cual debe utilizarse muletas—ahora bastones—y la ayuda de sus familiares, y tienese el temor a la hora de redactar esta demanda, que la fractura de los calcáneos le produzcan una incapacidad total y permanente para el ejercicio de su oficio de Ingeniero, que al menos estas eran las imprecisiones recogidas en la Clínica de la Mutua de Accidentes.

Quinto. Que además, contra quien se dirige esta demanda, ha cubragado desde el momento del accidente los gastos de curación del actor, con la misma solicitud y cantidad que si el señor Bartual fuera un obrero ordinario, porque si bien anunció en su carta de 17 de junio de 1953, que se ocupaba de un documento cuatro, que en realidad le sería prestado solo hasta que se ponga la escayola definitiva, y desde que se retiró a su domicilio, es evidente que la prolongación después de ella de la curación y la continuación hasta el presente por medio de la Mutua de Accidentes por el actor, sin embargo, satisficieron a los médicos, médicos que a de departamento de de Chamberín, donde vive el actor, y en su casa en la Mutua, y en su domicilio en ella, incluyendo satisficieron con el pago puntual el importe de la curación que se venían con la presente reclamando al actor, al haberse adherido a hacerse cargo de dicha curación.

Sextimo. Que la industria del señor Bartual tiene un volumen de facturación que como demostrara en la peritaje, ya que afortunadamente para el actor existe a este respecto la que obra en un expediente de apropiación forzosa. Inculcándose la Administración pública poco antes de ocurrir el siniestro, en cuyo expediente que desde ahora se refiere a ciertos promotores—Ministerio de Obras Públicas, Jefatura de Estudios y Construcciones de Ferrocarriles—aparece con claridad referencia amplia al respecto, y eso que en dicho expediente no se registran los intereses por cobrados encargos de incluidos trabajos en domicilios particulares, ya que en el mismo solo aparecen los de envergadura, como los hechos en afilados que sobre la base del dato anterior y también contando los menudos trabajos cobrados antes indicados, puede afirmarse que el beneficio neto obtenido por Bartual en el ejercicio de su industria, alcanza un promedio de unas 9.000 a 12.000 pesetas mensuales, teniendo en cuenta que esa ganancia representa el beneficio industrial acumulado a la renta de trabajo, ya que por el carácter netamente familiar de la industria, muy raras veces paga Bartual jornales a extraños; que en las últimas obras de «Plateros», en que se produjo el accidente, tiene el Juzgado un punto de orientación interesante para estimar los perjuicios sufridos, pues contrataba la colocación del metro de plomo en 159 pesetas, y siendo el coste del material de cada metro de 136,42 pesetas, resultaba que el excedente para Bartual era de 22,58 pesetas el metro, y pudiendo colocarse a razón de 80 metros cada día si las obras no se hubieran hecho con las intermitencias que se han dicho antes por las razones ya explicadas, resulta que el promedio diario de ganancia hubiera sido de 677,40 pesetas, que pueden, pues, determinarse con exactitud casi matemática cuando sean los daños y perjuicios ocasionados a Bartual por este siniestro, pues de un lado tenemos:

1.º Los gastos referentes a desplazamientos, casi diarios, para acudir desde Chamberín de la Rosa, su domicilio, a la Clínica de la Mutua de la calle de Alcañal, número 23, cuyos gastos se determinarán en ejecución de sentencia.

2.º Los gastos de curación o de adquisición de curaciones ortopédicas en cantidad y otros hubieran sido satisfechos por el señor Bartual hasta ahora estos se refieren al pago de la factura número 1000.

3.º Los perjuicios por aquellos beneficios legítimos dejados de percibir por Bartual al hallarse impedido para trabajar como consecuencia del accidente, se calculan en 3.000 a 12.000 pesetas mensuales, de las que deben rebajarse diez pesetas diarias que le abona por este accidente la Compañía de Seguros «Nordstrem», según póliza que con la misma tiene concertada y que se acompaña con la presente, que en ejecución de sentencia se apliquen estos perjuicios, pues la curación subsiste y el alta aún no se ha producido en el momento de redactarse esta demanda, y después de citar los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando se diese sentencia por lo que a la entidad «Antonio Baturo el hijo de la suma que se lije en ejecución de sentencia en concepto de indemnización por los daños y perjuicios sufridos por don Pedro Bartual como consecuencia del accidente de que fué víctima el día 9 de junio de 1953, al romperse el andamio que trabajaba en el recinto de «Plateros» Luchán, ya que dicho accidente se debió a la defectuosa y repentina rotura de un cable que se opusieron a la cantidad.

RESULTANDO que con fecha 11 de junio de 1954, y en virtud de la demanda y emplazamiento de la demandada se persiguió en el procedimiento el Procurador don Vicente María Mola, el cual por medio de escrito de fecha 12 de junio de 1954, contestó y se opuso a la demanda alegando como hechos:

Primero. Que como la demanda reconoce el accidente, por Pedro Bartual se ocupó a afilados Luchán-Antonia Baturo S. A., como contratista de obras de fontanería y electricidad, en calidad de empresario, por cuenta y responsabilidad propia, capaz de atender la ejecución de obras por ajuste o precio alzado.

Segundo. Que después la contrata con el maestro encajador don Luis Maza, quien a tal respecto afirma que a este actor le igual que a otros patronos fontaneros, le pidió presupuesto para hacer las obras de fontanería y eléctricas y acordados todos a examen se decidió emprender el trabajo a este industrial, que viendo se trataba de persona modesta en sus recursos industriales, se le preguntó si estaba asegurado de accidentes del trabajo como también el personal que le prestaba ayuda, y excusó que haría el trabajo con ayuda de su hijo y que por parte suya estaba cubierto por póliza de Seguros de una Compañía.

Tercero. Que don Pedro Bartual estuvo realizando trabajos en el régimen consagrado desde diciembre de 1952 hasta el día en que sufrió el accidente de autos, el 9 de junio de 1953, realizando los trabajos por su cuenta, poniendo materiales y mano de obra y cubierto de los riesgos, según las pólizas de seguros y las valoraciones que libremente su criterio valorativo decidiera.

Cuarto. Que sobre la estructura diseñada en los croquis adjuntos como documentos 11 y 12, habían de instalarse primero los servicios eléctricos, y segundo, los de fontanería; que a tal fin y bajo la supervisión del Ingeniero, el cerrajero don Julian Sánchez Solera preparó un andamio volante suficiente para dos personas y destinado a los electricistas, formando armaduras en zeta de redondo de 20 milímetros en caliente, poniendo el material al rojo vivo, según consigna en el expediente del documento número 12 en su página tercera; que fué visto por el Aparejador don Roberto Jiménez Benjamil quien lo juzgó habil, según certifica en el documento unido 14, pasando a ser emplazado por los electricistas, lo que hicieron ininterrumpidamente hasta el 9 de junio de 1953, y así lo consigna el cerrajero y el electricista en sus testimonios expresados.

Quinto. Que el día 11 de junio de 1953, al mediodía y cerca de la obra se retiraron los obreros que trabajaban a la vez para almorzar a su presencia, y así constará con el Jefe de la obra, don

Pedro Bartual subió a los tres metros cincuenta centímetros de altura desde el suelo hasta los tableros del andamio, que colgaba un metro de la cerca metálica, subiendo además a su hijo y un rollo de plomo de 20 metros de 22 kilos 350 gramos 46 kilos 660 gramos de peso, situándose los tres factores pesados junto a la segunda zeta de la derecha, en la forma que se ilustra en el croquis del documento 11 para efectuar el tendido de las dos verticales y a horizontal, en total 20 metros; inadvertencia de utilizar un andamio que aunque seguro y suficiente, no se calculó para tal trabajo y sin autorización del Jefe de la obra, que el señor Bartual no disputó, precisa según su juicio; máxime siendo el técnico en la materia y obrando por su cuenta y riesgo que obrando con prudencia hubiera podido evitar la rotura, obrando según se describe en el croquis del documento 11, y no incrementando el esfuerzo con el peso que implica el brusco movimiento de desatascar el plomo.

Sexto. Que los efectos que presenciaron los asegurados de don Pedro Bartual y su hijo con el rollo de plomo, le ocasionó inmediatamente del pedregal lanzado a lo que hacia, por el fuerte en la cantidad de patronos, avisando los hechos que como documento 12, vió el accidente que se produjo por la Dirección de la Empresa en el día en que padecía una lesión se retiraron los hechos según oportunamente testificaron los obreros, después de que a poco se rompió la zeta del andamio, quedando el tablero sobre por el cual saltó el cable de la obra, su hijo y el rollo los tres metros cincuenta centímetros del resultado que en su día será demandado que así fueron causa del accidente.

1.º La inadvertencia del perjudicado.

2.º Por un acto realizable por su voluntad.

3.º Sin orden ni consentimiento de la propiedad.

4.º Usando para su provecho un andamio destinado a otro trabajo distinto.

5.º Usando indebidamente.

6.º En forma capaz de producir rotura por exceso de carga.

Séptimo. Que por contrato con don Pedro Bartual y en cargo sus acciones y los de sus empleados, de acuerdo con lo que en sus contratos se expresa, se le dio por hecho y se aceptó el rollo que unió a la estructura que ello ocasiona, «Antonio Baturo y Luchán-Antonia Baturo S. A.» la atención de don Bartual, se le prestó por su cuenta y riesgo, y así lo consigna el acto de fontanería y electricidad, que no viene cobrada y por el que la rotura del andamio, por el peso de la zeta de demandado y de un extraño procedimiento, encaminado sin duda a buscar un método de recuperación de la obra en el abarcado de la curación que a este la inadvertencia del denunciado causara y por no ser este lugar de su decisión exclusiva del actor, según indudablemente en la tasación de los supuestos daños, como no sea para reclamar como se reclama la veracidad y objetividad de cuanto a este respecto de citados se alega y después de citar los fundamentos legales que como aplicación, terminó suplicando que teniendo por en cuenta la demanda formulada por don Pedro Bartual pidiendo se declarara la rotura de la zeta de demandado y de los daños sufridos, a determinar en ejecución de sentencia, de traslado para réplica y proclama las oportunas pruebas, absuelva a la demandada de la demanda, con expresa condena de costas a la demandante.

RESULTANDO que conferidos a las partes los oportunos traslados para réplica y proclama, se efectuaron por medio de los oportunos trámites, en los que insistió en las bases de la demanda y contestación, suplicando que se dictara sentencia de conformidad con lo que tenían fundamentado.

RESULTANDO que respecto de la obra se retiraron los obreros que trabajaban a la vez para almorzar a su presencia, y así constará con el Jefe de la obra, don



adolescente de catorce años, quedaria fuera del seguro un andamio preparado para dos personas, conclusión que por absurda debe ser rechazada y a no haberlo comprendido así la Sala sentenciadora, y al admitir, aunque lo haga en el terreno de la hipótesis—considerando cuarto—que la causa del siniestro pudo ser debida al hecho de haber sobrecargado el andamio al subir al mismo un hombre y un muchacho con cuarenta y nueve kilos de plomo, aunque tal plomo fuera desenrollado en dicho andamio, que no lo fué como se verá en otro motivo, incurro en la infracción legal que se denuncia.

Cuarto. Al amparo de nuevo, del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil puesto que existe manifiesto error de derecho en la apreciación de la prueba de confesión prestada por el recurrente, violándose así los preceptos legales que valoran esta clase de pruebas concretamente los artículos 1.232 del Código Civil y 580 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; alegando que en efecto, si como el considerando cuarto de la sentencia recurrida reconoce al ser examinado Bartual por la posición doce del pliego, folio 175, éste absolvio tal posición diciendo «ser cierto que al ocurrir el accidente el deponente estaba a la derecha del andamio, su hijo a la izquierda unos cinco metros uno del otro y el material—sea la tubería de plomo—extendido en el centro a punto de ser colocado», no puede presumirse de tales manifestaciones, como se pretende en el considerando dicho, ni que el plomo fuera desenrollado sobre el andamio, por haberse éste subido sin desenrollar, ni menos que por ello se perfila una hipotética culpa del actor, como se pretende, porque el juicio lógico, la sana crítica nos está diciendo que nada tiene que ver el hecho que se entrecomilla con la consecuencia que de él se pretende deducir, no solo porque ninguna relación tienen entre sí, sino porque aunque la tuvieran y fuese admitido que por lo que dice Bartual en esa posición, el plomo se subió al andamio sin desenrollar y allí fué desenrollado, no resultaria de ello «la hipotética culpa del actor» que al subir al andamio en unión de su hijo, con 49 kilos de material, se hallaba en la convicción que tenía su arraigo en el artículo 66 del Reglamento de 31 de enero de 1940, de pisar sobre seguro el citado andamio que al ser confectionado para dos personas debía tener la suficiente resistencia para soportar hasta diez, y al no entenderlo así la Sala sentenciadora, y al haber dado a la Confesión de Bartual la valoración que pretende, sacando de ella las inadmisibles consecuencias que dice, incide en el error que se denuncia.

Quinto.—Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto la sentencia recurrida viola por no aplicación la doctrina legal sobre coexistencia de culpas y su compensación, tal como fué definida y aplicado por la sentencia de este Tribunal de 18 de enero de 1935, y otras posteriores, entre ellas la de 24 de mayo de 1947; alegando que la sentencia recurrida en su considerando cuarto opone a la hipótesis culpa de demandado por la defectuosa manipulación del gancho de hierro que después se rompió y dio lugar al accidente, otra hipotética culpa del demandante al suponer haber subido éste al andamio con su hijo y un rollo de plomo de 49 kilos, que fué desenrollado sobre el mismo, y de ello saca la consecuencia de que nos encontramos con la llamada compensación de culpas que impediría, dice dicho considerando admitir tan solo la de demandado para sobre ella fundar una condena o indemnización, ahora bien, al admitir la sentencia de 18 de enero de 1935, en el artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la teoría de la coexistencia de culpas, que a todas las personas que concurren en un hecho ilícito y de la causada por la infracción del

cia extranjera, dejó bien sentado que para que la concurrencia de culpa pueda ser compartida o compensada, es imprescindible que aquellas sean de igual grado y de idéntica virtualidad jurídica, por lo que cuando un Tribunal de instancia aprecia esa coexistencia en cuya virtud se ha producido el daño, es indispensable que se determine la relación que entre ambas existía, ya que por su importancia puede una absolver a la otra o provocar la atenuación de la responsabilidad del agente; que partiendo en nuestro caso de la hipótesis admitida sólo a efectos de discusión, de que exista una coexistencia de culpas no es dudoso que tiene mayor entidad la de Flabesa que con falta de los más elementales deberes de previsión, no tiene inconveniente en encomendar trabajos de fragua a un obrero inexperto, cuya impericia en la manipulación de hierros determina la rotura de uno de esos hierros, con desplome de un andamio en el que trabajan dos personas, que la que pueda haber de imprevisión si es que lo hay, en el hecho de haber subido a un andamio preparado para dos personas, ese mismo número de personas con 49 kilos de plomo, aun dando por sentado también a efectos de discusión que efectivamente hubieran desenrollado el plomo sobre el andamio, y no lo hubieran subido desenrollado; y al no entenderlo así la Sala sentenciadora, habiendo en la sentencia de compensación de culpas con olvido de los principios elementales que la doctrina de esta Sala ha fijado para que tenga lugar tal compensación, infringe la referida doctrina.

Sexto.—Al amparo del número primero del artículo 1.692 en cuanto la sentencia recurrida interpreta erróneamente los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, alegando que se dice en el penúltimo de los considerandos de la repetida sentencia que la conclusión denegatoria de la existencia de culpa por parte de Flabesa «aun podría reforzarse trayendo a comento el antecedente de la modalidad del contrato, en cuya virtud se hizo cargo de la obra el empresario accidentado, pues recuérdese—dice el considerando—que expresamente se obligó a responder de los accidentes que pudieran producirse corriendo a su costa la cobertura de este riesgo, para cuya reparación ofreció concertar el seguro conveniente, como en efecto consta en autos, así lo hizo y por tanto su conducta concretada en actos propios de realidad indiscutible, vedan moral y jurídicamente derivar la indemnización hacia el patrimonio del demandado, al que se hubiera un evidente perjuicio, que se hubiera evitado si el actor, cumpliendo el compromiso pactado, hubiera concertado un seguro de cuantía económica adecuada, etcétera, etcétera; que es sorprendente este considerando, que parece olvidar que lo que se reclama en la demanda son los daños y perjuicios derivados de la culpa, de las cuales deben responder siempre las personas a que aluden los artículos 1902 y 1903 del Código Civil; que efectivamente, como reconoce tal considerando, el señor Bartual asumía el riesgo de accidentes para sí y sus ayudantes, y esto ha sido reconocido de una manera expresa por el recurrente en diversos pasajes del pleito, lo que quiere decir que si por desgracia él o sus ayudantes hubieran sufrido alguno de esos accidentes, derivado de los riesgos que ofrece el oficio o profesión que desempeña, hubiera pechado con sus consecuencias, con seguro o sin él, sin que la parte demandada hubiera tenido que soportar el menor sacrificio como consecuencia del mismo; ahora bien, cuando el accidente deriva de causas tan acusadas como las que se han denunciado por el recurrente, ya el accidente no es debido a ese riesgo profesional de que se habla antes, sino a culpa o negligencia de un obrero de Flabesa, que siendo por sueldo de albañil, y no obrero metalúrgico especializado trabaja en la fragua por encargo de sus propietarios, éstos han de ser, en los que como consecuencia de la infracción del

mencionado obrero se cometen unas atrocidades cuyas funestas consecuencias fueron puestas de relieve por el informe de Peritos Ingenieros obrante en autos; que entendida así la cuestión, es claro que el hecho de que Bartual firme una póliza de accidentes o deje de firmarla, o que tal póliza sea por mayor o menor cantidad, o cubriendo estos o los otros riesgos, no elimina a la parte demandada de su responsabilidad, que queda siempre viva y en pie, por derivar de las causas que la parte recurrente ha denunciado;

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Antonio de Vicente Tutor y de Guelbenzu:

CONSIDERANDO que el primer motivo del recurso, amparado en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por error de derecho en la apreciación de las pruebas, con violación de los artículos 1.242 y 1.243 del Código Civil, se basa en la manifestación contenida en los fundamentos de la sentencia recurrida de carecer de eficacia la prueba pericial practicada en el juicio al informar los Peritos sobre hechos abstractos y no a la vista del gancho o Z de hierro sobre el que versaba el dictamen; y aun prescindiendo de la doctrina tan reiterada de que la casación se da contra los fallos de las sentencias y no contra sus considerandos, siempre resulta que tal manifestación es una forma de valoración de la prueba pericial en cuestión, y como ésta queda a la libre apreciación del juzgador, conforme al artículo 632 de la citada Ley Rituaria, carece de viabilidad el motivo estudiado;

CONSIDERANDO que asimismo procede desestimar el segundo de los motivos articulados por el mismo cauce procesal y la misma causa de error de derecho en la apreciación de las pruebas, con violación de los artículos 1.249 y siguientes del citado Código, y en especial el 1.253, con sólo tener en cuenta que la sentencia recurrida para nada se sustenta en presunciones, sino que declara lisa y llanamente por apreciación directa del resultado de las pruebas practicadas que el actor, a quien correspondía hacerlo, no había acreditado la concurrencia de culpa en los actos de la demandada, por lo que al no basarse en presunciones la sentencia, pues quien verdaderamente quiere deducirlas es el recurrente, no cabe error en su apreciación y deducción; pero aun cuando así no fuera, siempre resultaria que las presunciones que quiere sentar el recurrente se basan en la prueba testifical, que, como es bien sabido, no puede ser motivo o causa de casación;

CONSIDERANDO que por las mismas razones consignadas en el anterior razonamiento cae el tercer motivo articulado, ahora por el número primero del artículo 66 y basado en la no aplicación de los artículos 66 y siguientes del Reglamento de 31 de enero de 1940, ya que en tanto no quede desvanecida la afirmación de la Sala sentenciadora, referente a que no se ha probado en el juicio la culpa de la demandada que deriva del estado conjunto de las pruebas articuladas por el medio y cauce adecuado, no cabe la aplicación de citados preceptos de Reglamento de 1940;

CONSIDERANDO que el cuarto motivo, por el número séptimo y también por error de derecho, con infracción de los artículos 1.232 del Código Civil y 580 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, basado en que, a juicio del recurrente, ha sido mal valorada la prueba de confesión judicial practicada, tampoco puede prosperar, en cuanto como queda antes expuesto, la declaración de inculpadidad que contiene la sentencia se basa en la apreciación conjunta del resultado de las pruebas practicadas, que la lleva a estimar no se ha probado la culpabilidad de la demandada, y el fundamento de la misma es que se debió a la manipulación del peso que gravitaba sobre el andamio de los obreros, y no a un defecto que, al momento de ser producido y reparado, no se pudo de

fué subido en rollo, cuando tal operación debió practicarse en tierra y ascenso en la configuración en que lla a ser colocado; y es consecuencia lógica que contra tal apreciación conjunta de las pruebas nada vale el resultado de una sola de ellas, aunque fuera favorable al recurrente, por estar asumida en el conjunto de las estudiadas y no tener fuerza superior a las restantes, como reiteradamente viene declarando esta Sala, maxime si se tiene en cuenta que la misma prueba de confesión aducida en el motivo estudiado, que es la del propio recurrente, viene a confirmar que la apreciación se realizó como queda expuesto, en contra de lo mantenido en la demanda respecto que el tubo fué subido extendido al andamio;

Considerando que la sentencia recurrida, después de basar el fallo absolutorio, como tan repetidamente se ha expuesto, en la no culpabilidad del demandado, suelta su argumentación contemplando únicamente a efectos clasificatorios, que aun en el supuesto de que alguna culpa cupiera al demandado, estaría compensada con la atribuible al propio actor, derivada de los hechos consignados en el precedente razonamiento de subir alandando el tubo en forma de rollo y extenderlo en él; y como quiere que tal argumentación, considerada únicamente como ampliación y reuerzo de la principal, no aplica la doctrina sobre coexistencia de culpas y su compensación, al punto de que prescindiendo de ella subsiste la principal razón del fallo impugnado, no cabe alegar la no aplicación de tal doctrina y la falta de valoración de ambas culpas en su importancia, por lo que debe desestimarse el quinto motivo del recurso en ella fundado, por la vía procesal del número primero de tan citado artículo 1.692 de la Ley Ricitaria;

Considerando que por último y con apoyo en el mismo número primero se alega la interpretación errónea de los artículos 1.902 y 1.903 de la Ley sumativa civil, alegando el recurrente que la sentencia se basa para sentar la falta de responsabilidad del demandado en que aquel, como contratista, asumió la totalidad de los riesgos de la obra a realizar y se comprometió a asegurar tales riesgos, como lo hizo, aunque en cuantía muy pequeña y desde luego insuficiente a la gravedad del daño producido por el siniestro, siendo así que lo que se reclama en la demanda es el resarcimiento por culpa extrac contractual regulada en los preceptos citados; y como quiera que para nada se trata en la sentencia de la responsabilidad derivada de los riesgos objeto de delimitación en el contrato, sino de las derivadas de culpa extrac contractual, y que es rechazada por no haberse acreditado la concurrencia de actos culposos o negligentes del demandado, procede desestimar este último motivo y con él la totalidad del recurso, con los pronunciamientos consiguientes;

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por don Pedro Bartual Higón contra la sentencia que en 8 de noviembre de 1955 dictó la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid; se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas y libramos a la citada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.

A í 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.—Acacio Charrán y Martín-Veña, Joaquín Domínguez. — Francisco Bonet.—Obdulio Siboni.—Antonio de V. Tutor (rubricados).

Publicación.—Leída y publicada fué la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Antonio de Vicente Tutor, 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 a 27 de mayo de 1960.—Rafael C. Besada (rubricado).

• • •

En la villa de Madrid a 7 de junio de 1960, en los autos incidentales sobre declaración de derechos arrendaticios seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 20 de esta capital y en la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial, por doña Felisa Hermida Espoleta, sus labores, asistida de su esposo, don Rafael Rodríguez Carbajal, Doctor en Medicina, contra don Alberto Benito Díaz, industrial; doña Concepción, sin profesión especial; doña Pilar, empleada, y doña María Piedad Benito Walter, sus labores, c. a. asistida de su esposo, don Carlos León Enríquez y aquellas solteras; vecinos todos los citados de Madrid; así como contra don Pedro Benito Walter, Arquitecto, vecino de Badajoz; pendientes ante Nos en virtud del recurso de injusticia notoria interpuesto por los demandados, representados por el Procurador don Manuel del Valle Lezano y defendidos por el Letrado don Alfonso Pérez Morán, habiendo comparecido en este Tribunal Supremo la demandante y recurrida con la representación del Procurador don Cristóbal Estévez Álvarez y la dirección del Abogado don Juan González Oranaga;

RESULTANDO que la representación de doña Felisa Hermida Espoleta, casada y asistida de su esposo, don Rafael Rodríguez Carbajal, formuló demanda incidental sobre declaración de derechos arrendaticios, por medio de su escrito de 7 de junio de 1958, por reparto del día siguiente turnado al Juzgado de Primera Instancia número 20 de Madrid, contra don Alberto Benito Díaz, doña Concepción, doña Pilar, ambas solteras, y doña María Piedad Benito Walter, esta asistida de su esposo, don Carlos León Enríquez, y don Pedro Benito Walter, alegando, concretamente, como hechos:

Primero.—Que la demandante y su madre, doña Felisa Espoleta Samartín, eran arrendatarias por la merced actual de 707 pesetas mensuales, en virtud de subrogación por el óbito de su padre y marido, respectivamente, don Jaime Hermida Cavale, arrendatario inicial desde 1934, del piso segundo de la casa número cinco de la plaza de Santa Ana, de esta capital; avenido con los números dos al cinco documentos que acreditaban estos hechos y señalando el archivo del Juzgado Municipal número tres y Primera Instancia número 11, de Madrid, en los años 1949 y 1957, por autos seguidos entre las mismas partes.

Segundo.—Que el fallecido don Jaime Hermida instaló en el piso citado desde la iniciación del arriendo, su despacho de Gestor administrativo, ejerciendo tal profesión hasta su fallecimiento, si bien el despacho continuó después con sus herederos, nombrado al efecto a don Antonio Herrera Samartín, como Gestor y pagando la correspondiente contribución, despacho que seguía en la actualidad, como lo denotaba la copia de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número tres de esta capital, el contrato y los recibos de contribución de dicho Gestor (documentos 12, 13 y 14, volviendo a designar el archivo de tal Juzgado). Que a mayor abundamiento, los demandados, en cumplimiento de la meritada sentencia, instaron la resolución del contrato de autos ante el Juzgado de Primera Instancia número once, y la resolución fué revocada por la Audiencia Territorial en sentencia de 17 de mayo de 1959, uniéndose copia simple de la misma y designando el archivo, con todo lo cual se denotaba la competencia de este Juzgado al que se dirigía.

Tercero.—Que a mayor abundamiento, el piso fué ocupado además de por el

arrendatario señor Hermida, por su esposa e hija, funcionario público y que ejercía su profesión en dicho piso, pagando su contribución industrial, como probaban los documentos que unia con los números 15, 16 y 17 y designando de nuevo el archivo del Juzgado 11 a estos extremos.

Cuarto.—Que su representada, de acuerdo con su madre y asistida de su esposo, se convirtió en única inquilina del meritado piso, con notificación hecha a los demandados el 4 de septiembre de 1956 por conducto notarial, al amparo de la disposición transitoria octava de la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente, designando el archivo del Notario.

Quinto.—Que desde que se concertó el arrendamiento, los propietarios de la finca no habían hecho en el cuarto la más mínima obra de conservación para mantenerla en el estado de servir al fin destinado, habiéndose limitado únicamente a colocar en la cocina una viga de hierro, por mandato de la Fiscalía de la Vivienda, no sin antes de apelar sin resultado ante la Fiscalía General de la Vivienda (documento número 6). En la denuncia inicial de ese procedimiento, su parte solicitaba las obras más indispensables, cual era el arreglo de la viga, lo cual originó que los demandados pasaran a sus representadas pleito tras pleito para conseguir su desalojo, si bien todos ellos terminaron en sentencia absolutoria de su representada. Que la inercia de la propiedad para cuidar la finca, unida a la acción inexorable del tiempo, existían hoy lamentables taras que incapacitaban al local para su habitabilidad, y que eran las siguientes:

a) Grandes aberturas y grietas en cielos rasos y paredes, con filtraciones y como señalaba el alba cambrado de calizo, papel y pintura en varias habitaciones del mismo.

b) El fognón de la cocina se hallaba en tal mal estado que no se podía cocinar por estar estropeado el horno, depósito de agua chimenea, tabos; por lo cual su mantenido había de cocinar con un hornillo de petróleo y carbón de encina, todo ello sin contar el estado de las paredes y puertas, éstas con grietas y aberturas; en fin, un verdadero caos, como podría apreciar el Juzgado en su momento.

c) La instalación eléctrica (de flexible toda ella) se hallaba tan mal, que en dos veces produjo conatos de incendio ocasionados por el trabajo de la actora, ello sin contar las continuas reparaciones hechas por el padre de la misma; uniéndose con el número 7 certificación acreditativa del peligro que esto representaba para el inmueble.

d) Como consecuencia de las numerosas grietas en paredes y techos, amén de las precitadas filtraciones, el papel de las habitaciones y sus pinturas estaban desprendidos y producían mal olor; impidiendo su limpieza y atentando a la higiene de sus moradores.

Sexto.—Que ante tal estado de cosas la demandante notificó a los arrendadores el 11 de septiembre de 1957, por conducto notarial, la imperiosa necesidad de que se realizara en el local las obras precisas para que terminaran las anomalías expuestas; uniéndose copia de tal notificación con el número 8; mas como se hiciera caso omiso, hubo su parte de acudir a la Fiscalía de la Vivienda el día 24 de dicho mes de septiembre, cuyo Organismo dictó resolución declarando la necesidad de ejecutar las obras referentes a reparación de fognón, el horno, hogar, chapa, subida de humos, etc., para su normal funcionamiento, manifestado de grietas muy pronunciadas en paramentos verticales y techos de toda vivienda e imponiendo a la parte arrendadora su ejecución, sin pronunciarse en cuanto al resto de los pedimentos de su parte; uniéndose como justificante de estos hechos el documento número 9. Que si bien

los actores vinieron a hacer parte de las obras fijadas en el fallo anterior, su representado, estimando que ni cualitativa ni cuantitativamente se ajustaban a lo que creía tener derecho, impidió las llevar a cabo, con objeto de evitar recelos y suspicacias, tratando de impedir que un arreglo superficial de lo concedido en dicho fallo, ocultase el estado del piso, apelando del citado fallo ante el Organismo superior, no obstante concederle parte de lo pedido, pero como el tiempo transcurrido era mucho y el estado de la vivienda era cada día peor, se veía obligada su parte a instar esta demanda, dado que el propietario había desoído casi en su integridad las justas peticiones de la arrendataria para obtener el derecho que le asistía; uniendo con el número 10 documento de la apelación aludida. Alegó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y suplicó se dictara sentencia que contuviera los siguientes pronunciamientos:

Primero.—Declarar que los demandados estaban obligados a realizar por su cuenta en el piso segundo de la casa número 5 de la plaza de Santa Ana, las obras precisas para poner en perfecto estado de funcionamiento tanto el fogón de la cocina de tal piso como la instalación eléctrica precisa para el alumbrado de mismo o bien dotar tal piso de nuevo fogón y nueva instalación eléctrica si los actuales no fuesen susceptibles de reparación por su mal estado, y también a llevar a cabo el manifiesto de grietas existentes en tabiques, paredes y techos, pintándolo o empapelándolo en su caso las habitaciones o parte que lo requieran, en parte o totalmente, según los casos, así como las grietas existentes en varios balcones, incluso las instalaciones y servicios de los mismos, con objeto de dejar como estaba el piso cuando se otorgó la convención locativa en 1934 y por hallarse encuadradas tales obras dentro de las reparaciones necesarias que, el arrendador se halla obligado a ejecutar a fin de conservar el piso de litis en estado de servir para el uso convenido a que se halle destinado.

Segundo.—Condenar, por consecuencia a la parte demandada, a que dentro del plazo de dos meses, a contar desde que la sentencia fuese firme, o bien dentro del prudencial que el Juzgado fijare, ejecutase por su exclusiva cuenta en el piso antes citado, las obras de reparación a que se refería el pedimento anterior, las cuales se iniciarían dentro de los ocho días siguientes a la firmeza del fallo.

Tercero.—O bien subsidiariamente condenar a la parte demandada, a que por su cuenta dentro del plazo de ocho días iniciase y en el de dos meses tuviera ejecutado, ambos plazos a contar desde que la sentencia fuese firme, todas las obras que fuese preciso realizar, según determinación que se hiciera pericialmente en el curso del juicio; o bien, en trámite de ejecución de sentencia en el piso litigioso, para poner el mismo en condiciones de servir para el uso convenido, a que se hallaba dedicado. Por un otrosí fijó como cuantía del juicio la cantidad de 8.485 pesetas:

RESULTANDO que con el anterior escrito de demanda se presentaron los documentos suficientemente relacionados en los hechos, entre ellos los siguientes:

Folios 2 y 77.—Copia suscrita por el Procurador de la parte demandante, del contrato de inquilinato firmado en Madrid a 24 de octubre de 1934, entre don Jaime Hermida Anviña, Agente de negocios como arrendatario, y con Alberto Benito Díez, como esposo de doña Concepción Walter Peré, como dueño, por el arrendamiento del cuarto primero de la casa número 5 de la plaza de Santa Ana, de Madrid, por tiempo ilimitado y precio de 4.500 pesetas cada año pagadas por meses adelantados, con las demás condiciones impresas al dorso de la primera a la

octava, siendo el texto de otra adicional mecanografiada, el siguiente: «El piso se dedicará solo y exclusivamente a vivienda del arrendatario y sus familiares. — Madrid, veinticuatro de octubre de mil novecientos treinta y cuatro. — Firma, Jaime Hermida.—Alberto B. Díaz. Rubricados.»

Folio 25.—Un recibo de contribución industrial, del cuarto trimestre de 1957, a nombre de don Antonio Herrera San Juan, como Gestor, con domicilio en plaza de Santa Ana, 5:

RESULTANDO que admitida la demanda y acordada su tramitación por la de los incidentes, fueron empiaizados los demandados, compareciendo los mismos en forma en los autos con la misma defensa y representación y contestando aquélla hicieron constar en síntesis como hechos:

Primero.—Que según se expresaba en la demanda, doña Felisa Espoleo Santana y su hija doña Felisa Hermida Espoleo «son arrendatarias por subrogación» del piso cuestionado, y tal alegación es importantísima, porque con ella se reconoce que en la titularidad arrendaticia se ha operado una modificación a espaldas de la propiedad, total y absolutamente ilícita, ya que según la carta que se envió a sus mandantes por conducto notarial, doña Felisa Hermida se convirtió en única titular del derecho arrendaticio del cuarto de que se trata porque su madre le cedió los derechos que le correspondían como arrendataria subrogada; luego se ha operado una cesión, del contrato cuya acción resolutoria se solventaría en otro procedimiento a instancia de esta parte.

Segundo.—Que esta parte siempre había tenido la creencia de que las profesiones no se heredan ni pueden ser objeto de transmisión hereditaria, ni por actos intervivos, porque las actividades profesionales son personalísimas e intransferibles; y por ello parece lógico suponer que teniendo los Gestores administrativos el carácter y condición de profesionales colegiados, para lo cual han de reunir determinados conocimientos técnicos, sólo ellos pueden realizar las actividades de su profesión. Pero en este caso, según mantiene la parte contraria, no es así, porque a la defunción del inquilino don Jaime Hermida continuaron con la gestoría de dicho señor su viuda e hija, con un empleado llamado Antonio Herrera. Esto no es más que querer justificar la presentencia en el piso de una persona extraña, como lo es don Antonio Herrera, auténtico y único Gestor administrativo, quien en su propio nombre explota la gestoría, tributando al erario público y como tal figurando en el Colegio de Gestores de esta capital, haciendo a fines de prueba designación de archivos. Estos hechos ahora llegan a conocimiento de sus representados, los cuales estaban hasta ahora en la errónea creencia de que siendo la profesión de gestoría de ínfimo grado, podía ser transferible a los herederos.

Tercero.—Que aunque era intranscendente a los fines de este pleito se admitía que el señor Carvajal, esposo de la actora, se había dado de alta para ejercer la profesión de médico el día 23 de enero del corriente año.

Cuarto.—Que admitía el correlativo en cuanto a que doña Felisa Espoleo cedió a su hija los derechos que a aquélla correspondían como inquilina subrogada, negando terminantemente que la disposición transitoria de la vigente Ley hubiese otorgado a los inquilinos subrogados la facultad que tan graciosamente les atribuía la representación adversa.

Quinto.—Que negaba el de este número de la demanda. Sus mandantes sabían cumplir sus obligaciones y cuando eran requeridos por sus inquilinos se les atendía en sus deseos, cuando estos eran justos y por su parte prescindía, en honor a la brevedad, de los antecedentes aludi-

dos de contrario —caprichosos e inveraces—, para referirse concretamente al caso de autos.

Sexto.—Que la actora acudió a la Fiscalía de la Vivienda denunciando determinadas deficiencias en el cuarto de autos, y después de la visita de los técnicos se tomó el acuerdo de requerir a la propiedad para que efectuara las siguientes obras: Reparación del fogón, horno, hogar, chapa, subida de humos para su normal funcionamiento y manifiesto de grietas muy pronunciadas en paramentos verticales y techos de toda la vivienda. Que sus mandantes, acatando con respecto tal resolución, intentó ejecutar las obras decretadas, no pudiendo llevarlo a cabo porque la actora y sus familiares se opusieron, hecho que se puso en conocimiento de la Fiscalía, sin que desde entonces hayan recibido requerimiento, orden ni notificación de dicho Organismo, ni de ninguna otra autoridad, ni tampoco de la demandante. Que tan extraña actitud de la señora Hermida y de sus familiares era censurable, pues no era lícito acudir a la Fiscalía, someterse a sus resoluciones, consentirlas y terminar repudiándolas y desobediéndolas, porque ello implicaba la mala fe para promover este litigio sin recabar previamente de los demandados la ejecución de las obras a su juicio necesarias, dado que el planteamiento de contiendas y el ejercicio de acciones judiciales como las promovidas de adverso, habían de tener como antecedente la negativa del arrendador y sólo en este último evento resultaría aconsejable la intervención de los Tribunales, ya que, en otro caso, conforme al supuesto actual la demanda constituiría un manifiesto abuso de derecho y, por tanto, sería recusable. Todo ello con independencia de que, resuelta la cuestión por la Fiscalía, sin que contra su acuerdo hubiese recurrido la actora, pudiera atentar contra situaciones por ella creadas y consentidas, sin posibilidad de impugnación, por cuanto tal conducta lesionaba los actos propios, y éstos por poderosas razones de orden jurídico no se pueden combatir. Invocó los fundamentos legales que estimó aplicables, y suplicó se dictara sentencia estimando las excepciones invocadas o cualquiera de ellas, o, en otro caso, de entrar a resolver el fondo del pleito, absolver a los demandados, y en cualquiera de los supuestos expresados sancionar con las costas a la demandante:

RESULTANDO que recibido el incidente a prueba, se practicaron las que, propuestas por las partes, fueron declaradas pertinentes, entre ellas las siguientes:

Folio 130.—Una certificación expedida por el Secretario general del Ayuntamiento de esta capital en 27 de agosto de 1958, haciendo constar que, del informe remitido por la Sección de Policía Urbana, resultaba que en los antecedentes obrantes en la citada dependencia no existía constancia de que hubiese sido solicitada ni concedida licencia alguna a nombre de doña Felisa Hermida Espoleo, para Gestoría administrativa, en la plaza de Santa Ana, núm. 5.

Folio 144.—Un oficio de la Administración de Rentas Públicas de la Provincia de Madrid, fecha 18 de agosto de 1958, haciendo constar que de los antecedentes consultados resultaba que doña Felisa Hermida Espoleo no figuraba como contribuyente al Tesoro Público por industrial por el epígrafe 1.063, domiciliada en la plaza de Santa Ana, 5.

Folio 146.—Oficio de la misma Administración de Rentas Públicas que el anterior, de igual fecha, manifestando que examinada la matricula sobre industrial, no figuraba dada de alta en la misma doña Felisa Hermida Espoleo, en el epígrafe 1.063, en la plaza de Santa Ana, 5, de esta capital:

RESULTANDO que unidas a los autos

las pruebas practicadas tuvo lugar ante el Juzgado la vista pública prevenida por la Ley acordándose por el Juzgado referidos determinaciones diligencias periciales para mejor proveer:

RESULTANDO que con fecha 8 de noviembre de 1958, el Juez de Primera Instancia número 25 de esta capital, dictó sentencia formulada por la representación de doña Felisa Hermida Espóleo, asistida de su esposo, don Rafael Rodríguez Carvajal, declaró que los demandados don Alberto Benito Díaz, don Pilar, doña Concepción y doña María Paloma Benito Walter, esta asistida de su esposo, don Carlos Luis Encinas, y don Pedro Benito Walter, están obligados a realizar por su cuenta en el piso segundo de la casa número 5 de la plaza de Santa Ana, nueva instalación de luz eléctrica, conforme a las normas del Reglamento Electrónico en perfectas condiciones de seguridad y funcionamiento y respecto a las demás obras en la adecuada manifestación de que obras, con instalación decorosa de papel o pintura en la zona afectada por tales obras, en forma que tanto por lo que afecta a la instalación de dicho papel como por el pintado, quede con el preciso decoro, ejecutando en caso contrario el total empapelado o pintura de las habitaciones afectadas por referidas obras; instalación de nueva cocina, de acuerdo a las condiciones de la vivienda de analogas condiciones de capacidad a la actualmente instalada; con reparación de la subida de humos y reparación de azulejos preciosos. Tales obras deberán iniciarse por la parte demandada dentro del término de ocho días, siendo ejecutadas con la premura necesaria en el tiempo normalmente preciso para su ejecución, el que en caso preciso se determinaría en trámite de ejecución de sentencia; con expresa condena de costas a la parte demandada:

RESULTANDO que apelada dicha resolución por la representación de los demandados y tramitada en forma la alzada, en 12 de marzo de 1959, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, dictó sentencia confirmando totalmente la apelada, sin hacer imputación de las costas en la segunda instancia:

RESULTANDO que previa consignación de depósito de 2.000 pesetas, el Procurador don Manuel del Valle Lozano, en nombre de los demandados don Alberto Benito Díaz, doña Pilar, doña Concepción y doña María Paloma Benito Walter, esta asistida de su esposo, y don Pedro Benito Walter, ha interpuesto recurso de injusticia notoria como comprendido en las causas primera, tercera y cuarta del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, alegando sustancialmente en su apoyo las siguientes:

Causa primera.—Amparada en la causa primera del artículo 136 de la Ley especial citada, por infracción por inaplicación de la excepción primera del artículo 122 de la propia Ley arrendaticia urbana. Después de aludir el recurso al párrafo primero de artículo 122 de la Ley, continúa diciendo que en autos ha quedado probado que doña Felisa Hermida Espóleo no ejerce profesión alguna, ni satisface contribución, pues así consta en las oficinas de Administración de Rentas Públicas (folios 144 y 146), sin que por otro lado exista el menor antecedente demostrativo, ni indiciario siquiera, de que la expresada señora está incorporada o afiliada a Corporaciones profesionales de ningún género. Es evidente, por tanto, que la correcta aplicación del artículo 122 al caso de autos obliga a mantener que la acción ejercitada por dicha señora está atribuida a los Juzgados Municipales. Ciertamente que en el cuarto litigioso existe un despacho de gestoría administrativa, que explora, regenta y dirige en nombre propio don Antonio Herrera San-

juán, persona extraña a la relación arrendaticia, quien sin derecho alguno disfruta del cuarto en parte; pero de tal circunstancia no se derivan efectos legales que modifiquen las normas reguladoras de la competencia objetiva, porque el artículo 122 al establecer reglas para determinar, contemplando, exclusivamente, la situación del inquilino y si bien alude a los subarrendatarios, lo hace para el caso de que deba ser parte en el litigio, supuesto incoincidente en este pleito, puesto que el señor Herrera no interviene ni actúa en el proceso, prueba inequívoca de que no es necesario para constituir la relación jurisdiccional. La sentencia recurrida al hacer suyos los considerandos del Juzgado incide en notorios y sorprendentes errores, razonando la desestimación de la cuestión de competencia que por vía excepcional fué planteada al contestar la demanda, pues entiendo que la atribución a los Juzgados de Primera Instancia:

a) Al estar aceptado expresamente por los recurrentes con anterioridad a este litigio, con motivo de demanda resolutoria del contrato de inquilinato por ellos promovida contra la hoy actora; pero se evita que dicho litigio se promoviera cuando las relaciones arrendaticias urbanas estaban reguladas por la Ley de 31 de diciembre de 1946, y que su artículo décimo, por el solo hecho de que existieran oficinas en el cuarto arrendado, deba el arrendatario el trato establecido para locales de negocio, pese a considerarlo vivienda; consideración legal que hoy ha modificado la Ley vigente por su artículo quinto, al establecer que los escritorios u oficinas sólo se asimilan a locales de negocio cuando el arrendatario se valga del local arrendado para ejercer actividad de comercio, de industria o de enseñanza, lo que no ocurre en este caso, porque la actora, aun siendo inquilina no ejerce en el piso arrendado ninguna de las actividades expresadas, y las que lleva a cabo el señor Herrera, no son de comercio, de industria ni de enseñanza.

b) Pero tenía que no ser así y tampoco puede estimarse atendible el criterio del juzgador de instancia, porque las normas reguladoras de la competencia son de orden público y de aplicación rigurosa, lo que impide a los litigantes elegir libremente, dentro del orden jerárquico que a los Tribunales corresponde, el que mejor les convenga o acomode, en razón a lo cual y aun admitiendo el supuesto de que con anterioridad a este litigio se tramitara otro indebidamente ante el Juzgado de Primera Instancia, tal acto no crea fuerza vinculativa para el futuro, porque el artículo cuarto del Código civil niega valor y eficacia a los actos realizados en contra de las disposiciones de la Ley.

c) Si el esposo de doña Felisa Hermida Espóleo ejerce la profesión de médico, carece de transcendencia a efectos competenciales, entre otras razones, porque para determinarla es necesario atender a las circunstancias del inquilino y no de sus familiares, y siendo la titular del derecho arrendaticio la señora Hermida, ninguna influencia operan las actividades de su marido, pues tanto la excepción primera del artículo 122 como el artículo quinto aluden con carácter exclusivo al inquilino, sin que por tanto los efectos de dichas normas puedan hacerse extensivos a otras personas, por muy allegadas que fuesen al titular del derecho arrendaticio. Por lo expuesto, se ha incidido en las infracciones denunciadas y así, el Juzgado de Primera Instancia ha entendido de un proceso atribuido a la competencia objetiva de los Juzgados municipales.

