

IV. ADMINISTRACION DE JUSTICIA

TRIBUNAL SUPREMO

SALA PRIMERA

Sentencias

En la villa de Madrid a 19 de mayo de 1960; en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Durango y en grado de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, por don Pedro José Erdoiza Zubia, mayor de edad, soltero y vecino de Durango, con don Luis Erdoiza Zubia, mayor de edad, Sacerdote de la Diócesis de Vizcaya, vecino y domiciliado en Bilbao, sobre capacidad de poder testatorio y otros extremos; autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por la parte demandada, representada por el Procurador don Francisco de Guinea y Gaura y dirigida por el Letrado don José Madrigal, habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo la parte actora y recurrida, representada por el Procurador don Juan Corujo y López-Villamil y dirigida por el Letrado don Felisimo Larriaga.

RESULTANDO que la representación en turno de oficio de don Pedro José Erdoiza Zubia, formuló demanda de juicio declarativo de mayor cuantía sobre capacidad de poder testatorio y otros extremos, contra don Luis Erdoiza Zubia, por medio de su escrito de 22 de septiembre de 1953, presentado al Juzgado de Primera Instancia de Durango, alegando concretamente como hechos:

Primero. Que don Pedro León Erdoiza Irazabal estuvo casado en únicas nupcias con doña Eusebia Zubia Barruetabeña, de cuyo matrimonio nacieron y vivían dos hijos: el actor y el demandado.

Segundo. Que el día 14 de junio de 1897 y en escritura pública de capitulaciones matrimoniales, los esposos don Pedro León Erdoiza y doña Eusebia Zubia se otorgaron mutuo y recíproco poder testatorio en los siguientes términos: «Los preclaudos don Pedro León y doña Eusebia, en el supuesto de que matrimonio se realizara con el fin de evitar las funestas consecuencias, que las muertes intestadas ocasionan en las familias, se confieren recíproco poder amplio y general, tan bastante como se requiera, para que el que sobreviva, por sí y en nombre del que premuera, sin otra disposición, haga como y cuanto considerase conveniente, entre los hijos que Dios Nuestro Señor les concediese del mismo, la distribución, reparto y donación de cuantos bienes, derechos y acciones fueren dueños en cualquier concepto, por contratos inter vivos, última voluntad u otro cualquier instrumento o instrumentos, en uno solo por el de todo ellos, o en distintos por parcialidades, ya atemperados a las Leyes generales con las mejoras o beneficios permitidos, o bien a uno y otras a la vez, pues desde luego aprueban lo que a su virtud se discutiere, como si por ambos fuese determinado, prorrogándose el término a la voluntad del apoderado sobreviviente, con la circunstancia de que lo que dispusiere por testamento podrá ser revocable según su naturaleza, quedando subsistente el que últimamente se formalizare»; que por no poder el actor sufragar los gastos para la adquisición de una copia o testimonio de la aludida escritura de capitulaciones matrimoniales, señalaba y se remitía al protocolo de la Notaría.

Tercero. Que don Pedro León Erdoiza Irazabal, falleció en Ispáster (Vizcaya) el

día 1 de mayo de 1928, sin haber otorgado otra disposición de última voluntad que el poder testatorio que en capitulaciones matrimoniales había concedido a su esposa, acompañando como documentos certificación de defunción y de actos de última voluntad del mismo.

Cuarto. Que doña Eusebia Zubia Barruetabeña, en fecha 14 de mayo de 1934, o sea a los seis años de haber fallecido su esposo y cuando sus dos hijos, don Pedro José y don Luis, tenían, respectivamente, treinta y cinco y treinta y cuatro años de edad, compareció ante el Notario de Durango y otorgó testamento no solo por sí, sino como comisario y apoderado de su finado marido, haciéndolo, entre otros términos, en los que se consignaban a continuación: «... En nombre propio lega a su hijo don Pedro José las dos herencias del término de «Achicantuetas», números del Registro de la Propiedad 835 y 813, y otra heredad del término de «Miqueidi», número 246, todas en jurisdicción de Durango; y con este legado y con la legítima foral en la que instituyó a don Pedro José, la excluye la testadora de la herencia y de la de su difunto marido, don Pedro León Erdoiza Irazabal; el precedente legado queda sujeto a las siguientes condiciones:

A) El legatario don Pedro José Erdoiza, para entrar en posesión de los bienes legados, deberá entregar a su hermano don Luis 5.000 pesetas; el incumplimiento de esta obligación determinará la nulidad del legado.

B) El legatario don Pedro José está actualmente ausente; se cree que en América. Si falleciera la testadora antes de su regreso, tendrá la administración de las fincas legadas el heredero don Luis hasta que regrese y se haga cargo de ellas, previo pago de las 5.000 pesetas, el legatario don Pedro José. Si transcurrieren cinco años desde el fallecimiento de la testadora sin que hubiere regresado el legatario y se hubiera hecho cargo de los bienes legados previo el pago dicho, quedarán sin efecto el legado y pasarán a pertenecer al heredero don Luis en pleno dominio de las fincas legadas y sus frutos.

C) No podrá el legatario don Pedro José gravar ni enajenar las fincas legadas, sino en favor de sus hijos o descendientes legítimos. Si falleciera sin sucesión legítima, aun después de entrar en posesión de los bienes legados, pasarán éstos al heredero don Luis. Pasados cinco años desde el fallecimiento de la testadora sin que el legatario se hubiese hecho cargo del legado, no podrán sus descendientes reclamar su entrega, pues se entenderá caducado el legado, según se indicó. En todos estos casos de nulidad del legado, don Pedro José se entenderá excluido de la herencia de la testadora y de la de su difunto marido con una cama y dos mudas, que le lega además de las fincas dichas y con la legítima foral.»

Por la cuarta de las disposiciones del testamento citado doña Eusebia Zubia dispuso que instituya su heredero universal y heredero universal asimismo de su difunto esposo, don Pedro León Erdoiza Irazabal, al hijo de ambos, don Luis Erdoiza Zubia.

Quinto. Que doña Eusebia Zubia falleció en Durango el día 15 de diciembre de 1937, en tanto el actor permanecía ausente en América, ignorando lo que acontecía, y los términos de las disposiciones testamentarias de su madre; que don Luis, no solo no participó a su hermano don Pedro José la muerte de sus padres ni cuáles habían sido sus últimas voluntades, sino que incluso tuvo el mayor cuidado

en que el actor no se entrase de nada para servir así a sus propias finalidades.

Sexto. Que al cumplirse los cinco años después del fallecimiento de la testadora y continuando el actor ausente en América, don Luis Erdoiza puso en ejecución, no el espíritu, sino la letra del testamento materno, y después de haber logrado que don Pedro José no se enterara de nada, le consideró decaído en sus derechos a las sucesiones paterna y materna, apoderándose de todos los bienes de esas sucesiones, haciéndolos suyos y disponiendo de ellos.

Séptimo. Que tan pronto como don Pedro José Erdoiza conoció el fallecimiento de su madre regreso de América, y después de infructuosas tentativas para ponerse en comunicación con su hermano Luis, logró al fin, aborradándole por sorpresa para evitar que, como en ocasiones anteriores, rehuyera de toda conversación, entrevistarse con él; que no pudo obtener ninguna explicación satisfactoria y lo único que manifestó su hermano don Luis, en tono desabrido y desdenoso, era que toda cuestión que quisiera plantearle en relación con sus derechos sucesorios tendría que ser tratada y debatida ante los Tribunales de Justicia; que fue entonces cuando el actor conoció lo relatado en los hechos precedentes, comprobando que su único hermano fue quien se apoderó de todos cuantos bienes pertenecieron a sus padres.

Octavo. Que como trámite previo a la interposición de esta demanda, el actor solicitó del Obispo la autorización para demanda en juicio a su hermano. Invocho los fundamentos de derecho que están aplicables, y terminó suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos:

a) Terminado y carente de todo valor y efecto el poder testatorio o comisario conferido por don Pedro León Erdoiza e Irazabal a favor de su esposa, doña Eusebia Barruetabeña, en escritura pública de capitulaciones matrimoniales autorizada, con fecha 14 de junio de 1897, por el entonces Notario de Durango don Tomás Arellano, desde el día 3 de mayo del año 1929, luego de cumplido el año y día de haber llegado a la mayor edad del demandado don Luis Erdoiza Zubia, hijo menor del matrimonio Erdoiza-Zubia, y, consiguientemente, declarar nulas las disposiciones testamentarias de la citada doña Eusebia Zubia en lo que afectasen a los bienes pertenecientes a la herencia causada por don Pedro León Erdoiza Irazabal.

b) Que por disolución, con descendencia, del matrimonio de don Pedro León Erdoiza Irazabal, con doña Eusebia Zubia Barruetabeña, por defunción del primero en 1 de mayo de 1928, y habiéndose operado la comunicación foral prescrita en la Ley primera del título XX del Fuero de Vizcaya en todos y cada uno de los bienes relictos al fallecimiento de don Pedro León, correspondió y corresponde al actor don Pedro León, digo, Pedro José Erdoiza participación indivisa y en plena propiedad en la forma y proporción que se señalaba en el siguiente pedimento.

c) Que la sucesión de don Pedro León Erdoiza Irazabal debía regularse por las reglas del abintestato, y que, por tanto, a don Pedro José Erdoiza y Zubia correspondió y corresponde una mitad de todos los bienes que constituyen la sucesión de su padre, y, por tanto, una cuarta parte de todos y cada uno de los bienes que integraban la comunidad de todos los bienes del matrimonio Erdoiza-Zubia a su disolución. Condenando al demandado a estar y pasar por las precedentes declara-

ciones de derecho y en su consecuencia a la entrega al actor don Pedro José Erdoiza de la cuarta parte de todos y cada uno de los bienes referidos a la disolución del matrimonio de sus padres, o el equivalente metálico de aquellos de que indebidamente hubiera dispuesto, con sus rentas, frutos, acciones, productos, intereses, etc., desde el día 15 de diciembre de 1937, fecha del fallecimiento de doña Eusebia Zubia; con imposición de todas las costas al demandado.

RESULTANDO que admitida la demanda y emplazado el demandado, compareció el mismo en forma en los autos, y su representación la contestó por medio de su escrito de 2 de diciembre de 1953, donde expuso en síntesis como hechos:

Primero. Conforme con el correlativo de la demanda.

Segundo. Que también lo estaba con el de este número, haciendo resaltar que en la citada escritura de capitulaciones se confirieron los otorgantes recíproco, amplio y general poder testatorio, con la particularidad de la concesión de facultad al sobreviviente de la prórroga del término para disponer de los bienes del premuerto entre los hijos que tuviese.

Tercero. Que es cierto que el padre de los litigantes, don Pedro León Erdoiza Irazabal, falleció en la localidad de Ispáster el día 1 de mayo de 1928, sin haber otorgado otra disposición testamentaria que el poder testatorio conferido a favor de su esposa en escritura de capitulaciones matrimoniales; que era necesario aclarar que el padre de los litigantes, como consecuencia de los disgustos habidos de su hijo don Pedro José, fué reducido en un sanatorio psiquiátrico, del que salió en el año 1926, recogiéndole, así como a su esposa, el hijo de ambos don Luis.

Cuarto. Que doña Eusebia Zubia Barrutabeña, madre de los contendientes, otorgó el testamento que se citaba en el correlativo de la demanda que al transcurrir el término conferido a don Pedro José para que se hiciera cargo del legado, es decir, después de los cinco años del fallecimiento de la testadora, pasaron todos los bienes dejados a su fallecimiento a su otro hijo don Luis, quien en definitiva, se quedó como único y absoluto heredero de sus difuntos padres, don Pedro León y doña Eusebia, quedando excluido el actor de las herencias de sus padres con una cama con dos mudas y con la legítima foral; que doña Eusebia Zubia, haciendo uso de la facultad conferida a la misma en la precita escritura de capitulaciones matrimoniales, prorrogó el término de año y día para disponer de los bienes en nombre de su difunto esposo.

Quinto. Conformes en el fallecimiento de doña Eusebia Zubia; que desde el día 21 de abril de 1930, en que, por no poder sujetarse a un trabajo y originar hondas preocupaciones a sus padres por su irregular comportamiento, marchó a Estados Unidos el demandante.

Sexto. Que al haberse nombrado a don Luis por su madre, actuando por sí y como comisaria foral de su difunto marido, único y universal heredero, apartando a su otro hijo don Pedro José con la legítima foral y una cama con dos mudas, instituyó también un legado a favor de este último, sujeto a la condición de que se hiciera cargo del mismo dentro de los cinco años, contados a partir del fallecimiento de la madre testadora, que al no saber nada de don Pedro José se le consideró decaído en sus derechos, pasando a ser todos los bienes dejados por los padres de la exclusiva propiedad de don Luis.

Séptimo. Que prueba patente de que el actor no tenía ningún sentimiento familiar era el hecho expuesto por la actora en el correlativo. Invocó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes, y suplicó se dictara sentencia en su día desestimando por completo la demanda, absolviendo de la misma al demandado, con costas al actor.