Causa segunda.—Amparada en la causa tercera del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por infracción por inaplicación de la excepción prime-

ra del artículo 122 de la propia Ley. Para el supuesto improbable de que este Tribunal Supremo considerase que los razonamientos legales contenidos en el anterior motivo constituyen una cuestión de fondo, que debe ser atacada por la vía de la causa tercera del artículo 136 de la Ley especial, con carácter cautelar, y para el supuesto referido, se invoca el presente, dando por reproducidas las alegaciones contenidas en el motivo precedente.

Causa tercera.—Amparada en la causa tercera del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por infracción por inaplicación del artículo 125 de la propia Ley en relación con el Decreto-ley de 21 de noviembre de 1952. Atribuida la competencia objetiva a los Juzgados municipales para entender y fallar este juicio, el procedimiento establecido es el del proceso de conciliación, de conformidad con las normas citadas en el epígrafe Y como quiera que la reclamación ha sido planteada por los trámites de los incidentes fijados en el artículo 126 de la Ley especial, se ha utilizado un procedimiento inadecuado, haciéndose aplicación indebida del citado artículo 26 y dejando de aplicarse el 125, pese a ser el que corresponde.

Causa cuarta.—Al amparo de la causa tercera del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por infracción por inaplicación del artículo noveno de la Ley citada. La actora, antes de promover este pleito formuló denuncia ante la Fiscalía de la Vivienda por considerar que el cuarto arrendado precisaba de determinadas reparaciones, dando lugar a que el citado Organismo reconociera el piso y ordenara a los recurrentes la ejecución de las obras necesarias para reparar los desperfectos observados. Sus mandantes, respetuosos con esa resolución, se apresuraron a ejecutar las obras ordenadas oportunamente a ello la propia demandante, según ha reconocido la misma al prestar confesión (posición novena). Ello no obstante promovió este litigio con el deliberado propósito de causar daño, originando gastos con la contienda. Tal actitud es abusiva y debe rechazarse, de acuerdo con la doctrina de las sentencias de 13 de junio de 1944, porque doña Felisa Hermida pretende conseguir lo que los recurrentes pretendían hacer por orden de la Fiscalía de la Vivienda, y ello no constituye un fin serio y legítimo, por tenderse a producir un daño sin beneficio para quien lo produce y con el exclusivo fin de perjudicar.

Causa quinta.—Amparada en la causa cuarta del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por manifiesto error en la apreciación de la prueba documental obrante en autos. Existe el error denunciado por cuanto se ha dejado de apreciar la prueba documental obrante en autos, de cuyo resultado se desprende que el Juzgado de Primera Instancia no es competente para resolver el pleito, según se acredita:

a) Con el recibo de la contribución industrial del folio 25, revelador de que en el cuarto de autos ejerce la profesión de Gestor don Antonio Herrera Sanjuán, persona distinta a la demandante y a sus familiares y extraña al arrendamiento.

b) La última de las conexiones contenidas en el contrato de inquilinato presentado por la actora, cuya condición dice: «el piso se dedicará sólo y exclusivamente a vivienda del arrendatario y de sus familiares».

c) La certificación del Ayuntamiento de Madrid del folio 130, acreditativa de que no ha sido concedida licencia de apertura a favor de la demandante para instalar en el cuarto litigioso oficinas para la dedicación del mismo a Gestoría administrativa.

d) Los folios de los folios 144 y 146, los cuales acreditan que doña Felisa Hermida Espóleo no figura como contribuyente por el concepto de industrial, en su domicilio de autos. De todos estos docu-

mentos se infiere que la actora no ejerce la profesión liberal, ni de ninguna otra clase, ni paga contribución industrial, por lo que no se la pueden aplicar los supuestos contenidos en la excepción primera del artículo 122 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y al no entenderlo así la Sala sentenciadora, incidió en manifiesto error, al dejar de aplicar cuanto resulta justificado con los documentos referidos:

**RESULTANDO** que conferido traslado del anterior recurso al Procurador don Cristóbal Estévez Álvarez, a nombre de la demandante y recurrida, doña Felisa Hermida Espóleo, lo evacuó por medio del correspondiente escrito, exponiendo concretamente en apoyo de su impugnación:

Sobre la causa primera.—Se ampara el motivo en la causa primera del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuando este Tribunal Supremo tiene declarado «que cuando la incompetencia se produce o deriva de que el Tribunal carece de competencia por razón de la materia o del grado de jurisdicción, y es ésta la que sirve de fundamento al recurso de fondo, éste debe plantearse al amparo del número sexto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, o sea, por infracción de ley o de doctrina legal». (Sentencias de 12 de diciembre de 1941, 11 de marzo de 1955 y otras); es visto que el motivo no puede prosperar, dado que la materia del mismo no entraña esa incompetencia de jurisdicción a que se refiere la causa primera del artículo 136 citado, sino que, si algo se reputa infringido, es el abuso, exceso y defecto en el ejercicio de la jurisdicción a que se contrae el número sexto del artículo 1.692 de la Ley procesal civil; es decir, que debió ampararse el motivo en la causa tercera del artículo 136 de la Ley especial. Pero aun cuando esta doctrina no fuese atinente, el motivo tampoco puede prosperar, por cuanto:

Primero. La recurrida está casada con el doctor don Rafael Rodríguez Carvajal, médico de la Beneficencia Municipal de Madrid y del Seguro de Enfermedad y en ejercicio de su profesión, como se demuestra con los documentos aportados a los autos, por lo que, a tenor del artículo 122, párrafo primero, de la Ley arrendaticia, la competencia es del Juzgado de Primera Instancia, por cuanto si la recurrente no ejerce profesión, su marido sí la ejerce y es funcionario público, y como tiene declarado este Tribunal Supremo, el término «inquilino» en virtud del «principio de unidad familiar» y dada la «unidad del matrimonio», sus fines y la necesidad de convivencia de los cónyuges, debe estimarse que basta que concurre tal condición de funcionario público en cualquiera de los cónyuges para que se reconozca el preferente derecho que le otorga el texto citado... (sentencia de 18 de mayo de 1951). En cuanto a la gestoría que hay en el piso, su existencia está proclamada por una sentencia firme (folio 22 de los autos) dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de esta capital, gestoría que es de su representada y su madre, y que data desde la interacción de la locación del piso por el padre de sus representadas y hoy por ellas a través del empleado que fué siempre don Antonio Herrera Sanjuán, carácter de empleado que se denota por el documento aportado a los autos y las pruebas practicadas, así como en el anterior juicio. Por otro lado es sintomático que fallecido el padre de la recurrida en 1937, al cabo de veintidós años se alegue por los recurrentes que se trate de un subarriendo, lo que jamás se alegó en la cadena de pleitos que contra su representada se habían instado. Por otro lado no hay duda que la gestoría está dentro de los términos comercio, industria o enseñanza a que hace mención el artículo 122 de la Ley especial vigente; y por otra la propia parte recurrente lo reconoció así al formular demanda de

desahucio contra la madre de su representada (una de las muchas formalidades ante el Juzgado de Primera Instancia número 11 de esta capital, y hoy sin embargo no se conforma con aquella competencia y esgrime que la misma es de orden público.

Sobre la causa segunda. También es impropcedente este motivo, por cuanto. El artículo 122 que invoca es un precepto de orden procesal por estar comprendido en el capítulo XII que trata «de la jurisdicción, competencia, procedimiento y recursos». Y este Tribunal Supremo tiene declarado repetidamente, que «no pueden servir de fundamento a un recurso por infracción de ley «normas de carácter procesal» (sentencias de 23 de noviembre de 1934, 7 de noviembre de 1940 y 9 de enero de 1941). Mas en todo caso también se desestimaría este motivo, tanto por lo ya consignado respecto del anterior, como el que el actual motivo de base en la infracción de ley en la no aplicación de la excepción segunda del artículo 122 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuando lo cierto es que la sentencia recurrida aplica tal precepto, precisamente para llegar a la conclusión de que el caso se halle comprendido en la excepción, razón por la cual no sabe alegar que el juzgador de instancia no aplicó el precepto, sino en todo caso (y tampoco procede) es que lo interpretó erróneamente o lo aplicó indebidamente; y como en estos casos no es fundamento el motivo de ahí el que nunca pueda resultar viable.

Sobre la causa tercera. También carece de viabilidad este motivo, porque los preceptos legales que se citan como infringidos por no aplicación, son de orden procesal, por lo que como se ha dicho antes, no es viable conforme a la doctrina citada de este Tribunal Supremo; y, además, que en caso de existir tal aplicación de aquellos preceptos, la omisión tendría que ser atacada por quebrantamiento de forma, al amparo de la causa segunda del artículo 136 de la Ley arrendaticia. Los preceptos que se alegan infringidos por no aplicación nunca podría aplicarse el Juzgado de Primera Instancia porque se refieren en la Ley al Juzgado Municipal. Para llegar a afirmar la existencia de la infracción, tiene el recurrente que hacer supuesto de la cuestión objeto de los motivos primero y segundo del recurso, dando como indiscutible la existencia de la incompetencia de jurisdicción, lo cual no es procedente, ni lógico ni jurídicamente.

Sobre la causa cuarta. Es inoperante asimismo, porque la teoría del abuso de derecho está integrada por las circunstancias que señalan las sentencias de este Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944 y 24 de febrero de 1959 y contrastando tal doctrina con este proceso. Se observa que no existe en este caso abuso alguno de derecho, dado que la recurrida no hace más que ejercitar el que le confieren los artículos citados de su demanda, pidiendo la ejecución de obras en la vivienda con un mínimo de decoro, obras que, son más importantes que las señaladas por la Fiscalía de la Vivienda, como así lo acreditan las pruebas practicadas y en particular la pericial y la de reconocimiento judicial, a más de que los demandados recurrentes no propusieron ninguna prueba, porque sólo con el reconocimiento del piso se reconocería la justicia de la demanda. Y es de destacar, cómo la parte recurrente intentó dejar, tapando con yeso blanco las grietas de algunas habitaciones empapeladas o al óleo, sin pintaras ni recubrir las dejando el piso en estado indecoroso.

Sobre la causa quinta. También este motivo carece de viabilidad, porque no es lícito hacer en estos recursos una nueva valoración de la prueba, sino que hay que partir siempre de la valoración llevada a cabo por el juzgador de instancia (sentencias de 3 de febrero de 1941, 10

de diciembre de 1945 y 2 de abril de 1947); siendo preciso demostrar a equivocación o el error mediante documentos o actos auténticos (número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y reiterada jurisprudencia, entre ellas las de las sentencias de 10 de diciembre de 1945, 30 de diciembre de 1946, 2 de abril de 1947, 22 de febrero del mismo año y 4 de diciembre de 1954); citándose seguidamente varias sentencias alusivas a los requisitos que debe reunir el documento auténtico para demostrar el error de hecho, o sea que esté en abierta y clara contradicción con lo que se da por cierto en la sentencia. El juzgador de instancia, apreciando en conjunto las pruebas practicadas por ambas partes y teniendo en cuenta las alegaciones formuladas, que en síntesis son las recogidas en esta impugnación del recurso, llegó a la conclusión de que el caso de la litis cae dentro de la órbita competencial del Juzgado de Primera Instancia. Y contra esta apreciación no pueden prevalecer las afirmaciones del recurrente, basada en los documentos que cita, teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial que se dejó indicada.

**VISTO**, siendo Ponente el Magistrado don Bernabe A. Perez Jiménez;

**CONSIDERANDO** que el recurso se contrae principalmente al tema de la competencia, y a tal fin orienta los motivos primero, segundo, tercero y quinto, sosteniendo a través de su desarrollo que alquilado para vivienda el local cuestionado y no pagando contribución la titular inquilina, ha de entender del litigio el Juzgado Municipal, ajustándose a las normas procesales adecuadas, tesis insostenible porque, aparte de la consuetudina hecha en la sentencia recurrida de que en el local existe una gestoría administrativa, y sin que el fallo trascienda a las consecuencias legales de este hecho por no ser objeto del litigio, se ha de aducir como razón obstativa del recurso que el titular del contrato de arrendamiento adquiere el derecho de uso por sí y en unión de sus familiares que con él convivan, sin que por la pluralidad de ocupantes se desintegre la individualidad del vínculo arrendaticio, pero afectando al contrato las actividades del conjunto, por lo que si por algún familiar se ejerce profesión colegiada, repercute de igual manera que si por uno de ellos se ejercita función comercial, se produce cambio de destino de vivienda, pues de lo contrario se descompondría el contrato, cuya finalidad fue servir de hogar a la familia formando unidad, lo que aplicando al caso de autos se ha de entender que si por el marido de la inquilina se ejerce en el local controvertido la profesión de médico, por la que satisface contribución, la competencia para entender de cuantas cuestiones judiciales dé lugar el cumplimiento del contrato radica en el Juez de Primera Instancia, conforme a lo dispuesto en la norma primera del artículo 122 de la Ley actual y 160 de la anterior lo que induce a la desestimación de los motivos que atas se consignaron:

**CONSIDERANDO** que en el motivo cuarto se plantea el tema de abuso del derecho, dando por infringido el artículo noveno de la Ley, lo que no tiene aplicación en el caso actual porque no es infundado o caprichoso ni atenta a la equidad el pretender que «a casa-habitación esté en condiciones útiles de servicio para el uso pactado y por el que se satisface un precio o renta, sino que, por el contrario, significa legítima defensa por procedimiento adecuado de un derecho, sin que nada aiga en contra el acuerdo previo de la Fiscalía de la Vivienda al que no se presta fiel cumplimiento y en todo caso la acción judicial es el medio señalado por la Ley para la efectividad de los derechos que del contrato de arrendamiento emanan, lo que hace impropcedable el motivo cuarto.

Por tanto: Que debiéndose declarar y declaramos no haber lugar al recurso de

injusticia notoria interpuesto a nombre de don Alberto Benito Díaz, doña Pilar, doña Concepción y doña María Paloma Benito Walther, esta asistida de su esposo, y don Pedro Benito Walther contra la sentencia pronunciada en los presentes autos con fecha 12 de marzo de 1959, por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de esta capital; condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas y a la pérdida del depósito consiguiente, que recibirá la aplicación señalada en 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», pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y mandamos.—Manuel de la Plaza.—Manuel Ruiz Gómez.—Luis Vacas.—Francisco Alas.—Bernabe A. Pérez Jiménez. (Rubricados.)

Publicación.—Leída y publicada fue la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Bernabé A. Pérez Jiménez, Magistrado de la Sala Primera de lo Civil de lo Contencioso Supremo y Ponente que ha sido en estos autos, celebrando audiencia pública la misma en el día de su fecha de que certifico.—Ramón Morales (Rubricado.)

• • •

En la villa de Madrid a 11 de junio de 1960; en los autos seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 y Sala segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial, ambos de esta capital, por doña Ana de las Heras Rodríguez, mayor de edad, viuda, dependiente de comercio y de esta ciudad, con dos Alejandro Berrocal Segurado y con Luis Manuel García Alonso, los dos mayores de edad, casados y con domicilio en esta capital, y al Abogado del Estado; sobre declaración de pobreza; pendientes ante nos en virtud de recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por dicha demandante que estuvo en principio representada por el Procurador don Félix Quesada Mas y posteriormente por don José María Gómez Treles Pineca, bajo la dirección del Letrado don Orenco Huelves; habiendo comparecido ante este Supremo Tribunal, en concepto de recurrido, el demandado don Luis Manuel García Alonso, representado y defendido, respectivamente, por el procurador don Manuel Oterino Alonso y el Letrado don Francisco Pampliega, y el Abogado del Estado:

RESULTANDO que el Procurador con Félix Quesada Mas, en nombre y representación de doña Ana de las Heras Rodríguez, y mediante escrito de fecha 6 de septiembre de 1957, formuló demanda de pobreza, para litigar con don Manuel García Alonso y don Alejandro Berrocal Segurado, y en dicho incidente, además, con el señor Abogado del Estado, basando la demanda en los siguientes hechos:

Primero. Ana de las Heras Rodríguez es natural de Madrid, donde tiene su domicilio en la actualidad y en los cinco años anteriores, calle de Sandoval, número 18, piso segundo exterior derecha.

Segundo. Es su estado civil de viuda, tiene cincuenta y dos años de edad y su profesión, mayor dicho oficio es de dependiente de la zapatería «Segarra», sita en esta capital, calle de Alcalá, 19, teniendo como único medio de subsistencia el sueldo que percibe que es de 1.300 pesetas mensuales.

Tercero. Su fallecido esposo, don Fernando Loán Montenegro, era natural de Madrid y de su matrimonio han quedado tres hijos, llamados Angeles, de veintiocho años, Luis veinticinco años y Dolores Boán Montenegro de las Heras, de veintidós años; habitan en la calle de Sandoval, número 18, segundo exterior de-

recha, con una renta pactada de 110 pesetas más los incrementos y subidas legales, que ascienden a unas 155 pesetas mensuales.

Cuarto. Ni su fallecido esposo ni sus hijos tienen ninguna clase de bienes ni en propiedad ni en usufructo, y por tanto no tienen rentas de clase alguna. Sus referidos hijos están dedicados: la mayor, Angeles, al teatro de comedia, con vida independiente; Luis es obrero eventual en el ramo de la verdulería, actualmente y Dolores Boán Montenegro está empleada en la misma zapatería de «Segarra», con un sueldo de ochocientas pesetas. Cito los fundamentos de derecho que estimo pertinentes y termino suplicando, que en su día se dictase sentencia declarando pobre en sentido legal a doña Ana de las Heras Rodríguez para litigar en autos incidentales sobre inexistencia o nulidad radical de contrato de compraventa de piso segundo exterior derecha de la calle de Sandoval, 18, contra los demandados don Luis Manuel García Alonso y don Alejandro Berrocal Segurado, con imposición de las costas a los que se opusieran a dicha petición. Se unieron a los autos las certificaciones del señor Administrador de Propiedades y Contribución Territorial de la provincia de Madrid y del Administrador de Rentas Públicas de la misma, de los que aparece que doña Ana de las Heras Rodríguez no satisface al Tesoro contribución por ningún concepto:

RESULTANDO que el Procurador don Manuel del Valle Lozano, a nombre y representación del demandado don Alejandro Berrocal Segurado y mediante escrito de 7 de noviembre de 1957, contestó la demanda, oponiendo a la misma los siguientes hechos:

Primero. Se oponía a la demanda de pobreza dada la inconcreción y omisión que en sus haberes y en los de sus hijos ha formulado la demandante. Manifiesta en su hecho segundo que es de estado viuda y que trabaja como dependiente en la zapatería «Segarra» de esta capital, siendo su sueldo el de 1.300 pesetas. Basándose en sus propias manifestaciones, la actora ha omitido que precisamente por ser viuda cobrará el plus de ayuda familiar, al que no hace referencia. Que asimismo disfruta por el concepto de beneficios de media paga anual y que igualmente disfruta de otras dos pagas extraordinarias por las festividades de Navidad y 18 de julio.

Segundo. Que la actora convive con tres hijos, todos mayores de edad y trabajando, pudiéndose hacer las mismas manifestaciones acerca de sus retribuciones que las hechas para su progenitora y actora en el incidente.

Tercero. Negó todos y cada uno de los hechos de la demanda de pobreza en tanto no sean probados cumplidamente. Cito los fundamentos de derecho que estimo oportunos y termino suplicando, que previos los trámites legales, se dictase sentencia por la que desestimando la demanda, se denegase a la demandante doña Ana de las Heras Rodríguez el beneficio de defensa por pobre que solicitó, con expresa imposición de costas a la misma:

RESULTANDO que el Procurador don Manuel Oterino Alonso, en nombre y representación de don Luis Manuel García Alonso y mediante escrito de 8 de noviembre de 1957, contestó la demanda, basándose en los siguientes hechos:

Primer. Mostró su conformidad con el correlativo de la demanda siempre que la actora acreditara los extremos a que se refiere.

Segundo. Conforme con el correlativo de la demanda en cuanto a estado civil, edad y profesión, si así lo acreditaba la interesada y negando que el único medio de subsistencia fuera el sueldo de 1.300 pesetas mensuales que decía percibir como dependiente de la zapatería «Segarra», hasta que acreditara por certificación de la Empresa el sueldo que percibía, pagas extraordinarias, pluses y ayuda familiar

o sea, la totalidad de cantidades que hubiera percibido la actora durante aquel año, de la Empresa donde prestaba sus servicios.

Tercero. Conforme con el contenido de la demanda, en cuanto al fallecimiento del esposo y el número de hijos que de ella habitaban con ella en el piso segundo exterior derecha de la calle de Sandoval número 18, y nego que la renta que le correspondiera pagar por el piso de referencia fuera la de 155 pesetas mensuales con los incrementos, cuya suma debería acreditar con el último recibo satisfecho por alquileres.

Cuarto. En cuanto al correlativo de la demanda, negó que el sueldo de la hija de la actora llamada Dolores Boán Montenegro fuera el que se expresaba en la demanda debiendo acreditarse la totalidad de las cantidades que percibiera como empleada de la zapatería «Segarra», incluídas además del sueldo, las pagas extraordinarias, beneficios y pluses de toda clase que percibiera. Debía acreditarse igualmente el sueldo que percibiera el hijo de la actora llamado Luis o indicarse la Empresa donde prestara servicios, acompañando certificación de la misma en la que se hiciera constar los sueldos, salarios y eno un año de toda clase que hubiera percibido durante aquel año y asimismo en el anterior. Negó igualmente lo que se refería a la vida independiente de la hija mayor llamada Angeles y dedicada a teatro ya que según constaba del hecho tercero de la demanda vivía con la actora en el mismo domicilio, y acreditarse los ingresos de todas clases que percibiera con su trabajo. Negó los fundamentos de derecho que estimo pertinentes y suplico al Juzgado que, previos los trámites legales, en su día dictase sentencia denegando el beneficio de pobreza solicitado por la actora e imponiendo a la misma las costas:

RESULTANDO que recibido el pleito a prueba e instancia de la demandante se practicó la siguiente: Confesión judicial de los demandados; documental pública, consistente en una certificación del Sindicato Nacional de Espectáculo de la que aparece que la señorita Angeles Boán Montenegro, figura encuadrada en dicho Sindicato como actriz; un oficio de la Alcaldía sobre los ingresos de la demandante y de sus hijos; otro acerca del jornal medio de un bracero en la localidad; otro en igual sentido del Ministerio de Trabajo; un oficio de «Segarra e Hijos, S. A.» sobre el sueldo base de la demandante; una certificación de «Almacenes San Mateo», de que doña Ana de las Heras Rodríguez tiene abierta una cuenta de crédito de un importe de pesetas 500; también se practicó prueba testifical. A instancia del demandado don Alejandro Berrocal Segurado, se practicó la prueba de confesión judicial de la demandante; documental consistente en un oficio del Sindicato del Espectáculo; otro de Silvestre «Segarra e Hijos, S. A.», de los ingresos que como empleadas de dicha Empresa percibían la demandante y su hija Dolores; a instancia del demandado don Manuel García Alonso, se practicó prueba de confesión judicial de la demandante; documental consistente en un oficio de la Asociación General de Empleados y Obreros de Ferrocarriles; y otro oficio de la Red Nacional de Ferrocarriles Españoles; y a instancia del Abogado del Estado, prueba documental, aportándose oficio de varios Bancos negativos en cuanto a que la demandada apareciese en los mismos con cuenta corriente o depósito de clase alguna; y otro oficio de la Jefatura de la Policía Municipal:

RESULTANDO que unidas a los autos las pruebas practicadas y celebrada la vista que la ley previene, con asistencia de las partes, que informaron en apoyo de sus pretensiones, el señor Juez de Primera Instancia número uno de los de Madrid dictó sentencia con fecha 7 de enero de 1958 declarando pobre en sentido legal a la demandante doña Ana de las

Heras Rodríguez para que en tal concepto pudiese litigar ante dicho Juzgado en los autos promovidos contra don Luis Manuel García Alonso y don Alejandro Berrocal Segurado, sobre nulidad de contrato de compraventa del piso segundo exterior derecha de la casa número 18 de la calle de Sandoval de esta capital, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 36 y 37 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y sin hacer expresa imposición de las costas causadas en el incidente;

RESULTANDO que interpuesto contra la anterior sentencia recurso de apelación por don Manuel del Valle Lozano, Procurador en nombre y representación de don Alejandro Berrocal Segurado, y admitido dicho recurso en ambos efectos, se tramitó con arreglo a derecho, dictándose sentencia por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, con fecha 30 de junio de 1958, por la que revocando la del Juzgado se delegó a doña Ana de las Heras Rodríguez el beneficio de pobreza legal para litigar contra don Luis Manuel García Alonso y don Alejandro Berrocal Segurado, sobre nulidad de contrato de venta del cuarto segundo exterior derecha de la casa número 10 (sic) de la calle de Sandoval de esta capital, imponiéndole las costas de primera instancia y sin expresa condena de ellas en la segunda;

RESULTANDO que contra la anterior sentencia y por el Procurador don Félix Quesada Mas, en representación de la demandada doña Ana de las Heras Rodríguez y mediante escrito de 29 de octubre de 1958, se interpuso recurso de casación por infracción de ley, con apoyo en los siguientes motivos:

Primero. Amparado en el apartado séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de derecho en cuanto a los artículos 15, apartado segundo, 17 y 18 todos ellos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en armonía con los artículos 47 y 48 del Reglamento Nacional del Trabajo en el Comercio. Ha incidido la Sala sentenciadora en error de derecho, en cuanto a acumular conceptos y devengos que tienen total y absoluta diferencia y calificación con el sueldo permanente de obrero, y así tienen que el artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil precisa que sólo podrán ser declarados pobres, en su apartado segundo, los que vivan de un salario permanente o sueldo que no exceda del doble jornal de un bracero en la localidad donde tenga su residencia habitual. Y en el considerando de la sentencia recurrida, se acumulan el sueldo base de 1.388 pesetas mensuales, y el plus de cargas familiares y gratificaciones y pagas extraordinarias, cuando tienen las diferencias siguientes: a) Ni el plus de cargas familiares, ni las gratificaciones y pagas extraordinarias, tienen la cualidad de permanentes y fijas ni perciben la calificación de sueldo, como de ello mismo se deduce, y así, el artículo 47 de la Reglamentación Nacional del Trabajo para el Comercio, precisa (para cooperar al sostenimiento de las cargas de familia, se establece un plus de cuantía del 10 por 100 del importe total de la nómina de la Empresa, que se distribuirá conforme a lo que al efecto se previene en la Orden de 29 de marzo de 1958). Y en cuanto a las gratificaciones y vacaciones, prescriben los artículos 48 y 49 de referida ordenación legal, (que a fin de solidarizar el personal por los resultados económicos del negocio las Empresas sujetas a esta Reglamentación, podrán establecer a favor del personal un régimen de gratificaciones variables en relación con las ventas o beneficios, de modo que mejor se adapte...) En ningún caso podrá ser inferior a una mensualidad, constituida por la remuneración inicial reglamentaria, el premio por antigüedad y el plus si lo hubiere. Y para mejor precisión en cuanto a salario base, han de emitirse al Decreto de 12 de marzo de 1948, en el que se precisa a los efectos del seguro social obligatorio, y en el que

en su artículo cuarto, quedan excluidos entre otros la participación en los beneficios, los puses especiales, gratificaciones extraordinarias, por lo que todo ello al aplicar los principios que rigen en la legislación social, en la que está comprendida la recurrente, de interpretación en la norma más favorable las lleva a precisar que sólo el sueldo base, habrá de computarse a los efectos de relacionarlo con el jornal de un bracero. Y como la Ley no distingue tampoco es factible distinguir al Juzgador, por lo que si se precisa en referido apartado segundo del artículo 15 (los que viven de un salario permanente), relacionándolo con el «doble jornal de un bracero». Si se interpretara contrariamente al jornal del bracero habría que acumularla igualmente los beneficios sociales que tiene legalmente a su favor, y nos encontraríamos en la misma proporcionalidad, y cual atinadamente expuso el Juzgado de Instancia al interpretar que todos los beneficios que la Ley concede a los de su clase no han de perjudicarla separadamente de los que pudiera corresponder a los braceros. Y como por otra parte, según informe oficial de la Alcaldía tanto por el número de hijos, el modo de vivir, lo modesto de su vivienda y de sus costumbres, y en conjunto su único y exclusivo ingreso que es de simple dependiente de comercio, afecto en todo a la legislación laboral, es por lo que es de aplicar el artículo 17 y 18 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Segundo. Se ampara en el apartado primero del artículo 1.692 y se consideran violados por interpretación errónea y aplicación indebida en la sentencia recurrida, el apartado segundo del artículo 15 en relación con los artículos 17 y 18 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consecuentemente por los artículos 47, 48 y 56 del Reglamento Nacional del Trabajo en el Comercio, así como el Decreto de 12 de marzo de 1948, sobre Seguro Social Obligatorio. En la sentencia recurrida se acumulan el sueldo base ascendente a 1.568 pesetas, lo percibido por los diferentes conceptos de plus de cargas familiares y gratificaciones extraordinarias y beneficios, infringiendo en esta aplicación el contenido del artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este precepto legal, se precisa, que sólo podrán ser declarados pobres lo que vivan sólo de un salario permanente o de un sueldo, y al fijar el cómputo para ello fijan, «el doble jornal de un bracero en la localidad»; así pues tanto para el que pretende ser declarado pobre, como para la base que ha de servirle para su computación, se fija, única y exclusivamente salario permanente y jornal de un bracero. Los demás emolumentos que percibe la recurrente, no tienen ni la definición ni la cualidad de sueldo o salario permanente, y así cuanto percibe por el plus de cargas familiares, tiene su procedencia variable y a distribuir entre todos los demás productores de la Empresa, y tiene por finalidad el sostenimiento de las cargas de familia. Las gratificaciones y vacaciones tienen por finalidad favorecer y solidarizar al productor con los resultados económicos de la Empresa, y es variable en relación con estos beneficios, y en cuanto a las vacaciones, 18 de julio y Navidades, tienen igualmente el fin humanitario de celebrar las fechas a que se refieren, y el descanso físico que todo trabajador merece. Tampoco es ajeno a estos beneficios y avances sociales el bracero de la localidad y en su justa y adecuada proporción, igualmente les corresponde. Así, pues, habría que acumularlo a las 36 pesetas que tenía fijado como sueldo base en esta capital referidos beneficios sociales, que elevarían en la adecuada proporción el cómputo del doble al triple, de lo que percibe, pues no es factible interpretación diferente a hechos iguales. Por otra parte estos avances y beneficios sociales, no pueden perjudicar dentro del espíritu de la legislación laboral en que está comprendida la recurrente para la

consecución de ningún beneficio legal, por cuanto probado que única y exclusivamente tiene como ingresos los que percibe como dependiente de comercio en la zapatería «Segarra», vive modestamente, tiene hijos que no ganan sueldo, y la que lo percibe, es igualmente en su calidad de dependiente, es de aplicarles la norma más favorable como principio social. Por su consecuencia, al interpretar en contrario las referidas normas legales, se ha incidido en la sentencia recurrida en la violación por interpretación errónea los expuestos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, corroborados por los preceptos laborales atinentes al gremio que pertenece la recurrente, y de contrario está amparada por ellos, y debe ser declarada pobre legal a los fines de la prosecución de un procedimiento tan correcto y con una finalidad tan humana, como la de mantenerse en el cuarto donde tiene constituido el hogar con sus hijos;

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

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Pablo Murga Castro:

CONSIDERANDO que contra la sentencia denegatoria del beneficio de pobreza instado por la parte actora, hoy recurrente, fué preparado el oportuno recurso de casación por infracción de Ley e interpuesto, se alega en los motivos primero y segundo que comprende, amparados, cada uno, de modo respectivo, en los números séptimo y primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en aquél el error de derecho en la apreciación de las pruebas cometido por el Tribunal a que, y en éste, la interpretación errónea en que ha incurrido, con infracción en ambos, dada su reacción idéntica, de los artículos 15, número segundo, 17 y 18, todos de la misma Ley en su relación con los 47 y 48 del Reglamento Nacional del Trabajo en el Comercio, así como con el Decreto de 12 de marzo de 1948, sobre Seguro Social obligatorio, extendiendo que en aquel error y en esta infracción ha incidido el Juzgado al acumular el salario que percibe, otros devengos que tienen total y absoluta diferencia y calificación con el sueldo permanente del obrero, sueldo que sirve de regulador para que sea concedido el beneficio legal que interesa;

CONSIDERANDO que el primer motivo, amparado, como queda dicho, en el número séptimo del artículo 1.692, y en el que se denuncia el supuesto error de derecho que menciona, no puede ser admitido ni siquiera examinado, al omitir, como es precepto, la cita de la disposición de la Ley relativa a la prueba que se entiende infringida, y por dicha razón, es obligado en este trámite procesal, acordar su desestimación, máxime cuando es lo cierto que la sentencia recurrida reconoce los hechos y analiza los documentos en que se contienen los sueldos y emolumentos que la recurrente percibe en la empresa donde presta sus servicios, fundamento que sirve para deducir que no existe el error que se denuncia en la aprobación probatoria;

CONSIDERANDO que tampoco puede prosperar el motivo segundo, formulado por el cauce procesal del número primero del artículo 1.692, en atención a que disponiendo el número segundo del artículo 15, que podrán ser declarados pobres los que vivan de un salario permanente, cuyo importe no exceda del doble jornal de un bracero en la localidad en la que el que le pretende tenga su residencia, ha de entenderse en tal concepto incluidos todos aquellos ingresos que el que demanda percibe y no tengan carácter eventual, y como de aquella consideración gozan, además del sueldo base que a la recurrente corresponde, los emolumentos que obtiene por cargas familiares, gratificaciones y pagas extraordinarias legales, en junto, tres mil cuatrocientas tres pesetas con sesenta y seis cénti-

timos, ya que el Reglamento Nacional del Trabajo en el Comercio, de 10 de febrero de 1948, expresa que el personal tiene derecho a la gratificación fija en las fiestas de Navidad y día de la Exaltación del Trabajo—artículo 46—y a la variable por ventas y beneficios, que no puede ser inferior a una mensualidad, ingreso fijo también—artículo 48—, sin que diga nada sobre deducciones; y por otra parte, el texto refundido de la Jurisdicción y Justicia del Trabajo, de 4 de julio de 1958, derogatorio de la legislación anterior, al definir el concepto de sueldo en su artículo 99, entiende como tal «la totalidad de los beneficios que obtiene el trabajador por sus servicios, incluso el plus familiar y las cantidades que percibe por seguros sociales», es visto que al no existir disposición específica sobre las deducciones que se pretenden, que no procede aceptar las bases que se solicitan; y como el doble jornal del bancario asciende, y en ello están las partes de acuerdo, a 2.100 pesetas, cantidad inferior a la que se señalaba, la Sala de instancia negó, acertadamente, a la "corrente" el beneficio instado, beneficio que había de ser distinto también, al haber omitido, tanto la cuantía del sueldo base como la de los otros emolumentos que recibe, infringiendo al sostenerlos la relación circunstancial de hechos que debe presentar, por todo lo cual procede rechazar el motivo formulado.

Fallamos: Que debemos declarar y decretamos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto a nombre de don Juan de las Heras Rodríguez contra sentencia dictada en los presentes autos con fecha 30 de junio de 1960 por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de esta capital; condenamos a la expresada recurrente al pago de las costas y librase a 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», pasándose, al efecto, las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Manuel Ruiz Gómez.—Acacio Charin y Martín-Vera.—Pablo Murga.—Joaquín Domínguez.—Obdulio Sibón Cañica. (Rubricados.)

Publicación.—Leída y publicada fué la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Pablo Murga Castro, Ponente en la misma, Magistrado de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública en el día de su fecha, de que certifico.—Ramón Morales. (Rubricado.)

En la villa de Madrid, a 2 de junio de 1960; en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Osuna, y en grado de apelación ante la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, por don Joaquín Espuny Solsona, como Secretario del Consejo de Administración de la Sociedad Mercantil «Hijos de Daniel Espuny, Sociedad Anónima», domiciliada en Madrid, contra don Carmelo Sánchez Pando, industrial y vecino de Bilbao, sobre validez y eficacia de contrato de compraventa; pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por el demandado, representado por el Procurador don Juan Corujo López Villamil y defendido por el Letrado don Feliciano Larriaga, informando en el acto de la vista el Letrado don Manuel Ruiz Pérez; habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo la entidad demandante y recurrida, representada y defendida, respectivamente, por el Procurador don Luis de Pablo Olazábal y el Letrado don Julio Martínez de la Fuente:

RESULTANDO que mediante escrito de fecha 7 de noviembre de 1951, el Procurador don Adolfo López Martín, en nombre y representación de don Joaquín Espuny Solsona en su calidad de Secretario del Consejo de Administración de «Hijos de Daniel Espuny, S. A.», dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia de Osuna demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra don Carmelo Sánchez Pando, alegando sustancialmente como hechos:

Primero. Que en uno de los días de la primera decena de agosto de 1951, don Daniel Espuny Solsona visitó en Bilbao al demandado don Carmelo Sánchez Pando, a quien le ofreció aceite de orujo refinado, llegando ambos a celebrar un contrato verbal de compraventa, por virtud del cual la entidad demandante vendió al demandado señor Sánchez Pando la mercancía ofrecida, siendo las principales condiciones de dicho convenio las siguientes: Cantidad, 20.000 kilos de aceite de orujo refinado; precio, 28 pesetas kilo; forma de pago, una vez obtenida por los señores «Hijos de Daniel Espuny» la correspondiente guía de circulación de la mercancía por ellos vendida, lo pondrían en conocimiento del comprador demandado, quien inmediatamente remitiría por transferencia bancaria el importe valor de la operación; es decir, el pago se efectuaría en el domicilio de la actora y anticipadamente a la facturación del aceite de orujo refinado por la misma vendida. Envío, sobre la forma de remitir la mercancía, sería por ferrocarril, pequeña velocidad, en vagones completos a porte debido y envasada en cubas de la propiedad de la entidad demandada.

Segundo. Que el contrato verbal mencionado quedó nuevamente ratificado por el demandado señor Sánchez Pando al dirigirse dicho señor a la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes, Oficina del Aceite, en Madrid, en escrito de 16 de agosto de 1951, en el cual rogaba se ordenase a la Comisaría de Sevilla, a fin de que por la misma se autorizara el refinado de 20.000 kilos de aceite refinable que había adquirido de los hoy actores, operación que debía verificarse en la misma refinería de origen, es decir, en la de esta entidad, y con cargo a la tarjeta de compra del demandado don Carmelo Sánchez Pando, según confirma el propio demandado en carta de 15 de agosto, con la que remitía a la parte actora copia del escrito dirigido a indicada Comisaría General; que con posterioridad a lo expuesto, el demandado, en carta de 14 de septiembre, manifestó su deseo de que la mercancía por él adquirida a la parte actora fuese entregada por ésta antes de finalizar el mes de octubre.

Tercero. Que en 27 de septiembre del mismo año, los demandantes participaron al demandado, por carta de indicada fecha, que, de acuerdo con lo pactado, les remitiera por transferencia o crédito documentario el importe valor de la mercancía por ellos vendida, sobre el Banco Hispano Americano en Osuna, y también le anunciaban que el envío de la mercancía se llevaría a cabo tan pronto como «Carboneil y Compañías», de Córdoba, les remitiera la autorización o tarjeta de compra del demandado, que, por orden del mismo, dada a la actora en su carta de 4 de septiembre, les fué enviada.

Cuarto. Que en uno de los días de la primera decena de octubre, se vieron sorprendidos los demandantes con carta del demandado, de 2 de igual mes; en la misma se anuncia que podían los demandantes disponer de la partida de aceite, pues a él no le interesaba, alegando determinadas excusas y pretextos; que inmediatamente se recibió tal carta, por la parte actora se telegrafió al demandado manifestándole su extrañeza, y en 12 del propio mes se le escribió invitándole una vez más a financiar la operación: me-

dante la oportuna transferencia o crédito bancario, después de refutarles los pretextos dilatorios del demandado, y a esta carta se contestó por el señor Sánchez Pando, en la del día 16, en la que ya de forma definitiva dejaba sin efecto el pedido; que esta última carta fué recibida por la parte actora el 19 de octubre, e inmediatamente se la contestó en la que se le anunciaba que las guías de conducción del aceite las tenían en su poder por haberseles remitido la Delegación de Sevilla de la Comisaría de Recursos de la Zona Sur, cuyas guías reseñaba en la carta y eran las números 013.203 por 6.627 kilos, y la 013.209 por igual cantidad, y la 013.216 por 6.336 kilos, todas ellas con fecha 18 de octubre de 1951; que de dichas guías se acompañaba testimonio notarial, ya que las mismas, con arreglo a lo legislado, si no son utilizadas, tienen que ser devueltas a Comisaría, so pena de incurrir en sanción; que en la última carta de la parte actora, de 19 de octubre, se invitaba nuevamente al demandado a que enviase el dinero que importaba la operación, dándole con ello cumplimiento al contrato, puesto que el pago había sido convenido que se efectuaría antes de entregar la mercancía, al ser esta facturada a porte debido en la estación del ferrocarril de Osuna, y a esta última carta de los demandantes contestó el señor Sánchez Pando en la 22 de octubre, pretendiendo justificar las excusas y pretextos dilatorios para financiar la operación.

Quinto. Que con posterioridad a todo ello, la entidad demandante realizó gestiones amistosas, encaminadas a conseguir por la vía amigable la efectividad de su derecho; pero dichas gestiones dieron siempre un resultado negativo ante la intransigente actitud del señor Sánchez Pando; que en vista de ello, encomendaron a su Letrado formular la demanda judicial correspondiente, y antes de dar dicho Letrado estado oficial al asunto, realizó gestiones cerca del demandado para evitar la intervención judicial, lo que dió un resultado tan negativo como las anteriores gestiones realizadas por los demandantes; que no estima la actora sea preciso justificar su derecho con extensos razonamientos, porque la cuestión planteada es clara y sencilla, y tampoco es necesario detenerse en señalar los daños y perjuicios que la conducta del demandado les causa, porque salta a la vista, así como la cuantía de los mismos; pero se expondrán aunque sea someramente; desde el 19 de octubre de 1951, fecha ésta en que por estar ya en su poder las guías de circulación de la mercancía por ellos vendida, debieron tener en su poder el importe de la venta, con cuya suma atender en parte a los gastos que ocasiona una campaña de compra de aceitunas para su molinización como la que había dado comienzo, y por lo tanto, deben ser reembolsados, cuando menos, con el interés legal del valor de la venta; y después de citar los fundamentos legales de derecho, que estimó aplicables, terminó suplicando que, previa la tramitación legal correspondiente, se dicte sentencia en la que se dicte:

a) Válido y eficaz el contrato de compraventa concertado entre la Sociedad mercantil «Hijos de Daniel Espuny, Sociedad Anónima», y el demandado don Carmelo Sánchez Pando, por virtud del cual la primera vendió al segundo 20.000 kilos de aceite de orujo refinado al precio de 28 pesetas kilo.

b) Que como consecuencia de la declaración anterior, el demandado está obligado a satisfacer a la entidad demandante la cantidad de 560.000 pesetas, mediante transferencia o crédito bancario sobre el Banco Hispano Americano de Osuna, o de cualquier otro Banco con sucursal en dicha plaza, como precio de la mercancía por él adquirida, por haber sido así pactado.

c) Que asimismo está obligado a pagar el demandado a la entidad acreora el interés legal de la suma consignada en el párrafo anterior a partir de la fecha en que debió de hacer efectivo el total importe de su compra, o en su defecto, desde la interposición de esta demanda; y

d) De contentar al demandado a estar y pasar por dichas declaraciones, rebatidas y demás responsabilidades dentro de quince días a contar desde que sea firmada.

RESULTANDO que admitida a trámite la demanda, se compareció al demandado, don Carmelo Sánchez Pando, el cual no se presentó en los autos en el término concedido al efecto, por lo que fue declarado en rebeldía, y bien posteriormente compareció en los autos representado por el Procurador don Francisco Montes Martín.

RESULTANDO que renunciado el traslado de replica por la representación de la parte demandante, no se permitió el de dúplica, y recibido el juicio a prueba, a instancia de la demandante se practicaron las de confesión judicial del demandado y de la demandada; y a instancia de la parte demandada tuvieron lugar las de confesión judicial de la actora, documental y testifical.