RESULTANDO que conferido traslado

para réplica, la representación del actor le evacuó insistiendo en los hechos y fundamentos de derecho de su demanda y solicitando se dictase sentencia de conformidad con la misma; y la representación del demandado, al evacuar el traslado de réplica, reprodujo su contestación solicitando la sentencia absolutoria que tenía pretendida.

RESULTANDO que recibido el pleito a prueba, se practicaron a instancia de la parte actora las de confesión judicial, documental y testifical; y a instancia del demandado la de confesión judicial al actor y la documental.

RESULTANDO que unidas a los autos las pruebas practicadas y seguido el pleito por sus restantes trámites, en 1 de julio de 1954, el Juez de Primera Instancia de Durango dictó sentencia por la que estimando la demanda inicial formulada por la representación del actor declaró:

Primero. Caducado y sin valor el poder testatorio conferido por don Pedro León Erdoiza Irazabal en favor de su esposa, doña Eusebia Zubia Barrutabeña, en escritura pública de capitulaciones matrimoniales de 14 de junio de 1897, a partir del año y día de la mayoría de edad del demandado.

Segundo. Nulas las disposiciones testamentarias de doña Eusebia Zubia Barrutabeña, otorgadas ante Notario en 14 de mayo de 1934, en lo que afectaban a los bienes de la herencia de su esposo.

Tercero. Que al actor corresponde participación indivisa y en plena propiedad, en su mitad, de los bienes de la herencia de su padre, y por tanto, la cuarta parte de los que integraban la comunidad del matrimonio de sus padres, referida al momento de su disolución. Asimismo condenó al demandado don Luis Erdoiza Zubia a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a entregar al actor don Pedro José Erdoiza la referida cuarta parte de los bienes expresados o el equivalente en dinero de los que hubiere dispuesto, con abono de frutos, rentas e intereses legales a partir de la fecha del fallecimiento de su madre.

RESULTANDO que apelada dicha sentencia por la representación de la parte demandada y tramitada en forma la alzada, en 27 de enero de 1955, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos dictó sentencia por la que, confirmando íntegramente la apelada, desestimando la excepción de prescripción alegada y estimando la demanda, hizo las mismas declaraciones del fallo de la apelada; todo sin hacer especial declaración en cuanto a las costas en ninguna de las instancias.

RESULTANDO que previa constitución de depósito por cuantía de 3.000 pesetas, el Procurador don Francisco de Guinea Gausa, a nombre del demandado don Luis Erdoiza Zubia, ha interpuesto recurso de casación por infracción de Ley como comprendido en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando sustancialmente en su apoyo los siguientes motivos:

Primero. Amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación, aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 12, en relación con el 6 y 5, todos del Código Civil; la Ley tercera del título del Fuero de Vizcaya, en relación con la Ley 33 de Toro y el antiguo Derecho de Castilla, que confirma esta última Ley en la Nueva y Novísima Recopilación y la costumbre «propter legem inmemoriales», vigentes en esta materia y de aplicación preceptiva, puesto que no se ha dictado ninguna Ley posterior que derogue el derecho escrito o consuetudinario, sino que por el contrario queda respetado en el artículo 12 del Código Civil. Que el problema reside en estudiar la eficacia o ineficacia de la prórroga concedida al comisario en las capitulaciones matrimoniales, expresada en los siguientes términos: prorrogándose el término (para testar) cuando considere conveniente a voluntad del apoderado sobreviviente, en rela-

ción con el texto de la Ley tercera del título XXI del Fuero de Vizcaya, que se afirma que tal cláusula es válida en mérito de las siguientes razones: I. Finalidad del testamento por comisario. Es una manifestación más, dentro del Derecho vizcaíno, de lo que es idea informante en casi todos los Derechos Forales: la conservación del caserío en base a que la conservación del patrimonio, lo que se liga a un sistema prácticamente inexistente de legítimas. La libertad testamentaria, casi omnínida, se conjuga con la figura del comisario que permite después de muerto uno de los cónyuges elegir el heredero más apto para continuar al frente del caserío; en base de la finalidad, se deja subsistente esta forma de testamento—al que equivocadamente fué hostil nuestro Código Civil—en lo que coinciden casi todas las legislaciones forales con las más modernas tendencias actuales; que si a «cratio juris» es elegir bien un heredero, limitar tal elección en el T. mpo siempre que se haya manifestado voluntad en contrario del testador, implica olvidar la finalidad del fuero, teniendo en cuenta que dicha elección puede convenir sea realizada cuando la madurez física y moral se hayan observado convenientemente, cosa que puede ocurrir—y suele ocurrir—transcurrido un tiempo muy superior al de un año después del logro de la mayoría legal de edad; que se insiste en este punto para dejar sentada la idea de que no se puede olvidar para lograr la interpretación de un precepto, el análisis de su «cratio juris». II. Carácter de «ius» dispositivo de la limitación de año y día; que la distinción entre reglas imperativas y las que han sido llamadas por los autores supletorias, dispositivas y concessivas, está hoy bastante en crisis; normalmente se quiere enfrentar con estos términos de las disposiciones que imponen sus preceptos y a aquellas otras que dejan a la autonomía de la voluntad. En lo que todavía tiene de aceptable la contraposición, la doctrina acepta ya como admitido que la diferencia está no en la naturaleza de la norma, sino en el principio que la informa; que si como se ha expuesto anteriormente la finalidad del precepto es la elección acertada y para ella la institución del comisario se admite, no puede entenderse limitada por el Fuero—que nada específica—la posibilidad de la prórroga; lo decisivo es poder elegir hacer testamento, y esto admitido, sería absurdo que quien tal puede no fuese apto para prorrogar el término señalado en la norma; quien puede lo más puede lo menos; que la Ley pone en marcha la institución, sin limitación alguna, «en tal poder o comisión valiesen», y no puede menos de entenderse que la voluntad sea suficiente también para configurar la duración de tal facultad, en aras de la conveniencia que la institución persigue; que el titular del derecho lo ejercita y si extiende la vigencia del poder testamentario, es precisamente porque estima que el tiempo servirá para realizar con más acierto la elección del favorecido, que con lo expuesto, queda fundamentada la necesidad y por ende la admisibilidad de la prórroga tradicionalmente admitidas de interpretación así lo imponen; interesa al recurrente dejar esto sentado, porque todas las razones que después se exponían y que abundan en favor de esta tesis—especialmente las que proceden del Derecho consuetudinario—no hacen más que confirmar en la práctica y en la realidad lo que ya institucionalmente y en pura teoría debe ser admitido; que abundando en lo dicho, se cita el artículo 36 del proyecto de apéndice al Código Civil, que comprende las disposiciones aplicables a Vizcaya y Alava de 10 de febrero de 1900, en el que se dice: «el marido y mujer que sean comisarios de sus respectivos cónyuges podrán nombrar a su vez comisario, no solo para que cumpla su propia voluntad, sino también con relación a los bienes del cónyuge premuerto de que no hubiese dispuesto el viudo»; que en este caso que incluso puede implicar una subsistencia del poder del primer