RESULTANDO que conferido el oportuno traslado para conclusiones a las partes, se evacuó la representación de la parte actora, insistiendo en los hechos de su demanda; y por su parte la representación del demandado lo evacuó por medio del oportuno escrito, alegando en síntesis que el contrato, cuyo cumplimiento se reclama, fue concertado verbalmente a base de unos 20.000 kilos aproximadamente de aceite de orujo refinado, y que en cuanto a la forma de pago en el momento en que tuviera la casa vendedora, la guía procedían a suministrar los kilos exactos que hubieran de existir y que hubieran sido objeto de autorización; que de los Organismos superiores, al hablar de que el aceite refinado tiene unas características determinadas, señala que circulan en el mercado aceites que no reúnen tales características debido a las deficiencias en el proceso de refinación, y que hay usos industriales que no exigen el empleo de aceite de orujo refinado tipo, productos de refinación técnicamente defectuosas, de lo que resulta que no sólo circulan por el mercado tales aceites, sino que estas resultan adecuadas a unos u otros usos industriales; que la firmeza de la operación venía condicionada a que el producto que sirviera de muestra, aun cuando no se hiciera constar, las mejores características y refinación; que el factor tiempo era fundamental, por lo que el mismo día se realizó la tarjeta de compra al señor Cercas, concretándose el plazo para recibir la mercancía antes de finalizar octubre; que el envío del valor importe de la operación tendría lugar una vez que la guía estuviera en poder de los señores Espuny, los cuales no demostraron la misma actividad, puesto que no recabaron las guías hasta el 18 del ya citado octubre, y no pudiendo recibir la mercancía en tiempo habido, denunció el contrato, y si a ello se une la lentitud del transporte en pequeña velocidad, la previsión de no recibir la mercancía a tiempo y dentro del plazo, conforme a la realidad, del todo acertado que al en la demanda se hace mención siquiera de haber constituido el depósito de la partida de aceite, ni en la prueba se ha propuesto ningún medio que lo acredite, y añadió los fundamentos de derecho oportunos terminando con la suplica de que desestimando la demanda se absolviere de ella al demandado.

RESULTANDO que el Juez de Primera Instancia de Oseña dictó sentencia con fecha 18 de junio de 1953, por la que declaró válido y eficaz el contrato de compraventa concertado entre la Sociedad mercantil «Hijos de Daniel Espuny, S. A.», con domicilio en Madrid, y el demandado, don Carmelo Sánchez Pando, que lo tiene en rebeldía, por virtud del cual la primera vez se le compró a 2.000 kilos de aceite de orujo refinado al precio de 28 pesetas

kilogramo y a que, como consecuencia del mismo, el citado demandado está obligado a satisfacer a la Sociedad expresada la cantidad de 560.000 pesetas mediante transferencia o crédito bancario sobre cualquier Banco con Sucursal en Oseña, como precio de la mercancía por aquél adquirida, como igualmente a pagar al señor Sánchez Pando a Espuny, S. A., el interés legal de la suma en litigio desde la fecha en la que fue interpuesta esta demanda, contentando al demandado a estar y pasar por estas declaraciones, cuando saliera dichas responsabilidades dentro del quinto día, a contar de la firmeza de esta sentencia, todo ello sin hacer a ninguno de los litigantes expresa condensa de costas.

RESULTANDO que contra la anterior sentencia se interpuso por la representación del demandado, don Carmelo Sánchez Pando, recurso de apelación, que fue admitido libremente, y en ambos efectos, y sustentada la alzada por sus peritos antes tramites, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla dictó sentencia con fecha 8 de febrero de 1955 por la que, sin hacer expresa interposición de las costas de la apelación, confirmó en todas sus partes la sentencia apelada.

RESULTANDO que con depósito de pesetas 3.000, el Procurador don Juan Cermeño y López Villanil, en nombre y representación de don Carmelo Sánchez Pando, ha interpuesto recurso de casación por infracción de Ley, al amparo de los números primero y séptimo del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por los siguientes motivos:

Primero. Al amparo del número primero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; alega infracción por falta de aplicación, del artículo 1445 del Código Civil, cuya definición de contrato de compraventa por defecto de otra especial en los mercantiles (artículo 325 del Código de esta clase), y en consecuencia de la disposición del artículo 50 de este último, es aplicable también a los contratos de compraventa, en garantía, cual con acertado criterio casista la sentencia recurrida al que es objeto de los presentes autos, e idéntica infracción, también por falta de aplicación, del artículo 328 del Código de Comercio, infracción de ambas como en seguida se verá, íntimamente relacionadas; que la compraventa, conforme a la definición legal de que se deja hecho mérito, requiere la existencia no de una cosa cualquiera sino de cosa determinada, que es tanto como decir indubitante; que la cosa como objeto cierto ha de conocerse bien, cual sea, aunque no esté a la vista, siendo necesario que se concrete de tal forma que se sepa, sin necesidad de posterior actuación, qué es lo que se compra y verídica certeza de este Tribunal de 3 de diciembre de 1923, ratificando igual doctrina de la de 8 de mayo de 1895; que la cosa sobre la que recae el contrato en litigio no respondía a esas características de indubitabilidad, pues con remisión al informe del Sindicato Vertical del Olivo obrante al folio 116 de los autos, circulan en el mercado con el nombre de aceites de orujo refinados, algunos que no pueden pensarse propiamente tales, variando según sus respectivos usos industriales, señalándose a su vez por la Cámara de Comercio de Bilbao que los contratos sobre aceites de orujo refinado se concretan a base de la concreción de los grados de acidez con sustitución en su defecto por el envío de muestras, según el Sindicato Provincial del Olivo de la propia capital acostumbradas en todas las operaciones sobre esta clase de aceites; que la propia Comisaría General de Abastecimientos y Transportes al explicar que las calidades determinadas del aceite de orujo crudos son las de su acidez, impureza, etc., vienen regidas por la vigente legislación oleícola, autoriza la existencia de diferencias dentro de los límites admitidos por dicha legislación; que en suma, el aceite de orujo refinado es el género con-

testas de varias y distintas especies en él comprendidas, siendo así que en el contrato de autos no se llegó a establecer cuál fuera, con sus características diferenciadas de los restantes, en litigio, en impureza y demás derivadas incluso de la mayor o menor perfección en el laboratorio proceso de refinado que por la Cámara de Comercio de Sevilla se explica, lo que es sumado al que fue objeto de este contrato, objeto de determinación que se vio en mayor trascendencia al imponer la sentencia recurrida al señor Sánchez Pando a obligación de satisfacer por transferencia o crédito bancario la importante cantidad, precio de la mercancía por el adquirida, desconsiderándose con exactitud a las y especiales características de la mercancía que a cambio por los señores «Hijos de Espuny» se le hubiera de entregar, que la contemplación de la indefinición, prácticamente total, en que quedaba el señor Sánchez Pando si, a cambio del pago que con carácter de incondicional se le imponía, recibiera un aceite o orujo refinado que era dentro del género no reunía a las calidades especiales que le hubiera utilizado y era para su industria y que evidentemente son las que hubo de tener en cuenta para contratar, crédito mejor que el más exacto razonamiento, la posibilidad previa de aquella exacta e indispensable del refinado del aceite de orujo refinado sobre el que se contrató, que figuraba en el precepto fundamental de la compraventa invocada al principio de este motivo viene serrida y satisfecha, precisamente en las compraventas mercantiles, mediante el precepto del artículo 328 del Código de Comercio, al disponer que en las compras de géneros que no se toman a la vista, como no se tuvo el aceite de orujo de que se trata, ni puede clasificarse por una cantidad determinada y conocida en el mercado, lo que también aquí ocurre según lo antes en este mismo motivo razonado y puesto de relieve, se entienda que el comprador se reserva la facultad de examinarlos y de rescindir libremente el contrato si los géneros no los conviniere; comprendiéndose que así sea, pues que en el supuesto contrario, el contrato quedaría al arbitrio del vendedor sin que quepa la alegación, de que a través de la expresa garantía por el precepto últimamente citado, concedida al comprador el arbitrio tiene el suyo, en cuanto en la ponderación y coordinación de los preceptos legales sirve de cortapisa a la dicha facultad del comprador, y mejor a la posibilidad de su abuso, el artículo 328 de Comercio, con el 129, ambos del Código de Comercio, y se comenten, para terminar este primer motivo, las infracciones legales en el aplicadas, al condenar la sentencia recurrida al señor Sánchez Pando a pagar el importe valor de la operación con precio de la mercancía por el adquirida, inflándose sin determinar del modo específico necesario la clase y características de la dicha mercancía.

Segundo. Al amparo del número séptimo del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; alegándose error de hecho en la apreciación de la prueba, cometido en la parte de la sentencia recurrida en que se condena al señor Sánchez Pando a satisfacer a los señores Hijos de Espuny a su favor de 560.000 pesetas, mediante transferencia o crédito bancario sobre un Banco con sucursal en Oseña, como precio de la mercancía por el adquirida, en términos de adelantarse ese pago a la que debe ser simultánea y recíproca entrega de la mercancía, interponiendo este que deducida del tener firme de la sentencia recurrida se clasificó, e mayor abundamiento, en las líneas antes, de su último considerando, al explicar la procedencia de la imposición de la condena a dicho pago en la sentencia de Primera Instancia, y anechar a fin de que una vez ejecutada la sentencia apelada, prosiga el exacto cumpli-

miento del aludido contrato de compra-venta de 20.000 kilos de aceite de orujo refinado; es decir, primero, cumplimiento así la sentencia, pagas, se impone al señor Sánchez Pando; luego, una vez pagado, proseguirá el cumplimiento del contrato, o sea, la entrega de la mercancía, que es lo único que restaría que el error radica en la interpretación de las palabras «transferencia o crédito bancario» en las que, en la correspondencia entre ambas partes, se concertó la forma de pago; que no son sinónimas, aunque en la mencionada correspondencia como tales se utilizan; que la transferencia no es sino una simple remesa de fondos, propia para el pago de una deuda como para hacer un préstamo, como para otras muchas finalidades, y entre ellas, claramente, la del pago de una compraventa; que el crédito bancario es, en cambio, modalidad peculiar para pago de generos o mercancías entregadas en plaza distinta de la del domicilio del comprador; que la transferencia es pagable sin más requisito normalmente que el de que aparezca como su beneficiario acredito su personalidad, mientras que el crédito bancario —o documentario— sujeta en efectividad al cumplimiento por su beneficiario de las condiciones señaladas en el propio crédito, generalmente, mejor especialmente, cuando se desina al pago de generos o mercancías, a la entrega de la documentación, talen del ferrocarril o documento de embarque, y complementaria, acreditativa de su facturación o embarque a la orden del comprador, equivalentes a la entrega y en su a la disposición del mismo; pues bien, cuando en su carta de 3 de agosto de 1951, confirmatoria de la operación, el señor Sánchez Pando decía que tan pronto los señores Hijos de Espuny le avisaran de la concesión de la necesaria autorización, remitida, por transferencia telegráfica bancaria el importe valor de los 20.000 kilos de aceite de orujo refinado, no daba a ese envío o remisión el carácter de un pago adelantado, cual el que el fallo recurrido le atribuye, sino de un pago de los 20.000 kilos que a la vez, simultáneo y recíprocamente como antes se ha dicho, la habían de ser entregados mediante la entrega efectiva representada por la de la documentación aludida, hecha a través del banco negociador de la transferencia, según en esta misma se indicaba, y que el que debía de darse es el auténtico sentido cuando el otorgamiento atribuido en la sentencia recurrida, de la transferencia que se indicaba como forma de pago, lo proclamaba la carta del señor Sánchez Pando de 14 de septiembre, en la que escribía: «tan pronto como tengáis en su poder la referida guía de expedición de aceite referido luego me telegrafiar para, inmediatamente, proceder a abrirles el crédito bancario para abonarles el importe contra entrega de documentos»; que no representaba esta nueva expresión de la forma de pago rectificación alguna de la inicial —por transferencia telegráfica bancaria— pues que ésta, según se ha explicado, hubiere llevado el mismo significado de su efectividad contra entrega de documentos, y la mejor prueba de ello la proporcionan la ausencia de protesta alguna por los señores Hijos de Espuny, e incluso la manifestación de su conformidad en su carta contestación de 26 del mismo mes de septiembre: «Le agradezco, pues, nos reponga, mediante transferencia a crédito documentario, el importe de la mercancía sobre el Banco Hispano-Americano de esta plaza de Osuna»; sencillamente, porque el significado que daban a la transferencia era el explicado en el crédito documentario (con mayor razón por cierto en la expresión y en el concepto, significado, de otra parte, del término normal, correcto y atemperado a la práctica mercantil, contra lo que sucede en el distinto, pese a la formal similitud que emplea ambas expresiones —ane-

dante transferencia o crédito bancario— en la sentencia recurrida atribuido; que en esa misma carta de los señores Hijos de Espuny de 26 de septiembre, tras de la observada indistinta indicación de transferencia o crédito documentario, líneas más abajo escribían: «Esperamos que el financiamiento lo haga...» y, posteriormente, en la del 12 de octubre siguiente vuelven a emplear el mismo vocablo el mismo de financiación en la del 19, también de octubre; quiere decirse, en definitiva, que por consecuencia del error de hecho en la apreciación de la prueba en este motivo desarrollado se trastueban y alteran los términos normativos de cumplimiento del contrato, conforme a los cuales el pago a que se concertó al señor Sánchez Pando no debe ser previo a la entrega de la mercancía, mediante la de la documentación amparadora de la misma, sino simultáneo y a la vez que, por último, las cartas todas que para poner de relieve tal error se han citado, en cuanto presentadas con su demanda por los señores Hijos de Espuny, reconocidas por la parte recurrente y recogidas en los fundamentos de la sentencia de Primera Instancia, sustancialmente aceptadas en la recurrida tienen sin duda la cantidad de documentos probados y auténticos.

Tercero.—Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil; alegándose infracción, por no aplicación, de los artículos 332 y 339 del Código de Comercio y de la doctrina jurisprudencial establecida en torno a los mismos (sentencias de 1 de mayo de 1907, 17 de febrero y 4 de julio de 1925, y últimamente de 2 de junio de 1946, y 24 de enero de 1950), y por aplicación indebida, del artículo 1.124 del Código Civil; que tanto el artículo 332 como el 339 del Código de Comercio, son más que claros, tajantes; si el comprador rehúsa, sin justa causa el recibo de los efectos comprados podrá el vendedor pedir el cumplimiento o rescisión del contrato, depositando judicialmente en el primer caso los mercaderías y puestas las mercaderías a disposición del comprador, y dándose éste por satisfecho, o depositándose aquellas judicialmente en el caso previsto en el artículo 332, empazará para el comprador la obligación de pagar el precio que justamente se concede al vendedor la facultad de elección, deferida a la estimación de su mayor conveniencia, pero, una vez ejercitada, si por el cumplimiento se promueve y en su consecuencia reclama del comprador se haga cargo de las mercancías que adquirió y cuyo recibo rehusa, satisfaciendo su precio, las ha de depositar judicialmente y entonces y sólo entonces, empazará para el comprador reclamando la obligación de pago correspondiente; que la jurisprudencia es no menos clara, pues que si bien en alguna ocasión se ha pretendido poner en duda la a la vez rigurosa y rigorista aplicación de ambos sustantivos preceptos, invocando a tales y tales las sentencias de 16 de octubre de 1924 y 28 de marzo de 1928, el detenida ausencia de ellas asevera la absoluta ausencia de contradicción, confirmando por el contrario, la procedencia de aquella estricta aplicación; que bastan para justificar el precedente aserto las siguientes palabras de unas y otras y de la primera, «considerando... ya que no era posible que la depositaran judicialmente por no tenerla en su poder»; y de la segunda: «Considerando que por todas las razones anteriores no es aplicable al caso de autos el artículo 332 del Código de Comercio, en que se funda el primer motivo del recurso, porque el vendedor, que había cumplido todas sus obligaciones, incluso la de la entrega de las mercancías por virtud de los documentos representativos y por la tradición ficta admitida en derecho»; que la infracción de ambos preceptos y de la doctrina jurisprudencial que los aplica resulta así indiscutible al condenarse en la sentencia recurrida al se-

ñor Sánchez Pando al pago del precio de la mercancía, cuyo recibo por estimar llegaría ya fuera de plazo rehusó, sin haber los señores Hijos de Espuny cuidado, poco ni mucho, ni nada, de constituirlo en depósito; que el artículo 1.124 del Código Civil, que es, en cambio, el que al aplicar haciendo en teoría la sentencia recurrida para no obstante los preceptos y la doctrina que acabamos de examinar, condenar al recurrente al pago de que se trata, ha sido incoherente aplicado por las siguientes razones:

a) Porque allí donde existe una disposición especial, cual es la resultante de los artículos 332 y 339 del Código de Comercio, es en absoluto inaplicable cualquier otra general como notoriamente lo es la contenida en el artículo 1.124 del Código Civil, relativa al asunto regulado por aquélla; que tanto atendido el carácter supletorio del derecho común, confiado en su aplicación a los contratos y operaciones mercantiles, a lo que no está previsto en el Código o las leyes especiales de este último orden, según se sigue del artículo 50 del Código de Comercio, como la doctrina que concediendo primacía a la regla especial sobre la general tiene establecida este Tribunal en sus sentencias de 3 de marzo de 1908, 18 de enero de 1910, 6 de mayo y 25 de octubre de 1911, 14 de junio de 1920, 23 de junio de 1922 y 5 de enero de 1928.

b) Porque los dos referidos artículos del Código de Comercio, no distinguen y sabi lex non distinguit nec non distinguere debemus, en términos de sólo poder aplicar otro precepto distinto, a falta del coble supuesto —rehusa del comprador y elección de la acción de cumplimiento por el vendedor en que descansa que apurando las cosas, dado que la condena al pago del precio que el señor Sánchez Pando, se impone, aplicarse más que propiamente el artículo 1.124 del Código Civil la doctrina alrededor de la formada en el sentido de que el incumplimiento primero en tiempo de uno de los contratantes releva al otro del cumplimiento de las obligaciones de su cargo, no menos indebida esa aplicación, a más de porque según lo razonado en el motivo precedente, la obligación de pago no es anterior sino simultánea y recíproca a la de la entrega de la mercancía, por la may clara razón de que esa relevación sólo se produce y debe producirse cuando el contratante afectado por el incumplimiento anterior del otro, opte por la rescisión, pero, en modo alguno, cuando por el contrario, como en el caso de estos autos sucedió, optare por el cumplimiento, elección de cuyos efectos ha de encargarse la mercancía y en su defecto proceder a su depósito judicial, como requisito sustantivo indeclinable para poder exigir, y si procediere, haber lugar a imponer la referida obligación de pago.

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Antonio de Vicente Tutor y Quiñen-

CONSIDERANDO que el primer motivo del recurso, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la falta de aplicación del artículo 1.445 del Código Civil en relación con los 50, 325 y 338 del de Comercio, por entender el recurrente que no pudo perfeccionarse el contrato de compraventa al no estar determinada con la concreción que la ley exige la cosa objeto del contrato, habida a que existen en el comercio varias clases de aceite de orujo refinado, según los grados de acidez y de humedad que contienen, y no se determinó a cual de ellas afectaba lo vendido y además por estimar que es costumbre general lo de que tales ventas se cumplen previo el depósito de ambas de la mercancía y como prueba de la sentencia impugnada, e igualmente, en cuanto a la aplicación al resultado de la prueba, que se aplicó en el juicio, propiamente a lo que existe un aserto de orujo refinado, y no a la existencia de la costumbre aludida,

declaraciones que no son acertadamente impugnadas por el cauce adecuado; es evidente que el contrato reunía todos y cada uno de los requisitos señalados en citado artículo 1.445 y decae el motivo estudiado; sin que sea obstáculo para ello el que puedan existir en el mercado aceites deficientemente tratados, al no haberse acreditado que el objeto del contrato tuviera tal defecto, que de concurrir hubiera podido autorizar el rehusa de la mercancía, pero nunca una indeterminación en la cosa vendida:

**CONSIDERANDO** que del estudio de la correspondencia cruzada entre las partes contendientes se desprende, como acertadamente deduce la sentencia recurrida, que lo convenido en un principio fué que el pago del precio pactado se verificaría antes del envío de la mercancía facturada en pequeña velocidad y a porte debido, remitiendo su importe el comprador tan pronto le avisara el vendedor que se habían realizado las operaciones de refinado del aceite de referencia, y una vez percibido el precio por el vendedor haría la remesa de la mercancía; pacto que fué después modificado por la carta del señor Sánchez Pando de 14 de septiembre de 1951, aceptada por el vendedor, en el sentido de que tan pronto fuera refinado el aceite y obtenidas las oportunas guías de circulación, se le avisaría telegráficamente para inmediatamente abrir el comprador un crédito bancario a favor del vendedor, para pagar el precio contra entrega de documentos; de donde se deduce sin dejar lugar a duda alguna que lo convenido fué el pago del precio previo a la entrega de la mercancía y nunca pueden reputarse como simultáneas ambas operaciones, y como quiera que se dió el aviso citado y el comprador no ha acreditado, ni intentado acreditar siquiera, que abriera el crédito bancario de referencia, ni realizara la transferencia de efectivo con tal fin; procede desestimar el segundo motivo, amparado en el número séptimo de referido artículo 1.692, error de hecho en la apreciación de la prueba y en el que se alegan como documentos auténticos las cartas de referencia, que además no tienen tal carácter a efectos de casación:

**CONSIDERANDO** que sentado el razonamiento precedente no puede prosperar en modo alguno el tercero de los motivos articulados, encauzado en el número primero y en que se denuncia la no aplicación por la sentencia de instancia de lo dispuesto en los artículos 332 y 339 de la Ley mercantil y la aplicación indebida del 1.124 de la civil; ya que si bien es cierto que los dos primeros establecen que en caso de mora del comprador para recibir la mercancía, deberá el vendedor depositarla judicialmente para poder exigir el cumplimiento del contrato y en tal momento empezará para el adquirente la obligación de pagar el precio; no es menos cierto que tal norma de tipo general y por ende para los casos en que no exista pacto expreso, puede ser modificado por los contratantes, como ocurrió en el caso de autos, obligándose el comprador a abonar el precio antes de la entrega de la mercancía y, por tanto, fué el recurrente quien incumplió el contrato, y no entran en juego los preceptos primeramente citados, siendo de perfecta aplicación el 1.124 del Código Civil, supletorio del de Comercio, como efectúa la sentencia recurrida.

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por don Carmelo Sánchez Pando contra la sentencia que con fecha 8 de febrero de 1955 dictó la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla; condenamos a dicho recurrente al pago de las costas y a la pérdida del depósito constituido que recibirá el destino legal; y libre se a la mencionada Audiencia la correspondiente con devolución de apuntamiento y documento 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.—Pablo Murga.—Francisco Bonet.—Manuel M. Cavanillas. Antonio de V. Tutor. Rubricados.

Publicación.—Leída y publicada fué la anterior sentencia por el Excmo. Sr. don Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu, 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 3 de junio de 1960; en los autos incidentales sobre resolución de contrato de arrendamiento, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de esta capital y en apelación ante la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, por doña Dolores Marín Barnuevo y Núñez Robles, mayor de edad, viuda, sin profesión especial y vecina de Madrid; doña Rafaela de Aguilar Amat y Marín Barnuevo, asistida de su esposo, don Luis Camilleri Ramón, militar, mayores de edad y de la misma vecindad; doña Margarita Aguilar de Amat y Marín Barnuevo, asistida del suyo, don José Luis Tena Núñez, Médico, mayores de edad y de la propia vecindad; doña Dolores de Aguilar Amat y Marín Barnuevo, asistida de su esposo, don Silvano Quesada Sanz, mayores de edad, el Abogado, vecinos de Cartagena; doña Mercedes de Aguilar Amat y Martín Barnuevo, asistida de su esposo, don Alfonso Chico de Guzmán y Barnuevo, Abogado, mayores de edad y vecinos de Madrid; don Manuel, don José María, doña Pilar y doña Rosalía de Aguilar y Amat y Marín Barnuevo, mayores de edad, solteros, propietarios y vecinos de Madrid; doña María Eugenia de Aguilar Amat y Marín Barnuevo, asistida de su esposo, don Fernando Sebastián de Erice, mayores de edad y vecinos de Madrid, y don Diego de Aguilar Amat y Marín Barnuevo, mayor de edad, Abogado y vecino de Murcia, contra don Antonio Vadillo Bringas, mayor de edad, casado, empleado y vecino de Madrid; autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de injusticia notoria interpuesto por los demandantes, representados por el Procurador don José de Murga Rodríguez, con la dirección del Letrado don Arturo Merino; habiendo comparecido en este Tribunal Supremo el demandado y recurrido, representado y defendido, respectivamente, por el Procurador don Angel Gutiérrez Barbudo y el Letrado don José García de Mesa:

**RESULTANDO** que por medio de escrito de fecha 22 de marzo de 1956 el Procurador don José de Murga Rodríguez, en nombre y representación de doña Dolores Marín-Barnuevo y Núñez Robles, doña Rafaela, doña Margarita, doña Dolores, doña Mercedes, don Manuel, don José María, doña Pilar, doña Rosalía, doña Eugenia y don Diego de Aguilar-Amat y Marín-Barnuevo, dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de esta capital demanda sobre resolución de contrato de arrendamiento contra don Antonio Vadillo Bringas, basándola en los siguientes hechos:

Primero.—Que los demandantes son los propietarios de la casa de la plaza de Herradores, número 8, antes 10, de esta capital, por haberla heredado la primera de su padre, don Salvador Marín-Barnuevo y Barnuevo, y los restantes de su madre doña María de las Mercedes Marín-Barnuevo y Núñez Robles según se acreditaba con el documento que acompañaba con el número 1.

Segundo.—Que en dicha finca tenía arrendado el piso primero derecha desde el 30 de junio de 1930 doña Encarnación Bringas Mantrana, y al fallecer se extendió nuevo contrato a nombre de su hijo don Antonio Vadillo Bringas el día 26 de marzo de 1949, por el precio de 4.060,20 pesetas cada año, pagaderas por mensualidades (documento número 2).

Tercero.—Que don Antonio Vadillo Bringas vive en el piso referido en unión de su esposa, cuatro hijos y un hermano; pero las desavenencias conyugales originaban constantes discusiones y escándalos, dándose, además, el caso lamentable de que en esta vivienda, sin respeto ni consideración, no ya a los demás vecinos, sino incluso a los propios hijos del matrimonio, se reciben parejas, sufriendo los inconvenientes de tan inmoral conducta los demás habitantes de la casa, quienes a veces se ven sorprendidos con llamadas inoportunas en sus propios domicilios de parejas que van con la pretensión de alquilar alguna habitación para los fines que son de suponer; y tales habían sido los escándalos que en alguna ocasión había intervenido la Comisaría de Policía del distrito, y se había celebrado juicio de faltas en el Juzgado Municipal de la carretera de San Francisco, citando a los efectos de prueba los archivos de aquélla y de los Juzgados 4, 9, 14 y 19.

Cuarto.—Que en la casa existen las siguientes viviendas: taberna con vivienda, de la que es inquilino titular don José Menéndez; primero derecha, de la que es inquilino titular don Antonio Vadillo, demandado en este procedimiento; primero izquierda, de la que es inquilina titular doña Josefa Ruiz Gil y habita con su hermano don Adolfo; piso segundo, cuyo inquilino titular es don Ramón Pulido Gómez; tercero derecha, de la que es inquilino titular don Virgilio Montes Ruiz; tercero izquierda, de la que es inquilino titular don Rafael García Martín; cuarto derecha, arrendada por don Eugenio Aguado Gómez; cuarto izquierda, arrendada a doña Adoración Tebar; que todos ellos habían dirigido a los propietarios demandantes la carta que, como documento número 3, acompañaba a esta demanda, dando cuenta de los escándalos que el demandado originaba con su esposa y del lamentable hecho de que se recibieran parejas en la vivienda.

Quinto.—Que accediendo los demandantes a la petición formulada por los inquilinos de su finca, se formuló demanda de resolución de contrato en el mes de diciembre de 1955, correspondiendo ésta al Juzgado Municipal número 13 de esta capital, que al dictar sentencia el día 12 de diciembre del mismo año se declaró incompetente por tratarse de local de negocio; y ante ello formulaban la presente demanda de resolución de contrato.

Invocó los fundamentos de derecho que consideró de aplicación, apartados sexto y séptimo del artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y suplicó que en su día se dictara sentencia declarando resuelto el contrato de arrendamiento del piso primero derecha de la casa de la plaza de Herradores, número 8, de esta capital, condenando al demandado a estar y pasar por esta declaración y dejar libre y a la mas completa disposición de los demandantes el piso en cuestión dentro del plazo establecido por la Ley, con apercibimiento de lanzamiento, con imposición de costas.

Con dicha demanda se acompañaron los documentos de que se ha hecho mención, entre ellos el señalado con el número 3, consistente en carta fechada a 9 de octubre de 1954, suscrita por los inquilinos de la casa número 8 de la plaza de Herradores don Rafael García Martín, don Virgilio Montes, don Adolfo Ruiz, don José Menéndez, don Ramón Pulido don Eugenio Aguado y doña Adoración Tebar, dirigida a los propietarios de la aludida

casa, lamentándose de lo que sucedía en piso primero derecha de la misma: «en primer término las desavenencias conyugales originaban constantes discusiones y escándalos, impropios de una casa como ésta; en dichas discusiones, aparte de lanzar a cuatro vientos las deferencias matrimoniales, se alcanzan tonos soeces, y el vocabulario que se oye no es precisamente el más adecuado para que lo padezcan los restantes vecinos. Además, en esta casa se reciben parejas, y esto ha motivado ya en alguna ocasión la intervención de la Policía y aun del Juzgado. Ante este estado de cosas y creyéndonos dignos de mejor vecindad, nos vemos precisados, como más arriba les decimos, a solicitar el desahucio de dicho piso para que entren a vivir en él personas de vida honesta y buenas costumbres. Confiamos en que cuanto queda expuesto será suficiente para que les decida a acceder a nuestra petición, nos reiteramos de ustedes afimos.» siguen las firmas:

**RESULTANDO** que admitida la demanda a trámite y emplazado el demandado don Antonio Vadillo Bringas se personó en los autos representado por el Procurador don Angel Gutiérrez Barbudo, quien con escrito de fecha 21 de abril de 1956 contestó y se opuso a la demanda, alegando sustancialmente: Que en cuanto al hecho primero de aquélla se atenia a lo que resultase del documento público acompañado y a que se aludía en el mismo. Que era cierto el hecho segundo, si bien hacía constar que el contrato otorgado el día 30 de junio de 1930 por doña Encarnación Bringas sustituye al de 15 de abril de 1921, que otorgó su difunto esposo; este piso y la industria de hospedaje que en él se ejercía fué adquirido por cesión traspaso en escritura pública que autorizó el Notario de Vicálvaro don Victoriano de la Calle García el 19 de abril de 1921, por cuyo traspaso advino arrendatario del piso local de negocio don Vicente Vadillo García, padre del demandado, con la industria de hospedaje en el radicante, la cual se ha venido ejerciendo desde entonces ininterrumpidamente hasta la fecha por los familiares del señor Vadillo García, y en la actualidad por su hijo don Antonio, a nombre del cual se extendió el contrato de arrendamiento de 26 de marzo de 1949, precisamente en el precio global de 4.000 pesetas anuales, porque se había incluido en dicha renta el aumento del 40 por 100, que le fué notificado por la propiedad en carta de 22 de abril de 1947, a la entonces titular arrendataria del local de negocio en cuestión, doña Encarnación Bringas, quien aceptó el aumento, haciéndolo efectivo; extremos que se acreditaban con la aludida carta y con los recibos de alquiler que se acompañaban; que la «Pensión Vadillo» tenía más de treinta y cinco años de existencia honorable y digna en el mismo local.

Tercero.—Que rechazaba este hecho de la demanda por ser totalmente incierto cuanto se relataba en el mismo, ya que no se habían producido tales escándalos ni altercados, constituyendo una imputación calumniosa la atrevida y arbitraria afirmación de que en la «Pensión Vadillo» se recibían parejas o se observase conducta inmoral ni por el demandado ni por los familiares que con él conviven, ni por los que se hayan hospedado en dicho modesto, pero digno y honorable establecimiento de hospedaje, pues, por el contrario se observa y se ha observado siempre por todos una conducta irachable.

Cuarto.—Que como íntimamente ligado con el anterior, rechazaba el correlativo, no reconociendo las manifestaciones que el mismo contiene, respecto a que los inquilinos de la casa hubieran dirigido a la propiedad la carta acompañada a la demanda, ni el contenido de la misma, ni las firmas que la autorizaban, algunas de

las cuales no correspondían a titulares arrendaticios; destacando la mala fe que revelaba la actitud de los demandantes al promover este litigio cuando por los mismos fundamentos y la misma causa lo entabló la ante el Juzgado Municipal número 13, en proceso de cognición, donde se demostró no solamente que la carta referida fué suscrita a petición de los propietarios de la finca por instigación de éstos y sin impulso espontáneo de los suscribientes, sino, además, quedó evidenciado que es totalmente incierto su contenido.

Quinto.—Que rechazaba el correlativo, pues que la propiedad carecía de motivos en que basar su pretensión resolutoria encubridora de manejos y propósitos censurables.

Sexto.—Que adicionaba este hecho para referirse a los documentos que se adjuntaban reveladores de la conducta correcta y moral del demandado, y de su formación religiosa que le hacen acreedor de la notoria buena reputación que goza y a la pública estimación que merece.

Y citando los fundamentos legales que estimó pertinentes, terminó con la solicitud de que se dictara sentencia desestimando la demanda, declarando no haber lugar a la pretendida resolución contractual e imponiendo las costas a la parte actora:

**RESULTANDO** que recibidos a prueba los autos se practicó a instancia de los demandantes la de confesión en juicio del demandado, la documental pública y privada y testifical en la que depusieron como testigos don Eugenio Aguado Gómez, don Adolfo Ruiz Gil, don José Menéndez Coque, don Virgilio Montes Ruiz, don Rafael García Martín y doña Adoración Tebar Romero. Y a instancia del demandado prestaron confesión judicial los demandantes doña Rafaela, doña Mercedes y doña Pilar Aguilar Amat y Marin-Barnuevo, y se practicó prueba documental y testifical:

**RESULTANDO** que unidas las pruebas practicadas y celebrada vista el Juez de Primera Instancia del Juzgado número 7 de esta capital, con fecha 16 de junio de 1956, dictó sentencia por la que estimando la demanda deducida en nombre de doña Dolores Marin Barnuevo y Núñez Robles y de doña Rafaela, doña Margarita, doña Dolores, doña Mercedes, don Manuel, don José María, doña Pilar, doña Rosalía, doña María Eugenia y don Diego de Aguilar Amat y Marin-Barnuevo, declaró resuelto el contrato de arrendamiento del piso primero derecha de la casa número 8 de la plaza de Herradores, de esta capital, y, en su consecuencia, condenó al arrendatario, demandado, don Antonio Vadillo Bringas a que en el plazo de seis meses desaloje el expresado piso, apercibiéndole de lanzamiento si no lo verifica en el referido plazo e imponiendo al repetido demandado las costas del juicio:

**RESULTANDO** que interpuesta apelación contra dicha sentencia del Juez por el demandado don Antonio Vadillo Bringas, fué admitida en ambos efectos, y sustanciada la alzada con intervención de los demandantes-apelados, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, con fecha tres de mayo de mil novecientos cincuenta y siete, dictó sentencia revocando la apelada y desestimando la demanda promovida por doña Dolores Marin Barnuevo y Núñez Robles y doña Rafaela, doña Margarita, doña Dolores, doña Mercedes, don Manuel, don José María, doña Pilar, doña Rosalía, doña María Eugenia y don Diego de Aguilar Amat y Marin-Barnuevo, absolvió de la misma al demandado don Antonio Vadillo Bringas, imponiendo las costas de primera instancia a la parte actora, sin hacer especial imposición de las del recurso:

**RESULTANDO** que el Procurador don José de Murga Rodríguez, en nombre de

doña Dolores Marin-Barnuevo y Núñez Robles, doña Rafaela, doña Margarita, doña Dolores, doña Mercedes don José María, don Manuel, doña Pilar, doña Rosalía, doña María Eugenia y don Diego de Aguilar-Amat y Marin-Barnuevo, ha interpuesto ante este Tribunal Supremo recurso de injusticia notoria, al amparo de las causas tercera y cuarta del artículo ciento setenta y tres de la Ley de Arrendamientos Urbanos de mil novecientos cuarenta y seis, por los siguientes motivos:

Primero.—Fundado en la causa cuarta de dicho artículo ciento setenta y tres, por considerar que existe en la sentencia recurrida manifiesto error en la apreciación de la prueba, que resulta acreditado por la documental obrante en autos; alegando que el fundamento y el motivo de este litigio son los escándalos y la inmoralidad del arrendatario; los hechos definitivos que se invocan en la demanda eran que el arrendatario señor Vadillo se valía de la pensión establecida en el local arrendado a los recurrentes para actividades inmorales, recibiendo parejas que allí acudían con fines deshonestos, y los escándalos conyugales que se producían; hechos que no podían acreditar de otro modo más que por la declaración de los vecinos de la propia casa que solicitaron de los propietarios el desahucio de su convecino; que el Juez de Primera Instancia, basándose precisamente en la declaración de estos testigos y también en el oficio remitido por la Policía gubernativa sobre el movimiento de viajeros de la pensión, dictó sentencia estimando la demanda y resolviendo el contrato de arrendamiento cuestionado; sin embargo, la Sala de la Audiencia Territorial, que conoció del pleito en segunda instancia, ha revocado la sentencia, absolviendo al demandado precisamente por las declaraciones de esos mismos testigos y los oficios remitidos por la Dirección General de Turismo y la Mutualidad de Hostelería, en los que aparece que en ninguna ocasión ha sido sancionada la «Pensión Vadillo» y en consideración también al certificado remitido por la parroquia de San Ginés, haciendo constar que el demandado observa buena conducta moral y religiosa; que ocupándose en primer término del error padecido por la Sala al estimar equivocadamente la prueba testifical, que aunque en casación no pueda combatirse la apreciación de la Sala en cuanto a la prueba testifical, sí puede combatirse el notorio error material en que puede haber incidido atribuyéndoles contradicciones inexistentes o afirmaciones que no han hecho, cuyo error es tanto más grave cuanto que en un pleito basado en los hechos que el presente se basa la prueba testifical es la única que puede acreditarse; es decir, que si la Sala hubiese dictado su sentencia sin otra consideración que la de decir que estimaba acreditada la no existencia de inmoralidad por la declaración de los testigos que habían depuesto en los autos, no podía haberse combatido en este recurso tal afirmación, porque la Sala es soberana para estimar con libre albedrío la prueba testifical; pero cuando se detiene a analizar la declaración de cada uno de los testigos y expresa con error lo que cada cual ha dicho, no puede por menos de denunciarse la equivocación en que incide, ya que en los autos consta escrita la declaración de esos testigos en folios que como documentos indubitados se citan a los efectos de este recurso; es correcta la aseveración de que no podía considerarse averada la firma del señor Pulido en la carta, solicitado, con los demás inquilinos de la casa, la resolución del contrato de arrendamiento del demandado, porque, efectivamente, no compareció a ratificarse ante la presencia judicial; es también correcto decir que doña Adoración Tenar no quiso ratificar cuanto dijo y autorizó con su firma en

esa carta; pero no es menos cierto que reconoció como suya la firma que había al pie del mismo, y que al contestar la tercera pregunta dijo que había oído decir a los demás vecinos de la casa que el señor Vadillo y su esposa originaban frecuentes escándalos y disputas, habiendo intervenido en varias ocasiones los Agentes de policía y la Comisaría del Distrito; y que al contestar la cuarta pregunta dijo que también habían oído comentar a los demás vecinos de la casa que en «Pensión Vadillo» se recibían parejas y que además algunos inquilinos se habían visto sorprendidos con llamadas inoportunas en su propio piso. Luego ya no es exacto (y éste es el error) que esta testigo haya negado los hechos. El señor Aguado, cuya declaración aparece en el folio cincuenta y siete de los autos, reconoce ante la presencia judicial su firma y rúbrica, escritas de su puño y letra, en la carta que con los demás vecinos firmó licitando el cesahucio del señor Vadillo, y aunque a modo de explicación dice al declarar que en el momento de firmarlo no lo leyó (sin duda porque ya sabía de qué se trataba), lo ratifica íntegramente ante el Juzgado, y ante esta afirmación y la que después hace de que ignora si en la pensión se reciben o no parejas, no hay contradicción, aunque a primera vista pudiera parecerlo, porque el señor Aguado se afirma y ratifica en el documento que firmó el nueve de octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro, porque era cierto que cuanto en él dice sucedía en esa fecha; pero después, y como consecuencia de la presentación de la demanda, el demandado ha cesado en sus escándalos y actividades inmorales, y por eso, cuando el señor Aguado declara en diecisiete de mayo de mil novecientos cincuenta y seis (dos años después) y se le pregunta (en tiempo presente) si se reciben parejas o no, dice que lo ignora porque efectivamente no tiene motivos para saberlo, ya que tal conducta inmoral había cesado; y al contestar a la pregunta tercera de la explicación del hecho diciendo que la pensión marchó normalmente y con toda seriedad mientras estuvo la pensión regentada por la madre del titular de hoy, y concretamente en estas fechas, lo ignora porque no sale de casa desde hace bastante tiempo por estar enfermo; es decir, que lo ignora desde que está enfermo (en estas fechas), pero eso no quiere decir que no haya pasado en octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro, y por eso hace la declaración de que la «Pensión Vadillo» fué seria y honorable mientras vivió la madre del señor Vadillo, lo que equivale a decir que después de haber fallecido ya no lo es y que en los momentos actuales lo ignora; estimulando el recurrente que a lo que la Sala le parece una contradicción no lo es, porque ambas preguntas se refieren a dos épocas distintas: la carta, a los hechos ocurridos en octubre de mil novecientos cincuenta y cuatro, y la pregunta a la fecha en que el testigo prestó su declaración, en mayo de mil novecientos cincuenta y seis; lo que no ha tenido en cuenta la Sala, incidiendo así en error material de hecho: que tampoco es rigurosamente exacto que el inquilino señor Menéndez no haya prestado declaración, porque aunque el contrato de inquilinato estuviera a nombre del padre de don José Menéndez lo cierto es que se lo cedió en el año 1936 y desde esa fecha don José Menéndez viene figurando como único y exclusivo inquilino, y como tal firmó la petición de que se lanzara de la casa al señor Vadillo, ratificando su pretensión ante la presencia judicial, y a la pregunta segunda aclara que «en la fecha en que se firmó la carta se producían inmoralidades y escándalos, sin que en la actualidad se produzcan tales o mejor dicho no se oyen escándalos»; y al contestar a la pregunta cuarta dice que es

cierto que en la «Pensión Vadillo» se recibían parejas, produciéndose el consiguiente escándalo entre la vecindad, que incluso se ha visto sorprendida con llamadas inoportunas. Tampoco existe en la declaración de don Virgilio Montes la contradicción que encuentra la Sala, porque lo mismo que en la declaración de todos los testigos distingue los tres periodos por los que ha transcurrido la «Pensión Vadillo»: la época honorable en que fué regentada por la madre; la época de las inmoralidades que tuvieron lugar en la fecha en que se dice en la carta que dirigieron los inquilinos a los propietarios de la finca, y la época de contención motivada, sin duda, por el temor del inquilino a las consecuencias del pleito cuando se vio demandado. Por eso don Virgilio Montes reconoce como auténtica la firma que puso en la carta aludida y se ratifica en su contenido, y, por lo tanto, en la denuncia de los escándalos e inmoralidades, lo cual no impide que después diga al contestar a la repregunta cuarta que en la «Pensión Vadillo» se ejerce (presente) la hospedería legal y moralmente con los clientes de toda moralidad, incluso sacerdotes. Y como los hechos son distintos en el tiempo, por eso al contestar la pregunta cuarta dijo que le constan las inmoralidades por haber presenciado la entrada de parejas en la «Pensión Vadillo», aunque agrega que no sabe lo que ocurría dentro de la pensión; de nuevo resalta el recurrente el error de la Sala, que por confundir los hechos con el tiempo, encuentra y denuncia en el Considerando una contradicción inexistente, dejando por ello de tener en cuenta una declaración vital, como las otras, para este pleito: que continúa la Sala diciendo que la «señora Ruiz (duquesa titular del primero Izquierda) no firmó ni declaró, haciéndolo su hermano con Adolfo Ruiz, que vive con ellas»; lo que es un error inexplicable, pues leyendo la declaración de don Adolfo Ruiz en el folio 58, repregunta quinta, manifiesta el testigo literalmente: «que el contrato está a nombre de la hermana del declarante, y al fallecimiento de ella ha sido pasado a nombre del declarante por medio de una carta de propiedad». Pues si el testigo dijo que su hermana había fallecido, no puede decirse en la sentencia que vive con su hermano, y cómo iba a firmar la petición si había fallecido, y cómo iba a declarar; y por si ello fuera poco, la sentencia recurrida tacha también la declaración de este testigo por encontrar en ella las mismas contradicciones que en la declaración de don Virgilio Montes; pero es que la Sala no distingue los hechos a través del tiempo, como se ha dicho; don Adolfo Ruiz reconoce su firma en la carta que los inquilinos elevaron a los propietarios solicitando el cesahucio del señor Vadillo, y se ratifica en cuanto dijo en aquel documento, y detallando los hechos llega incluso a decir que en su propia casa llamaron alguna vez parejas equivocadamente; y a la repregunta tercera dice que desde el año 1940 la «Pensión Vadillo» actuó dentro de las más rigurosas reglas de seriedad, orden, respeto y moralidad hasta hace unos cinco años, es decir, desde que murió la madre en que en dicha pensión se recibían parejas, lo que no le impide decir luego al contestar la repregunta cuarta, porque es cierto que en la «Pensión Vadillo» se ejerce (en la actualidad presente) la hospedería legal y moralmente con clientes de toda honorabilidad, incluso sacerdotes. Y lo mismo que existe equivocación y error en cuanto a las declaraciones de los testigos del demandado, siendo realmente extraño que se conceda excepcional importancia a las declaraciones del sereno, siendo así que éste es el primer interesado en que no se descubra el inmoral negocio de la «Pen-

sión Vadillo», no sólo por los beneficios que le haya podido reportar, sino también por las consecuencias que su descubrimiento le pueda acarrear; que es incomprendible y erróneo que se diga en la sentencia que el sereno ha negado que se recibían parejas, siendo así lo que el señor Tineo ha dicho (folio 86 de los autos en donde obra la declaración de este testigo), «que no es cierto que se recibían parejas de noche, ignorando si se recibían de día», y asimismo que ignora si el señor Vadillo y su esposa promueven al tercados. Si este testigo ignora lo esencial del pleito, se pregunta al recurrente cuál es la razón de que se conceda en la sentencia recurrida esa especial importancia a su declaración. El otro testigo, don José Arrúe, en cuya declaración basa también la sentencia su fallo recurrido, es un compañero de oficina de don Antonio Vadillo, con quien le une la amistad propia de tal relación y vive en la Cuesta de Santo Domingo, número 22; no expresa en su declaración la razón de su denuncia, sus contestaciones y se limita a decir que la Pensión Vadillo tiene más de treinta años y ha gozado de la mejor reputación, sin que allí se produzcan escándalos ni se falte a la moralidad; aunque el recurrente que esto no es lo que se discute; lo que se quiere saber en este punto es si se reciben o no parejas en la Pensión Vadillo, y, como es natural, eso no puede saber el señor Arrúe, que vive en la Cuesta de Santo Domingo, y no tiene, por tanto, nada que ver con la casa de este litigio. El testigo don Angel Marcos lo único que dice sobre el punto que se debate es literalmente lo siguiente: «que estando el declarante en la pensión, y hace de ello nueve o diez meses, no se han recibido parejas» (repregunta cuarta, folio 86 vuelto); en primer lugar, este testigo falta a la verdad en su declaración, porque no llevaba en la pensión nueve o diez meses cuando declaró; su declaración la prestó el 22 de mayo de 1956 y entró en la pensión el día 24 de enero de ese mismo año, como puede verse en el oficio remitido por la Dirección General de Seguridad obrante al folio 113 de los autos y en el testimonio del libro de registro de la Pensión Vadillo (folio 73); por lo que llevaba exactamente cuatro meses en la pensión, y no es de extrañar que no haya visto las inmoralidades y escándalos que han servido de base a este pleito, porque se produjeron con mucha anterioridad, como puede verse comprobando la carta suscrita por los inquilinos que obra al folio 27, con fecha 9 de octubre de 1954; otro error de la Sala que también se pone de manifiesto: que otro tanto cabe decir de la declaración de don José Menéndez, que prestó declaración el 22 de mayo y entró en la pensión el 11 del mismo mes; es decir, que cuando declaró llevaba once días en la pensión, y como la demanda de este pleito es de fecha 22 de marzo y los hechos de dos años antes, es muy natural que en los once días no haya observado inmoralidades ni escándalos; pero que no los haya observado él no quiere decir que no los haya habido dos años antes. Y el otro testigo, don Jerónimo Medina, en cuya declaración se apoya la sentencia recurrida para revocar la apelada, miente en su declaración al decir que lleva en la pensión unos dos meses, porque lo cierto es que declaró, como los anteriores, el 22 de mayo, y entró en la pensión el día 5 del mismo mes, como puede verse en los folios 113 y 73 o sea que cuando declaró llevaba diecisiete días en la pensión, por lo cual es muy natural que no haya visto tampoco inmoralidades. Vuelve a reiterar el recurrente que no impugna la apreciación que se haya hecho de la declaración de los testigos, sino que ha apreciado errores que pugnan con las declaraciones de esos mismos testigos; y como detalla y puntualiza, pone de manifiesto las evidentes equivocaciones en que ha incidido; es decir, que no fundamenta

este motivo en que la Sala haya estimado o no las declaraciones de los testigos, sino en que, queriendo estimarlas, ha estimado por error otra cosa distinta que no son las declaraciones de esos testigos, por tanto que se dice en los considerandos de la sentencia no corresponde a lo que los testigos dijeron. Y el error es tanto más grave cuanto que de no enunciarle esta base quedara totalmente indefensa ya que el fundamento de la sentencia descansa precisamente en las declaraciones de los testigos, como en tantos otros pleitos, es precisamente en materia arrendaticia en los que solo así pueden probarse aquellos hechos que los inquilinos o arrendatarios tratan de ocultar, y no dejar nuestro documental ni cabe practicar prueba pericial alguna, resultando la enorme diferencia que existe entre atacar la estimación de la fuerza probatoria de las declaraciones testimoniales o denunciar los errores de hecho materiales que la Sala parece haber cometido al estimarlas o desestimadas; si en la sentencia se falla con base a que los testigos han declarado una cosa determinada, y en los autos consta escrita otra, no cabe duda que el acta extendida por el Secretario ante la presencia del Juez dando fe de lo que ha dicho un testigo es documento auténtico, y por tanto, en justicia, debe subsanarse aun dentro de las estrechas normas del recurso, porque hay que, para ello.—En cuanto a documentos, alega el recurrente que la sentencia recurrida en su considerando segundo, además de referirse a la prueba testifical del demandado, cita como referenda complementaria de la revocación, los autos expedidos por la Dirección General de Turismo, la Mutualidad de Hostelería y la Parroquia de San Ginés, deduciendo de ellos que en la pensión Vadillo no se producen immoralidades ni escándalos; documentos éstos que aparecen unidos a los folios 90, 99 y 96 de los autos, respectivamente; en los dos primeros se dice que no consta que se haya impuesto ninguna sanción a la pensión Vadillo, y en el último que don Antonio Vadillo observa buena conducta moral y religiosa; pero eso no demuestra que en dicha pensión no se reciban parejas ni se produzcan escándalos; el no haberse impuesto por dichas dos entidades sanción alguna a la pensión Vadillo es debido a que no se ha cursado ninguna denuncia a esos organismos y no ha tenido conocimiento de lo que sucedía en la tal pensión, aparte de que la Previsión Mutual Hostelería no tiene facultades ni competencia para imponer sanciones. Y en cuanto al último documento solo acredita la opinión general de que el señor Vadillo merece a su Parroquia, pero tampoco quiere decir que se descarte el hecho de que en su pensión admita parejas o se promuevan escándalos; que estos documentos no arrojan la más mínima luz al asunto, porque en los dos primeros se certifica sobre un hecho negativo general y en último, además de su generalidad, no recoge datos o antecedentes que consten en ningún archivo público, y más bien resulta una declaración escrita, antiprocesal, realizada sin intervención de la parte hoy recurrente, y teniendo ésta la seguridad de que si se hubiera practicado con su intervención y hubiera interrogado sobre los hechos concretos de la demanda, no se había obtenido más que una contestación de absoluta ignorancia. Y si se cree que esto no es más que una apreciación personal de los recurrentes, tendrá que admitirse que para que tales documentos hubieran servido de algo en este pleito tenían que haberse referido concretamente a los hechos primordiales que se discuten: la admisión de parejas y los escándalos conyugales, pero sobre esto, ninguno de los tres organismos hubieran certificado nada, puesto que no han tenido más trascendencia oficial que en este pleito. Y al entender otra cosa la Sala sentenciadora viendo en unos documentos lo que no dicen, ha incidido en verdadero error de hecho, que resulta de los propios docu-

mentos que a tales fines cita como indubitados:

Segundo. Amparado en la causa tercera del propio artículo 173 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por estimar que en la apreciación de la prueba se han infringido los artículos 1.249, 1.253, 1.232, 1.218 y 1.225 del Código Civil y la doctrina contenida en la sentencia de 2 de febrero de 1955; y se alega que la sentencia recurrida llega a la conclusión de que en la pensión Vadillo, deduciendo este hecho, erróneamente, de la prueba de testigos del demandado y de los tres documentos analizados en el motivo anterior, y por ello la deducción no parte de un hecho perfectamente acreditado, ni entre tales documentos o las afirmaciones de los testigos no hay un enlace preciso y directo para llegar a la deducción según las normas del criterio humano, con lo que infringe los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil; que no ha tenido en cuenta, en cambio, la contestación del demandado a la posición novena en la que reconoce sus desavenencias conyugales y que en relación con la carta que los inquilinos dirigieron a los propietarios y sus declaraciones en autos hacen llegar a la conclusión de que entre el matrimonio se produjeron escándalos, infringiéndose así los artículos 1.249, 1.253 y 1.232 del Código Civil; que se ha dado un alcance totalmente improcedente a los certificados de la Dirección General del Turismo, Mutualidad de Hostelería y Parroquia de San Ginés, que nada dicen sobre la no producción de escándalos en la Pensión Vadillo y por no observar lo dispuesto sobre la valoración de la prueba documental en los artículos 1.218 y 1.225 del Código Civil; y por otro lado la Sala sentenciadora ha desconocido la fuerza y eficacia que en los autos puede tener la certificación remitida por la Dirección General de Seguridad sobre los hechos de entradas y salidas de viajeros en la Pensión Vadillo que obra al folio 113 de los autos y el propio libro registro testimonial al folio 73; este elemento probatorio tiene que consignarse con la confesión judicial del demandado obrante al folio 66 de los autos, donde, al contestar la pregunta octava, dice que en la casa existen nueve habitaciones con doce camas para alquilar. Pues bien, si la Pensión Vadillo se dedicara efectivamente a la tenencia de huéspedes y viajeros, tendría ocupadas esas doce camas, o por lo menos la mayoría, ya que para nadie es un secreto la dificultad que existe en Madrid para encontrar habitación en cualquier clase de pensión u hotel; sin embargo, desde el mes de enero de 1953 hasta el 11 de mayo de 1956 no han pasado por la Pensión Vadillo más que 87 personas, de las cuales la inmensa mayoría no han estado en ella más que breves días, algunas breves meses y algunas ni un solo día, como Joaquín Valdivia, que entró y salió el 22 de mayo de 1955; obsérvese que en el año 1953, desde enero a marzo, no existe más que un solo huésped; de marzo a mayo, dos; el 10 de mayo entró un huésped que estuvo dos días; continúan los dos huéspedes solos hasta el 8 de noviembre, en que entra uno que se marcha al siguiente día, 13, y otro que permanece hasta el 27 de noviembre, y en general continúa la pensión con un movimiento tan lento que forzosamente hace pensar que esa pensión no vive, ni puede vivir de sus viajeros, y que desde luego es desproporcionado el número de camas disponibles para tan pocas personas, y que naturalmente si se reservan será para otro fin distinto; o que si los viajeros no van a ella será por algo anormal. Al negar la sentencia recurrida a estos documentos el valor que les corresponde, comete la infracción de los artículos 1.218 y 1.225 del Código Civil, y también infringe la doctrina contenida en la sentencia de 2 de febrero de 1955, porque no se tiene en cuenta la dificultad de la prueba de los hechos atentatorios al pudor y a las bue-

nas costumbres, que se ejecutan siempre en la mayor clandestinidad.

Y tercero. Injusticia histórica por infracción de las causas sexta y séptima del artículo 149 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, con infracción de la doctrina contenida en las sentencias de 2 de febrero y 30 de octubre de 1955 y 24 de marzo de 1956, alegándose que no cabe duda que las desavenencias conyugales ventiladas a los cuatro vientos con palabras groseras y soeces, y en mayor cantidad la recepción de parejas para fines deshonestos en la pensión, son notoriamente inmorales y naturalmente incomedas para los demás inquilinos de la finca, que su solo enunciado lo pone de manifiesto. Por eso solicitaron de los propietarios del inmueble el despido del causante de tales perturbaciones, don Antonio Badillo Bringas; los peticionarios expresaron en la carta los motivos de su petición con tanta claridad que no precisaron comentarios; las desavenencias conyugales y los escándalos promovidos con tal motivo, así como la recepción de parejas, era la base en que se fundaban los restantes inquilinos de la casa para solicitar, como solicitaron el día 9 de octubre de 1954, el despido de su convecino; y está probado en autos que los firmantes de la carta son los inquilinos de la casa; así se decía en el hecho cuarto de la demanda que no ha sido contradicho por el recurrido, por lo que a tenor de lo dispuesto en el artículo 549 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deberá considerarse tal silencio como aceptación y confesión del mismo, aparte de que la presencia de los inquilinos ante el Juzgado denota claramente que esos son los inquilinos; y por otro lado nada ha probado en contra el demandado. De los firmantes debe separarse a don Ramón Pulido Gómez, que no ha comparecido ante el Juzgado y reconocer la firma ni a ratificar su pretensión, y naturalmente, al demandado, por lo que de los ocho inquilinos quedan seis que constituyen mayoría innegable; los seis testigos expresados han comparecido ante el Juzgado y han reconocido su firma, y de ellos han ratificado su pretensión cinco, porque la señora Tebar no la reconoció expresamente, aunque sí reconoció los hechos en su declaración; pero aunque no se cuente continúa la mayoría; en sus declaraciones los testigos han reconocido los dos hechos fundamentales; el escándalo y la inmoralidad; y a mayor abundamiento, el libro registro de entradas y salidas de huéspedes, lo mismo que el certificado remitido a los autos por la Dirección General de Seguridad, acreditan que no se trata de una pensión que funciona normalmente y que están desproporcionados el número de viajeros con el número de camas disponibles, de donde se confirma que esa pensión se dedica a otras actividades; que por todo ello debió darse lugar a la demanda y decretarse la resolución del contrato de arrendamiento del piso en litigio, ya que en casos análogos así se ha acordado por esta Sala en sentencias de 2 de febrero de 1955 y 24 de marzo de 1956, y al no hacerlo así la Sala que falló en segunda instancia este pleito, infringió por inaplicación las causas sexta y séptima de la Ley de Arrendamientos Urbanos y la doctrina contenida en las antedichas sentencias:

RESULTANDO que admitido el recurso, y conferido al Procurador don Angel Gutiérrez Barbudo, en representación del recurrido don Antonio Vadillo Bringas, el traslado prevenido en la Ley, lo evacuó solicitando celebración de vista pública; acordando esta Sala traer los autos a la vista con las debidas citaciones.

Visto siendo Ponente el Magistrado don Bernabé A. Pérez-Jiménez:

CONSIDERANDO que estos autos se promueven sobre la tesis de que en el caso cuestionado se realizan actos inmorales y que se producen escándalos por desavenencias familiares, mientras que por la

sentencia recurrida se sienta la conclusión que no se han probado los hechos cardinales y como consecuencia desestima la demanda, afirmación que no se combate de manera eficaz en el recurso, toda vez que el motivo primero articulado por error de hecho se limita a decir que la prueba de testigos ha sido apreciada con malicia, error al atribuir a su contenido significado distinto al que realmente expresan y los documentos, expone el recurso, nada dicen en contra de lo que la demanda afirma, donde se ve que el recurrente se ha atribuido función de valoración de prueba enfrentando su criterio con el del juzgador lo que no es admisible porque es al Tribunal y no a la parte a quien incumbe la valoración de la prueba, pero es que además, para la admisión y viabilidad del error de hecho en la apreciación de la prueba se requiere que la afirmación conatada esté en abierta contradicción con documento o dictamen pericial obrante en autos, requisito formal del que no es dable apartarse sin quebranto de las normas que regulan el recurso de injusticia notoria, y como ello no se ha cumplido en la formulación del motivo primero es patente su improcedencia tanto por defectos de exposición como de fondo porque no se ha acreditado de forma objetiva la equivocación imputada:

CONSIDERANDO que subsistente la afirmación determinante del fallo de que no se han probado los hechos en que la demanda se funda, decaen los restantes motivos, pero además se ha de resaltar la inconsistencia del segundo porque en su desarrollo se discute sobre supuestos que en la intención no constan y así dice que ha infringido los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil referidos a la prueba de presunciones alegando que no existe enlace lógico jurídico en la deducción obtenida por la sentencia, cuando lo cierto es, que la sentencia no se apoya en ningún juicio deductivo sino que del análisis de la prueba de testigos y documental, por medio directo saca la convicción de que no se han justificado los hechos de la demanda, por lo que no pudo incidir en autoseñala infracción legal y con respecto a la infracción de los preceptos sustantivos 1.218, 1.225 y 1.232, el recurrente hace consideraciones de carácter personal y sobre ellas monta la contravención imputada, esto es que la infracción la deriva de un juicio subjetivo pero no la hace recaer sobre el texto o sentido literal de los documentos que dicen lo contrario que la sentencia afirma sino que dice ha de interpretarse en la forma y con el significado que expone, y ello no constituye infracción de los preceptos que aduce sino una discrepancia del recurrente con la valoración del juzgador, por lo que se ha de desestimar el motivo segundo:

CONSIDERANDO que la denegación del motivo tercero es consecuencia de los anteriores, porque no habiéndose probado los actos de inmoralidad y escándalo, falta la base o supuesto de hecho sobre el que actúan los apartados sexto y séptimo del artículo 149 de la Ley que lo establece como causa o resolución del contrato de arrendamiento.

Fallamos que debemos declarar y declararnos no haber lugar al recurso de injusticia notoria interpuesto por doña Dolores Marin-Barruevo y Núñez-Robres, doña Rafaela, doña Margarita, doña Dolores, doña Mercedes, don José María, don Manuel, doña Pilar, doña Rosalka, doña María Eugenia y don Diego de Aguilar-Amat y Marin-Barruevo, contra la sentencia que con fecha 3 de mayo de 1957 dictó la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid; condenamos a dichos recurrentes al pago de las costas; y devolvamos a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y copia de la que remitió.

Ante esta nuestra sentencia, que se publicará en el Boletín Oficial del Estado e inscribirá en la «Colección Legis-

lativa», pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Manuel Ruiz Gómez.—Luis Vacas.—Eduardo Ruiz. — Bernabé A. Pérez Jiménez. — Francisco R. Valcarce (rubricados).

Publicación.—Leida y publicada fué la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Bernabé A. Pérez Jiménez, Magistrado de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, Ponente que ha sido en los presentes 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 7 de junio de 1960; en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Durango y en apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, por don Anselmo Zugaza Ugarte, mayor de edad propietario y vecino de Durango, contra doña Tomasa Arteche Echevarría, mayor de edad, viuda, de la misma vecindad, que litiga con el beneficio legal de pobreza, representada actualmente por estar declarada incapaz, por su tutor y hermano don Pedro Arteche Echevarría, mayor de edad vecino de Mafarria, sobre nulidad de un legado y otros extremos; pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte demandada, representada por el Procurador designado del turno de oficio don José Armijo Gallardo, con la dirección del Letrado don Francisco Botin Ruiz, informando en el acto de la vista, el Letrado don José María Moreno; y fallecido dicho Procurador ha sido sustituido por el también designado de oficio doña Josefina Alzugaray y García de Murviedro; habiendo comparecido en este Tribunal Supremo el demandante y recurrido, representado y defendido, respectivamente, por el Procurador don Francisco de Guinea y Gaurina y el Letrado don Miguel García de Obeso; y habiendo fallecido el recurrente, han comparecido sus herederos doña Juana Undabettia Echevarría y doña María Crescente, doña María del Carmen, doña Natividad y don Luis Zugaza Undabettia, mayores de edad y vecinos de Durango, representados y defendidos por el mismo Procurador señor Guinea y el Letrado señor García de Obeso;

RESULTANDO que por medio de escrito de fecha 6 de julio de 1951, el Procurador don Luis Zubiaga, en nombre y representación de don Anselmo Zugaza Ugarte, dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia de Durango, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra doña Tomasa Arteche Echevarría, sobre nulidad de legado y otros extremos alegando sustancialmente como hechos:

Primero. Que por escritura otorgada ante el Notario que fué de Amorebieta don Luis de Zubiaga y Arena con fecha 29 de agosto de 1930, don Andrés Zugaza Bealusteguigotia y su esposa doña Tomasa Arteche Echevarría donaron al demandante, quien aceptó tal donación, las fincas cuya descripción es la siguiente: «La casa número 3 de Barrencale de la villa de Durango, que ocupa una planta de ochenta y un metros y sesenta y ocho decímetros cuadrados y confina por Norte y Sur con las casas señaladas con los números uno y cinco de la expresada calle que pertenecieron a la finada doña Tomasa Abarrategui y en parte del Sur con patio común de luces y sirve para esta casa y las señaladas con los números cinco y siete de la expresada calle siendo empeño de la casa que se describe el uso de surto de dicho patio cuya planta mide setenta y cuatro metros y dieciocho decímetros cuadrados,

por Este o espalda con callejón de lugares comunes, por Oeste o frente de la calle de Barrencale. Se compone esta casa de piso llano principal y camarote». «La casa número cinco de dicha calle, Esta casa ocupa sesenta y tres metros y cincuenta y dos decímetros cuadrados de planta solar, y confina, por Norte y Sur o sea por izquierda y derecha con las casas números tres y siete de la expresada calle pertenecientes a la finada doña Tomasa de Abarrategui; por Este o fondo con patio común de luces de esta casa y de las contiguas números tres y siete, y por Oeste con la calle de Barrencale; consta de piso llano, piso principal y camarote». «La casa número siete de la aludida calle: esta casa ocupa noventa y un metros y veintinueve decímetros cuadrados de planta solar, y confina por Norte o izquierda con la casa número cinco de la expresada calle descrita al número anterior, y patio común de luces de las casas señaladas con los números tres y cinco de este número siete de la expresada calle; por Sur o derecha con casa de don Perinán de Dicola; por este o fondo con el callejón de lugares comunes; y por Oeste, con la calle de Barrencale; consta de piso llano, piso principal y camarote»; que no donantes causaron donación; intervinieron e irrevocable de las tres fincas descritas a favor del demandante reservándose a favor de ambos y del sobreviviente de ellos el usufructo vitalicio de las repetidas fincas, según constaba todo ello de la tercera copia de la escritura relacionada que aportaba por carecer de las anteriores, que habían desaparecido por causas ajenas al actor, constando en este documento el haber sido satisfecho el importe de derechos reales correspondiente a tal donación.

Segundo. Que según se ha hecho constar en el hecho anterior los donantes se reservaron el usufructo vitalicio de las fincas donadas, razón por la cual el demandante don Anselmo Zugaza no inscribió su título en el Registro de la Propiedad con el único fin de hacerlo una vez fallecido el último de los donantes y por tanto extinguido el usufructo reservado.

Tercero. Que en este estado de cosas y preocupado el actor sobre la administración de las fincas, toda vez que correspondiendo el usufructo a doña Tomasa Arteche, a demanda, era la misma y más tarde por el hecho de hallarse incapacitada su tutor era quien gozaba en nombre de aquella de dicho usufructo, llegó a conocimiento del demandante el hecho insólito de que se trataba de enajenar dichas fincas por los representantes legales de la demandada; y hechas las gestiones oportunas en esclarecimiento de la anunciada venta, resultó que las mencionadas fincas figuraban registralmente a nombre de la demandada, según pasaba a explicar en el siguiente hecho:

Cuarto. Que don Andrés Zugaza Bealusteguigotia falleció el día 26 de octubre de 1936, habiendo otorgado testamento con fecha 28 de junio de 1932 ante el Notario de Durango don Guillermo Morilla y Carroño en cuyo testamento y su cláusula quinta textualmente se dice lo siguiente: «Llega a su esposa doña Tomasa Arteche en pago de sus derechos por cuota legal en usufructo y por ganancias los bienes siguientes: A) El pleno dominio de las casas números tres, cinco y siete de la calle de Barrencale de Durango, que son las tres fincas que don Andrés compró a don Fernando Colmenares Páezos en escritura otorgada en Bilbao ante el Notario de aquella localidad don Isidro de Erquitaga de 28 de junio de 1905 y que en la actualidad le pertenecen totalmente»; que en virtud de tal disposición testamentaria doña Tomasa Arteche en instancia suscrita a su nombre por no saber firmar por don Melchor Barrieto, con fecha 15 de febrero de 1939 solicitó se inscribieran a su nombre las mencionadas fincas, como en

se hizo con fecha 24 de agosto del mismo año.

Quinto. Que las merítadas fincas según se ha expuesto en los hechos anteriores fueron donadas por don Andrés Zugaza y su esposa la hoy demandada con la única reserva del usufructo vitalicio a favor de ambos; constando así mismo en la escritura de donación que doña Tomasa Arceche Echevarría firmó ante el Notario autorizando la oportuna y citada escritura y el hecho de que la inscripción registral practicada a su favor se hiciera a medio de instancia por tercera persona manifestando hacerse así por no haber firmado la interesada, hecho este inserto toda vez que doña Tomasa Arceche sabía firmar y sabía igualmente que la misma en unión de su esposo habían donado las fincas cuya inscripción se solicitaba al actor don Anselmo Zugaza, hacia suponer que doña Tomasa no prestó su consentimiento para tales finas y toda vez que más tarde por auto dictado por el Juzgado de Durango con fecha 20 de marzo de 1942 fue declarada incapaz, era probable que en tal fecha su facultades mentales le permitieran ver con claridad y no consistiera en sucumbir al seducido.

Sexto. Que era nulo el legado por el que don Andrés Zugaza transmitía las fincas descritas toda vez que estas no eran de su propiedad aunque el mismo aserara en su testamento que dichas fincas le pertenecían totalmente, hecho sin duda debido a que por la avanzada edad del otorgante no recordase haber dispuesto ya y transmitido por la donación efectuada a favor de su hijo don Anselmo la propiedad de tales fincas; acompañando como prueba de lo expuesto copia simple del aludido testamento de don Andrés Zugaza, certificación registral de la última inscripción de las repetidas fincas a favor de la demandada, y certificación expedida por el Secretario del Juzgado con referencia al Registro de Tutelas de la demandada doña Tomasa Arceche, en la que aparece como tutor don Pedro Arceche Echevarría. Invoce los fundamentos de derechos que consistirán de aplicación, y suplico que se dictara sentencia en su día por la que se declarase:

Primero. Que la donación causada por don Andrés Zugaza y Belusteguiola y su esposa la demandada doña Tomasa Arceche Echevarría a favor de don Anselmo Zugaza Ugarte en escritura otorgada ante el Notario de Amorebieta don Luis de Zubiaga con fecha 29 de agosto de 1930 y en virtud de la cual donaron al demandante don Anselmo Zugaza Ugarte las casas descritas en los hechos de esta demanda señaladas con los números tres, cinco y siete de la calle de Barrancalle, de Durango, reúna las condiciones exigidas por la Ley y por tanto era válida en todas sus partes.

Segundo. Que era nulo y carecía de toda fuerza legal el legado en virtud del cual don Andrés Zugaza y Belusteguiola en su testamento de 20 de julio de 1922 aportado a los autos disponía a favor de su esposa doña Tomasa Arceche Echevarría de las casas números tres, cinco y siete de la calle de Barrancalle de dicha villa alegando ser de su exclusiva propiedad en el momento del otorgamiento de testamento.

Tercero. Y en su virtud declarar la nulidad de las inscripciones decimas de las fincas 610, 611 y 612 del tomo 203. 19 de Durango por las cuales se inscribieron a favor de la demandada las repetidas casas; y

Cuarto. Que únicamente corresponde a doña Tomasa Arceche Echevarría el usufructo vitalicio de las fincas en cuestión y por todo ello se declarase también se inscriban a favor del demandante las mencionadas fincas por el título de donación de su padre don Andrés Zugaza y la hoy demandada doña Tomasa Arceche, e inscripción a esta de las casas:

**RESULTANDO** que admitida a trámite

te la demanda y emplazada la demandada doña Tomasa Arceche Echevarría, representada por estar declarada incapaz para regir su persona y bienes, por su hijo y hermano don Pedro Arceche Echevarría, se personó este en los autos con tal carácter, representado por el Procurador don Carmelo Bergón, el que con escrito de fecha 29 de noviembre de 1951 contestó y se opuso a la demanda, alegando en concreto: Que desconocía esta parte los hechos primero y segundo de la demanda, o sea la existencia de la donación otorgada ante el Notario de Amorebieta con Luis de Zubiaga con fecha 29 de agosto de 1930 entre don Andrés Zugaza Belusteguiola, doña Tomasa Arceche Echevarría y don Anselmo Zugaza Ugarte, ya que doña Tomasa Arceche nunca asistió a la misma y en su documentación nada hubo que la aludiese o relacionase; y no obstante ante la fehacencia del documento aportado reconocía su existencia, pasando a estudiar su eficacia al objeto interesado en la demanda según el contenido de la misma y copia única que se añadió que el actor no inscribió su título en el Registro de la Propiedad con el fin de hacerlo una vez fallecido el último de los donantes y por tanto extinguido el usufructo reservado; no convenía su explicación, parece especial, dada la importancia del derecho real constituido en aquel acto la liquidación del impuesto de Derechos reales correspondientes al acto realizado trece años después de su otorgamiento con una de las distintas copias obtenidas por el actor de tal escritura, según se justificaba con la propia certificación nota obrante al pie de la copia acompañada y afirmaciones de esta; que todo ello traía a su convenimiento la certeza de que si no se inscribió aquel título o donación, ignoraba esta parte si se intentó, fué por la clase y comprensible razón de que se hallaba viciado de nulidad e ineficacia no subsanables para tener acceso a causar una inscripción registral; pues en efecto, en esa escritura de donación intervienen los esposos don Andrés Zugaza y doña Tomasa Arceche de una parte, y de otra, don Anselmo Zugaza Ugarte exponiendo el primero palabras textuales del documento: «Que por escritura otorgada ante el Notario de Bilbao don Pedro de Erquaga y Barbarias en la misma villa el 29 de junio de 1905 e inserto en el Registro de la Propiedad de este partido de Durango a los folios 10, 24 y 30 del tomo 10 del Ayuntamiento de la propia villa, fincas números 610, 611 y 612 inscripciones sexta, adquirió como gananciales de su matrimonio con doña Tomasa Echevarría no puede ser otra que doña Tomasa Arceche Echevarría las fincas números tres, cinco y siete de la calle de Barrancalle de Durango que se describen y relacionan; declaración que por la inexactitud esencial atribuido en su carácter patrimonial a los bienes objeto de la donación incapaz e ineficaz la donación causada; que tales fincas o casas no podían ni pudieron tener el carácter de gananciales; constituían bienes o capital propio del marido don Andrés Zugaza, aportados a su tercer matrimonio con doña Tomasa Arceche Echevarría, inequívocamente justificado ya que no por la escritura de capitulaciones matrimoniales no otorgada según manifestación del propio don Andrés en su testamento abierto igualmente acompañado por el actor en su demanda por deducción de la expresión de la misma escritura de donación al determinar como fecha de la adquisición de dichos bienes en la escritura de compra antes referida, de 28 de junio de 1905, fecha en que don Andrés Zugaza se hallaba casado con doña Antonia Urbarrir, fallecida el 25 de enero de 1908, según justificaba esta parte con las certificaciones del Registro Civil que acompañaba como documentos números 1 y 2; corroborando esta afirmación la certificación del Re-

gistro de la Propiedad que se tenía como documento número 6 y en la que consta en la exposición de los documentos generadores de la inscripción séptima de las casas números tres, cinco y siete de la calle de Barrancalle objeto de la donación mencionada, que dichas fincas fueron adquiridas por don Andrés Zugaza viudo en segundas de doña Juana Ugarte y Erallurrutí y en segundas pupilas de doña Antonia Urbarrir hallándose casado con esta segunda mujer por compra a don Fernando Colmenares e Iralzo y que practicadas las operaciones de inventario, cuenta y división de los bienes relictos quedados al fallecimiento de ambas mujeres, por don Francisco Pablo de Alberto y Arroitzagaregui como defensor judicial de los menores don Ignacio, don Juan, don Saturnino y don Cleto Zugaza y Urbarrir, don Andrés Zugaza Belusteguiola, los hijos de este inbuido en su primer matrimonio don Anselmo y don Manuel de Zugaza y Ugarte y don Máximo de Romas Zugaza como albacea de doña Antonia y Urbarrir y acreedor de la testamentaria, fueron aprobadas por el Jefe de Primera Instancia por auto de 3 de junio de 1905 protocolizadas el 9 del mismo mes en la Notaría de Durango de don Victoriano de Obeto, de cuyas operaciones resulta que las dichas tres fincas se adjudicaron por mita y pro indiviso al don Andrés y al don Máximo Roman de Zugaza y Belusteguiola al primero en pago de parte de su haber y al segundo en pago de su crédito contra la testamentaria; y que este documento debe estar en poder del actor como parte que intervinó en aquellas operaciones testamentarias; que al rumpirse de esta documentación se practicó la inscripción séptima de las tres casas por título de adjudicación por mitades pro indiviso a favor de don Andrés y don Máximo Roman de Zugaza con fecha 11 de agosto de 1909; que de la inscripción octava del Registro (el documento número 6) aparece que don Máximo Roman de Zugaza por escritura otorgada en Durango ante el Notario, don José Vicente Ortiz de Vidasolo, con fecha 5 de marzo de 1924, vendió a su hermano y condueño don Andrés Zugaza la mitad pro indivisa de las merítadas fincas, título que produjo la inscripción octava con fecha 4 de abril de 1924, con la que se consolidó toda la propiedad de las fincas en don Andrés Zugaza; por la inscripción novena igualmente aportada en certificación por la parte actora, don Andrés Zugaza, a quien pertenecían las tres casas por el título expresado en la inscripción anterior, y don Manuel Zugaza Ugarte hipotecan dichas fincas y otras más en garantía de un préstamo de 35.000 pesetas de capital más intereses a favor de don Juan José Maucisidor y Echevarría con fecha 20 de octubre de 1927. Que de lo expuesto resultaba de toda evidencia, que las casas en cuestión, según la documentación relacionada el día 11 de enero de 1930 fecha en que contrajo matrimonio don Andrés Zugaza sus terceras nupcias con doña Tomasa Arceche Echevarría pertenecían en pleno dominio a don Andrés pasando al régimen patrimonial de su tercer matrimonio como su capital propio y privativo sin que pueda privarles de ese carácter las declaraciones hechas por don Andrés Zugaza en la escritura de donación de 29 de agosto de 1930; que asimismo basada en esa falsa y simulada calificación del carácter patrimonial de los bienes objeto de la donación según la clausula A) de la repetida escritura de donación, don Andrés Zugaza y su esposa doña Tomasa Arceche en cumplimiento de lo prometido al hijo de mayores nupcias del primero el don Anselmo Zugaza, le hacen donación por vivos e irrevocable de las tres fincas descritas, reservándose las comantes a favor de ambos y del sobreviviente de ellos el usufructo vitalicio de las mismas; en la clausula dispositiva precedente se advierten

dos libertades o donaciones tenidas por la Ley como nulas, imprudentes, esa nulidad e ineficacia a toda el actor jurídico formalizado; una la donación intervencional e irrevocable de las tres fincas en cuestión hecha por doña Tomasa Arteche al hijo de anteriores nupcias, don Anselmo Zugaza, en el supuesto, convocado para el demandado, de que la demandante tuviera en aquel momento la titularidad y capacidad de disposición necesarias para causar aquella donación ya que obraba sobre bienes ajenos y otra la donación derivada de la herencia representada por don Andrés Zugaza y hecha en el derecho usufructuario de la mitad de dichos bienes a favor de su esposa doña Tomasa Arteche simulando una reserva de derechos en los donados no reservables ni reconocidos en dicha Tomasa en bienes en los que esta carecía de dominio o disposición alguna. Que era cierta la incapacidad de doña Tomasa Arteche y que su hermano don Pedro administraba los bienes de la misma, imputando sus productos en pago de asistencias de la demandada en el Mancomio de Zúñiga; productos que resultaban insuficientes para satisfacerlas, no obstante lo cual hasta el presente ni se propuso ni trató el Consejo de familia de la incapaz mantener las fincas de que se trata, aunque pudo hacerlo. Que era cierto el hecho sobre el que la demandada, justificada con el testamento abierto de don Andrés Zugaza y la certificación registral acompañados a la demanda, expresamente esta parte en algunas consideraciones del contenido de dicho testamento. Que en relación con el hecho segundo de la demanda, existía en la titularidad de la donación alegada y en cuanto a que doña Tomasa Arteche supiera firmar y manifestarse o constase no haber hecho en la instancia para el abono de los Derechos reales correspondientes a la herencia y a la consiguiente inscripción del legado causado haciéndolo persona, el Letrado exponente don Melchor de Barreñal, no podía derivar las consecuencias queridas por el actor, por las siguientes razones y circunstancias:

a) Por ser pública notarial y profesional en la abogacía respecto de la apreciación de la ignorancia de saber o no firmar los otorgantes en las escrituras y documentos que formalizan consignar lo que manifiestan los interesados, sin importar práctica anterior de los otorgantes y aun su falta de veracidad.

b) No ser cierto conociera esta parte la donación alegada en que desde el 15 de febrero de 1933 hasta el 26 de marzo de 1932 fecha de la declaración de incapacidad de doña Tomasa Arteche, transcurrió un periodo de tiempo de cuatro años, sin posibilidad de sentar gratuitamente las relaciones y declaraciones pretendidas y por ende el estado de capacidad se presume siempre.

c) En la certificación de defunción de don Andrés Zugaza, acompañada a esta contestación como documento número 5 cuya inscripción en el Registro Civil fué practicada en virtud de declaración de su esposa doña Tomasa Arteche, sin que en cumplimiento de tal conste la firma de ésta, prueba de que manifestó no poder hacerlo o ignorarlo.

d) Y la propia petición de inscripción en el Registro de la Propiedad para la que tiene representación o presunción de poder de la parte el simple comparecimiento solicitando esa inscripción ya que para dicho fin ha de disponer de la documentación precisa, cuya entrega a tercera persona para la solicitud e inscripción interesada, hace suponer el consentimiento de aquella a cuyo favor se interviene en la práctica de las operaciones testamentarias e inscripción consiguiente. Que dada la nulidad de la donación dispuesta en la escritura de 29 de agosto de 1930 pudo decir en verdad don Andrés Zugaza en su testamento que las fincas dichas en la actualidad le per-

tenecen totalmente; y por otra parte la nulidad de aquel legado tampoco cabe sentarla gratuitamente ya que el legado de cosa ajena—admitido el supuesto de la validez de la donación—está admitido y reconocido en el Código Civil lo suplirá o no el testador si fuera impuesto a un heredero. Que la partición de su herencia practicada por el testador don Andrés Zugaza conforme al párrafo primero del artículo 1956 del Código Civil en testamento abierto de 28 de julio de 1932, adjudicando en su cláusula quinta A) como legado a su esposa doña Tomasa Arteche en pago de sus derechos por cuota legal en usufructo y por gananciales el pleno dominio de las casas números tres, cinco y siete de la calle de Barreñal, de Durango, que son las tres fincas que don Andrés compró a don Fernando Colmeneros en escritura otorgada en Bilbao el 23 de junio de 1905 y que en la actualidad le pertenecen totalmente era y reportó doña Tomasa Arteche justo título de adquisición y como tal se inscribió en el Registro de la Propiedad con fecha 24 de agosto de 1933; y desde esa fecha se halla doña Tomasa por sí y por medio de su representación legal en legítima posesión de las mismas sin interrupción y en concepto de dueña, pública, pacíficamente, manteniendo esa posesión con buena fe en todo el tiempo transcurrido desde la muerte de don Andrés Zugaza, y con inscripción de tales bienes en el Registro de la Propiedad desde la fecha indicada el 6 de julio de 1961 fecha del acto conciliatorio interpuesto por don Anselmo Zugaza en su reclamación o sea por tiempo que excede de diez años y con la presencia de don Anselmo Zugaza en Durango; que en todo este tiempo doña Tomasa Arteche por sí o por su representación legal ha tenido la posesión continuada y no interrumpida y en las que en tal concepto de dueña ha realizado obras y reparaciones extraordinarias por iniciativa y cuenta exclusiva suya; que dicha actuación en concepto de dueña la reconocía el demandado en el hecho tercero de su demanda, ya que decía luego a su conocimiento que se trataba de enajenar dichas fincas por los representantes legales de doña Tomasa Arteche, y si bien de momento la enajenación no estaba pensada ni acordada, el coste de estancia y gastos de la incapaz en el Mancomio podía obligarla; que ello había motivado la confirmación del pleno dominio o propiedad de las casas en doña Tomasa Arteche mediante la prescripción adquisitiva ordinaria establecida en el artículo 1957 del Código Civil. Y después de alegar los fundamentos legales que creyo pertinentes, suplico que en su día se dictara sentencia declarando:

1) Nulas y sin ningún valor ni efecto jurídico las donaciones causadas en la escritura otorgada el 29 de agosto de 1930 por don Andrés Zugaza Belausteguieta y su esposa doña Tomasa Arteche Echevarría a favor de ésta y de don Anselmo Zugaza Ugarte ante el Notario de Amorebieta don Luis de Zubiaga y Arana.

2) No haber lugar a ninguna de las peticiones de los extremos segundo, tercero y cuarto de la demanda, y absolviendo de ella a don Pedro Arteche Echevarría en representación de la incapaz doña Tomasa Arteche Echevarría; para el caso improbable de que hubiera podido proceder a las inscripciones referidas algún defecto accesorio o de petición de inscripción registral.

3) Hallarse amparados por la prescripción adquisitiva los derechos que sobre el dominio de las fincas números tres, cinco y siete de la calle de Barreñal de Durango, señaladas y descritas en el hecho primero de la demanda corresponde a doña Tomasa Arteche Echevarría, legitimando la titularidad de las mismas a su favor en las inscripciones decimas de las 610, 611 y 612 del tomo 203 del archivo, 19 de Durango.

4) En todo caso imposición de las costas del juicio al actor.

RESULTANDO que al evacuar el traslado de replica la representación del demandante y el de cómplice la de la parte demandada, dieron por reproducidos los hechos y fundamentos de derecho de sus respectivos escritos de demanda y de contestación, que ampararon por extenso para corroborarlos y contradecirlos de contrario insistiendo el demandante en que doña Tomasa Arteche constaba la donación de 29 de agosto de 1930 que esta era válida y en cuanto a la prescripción adquisitiva ordinaria alegada en la contestación, no censuró justo título, ni buena fe en la demanda, y suplicando ambas partes se dictara sentencia conforme tenían solicitado en dichos escritos.

RESULTANDO que recibida el pleito a prueba se practicó a instancia del actor la documental y la de reconocimiento por don Pedro Arteche, en representación de la demandada doña Tomasa Arteche Echevarría, de la autenticidad del testamento otorgado por don Andrés Zugaza Belausteguieta ante el Notario de Durango don Guillermo Morilla Carreño con fecha 28 de julio de 1932. Y a instancia de don Pedro Arteche, en la representación de doña Tomasa Arteche, prestó confesión judicial el actor don Anselmo Zugaza Ugarte y se practicó prueba documental de reconocimiento judicial y testicular.

RESULTANDO que validas las pruebas a los autos y segunda el pleito por sus restantes trámites el Jefe de Primera Instancia de la villa de Durango, con fecha 22 de marzo de 1961, dictó sentencia por la que desestimando la demanda inicial de este proceso:

Primero.—Declaró nulas las donaciones causadas en la escritura otorgada el 29 de agosto de 1930 por don Andrés Zugaza Belausteguieta y su esposa, doña Tomasa Arteche Echevarría, a favor de don Andrés Zugaza Ugarte.

Segundo.—No haber lugar a las declaraciones solicitadas en los apartados segundo, tercero y cuarto del suplico de la demanda, y por consiguiente absolvió a don Pedro Arteche Echevarría en nombre y representación de doña Tomasa Arteche Echevarría de la demanda contra el mismo demandada, sin hacer expresa condena de costas.

RESULTANDO que interpuesta apelación contra dicha sentencia por la representación del demandante don Anselmo Zugaza Ugarte fue admitida en ambos efectos, y suscitada la alzada la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, con fecha 2 de diciembre de 1954, dictó sentencia por la que desestimando las excepciones de prescripción y nulidad alegadas por la parte demandada, y desestimando a su vez la representación, propuesta en la misma, revocó la sentencia apelada y estimando la demanda interpuesta por don Anselmo Zugaza Ugarte contra don Pedro Arteche Echevarría, como tutor de su representada hermana doña Tomasa Arteche Echevarría, declaró:

Primero.—Que la donación causada por don Andrés Zugaza Belausteguieta a favor de don Anselmo Zugaza Ugarte en escritura pública otorgada ante el Notario de Amorebieta don Luis de Zubiaga, con fecha 29 de agosto de 1930, y por la que se donaron al demandante las tres casas mencionadas en el primer considerando de esta sentencia, reúne las condiciones exigidas por la Ley y por lo tanto, es válida en todas sus partes.

Segundo.—Que es nulo y carece de toda fuerza legal el legado en virtud del cual don Andrés Zugaza Belausteguieta en su testamento de fecha 28 de julio de 1932 dispuso a favor de su esposa, doña Teresa Arteche Echevarría, las tres casas ya citadas.

Tercero.—Que son nulas las inscripciones decimas de las fincas 610, 611 y 612 del tomo 203, libro 19 de Durango, por

las cuales se inscribieron a favor de la demandada las casas 3, 5 y 7 de la calle de Puencaille, de Durango.

Cuarto.—Que únicamente corresponde a dona Tomasa Arteche Echevarría el usufructo vitalicio de las fincas en cuestión; todo ello sin hacer expresa condena de costas en ninguna de las dos instancias.