causante distinto en persona distinta del apoderado—conyuge—por vía de una delegación que admite la Ley, para nada juega la idea de un plazo; una vez más se ve que lo que interesa es la finalidad de la institución: elegir y elegir bien; ni siquiera la muerte de ambos conyuges se considera causa bastante para mermar la eficacia que el testamento por comisario encierra. III. Inaplicabilidad como supletorio del Código Civil. Dice el recurrente que va a partir, incluso, de admitir la más ortodoxa teoría del Derecho común que afirma que el orden jerárquico de fuentes en Vizcaya es, en primer lugar, el Fuero del Señorío y como supletorio el Código Civil en sustitución del antiguo Derecho castellano. Aceptar esto implica no sólo olvidar el artículo 12 del Código Civil en cuanto habla «de un actual régimen escrito o consuetudinario», sino, sobre todo, reducir el Derecho vizcaíno única y exclusivamente al Fuero de Vizcaya, olvidando el carácter fundamental de recopilación de costumbres y usos que éste tiene. Pero si se acepta esta tesis, es para demostrar que incluso en el supuesto más rabiosamente contrario, la validez de la prorroga tiene que ser admitida: a) La no posibilidad de aplicar al Código Civil. Nuestro primer cuerpo legal tiene en materia testamentaria una base romanista, con su esencia de principios que consideran el testamento como un acto personalísimo cuya formación no puede dejarse en todo ni en parte al arbitrio de otra persona, ni hacerse por medio de mandamiento o comisario. Son los términos inelásticos del artículo 670 del Código Civil; por lo tanto, nuestro cuerpo legal rechaza la figura que tan debatidamente estudia, frente al recurrente que no se puede sostener con seriedad que este cuerpo de normas pueda actuar de supletorio precisamente en un campo que expresamente rechaza; que cualquier otra solución llevaría al absurdo de olvidar que el testamento por comisario tiene sus precedentes en el mundo jurídico germánico, antitético en estas cosas como en otras muchas cosas al que Roma nos legó y sobre todo basado en distintos principios, surgidos para el lecho de finalidades que en las regiones forales españolas forman parte de la misma esencia de su Derecho; que ante este hecho, sólo caben dos posiciones: o reconocer que deben aplicarse las normas del Derecho castellano anteriores al Código en su doble sentido: o de fuentes «informadoras» del Código Civil o de fuentes supletorias del Fuero de Vizcaya, cosa que parece al recurrente más aceptable, pues el artículo 12 respecta el Derecho supletorio escrito o consuetudinario de cada región foral, llama o sólo después del Código Civil, o, finalmente, dar paso a la costumbre según el artículo sexto del Código Civil. Costumbre que ha de ser la del lugar y que no ha de ser contra legem, ya que está prohibida esta en el artículo quinto, de aplicación general, como es sabido; que en ambos casos la solución es la misma: a) Derecho histórico castellano. Los tratadistas, al interpretar la Ley 23 de Toro, y pretexto de la Novísima Recopilación que recogía la figura, son unánimemente partidarios de admitir la prórroga; no citándose más datos en este sentido porque la sentencia de 19 de septiembre de 1963 es lapidaria. b) La costumbre «secundum legem» vizcaína. Por costumbre «secundum legem» o «propter legem» se entiende aquella que se limita a interpretar de un modo determinado una disposición legal; es la que Paulo llama costumbre «optima». Su interés reside en que casi no se trata de una verdadera costumbre, como ya decían los postulosadores, sino en un modo de aplicación de la Ley; que hay que reconocer que la validez de la prórroga encuadrada en este sentido resulta de una abrumadora mayoría de datos: Primero. De la práctica notarial y registral que se conoce como hechos, incluso en uno de los considerandos de la sentencia, si bien sin tenerse en cuenta. Segundo. De la doctrina científica de los tratadistas de Derecho Foral

vizcaíno que el recurso cita y comenta. La costumbre en Vizcaya tiene una fuerza superior a la Ley escrita a que se antepone, y ello está sancionado por el mismo Código Civil en el artículo 12. Tercero. La práctica judicial. Como dice un autor, cuatro veces que setentaos se ha discutido ante los Tribunales, a partir de la promulgación del Código Civil, la legitimidad de la prórroga del plazo para usar del poder testatorio. En los dos primeros casos ventilados, la licitud de aquélla fué reconocida en primera instancia y la parte condenada desistió de la apelación. Criterio opuesto al de los aludidos fallos inspiró el del Juzgado número 4 de Bilbao de 22 de diciembre de 1947, confirmado por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Burgos en 4 de febrero de 1949 continuando el recurso con la alusión a otros tratadistas.

Cuarto. La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1963: «Que los términos respectivamente señalados en la Ley Tercera, libro 10, libro 19 de la Novísima Recopilación, o sea, la 33 de Toro, al comisario para hacer testamento y declarar lo que haya de hacerse de los bienes del que le dió el poder, fueron establecidos en beneficio de éste con el fin de que no se dilatasen arbitrariamente, digo arbitraria e indefinidamente el cumplimiento de su última disposición, pudiendo, por lo tanto, renunciarse por el y prorrogarlos por el tiempo que juzgue conveniente para el objeto que se propone, puesto que no se lo prohíbe la ley».

Quinto. La obsesión de aplicar las ideas del Código Civil. Es la que late en alguno de los considerandos de la sentencia recurrida; que esta obsesión que intenta completar con normas de arquitectura romanista, edificios jurídicos que como el Fuero de Vizcaya, descansan en otros fundamentos, no sólo es errónea, sino que ha producido al interpretar muchas instituciones forales, que merecían tantos respetos como las castellanas; que no se olvide que aunque hoy trate de testamento por comisario, el hecho es que esta institución, como tantas otras, más que puramente sucesorias lo es de derecho familiar, pues es la conversación de este grupo humano a través de la perpetuación de los patrimonios realmente sintonía. Tan lejos está este testamento de las normas del Código Civil como de las de cualquier legislación extranjera. Acortarlo y dejarlo reducido a un mero residuo histórico, interpretándolo en bases de un articulado forastero que, es el del Código, implica agotar en lo que tiene de esencia más pura y consistente como una arcaica facultad que al parecer sólo merece subsistir por los avatares de nuestra codificación legislativa.