RESULTANDO que el Procurador don José Arnijo Gallardo, en nombre por designación de turno de oficio de don Pedro Arceche Echevarría, como tutor de su hermana, dona Tomasa Arteche Echevarría, declarada legalmente pobre, ha interpuesto ante este Tribunal Supremo recurso de casación por infracción de Ley, por los siguientes motivos:

Primero.—Fundado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación de los artículos 1.324, en relación con el 1.401 y 623, todos del Código Civil; y se alega que el artículo 1.324 dispone: «Será nula toda donación entre los cónyuges durante el matrimonio»; el 1.403, del derecho de usufructo o de pensión, perteneciente a uno de los cónyuges perpetuamente o de por vida, formará parte de sus bienes propios y el 623 proclama: «Las donaciones hechas a personas inhabilitadas son nulas, aunque lo hayan sido simuladamente, bajo apariencia de otro contrato, por persona interpuesta»; y dice la doctrina científica: «Existe violación cuando a un supuesto de hecho claro no se le aplica la norma o doctrina que debería aplicarse, ello equivale a desconocer la existencia misma de la norma o doctrina»; que aquí se está ante un hecho perfectamente claro y probado en ambas instancias, pues lo mismo en la primera que en la segunda se reconoce de manera terminante que los bienes objeto de este litigio son de la exclusiva propiedad del donante don Andrés de Zugaza Echevarría, primero, porque dichos bienes constan con ese carácter en el Registro inmobiliario y por las propias manifestaciones de don Andrés, siquiera en la escritura de donación se le atribuyese, bajo pretendida simulación, el carácter de gananciales habidos con su tercera esposa, segundo, porque dichos bienes inmuebles fueron comprados por don Andrés en 1935, veintidós años antes de su matrimonio con dona Tomasa; hecho también probado por constar en el Registro de la Propiedad, si bien entonces a nombre de él y de su hermano don Máximo por un crédito de éste contra la testamentería de sus dos primeras esposas, pasando a propiedad exclusiva del donante el 4 de abril de 1924 por compra de la mitad indivisa a su mentado hermano don Máximo; y a partir de esa fecha son por tanto, de su exclusiva propiedad, figurando como bienes privativos del mismo, ocurriendo todo esto seis años antes de su tercer matrimonio con dona Tomasa de Arceche; que este hecho claro, terminante y probado es pasado por alto en la sentencia recurrida, ya que admite, en contra del terminante precepto del artículo 1.324 del Código Civil, que un cónyuge pueda hacer donación constante el matrimonio al otro cónyuge de bienes absolutamente privativos de aquél, pues, aunque en la escritura de donación donó los inmuebles a su hijo don Anselmo, reservándose el usufructo de por vida, tiene la condición dicho usufructo, por imperativo del artículo 1.403 del Código Civil, de bienes propios, y, por lo tanto, nunca podrán ser donados a su esposa válidamente; que por otra parte, su esposa, dona Tomasa Arceche, es inhabilitada por disposición de la Ley para ser sujeto pasivo de donaciones, ya que los bienes que recibe de su esposo constituyen una donación de los prohibidas por el artículo 1.324; de donde se deduce que dona Tomasa no pudo nunca aceptar válidamente una donación en derecho alguno que aceptase la donación el usufructo

de bienes privativos de su esposo y menos en una escritura de donación en que tiene ella el carácter de donante y propietario de unos bienes gananciales que como causa palmariamente en autos no reúne ese carácter; lo que lleva a la conclusión de que dona Tomasa jamás pudo tener el carácter de usufructuaria que le atribuye la sentencia recurrida; y por último, añade el recurrente que ha sido preocupado constantemente de los Notarios encontrar una fórmula dentro del Código Civil que permita hacer donaciones válidas por un cónyuge, respecto de sus bienes privativos, de la propia propiedad a hijos o extraños, reservándose el usufructo vitalicio a favor de ambos esposos; se ha recurrido, por los señores Ministros, el expediente de la reserva del usufructo sucesivo, pero jamás al de la reserva conjunta en que la opción unánime, demostrada en conferencias y trabajos monográficos, es la mantenida en este recurso y, precisamente, por la prohibición absoluta que mantiene el artículo 1.324.

Segundo.—Fundado también en el número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal por inaplicación de los artículos 1.930, 1.957 y 609 del Código Civil; y se alega que por inaplicación se infringen preceptos de derecho material; sentencias de 23 de febrero de 1935, 13 de enero de 1944 y 2 de noviembre de 1943; que por la prescripción se adquiere, de la misma y con las condiciones determinadas en la Ley, el dominio y demás derechos reales, dice el artículo 1.930; el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles se prescriben por la posesión durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título, proclama el 1.957, y, el 609 del mismo cuerpo legal establece un fin que la propiedad puede también adquirirse por medio de la prescripción; que la sentencia apelada estableció la no aplicación de estos artículos al caso por tener dona Tomasa, según la sentencia, la condición de usufructuaria, y oponerse a la naturaleza misma del usufructo a esta forma adquisitiva; pero al no ser esto así, ya que la recurrente no tiene esta condición de usufructuaria, la Sala infringe estos preceptos. La sentencia de la Audiencia no hace ninguna objeción y discute los requisitos que señala el Código Civil para adquirir los bienes por prescripción, dando por sentado que concurren en el presente caso; que la recurrente era capaz para poseer por sí misma hasta el 20 de marzo de 1942, en que por resolución judicial fue declarada incapaz, pasando esta facultad a su representante legítimo; y, primero, por sí sola y, después, por este medio ha gozado de la posesión ininterrumpida de los discutidos inmuebles, durante más de diez años, como se demuestra por el hecho de la inscripción registral llevada a cabo el 24 de agosto de 1933; dicha posesión es con justo título, en virtud del legado que le hizo su esposo en el testamento de 28 de julio de 1932, en pago de su cuota de viuda y gananciales. La referida posesión justificada con la inscripción en el Registro de la Propiedad de los inmuebles a su nombre, en presencia de don Andrés Zugaza, demuestra la buena fe de la poseedora, como se desprende de la sentencia de 20 de diciembre de 1910, en la cual se hace constar que «la buena fe ha de persistir durante el período total de la posesión, perdiéndola desde que sabe el poseedor que el dominio resultaba inscrito en el Registro a favor del demandante»; lo que en sentido contrario hace indicar que la poseedora, teniendo inscrito su título, ha gozado del requisito de la buena fe; y a mayor abundamiento no resulta razonable la ignorancia que pretende don Anselmo del testamento de su madre; en efecto, intervinó en el pleito de este contra sus hijos habidos en el segundo matrimonio, incluso con poderes

y tuvo que conocer la transacción que se llevo a cabo; en consecuencia, la partición hecha por el causante en dicho documento al amparo del artículo 1.056 del Código Civil, ha de detener su apoyo en un testamento del que sea complemento, de forma que el acto de distribución reciba su fuerza y convalidación formal del acto de disposición solemne que es el testamento, respecto del cual no puede negarse su existencia el recurrido por imperio del artículo segundo del Código Civil; pero es que, además, los hechos demuestran la aceptación por parte del recurrido de las disposiciones testamentarias, ya que recibió de sus hermanos las 56.000 pesetas que como heredero le dejó su padre. El testamento de don Andrés fue aceptado por todos los herederos, y esta afirmación no es gratuita, puesto que se desprende de los autos al ser levantadas en 12 de mayo de 1943 las cargas que pesaban sobre las tres discutidas fincas por la Sociedad Limitada «Hijos de Andrés Zugaza», en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 867 del Código Civil, lo que lleva a la conclusión del reconocimiento por parte de todos del legado de referencia a favor de esta parte; que la ley recurrente desde la fecha de la inscripción de las tres casas a su nombre ha sido siempre en concepto de dueña, pública, pacífica y no interrumpidamente y ha ejercitado sobre tales inmuebles sus más amplias facultades dominicales (hechos probados); y por otra parte, la Ley Hipotecaria en su artículo 35 establece: «A los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será justo título la inscripción, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traigan causa».

Tercero.—Fundado igualmente en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el concepto de aplicación indebida de las Leyes o doctrinas legales aplicables al caso del pleito; dando por infringido por dicho concepto el artículo 621 del Código Civil aplicado por la Sala de apelación; y se alega que la sentencia del Tribunal ya que declara aplicable a la donación que se discute, a través del artículo 621, las disposiciones referentes a los inter vivos, por lo que merece, a su juicio, este apelativo; combatiendo el recurrente esta aplicación indebida del artículo de referencia colocando al caso que se debate bajo el imperio de los artículos 620 y 737 del Código Civil en el caso de que se admitiese la donación del usufructo, que nunca podría ser inter vivos, como admite el fallo, no sólo por los referidos artículos citados, sino por la doctrina legal que los interpreta, siendo conveniente a este respecto mencionar las palabras de un ilustre tratadista cuando dice: «Que la aplicación indebida obliga a restituir el derecho perturbado y a afirmar, por ese camino, cuál es la norma que debiendo hacerse valer no se aplicó»; que no puede ser donación inter vivos porque al reservarse ambos esposos conjuntamente el usufructo de los bienes donados, incurre en la prohibición del artículo 1.324, ya combatido, y como entendió el Juez de Primera Instancia al decir: «Que es nula la donación a que nos venimos refiriendo con todas las consecuencias que ello entraña porque hubo una cesión en cuanto a bienes privativos del esposo del derecho usufructuario en favor de su esposa»; y, si es sucesivo; es decir, primero para el donante y después para el sobreviviente, entra de lleno en las donaciones «mortis causa» amparadas por los artículos 620 y 737 del Código Civil, por lo que indefectiblemente los efectos de esta clase de donaciones han de surtir efecto después de la muerte, estando pendiente la adquisición de los derechos por los denatarios de una verdadera «condictio iuris» imprescindible

ble para que exista su derecho; que por lo que respecta a la nuda propiedad, también está sujeta al régimen de las donaciones «mortis causa», pues el propio demandante, hoy recurrido, en el escrito de réplica confesó: «Hasta el extremo de que la primera copia de tal donación no se inscribió ni se presentó en el Registro de la Propiedad por la única razón de que por la voluntad de don Andrés Zugaza, donante, se ordeno de que dicha escritura no se inscribiese en tanto viviesen los donantes»; y de esta confesión se deduce claramente la intención de los otorgantes de ligar los efectos de la donación al fallecimiento de los donantes con la condición de revocabilidad que le era inherente; que por todo ello don Andrés se encontraba facultado para revocar dicha donación, como así lo hizo en el testamento; apoyando el recurrente el valor de la confesión del recurrido hecha en la réplica, en la sentencia de 3 de enero de 1952: «el artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice que no es lícito, con olvido de ese obligado precepto querer desvirtuar en este recurso lo que se afirmó en aquel trámite, cual si se tratara de una manifestación superflua y completamente ajena a los hechos fundamentales del juicio y sin trascendencia, por lo tanto, para su resolución»; y robustece esta afirmación, añade el recurrente, el incumplimiento por parte del recurrido de los artículos 501 y 505 del Código Civil, puesto de manifiesto en los autos, y que es de aplicar en consonancia con los artículos 620 y 637 del Código Civil la doctrina de las sentencias de 23 de marzo de 1938, 9 de abril de 1942, 7 de noviembre de 1945, 16 de junio de 1912 y 4 de noviembre de 1926;

VISTO siendo Ponente el Magistrado don Juan Serrada Hernández;

CONSIDERANDO que en este recurso no impugnada la declaración de nulidad del legado instituido por el testador don Andrés Zugaza, en su testamento de 28 de julio de 1932, en favor de su esposa, doña Tomasa Arteche, hoy recurrente, representada por su tutor, dado su estado de incapacidad, en pago de su cuota vital y de su participación en la sociedad legal de gananciales, este pronunciamiento ha quedado firme, con las consecuencias que de él se deducen, en si y en relación con los motivos del recurso;

CONSIDERANDO que en el motivo primero del recurso, fundado procesalmente en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se aduce que han sido violados los artículos 1.334, en relación con el 1.403 y 628 del Código Civil, el primero de los cuales declara nulas las donaciones entre los cónyuges, durante el matrimonio, el segundo estima como bienes propios de cada cónyuge el derecho de usufructo o pensión que le pertenezca perpetuamente o de por vida y el último que proclama la nulidad de las donaciones hechas a personas inhábiles, por entender que en la donación hecha por don Andrés Zugaza en favor del hijo de su primer matrimonio, don Anselmo, en escritura pública otorgada en 29 de agosto de 1932 aparte de intervenir su esposa como donante, no obstante ser las tres casas donadas de la propiedad exclusiva de su esposo que también interviene con el mismo carácter, es nula por atribuir a los bienes donados la condición de gananciales y porque en dicha escritura se expresa la reserva del usufructo en favor de los cónyuges, y del que sobreviva hasta su fallecimiento, lo que integra una donación del marido en favor de su mujer no permitida por el invocado artículo 1.334 del Código Civil, pero es claro que en la discutida escritura de donación, a pesar de la innecesaria presencia de la esposa, lo que se dona al hijo es la nuda propiedad de las tres casas, constituyendo un derecho real de goce sobre esas fincas al reservarse el usu-

fructo, lo que autoriza el artículo 634 de de aquel cuerpo legal y precisamente como supuesto necesario para la validez de la donación en su consideración cuantitativa y respecto de la reserva del usufructo hasta la muerte de los dos cónyuges, que al ocurrir consolidará el dominio pleno, en favor del donatario, dicha reserva no se hace por partes determinadas entre ellos, sino en común para satisfacer las necesidades del matrimonio, y sólo cuando ocurra el fallecimiento de uno de ellos es cuando se produce el disfrute del todo por el sobreviviente, y es entonces cuando podría admitirse la existencia de la donación, pero no durante el matrimonio, sino disuelto éste, e independientemente de lo expuesto, aunque existiera esa donación durante el matrimonio, no cabe olvidar que los donatarios serían dos y que la inhabilidad para serlo de uno solo de ellos no puede determinar la nulidad total de la donación, cuando como aquí ocurre lo donado son cosas distintas, a uno la nuda propiedad y a otro el usufructo, nulidad que al producirse llevaría consigo la consolidación del dominio pleno, la liberación del gravamen, en perjuicio de la misma recurrente, siendo notorio que en el recurso de casación podría mejorarse su posición, pero no agravar la que declara la sentencia que recurre;

CONSIDERANDO que en el motivo segundo, y por el mismo cauce procesal del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega que han sido inaplicados los artículos 1.930, 1.957 y 609 del Código Civil al no estimar la sentencia recurrida que la recurrente ha adquirido las tres casas que fueron donadas al recurrido por prescripción ordinaria; es decir, que ha poseído con buena fe y justo título por un lapso de tiempo superior a diez años, pero al razonar de esta suerte olvida, que como dice la sentencia recurrida, su posesión era como usufructuaria y no como dueña, y esto le constaba, en cuanto ella intervino en la escritura de donación por lo que no cabe admitir la buena fe, ni tampoco el justo título, toda vez que el en que se funda ha sido declarado nulo, sin que esta declaración haya sido combatida, por lo que le faltan los requisitos exigidos en el precepto que invoca para que pueda adquirir por prescripción, sin que pueda alegar que esta nulidad se declaró posteriormente, pues con anterioridad la donación, en que se repite intervino, no había sido impugnada y producía todos sus efectos siendo por ella misma admitida;

CONSIDERANDO que, por último, en el tercer motivo del recurso y con el mismo fundamento procesal plantea el recurrente el tema de cuál sea la naturaleza de la donación si es inter vivos conforme al artículo 621 del Código Civil, como declara la Sala de Instancia, y que el impugna acusando la infracción por aplicación indebida de aquel precepto o si como él entiende ha de reputarse «mortis causa», a tenor del artículo 620, ya que sus efectos se producen después de la muerte del donante, en virtud del usufructo vitalicio que la condiciona, y, por consecuencia, puede ser revocada, como alega lo fué en el testamento del donante, pero independientemente de que al dejar firme el pronunciamiento de la sentencia recurrida que declara nulo el legado instituido en el testamento del donante, mal puede ampararse en él para deducir que la donación ha sido revocada, es lo cierto que la nota diferencial entre una y otra donación estriba conforme a una reiterada doctrina jurisprudencial, en que los efectos del acto de liberalidad se producen antes o después de la muerte del donante y en este caso, habiéndose donado la nuda propiedad de tres casas con reserva del usufructo, no sólo se conforma con el ya citado artículo 634, sino que tampoco puede impedir

el efecto de transferir la propiedad de los inmuebles al donatario desde el momento de la aceptación, y conforme a la doctrina de este Tribunal Supremo—sentencia de 25 de mayo de 1951, que ratifica la de 3 de diciembre de 1946—el usufructuario no es titular de un dominio dividido, sino de un derecho real de goce, de cuyo gravamen se libera el nudo propietario al extinguirse el usufructo, consolidándose el dominio pleno o si se quiere sin restricción o gravamen, y por tanto es obvio que los efectos de la donación se produjeron en vida del donante, sin que pueda afectar a esta estimación el hecho de que el usufructo regiría hasta la muerte del último cónyuge superviviente, pues como se ha dicho esta circunstancia de acrecentar el usufructo por fallecimiento de uno de los cónyuges, se daña con relación al superstita, no al donatario, que recibe la nuda propiedad y la consolidación no puede modificar la naturaleza de la donación en lo que a él se refiere, que comprende esa nuda propiedad, desde el momento en que se verifica, todo lo que hace decuar este motivo y el recurso.

FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por don Pedro Arteche Echevarría, como tutor de su hermana doña Tomasa Arteche Echevarría, contra la sentencia que con fecha 3 de diciembre de 1954 dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos; condenamos a dicha recurrente al pago de las costas, si mejorase de fortuna y horese a 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.—Pablo Murga.—Juan Domínguez.—Obdolfo Sisoni Cárdena.—Manuel M. Cavanillas (tribunales).

Publicación.—Leída y publicada fué la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Juan Serrada Hernández, Magistrado de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de su fecha, de que como Secretario certifico.—Emilia Gómez Vela.

En la villa de Madrid a 8 de junio de 1960: en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Hinojosa del Duque, y en grado de apelación ante la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, por don Rodrigo Morillo de Trucíos, propietario y vecino de Córdoba, contra don José Sánchez Arellano, doña Ana Smeola Cardona, asistida de su esposo, don Juan A. Montero de Espinosa; doña Leonor Vigara Pérez y doña Irene, doña María del Carmen y don José Aparicio Vigara, mayores de edad, militar el primero, propietario el último, y vecinos de Córdoba, Sevilla y Salamanca, respectivamente, sobre reivindicaciones de porciones de fincas rústicas; pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por los demandados, representados por el Procurador don Manuel Antón Garrido y defendidos por el Letrado don Antonio Piquera Muñoz, informando en el acto de la vista el Letrado don Rafael María Nobajas; habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo el demandante y recurrido, representado y defendido, respectivamente, por el Procurador don Rafael Rodríguez y el Letrado don Isidro Zapata Díaz; y por fallecimiento de dicho recurrido han comparecido en este Tribunal sus hijos y herederos don Rodrigo, doña Inés, don Ra-

fael, don Carlos y doña María del Carmen Morillo Velarde Núñez, mayores de edad, Teniente de Navío el primero, Licenciada en Ciencias la segunda, Peritos agrícolas el cuarto y tercero y sin profesión especial la quinta, todos vecinos de Córdoba, representados y defendidos por el Procurador don Rafael Rodríguez Rodríguez y el Letrado don Manuel Madrid del Caño, que informo en el acto de la vista:

**RESULTANDO** que mediante escrito de fecha 8 de mayo de 1952, el Procurador don Antonio González Vizcaino, en nombre y representación de don Rodrigo Morillo de Trucios, dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia de Hinojosa del Duque, demanda contra don José Sánchez Arellano y su esposa, doña Benita Carmona Ramírez; doña Ana Spinola Cárdenas, asistida de su esposo y doña Leonor Vígara Perea y sus hijos doña Irene, doña María del Carmen y don José Aparicio Vígara, alegando sustancialmente como hechos:

Primero. Que don Rodrigo Morillo de Trucios, es dueño de la siguiente finca: Pedregal de terreno sito en el trozo segundo del decenario «Mohino», de la que fue dehesa de Pedroche, dedicada a pastos, cercales de secano y enchar, con una cabida de trece fanegas y nueve celemines, igual a ochenta y siete hectáreas ochenta y cinco áreas y cincuenta centáreas, que linda al Norte con terreno de Juan Antonio Calderón al Sur con otro que fué de doña Florencia Morillo de Trucios; al Este, con arroyo de Pedroche, Algarrobillo o del Fresno y al Oeste, terrenos de la testamentaria de don Francisco Morillo de Cárdenas, en el decenario «Cañada Fria» y otro de «Juan Jiménez»; que mencionada finca la adquirió don Rodrigo Morillo, conjuntamente con su hermano don Dionisio Morillo, por compra a su hermana doña Florencia Morillo de Trucios; que la vendió, asistida de su esposo, don Germán Vígara Perea, en escritura otorgada ante la fe del Notario que fué de Hinojosa del Duque, don Fidel García Varela, en 8 de septiembre de 1926; posteriormente, en escritura de división material otorgada ante el mismo Notario en 22 de mayo de 1931, fué adjudicada a don Rodrigo Morillo; figura inscrita a favor de don Francisco Morillo de Cárdenas, con descripción y extensión sensiblemente iguales, como dos fincas distintas, que son: una, los trozos 15, 16 y 17 del pedazo segundo del decenario «Mohino» con una extensión de dos hectáreas noventa y cinco áreas y diecisiete centáreas, que constituye la finca 3047 al folio 245 del tomo 133 del Archivo, libro 49 de Belalcázar; y otra formada por los trozos 12, 15 y 26 del mismo decenario y pedazo de cuatro hectáreas noventa y dos áreas y sesenta y cinco centáreas, que forma la finca 3048 folio 248 de mismo tomo y libro; que al objeto de establecer el tracto dominical con el titular registral don Francisco Morillo de Cárdenas, se hace constar que de este señor la heredó su hija doña Florencia, causante de su hermano don Rodrigo a virtud de escritura de partición otorgada ante el Notario de Hinojosa don José Manuel Patiño, con fecha 31 de mayo de 1909; que todos estos titulares han venido poseyendo ininterrumpidamente la finca, dándose de unos a otros la sucesión posesionaria por tiempo bastante para producirse la usucapión.

Segundo. Que asimismo don Rodrigo Morillo de Trucios es propietario de la finca, pública siguiente: «Terreno sito en el «Mohino», de la que fué dehesa de Pedroche de 22 hectáreas y 54 áreas; que linda al Norte, con terreno del decenario «Mohino», que fué de don Manuel Pineda; Sur, con el decenario «Manoterass»; Este, arroyo de Pedroche, Algarrobillo o del Fresno, y Oeste, decenario «Cañada Fria»; se halla afectada a la servidumbre de la vereda de las Carboneras; que dicha finca la adquirió don Rodrigo Morillo por compra de su hermano don Dionisio, por compra a la hermana de ambos doña Florencia Morillo de Trucios, quien la

vendió asistida de su esposo, don Germán Vígara Perea, en escritura otorgada ante el Notario que fué de Hinojosa del Duque don Fidel García Varela, con fecha 3 de septiembre de 1926, siéndole posteriormente adjudicada a don Rodrigo Morillo en escritura de división material que otorgara con su hermano ante el igual Notario en 22 de mayo de 1931; que aparece inscrita en el Registro a nombre de don Francisco Morillo Hidalgo, si bien con una extensión algo menor, al folio 139 y vuelto, tomo 117 del archivo, libro 49 de Belalcázar, línea 3033 inscripción segunda; dicho señor la adquirió por compra a doña Florencia Morillo de Trucios en escritura de 5 de marzo de 1908 ante el Notario de Belalcázar don Antonio Rionegro; que también aparece claro el tracto a efectos de la «posesión posesionaria» por tiempo suficiente para darse la usucapión.

Tercero. Que de las descritas fincas, que fueron objeto de tradición instrumental a sus compradores por los cónyuges doña Florencia Morillo y don Germán Vígara, en la escritura celebrada de venta, se reservaron éstos el disfrute material, lo que aunque no consta en tal documento, permite inducirse de las declaraciones finales de la escritura de división material, en la que ambos hermanos don Rodrigo y don Dionisio, reconocen la existencia de un usufructo a favor de su hermano político don Germán Vígara Perea, y únicamente a favor de éste porque con anterioridad a esa fecha había fallecido ya su esposa, doña Florencia Morillo de Trucios; que posteriormente, en 14 de agosto de 1936, falleció doña Carmen Vígara de muerte violenta durante la dominación marxista en Hinojosa del Duque, por lo que ese usufructo que se consolidó en la nuda propiedad coincidiendo a partir de entonces la situación de hecho con la de derecho reflejada en la escritura.

Cuarto. Que fallecido don Germán Vígara Perea, durante todo el paréntesis de nuestra guerra civil, que en la zona no liberada produjo una auténtica crisis del derecho de propiedad de las fincas reservadas no fueron disfrutadas de un modo exclusivo por persona alguna; terminada la contienda, pero no inmediatamente, doña Leonor Vígara Perea y sus hijos, en su calidad de herederos abintestato de su tío don Germán, se hicieron cargo del caudal relicto a su óbito, apropiándose más tarde de las fincas que motivan este procedimiento, a pesar de constar, sobre todo a doña Leonor, que de ellas no tenía su causante más que el usufructo, y éste es un derecho personalísimo que se extingue con la muerte del usufructuario, circunstancia ésta que define su absoluta mala fe.

Quinto. Que hace algún tiempo, sin que pueda precisarse la fecha, doña Leonor Vígara y sus hijos doña Irene, doña Carmen y don José Aparicio Vígara, concertaron la permuta de los fondos descritos por otros de la misma dehesa de «Pedroche» que eran propiedad de don José Sánchez Arellano y su esposa y de doña Ana Spinola Cárdenas, quienes a su vez, realizaron otras permutas entre sí con el fin de reunir las suertes dispersas, quedando dentro de la finca que nos ocupa, poseedor de la parte norte, el matrimonio Sánchez Arellano, y de la parte sur, que linda con el decenario «Manoterass», doña Ana Spinola; que siempre en aras de la sinceridad, se salva de esta reclamación, dentro del polígono sensiblemente rectangular que forma la finca, las suertes 1, 5 y 9 del tercer trozo que pertenecían a doña Carmen Cárdenas, madre y causante de doña Ana Spinola; que como detalle significativo del entredicho en que los hoy demandados ponían y ponen el dominio de doña Leonor Vígara y sus hijos sobre la finca que motiva esta litis, se ofrece al Juzgado el hecho de que aquéllos no han roto todavía a pesar del tiempo transcurrido las lindes primitivas entre los trozos permutados.

Sexto. Que la identidad de la finca queda claramente demostrada con el plano

que se presentó, ya que las suertes son perfectamente definibles y a mayor abundamiento, puede partirse de la número 13 del segundo trozo, que es propiedad de don Rafael Medina Quintana, y la cual tiene un pozo junto al arroyo, y a la que sigue otra, la 14, propiedad de los herederos de doña Carmen Cárdenas, a partir de la cual como lindero Norte y hasta el carril separatorio con el decenario «Manoterass» como lindero Sur, se hallan enclavadas las que se reivindican, con la intercesión de las citadas suertes, 1, 5 y 9 del tercer trozo, que ya se ha dicho son de los herederos de doña Carmen Cárdenas, concretamente de su hija doña Ana Spinola.

Séptimo. Que últimamente, con fecha 3 de diciembre de 1951, don José Sánchez Arellano ha instado ante el Juzgado de Hinojosa del Duque expediente de dominio para lograr la reanudación del tracto registral de parte de las fincas en cuestión, en cuyo expediente se ha citado a la parte demandante como heredera del titular tabular y al cual se ha opuesto, anunciando el ejercicio de la presente acción, a cuyo afecto se le concedió el plazo legal; que al escrito promoviendo mencionado expediente, se adjuntaron certificaciones que vienen a evidenciar la certeza del derecho de la parte actora, mal pese a la desfiguración de márgenes motivadas por las sucesivas transmisiones y permutas, pero que no han sido bastantes a eliminar los lindes inmutables que constituyen por el Este el arroyo de Pedroche, también llamado del Algarrobillo o del Fresno, por el Sur el lindero y carril que separa el «Mohino» del decenario «Manoterass», y por el Oeste, el que lo hace con el de «Cañada Fria»; por lo que siendo la finca una extensión de terreno delimitada por una línea poligonal—en este caso un trapecio semi-rectangular, es obvio que al tener la finca titulada a favor del demandante y la que poseen los demandados tres lados comunes, según postulado geométrico, una contiene a la otra, siendo indubitabile su identidad; y después de citar los fundamentos legales que considero de aplicación, terminé suscribiendo que previos los trámites legales, se dicte sentencia condenando a don José Sánchez Arellano y doña Benita Carmona Ramírez, a doña Ana Spinola Cárdenas a que entreguen a don Rodrigo Morillo de Trucios las porciones que cada uno posea de las fincas descritas en los hechos primero y segundo de la demanda, cuyas fincas están enclavadas en los trozos segundo y tercero del decenario «Mohino» de la dehesa «Pedroche» del término y Belalcázar y son propiedad del señor Morillo, con expresa imposición de costas a los demandados.

**RESULTANDO** que admitida a trámite la demanda y emplazados los demandados, compareció en su representación el Procurador don Angel Miguel López García Arevalo, el cual por medio de escrito de fecha 15 de julio de 1952, evacuó el traslado de contestación a la demanda, formulando en primer lugar, excepción de falta de legitimación pasiva en doña Benita Carmona Ramírez, haciendo constar: que la acción reivindicatoria puesta en movimiento por la demandada concierne únicamente, según ella—párrafo primero del hecho quinto—a los terrenos que doña Leonor Vígara y sus hijos doña Irene, doña Carmen y don José Aparicio Vígara cambiaron con don José Sánchez y su esposa y con doña Ana Spinola; que en embargo, lo cierto es que en tal permuta no intervino para nada doña Benita Carmona Ramírez, y únicamente su marido, señor Sánchez Arellano, fué el que cambió cierto perímetro de tierra en el decenario «Palomo» por otro del decenario «Mohino», ambos de la Dehesa Pedroche, doña Benita no contrató, y consiguientemente, ni nada cedió ni nada recibió, ni posee superficie alguna dimanante de la señora Vígara y de sus hijos, los terrenos que la señora Carmona lleva como parafinales en los decenarios «Mohino» y

«Entrecambios» traen causa de herencias paternas; que en su vista, doña Benita Carinona no tiene por qué soportar la postura procesal de demandada cuando para ello no existe la menor trabazón jurídica con el actor en este caso; y en cuando al fondo del asunto, alegó los siguientes hechos:

Primero. Impugnación general. Que como en la contestación se va a seguir otro método que el aplicado en la demanda, que a desde ahora asentada su postura de repulsa y oposición a los hechos relatados por el actor en tanto en cuanto no se admita expresamente.

Segundo. Identificación de las fincas: a) Que la demanda, al plantear el objeto material a que concierne, ha incurrido en una singular contradicción; persigue la reivindicación de unos terrenos, y sin embargo, de su contexto se sacan dos grupos de fincas rústicas completamente diversas: en los hechos primero, párrafo primero; segundo, párrafo primero, y séptimo, pasaje final, así como en el suplico, se aluden y se describen dos predios únicamente asentados en el docenario «Mohino», predios que al colindar entre sí, forman sobre el terreno un solo pedazo sin solución de continuidad y en cambio, en los hechos quinto y sexto al interalar de Saliente a Peniente, o sea desde el arroyo del «Algarróbillo» hasta el lindazo-carril separatorio de los docenarios «Mohino» y «Cañada Fria», las parcelas primera, quinta y novena pertenecientes a doña Ana Spinola, el terreno ya no queda bajo una sola lide, al contrario, se presenta separado por las hazas de la señora Spinola, con lo que los trozos resultan cuatro; y como la reclamación afecta según texto del suplico a «las fincas descritas en los hechos 1 y 2 de esta demanda», el desajuste entre los fondos—uno en el fondo—de que se pide la reivindicación y aquellos otros que ofrece la realidad del suelo es completo; ni parecese siquiera los unos a los otros.

b) La titulación que presenta la demanda como transmisora de las dos hazas—colindantes—en el «Mohino» descritas en los hechos primero y segundo, está en las escrituras de 8 de septiembre de 1926 y 22 de mayo de 1931—que también discrepan entre sí—parece que se refiere a ellas; ahora, a los que no alude ni por asomson a los cuatro trozos perfectamente diferenciados que a don German Vigará pertenecían en expreso docenario y del cual pasaron a sus herederos doña Leonor Vigará y sus hijos.

c) Tampoco existe la menor relación entre las descripciones que en el Registro de la Propiedad de Hinojosa del Duque llevan las fincas 3.647, 3.648 y 3.038 del término municipal de Belalcázar, y las que se insertan en los susodichos párrafos primero de los hechos primero y segundo de la demanda.

Tercero. Dominio de las fincas:

a) Que no a virtud de compraventa lisa y llana, sino obedeciendo a unos arreglos de índole económico familiar, entre doña Florencia Morillo y su marido, don German Vigará de un lado y los hermanos de la primera y cuñado del segundo, don Rodrigo y don Dionisio Morillo del otro, arreglos a los que se aplicó fórmula de compraventa, los fondos reseñados en los hechos primero y segundo de la demanda pasaron de doña Florencia y don German a don Rodrigo y don Dionisio Morillo en la escritura de 8 de septiembre de 1926; el usufructo, no obstante, quedó a favor del señor Vigará Perea según reconoce en el hecho tercero el actor; a lo que se ve, los hermanos Morillo llevaron a cabo la división material de inmuebles, que refleja la escritura de 22 de mayo de 1931; ahora, lo que no se ve por ningún sitio es que los cuatro trozos de «Mohino» que presentan los hechos quinto y sexto de la demanda hayan pertenecido jamás a don Rodrigo Morillo, el cual, como es lógico, nunca puso el pleo sobre ellos; ni aun tan siquiera las dos hazas a que se contraen los hechos primero y segundo contrarios,

los poseyó materialmente nunca don Rodrigo Morillo.

b) Que se ha de continuar, impuesta por insoslayable realidad, la discriminación entre las dos hazas que se describen en los hechos primero y segundo de la demanda, y aquellos cuatro trozos que, algo incompletamente, reflejan los hechos quinto y sexto; que se dice algo incompletamente, porque el límite septentrional del colocado más al Norte era otra haza de doña Ana Spinola, y el límite meridional del que se extiende más al Sur es el camino de Belalcázar a El Viso; al igual, las hazas que los trozos pertenecieron en propiedad plena a don German Vigará; más el título de sus adquisiciones fué distinto; que los cuatro pedazos del sur del «Mohino», que van intercalados entre las suertes de doña Ana Spinola, en otro tiempo de su madre, doña Carmen de Cadenas, los compró don German Vigará mucho antes de 1926 a diversos vecinos de Belalcázar, y poco a poco con el propósito de incrementar y unificar la finca rústica que en aquel paraje de la Dehesa de Pedroche—docenarios del «Mohino», «Entrecaminos», «Cañada Fria» y «Pozo Burgos»—tenía su señora, como se trataba de parcelas pequeñas, las adquisiciones solían consignarse en documentos privados y a veces tan sólo constaban de palabras; de algunas de las múltiples acciones de terreno que el señor Vigará reunió en los docenarios mencionados, llegó a vender la nuda propiedad a sus cuñados en las escrituras de septiembre de 1926, que fueron dos en el mismo día, no una sola como parece acusar la demanda; pero de otras muchas no transmitió nada a nadie, continuándolas bajo su propiedad, de donde en vía hereditaria, pasaron a doña Leonor Vigará y a sus hijos; que las otras dos hazas pasaron también a la pertenencia plena de don German Vigará alla por el año 1935; y es que el señor Vigará Perea, que tuvo en bastantes ocasiones cuentas pendientes con su cuñado don Rodrigo, hubo un tiempo en que garantizó al señor Morillo ante el Banco Español de Crédito, Sucursal de Pozoblanco, en la suma de 55.000 pesetas; sobrevenido impago, el Banco ejecutó contra don Rodrigo Morillo, del que llegó a agotar el patrimonio que le era entonces conocido sin lograr cubrir la deuda; tuvo que subsanar el descubierta don German Vigará, abonando 14.968,88 pesetas el día 25 de agosto de 1934; otra deuda llevaba pendiente también don Rodrigo en Pozoblanco, ésta a favor de don Cecilio Delgado Cabrera, como principal, de 25.000 pesetas; que análogamente al Español de Crédito, don Cecilio Delgado instó juicio ejecutivo; que por último, y como en aquel entonces y en el mismo Juzgado de Pozoblanco, don German Vigará llevó sostenido juicio de mayor cuantía frente a don Rodrigo Morillo, que salió condenado al pago de 21.574 pesetas, proceso en el que también se hizo trance de inmuebles, el señor Delgado Cabrera llegó a plantear tercera de mejor derecho contra los señores Vigará y Morillo; al fin don Cecilio Delgado y don German Vigará, sin duda porque este le saliera los descubiertos que le tenía su cuñado, llegaron a transacción en julio de 1935, produciendo el finiquito del juicio tercerista; que con estas cantidades satisfechas por el señor Vigará para enjugar deudas del señor Morillo, formóse una suma, en compensación de la cual, éste cedió a don German Vigará los derechos de nuda propiedad de las únicas tierras que aún conservara en el docenario «Mohino» después de las que le subastaron y de otras que él mismo enajenó en los años de 1932 a 1935; que a título de dato comparativo de lo que entonces valían las nudas propiedades que el señor Morillo había tenido en este docenario, se acompañó la escritura en que se hizo constar la cesión en pago que el actual demandante convino con don Francisco Carmona; que la cesión mediada entre don German y don Rodrigo, hubo de extenderse en documento privado; pero éste, como

todos los demás papeles y mobiliario que se encontraban en casa del señor Vigará, desapareció arrasado por la horda roja en agosto de 1936; que aunque por distintos caminos, acaba de verse como don German Vigará Perea era a su fallecimiento propietario, no usufructuario, subpropietario, de los diversos terrenos anteriormente detallados, y de los que venía en cultivo y aprovechamiento, en posesión como suros, por completo a toda faz y con la mejor fe.

c) Que la anti España asesinó a don German Vigará en 14 de agosto de 1936, y el 25 del mismo mes a don Augusto Aparicio, esposo de doña Leonor Vigará, y al hijo mayor de estos dos, don Miguel; que el señalar estas defunciones violentas no obedece a otra finalidad, en este caso, que la de dar a entender como a esta familia, tan sanamente maltratada en sus personas, resultó consecuentemente despojada de sus cosas e bienes, todas las cuales durante la guerra de Belalcázar—cuando los tenían usurpados los Comités marxistas—que restablecida la paz en marzo de 1939, los herederos de don German Vigará volvieron a la posesión del patrimonio de su causante; que uno de esos herederos eran doña Leonor Vigará Perea y sus hijos doña Irene, doña María del Carmen y don José Aparicio Vigará, a los cuales se les adjudicó la herencia rústica radicante de la «Dehesa de Pedroche» del término municipal de Belalcázar, comprensiva de todo el docenario «Cañada Fria» y parte de «Mohino»; que las parcelas con que la heredad cuenta en el docenario Mohino, y que pasaron a este grupo de sucesores de don German Vigará, son las cuatro trozos que reflejan los hechos quinto y sexto de la demanda, si bien contiguas con los otros que ya anteriormente se han contestado, esto es, que el trozo más septentrional toca por el Norte con una cuarta parcela que era de doña Carmen Cadenas, y de ella pasó a su hija doña Ana Spinola, y el más meridional toca por el Sur con el camino de Belalcázar a El Viso, siendo la extensión conjunta de estos pedazos la de 29 hectáreas 62 áreas 40 centiáreas, equivalente a 46 fanegas; que de estos trozos, como del resto del fundo radicante en la «Dehesa de Pedroche», tuvieron la propiedad los herederos del señor Vigará Perea desde el mismo día 14 de agosto de 1936, aunque la posesión efectiva y en tales fechas no comenzase, por motivo de guerra, hasta el 1.º de abril de 1939, pasando dominio y posesión en exclusiva a doña Leonor Vigará y a sus hijos desde el día de San Miguel, 28 de septiembre de 1940, que desde entonces no han pasado en un solo momento en tal dominio y posesión, hasta que el contrato de partición entre ellos y doña Ana Spinola y don José Sánchez ha ido surtiendo efectos desde de 1951; que el hecho cuarto de la demanda, ante realidad tan evidente, se aviene a reconocer la transmisión hereditaria originada en la muerte de don German Vigará y también a poseer en usufructo por doña Leonor Vigará y sus hijos los señores Aparicio; aun así, intentó de rebuirla prescripción que se reclama la temporada poseedora y descomulgando las perfectas condiciones materiales y jurídicas en que se ha venido desenvolvimiento la tenencia; que como justificadamente se aportan los documentos susodichos, el 15 de mayo de partición de la herencia de don German Vigará, otorgado el 15 de febrero de 1944, donde el fundo de la Dehesa de Pedroche se inventaría bajo el número 1.º de un plano levantado en 1940, y es abarcado de todo el predio de la Dehesa de Pedroche, a que se viene haciendo referencia en Contestación del Casusis en la que, como integrando la herencia a nombre de doña Leonor Vigará Perea en aquel contrato, van cuatro parcelas en el «Mohino», las numeradas con el 65, 67, 69 y 71 del plan que ahora, que esos cuatro trozos son los únicos que en el «Mohino» poseen los señores Leonor Vigará y sus hijos, y de los que ha

conservado el dominio y posesión hasta su transferencia a don José Sánchez y a doña Ana Spínola, de quienes continúan siendo aunque alterados en su contorno por las muchas enajenas de tierras entre ellos celebradas.

Cuarto. Que únicamente para el improbable supuesto de que no se reconociera la propiedad de don German Vígara sobre los cuatro pedazos de terreno que, interpedados por parcelas de doña Ana Spínola, quedan al sur del «Mohino» y concomitantemente se desconociese la transmisión dominical a favor de sus herederos, se otorga la prescripción adquisitiva en pro de doña Leonor Vígara y de sus tres hijos que por tanto, se aduce la usucapción con carácter subsidiario, amparada en la posesión que han llevado en mancomún doña Leonor Vígara y los señores Aparicio Vígara desde el 1.º de abril de 1939 hasta el 29 de septiembre de 1940 con los demás coherederos de don German Vígara, y desde esa fecha hasta finales de 1951, ellos solos de los terrenos a que acaba de hacer referencia; que esta posesión se ha continuado hasta ahora por los sucesores adquirentes, señor Sánchez Arellano y señora Spínola Cárdenas; la posesión de la señora Vígara y de sus hijos la ha sido con justo título, el hereditario en concepto de dueño de buena fe, pública, pacífica y sin interrupción alguna, que cabe anotar el dato de que don Rodrigo Morillo no ha residido sino en dos ocasiones desde su nacimiento: la primera, Benicazul, y desde hace unos veintidós años, Córdoba; y después de cada uno de los fundamentos de derecho que están alegados, tendrá suplicando que, por sus herederos legítimos, se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos:

Se declara la falta de legitimación y falta de interés de Benita Carmona Ramírez, con fundamento en las peticiones actoras.

Se declara a todos los demandados, en derecho, ya por intervención, o sea doña Benita Carmona Ramírez (si no se le libra) por la causa que antecede, en derecho, con José Sánchez Arellano y doña Ana Spínola Cárdenas, así como doña Leonor Vígara Perea y sus hijos doña Irene, doña María del Carmen y don José Aparicio Vígara, de todos y cada uno de los pedimentos de la demanda con imposición de costas al actor.

RESULTANDO que concurridos los oportunos requisitos para replica y réplica a la parte actora y demandada, lo ejecutaron por medio de los correspondientes escritos, en los que se hicieron en los hechos de la demanda y contestación y suplicando que en definitiva se dictara sentencia de conformidad con lo que respectivamente habían solicitado.

RESULTANDO que recibido el juicio a pública, a instancia de la parte demandada, se practicó la de confesión judicial de los demandados, documental, reconocimiento judicial y testifical; y a instancia de la parte demandada tuvieron lugar asimismo las de confesión judicial del actor, reconocimiento judicial y testifical; y unida y hechas las pruebas a sus autos y seguido el juicio por sus restantes trámites, el Jefe de Primera Instancia de Hinojosa del Duero dictó sentencia con fecha 3 de febrero de 1953, por la que condenó a los demandados don José Sánchez Arellano y doña Ana Spínola Cárdenas a entregar al demandante don Rodrigo Morillo de Trucos las porciones de terreno que cada uno posee de las fincas descritas en los hechos primero y segundo de la demanda, situadas en el decanario «Mohino» de la dehesa de Pedroche, del término municipal de Belalcázar, exceptuando las partes una, cinco y nueve del tercer trozo de dicho decanario, que pertenecen en propiedad a doña Ana Spínola Cárdenas, cuyos porciones de terreno adquirieron por permutas concertadas con doña Leonor Vígara Perea y sus hijos doña Irene, doña María del Carmen y don José Aparicio Vígara; y asimismo declaró que doña

Benita Carmona Ramírez carece de personalidad para ser demandada en este juicio, absoviéndola de todas las peticiones de la demanda; y sin hacer expresa condena de costas;

RESULTANDO que contra la anterior sentencia se interpuso por la representación de los demandados recurso de apelación, que fué admitido libremente y en ambos efectos, y sustanciada la alzada por sus pertinentes trámites, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla dictó sentencia con fecha 29 de enero de 1955, por la que sin hacer expresa imposición de las costas de la apelación confirmó en todas sus partes la sentencia apelada;

RESULTANDO que con depósito de pesetas 3.000, el Procurador don Manuel Antón Garrido, en nombre y representación de don José Sánchez Arellano, doña Ana Spínola Cárdenas y doña Leonor Vígara Perea y sus hijos doña Irene, doña María del Carmen y don José Aparicio Vígara, ha interpuesto recurso de casación por infracción de Ley al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por los siguientes motivos:

Primero. Basado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que la sentencia recurrida incide en aplicación indebida del artículo 15 de la Ley de 3 de mayo de 1933 («Boletín Oficial del Estado» del 6) creadora del Servicio de Recuperación Agrícola; alegando que arrancando del hecho puesto de relieve de que en abril de 1939 —no pudo ser antes— la Comisión Municipal de Recuperación Agrícola del término de Belalcázar entregó los terrenos del «Mohino» a los causahabientes de don German Vígara Perea; a tal entrega hay que reconocerle los efectos que le otorga el artículo 15 de la citada Ley de 3 de mayo de 1933: «Los acuerdos de devolución no crean ni derechos definitivos —dice— a favor de los tenedores, y los que se crean perjudicados por dichos acuerdos ejercitarán sus derechos ante los Tribunales correspondientes» (cuando surgieran peticiones contradictorias anteriores a la devolución, las Comisiones retendrían los bienes hasta dilucidación); no hubo oposición por don Rodrigo Morillo; por eso se realizó la devolución sin limitaciones; no creaban las entregas de Recuperación derechos definitivos en pro del receptor, pero si investían de unos de tal fortaleza que se mantendrían firmes a todo evento, con la única excepción (esta misma excepción pesa sobre todas las investiduras o atribuciones de derechos que no consten en sentencia firme) de que los Tribunales, mediante el adecuado procedimiento, defiriesen y defiriesen, como preferentes los derechos que adujara el reclamante; si no se producía sentencia en la jurisdicción ordinaria, el «acuerdo de devolución» se mantendría invulnerable; sencillamente, el acuerdo de devolución era una resolución de órgano de la Administración Pública que causaba estado; no se trataba de una entrega inoperante en el aspecto jurídico civil; no era una asignación de derechos en toda regla, a todos los efectos, con todas las consecuencias y en todos los campos (administrativos, civil, penal...), nada menos que como efectuada por la autoridad competente; el susodicho artículo 15 no circunscribe las consecuencias de la devolución de bienes a este o aquel aspecto; su único valladar: la posterior y motivada decisión de la Jurisdicción ordinaria; y «donde la Ley no distingue», reza el principio de derecho (no caben distinciones); que en conclusión: si el fallo de la Territorial no otorgó a la entrega de bienes por Recuperación los efectos jurídicos que el tan repetido artículo número 15 le confiere, éste se aplicó indebidamente.

Segundo. También al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues que se nota en el fallo «a quo» la aplicación indebi-

da de los artículos 609, 1.957, 1.940, 1.941, 1.950, 1.951 y concordantes, 1.952, 1.953, 1.954 y 1.963, párrafo segundo, del Código Civil; alegando que no desconoce la sentencia recurrida el hecho de la entrega de la finca objeto de la litis por el Servicio de Recuperación Agrícola a los herederos de don German Vígara, puesto que lo recoge y admite expresamente en su considerando quinto, aunque niega eficacia al mismo como base en que asentar el título para fundamentar la usucapción; que si la entrega de unas tierras por Recuperación Agrícola adjudica a los receptores unos derechos completos, queda enteramente dilucidada la atribución del justo título y la investidura de posesión de buena fe, elemento indispensable a la usucapción ordinaria de inmuebles («extra tabulas»); los actos o decisiones de las autoridades en el uso de sus facultades legitiman las situaciones o derechos sobre que versen: cabrán o no, según los casos, remedios procesales para enderezar o rectificar tales actos o decisiones si estaban desviados o torcidos; pero mientras tanto, mientras una decisión de superior rango no viene a derogarlos, la situación creada es definitiva y plena de eficacia; pues bien, si los señores que traían causa de don German Vígara Perea recibieron a título de dueño de la Comisión Depositaria de Belalcázar, las parcelas de «Mohino» en abril de 1939, aunque no contasen con otros, hélos ahí habilitados de un justo título que fué creado por el artículo 15 de la Ley de 3 de mayo de 1933, aplicable a los que reconoce como transmisores de la propiedad el artículo 609 del Código Civil («la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes se adquieren y transmiten por la Ley...»; «pueden también adquirirse por medio de la prescripción»); mas ese título—justo siempre—cabe sirva de entronque a dos modos de adquirir: el uno, provisional: la habilitación en todos los derechos de que es susceptible la cosa a favor del que la recibe, aunque con la reserva de las posibles reclamaciones ante los Tribunales; y el otro, definitivo, el que sirve de cabeza a la prescripción adquisitiva; que paralelamente, la buena fe en la posesión queda en un razonar análogo, patentizada; consistiendo la buena fe posesoria en la ignorancia de su ilegitimidad (artículos 1.951 y 433 del Código Civil); no cabe concebir tan siquiera la más leve sombra de duda en la tenencia de algo que nos ha entregado la Autoridad competente; que por otra parte, esta posesión se recibió por los sucesores del señor Vígara Perea a título dominical y se continuó pública, pacífica e ininterrumpidamente desde abril de 1939 hasta que se interpuso la demanda inicial del presente litigio en 1952; que en todo ese lapso, don Rodrigo Morillo nada reclamó; sus posibles derechos a poner en juego ante los Tribunales por permisión del artículo 15 de la Ley de Recuperación, con la pérdida preceptual de los mismos, precluyó la reclamación; y si todos esos requisitos de la usucapción ordinaria (título justo, posesión a «buena fe» y temporalidad) quedaron rigurosamente cumplidos, doña Leonor Vígara y sus hijos, así como los señores que de ellos derivan sus facultades, don José Sánchez y doña Ana Spínola, usucapiaron los terrenos del «Mohino» frente a todos, «erga omnes» y, por tanto, frente al demandante también; precisamente porque el fallo impugnado dejó de condenar adecuadamente y en el sentido que acaba de expresarse el hecho de la entrega de los predios por Recuperación y sin consecuencias obligadas de título justo y de buena posesión sustentadora de la prescripción indebida de los artículos citados en el encabezamiento de este motivo y reguladores del instituto de la prescripción en sus aspectos adquisitivo y extintivo, y más, se desvió en la estimación de los hechos derivados del fundamental de la entrega por Recuperación, estimando carencia de título y ausencia de buena

to, cuando realmente era todo lo contrario.

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Antonio de Vicente Totor y Guell...

CONSIDERANDO que para subsanar y cumplir dentro de lo posible las consecuencias de la donación mancada en la zona que estuvo en su poder durante la guerra de Liberación...

CONSIDERANDO que el segundo motivo del recurso, también por el cauce del número primero del artículo 1.392 citado, se basa en la aplicación indebida de los artículos 609, 1.967, 1.940, 1.941, 1.950, 1.951 y concordantes, 1.952, 1.953, 1.954 y 1.963, párrafo segundo, del Código Civil...

Fallamos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por don José Sánchez Arellano, doña Ana Spinoza Cardenas y doña Leonor Vigará Perea...

del depósito constituido, al que se dará el destino legal; y ábrense a la intervención Audiencia la certificaciones correspondientes, con devolución del autógrafo del auto...

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el «Boletín Oficial de España» e insertará en la Gaceta de los Negocios, pasará a ser efecto las normas procedidas...

Publicación.—Leída y publicada fue la anterior sentencia por el magistrado señor don Antonio de Vicente Totor y Guell...

En la villa de Madrid a 11 de junio de 1960; en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos en el Juzgado de primera instancia número dos de los que suscribe, y en ejecución ante la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de dicha capital...

RESUMEN.—Por motivo de escrito de fecha 23 de octubre de 1954, el Procurador don Luis Bou Oлива, en nombre y representación de don Gabriel Calbetó Viduaud, dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número dos de los de Barcelona, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía...

Primero.—Que el actor y el demandado eran propietarios, por mitad indivisa, de un negocio de fabricación de géneros de pinta establecido en la calle de Sicilia, número 153, y calle de la Diputación, números 411 y 413, de Barcelona.

Segundo.—Que con fecha 23 de diciembre de 1955 los mismos señores, en unión de don Miguel Tena, convinieron asociarse para la explotación del referido negocio, y a tal efecto, aquellos lo aportaron a una sociedad colectiva, en forma privada, que en dicho día constituyeron...

Tercero.—Que la sociedad privada que constituyeron el actor y el demandado, en unión del señor Tena, ante terceros no tenía capacidad para contratar, como sucede en las sociedades privadas de este carácter...

nombre personal de uno de los socios, del «Boletín Oficial de España».

Contra el auto que en el primer punto de la sentencia se pronuncia sobre la creación y gestión de la compañía ante terceros se pidió recurrir en casación por infracción de Ley...

Quinto.—Que en el día 17 de marzo de 1949 y habiéndose cesado en la parte de la compañía don Manuel P. de los Angeles...

En que el actor y el demandado en el auto que se les pide que se admita en el auto que se les pide que se admita en el auto que se les pide que se admita...

cuantos elementos, materiales e inmateriales lo constituyen.

**Sexto.**—Que en el documento suscrito el día 1 de marzo de 1948 no se fijaba un plazo de duración concreto y determinado, y, en consecuencia, debía ser considerado celebrado por tiempo indefinido, y como tal no le interesaba continuar en la explotación con su hermano, el demandado, en el referido negocio, habiéndose interesado la resolución del contrato de sociedad, o del entendimiento entre ellos.

**Séptimo.**—Que si la explotación que del negocio de autos llevan a cabo actor y demandado, debe considerarse como propia de una sociedad civil, sería de aplicación el artículo 1.668 del Código Civil, y éste establece que las sociedades civiles, los pactos de las cuales quedan secretos entre los socios se rigen por las reglas de la comunidad de bienes, y el artículo 400, del propio Código, establece que ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Si la sociedad debe regirse por las normas del Código de Comercio, a tenor del artículo 224 de dicho Código, cuando la duración de una sociedad es por tiempo indefinido podrá disolverse a petición de uno de los socios en cualquier momento; que en el presente supuesto de que las relaciones comerciales entre actor y demandado debieran calificarse con sólo como de cuenta en participación, también, toda el actor, no habiéndose pactado plazo de duración ni estar adherido a un negocio concreto y determinado interesaba la resolución del contrato en cualquier momento determinado.

**Octavo.**—Que al margen de todo lo expuesto pasaba a exponer como se había llevado a cabo la gestión personal de actor y demandado en el negocio o empresa en cuestión, ya que ello habría de servir de base a la posición que en aquél corresponde a uno u a otro. El negocio fue iniciado en calidad de la madre de los hoy litigantes, a partir del año 1928 don Gabriel Calbetó Vidaud llevó su gestión, no en forma conjunta a la de su hermano don Rafael, el muchacho más destacado; el actor gozaba de una excelente salud y podía y debió haber llevado todas sus horas al trabajo, con mayor razón por el hecho de que el demandado en varios periodos, tuvo que desahuciar a Suiza por razones de salud, y en tales ocasiones era el demandante quien sólo llevaba íntegramente el peso de la gestión comercial e industrial, sino que también atendía a los cuantiosos gastos que la estancia en el extranjero de su hijo le reportaba, así como a los de subsistencia de los familiares más próximos de este último, gastos que, en tanto, abarcaban en su mayor parte la participación que don Rafael tenía en el negocio; que, posteriormente, cuando la salud del demandado le permitió permanecer de una manera continuada en Barcelona, vigente un convenio con el señor Tena, los dos, hermanos, don Rafael y don Gabriel, por igual atendían al negocio y distribuían de los beneficios de la fabricación, y en la misma forma continuó la cooperación y el fraude, una vez se hubo reparado de la empresa el señor Tena; que a partir del año 1936, el actor se vio afectado de una grave dolencia, que por una parte le ocasionaba grandes molestias al trasladarse todos los días a la fábrica, como así vino verificándose, por otra dio ocasión a que el demandado tratara individual y particularmente las cuestiones del negocio y las resolviera unilateralmente sin ni siquiera dar cuenta de ellas al actor, quien, a partir del año 1948 perdió por completo el control de lo que en la fábrica sucedía; las únicas respuestas que a las preguntas que acerca de la marcha social el actor hacía al demandado, consistían en solicitudes de ingreso inmediato de grandes cantidades de dinero, a pretexto de unas pérdidas cuya existencia no podía puntualmente que la dolencia del actor fué agravándose y llegó un momento —mes de marzo de 1953— en que tuvo que suspen-

der definitivamente el personarse en la fábrica y casi coincidió con esta circunstancia el hecho de que el demandado, prescindiendo de cuanto queda expuesto y prevaleciéndose de que, ante terceros, a su nombre giraba el negocio, considerándose, al parecer, como único dueño, empezó a discutir la participación que en el actor correspondía, como si se tratara de un favor a sus familiares la igualdad, en relación a la empresa, mantenida durante treinta años; que la postura del demandado provocó, como era lógico, la ruptura familiar; pero los derechos del demandante eran tan patentes y claros que en el curso de las largas negociaciones que la intervención de terceras personas provocaron, en el deseo de conseguir un acuerdo amistoso que evitara la promoción del presente litigio, don Rafael había ido entregando algunas cantidades al actor, que si debían considerarse reducidas en relación con el volumen de los negocios, no obstante demostraban la realidad del derecho a este último, que el demandado se había visto impotente de desconocer totalmente; relacionando a continuación el actor las cantidades percibidas por el desde el mes de marzo del año 1953 hasta el 16 de octubre de 1954.

**Noveno.**—Que resumiendo, a pesar de que, como se ha dicho, la dirección y gestión del negocio de referencia debía correr a cargo de cada uno de los hermanos don Rafael y don Gabriel Calbetó, lo cierto era que desde el año 1948 hasta marzo de 1953, si bien el actor se personaba todos los días en las oficinas de la empresa a rendir trabajos en interés de la misma, por parte del demandado se le oponían toda clase de obstáculos para que no pudiera realizar funciones propias de su cargo, y desde marzo de 1953, no pudiéndose personar el demandante en el negocio se ha ignorado de hecho u obstaculizado su participación en el mismo; por tanto, desde 1 de enero de 1948, quien se arrogaba la gestión del negocio y actuaba como si fuera su único dueño, vendiendo y comprando maquinaria, capos de rayón, etc., era don Rafael Calbetó, si a ello se añadía que la contabilidad de la empresa era llevada por el propio demandado y su hijo don Joaquín, y que al actor no se le comunicaban los balances, y menos podía aquilatar si respondían o no a la realidad, se comprendiera que el demandante no tan sólo debía interesar la resolución del contrato de sociedad, comunidad o cuenta en participación de autos y la cesación en la explotación conjunta del tan repetido negocio y subsiguiente liquidación, sino que había de recabar que el demandado le rindiera cuentas justificadas de la gestión social, a partir de la indicada fecha. Invoqué los fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó con la solicitud de que previos los trámites legales se dictara en su día sentencia en la que se declarase:

a) Que el negocio de fabricación de generos de punto establecido en Barcelona, calle de Sicilia, 153, y calle de la Diputación, números 411 y 413, es propiedad por mitad y proindiviso de los hermanos don Rafael y don Gabriel Calbetó Vidaud.

b) Que para la explotación del referido negocio existe entre actor y demandado una sociedad privada.

c) Que se declare disuelta la sociedad privada a que se refiere el extremo anterior.

d) Que debe procederse, y se procediera a la liquidación de la sociedad, comunidad o negocio de referencia, distribuyéndose por partes iguales, entre actor y demandado, cuantos elementos lo integran, y cuya liquidación lebera practicarse en período de ejecución de sentencia.

e) Que don Rafael Calbetó Vidaud debe rendir y rinda cuentas justificadas de su actuación al frente de la sociedad o comunidad de bienes referidos a partir del día 1 de enero de 1948. Y para el improbable caso de no dar lugar a las peticiones

interesadas y de una manera subsidiaria, declarar:

a) Que queda resuelto el contrato suscrito entre actor y demandado en Barcelona y con fecha 21 de marzo de 1948.

b) Que se proceda, en período de ejecución de sentencia, a la liquidación del citado negocio en forma que cada uno de los dos interesados perciba el 50 por 100 del valor total del importe de dicha liquidación.

c) Que don Rafael Calbetó Vidaud, debe rendir y rinda cuentas justificadas a don Gabriel Calbetó Vidaud de su gestión frente al referido negocio y de la marcha del mismo, a partir de 1 de enero de 1948, y que en todo caso se imputieran los costos del procedimiento al demandado. Con dicha demanda se acompañaron los documentos señalados con los números uno y dos, que, copiados, dicen así: «En la ciudad de Barcelona a veintitrés de diciembre de mil novecientos veinticinco. Reunidos don Rafael Calbetó Vidaud, don Gabriel Calbetó Vidaud y don Miguel Tena, mayores de edad y vecinos los dos primeros de esta ciudad y el último de Castellón de la Plana, y habiendo convenido asociarse para la explotación del negocio de fabricación de generos de punto que los señores Calbetó tienen establecido en la calle de Sicilia, número 153, de esta ciudad, y que gira actualmente a nombre de don Rafael Calbetó, pactan lo siguiente: Primero. Los hermanos don Gabriel y don Rafael Calbetó aportan a la sociedad que con carácter privado constituyen, el activo y pasivo del expresado negocio de fabricación de generos de punto establecido en la calle de Sicilia, núm. 153, de esta ciudad, valorándose de común acuerdo en la cantidad de 250.000 pesetas. Segundo. Don Miguel Tena aporta la cantidad de 40.000 pesetas, que los hermanos don Gabriel y don Rafael Calbetó reconocen tener recibidas del mismo en efectivo metálico, obligándose además el propio don Miguel Tena a efectuar, dentro del término de seis meses, a contar desde el día de hoy, una nueva aportación de 60.000 pesetas. Tercero. La explotación objeto del presente contrato seguirá girando a nombre particular de don Rafael Calbetó, corriendo la dirección y gestión a cargo de éste y de su hermano don Gabriel, indistintamente. Cuarto. Como retribución a los capitales invertidos y con cargo a la cuenta de gastos generales se abonará a los interesados el interés anual del 6 por 100 de sus respectivas aportaciones, que podrán percibir mensualmente. Quinto. Con cargo a la cuenta de gastos generales y en concepto de remuneración por la gestión del negocio, percibirán mensualmente los hermanos don Gabriel y don Rafael Calbetó la cantidad de 500 pesetas cada uno. A partir del primero de enero de mil novecientos veintiséis, si lo permite la marcha del negocio y a juicio de la gerencia, se aumentará esta retribución mensual hasta el tipo de mil pesetas para cada uno de los señores don Gabriel y don Rafael Calbetó. Sexto. En treinta y uno de diciembre de mil novecientos veintiséis y al finalizar los siguientes años naturales mientras subsista contrato se procederá a la práctica de un balance inventario general, distribuyéndose los beneficios a prorrata del capital que hubiesen tenido invertido los interesados en el negocio. En igual proporción se distribuirán las pérdidas que pudiesen resultar de cualquier balance. Séptimo. El plazo de duración del presente contrato será de dos años a partir del primero de enero de mil novecientos veintiséis, prorrogable por igual período de tiempo. Cualquiera de los interesados podrá solicitar la rescisión de este contrato al finalizar el plazo de duración marcado o el de las sucesivas prórrogas, avisando a los demás por escrito con cuatro meses de antelación, o sea, antes del primero de septiembre del año en que esté en curso. Octavo. Llegado el caso de rescisión se practicará un balance inven-

tario general distribuyéndose los beneficios en la proporción fijada en el pacto social. A partir de la fecha de dicho balance deberán los hermanos don Gabriel y don Rafael Calbetó satisfacer a don Miguel Tena la cantidad que le correspondía percibir en concepto de devolución de capital y pago de intereses y beneficios, efectuando el pago en tres plazos iguales, vencidos a los tres, seis y nueve meses de aquella fecha. Noveno. Durante la duración del presente contrato don Miguel Tena tendrá en todo tiempo derecho a inspeccionar la contabilidad del negocio. Décimo. Cualquiera de los tergantes podrá, en cualquier momento, solicitar que el presente contrato se eleve a escritura pública. 11. Calbetó.—G. Calbetó.—Miguel Tena, rubricados. Hay nota de la Abogacía del Estado de que dicho documento no está sujeto al pago del impuesto de Derechos Reales, de fecha 2 de junio de 1954.

El documento número dos, copiado, dice así: «En la ciudad de Barcelona a veintinueve de marzo de mil novecientos cuarenta y seis.—Reunidos don Gabriel Calbetó Vidau y don Rafael Calbetó Vidau, este renuncia adueñar al expresado don Gabriel Calbetó, la mitad del valor total de una fábrica de géneros de punto, establecida en Barcelona, en la calle de la Diputación, números 411 y 413, y Sicilia, 153, que gira bajo el nombre de «R. Calbetó». Don Gabriel Calbetó Vidau no percibirá por ello interés alguno, pero sí el cincuenta por ciento de los beneficios que se produzcan en el citado negocio, estando también a las resultas de las pérdidas, que en el mismo se pudieran producir, y en la misma proporción del cincuenta por ciento. Se entiende también por el presente documento que esta deuda es por tiempo indefinido y que para su liquidación tendrán que estar de acuerdo las dos partes, comprometiéndose a no obrar unilateralmente en este sentido alguna de ellas. Don Gabriel y don Rafael Calbetó, se comprometen a pasar una renta de setecientas pesetas mensuales a doña Ana María Calbetó Vidau, y en caso de liquidación del negocio a abonarle un capital, como mínimo, de cien mil pesetas. Si por acuerdo de las dos partes se juzgara conveniente la liquidación del negocio, ninguna y cada una de ellas, podrá percibir más que el cincuenta por ciento del valor total del importe de dicha liquidación. En caso de fallecimiento de alguna de las partes o de ambas, sus herederos deberán cumplir exactamente lo que se menciona en este documento. Don Gabriel y don Rafael Calbetó Vidau, dan su conformidad a todo lo establecido en el presente documento, comprometiéndose a cumplirlo en todas sus partes, por lo que firman en Barcelona en la fecha arriba indicada.—R. Calbetó.—G. Calbetó.» Rubricados. También hay una nota de exención del impuesto de Derechos Reales de fecha 8 de junio de 1954, y también se aportó certificación del acto de conciliación celebrado el 10 de marzo de 1954, del que aparecía que no hubo avenencia por la incomparecencia del demandado.

**RESULTANDO** que admitida la demanda y emplazado el demandado, don Rafael Calbetó Vidau, se personó en los autos representado por el Procurador don Miguel Carbonell, quien con escrito de fecha 5 de enero de 1955 contestó y se opuso a dicha demanda, exponiendo, en lo sustancial, los hechos siguientes:

Primer.—Que no era cierto en la forma que venía redactado el hecho primero; que el negocio de que se trata figura realmente establecido en la calle de Sicilia, número 153, y la calle de la Diputación, números 411 y 413, de Barcelona; pero no era cierto que perteneciera en forma indivisa a los dos hermanos; pues se trata de un negocio fundado por el demandado en el año 1917, y que ha llevado personalmente tanto en lo que se refiere a la parte técnica como a la parte comercial, desde el momento de su fundación;

que la demostración de lo expuesto aparece clara del hecho de que hasta el año 1923, cuando el negocio llevaba funcionando varios años y el delicado estado de salud del demandado le obligó a adelantarse unos meses de Barcelona, no se otorgaron unos poderes a favor del actor, don Gabriel Calbetó Vidau, quien quedó al cuidado de la parte comercial dejando al propio tiempo un encargado de la fábrica.

Segundo.—Que era cierto que en el año 1923, cuando el demandado ya había renunciado al negocio a su hermano, se otorgó el contrato de sociedad privada que se produjo como documento número uno de la demanda, que no era en realidad más que un simple contrato de cuentas en participación; y a virtud de dicho contrato ingresó en el negocio el señor Tena (hoy fallecido), el cual continuó en el mismo hasta el año 1939 en que fue avisado por el demandado de que no le interesaba continuar, razón por la cual se otorgó con fecha 30 de marzo de 1940 un inventario-balance de liquidación y se otorgó el documento que se acompañaba bajo el número uno, por fotocopia, designando el original en poder de los herederos del difunto don Miguel Tena y Tena, por virtud del cual el demandado solamente se obligó a satisfacer al señor Tena, y realmente satisfizo, las 146.767 pesetas 55 céntimos en que fue valorada su participación en el negocio.

Tercero.—Que a partir de aquel momento el demandado, completamente solo, se dedicó a levantar nuevamente el negocio de que se trata, que tan malhadada le había quedado a consecuencia de la Guerra de Liberación; que la firma del documento con el señor Tena implicó la disolución de las relaciones contractuales entre los dos hermanos y la cuenta en participación a que se refiere el documento del año 1923, siendo el motivo de esta disolución el hecho de que a don Rafael Calbetó Vidau le interesaría nunca el negocio en la forma que estaba establecido, ya que le daba sobre el mismo su dirección comercial y técnica, y, además, como giraba a su exclusivo nombre como empresa individual regulaban únicamente sobre el todo las responsabilidades dimanantes de dicho negocio al que quedaban afectadas incluso la totalidad de sus bienes particulares.

Cuarto.—Que quedaban constados los hechos tercero y cuarto de la demanda inicial que se refieren a la Sociedad antigua de cuentas en participación que con referencia a la misma ya se ha dicho que si bien el demandado había sido el fundador del negocio, como fuera que posteriormente se asoció privadamente con su hermano, corría también a cargo de éste por lo menos en algunas épocas la dirección y gestión juntamente con el demandado; y era cierto que después de firmada la Sociedad con el señor Tena no le fueron revocados al actor los poderes generales que le habían otorgado don Rafael Calbetó una temporada antes con motivo de la enfermedad que le obligó a permanecer varios meses en Suiza.

Quinto.—Que no podía admitir la afirmación contenida en el hecho quinto de la demanda de que en 21 de marzo de 1946, y habiendo dejado de formar parte de la Compañía don Miguel Tena, fue suscrito por demandante y demandado el documento aportado por el actor, señalado de número 2; y no era cierta dicha afirmación por cuanto el contrato de cuentas en participación que tenía en el negocio don Miguel Tena terminó mediante el contrato acompañado por esta parte con el número 1, que es de fecha 30 de marzo de 1940, siendo así que el documento presentado por el actor con el número 2, como base de su acción, es exactamente de seis años después, ya que fue suscrito en el mes de marzo de 1946; que al no ser cierto este antecedente que sirve de base a la argumentación contaria, deja de ser cierta también la consecuencia que la misma contaria deduce de tal hecho al afirmar que el actor

actor y demandado quedaron de nuevo en el año 1946 como únicos socios o propietarios del negocio o Sociedad a que se ha venido haciendo referencia; que agrega a continuación la parte contraria que si se examina el documento número 2, suscrito entre actor y demandado, pudiera deducirse que el negocio de referencia era de propiedad exclusiva del actor y que en el demandado solo tenía en realidad una cuenta en participación; agregando que en realidad esto no era así, ya que de admitirse aquella interpretación se hallarían ante un contrato simulado o mejor disimulado. Pero el punto de vista de la parte actora no puede merecer en modo alguno la conformidad del demandado y en oposición a la misma manifestaba que el documento de que se trata no tiene otra significación jurídica que la de un simple reconocimiento de deuda—como así lo había calificado el Abogado del Estado al declararlo exento al serle presentado a liquidación del impuesto, ya que tratándose de una Sociedad o incluso de un simple contrato de cuenta en participación lo habría liquidado—o en el peor de los casos para el demandado se trataría de un contrato de cuenta en participación; que en realidad el documento dice textualmente que el demandado reconoce adueñar a su hermano, el actor, la mitad del valor total de una fábrica de géneros de punto, establecida en Barcelona, calle de la Diputación, números 411 y 413, y Sicilia, número 153, que gira bajo el nombre de «R. Calbetó»; se agregaba que el demandado no percibiría por ello interés alguno, pero sí el 50 por 100 de los beneficios del negocio, estando también a las resultas de las pérdidas que en el mismo se pudieran producir y en la misma proporción del 50 por 100 y que se entendía que la deuda de que se trata es por tiempo indefinido y que para su liquidación tendrán que estar de acuerdo las dos partes, comprometiéndose a no obrar unilateralmente en este sentido ninguna de ellas; y después de consignarse que ambos hermanos se obligaban a pasar una renta de 700 pesetas mensuales a su común hermana doña Ana María, se agrega que si por acuerdo de las dos partes se juzgara conveniente la liquidación del negocio ninguna y cada una de ellas podría percibir más del 50 por 100 del valor del total importe de dicha liquidación; que, por tanto, se está ante un simple contrato de reconocimiento de deuda, que puede tener la consideración de un contrato de cuentas en participación, habida cuenta de que en él se establece en sustitución de los intereses que el acreedor participaría en el 50 por 100 de los beneficios y pérdidas del negocio; y en ningún apartado del documento se concede a don Gabriel Calbetó ningún derecho a la dirección del negocio ni en el aspecto técnico ni en el comercial; sin que tenga trascendencia alguna a estos efectos el que el demandado por tratarse de un hermano y de unos poderes generales y no específicos para el negocio de que se trata, continuara sin revocarlos hasta fecha reciente; que en contra de lo afirmado por la parte actora don Gabriel Calbetó no aportó al negocio del demandado ni su dirección ni sus iniciativas ni sus funciones de gerencia; y no sólo no las aportó, sino que evidentemente no podía aportarlas, ya que había sido empleado de la «Compañía Catalana de Gas y Electricidad», en donde prestaba sus servicios y en donde pasaba el día al horario establecido por la Empresa; que, en consecuencia, toda la responsabilidad y dirección del negocio e iniciativa comercial han corrido siempre única y exclusivamente a nombre del demandado, que inició el negocio en el año 1917, varios años antes de que fuesen otorgados poderes en favor del actor, lo que tuvo lugar en el año 1923; y a partir de aquel momento y durante el demandado dedicó toda sus iniciativas y trabajos a

su negocio, el actor estaba empleado en la «Compañía de Gas y Electricidad», y, por tanto, se pasaba todo el día en la misma cumpliendo con su empleo; que en los veintisiete años que llevaba de existencia el negocio, la única época en que el actor estuvo al frente del mismo, fueron los siete meses en que el demandado, enfermo, tuvo que trasladarse a Suiza para reponerse de la enfermedad que le aquejaba; que porque el demandado don Rafael Calbetó había sido siempre el único gestor del negocio era por lo que el documento de rescisión del contrato de cuentas en participación con el señor Tena fue suscrito únicamente por el demandado; y la destacada personalidad del demandado en el negocio podía demostrarse con los distintos cargos que en representación del mismo ha venido desempeñando y desempeñaba en Organismos profesionales y oficiales; en el año 1920 fue nombrado Vocal de la Federación de Fabricantes de Generos de Punto; posteriormente, y al crearse los Jurados Mixtos para resolver los conflictos laborales, se integró como Vocal patrono en los mismos, en representación de la industria calcetera; durante la guerra formó parte de la Comisión de Recuperación Industrial; en el año 1939 fue nombrado Secretario nacional del Sindicato de Generos de Punto, Sección Calcetería; y desde esta fecha hasta la actualidad ha venido desempeñado los cargos de Vocal provincial y Vocal nacional de la Junta Económica del Sector de la Seda, del Sindicato Nacional Textil; que en su vista disuelta en el mes de marzo de 1946 la Sociedad de cuantas en participación de la que formaba parte don Miguel Tena, quedó disuelta la Sociedad privada que tenían constituida los dos hermanos, y hasta seis años después no se firmó el documento producido por la actora como documento número 2 de la demanda que contiene un simple reconocimiento de deuda en favor de don Gabriel Calbetó; por lo que no podía admitirse la teoría de la parte contraria, de que actor y demandado eran propietarios por mitad e indiviso del negocio de que se trata, que pertenece única y exclusivamente al demandado, con cuantos elementos lo constituye, y lo único que tiene derecho el actor es a que el demandado le reintegre la mitad del valor de dicho negocio, referido al día 21 de marzo de 1946, en que se reconoció adeudárselo, ya que en modo alguno tiene derecho el actor a las ampliaciones del negocio que con dinero exclusivo del demandado habían sido llevadas a cabo posteriormente por don Rafael Calbetó; ello, tanto en el caso de que se tratase de un simple reconocimiento de deuda, ya incluso en el caso más favorable para el actor de que se tratara de un contrato de cuentas en participación; que precisamente en estos últimos años del negocio, como todos los de su clase, sufrió una agudísima crisis, traducida en una larga serie de suspensiones de pagos y ceses en el negocio, ya que el nylon, mucho más moderno, redujo a la nada la venta de los géneros de punto de otras fibras que hasta la fecha se venían fabricando; y el demandado, por su propia y exclusiva iniciativa, invirtiendo en ello la totalidad de su patrimonio, solicitando créditos bancarios bajo su responsabilidad, habían conseguido dar un rumbo nuevo a su negocio, invirtiendo en él muchos centenares de miles de pesetas; y no sería justo que la mitad de esas aportaciones del demandado revirtieran en favor del actor, el cual ante el hecho, desgraciadamente cierto, de su estado físico por la grave dolencia que le aquejaba, incluso en las épocas de transacción del negocio, en las cuales el demandado no solo no retiraba ni un solo centimo, sino que aportaba elevadísimas cantidades, había venido retirando como implícitamente reconocía en su demanda, elevadas sumas para atender a su subsistencia.

Sexto.—Que estaba de acuerdo con el correctivo de la demanda en cuanto a la afirmación que en el mismo se contenía de que en el documento suscrito el día 21 de marzo de 1946, no se había un plazo de duración concreto y determinado, antes al contrario, solamente se prevenía que para proceder a la liquidación del negocio debía mediar el acuerdo de las dos partes; que ello, no obstante, siempre y cuando quedare bien claro que se trataba de un simple contrato de cuentas en participación y no de una Sociedad, no existía inconveniente alguno por parte del demandado en proceder a satisfacer al actor la cantidad que acreditaba, que era únicamente la mitad del valor del negocio, referido al día 21 de marzo de 1946.

Séptimo.—Que en oposición a las afirmaciones contenidas en el correctivo de la demanda manifestaba que el negocio de que se trata pertenece única y exclusivamente al demandado, y que el documento número 2 de los producidos por la parte actora con su demanda no menoscaba en modo alguno que se trate de una Sociedad civil, y tampoco de una de una comunidad de hecho, ni menos de una Sociedad mercantil, a la que debería ser de aplicación las disposiciones del Código de Comercio; que con referencia a este particular el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de abril de 1947 tiene establecido que lo que caracteriza a las Sociedades accidentales o de cuentas en participación es que por ellas no se crea una persona jurídica que pueda ser determinada, sino que cada interesado o el gestor del negocio contrata y se obliga en su nombre, comprometiendo su crédito personal dentro de las condiciones estipuladas y sin perjuicio de los pactos que se establecieron para distribuir ganancias y pérdidas; que en el último párrafo del propio hecho ya admite el actor que las relaciones comerciales entre él y el demandado pueden ser calificadas de cuentas en participación; en este caso es evidente que la liquidación debe hacerse a cargo del gestor, el demandado, rindiendo cuenta justificada de los resultados del negocio; punto en vista aceptado siempre por el demandado y que no ha querido nunca ser reconocido por el demandante.

Octavo.—Que no podía admitir lo indicado en este hecho de la demanda referente a la gestión personal del actor en el negocio de que se trata; en contra de ello, el negocio se hizo en el año 1917, con capital del demandado y por iniciativa única del mismo al que correspondía la totalidad del capital; no siendo cierto que el actor hiciese su gestión en forma análoga o más destacada que la del demandado por cuanto en la última época en que se ocupó directamente del negocio don Gabriel Calbetó fue durante los siete meses en que el demandado estuvo ausente en Suiza por motivos de salud; que en manera alguna podía dedicar el actor todas sus horas al trabajo en la fábrica de que se trata, por cuanto, como queda dicho, se hallaba en la «Compañía Catalana de Gas y Electricidad», en la que presto interrumpidamente sus servicios hasta 1940, en que se jubiló; que tampoco era cierto que en ningún momento anterior ni posterior a 1926, los dos hermanos don Rafael y don Gabriel por igual atenderan al negocio y disfrutaron por igual de los beneficios de la fabricación; que era cierto que a partir del año 1936 el actor se vio aquejado de una grave dolencia, y por ello a los fines de hacer más llevadera su situación, el demandado se tomó a molestia cada mañana de pasar por su casa a recogerle, en su automóvil, y trasladarle al despacho, lo que suponía una distracción para el enfermo, el cual con este motivo disponía de todas las llaves y documentación de la Empresa y podía hacer cuantas comprobaciones o timaras oportunas; hasta el punto de que agradecerlo por ello incluso lle-

gaba a trasladarse para el negocio que lo único efecto de haberlo es que el demandado resolvía siempre con prontitud todas las cuestiones de la Empresa, toda vez que era único dueño y gestor del mismo; que con tanto respecto al actor en su demanda, el mismo hasta el año 1936 y recogido por el demandado, ya que no podía moverse por sí mismo, debido a la grave enfermedad que sufría, el propio demandante se trasladaba a diario al despacho, con tanta perfección como lo que se refiere al negocio y se hacía cargo de la mitad de los beneficios que le correspondían que era cierto también que en el año 1936, y precisamente a principios de agosto y en el mes de agosto, como era únicamente o por inadvertencia incluida en la demanda, surgieron diferencias entre los interesados, provocadas porque ante la necesidad de dar un nuevo rumbo a la fabricación compraron máquinas de nylon, el demandado pactó al actor que o bien tendría que reducir su participación en los beneficios, dando que las aportaciones, importantísimas que tenía que hacer necesariamente el demandado, para comprar esas máquinas y la primera materia necesaria, redujeran notoriamente su porcentaje en relación con el total valor del negocio o por contra si quería mantener la misma proporción, del 50 por 100, tendría que aportar, por su parte, la mitad del importe de la nueva maquinaria; que el actor reconoce expresamente en el párrafo quinto del hecho octavo de la demanda, cuando dice textualmente que dos veces respectos a la presente que acerca de la marcha social de tal principal—se refiere al actor—al rige al demandado, consistían en actividades de ingreso inmediato de grandes cantidades de dinero, a protesta de unas pérdidas y necesidades cuya influencia no podía puntuarse; que a partir de aquel momento el actor dejó en absoluto de aparecer por el despacho y empezó a permanecer al demandado con la interposición de pletas si no se accedía a la entrega de elevadísimas cantidades de dinero; que también implícitamente reconoce la parte demandante la gestión de cuanto se acaba de manifestar; el párrafo sexto del mismo hecho octavo de la demanda, dice que el demandado pasó a considerarse como único dueño del negocio, cosa nada nueva, ya que lo ha sido siempre, y que empezó a discutir la participación que en el negocio correspondía al actor, lo cual no será sino un expreso reconocimiento del punto de vista del demandado de que si había intervenido en el negocio de que se trata elevadísimas cantidades para la compra de las máquinas de nylon, aportando todos sus bienes particulares y gestionando personalmente créditos bancarios de importancia, tenía derecho a reducir la participación en los beneficios al actor en una participación; que pese a la actitud incomprensible en que se había colocado el actor, comprendido del mismo, no había tenido convenientemente en momentos de grave crisis del negocio, en hacer entrega al demandante de las cantidades de dinero que se detallan en el propio hecho octavo de la demanda; pudiendo apreciarse de las mismas que el actor se persuno a diario en el despacho hasta el mes de agosto de 1952, ya que hasta dicho mes cuando se trataba de entregar dinero se dice retiradas por el actor, en tanto que a partir de dicha fecha la indicación es entregadas por don Rafael.

Novena.—Que en el último de los hechos de la demanda dice el actor que, a pesar de que la dirección y gestión del negocio debía correr a cargo del actor y demandado, lo cierto era que desde el año 1948 hasta el mes de marzo de 1950, si bien el actor se personaba todos los días en la oficina de la Empresa, por parte del demandado se le oponían toda clase de obstáculos; lo que era totalmente incierto; que el demandado tenía la gestión del negocio era evidente desde el momento

pero en cambio, no se le había opuesto ninguna dificultad ni obstáculo al demandante que se personaba en el negocio diariamente, tenía todas las llaves de las dependencias de la fábrica y podía controlar y realmente lo controlaba todo; régimen este que continuó hasta el mes de julio de 1953, en que el actor dejó de comparecer en absoluto por la fábrica, donde jamás se le había privado la entrada, y por ello si no había seguido controlando era porque no había querido; que durante esta época el demandado había seguido adquiriendo nueva maquinaria y cupos de nylon, según se ha indicado anteriormente, toda vez que el demandado se había visto en la necesidad de ampliar extraordinariamente el negocio y darle el nuevo giro para adaptarlo a las circunstancias del momento comercial; que, en su consecuencia, el único momento acerca del cual podía el actor pedir al demandado el detalle de los beneficios del negocio era a partir del mes de agosto de 1953, cuentas que el demandado ha estado dispuesto a rendir en todo momento, abonando al propio actor la mitad de los beneficios que le correspondían con deducción de las cantidades que el mismo reconoce en su demanda que tenía recibidas a cuenta; advirtiendo desde este momento al demandante que el resultado sería negativo, ya que había retirado cantidades muy superiores a las que le correspondían y, por tanto debería reintegrar el exceso.

Décimo.—Que, en resumen, y en oposición a la demanda, sostenía lo siguiente:

a) Que el contrato de fecha 21 de marzo de 1946, suscrito entre actor y demandado, con referencia a la fábrica de géneros de punto sita en Barcelona, de que es titular el demandado, es un simple contrato de reconocimiento de deuda o en el mejor de los casos para la parte contraria un contrato de cuentas en participación, de un negocio en el cual es gestor el demandado y cuenta-participante el actor.

b) Que el mencionado contrato no puede en modo alguno ser calificado de Sociedad Privada civil o mercantil o de simple comunidad de bienes como pretendía el actor.

c) Que el demandado está y ha estado en todo momento dispuesto a devolver la suma que acredita el actor, que sólo tiene derecho a percibir del valor total del negocio de que se trata referido al día 21 de marzo de 1946, en que reconoció adeudárselo.

d) Que el actor había venido controlando el negocio y percibiendo la mitad de los beneficios que le correspondían hasta el mes de julio de 1953.

e) Que el propio actor tenía derecho a los beneficios que le correspondían a partir del mes de agosto de 1953, hasta la fecha, con deducción de las cantidades que reconocía en la demanda tener percibidas a cuenta, viniendo obligado a reintegrar el exceso percibido, que será imputado a cuenta de su participación si no lo hiciera.

f) Que para el caso de que se estimara que se trata de una cuenta en participación, el demandado no tenía ningún inconveniente en darla por terminada, estando dispuesto a rendir cuenta justificada de sus resultados en la forma dispuesta en el artículo 243 del Código de Comercio, desde el mes de agosto del año 1953; y citando los fundamentos legales que estimó de aplicación, suplicó que se dictara en su día sentencia, no dando lugar a la demanda, absolviendo libremente de la misma al demandado y declarando;

a) Que el documento suscrito entre actor y demandado con fecha 21 de marzo de 1946, producido como documento número 2 por el actor en su demanda, constituya un simple contrato de reconocimiento de deuda, o, en su defecto, un contrato de cuenta en participación en el

negocio de fabricación de géneros de punto propio del demandado, el cual es el gestor del mismo, y cuenta-participante el actor.

b) Que se declarara que el contrato de cuentas en participación había quedado terminado, debiendo procederse a su liquidación en periodo de ejecución de sentencia en la forma prevenida en el artículo 243 del Código de Comercio.

c) Que se declarara que el actor sólo tenía derecho a percibir como principal la mitad del valor total del negocio de que se trata, referido al día 21 de marzo de 1946, en que el demandado reconoció adeudarle, y sin tener en cuenta la mayor valoración nacida de las máquinas últimamente adquiridas por el demandado de su propio peculio; condenando al actor al pago de las costas del juicio. Con el escrito de contestación a la demanda se acompañó el documento por copia fotográfica, suscrito en Barcelona a 30 de marzo de 1940, por don Rafael Calbetó Vidaud, de una parte y de otra don Miguel Tena y Tena, que dice: «que en 23 de diciembre de (1950) 1925 se concertó un contrato de cuenta en participación entre don Rafael Calbetó Vidaud y don Miguel Tena y Tena, por virtud del cual este señor interesó la cantidad de 100.000 pesetas, en dos plazos totalmente satisfechos, en el negocio de fábrica de géneros de punto que con el nombre de «R. Calbetó» gira en esta ciudad, en la calle de Diputación, número 413. Que en el pacto séptimo del convenio de cuenta en participación se convino que a partir del 1 de enero de 1926 el contrato será prorrogable de dos años, con la facultad de rescindirlo cualquiera de los contratantes, siempre que avisara al otro antes de 1 de septiembre para obtener la rescisión en 31 de diciembre del mismo año, en que se practicara el aviso; que don Rafael Calbetó y Vidaud, ha usado de la facultad anteriormente mencionada, en 31 de agosto del pasado año 1939, quedando, por tanto, en 31 de diciembre del mismo año, rescindido el contrato de cuenta en participación con el señor Tena. Que en el pacto octavo del mencionado documento de cuenta en participación se convino, que llegado el caso de rescisión se practicaría un balance inventario general, distribuyéndose los beneficios que a cada uno de los cuenta-participantes correspondía, abonando don Rafael Calbetó y Vidaud a don Miguel Tena y Tena la cantidad que le correspondía percibir en concepto de devolución de capital, pago de intereses y beneficios, en tres plazos iguales, vencidos a los, seis y nueve meses de la fecha del inventario balance. Y que practicado el balance en 31 de diciembre de 1939 y deseándose proceder a la devolución de la cuenta participación, tantas veces repetida, conviene lo que se expresa en los siguientes pactos:

Primero.—El día de hoy, vencimiento de los tres meses de la fecha del balance del 31 de diciembre de 1939, don Rafael Calbetó y Vidaud entrega en este acto a don Miguel Tena y Tena, en efectivo metálico, la cantidad de 45.589 pesetas con 20 céntimos, importe del primero de los tres plazos por devolución de capital, beneficios e intereses de la cuenta en participación.

Segundo.—Dicha cantidad de 45.589 pesetas con 20 céntimos montantes de la liquidación del balance de 31 de diciembre de 1939, y que se descompone en los siguientes conceptos: Capital inicial, 10.000 pesetas. Beneficios hasta 31 de diciembre de 1939, 41.873 pesetas 25 céntimos. Saldo intereses hasta 31 de diciembre de 1939, 6.063 pesetas 70 céntimos. Total pesetas 147.936 con 95 céntimos. Cantidades recibidas a cuenta hasta el 30 de marzo de 1940, 11.169 pesetas 40 céntimos; restan 136.767 pesetas 55 céntimos.

Tercero.—Don Rafael Calbetó Vidaud sufragará en 30 de junio y en 30 de septiembre del corriente año el resto de la cantidad de 136.767 pesetas con 55 céntimos, en tres plazos de 47.589

pesetas con 20 céntimos, firmándolo don Miguel Tena y Tena, en dichas fechas, el recibo suplementario de la parcial y total cancelación, respectivamente, de su cuenta en participación.

Cuarto.—Don Rafael Calbetó Vidaud se reserva la facultad, que acepta don Miguel Tena y Tena, de devolver en cualquier momento anterior al 30 de septiembre de 1940 el resto de las cantidades que faltasen pagar para la total liquidación de la cuenta en participación.

Quinto.—Don Miguel Tena y Tena ratifica en el día de hoy su conformidad con el balance de 31 de diciembre de 1939, y declara expresa y formalmente, que las operaciones de liquidación que se transcriben en el presente documento, son exacto y fiel trasunto de la situación financiera de su cuenta en participación, manifestando la certeza del saldo, intereses y beneficios, que una vez percibidos por él en la forma y plazos indicados anteriormente, representarán la liquidación total de su cuenta en participación, en «R. Calbetó», sin que por este o ningún otro concepto acredite cantidad alguna de don Rafael Calbetó Vidaud. Y leyendo y aprobando lo que antecede, lo firman por duplicado ejemplar y a un solo efecto en Barcelona a 30 de marzo de 1940.—Miguel Tena.—Rafael Calbetó. (Rubricados.)