Sexto. Para el caso improbable de que la sentencia siga el criterio de que el derecho supletorio del fuero de Vizcaya ha de ser únicamente el vigente Código Civil, apartándose del derecho antiguo de Castilla y de Derecho consuetudinario «propter legem», es de alegar este segundo motivo amparado también en el número primero del artículo 1691 de la Ley Procesal civil por violación del artículo 831 del Código Civil; que en este supuesto cabe afirmar que si bien el Código Civil vigente rechaza el testamento por comisario como norma general (artículo 670) lo admite como excepción pactado en capitulaciones matrimoniales (artículo 831) y únicamente sin limitación alguna de plazo para el comisario, acaso para continuar con esa excepción el derecho real, digo Foral, escrito y el consuetudinario no escrito de tiempo inmemorial, para casos como el del pleito, dando amplio margen de plazo al comisario, sin ninguna limitación si así, este pacto en las capitulaciones matrimoniales y aceptada esta tesis en la sentencia impugnada viola precisamente el artículo invo-

cado, con arreglo al cual el pacto de las capitulaciones es válido a estos fines, y en el caso presente, el acta—sino que—facultado para hacer uso del poder testatorio cuando tuviera por conveniente sin limitación alguna de tiempo, luego el testamento es válido.

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Juan Serrano Hernández;

CONSIDERANDO que en el primero de los motivos del recurso, con la base procesal en el número primero del artículo 1691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se dice que la sentencia recurrida incurre en violación, aplicación errónea e interpretación errónea de los artículos 12 en relación con el 8 y 5, del Código Civil; la Ley tercera del título XXI del Fuero de Vizcaya en relación con la Ley 23 del de Toro y el artículo 19, libro 10 de Castilla que la confirma y la que puede «propter legem inmemorial» y dada este enunciado para la determinación de este motivo, pues en el que se trata de un recurrente en el artículo 1726 de la Ley Procesal que exige imperativamente que en el escrito de formulación del recurso se exprese no solamente el precepto que se estima infringido, sino también el concepto de la infracción, requisito que en este caso se incumple, todo vez que en él se comprenden todos los supuestos que se expresan en el incoado número primero del artículo 1691, sin precisar con claridad cuál sea el que se refiere a cada uno de los preceptos citados, lo que por ser causa de inhumanidad en este momento procesal, lo es de desestimación conforme a la reiterada doctrina de esta Sala;

CONSIDERANDO con independencia del defecto procesal anotado, que en Vizcaya el derecho consuetudinario no tiene la prevalencia que en otras regiones forales, y no podrá ser invocado como texto vivo en que puedan fundarse las resoluciones judiciales, a lo que se oponen las mismas leyes del Fuero, que en la trece del título VII dispone que los Jueces que han de aplicar sus leyes lo hagan al pie de la letra, en el Condado y Señorío sin atenderse a cualquier Ley del Fuero, uso y costumbre y ceremonia que anteriormente se haya guardado, si están en contra de lo confirmado, estatutos en los fueros tendiendo por revocado, anulado y sin ningún valor ni efecto, reiterando esta Ley la tercera del título XXXVI que ordena que ningún Juez que resida en Vizcaya, Corte o Chancillería ni en el Consejo Real ni en ningún otro, en los pleitos que entre ellos fueren de entre los vizcaínos, sentencias, determinaciones ni leyes por otras leyes, ni ordenanzas algunas, salvo por las Leyes de este Fuero de Vizcaya lo que por ellas se pueda determinar y los que por ellas no se pudiere determinar, determinen por las leyes del Reino o pragmáticas de su alteza el Rey— que las leyes de este Fuero de Vizcaya en la decisión de los pleitos de Vizcaya y determinaciones siempre se preferirán a todas las otras leyes y pragmáticas del reino y del derecho común; y que todo lo que en contrario se sentenciare o se proveyere, sea en sí inhumano y de ningún valor ni efecto, estableciendo sanciones económicas contra el Letrado y Abogado que carechamente alegare contra Ley alguna de este Fuero, leyes que obedecen a las razones que más, digo motivaron, la modificación de la recopilación del Fuero antiguo de Vizcaya, vigente desde el año 1492, en la junta celebrada el 5 de abril de 1528, de suprimir cosas que no son necesarias, otras que son superfluas y que no se practican, y dejando en cambio de consignarse otras que son necesarias para la paz y sosiego de la tierra y buena administración de justicia, las que se practican, más practican, por uso y costumbre, siendo muchas veces difícil y costoso probar esas

usos y costumbres y que hacía falta también clasificar las leyes del Fuero, quitando de ellas lo superfluo y no provechoso ni necesario añadiendo y escribiendo en dicho Fuero todo lo que estaba sin escribir que por uso y costumbre se practica para que así reformado dicho Fuero estuviese escrito no haya necesidad ninguna de las partes hacer probanza sobre si el dicho Fuero, en las leyes de él son usadas o guardadas o no, y, por tanto, de disposiciones tan claras y precisas no puede deducirse, ni la existencia de una costumbre, que la sentencia recurrida no admite, ni que ella fuera conforme a la ley, por lo que no puede prevalecer este motivo en cuanto acusa infracción del artículo 5.º y del 6.º del Código Civil:

CONSIDERANDO que tampoco puede estimarse infringido el artículo 12 del Código Civil, pues su alegación parte del supuesto de la existencia del uso y costumbre en Vizcaya de prorrogar el poder testatorio excediendo de los términos fijados en la ley tercera del título XXI del Fuero, el que ya se ha rechazado, y de que el derecho común aplicable como supletorio a que se refiere el citado artículo 12, es el vigente con anterioridad a la vigencia del Código Civil, pero aparte de que esto no es acertado conforme a la doctrina de esta Sala en la sentencia de 18 de junio de 1896, que hace una declaración categórica, en la legislación general del reino, la forma de testar por comisario fué autorizada por el Fuero Real, pero no admitida por el Código de las Partidas y aunque confirmada por las Leyes de Toro lo fué con trascendentes modificaciones, y aun dentro de su Ley XXXIII se establece un plazo para que el comisario pueda hacer testimonio, digo el testamento, que varía según la distancia a que se encontrara del lugar en que se le dió el poder que no puede exceder de un año «y no más», añadiendo que pasados no pueda hacer uso alguno del poder y recaigan los bienes en los herederos abintestato del que había dado el poder, y que los referidos términos corran aunque el comisario diga y alegue que no tuvo noticia de que se le había dado el poder, por lo que mal puede entenderse que esta Ley haya sido infringida, dados sus términos en los que existe en cuanto al punto debatido una gran analogía con la Ley del Fuero, y, tampoco el repetido artículo 12, que en su referencia al derecho supletorio no puede ser aplicable, al existir una ley que regula el caso del pleito, lo que no hace posible tener aquel en cuenta:

CONSIDERANDO por último que la ley tercera del título XXI del Fuero de Vizcaya, manifestación del principio de broncalidad, que rige en su tierra llana, al instituir el testamento por comisario, dispone «que fallecido el que había de testar hagan los tales comisarios el tal testamento e institución o instituciones de heredero; y que puede ser que el tal fallecido haya dejado hijos o descendientes o proñicos que le han de suceder pupilos y pequeños y de tal edad y condición y calidad que los comisarios no puedan convenientemente elegir ni instituir entre los tales menores, cual es el más idóneo o hábil o suficiente o conveniente a la casa para heredar o regir toda la casa y casería, y a esta causa por hacerse las tales elecciones entre niños y hacerse las tales elecciones entre niños y tan breve a veces no sucede bien; por ende que establecerían que el tal poder y comisión valiere» haciendo la elección de heredero u herederos el comisario en la forma que antes quedó dicha; sin que pueda el testador ampliar los términos señalados en dicha Ley, de año y día después de haber llegado los hijos descendientes o proñicos del testador a la edad de poderse casar, o si tuvieren esa edad al fallecimiento del testador dentro del mismo término señalado, a contar de éste, Ley que no puede tener una interpretación

extensiva, que se apartaría de los principios que la inspiran y de las Leyes del Fuero, ya examinados que exigen sean aplicadas en su propia letra, y tenor literal, por todo lo que se ha de desestimar este motivo, de conformidad con la doctrina de las sentencias de este Tribunal Supremo de 30 de abril y 17 de junio de 1957:

CONSIDERANDO que el motivo segundo, con el mismo fundamento procesal en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aduce la infracción por violación del artículo 831 del Código Civil, pero basta para desestimarle reiterar que como queda expresado no cabe la aplicación como derecho supletorio del Código Civil, ni del derecho anterior, cuando existe un régimen legal aplicable en la región foral, y con mayor razón cuando el mismo recurrente en el motivo anterior propugna la improcedencia de que puedan tenerse en cuenta los preceptos de este Cuerpo legal.

Callamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto a nombre de don Luis Erdoiza y Zubia contra la sentencia que con fecha 27 de enero de 1955, dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos; se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas y a la pérdida de la cantidad que por razón de depósito ha constituido, a la que se dará el destino que previene la ley; y librese al Presidente de la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» e insertará en la «Colección Legislativa», pasando al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Manuel de la Plaza.—Juan Serrada.—Joaquín Domínguez.—Obdulio Siboni Cuenca.—Antonio de Vicente Tutor.

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

En la villa de Madrid a 24 de mayo de 1960; en la cuestión de competencia por inhibitoria, promovida por el Juzgado de Primera Instancia de Mataró al de igual clase de San Roque, digo Roque, para conocer de las diligencias de prevención de abintestato por fallecimiento de don José Esteban Roura Ferrer, instado ante el primero de dichos Juzgados por doña Carmen y doña Adela Roura Ferrer, mayores de edad, casadas, sin profesión especial y vecinas de Teiá, y ante el segundo de los referidos Juzgados por don Fernando Roura Ferrer, casado, comerciante, mayor de edad y vecino de Sevilla; habiendo comparecido ante esta Sala doña Carmen y doña Adela Roura, representadas por el Procurador don Adolfo Morales Vianova, y dirigidas por el Letrado don Jaime Guasp Delgado, y don Fernando Roura, representado por el Procurador don Manuel Anton Garrido, y dirigido por el Letrado don Adolfo Cuevas Rodríguez; siendo parte también el Ministerio Fiscal:

RESULTANDO que por el Procurador don Jose Maria Torra Portulas, representado a las hermanas doña Carmen y doña Adela Roura Ferrer, y mediante escrito de fecha 2 de julio de 1959, dirigido al Juzgado de Primera Instancia de Mataró, se promovió e instó la prevención de juicio abintestato del difunto don José Esteban Roura Ferrer, hermano de las instantes, solicitando que, con citación del Ministerio Fiscal, y previa la información testifical ofrecida, se acordase la preven-

ción del abintestato, mandando se practicasen las diligencias pertinentes sobre aseguramiento de los bienes hereditarios, procediendo a su inventario y administración; proponiendo para este cargo a don José Botay Royra; y suplicando igualmente se dictase resolución declarando herederos legítimos, universales y únicos abintestato del difunto a sus tres hermanos de doble vínculo doña Carmen, doña Adela y don Fernando Roura Ferrer, por iguales partes. Con el anterior escrito, se acompañaron, entre otros los siguientes documentos: certificación del Ayuntamiento de Teiá, que dice: «Que examinado el padrón de habitantes actualmente vigente, resulta que en el mismo figura incluido don José E. Roura Ferrer, con domicilio en avenida Generalísimo Franco, número 15.» Dicha certificación fué firmada con fecha 26 de junio de 1959. Otra certificación del mismo Ayuntamiento de fecha 27 de junio de 1959 que dice: «Que examinado el padrón de habitantes de esta localidad, actualmente vigente, resulta que en el mismo relacionado don José Botay Roura de treinta y tres años de edad, con domicilio en la avenida del Generalísimo Franco, número 15.»

RESULTANDO que el Juzgado de Primera Instancia de Mataró dictó providencia con fecha 2 de julio de 1959, teniendo por promovidos autos de prevención del juicio abintestato de don José Esteban Roura Ferrer, súbdito español, incapacitado, fallecido en Inglaterra y cuyo domicilio consta le tuvo en la villa de Teiá, del partido judicial de Mataró; y conforme a lo preceptuado en los artículos 963 a 975 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acordó recibir la información testifical ofrecida:

RESULTANDO que ratificadas las interesadas en su escrito y practicada la información testifical, se dictó providencia con fecha 7 de julio de 1959, teniendo por prevenido el juicio de abintestato, y en su virtud acordó el Juzgado practicar con urgencia las medidas precautorias prevenidas en los artículos 964 y 968 en relación con los 959 y 961 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procediéndose a ocupar, inventariar y depositar los bienes de la herencia del causante en la persona del depositario que a tal fin se designa por la parte instante en favor de don José Botay Roura, que había venido ostentando el cargo de tutor del finado hasta la fecha de su óbito, y en el que concurre la relación de parentesco de ser sobrino del causante y tener constituida fianza en cuantía de 600.000 pesetas en hipotecas sobre inmueble de su propiedad; se acordó igualmente, que una vez en posesión de su cargo el depositario-administrador, se librasen exhortos a los Juzgados de Primera Instancia de San Roque y Algeciras a fin de que se procediese a la inmediata ocupación y reserva de los bienes inmuebles que radican en el término municipal de Algeciras; se llevase a efecto igualmente la ocupación y retención a disposición del Juzgado que provee de los depósitos bancarios de valores y saldos de cuentas corrientes en la sucursal del Banco Español de Crédito de dicha última población, y además que se exprese, consignándose en dichos despachos que su portador quedaba facultado ampliamente para intervenir en su diligenciación y solicitar cuanto fuera procedente en orden a la seguridad de dichos bienes:

RESULTANDO que por el Procurador don Joaquín López Fuente, en nombre y representación de don Fernando Roura Ferrer, y mediante escrito de fecha 16 de julio de 1959, dirigido al Juzgado de Primera Instancia de San Roque, se promovió diligencia de prevención de abintestato por fallecimiento de don José Esteban Roura Ferrer, solicitando se practicasen las diligencias a que se refiere el artículo 975 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

RESULTANDO que ratificado el interés.

sado y practicada la prueba testifical que se propuso, el Juez de Primera Instancia de San Roque, dictó auto con fecha 17 de julio de 1959, acordando la prevención del juicio abintestato; no dando lugar a nombrar albacea por no ser necesario; que habiendo fallecido el causante en el extranjero e ignorando el domicilio que hubiese tenido en España, no era necesario acordar las medidas del número dos del artículo 966 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo que se indicara la existencia de libros, papeles y correspondencia del difunto; que se procediese a inventariar los bienes del difunto teniendo en cuenta los que le aparecen adjudicados en el cuaderno particional aportado, y nombró administrador y depositario de los mismos, por desconocer que exista otra persona idónea, al propio solicitante don Fernando Valentín Roura Ferrer, el que debería prestar fianza en metálico por cuantía de 100.000 pesetas y una vez prestada se le diese posesión, previa aceptación y juramento; acordó igualmente se hiciese saber a doña Carmen Roura Ferrer la prevención del abintestato:

RESULTANDO que por el Procurador don José María Torre Portuñas, en nombre de doña Carmen y doña Adela Roura Ferrer, y mediante escrito de fecha 24 de julio de 1959, se promovió cuestión de competencia por inhibitoria, con la protesta de no haber hecho uso de la declinatoria, al amparo de lo preceptuado por el artículo 84 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en relación con actuaciones judiciales de la misma naturaleza promovidas por un tercer interesado, don Fernando Roura Ferrer ante el Juzgado de Primera Instancia de San Roque, exponiendo al efecto los siguientes antecedentes: que después de promovidas por el Procurador señor Torre en la representación que ostenta las diligencias iniciadas con fecha 2 de julio de 1959, y con posterioridad, por tanto, al nombramiento de administrador deferido a favor de don José Botey Roura, por proveído de 7 de igual mes y año, ha sido promovido por el citado don Fernando Roura Ferrer, otro abintestato, su fecha 21 del mismo mes, ante el citado Juzgado de Primera Instancia de San Roque, fundándose en la existencia de bienes del nombrado causante en el territorio jurisdiccional de dicho Juzgado obteniendo el nombramiento de administrador a su favor; que existe por tanto una duplicidad de actuaciones que no puede persistir; que la competencia a favor del Juzgado de Mataró viene clara y concretamente determinada por la norma quinta del artículo 63 de la Ley Procesal Civil, en relación con el 64 de la misma, al establecer que en los juicios de abintestato será Juez competente el del lugar en que hubiese tenido el difunto su último domicilio, siendo Mataró, tratándose de un causante incapacitado, sujeto a tutela el de su gar, digo guardado legal:

RESULTANDO que el Ministerio Fiscal emitió dictamen a favor del Juzgado de Primera Instancia de Mataró, y por el Juez del mismo, se dictó auto con fecha 29 de julio de 1959, acordando requerir de inhibitoria el de igual clase de San Roque para que se abstuviese de seguir actuando en los autos de prevención de abintestato de don José Esteban Roura Ferrer, y con suspensión del procedimiento, los remitiese al de Mataró para proseguir su tramitación con arreglo a Derecho:

RESULTANDO que dirigido oficio y testimonio al Juzgado de Primera Instancia de San Roque, y dado traslado a la representación de don Fernando V. Roura Ferrer, el Procurador don Joaquín López Fuente, en su nombre, y por medio de escrito de fecha 14 de agosto de 1959, impugnó la inhibitoria alegando:

Primero. Del testimonio remitido por el Juzgado requerente, no resulta más que la transcripción de los siguientes escritos: escrito promoviendo cuestión de com-

petencia, dictamen del Fiscal municipal sustituto del partido judicial de Mataró, y auto del Juzgado de esta población declarándose competente y requiriendo de inhibitoria al de San Roque; que por lo visto ni la parte que promovió la competencia solicitó testimonio de ningún documento, ni el Juzgado hizo uso de la facultad que le concede el último inciso del artículo 88 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no incluir en el testimonio todo lo demás que fuere conducente para fundar su competencia; que por lo que afecta en general al planteamiento de los dos asuntos, ha llegado a conocer que la prevención de abintestato se promovió con una certificación de defunción del cin, digo incapacitado acompañado por, digo de una traducción, certificado que no aparece legalizado por el Ministerio de Asuntos Exteriores; que en cambio todos los documentos que ha presentado la parte que impugna la inhibitoria en el procedimiento actual que se sigue en San Roque, han sido legalizados por dicho Ministerio, y además por estos, documentos se conocen todas las relaciones familiares; que igualmente sabe por esta información privada, practicada por el que al señor Botey Roura, que antes fue tutor del incapacitado, le habían nombrado administrador judicial, sin previa formación de inventario, y mediante una fianza hipotecaria, que, por lo visto, es la misma que tenía constituida sobre una finca de su propiedad para responder del cargo de tutor, sin que la tutoría se haya liquidado y sin que se sepa si existe o no responsabilidad del tutor; que en cambio, en las actuaciones en que habla se formó inventario provisional, se nombró administrador a don Fernando V. Roura, previa prestación de fianza de 100.000 pesetas en metálico; analiza a continuación los documentos que se acompañaron al escrito solicitando prevención de abintestato, que no se insertaron en la certificación expedida por el Juzgado de Mataró, que dice vienen a demostrar que el incapacitado, donde se encontraba realmente era en Londres; que allí estaba recluido en un sanatorio desde su juventud, y que si en España se le volvió a incapacitar y se le constituyó consejo de familia, lo fue pensando, más que en la persona del incapaz, en la disposición y administración de sus bienes en España, detalles que no pueden dejarse de tener en cuenta a los efectos de la cuestión de competencia.