RESULTANDO que el Juzgado por providencia de 10 de enero de 1955, tuvo por contestada la demanda y siendo que de acuerdo con el contenido del escrito y suplica del mismo, se deducía una reconvencción, se tuvo ésta por formulada y se confirió traslado al actor para réplica, lo evacuó su representación con escrito de 28 del mismo mes de enero y contestando a la reconvencción expuso sustancialmente: Que ratificaba el hecho primero de la demanda, añadiendo que el capital fundacional del negocio en cuestión pertenecía a la madre de los litigantes y fué ella quien, en el año 1923 de su propio patrimonio enjugó el déficit que el negocio arrojaba en tal momento; que desde el año 1917 al 1923, el actor acudía diariamente al local de la Empresa para seguir el curso de ella, en que el demandado se puso enfermo, poniéndose al frente de ella el actor durante tres años; que antes de celebrarse el contrato de 23 de diciembre de 1925, el negocio pertenecía por partes iguales a los dos litigantes a pesar de figurar solo a nombre del demandado; que en la fecha indicada participó en el mismo, en concepto de socio o de cuenta-participante don Miguel Tena, conservando los dos litigantes idénticos derechos en el propio negocio; que en 30 de marzo de 1940 se separó del negocio don Miguel Tena y se le liquidaron sus derechos, y si giraba a nombre de don Rafael Calbetó, era natural que fuera éste quien suscribiera el contrato con el socio o cuenta-participante saliente, a quien no se le entregó en el acto el importe total a que ascendía su participación en el repetido negocio, pero con frutos del propio negocio le liquidaron sus derechos los dos hermanos hoy litigantes; que no existía ningún acto ni acuerdo de los litigantes para liquidar el negocio con motivo de la separación del señor Tena, ni para que a uno solo de los hermanos Calbetó se le adjudicara el negocio, ni para regular su funcionamiento en relación con el mismo, hasta que en 21 de marzo de 1946, suscribieron el documento acompañado con el número dos con la demanda; que separado el señor Tena del negocio, éste continuaba en la misma situación y estado que antes, en Sociedad integrada por los dos hermanos en un plan de igualdad, hasta marzo de 1953, sin embargo, el demandado desde el año 1948, abusando de sus facultades y de que el negocio ante terceros iba a su exclusivo nombre, empezó a tomar las decisiones de carácter económico, prescindiendo del actor; que a partir del año 1939 después de la guerra y hasta marzo de 1953, el actor ejercitaba todas sus actividades al negocio, los todos los días a la fábrica,

permaneciendo en ella hasta las dos de la tarde y por las tardes cuando las necesidades de la empresa lo requería, y era el demandado quien iba a recogerle todas las mañanas en su coche, porque el actor estaba afectado de parálisis; que antes del año 1939 y con posterioridad al mismo, el demandante ejerció las funciones propias del gerente, con iniciativa propia, tales como la firma de la correspondencia, compra de primeras materias, firma de talones para retirar dinero en cuentas corrientes bancarias, posesión de las llaves de la Empresa recibir clientela, compra de máquinas, contratar y despedir personal, y otros análogos; que además en el año 1947, el demandado estuvo gravemente enfermo durante unos seis meses, en el curso de los cuales el negocio fué llevado, otra vez, exclusivamente por el actor, auxiliado por su sobrino Joaquín, hijo de aquél, y fué en el año 1948, cuando el demandado, actuando unilateralmente, absorbió las funciones vitales económicas de la empresa prescindiendo del otro socio, el actor; que hasta la fecha actual, en sus varias y sucesivas etapas, el negocio ha sido explotado en forma de Sociedad privada, en la que a los dos hermanos litigantes correspondía la gerencia; que entre el año 1940 en que se extendió el documento de salida del señor Tena acompañado por el demandado y el 1946 en el que se extendió el apartado con la demanda de número dos, no existió documento intermedio por el que se concretaran las relaciones entre los litigantes, en razón a que continuaron las mismas anteriores; que tampoco con anterioridad a 1940, y a partir de 23 de diciembre de 1925, en que se otorgó el contrato de Sociedad privada entre los litigantes y el señor Tena, existe documento que modificara tales relaciones, ni el actor retiró la participación que en tal negocio tenía; que las mismas condiciones, derechos y acciones que cada uno de los litigantes tenía en 23 de diciembre de 1925 se daban al extenderse y suscribir el documento acompañado de número dos con la demanda; que en el año 1939 el actor cesó de ostentar el cargo de Jefe de Servicios comerciales de Cooperativa de fluido eléctrico, y a pesar de lo cual pudo desempeñar y desempeñó sus funciones en la Sociedad hasta dicho desempeño durante todas las horas que para ello precisaba, y a tal fin trasladó su domicilio particular al mismo edificio de la fábrica de la Diputación, número 411, para poder atender mejor y más constantemente las funciones que tenía encomendadas, habitando en ella desde el año 1923 al 1931; que a la sazón se trabajaban las veinticuatro horas del día, en tres turnos, y constaba perfectamente al demandado que las pólizas del gas y de la electricidad que suministraba a la fábrica, iban a nombre del demandante, acompañándose como documentos números 1 al 14 recibos; que en el lapso de tiempo comprendido entre 1940, fecha en la que se separó de la Sociedad privada el señor Tena, y 1948, los beneficios del negocio o Sociedad, por existir ésta, fueron repartidos por mitad entre los litigantes, y anudase a ello que los créditos concertados con la Banca, destinados a la Empresa de referencia, fueron afianzados por el actor y por su esposa doña Josefa de Grau Ortiz, a cuyas obligaciones, en documento privado, afectó su casa torre, y vendió su coche particular para invertir su importe en el negocio; que el día 26 de julio de 1951 el actor y su esposa avalaron un préstamo de 800.000 pesetas que el Banco Español de Crédito otorgó a la Empresa y que no fué cancelado hasta julio de 1953, así como que para el mejoramiento de la maquinaria aportó cantidades que ascendieron a 250.000 pesetas; que las cantidades a que alude el demandado que por él fueron invertidas en el negocio, sólo podían proceder del propio negocio, y así, en el año 1953 se efectuó la transformación de un telar cotton galga cuarenta y ocho a galga sesenta con un

presupuesto de 500.000 pesetas pagaderas escalonadamente; en marzo de dicho año habían pagado unas 200.000 pesetas; al mismo tiempo, empero, se vendieron cuatro máquinas Komet por unas 220.000 pesetas; haciendo resaltar finalmente las exiguas cantidades percibidas por el actor en los últimos tiempos, en difícil situación económica, quien desde el año 1948 encontró en su consocio y hermano una fuerte resistencia y dificultades para conocer y aclarar la marcha económica de la Empresa, que atendiendo tan sólo al documento acompañado de número 2 con la demanda, el negocio en cuestión, es propiedad y proindiviso de los dos hermanos Calbetó, citando al efecto el artículo 348 del Código Civil, añadiendo que si se examina el contrato de autos se verá como el derecho a gozar del negocio pertenece por igual a los dos litigantes; que manifiesta el demandado que tal documento no tiene otra significación jurídica que la de un simple reconocimiento de deuda, como así lo había calificado el Abogado del Estado al declararlo exento al serle presentado a la liquidación del impuesto, pero en primer lugar el Abogado del Estado no hace la calificación jurídica del documento mencionado, ni al liquidarlo tuvo a la vista todos los antecedentes necesarios para una verdadera eficaz calificación jurídica, y por otra parte, el hecho de declararlo exento del pago del impuesto no indicaba como consecuencia necesaria de que se tratara de un reconocimiento de deuda, aunque en definitiva no les interesaba la calificación que, a los exclusivos efectos del impuesto, hubiera podido hacer el Abogado del Estado; que era cierto que en el documento en cuestión se dice que don Rafael Calbetó reconocía adeudar a su hermano, el actor, la mitad del valor del negocio; pero como se decía en la demanda las cláusulas de un contrato o de un documento son las que lo califican y no el nombre que con más o menos propiedad hayan dado los contratantes; que examinando las referidas cláusulas, lo primero que aparece es que los derechos de carácter económico sobre el negocio son exactamente iguales para los dos hermanos; la facultades de disposición, correspondiente a los dos, en efecto:

- a) La deuda era de la mitad del valor total.
- b) El supuesto acreedor, no percibía interés, pero sí el 50 por 100 de los beneficios o de las pérdidas del negocio.
- c) La duración era indefinida, y para la liquidación, precisaba el acuerdo de los interesados.
- d) Se reconoce una carga que pesaba sobre el negocio (una renta de 700 pesetas mensuales a favor de doña Ana María Calbetó Vidaud, y, caso de liquidación de aquél, esta carga deberían extinguirla ambos hermanos abonando como mínimo a doña Ana un capital de 100.000 pesetas).
- e) Si por acuerdo de las dos partes se juzgara conveniente la liquidación del negocio, ninguno y cada uno de ellos podrá percibir más del 50 por 100 del valor de dicha liquidación; de suerte que el valor a percibir sería el que el negocio tuviera en el momento de su liquidación, no el que tenía en el año 1948; que el contrato tampoco podía confundirse con uno de cuenta en participación, pues ésta representa un aumento de capital para la realización de las operaciones, una o varias, que deben llevarse a cabo, y en el caso de autos, no se experimenta tal aumento de capital, sino que el del negocio queda exactamente el mismo, y el que representa la deuda no se aporta; que lo único que hace el documento repetido, es limitar la disponibilidad del negocio por parte del demandado, y establecer bases para su liquidación, participación en ésta y percepción de los frutos; que es de esencia del contrato de cuenta en participación la aportación de un capital a un negocio determinado, y el reconocimiento de adeudar la mitad del valor de un negocio es completamente lo contrario de

una aportación; que el artículo 1.665 del Código Civil define como de Sociedad el contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner un comercio, dinero, bienes o industria con ánimo de partir entre sí las ganancias; que atendiendo a la letra del documento de autos (con mayor razón su espíritu) los dos hermanos litigantes juntaron algo de valor económico cada uno de ellos—el negocio uno, el crédito el otro—con ánimo de partir entre sí las ganancias existiendo una verdadera Sociedad que, según el artículo 1.667 del Código Civil podía constituirse en cualquier forma, de no aportarse en ella bienes inmuebles o derechos reales, que la contabilidad de la Empresa, propiedad de los litigantes, era llevada que no era cierto que el actor se opusiera a la compra de nuevas máquinas, a pesar de que para trabajar con nylon era suficiente adaptar la maquinaria que ya se poseía; que lo que si era cierto es que el demandante, para aprobar y llevar a cabo nuevas aportaciones al negocio, exigió de su hermano y socio don Rafael que justificara el destino de las anteriores inversiones y rindiera cuentas de todo ello, cosa que no había podido conseguir; que si bien el actor tenía las llaves de las dependencias de la fábrica, no se le permitía intervenir en la contabilidad, y con posterioridad al mes de marzo de 1953, el demandado retiró los talonarios para que no pudieran ser firmados por el demandante; asimismo retiró el ejemplar de los poderes a favor del actor para que no pudiera hacer uso de los mismos, y procuró abrir nuevas cuentas corrientes en Bancos, en los que el demandante no tenía registrada su firma. Reprodujo los fundamentos de derecho de su escrito de demanda, que amplió con los que consideró aplicable, y suplicó que se dictara sentencia de conformidad con lo interesado en aquélla, y absolver a esta parte de la demanda reconvenzional, no dando lugar a las peticiones de la misma, con expresa imposición de costas a don Rafael Calbetó;

**RESULTANDO** que al duplicar la representación del demandado don Rafael Calbetó, alegó en concreto, que no era cierto ni que el capital fundacional del negocio perteneciera a la común madre de los litigantes, ni que la misma en el año 1923 tuviera que enlazar el déficit que según la parte contraria ofrecía el negocio, que fué fundado y pertenecía exclusivamente al demandado; que era igualmente incierto que desde el año 1917 al 1923 el demandante acudiera a diario al negocio, pues ni aparecía por el lugar en que estaba instalado ni tenía poderes de su titular, el demandado, que tampoco era cierto que éste tuviera que abandonar el negocio durante tres años por enfermedad, pues ésta fué únicamente de siete meses; que la ausencia de estos siete meses fué lo que determinó que se otorgaran poderes a favor de don Gabriel Calbetó, cosa lógica y natural tratándose de dos hermanos, sin que el otorgamiento de dichos poderes tuviera una significación especial, ni menos significase la constitución de ninguna Sociedad; que además, durante el tiempo de la ausencia del demandado la fábrica trabajó con solo dos telares y por tanto con bien poca intensidad; que dejando aparte que el documento suscrito entre el actor, el demandado y el señor Tena, era un contrato ya caducado y que por tanto no tenía ningún valor, no podían sacarse del mismos las consecuencias que pretende el demandante en orden a la propiedad del negocio; que el hecho de que en dicho contrato se hablase de que el negocio pertenecía a ambos litigantes, obedecía a que en el año 1925, la madre de los mismos aportó unas cantidades para la ampliación del negocio y una parte de dichas cantidades fueron imputadas a don Gabriel Calbetó en el negocio ya existente, propiedad exclusiva de don Rafael, bajo cuyo nombre continuó girando, exponiendo por tanto todo su patrimonio, en

tanto que los señores Tena y el actor limitaban su riesgo a las cantidades aportadas; que quien liquidó a don Miguel Tena sus derechos al separarse del negocio en marzo de 1940, fué el demandado, que fué el único que suscribió el documento, con toda trascendencia que ello tenía; que no tenía ningún inconveniente en admitir que en el año 1940 no se firmó ningún documento entre los interesados para la adjudicación del negocio ni para regular sus funcionamiento, documento que tampoco se había firmado antes; que la razón se encuentra en que entre el documentos del año 1925 con el señor Tena y el de cancelación de la cuenta en participación de 1940, había mediado la guerra de Liberación, y terminada la misma el demandado empezó a poner nuevamente en marcha el negocio y en el año 1940 estimó preferible eliminar al señor Tena, sin que lo hiciera con el demandante que prácticamente se hallaba apartado del negocio; que separado el señor Tena del negocio de un modo expreso y virtualmente el demandante, fué el demandado quien continuó explotando el mismo que había creado sin que se suscribiera con el actor ningún otro documento hasta el año 1946, presentado por el demandante con la demanda con el número 2; que el actor no asistía de una manera regular a la fábrica; al principio porque se hallaba empleado en la Catalana de Gas y Electricidad y su trabajo se lo impedía; más tarde por su estado de salud, y finalmente, en lo que se refería al negocio nunca llevó la iniciativa del mismo ni en el aspecto técnico ni en el comercial, ya que además era totalmente desconocedor de su técnica; y la única época en que el actor acudió con cierta regularidad al despacho de la Empresa, fué en los años anteriores a 1953 en que el propio demandado pasaba a recogerlo casi a diario y se lo llevaba con él a la fábrica, más que nada compadecido de su estado de salud, y con este motivo el actor don Gabriel tenía las llaves del despacho y atendía en alguna ocasión a la clientela; que la enfermedad del demandado don Rafael fué cardíaca que le mantuvo en épocas intermitentes ausente del negocio, sin que tales periodos en total llegaran a los seis meses; ello ocurría en el año 1948; que lo natural hubiese sido que si el demandado hubiese querido alejar del negocio a su hermano don Gabriel, lo hubiera hecho en años anteriores, cuando los negocios eran prósperos y no en el año 1948, en que la industria de que se trata sufrió una crisis agudísima que aún perdura en buena parte; que el actor en determinadas épocas había prestado una cierta colaboración al negocio y había ostentado poderes del demandado, de lo que pretende deducir su condición de socio; deducción que no era lógica, desde el momento en que el hijo del demandado don Joaquín ostenta también poderes desde el año 1939, que continuaba teniendo en la actualidad, sin que jamás hubiera ostentado la condición de socio; que en cuanto al documento número 2 de la demanda se advierte que no se habla de coherencia, ni de que el negocio perteneciera por igual a ambos litigantes, sino que se trataba de un reconocimiento de deuda por parte del demandado, de la mitad del valor del negocio; que la suscripción del documento del año 1940, demuestra que el demandado se quedó con el negocio y reconoció a su hermano una deuda del importe del 50 por 100 del mismo, por la colaboración que pudo haber prestado o el capital que pudo haber aportado; que era totalmente incierto que el traslado del domicilio particular del actor a la calle de la Diputación, número 411, fuera debido a la Sociedad con el demandado, por cuanto en el momento en que don Gabriel fué a vivir allí en el año 1923, la fábrica se hallaba establecida todavía en la calle de Valencella número 12, y su traslado a la calle de Sicilia-Diputación no tuvo lugar hasta mediados del año 1925, o sea

cuando ya el actor llevaba viviendo en dicho lugar debido a sus conveniencias particulares y nunca a que quisiera trasladarse cerca de la fábrica; que tampoco tiene ninguna significación favorable para el actor el hecho de que los recibos de electricidad del local-fábrica se pagaran a su nombre; pues al trasladarse al nuevo local la acometida de fluido que había en la mencionada línea era de la Energía Eléctrica de Cataluña, y como quiera que los motores eran de corriente continua, que era la que normalmente suministraba la Catalana de Gas y Electricidad y don Gabriel era empleado de la misma, se acordó poner las pólizas de suministro a su nombre a fin de que la Energía Eléctrica de Cataluña no pusiera reparos, ya que el suministro debía hacerlo ella y al tratarse de un empleado de otra Compañía no opuso ninguna dificultad; que al cabo de algunos años ello fué objeto del oportuno cambio y actualmente tales pólizas figuran a nombre del actor demandado; que en cuanto a las obligaciones que se dice contra la esposa del actor, doña Josefa de Grau Ortiz, en documento privado y en virtud de las cuales afectó su casa-torre, debieron obedecer a necesidades particulares del demandante, ya que éste al establecer una farmacia para uno de sus hijos, contraía una serie de obligaciones, ya que ello le obligó a considerables dispendios; que el Banco Español de Crédito a que se refería el actor en su réplica, fué un crédito personal del demandado, depositando éste la mayoría de sus valores particulares como garantía del mismo y aportado el aval de sus hijos mayores, créditos que asimismo avaló don Gabriel o mejor dicho, su esposa, puesto que tenía todos sus bienes a nombre de la misma; que este aval prestado por el actor en el mes de julio de 1951 al crédito personal de 800.000 pesetas concedido por el Banco Español de Crédito al demandado, era una prueba plena de que a partir del año 1948 no se le ocultó nada ni se le obstruyó su actuación, ya que en otro caso no habría puesto el aval; que tampoco era cierto que este crédito hubiese sido cancelado en 1953 toda vez que quedó reducido a 500.000 pesetas con la única garantía del demandado y el aval de sus hijos, aportando de su propio peculio el demandado las 300.000 pesetas necesarias para rebajarlo sin que contribuyera para nada el tan repetido don Gabriel Calbetó; que tampoco admitía la gratuita afirmación de la parte actora de que para el mejoramiento de la maquinaria aportó 250.000 pesetas sin que naturalmente se expresara la fecha y la fecha de tal su puesta aportación; que el actor sólo quería oír hablar de la mitad de los beneficios que tenía reconocidos en el documento presentado con la demanda de número 2, sin que se prestara a aportar las cantidades necesarias para dar a la industria el desarrollo que las circunstancias exigían; era cierto que en el año 1953, tuvo lugar la transformación del telar a que se alude en el presupuesto de 500.000 pesetas, no liquidadas todavía, lo que es claramente demostrativo de las dificultades con que se desenvolvía el negocio en este orden de cosas; que las cantidades recibidas por el actor, que lejos de ser exiguas como indica son de mucha importancia y muy superiores a las que le correspondían, según el contrato firmado, y que fueron entregadas por el demandado a petición del actor, alegando en muchas ocasiones hechos que luego resultaron no ser ciertos; que el acreedor don Gabriel Calbetó no ostentaba facultad alguna de disposición sobre el negocio que pertenecía única y exclusivamente al demandado que lo tenía registrado a su nombre en todos los organismos oficiales, que era el único titular del contrato y respondía con la totalidad de sus bienes de todo lo referente a la industria en cuestión; que era cierto que en el documento en vez de estipularse un interés fijo, se concretó como tal la

mitad de los beneficios y como lógica consecuencia estaba también el acreedor a las resultas de la mitad de las pérdidas; que si en el año 1946 el actor don Gabriel Calbetó tenía derecho a retirar del negocio una cantidad que las partes estimaron que equivalía al 50 por 100 de su valor, era evidente que se acordó dejarla en poder del demandado y a las resultas del negocio, y quedó constituido por tanto entre las partes un contrato de cuentas en participación para el cual el Código de Comercio no exige formalidad de clase alguna en su artículo 240, toda vez que si se atiende al contenido de todas las cláusulas del documento privado suscrito entre los litigantes con fecha 21 de marzo de 1946, se ve que encaja de lleno en lo previsto en el artículo 239 del propio Código Mercantil, toda vez que el actor se hace partícipe de los resultados prósperos o adversos del negocio en un 50 por 100 o sea en una proporción determinada de antemano y el negocio en fuerza de lo dispuesto en el artículo 241 del mismo Código, continuaba girando a nombre exclusivo del demandado y bajo su responsabilidad individual, sin que se hubiera adoptado ninguna razón social común a todos los partícipes, ni menos se hubiera utilizado nunca más crédito directo que el del demandado; por lo que era evidente que las cantidades a que tenía derecho don Gabriel Calbetó quedaron invertidas en el negocio en forma de capital aportado por el mismo, y lógica consecuencia de este punto de vista, era que la liquidación que pretende la parte contraria del negocio y que el demandado ha aceptado desde el primer momento, debe hacerla el gestor don Rafael Calbetó, quien ha estado y está en todo momento a recibir cuenta justificada del resultado de las operaciones realizadas y entregar a su hermano lo que le correspondía a las resultas de dicha liquidación; no pudiendo admitir en modo alguno que el contrato celebrado entre los dos hermanos litigantes constituya una sociedad entre dos personas, y menos una sociedad civil de las definidas en el artículo 1.685 del Código Civil, dado que el objeto de la supuesta sociedad sería de naturaleza mercantil por excelencia; que don Gabriel Calbetó había tenido siempre a su alcance y había consultado cuanto había deseado los libros de contabilidad de la empresa, siendo fruto de estas consultas los datos que da el propio actor en su escrito de réplica acerca de la cuantía de los créditos concedidos a la empresa, y el importe satisfecho por la transformación de los telares; que no era cierto que en ningún momento el demandado hubiese retirado los talonarios de las cuentas corrientes, ni que hubiere abierto ninguna cuenta bancaria nueva, que era cierto que a partir del mes de marzo de 1953 el actor dejó de asistir en forma habitual a la fábrica, pero no podía negar el demandante que por sí o por mediación de sus hijos o de otras personas ignoradas se hubiese personado en el despacho de la fábrica varias ocasiones posteriores a la indicada fecha, en que, el demandado y su hijo no estaban en la misma, sacando cantidades en efectivo de la caja, inspeccionando todo el almacén, oficina e incluso levantando inventario de la fábrica; alegando, por último, el duplicante, que insistía en la demanda reconvenzional, que debería ser recogida en la sentencia hacedera, en sus propios términos. Dio por reproducidos los fundamentos de derecho alegados en su escrito de contestación a la demanda y de reconvenzión, solicitó que se dictara sentencia de conformidad con el suplico de dicho escrito.

RESULTANDO que recibido el pleito a prueba, prestó confesión judicial el demandado, a instancia del demandante y se practicó prueba documental, de libros de comercio y testifical. Y a instancia del demandado se practicó la de comercio, a instancia del demandante, la documental, de libros de comercio y testifical.

RESULTANDO que unidas las pruebas a los autos y evacuado por una y otra parte el traslado de conclusiones, se solicitó por la representación del demandado se recibiese confesión en juicio al actor don Gabriel Calbetó a tenor del pliego de posiciones que de hechos nuevos se formulaba, lo que se llevó a cabo; y concluidos los autos, acordó el Juzgado para mejor proveer y con suspensión del término para dictar sentencia, se recibiera confesión judicial al demandado don Rafael Calbetó a tenor de las preguntas formuladas en el acto de la diligencia, lo que tuvo lugar el día 3 de octubre de 1946:

RESULTANDO que levantada la suspensión acordada, el Juez de Primera Instancia del Juzgado número dos de los de Barcelona, con fecha 6 de octubre de 1946 dictó sentencia por la que dando lugar, en lo principal, a la demanda formulada por don Gabriel Calbetó Vidau, contra don Rafael Calbetó Vidau, declaró: Que el negocio de fabricación de géneros de punto establecido en aquella ciudad, calle Sicilia, 153, y calle Diputación, 411 y 412, es propiedad por mitad y proindiviso de los hermanos don Rafael y don Gabriel Calbetó Vidau, para la explotación de cuyo negocio existe entre dichos hermanos una Sociedad privada, cuya Sociedad se declara ahora disuelta, debiendo procederse a la liquidación de la misma, distribuyendo por partes iguales entre actor y demandado cuantos elementos la integran, y cuya liquidación deberá practicarse en período de ejecución de sentencia; que don Rafael Calbetó Vidau debe rendir cuentas justificadas de su actuación al frente de la Sociedad o comunidad de bienes referidos a partir del día 3 de junio de 1933 hasta el momento de la liquidación; condenando al demandado a estar y pasar por estas declaraciones y absolviéndole de las demás peticiones contenidas en la demanda; y en cuanto a la reconvencción formulada por el demandado, absolvió al actor principal; sin hacer especial condena de costas en la demanda y en la reconvencción:

RESULTANDO que interpuesta apelación contra dicha sentencia del Juez por el demandado don Rafael Calbetó Vidau, se admitió en ambos efectos, y sustanciada en la alzada por sus trámites, con intervención del demandante-apelado, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona, con fecha 15 de junio de 1947 dictó sentencia, confirmando en todos sus extremos la apelada, dictada el 6 de octubre de 1946 por el Juez de Primera Instancia número dos de dicha ciudad, sin hacer expresa imposición de las costas del recurso:

RESULTANDO que con depósito de pesetas 3.000, el Procurador don Benjamin Vallés Horrabada, en nombre de don Rafael Calbetó Vidau, ha interpuesto ante este Tribunal Supremo recurso de casación por infracción de Ley, fundado en los primeros 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, por haberse infringido por violación, en la sentencia recurrida, los artículos 1.091, 1.261, 1.239, 1.282 y 1.285 del Código Civil; alegando que en la sentencia recurrida se declara que el negocio de fabricación de géneros de punto objeto de estos autos es propiedad por mitad y proindiviso de los hermanos don Rafael y don Gabriel Calbetó Vidau, para la explotación de cuyo negocio, continúa diciéndose en dicha sentencia, existe entre ambos hermanos una Sociedad privada, la que se declara resuelta, debiendo procederse a la liquidación de la misma, distribuyéndose por partes iguales cuantos elementos la integran; llegando a esta conclusión el juzgador, estudiando en sus considerandos el documento privado de fecha 23 de diciembre de 1925, suscrito entre don Rafael y don Gabriel Calbetó y don Miguel Tena y el documento de fecha 21 de marzo de 1946, suscrito entre don Rafael y don

Gabriel Calbetó; documentos que interpreta, señalando para ello los arts. 1.691, 1.281, 1.239 y 1.282 del Código Civil, afirmando en el quinto considerando, al comentar parcialmente el documento de fecha 21 de marzo de 1946, primeramente, que dados sus términos claros no puede tener otra interpretación, de acuerdo con el artículo 1.281, que la literal, pero sin embargo señala a continuación los artículos 1.285, 1.239 y 1.282 del mismo Código para hacer deducciones de tal documental, no siguiendo ya una interpretación literal del mismo; es decir, que tal documento en alguno de sus párrafos es interpretado literalmente, mientras que en los restantes no se sigue esta interpretación literal, con lo que se infringen por violación, los artículos citados; que en efecto, el artículo 1.281 dice que si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas, añadiéndose en el segundo párrafo de este artículo que si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta contra aquella, con cuyo párrafo esta en relación el artículo 1.282, que previene como se ha de juzgar de la intención de los contratantes; de forma que al examinar un contrato se han de producir cualquiera de los dos supuestos que se previenen en el artículo 1.281, es decir, que sean claros o no lo sean los términos del contrato y según que exista o no esta claridad, se procederá para su interpretación de una o de otra forma; pero lo que no puede hacerse, como se pretende en la sentencia recurrida, es interpretar parcialmente parte de un contrato por el sentido literal de sus cláusulas y apartarse de esta interpretación literal al examinar el resto del mismo, con lo que se han infringido, por violación, dichos artículos 1.281 y 1.282; que en el caso actual nos encontramos, como se dice en la sentencia recurrida, con dos documentos de fecha 23 de diciembre de 1925 y de fecha 21 de marzo de 1946, aportados por la parte demandante con la demanda. Indudablemente, la efectividad del primero de dichos documentos queda destruida en su totalidad por el segundo de ellos, al ser de fecha posterior, suscrito por las mismas partes, documento este que habrá de ser interpretado de acuerdo con el sentido literal de sus cláusulas, según previene el artículo 1.281, párrafo primero, del Código Civil, dado que sus términos son claros, según dice incluso la propia sentencia recurrida y habrá que ver por lo tanto con arreglo al mismo cual era la relación contractual existente entre los hermanos Calbetó a partir de 21 de marzo de 1946, interpretando, según previene el artículo 1.285, sus cláusulas unas por las otras; que examinando este documento nos encontramos como en su encabezamiento don Rafael Calbetó reconoce adender a su hermano don Gabriel la mitad del valor total de la fábrica de géneros de punto objeto de este litigio, agregándose que no percibirá por ello don Gabriel interés alguno, pero sí el 50 por 100 de los beneficios que se produzcan en el citado negocio, estando también a resultas de las pérdidas, diciéndose que la deuda es por tiempo indefinido y que para su liquidación tendrán que estar de acuerdo las dos partes, comprometiéndose a no obrar unilateralmente en este sentido ninguna de ellas, terminándose diciendo que si por acuerdo de las dos partes se juzgara conveniente la liquidación del citado negocio, ninguna de ellas podrá percibir más que el 50 por 100 del valor total del importe de la liquidación; que por lo tanto, se ha de reconocer que este documento es de una gran claridad y que el mismo es un simple reconocimiento de deuda, en el que los intereses quedan sustituidos por el pago del 50 por 100 de los beneficios, y como estos beneficios habrían de ser probablemente de una cuantía muy superior al interés fijo que hubiera podido convenirse, es por lo que se previene pro-

blemente, para justificar este exceso de enriquecimiento que habrá de estarse también por parte del acreedor a las pérdidas que pudiera haber; y también se previene en el documento la liquidación de la deuda en los dos supuestos que se podrían prevenir: el primero de ellos se refiere al caso en el que el deudor decide la devolución del capital y el segundo se refiere al caso en que éste decidiera desistir del negocio, para cuyos dos supuestos se conviene la forma en que habrá de realizarse la liquidación de la deuda, diciéndose que en el primero habrán de estar de acuerdo las dos partes y en el segundo no solamente habrá de existir este acuerdo, sino que además ninguno de los dos interesados podrá percibir más del 50 por 100 del valor total del importe de la liquidación; que si entre los hermanos Calbetó, y a consecuencia de tal documento, existiera una Sociedad civil en alguna parte de este documento se hubiera especificado, en vez de inscribirse una y otra vez en la existencia de una deuda y forma de liquidarla, pero independientemente de ello no se hubiera considerado el primer supuesto de devolución de la cantidad acordada, a que antes se ha hecho referencia, pues solamente se hubiera hablado de la liquidación de la Sociedad; que como antes queda manifestado, este documento se ha de considerar únicamente para ver las relaciones existentes entre los hermanos Calbetó, puesto que el mismo anuló todos los que pudieran existir con anterioridad, entre ellos el citado por el Juzgado, de 23 de diciembre de 1925, siendo indiferente por lo tanto las relaciones de hecho o de derecho que pudieran existir con anterioridad al mismo, puesto que lo que interesa en el momento de la presentación de la demanda es el último convenio existente entre los señores Calbetó; pero independientemente de esta consideración, es indudable que el Juzgado no interpreta tampoco debidamente el referido documento de 23 de diciembre de 1925, en cuyo documento no solamente son partes los señores Calbetó, sino también el señor Tena, cuyo documento está íntimamente relacionado con el apartado por el hoy recurrente, de fecha 23 de marzo de 1940, como documento número uno de la contestación, documento este último que ni siquiera es citado en la sentencia recurrida; y obsérvese que en este documento de 30 de marzo, al hacer referencia al de 23 de diciembre de 1925, se habla de que en aquella fecha se constituyó una cuenta de participación; que suponiendo, a efectos dialécticos, que, como se pretende en la sentencia recurrida, por el documento de 1925 se constituyera una Sociedad con carácter privado; de esta Sociedad hubiera formado parte igualmente el señor Tena, puesto que con él no se hace distinción alguna, en cuanto al carácter con que participaba; pues bien, en 30 de marzo de 1940 don Rafael Calbetó compró al señor Tena la participación que este tenía, por lo que en forma alguna puede existir entre los hermanos Calbetó la relación de igualdad que se pretende en la sentencia recurrida, pues si se admitiera la existencia de la Sociedad, don Rafael Calbetó tendría más participación, que su hermano por haber adquirido la del señor Tena; se ve, por lo tanto, cómo son erróneas las suposiciones que se hacen en la sentencia recurrida respecto a las relaciones existentes entre los hermanos Calbetó con anterioridad al 21 de marzo de 1946; al decirse que las mismas no se han modificado desde el año 1925; cuyas relaciones anteriores ninguna efectividad tienen ni interesan en este pleito por otra parte, ya que las que hubiera entre ellos quedaron modificadas por la firma de tal documento de 21 de marzo de 1946, el que interpretado de acuerdo con el párrafo primero del artículo 1.281 del Código Civil, en relación con el artículo 1.285, señala el reconocimiento de una deuda por parte de don Rafael a favor de su

hermano, o como máxima, y siempre a consecuencia de esta deuda, la existencia de una cuenta de participación. Si después del documento de 21 de marzo de 1946 los hermanos Calbetó continuaron asociados, por partes iguales para la explotación del negocio, como se pretende en la sentencia recurrida, y si esta Sociedad existía ya desde el año 1925, como también se pretende en la sentencia recurrida, en virtud del documento de este año, igualmente por partes iguales, habría que preguntarse para qué formularon dicho documento de 1946, si sus relaciones iban a ser las mismas. La contestación a esta pregunta no puede ser otra que decir que en virtud de este contrato de 1946, se modificaban las relaciones existentes hasta entonces entre los dos hermanos y que en el futuro tales relaciones se regirán por lo previsto en el mismo.

Segundo. Al amparo del número séptimo del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de derecho en la valoración de la prueba documental privada, con violación de los artículos 1215 y 1218 del Código Civil, alegando que previene el 1225 que los documentos privados tienen el mismo valor que la escritura pública entre los que la hubiesen suscrito, señalando el artículo 1218 que hacen prueba del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de este, por lo tanto, siendo el documento de fecha 21 de marzo de 1946 posterior al de 23 de diciembre de 1925, y estando ambos reconocidos, a aquel, el de 1946, hay que acudir únicamente para ver las relaciones existentes entre los hermanos Calbetó, durante una fuerza probatoria plena, que no ha sido reconocida en la sentencia recurrida, puesto que de él se desprende la existencia de una deuda por parte de don Rafael Calbetó a favor de su hermano don Gabriel, o como máxima la existencia de una cuenta en participación a favor de este en el negocio del primero, objeto de esta litis, con todas las consecuencias que tales relaciones llevan consigo, mientras que en la sentencia recurrida se dice existe entre ellos una Sociedad de carácter privado.

Tercero. Al amparo del número primero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haber infringido, por violación, en la sentencia recurrida los artículos 1091 y 1218 del Código Civil, alegando que previene el 1091 que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de Ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de las mismas; por lo tanto, para la liquidación de las relaciones existentes entre los hermanos Calbetó, independientemente había de estarse a lo que dichos señores convinieron en el documento suscrito entre ambos de fecha 21 de marzo de 1946, puesto que en el mismo se previenen los dos casos en que pueden deshacerse estas relaciones, y que son:

a) Liquidación de la deuda por mutuo acuerdo de las dos partes, para lo que es necesario la conformidad de ellas.

b) Liquidación de la deuda, por cesación del negocio, para lo que también se precisa el acuerdo de las dos partes. Se observa que en la súplica de la demanda se solicita, en forma alternativa, la liquidación de la sociedad civil que en tal escrito se dice existe entre los hermanos Calbetó a fin de se declare resuelto el contrato de fecha 21 de marzo de 1946 y se proceja en periodo de ejecución a la liquidación del negocio en forma que cada uno de los dos interesados perciba el 50 por 100 del valor total del importe de dicha liquidación; que en el fallo de la sentencia del Juzgado, confirmado por la Audiencia, se acuerda la disolución de la sociedad civil, que en el mismo se dice existe entre ellos, acordando su liquidación y distribuyendo por partes iguales entre los hermanos Calbetó cuantos elementos la integran, dándose en el oportuno caso cuando que tal liquidación de la sociedad civil sea con arreglo a las reglas del artículo 1708 del Código Civil,

sin que se admita que la liquidación entre los interesados se haya a efecto, como pretende el demandado, con arreglo a las reglas del artículo 246 del Código de Comercio; es decir, que la sentencia recurrida acuerda la liquidación del negocio, para lo que no existe consentimiento de don Rafael Calbetó, puesto que para lo que el mismo ha dado su conformidad es, o para la liquidación de la cuenta en participación que en todo existe a favor de su hermano en el mejor de los casos, pero nunca esta conformidad se ha extendido a la liquidación del negocio, es decir, distribución de los elementos que lo integran; y habiéndose acordado por el Juzgado de instancia esta distribución, sin que para ello exista el consentimiento por parte de don Rafael Calbetó, preceptivo de acuerdo con lo estipulado en el contrato de 21 de marzo de 1946, es evidente que en la sentencia se infringe por violación no sólo el artículo 1091 del Código Civil, sino también el 1278 del mismo cuerpo legal, ya que con arreglo al mismo los contratos serán obligatorios siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez.

Cuarto. Al amparo del número primero del artículo 1692 de la Ley Procesal Civil, por infracción, por violación, de los artículos 1751 y 1770 del Código Civil; se alega que anulando ahora si las relaciones entre los hermanos Calbetó son las derivadas de una sociedad civil, como se pretende en la sentencia recurrida, si don Rafael es deudor de la mitad del negocio, o si don Gabriel es cuenta-participante del mismo, manifiesta don Rafael Calbetó en el documento de 21 de marzo de 1946 reconocer aduciendo al expresado don Gabriel Calbetó la mitad del valor total de una fábrica de géneros de punto, etc.; de ello pueden deducirse las siguientes consecuencias:

1.º Si don Rafael Calbetó reconoce que aducida a su hermano la mitad del valor total del negocio, es indudablemente que dicho negocio le pertenece en su totalidad.

2.º Si el don Rafael aducida una cantidad, es evidente que presta satisfacción cuando ha vendido el plazo y el acreedor la reclama, y en este caso el procedimiento es por la cantidad reconocida y obligada a satisfacción; anadidos el recurrente que el resto del documento es de una cantidad incógnita; en el se dice, así entendiéndose también por el presente documento que esta deuda es por tiempo indeterminado y que para su liquidación tenían que estar de acuerdo las dos partes, comprometiéndose a no obrar unilateralmente en caso de serlo ninguna de ellas; de tal modo que los contratantes ratifican este criterio en el tercer párrafo del documento y reconocen de un modo expreso que se trata de una deuda, cláusulas que están de lo previsto en el artículo 1754 del Código Civil, en relación con el artículo 1770 del mismo, que consecuencia de lo dicho es que el documento susrito de 21 de marzo de 1946 es un simple contrato de reconocimiento de deuda, que debe ser liquidado como tal deuda de acuerdo con lo previsto en el artículo 1770 del Código Civil y siempre dentro de las estipulaciones del propio contrato de reconocimiento de deuda; pues el propio Abogado del Estado ha reconocido que se trata de un simple documento de reconocimiento de deuda al declararlo exento de derechos reales y al no entenderlo así el juzgador de instancia al infringe, por violación, los preceptos citados; y por otra parte, dicho documento no está en contradicción con el suscrito con el señor Tena y que acompañó la parte contraria como documento número uno en su escrito de demanda, porque admitiendo en hipótesis que anteriormente hubiera tenido don Gabriel Calbetó, la mitad del negocio, posteriormente se habría convenido en que el hoy recurrente debía pagarle la mitad del mismo, como perfectamente valía.

3.º Si el don Rafael Calbetó reconoce que aducida al señor Tena y por su parte la

el mismo no prosperase, al amparo del número primero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haberse infringido en la sentencia recurrida, por violación, los artículos 29 y 242 del Código de Comercio, infringiéndose igualmente por aplicación indebida los artículos 460, 1.068, 1.069, 1.700, 1.705 y 1.709 del Código Civil; y se alega que en la súplica del escrito de contestación se dice que en el caso de que no se tratara, el contrato suscrito entre los hermanos Calbetó, de un reconocimiento de deuda, sería un contrato de cuentas en participación, pero nunca puede ser una Sociedad civil, como se dice en la sentencia recurrida, con cuya apreciación se infringen los preceptos legales que en este motivo se citan; que don Gabriel Calbetó en el momento en que su hermano le reconoció aduciendo a mitad del valor del negocio, podía tomar únicamente dos posibilidades: recoger el dinero que le correspondía o dejarlo interesado en el negocio pendiente de la parte de beneficios correspondiente a su participación. La definición que da el artículo 239 del Código de Comercio de la que se llama Sociedad accidental de cuantas en participación es cada perfectamente en el presente caso, en el supuesto de que no se admitiera que el documento de fecha 21 de marzo de 1946 es un reconocimiento de deuda; «Podrán los comerciantes interesarse los unos en las operaciones de los otros, contribuyendo para ellas con la parte del capital que conviniere y haciendo partícipes de sus resultados, prosperos o adversos en la proporción que determinaren; que en el presente caso es evidente que don Gabriel Calbetó se hizo partícipe en los resultados prosperos o adversos del negocio, en la proporción del 50 por 100; el documento suscrito entre ambos, examinado anteriormente coincide en absoluto con este punto de vista; de una parte se dice que para cancelar la deuda, se necesita la conformidad de ambos interesados, y por último se indica que en el caso de que se liquidara el negocio, los interesados y cada uno de ellos percibirá el 50 por 100 de dicha liquidación; que un elemento más en su obra «Sociedades de cuentas mercantiles, cooperativas y de seguros», establece a este efecto: «El contrato de cuentas en participación. Tiene estrecha relación con el contrato de Sociedad, entre los que le otorgan se contrae un vínculo jurídico sometido a algunos de los preceptos esenciales establecidos en la organización y desenvolvimiento de las Sociedades. La aportación, a instancia de lucro por agrupación de capital y esfuerzos y la repartición de ganancias y pérdidas, son idénticas en las cuentas en participación que en las Sociedades; las relaciones internas que pudieran llamarse las privativas entre los asociados, serán las mismas, tendrán las mismas fuentes; nacerán de lo estipulado o se regularán por los preceptos que regulan los derechos entre socios, las diferencias entre ambos contratos nacen de la organización externa de la publicidad y de las relaciones con terceros personas; y la sentencia de este Tribunal Supremo de 8 de abril de 1947 establece que lo que caracteriza a las Sociedades accidentales o de cuentas en participación es que por ellas no se crea una persona jurídica con razón social determinada, sino que cada interesado o el resto del negocio contrata y se obliga con su nombre comprometiéndose su propio crédito personal, dentro de las condiciones estipuladas y sin perjuicio de los pactos que se establezcan para distribuir ganancias y pérdidas; anadidos el recurrente que es evidente que en el presente caso podemos encontrarnos ante una Sociedad accidental de esta clase: don Rafael Calbetó ha contratado siempre a nombre propio y se ha obligado con su crédito personal; su hermano el actor tiene una participación del 50 por 100 de los beneficios. La contestación de Tena y por su parte la súplica de la demanda favorece en su con-

titudin a esta clase de Sociedades accionistas el artículo 240 del Código de Comercio motiva que también haya que inclinarse por la misma, ya que el contrato suscrito entre los hermanos Cabello no podría tener jamás las consecuencias de un contrato de Sociedad que debe reunir otros requisitos; que aparece claro que nos enfrentamos ante un contrato de cuentas en participación, en el caso de que no se trate de una simple deuda, cuya liquidación, de estar conformes en la misma ambos interesados, habrá de regirse por el artículo 243 del Código de Comercio y de acuerdo con lo estipulado en el documento de 21 de marzo de 1946, y si no entenderlo así el Juzgador de instancia ha violado los preceptos citados; que en el contrato, el hoy recurrente reconoce adeudar a su hermano don Gabriel la mitad del valor de la fábrica de generos de punto tantas veces mencionada; y el tercer párrafo del documento dice textualmente: «Se entiende que esta deuda es por tiempo indefinido y que para su liquidación tendrán que estar de acuerdo las dos partes, comprometiéndose a no cobrar unilateralmente ninguna de ellas»; el pacto es claro: la forma normal de extinguir una deuda es liquidarla; por algo dice el artículo 1.157 del Código Civil que la forma normal de extinguir una obligación es su pago y cumplimiento; que en el propio documento las partes quisieron prever el caso de que al aquí recurrente no le fuera posible liquidar y cubrir que acudir a la disolución de la Empresa: «Si por acuerdo de las dos partes se juzgara conveniente la liquidación del citado negocio, ninguna y cada una de ellas, podrá percibir más que el 50 por 100 del valor total del importe de dicha liquidación» Rechazada anteriormente por completo la tesis del condominio y demostrada asimismo que no se trata de ninguna Sociedad, sino en todo caso de un contrato de cuentas en participación, es incontestable la aplicación al caso del artículo 242 del Código de Comercio, en contra de lo que se mantiene en la sentencia recurrida:

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Pablo Murga Castro:

CONSIDERANDO que reducida la cuestión ofrecida por las partes a un mero problema de calificación e interpretación de los documentos privados de fechas 21 de diciembre de 1925, 21 de marzo de 1946 y 30 de marzo de 1940, autorizados por los hermanos, don Gabriel y don Rafael Cabello Vidau, además aportados por el actor con la demanda y éste por el demandado con el escrito de contestación; y siendo radicalmente dispares la posición de las partes, dado que éste, el demandado, entiende que el negocio de fabricación de generos de punto que a su nombre figura, en la calle y población que menciona, le corresponde en absoluto, teniendo tan sólo su hermano, el actor, reconocido una deuda por el importe de la mitad del valor total de la fábrica, cuya cuantía no se dice, pudiendo, en otro sentido, ser estimada, en cuanto a sus utilidades, como un cuenta-partición del negocio, tesis del recurso; mientras que por el demandante, con base de tales documentos, se sustenta la opinión, aceptada en las sentencias dictadas en uno y otro grado jurisdiccional, de que aquel negocio y fábrica les pertenecen por partes iguales, consecuencia del contrato privado de Sociedad que tienen suscrito, en el cual devengan uno y otro las mismas utilidades y gozan de iguales facultades sobre el momento de reputarla terminada; ante el examen que ha de realizarse conviene ante todo indicar, que la interpretación de los contratos, corresponde a la Sala de instancia, a cuya soberanía está encomendada, sin que contra sus decisiones proceda la casación, a menos que sea errónea o que al hacerlo, haya sido infringida alguna norma de derecho, como tiene declarado este Tribunal Supremo en sentencias reiteradas, que por conocidas, es ocioso señalar:

CONSIDERANDO que esto sentido, ha de expresarse que entre las diversas acepciones que la palabra adeudar, tiene en el Diccionario de la Lengua, figura la de «haber, estar obligado a algo por ley, pacto, respeto, agradecimiento o por cualquier otro motivo» y empleada en el documento de 21 de marzo de 1946, ha de entenderse que lo hace en el sentido de reconocer que don Rafael Cabello Vidau adeuda a su hermano por corresponder a esta igual participación en su propiedad, la mitad del valor total de la fábrica de generos de punto, deducción que se obtiene, tanto del texto de indicado documento, cuando porque al ponerlo en relación con el de 23 de diciembre de 1925, en el que ambos hermanos, al asociarse con un tercero para la explotación del negocio, declaran que aportan a la Sociedad que con carácter privado constituyen, el total activo y pasivo del negocio, sin expresar cuantías diferentes, valorándolo en la cantidad que indican, asignándose una remuneración igual para cada uno y estableciendo que caso de rescisión, los beneficios se distribuirán a prorrata del capital que, respectivamente, aportan; fácilmente se colige que al no acreditarse que se haya producido una situación posterior contraria a la expresada, que la Sala sentenciadora al hacer aplicación del principio de derecho de que los contratos han de interpretarse por su sentido gramatical; en su defecto, por su interpretación lógica y siempre en forma sistemática, y declarar la existencia entre los hermanos de una Sociedad, privada, con iguales derechos e idénticas obligaciones para la explotación del negocio que menciona, era obligada la consecuencia que obtiene de que su propiedad les correspondía por mitad y prorrata, obrando al hacer tal pronunciamiento, errada y correctamente, sin que queviera dicho resultado el documento de 30 de marzo de 1940, como pretende el impugnante, por aparecer que este interviene únicamente, al separarse de la Sociedad, el tercero que con ellos la integro y es el que ampa la liquidación de su aportación, beneficios e intereses devengados, desde a girar a su solo nombre—cláusula tercera del contrato de 1925—la explotación del negocio; razones por las cuales no se produce la violación que se denuncia en el motivo primero, amparado en el número uno del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, de los artículos 1.231, 1.232, 1.235 y 1.233, así como del 1.091, todos del Código Civil, por no ser aquellos preceptos al aplicarlos conjuntamente taxativos ni incompatibles entre sí, debiendo, en su conciencia, ser desestimado dicho motivo;

CONSIDERANDO que la desestimación de este primer motivo, al conceder el alcañec y fianza derivado de los documentos examinados, hace igualmente parecer los siguientes en orden, segundo y tercero; aquel, acogido al número séptimo del artículo 1.692, invocando error de derecho en la apreciación de las pruebas, por cuanto la Sala de instancia, al valorar acertadamente los documentos antes analizados, no infringió al hacerlo, como afirma el recurrente, los artículos 1.225 y 1.218 del Código Civil, al dar a aquéllos el sentido y significado que les correspondió; y éste con base en el número primero del artículo mismo, en el que aduce la infracción de los artículos 1.091 y 1.278 de igual Código, en razón a que suplicándose en la demanda, en las dos peticiones alternativas que contiene, tanto en una como en otra, la liquidación de la Sociedad constituida, con distribución, por iguales partes, de cuantos elementos la integran, rindiéndose por el recurrente cuentas de su gestión, a ella, dada la declaración primera interesada, se ha sujetado la Sala sentenciadora, con fundamento de la facultad implícita reconocida a los socios por el artículo 1.700 para dar por extinguida la Sociedad por su voluntad, cuando para su duración, como aquí acontece, no tiene término, por lo cual

al hacerlo no ha infringido tampoco los preceptos que se citan, y uno y otro motivo no pueden prevalecer!

CONSIDERANDO que del mismo modo es desestimable el quinto motivo, que con carácter subsidiario se formula, en el que al amparo de, número primero del artículo 1.692 se señalan como infringidos, por el concepto de violación, los artículos 239 y 243 del Código de Comercio y por el de aplicación indebida los 400, 1.669, 1.700 y 1.708 del Civil, por cuanto olvidando al formularlo los fundamentos de derecho y parte dispositiva que contiene la sentencia recurrida, que no recoge, en un estudio sistemático que hace de las pruebas aportadas, la tesis sustentada por el recurrente, de que se esta, como propugna, ante la presencia de un reconocimiento de deuda o de una cuenta en participación deuda que, ni la acredita ni concretamente acusa su origen, ya que en el escrito de suplica en el único hecho que contiene se limita, en forma imprecisa a sostener, que procede de un condominio que pudo haberse prestado o del capital que pudo haber aportado, con lo que establece un supuesto que tanto por carecer de base en su argumentación como por estar en pugna con la conclusión del juzgador, fortosamente se ha de rechazar;

CONSIDERANDO que por último, que tampoco puede prosperar el cuarto, que por igual cauce, número primero del artículo 1.692, se aduce motivo, en el que se sostiene la violación de los artículos 1.704 y 1.170 del Código Civil, por puntos que teniendo su encaje en situaciones distintas a la que es objeto de esta contienda, ya que se refiere a un contrato de préstamo y al pago de deudas de dinero contratadas, ambos supuestos han sido en el fallo rechazados por lo que haciendo relación a un estado diverso del dinámico de un contrato de Sociedad, derivado de un negocio que adquieren las partes, procedente de la madre como sostiene el recurrente, razón ésta por la que, a la hermana doña Ana María Cabello Vidau, se le reconoce una renta mensual y caso de liquidación, un capital, en la cuantía que se señala en el documento de 21 de marzo de 1946, cantidades que ambos sostienen, lo que de existir aquella deuda o Sociedad accidental de cuentas en participación, en nada podía afectar a la parte recurrida, todo ello sirva para que al no prosperar este motivo, sea desestimado el recurso en su totalidad;

Fallamos: Que debemos declarar y declararnos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por don Rafael Cabello Vidau contra la sentencia que en 15 de junio de 1957 dictó la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona; condenamos a dicho recurrente al pago de las costas y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal; y librese a 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.—Pablo Murga, Cándido Siboni.—Diego de la Cruz.—Antonio de V. Tutor rubricados.

Publicación.—Leída y publicada fué la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Pablo Murga Castro, 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 6 de junio de 1960, en los autos de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Orense, y ante la Sala Primera de lo Civil

de la Audiencia Territorial de La Coruña, por doña Teresa Pardo González, asistida de su marido, don José González Conde, sin profesión especial, ambos mayores de edad y vecinos de Bouza de Villar das Tres, contra don Manuel y doña Teresa Casares Rodríguez, casado y soltera, respectivamente, mayores de edad y de la misma vecindad; don José Casares Rodríguez, soltero, mayor de edad, obrador y también con la misma vecindad de la actora; doña Rosa Casares Rodríguez, mayor de edad, asistida de su esposo, caso de hallarse casada, asistente y en honorado paradero; y las personas desconocidas e inciertas que resultaron ostentar por cualquier concepto algún derecho sobre la herencia de don Juan Casares Gutiérrez; y contra el Ministerio Fiscal, sobre declaración de propiedad de fincas y otros extremos; autos penales hoy ante esta Sala, en virtud de recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por los demandados don Manuel y doña Teresa Casares Rodríguez, representados por el Procurador don Juan Avela Pa y defendidos por el Letrado don Manuel Iglesias Corra, y en el acto de la vista por el Letrado don Antonio Montesinos Villegas; habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo la parte actora representada y defendida, respectivamente, por el Procurador don Tomás Romero Nistal y el Letrado don Juan Muñoz Campos, así como el Ministerio Fiscal.

**RESULTANDO** que por medio de escrito de fecha 5 de abril de 1952, presentado en el Juzgado de Primera Instancia de Orense, el Procurador don Luis Escudero Gómez, a nombre de doña Teresa Pardo González, asistida de su esposo don José González Conde, formuló demanda de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, que basó, sustancialmente, en los siguientes hechos:

Primero. Que doña Antonia Casares Gutiérrez falleció en estado de viudez y sin sucesión, bajo testamento otorgado en 7 de agosto de 1946, en que instituyó como única y universal heredera de todos sus bienes a su poderdante doña Teresa Pardo González, acompañando las oportunas certificaciones del Registro Civil y Actas de Última Voluntad y copia autorizada de dicho testamento, designando a efectos de prueba los archivos correspondientes.

Segundo. Que el haber que pertenecía a dicha causante al ocurrir su óbito se hallaba integrado por 23 fincas rústicas y una urbana, sitas en término de la parroquia de Villar das Tres, que describe:

Tercero. Que como al tiempo de hacerse la adjudicación a doña Antonia Casares Gutiérrez de dichas fincas, ésta se hallaba prestando servicios de tipo doméstico, en lugar distinto del en que radicaban las aludidas herederas, por lo que las entregó a su hermano don Juan Casares Gutiérrez para que se las administrara; que no obstante la adjudicación dicha, la contribución rústica y urbana según figurando, a todos los efectos, a nombre de su finado padre, don Pablo Casares Caride, la doña Antonia rogó a su sobrino, el codemandado don José Casares Rodríguez, para que amillaras las fincas de referencia a nombre de su representada, operación que se llevó a efecto, según acreditaba con la oportuna certificación que acompañaba; que, por su parte, el hermano de la causante llamado Juan Casares Gutiérrez, padre de los demandados, también solicitó el amillaramiento a su nombre de las fincas que, por herencia le habían a su vez correspondido, solicitud que igualmente, en su nombre, suscribió su hijo el mencionado José Casares Rodríguez, lo que acreditaba con la otra certificación expedida por la Alcaldía de Orense, que acompaña, y designando su archivo a efectos de prueba.

Cuarto. Que en 6 de enero de 1949, teniendo necesidad doña Antonia Casares Gutiérrez de disponer de algún dinero, vendió la suerte de tierra denominada «Herdade Beza dos Jarrós» a

do lo expuesto se demostraba cumplidamente que doña Antonia Casares Gutiérrez siempre fué la dueña del haber inembargo mencionado, en cuyo concepto se la tuvo hasta su muerte; haciendo destacar el hecho de que hasta que no ocurre su muerte, tanto su hermano don Juan como el hijo de éste, don José Casares, no realizan acto alguno, ni hacen ninguna oposición que suponga desconocimiento o negativa del derecho de propiedad que asista a dicha señora; antes bien, reconocieron referido derecho; pero una vez ocurrido el fallecimiento y cerciorarse, contra lo que esperaban, que su representada fué instituida heredera universal de todos los bienes que a la finada correspondían, fué entonces al serles estos bienes reclamados amistosamente primero, y después se negaron abiertamente a hacer entrega de los mismos a doña Teresa, alegando al parecer una absurda prescripción en favor de dichos don Juan y don José Casares.

Quinto.—Que fracasadas las gestiones amistosas, se celebró el correspondiente acto de conciliación, sin resultado alguno. Alegó los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminando por suplicar se dictara sentencia declarando:

Primero.—Que doña Teresa Pardo González era heredera testamentaria y universal de doña Antonia Casares Gutiérrez.

Segundo.—Que al fallecimiento de dicha doña Antonia Casares ésta era dueña de las fincas mencionadas en el hecho segundo.

Tercero.—Que tales fincas eran propiedad, en aquella actualidad de su representación, doña Teresa Pardo González, en virtud de la disposición testamentaria otorgada a su favor, mencionada en los hechos.

Cuarto.—Condenar a todos los demandados a estar y pasar por dichas declaraciones; y

Quinto.—Imponer las costas a los demandados, por su temeridad y mala fe.

Con el anterior escrito se presentaron los documentos aludidos en los hechos, entre los que figuraba una certificación expedida por el Oficial Mayor, en funciones de Secretario del excelentísimo Ayuntamiento de Orense, haciendo constar que en el tomo cuarto, folio 262 del amillaramiento de rústica de dicho Ayuntamiento figuraban a nombre de doña Antonia Casares Gutiérrez, veintitres fincas, identificadas como las descritas en el hecho segundo de la demanda y que describía según relación de fecha 9 de abril de 1947, suscrita por don José Casares, por orden de la interesada; y otra certificación expedida por el mismo funcionario del excelentísimo Ayuntamiento de Orense, acreditativa de que al tomo cuarto, folio 26, del amillaramiento de rústica figuraba a nombre de don Juan Casares Gutiérrez sesenta y ocho fincas, haciendo constar que en las relaciones presentadas a efectos de amillaramiento, aparecían dichas fincas descritas como procedentes de herencia y cuyas relaciones estaban firmadas por orden de don José Casares.

**RESULTANDO** que admitida la demanda y emplazados los demandados, solamente comparecieron en autos don Manuel y doña Teresa Casares Rodríguez y el Ministerio Fiscal, por lo que se declaró en rebeldía a don José y doña Rosa Casares Rodríguez y a las personas desconocidas e inciertas también demandadas; y dado traslado de la demanda a los comparecidos, el referido Ministerio Fiscal se opuso a la demanda, por no aparecer, de momento, justificados los hechos alegados, suplicando el recibimiento a prueba, para en su día dictar sentencia con arreglo a la resultancia de los autos;

**RESULTANDO** que mediante escrito de fecha 2 de julio de 1952, el Procurador don Julio Vázquez Raimondez, a nombre de don Manuel y don Manuel Casares Rodríguez, contestó la demanda, alegan-

do en síntesis como hechos: Que no se oponía al hecho primero de la demanda, negando el segundo por cuanto las fincas que se relacionaban en el mismo no constituyeron en momento alguno el haber inembargo de doña Antonia Casares Gutiérrez, cuyas veintitres fincas habían sido poseídas primeramente por don Juan Casares Gutiérrez, padre de sus representados, y fallecido éste, por sus herederos, a nombre de quien accionaba, por lo que uniéndola la posesión que tenían de esas fincas al tiempo que las poseyó su referido padre, era muy superior a los treinta años, en forma pública, pacífica, no interrumpida, en concepto de dueños; que rechazaban el hecho tercero de la demanda, ya que tales fincas no pertenecieron nunca a la actora y que de ser cierto habría el documento privado en que constase la participación que decía; que era una superchería la alegación de que un sobrino de dicha doña Antonia, hermana de sus representados, amillaras las fincas de referencia ya que tal supuesto había de entenderse como una confabulación entre ambos para que dicha señora se apropiase de las fincas, y tal amillaramiento no constituía título de dominio, ni le otorgaba a la actora, ni a sus herederos, derecho alguno sobre los bienes objeto de litigio; que negaba igualmente el hecho cuarto de la demanda, por cuanto que, como habían dicho, la actora nunca fué dueña de las tan repetidas fincas, ni tampoco ejerció en vida derechos dominicales sobre las mismas, y aun en el supuesto de que se admitiera la posibilidad de algún derecho dominical por parte de doña Antonia Casares Gutiérrez, había prescrito totalmente la acción, al dejar transcurrir más de treinta años sin reclamar ese reconocimiento de propiedad y sin ejercitar un derecho de posesión y de dominio sobre las mismas. Alegó los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, y entre ellos las excepciones de falta de acción y prescripción de acción, y del dominio, aplicando se dictaba sentencia desestimando en todas sus partes la demanda, resolviendo, de la misma a sus representados, con imposición de costas a la actora. Con el anterior escrito se presentó testimonio del auto de declaración de herencia de los demandados.

**RESULTANDO** que contestada la demanda por dichos demandados y contenido a las partes personales traslado de pública y duplica que lo evacuaron asistiendo en los hechos establecidos en sus escritos de demanda y contestación, suplicando se dictara sentencia en los términos que ya tenían intercedido.

**RESULTANDO** que recibido el juicio a prueba se practicaron a instancia de la parte actora, las de confesión judicial de doña Teresa Casares Rodríguez, la cual, entre las posiciones que se le formularon, absolvió la siguiente: «Septima.—Ser cierto que el padre del confesante don Juan Casares fue el que gestionó que la contribución por rústica, relativa a las fincas de la propiedad de su hermana doña Antonia Casares, objeto de esta litis, figurase en la cabecera de esta señora. Dijo: Que es cierta y demostración de ello es, que la contribución, o más bien los recibos, corren a nombre de Antonia Casares, si bien el pago del tributo siempre, sin excepción, lo hicieron su padre Juan, y a su fallecimiento, los hijos aquí demandados.» documental, pericial caligráfica y testifical, de la que se desprende que los cuatro testigos examinados por la primera de las preguntas formuladas, ninguno de los cuales afirmó poder asegurar quién fuera el propietario o propietarios titulares de las fincas de autos; y a instancia de los demandados comparecidos se practicaron la documental y la testifical. Unidas a los autos las pruebas practicadas, se evacuó el tramite de conclusiones por la actora y demandados comparecidos, renunciando al mismo la representación del Ministerio Público.

Para mejor proveer, y con suspensión del término para dictar sentencia, acordó el Juzgado reclamar de la Administración de Propiedades de Orense certificación acreditativa de los bienes en que figurase como contribuyente don Pablo Casares Caride, hasta 1947, y de los que a partir de primero de enero de 1948 figurase la contribución a nombre de doña Antonia Casares Gutiérrez, así como los que apareciesen a nombre de don Juan Casares Gutiérrez, y expedida la referida certificación aparecía de la misma que no se podía determinar a qué fincas correspondía la contribución satisfecha por don Pablo Casares Caride, por no constar en el Ayuntamiento documentación alguna de la riqueza rústica del mismo. Unida a los autos referida certificación y alzada la suspensión acordada, el Juez de Primera Instancia en Orense, con fecha 22 de enero de 1954, dictó sentencia por la que estimó la demanda, y en su consecuencia declaró:

Primero. Que doña Teresa Pardo González era heredera testamentaria universal de doña Antonia Casares Gutiérrez.

Segundo. Que doña Antonia Casares Gutiérrez en la fecha de su fallecimiento, 7 de junio de 1950, era propietaria de los bienes litigiosos expresos en el hecho segundo de la demanda.

Tercero. Que doña Teresa Pardo González heredera universal de doña Antonia Casares Gutiérrez, era en la actualidad propietaria de los bienes litigiosos referidos, condenando a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones, sin hacer expresa imposición de las costas procesales.

RESULTANDO que apelada dicha sentencia por la representación de los demandados don Manuel y doña Teresa Casares Rodríguez y sustanciada la alzada por sus letrados legales, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, con fecha veintinueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco, dictó sentencia por la que, desestimando las excepciones perentorias de falta de acción en la parte actora, de prescripción de la acción y del dominio, confirmó la apelación, sin hacer especial pronunciamiento de las costas de segunda instancia.

RESULTANDO que mediante constitución de depósito de tres mil pesetas, el Procurador don Juan Avila Pla, a nombre de don Miguel y doña Teresa Casares Rodríguez, ha interpuesto ante esta Sala, contra la sentencia de la Audiencia, recurso de casación por infracción de ley, alegando al efecto los siguientes motivos:

Primero.—Amparado en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que concede el recurso de casación cuando el fallo contenga violación, interpretación errónea o aplicación indebida de las leyes o doctrina legal aplicables al pleito, pues que según la parte recurrente la Sala sentenciadora infringe, viola y no aplica debidamente el artículo trescientos cuarenta y ocho del Código Civil, en cuanto exige para la reivindicación un justo título; la doctrina de las sentencias de veinte de abril de mil ochocientos setenta y cuatro, veintidos de enero de mil novecientos veintinueve y veintinueve de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, en cuanto establece que el título universal de herencia no es suficiente para reivindicar bienes determinados si no va acompañado de partición, o no se prueba que ingresaran esos bienes en el patrimonio del causante; la doctrina de las sentencias de este Tribunal Supremo de veintinueve de enero de mil novecientos diez, veintiocho de junio de mil novecientos dieciséis, veintiocho de junio de mil novecientos veintinueve y otras, en cuanto establecen que las declaraciones de amillaramientos y el pago de contribuciones no constituyen títulos de reivindicación; los artículos mil sesenta y ocho

y seiscientos nueve del Código Civil, que nuncian los modos de adquirir y que en relación con el caso del pleito declarar que son a partición legítimamente hecha es título habilitado para adquirir dominio concreto e individualizado; los artículos mil doscientos treinta y dos y mil doscientos treinta y tres del Código Civil, en cuanto establecen que la confesión de la prueba contra su autor y aun respecto a este es indivisible; el artículo mil doscientos cincuenta y tres del mismo código legal en cuanto establece que no cabe aplicar la prueba de presunciones cuando no existe el hecho base o cuando entre éste y el hecho consecuencia no existe un enlace directo y preciso; y, asimismo, en relación con este precepto infringe la Sala la doctrina jurisprudencial de las sentencias de doce de noviembre de mil novecientos cuatro y once de octubre de mil novecientos seis, en cuanto declaran que las presunciones no pueden servir nunca para establecer deducciones que la Ley no preceptúa, o para dar a los hechos significación de que carecen y también la doctrina de la sentencia de veintidos de febrero de mil novecientos cuarenta y tres, por la que se declara que las conjeturas, esto es, las meras conjeturas, no constituyen la prueba de presunciones del artículo mil doscientos cincuenta y tres citado; que la acción reivindicatoria, acción real por excelencia y la de más rango en nuestro ordenamiento positivo, exige como requisito asura que exista la existencia de un título de dominio, si bien el título puede resultar demostrado en la forma más variada, sin que sea necesaria su constancia documental, es siempre necesario que tal título consista en un negocio jurídico, en un acto reconocido en la Ley como hábil para adquirir el dominio. Títulos de dominio son la venta, la prescripción, las participaciones legítimamente hechas, etc. Un título de dominio de esta clase es el que exige el artículo trescientos cuarenta y ocho del Código Civil para el éxito de la reivindicación; la Sala sentenciadora desconoce en absoluto que existiera algún verdadero particional, o que se haya realizado alguna partición, no obsta la reivindicación, porque la declaración de amillaramiento debe interpretarse tal vez a como un deseo o poner fin a la Prescripción, o como ejecución de un acuerdo particional latente; aunque se admitiera como buenas todas esas afirmaciones de la sentencia, que consiste en declarar que don Pablo Casares Caride fue dueño de los bienes y que después existió un estado de indivisión entre los herederos y que durante este estado, uno de ellos suminis-tró en beneficio de la comunidad; extremos estos que por cierto no están apoyados en la resultancia de ninguna prueba del pleito; y aun así, y de que se diera todo eso por bueno, la Sala habría estimado indebidamente la reivindicación, habría infringido los preceptos y doctrina legal de que se hace relación, y desde luego habría infringido el principio cardinal, de que para la reivindicación se requiere un título evidente, cierto; para reivindicar no servía un título que esté en duda, tenía que ser el título cierto y acreditado; un mero deseo de poner fin a la indivisión si no va acompañado de la partición, no es título; que tampoco había título si es que se parte del supuesto dubitativo de que acaso existió un acuerdo particional latente, y mucho menos existe título cuando éste se coloca en lo desconocido y se hace pendular entre un cese de cese en la indivisión, o de ejecutar un latente y desconocido acuerdo particional; por eso la Sala, ya en concepto, infringe la doctrina de que para reivindicar no basta el título universal de herencia (sentencias de 21 de enero de 1910, 28 de junio de 1916 y 28 de junio de 1921); infringiendo el artículo 669 y 1.078 del Código Civil, pues el acto particional, como atributivo de dominio, es preciso y acreditado, en la

forma, y con los requisitos, establecidos en el Código Civil para la existencia y cumplimiento de los contratos y negocios jurídicos o infringe, desde luego, en forma notoria el artículo 1.253 del expresado Código legal, pues si bien este precepto declara que las presunciones son un medio de prueba, éste se subordina a que está perfectamente demostrado el hecho base y que entre éste y el hecho consecuencia existe un enlace preciso y directo; el hecho base en el caso del pleito, habría de ser la partición y, el hecho consecuencia, sería el dominio; cuando la Sala afirma que desconoce la realidad de la partición se cierra el camino para presumir a seguido la existencia de un dominio en el reivindicante; aunque se enfoque el razonamiento partiendo del supuesto de que el hecho base es la declaración de amillaramiento y el hecho consecuencia es la afirmación de dominio, entre estos dos hechos no hay una relación precisa y directa, pues la consecuencia lógica no es necesariamente de dominio; todo lo más el razonamiento puede dar base a una conjetura, pero esto no es una presunción; las sentencias citadas de 12 de noviembre de 1904, 11 de octubre de 1906 y también la sentencia de este Tribunal Supremo de 4 de junio de 1947, vedar el que se invoque la prueba de presunciones, para dar a determinados hechos una significación jurídica que la Ley no admite, o no permite; si la Ley y la jurisprudencia dicen que las declaraciones de contribución no constituyen título de dominio, si en esto se funda una presunción de dominio se vulnera esa doctrina y el expresado artículo 1.253 del Código Civil; por este Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de febrero de 1943, ha declarado que resulta infringido el artículo 1.253, cuando se equipara la presunción medio de prueba a lo que en rigor no es más que una conjetura; y aunque se admitiera que uno de los fundamentos de la sentencia, es la confesión de doña Teresa en la posición séptima, era de señalar que la doña Teresa negó en las demás posiciones del modo más terminante, la existencia del dominio que se basaba y, por consecuencia, dar a la contestación de la posición séptima un alcance de que carece, supondría la infracción del artículo 1.232 del Código Civil, en cuanto establece que la confesión es indivisible y que no se puede dividir contra su autor, y desde luego, lo que se infringiría abiertamente sería el artículo 1.233 del expresado Código, pues siendo doña Teresa una de las distintas partes demandadas, sus declaraciones le habrían de perjudicar a ella, pero en ningún modo los demás demandados, pues la confesión únicamente hace prueba contra su autor, pero hace prueba respecto a las partes que no fueron sometidas a esa confesión; que tanto en la sentencia de primera instancia, como en la de segunda, las declaraciones testificales, ni pasan, ni se han tenido en cuenta, en absoluto, para establecer la presunción de dominio que esas sentencias declaran, porque los testigos rechazaron en absoluto la tesis dominical del demandante; así desconoce la Sala la doctrina jurisprudencial, que declaraba que en los procedimientos reivindicatorios al demandado le bastaba con poseer y que debe ser absuelto, si es que la parte actora no justificaba debidamente el dominio cierto verdadero, concreto e individualizado (sentencias de 6 de marzo de 1914, 11 de noviembre de 1949) quien tiene que probarlo es el actor y no el demandado; resultando la infracción del artículo 348 del Código Civil, pues la Sala sentenciadora estimó una acción reivindicatoria, sin que esté acreditado que la parte actora tenga un título de dominio y en su lugar se colocan meras conjeturas que, jurídicamente, no eran hábiles para la justificación de aquel esencial requisito.

Segundo. Amparado el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de En-

juiciamiento Civil, por error de derecho en la apreciación de las pruebas y error de hecho evidenciado en documentos auténticos demostrativos de la equivocación del juzgador; alegando que era notorio el error en que incidió la Sala al afirmar que los bienes habían sido de don Pablo Casares Caride, cuyo extremo no se había justificado en el pleito, el juzgador de instancia practicó a este efecto una diligencia para mejor proveer, pidiendo a la Administración de Contribuciones de Orense aclaración de si los bienes están amillanados a nombre del citado don Pablo, aquel Organismo cercinó en sentido negativo; el orden de esa prueba—al final del pleito—demostraba que antes no estaba demostrado ese hecho; pero era que si eso no fuera suficiente al examinar la pregunta primera del interrogatorio la parte actora dirigido a probarlo, fue contestada negativamente por los cuatro testigos que fueron examinados; que la afirmación de la sentencia en el sentido indicado de atribuir el dominio originario a don Pablo Casares, infringía todos los preceptos del Código Civil relativos a la apreciación de la prueba; según el artículo 1.218, para que un documento público haga prueba, es preciso que en su texto se encuentren las declaraciones que se le atribuye; que en la certificación de amillanamiento no están las declaraciones contenidas en la sentencia; infringiendo el artículo 1.225, porque en el pleito no hay ningún documento privado, ni tampoco público, que contenga la declaración de la sentencia, de que los bienes pertenecieron a don Pablo Casares Caride; que se infringía el artículo 1.232, porque tampoco en el pleito nadie ha confesado que esos bienes hubieran pertenecido en algún tiempo al expresado causante; se infringía el artículo 1.248 de aquel Código, pues para que las declaraciones testificales puedan ser valoradas en determinado sentido, precisó que con carácter previo se hubiera rendido; y se infringía por último el artículo 1.253, pues no existía en el proceso ningún hecho base del que pudiera deducirse la afirmación de la Sala sentenciadora; que respecto a la afirmación de dicha Sala de que los bienes en estado de indivisión fueron administrados por don Juan Casares en beneficio de una comunidad hereditaria daba por reproducidos los preceptos anunciados en el inciso anterior y también por reproducida la forma en que fueron infringidos, porque sobre esa afirmación de la Sala no existe en el pleito prueba alguna; que la afirmación de que la declaración de amillanamiento de las fincas del pleito la hizo don José Casares por orden de don Juan Casares, su padre, tampoco tiene justificación en el pleito; mas si se considera que en el texto de esa declaración de amillanamiento consta: «Que fué suscrita la misma por don José Casares, por orden de la interesada» que esto mismo era lo que estableció la demanda en su hecho tercero; «el mencionado amillanamiento fué suscrito por don José Casares Rodríguez, por orden de la tan repetida doña Antonia Casares Gutiérrez», esos documentos demostraban el error de hecho evidente del juzgador; y en el aspecto jurídico demuestran el error de derecho y la infracción del artículo 1.225, en relación con el 1.216 del Código Civil, de los que se deduce que dos documentos hacen solo prueba de las declaraciones que contienen; que el contenido de la confesión de doña Teresa no se puede pasar en absoluto sobre las demás partes demandadas en el pleito; el artículo 1.232 del Código Civil, que infringe la Sala, declara que la confesión sólo hace prueba contra su autor; y ni siquiera hacia prueba contra doña Teresa porque el artículo 1.233 establecía que la confesión era indivisible; articulada la posesión séptima con las demás posiciones que con el mismo contenido se le formularon a doña Teresa, resulta que la declaración de éste tiene a efectos jurídicos un contenido negativo; de todas suertes era intrascendente,

extremo fundamental del pleito, según ya evidentemente se razonó era que la Sala sentenciadora estimaba la acción reivindicatoria con la única base de presumir en la actora un título de dominio; aplicaba la prueba de presunciones y el razonamiento de la sentencia era que no consta un título dominical cierto; pero afirma que aun no existiendo ese título cierto, la declaración de amillanamiento realizada en el año 1948, servía para deducir la consecuencia de que existe a favor de la actora un título de dominio; con tal razonamiento infringía la Sala el artículo 1.253 del Código Civil; la presunción exigida que el hecho base esté demostrado, y no lo estaba en el pleito y en la sentencia puesto que ese hecho base habría de ser la partición y la propia Sala sentenciadora declara que pudo haber «un convenio particular patente», o en todo caso la declaración de amillanamiento es expresión—amillanamiento—de un deseo de poner fin a un estado de indivisión; el hecho base no existía, el cual sería la partición y la consecuencia el dominio; pero sobre el hecho base la Sala afirmaba que no existía prueba sobre su real existencia y lo que hacía era presumir el mismo hecho base, o sea, la Sala presumía el hecho base y la consecuencia; presumía la partición y presumía el dominio; que tampoco aunque se considere el amillanamiento y el pago de contribución como hecho base, el hecho consecuencia que de modo preciso y directo le estaba enlazado, no era necesariamente el dominio; infringiendo la Sala la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias ya dictadas, a cuyo tenor no cabía, al amparo de la prueba de presunciones, establecer presunciones que la Ley no autoriza, ni siquiera equiparar las conjeturas a las verdaderas presunciones, reguladas en el artículo 1.253 del Código Civil:

VISTO siendo Ponente el Magistrado don Francisco Rodríguez Valcarlos;

CONSIDERANDO que con invocación del testamento notarial abierto otorgado en 7 de agosto de 1948, la actora, hoy recurrente, pide frente a los demandados los siguientes pronunciamientos:

Primero. Que se declare heredera universal de la testadora.

Segundo. Que al fallecimiento de ésta, ocurrido en 7 de junio de 1950, formaban su herencia las fincas que se describen en número de 24 en el hecho segundo de la demanda.

Tercero. Que tales bienes le pertenecen en propiedad en virtud del citado testamento; y

Cuarto. Que, en consecuencia, se condene a todos los demandados a «estar y pasar por las anteriores declaraciones»; y los demandados comparecientes, sin formular oposición al carácter de heredera de la adversa, alegaron que las fincas cuestionadas fueron poseídas por su padre y, a su óbito, por ellos como hijos y herederos, sin pertenecer jamás a la causante de la actora, por ser incierto si hayan sido adjudicadas en partida alguna privada, aduciendo que, en último término, existe a su favor la excepción de prescripción del dominio por más de treinta años.

CONSIDERANDO que la sentencia recurrida, al aceptar los fundamentos de la del Juzgado, estima la demanda en su integridad, con el argumento básico del fallo, de que la causante de la actora era propietaria de los inmuebles discutidos en virtud de la declaración de amillanamiento de los mismos emitida en 9 de abril de 1947 por el demandado don José Casares Rodríguez por orden de su padre, don Juan Casares Gutiérrez, el cual, reconociendo que poseía bienes de su hermana doña Antonia, quiso establecer una separación tributaria entre los suyos propios y los de su citada cónyuge, como lo reconoce al absolver la posición séptima la también demandada doña Teresa Casares Rodríguez, haciéndose constar que se habían adquirido en virtud de herencia de don Pablo Casares

Caride, padre de doña Antonia y de don Juan, a cuyo nombre venían amillanados (Considerandos tercero, cuarto y quinto del Juzgado); y ahora en el recurso, al amparo del número primero del artículo 1.252 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se impugna la del Tribunal a que porque infringe, viola y no aplica debidamente el artículo 343 del Código sustantivo en cuanto exige para la reivindicación un justo título, no bastando para ello el universal de herencia al tratarse de bienes determinados, ni las declaraciones de amillanamiento y el pago de contribuciones, según las sentencias que cita, terminando que en definitiva la Sala sentenciadora estimó una acción reivindicatoria sin que esté acreditado un título de dominio y, en su lugar se colocan meras conjeturas que, jurídicamente, no son hábiles para la justificación de aquel esencial requisito motivo que debe desestimarse:

Primero. Porque desconoce—y con esto plantea una cuestión nueva en el recurso—que la acción ejercitada en el proceso es la de declaración de la propiedad, no la reivindicatoria, como se desprende de la simple lectura de la demanda, acción que también sirve y es idónea para la defensa del dominio frente a quienes lo vulneran con actos de indiscutible realidad.

Segundo. Porque si bien es cierto que las simples inscripciones en los Registros municipales de amillanamiento de bienes inmuebles no constituyen por sí solas títulos de propiedad dado su carácter administrativo y fiscal, la Sala sentenciadora afirma, sin eficaz controversia en el recurso, que el causante de los comandados, al ordenar el amillanamiento a su hijo don José, también demandado, reconoció que poseía los bienes de su hermana doña Antonia, que son precisamente los aquí en litigio; reconocimiento que vincula a sus sucesores a título hereditario.

CONSIDERANDO que el motivo segundo, protegido por el número séptimo del artículo 1.852, citado, acusa error de derecho y de hecho en que, según la parte recurrente, incidió la Sala de instancia; para hacer valer al primero, citase como infringidos los artículos 1.218, 1.225, 1.248 y 1.253 del Código Civil, normas que algunas de ellas no estatuyen principios sobre valoración de la prueba, y otras, que no son aplicables al caso debatido, por lo menos en cuanto a demostrar la equivocación del juzgador; y por lo que respecta al error de hecho que se le atribuye, basta para refutarlo observar que no se cita concretamente el documento o acto auténtico que por sí mismos demuestran una realidad contraria a la sostenida por el Tribunal «a quo»; y por todo ello, asimismo, parece este motivo y, con él, todo el recurso:

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley y doctrina legal interpuesto por don Manuel y doña Teresa Casares Rodríguez contra la sentencia que, con el número 189, dictó, en 21 de noviembre de 1955, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña; condenamos a los recurrentes al pago de las costas procesales, con la pérdida del depósito, que recibirá el destino legal; y libérese a la citada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.

Así, por esta nuestra sentencia, que se publicara en el «Boletín Oficial del Estado» e insertara en la «Colección Legislativa», pasando al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Acacio Charrin y Martín-Veja, Francisco Bonet.—Francisco R. Valcarlos, Diego de la Cruz.—Antonio de V. Tutor (tribunicios).

Publicación.—Leída y publicada fué la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Francisco Rodríguez Valcarlos, 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, a 6 de junio de 1960.—Rafael G. Escada (rubricado).

### JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION

#### DENIA

Juez de Primera Instancia de Denia.

Hago saber: Tramitase expediente declaración fallecimiento Miguel Mora Silerol, vecino que fué de Liber, y que se ausentó de dicha localidad hace más de veinte años, falleciendo al parecer en acción de guerra en la pasada de Liberación Española el día 19 de enero de 1939, a efectos del artículo 2042 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Denia, 4 de agosto de 1960.—E. Secretario (ilegible).—7.181.—L. 6-9-1960.

#### MADRID

En virtud de providencia dictada en este día por el señor Juez de Primera Instancia número 3 de esta capital en los autos de procedimiento especial sumario del artículo 151 de la Ley Hipotecaria, promovidos por el Banco de España contra «Fomento de la Propiedad, Sociedad Anónima», sobre reclamación de cantidad, correspondiente a un préstamo

hecho con garantía hipotecaria, se ha acordado, mediante haberse dejado sin efecto el remate verificado, reproducir la subasta celebrada, de la finca especialmente hipotecada, que es la siguiente:

K.—Parcela en término de Chamartín de la Rosa, sitio llamado Arroyo de los Senobrales, cabida 2.000 metros cuadrados, equivalentes a 25.760 picas también cuadrados; que linda: Por Nordeste, carretera de La Magdalena; Norte, resto de la finca de que ha formado parte; Sur y Este, tierras de herederos del Conde de Villapadierna y resto de la finca de donde se segrega, y Oeste, resto de la finca a que ha estado unida la que se describe. Valorada en 200.000 pesetas.

Para que tenga lugar la citada subasta, que se celebrará en la Sala Audiencia de este Juzgado, sito en la calle del General Castaños, número 1, se ha señalado el día 4 de octubre próximo, a las once de su mañana, advirtiéndose a los licitadores:

Primero. Que no se admitirán posturas que no cubran la cantidad expresada, que es la fijada en la escritura de préstamo.

Segundo. Que para tomar parte en la subasta deberán consignar previamente una cantidad igual, por lo menos, al 10 por 100 del indicado tipo, sin cuyo requisito no serán admitidos.

Tercero. Que los autos y la certifica-

ción del Registro a que se refiere la regla cuarta del artículo 131 de la Ley Hipotecaria estarán de manifiesto en la Secretaría; que se entenderá que todo licitador acepta como bastante la titulación y que las cargas o gravámenes anteriores y los preferentes—si los hubiere—, al crédito de actor, continuaran subsistentes, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate.

Madrid a 23 de agosto de 1960.—El Secretario, Pedro Pérez Alonso.—7.183.

En el Juzgado de Primera Instancia número 17 de esta capital se sigue expediente promovido por el Procurador don José Rodríguez Uñica, en nombre y representación de la Sociedad Mercantil «Bogas, S. A.», con domicilio en Madrid, calle Hermosa, número 3, en cuyo expediente, por auto de esta fecha, se ha declarado en estado legal de suspensión de pagos a la mencionada entidad, por insolvencia provisional, habiéndose acordado convocar a los acreedores a Junta general para el día 7 de octubre próximo, a las once de su mañana, en la Sala Audiencia de este Juzgado.

Dado en Madrid, para su inserción en el «Boletín Oficial del Estado», a 1 de agosto de 1960.—El Secretario (ilegible).—7.183.

## V. ANUNCIOS

### MINISTERIO DE HACIENDA

#### Delegaciones Provinciales

##### BARCELONA

Por medio del presente se hace saber a don José María Guardiola Cemeli, del que se desconocen sus demás datos personales, sabiéndose únicamente que tuvo anteriormente su domicilio en la calle Palma de San Justo, 5, en Barcelona, y que se halla inculcado en el expediente de contrabando número 556/60 por aprehensión de un vehículo, que la Presidencia de este Tribunal ha acordado que el día 19 de septiembre, a las once y treinta, se reúna la Junta de Valoración establecida por el artículo 67, apartado 7.º del vigente texto refundido de la Ley de 11 de septiembre de 1953, a fin de proceder a la valoración del vehículo aprehendido.

Lo que se le comunica a efectos de su asistencia a dicho acto, por sí o por persona que le represente legalmente, advirtiéndole que la ausencia del inculcado no impedirá la celebración del mismo, del que levantará la oportuna acta para ser unida al expediente de su razón.

Lo que se hace público para conocimiento del interesado.

Barcelona, 31 de agosto de 1960.—El Secretario del Tribunal (ilegible).—Visto bueno, el Delegado de Hacienda, Presidente (ilegible).—3.875.

Por medio del presente se hace saber a don José María Guardiola Cemeli, del que se desconocen sus demás datos personales, sabiéndose únicamente que tuvo anteriormente su domicilio en la calle Palma de San Justo, 5, en Barcelona, y que se halla inculcado en el expediente de contrabando número 547/60, por apre-

hensión de un vehículo, que la Presidencia de este Tribunal ha acordado que el día 19 de septiembre, a las once y quince horas, se reúna la Junta de Valoración establecida por el artículo 67, apartado 7.º del vigente texto refundido de la Ley de 11 de septiembre de 1953, a fin de proceder a la valoración del coche aprehendido.

Lo que se comunica a efectos de su asistencia a dicho acto, por sí o por persona que le represente legalmente, advirtiéndole que la ausencia del inculcado no impedirá la celebración del mismo, del que se levantará la oportuna acta para ser unida al expediente de su razón.

Lo que se hace público para conocimiento del interesado.

Barcelona, 31 de agosto de 1960.—El Secretario del Tribunal (ilegible).—Visto bueno, el Delegado de Hacienda, Presidente (ilegible).—3.874.

Por medio del presente se hace saber a don José María Guardiola Cemeli, del que se desconocen sus demás datos personales, sabiéndose únicamente que tuvo anteriormente su domicilio en la calle Palma de San Justo, 5, de Barcelona, y que se halla inculcado en el expediente de contrabando número 524/60 por aprehensión de un vehículo, que la Presidencia de este Tribunal ha acordado que el día 19 de septiembre, a las once y quince horas, se reúna la Junta de Valoración establecida por el artículo 67, apartado 7.º del vigente texto refundido de la Ley de 11 de septiembre de 1953, a fin de proceder a la valoración del vehículo aprehendido.

Lo que se le comunica a efectos de su asistencia a dicho acto, por sí o por persona que le represente legalmente, advirtiéndole que la ausencia del inculcado no impedirá la celebración del mis-

mo, del que se levantará acta oportuna para ser unida al expediente de su razón.

Lo que se hace público para conocimiento del interesado.

Barcelona, 31 de agosto de 1960.—El Secretario del Tribunal (ilegible).—Visto bueno, el Delegado de Hacienda, Presidente (ilegible).—3.873.

Por medio del presente se hace saber a don José María Guardiola Cemeli, del que se desconocen sus demás datos personales, sabiéndose únicamente que tuvo anteriormente su domicilio en la calle Palma de San Justo, 5, en Barcelona, y que se halla inculcado en el expediente de contrabando número 502/60, por aprehensión de un vehículo, que la Presidencia de este Tribunal ha acordado que el día 19 de septiembre, a las once y quince horas, se reúna la Junta de Valoración establecida por el artículo 67, apartado 7.º del vigente texto refundido de la Ley de 11 de septiembre de 1953, a fin de proceder a la valoración del coche aprehendido.

Lo que se le comunica a efectos de su asistencia a dicho acto, por sí o por persona que le represente legalmente, advirtiéndole que la ausencia del inculcado no impedirá la celebración del mismo, del que se levantará la oportuna acta para ser unida al expediente de su razón.

Lo que se hace público para conocimiento del interesado.

Barcelona, 31 de agosto de 1960.—El Secretario del Tribunal (ilegible).—Visto bueno, el Delegado de Hacienda, Presidente (ilegible).—3.872.

Por medio del presente se hace saber a don José María Guardiola Cemeli, del que se desconocen sus demás datos personales, sabiéndose únicamente que tuvo anteriormente su domicilio en la calle