Segundo. Que las señoras doña Carmen y doña Adela Roura Ferrer, por medio de su apoderado el señor Muñoz Carrera, presentó en estas actuaciones del Juzgado de San Roque un escrito en el cual se decía que se acordase si procedía o no la suspensión de las operaciones de descorte o la constitución de las mismas en el control e intervención conjunta de los dos administradores judiciales, o sus representantes legales, mientras se resolvían las cuestiones de competencia pendiente; que, indudablemente, esta petición del señor Muñoz Carrera, como apoderado de doña Carmen y doña Adela, significa un acto de sumisión tácita al Juzgado de San Roque, puesto que, según el número dos del artículo 58 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se entenderá que existe sumisión tácita por parte del demandado, en este caso los otros interesados, cuando se realice alguna gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria; y como el señor Muñoz Carrera con el carácter expresado no se limitó a protestar de la toma de posesión del administrador judicial, sino que hizo una petición positiva al Juzgado de San Roque, evidentemente realizó un acto de sumisión tácita, que hace entrar en juego los artículos 56 y 57 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, e impide que se apliquen las demás reglas de competencia, dado que a tenor del primer párrafo del artículo 62 de la misma Ley, las restantes reglas sólo se

aplicarán en los casos en que no exista sumisión expresa o tácita.

Tercero. Que para el supuesto de que el Juzgado no aceptase la existencia de la sumisión tácita al Juzgado de San Roque, por parte de doña Carmen y doña Adela Roura, entraría en juego la regla quinta del artículo 63 de la Ley; que la cuestión de competencia, tal como la ha planteado el Juzgado de Mataró, se basa en que el tutor, don José Botey Roura, tenía y tiene su domicilio en Teyá, y que también lo tenía en el mismo lugar y población el incapacitado; y esto obliga también a tener presente lo que establece el artículo 64 de la repetida Ley; que la aplicación de estas normas legales, trae a la consideración del Juzgado una serie de cuestiones, que separadamente examina el impugnante a continuación:

a) Relativa a la interpretación del artículo 63, regla quinta, dice que este artículo establece dos supuestos: Que el incapacitado hubiera tenido su domicilio en España, o lo tuviese en el extranjero al tiempo de su fallecimiento; que si el domicilio lo tuviese en España, el Juez competente es el de su domicilio, para abrir el juicio de abintestato; si no lo tuviese en España, entonces entra en funciones el segundo párrafo, que establece, indistintamente, el del último domicilio o el del lugar en donde se encuentre la masa principal de bienes; que esta segunda regla da como competencia cualquiera de los lugares en donde hubiera tenido su último domicilio el incapacitado, o mejor dicho el que vivía en el extranjero y allí murió, o en lugar en donde se encuentren sus bienes principales; pero esto a su vez crea otra serie de cuestiones que son las que examina a continuación.

b) Niega terminantemente que sólo tiene noticias de que antes que su padre lo recluyese en un sanatorio, en la ciudad de Londres, en donde sus padres vivían y allí nació el incapaz, lo mando una pequeña temporada a España, y concretamente a Calonge (Gerona), y en ningún otro lugar de España estuvo jamás; que por consiguiente se está en presencia de un caso en que puede decirse de manera concluyente que el fallecido nunca estuvo domiciliado en España; que en 1855, don José Botey Mateu hizo una declaración de empadronamiento, en el Ayuntamiento de Teyá, diciendo que en su casa vivían con el su hijo, el señor Botey Roura, y su cuñado, el incapacitado don José Esteban Roura; que esta declaración es falsa, puesto que, según ha dicho, sólo en su primera juventud estuvo el incapacitado en España, pero no en Teyá, sino en Calonge (Gerona).

c) Que desechado que no podía ser nunca el domicilio real de don José Esteban Roura, el del señor Botey Mateu, trata de demostrar a continuación si podía ser su domicilio legal, diciendo que el artículo 64 es el que dice que el domicilio legal de los incapacitados es el de su tutor, y aquí se tropieza nuevamente con otro documento de los presentados en Mataró, pero que no se transcribe en el testimonio remitido por el Juzgado, en el que se trata de decir que el domicilio del tutor también es el de la casa del señor Botey Mateu, su padre; que frente a la afirmación que se hace por los promotores del expediente de Mataró y por el Juzgado de Primera Instancia, la representación de don Fernando V. Roura presenta varios documentos que demuestran que el domicilio del que fue su tutor, señor Botey Roura, no era ni estaba en Teyá.

d) Que la regla que establece el último párrafo del artículo 64 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o sea la que establece como domicilio legal del incapacitado el que tenía su tutor, no podía servir en el presente caso para resolver la cuestión de competencia de ningún Juzgado de España, pues con arreglo a la legislación inglesa, allí está recluido y tie-

ne su guardador; pero aun cuando se acudiera a lo que se ha hecho en España en el caso presente, no con miras personales respecto del incapaz, sino para la disposición y administración de sus bienes, entonces también tiene que decir que tampoco puede hablarse ya de domicilio legal; que hablar de domicilio legal, cuando ya ha fenecido la tutela es absurdo; que por lo tanto no se puede relacionar el domicilio del guardador con el domicilio del incapaz.

Que cuando no hay domicilio legal, no cabe más que acudir al real, y el real no lo tuvo en España.

Cuarto. Que desechadas todas las hipótesis para poder situar en estos momentos el domicilio real en España, e el legal, por haber terminado la tutela, y no siendo cierto el domicilio que se da como del tutor, la competencia surge de la aplicación del párrafo segundo del artículo 63, en su regla quinta; que el lugar en donde se encuentran los bienes principales del incapaz y de su hija, la niña sin contradicción posible, la principal masa de bienes esta en el partido judicial de San Roque.

RESULTANDO que por el Procurador don Joaquín López Fuentes, en nombre de don Fernando V. Roura Ferrer, y mediante escrito de fecha 17 de agosto de 1959, se hizo constar: que después de estar redactado el escrito evacuado, la Audiencia sobre la posible competencia promovida por el Juzgado de Mataró, llegó a su poder dos documentos que considera de verdadero interés, y que corroboran lo que ha dicho en el escrito fundamental; que se trata de dos certificaciones expedidas por el Secretario del Ayuntamiento de Teya, con el visto bueno del Alcalde; que en la primera de ellas se obtiene la convicción de que en 1950, fecha de la penúltima declaración de empadronamiento, el incapaz don José Esteban Roura Ferrer, no aparecía domiciliado en Teya; que cuanto aparece, según se deduce, de la certificación que alude el Juez de Mataró, pero cuyo texto literal no conoce, es en la declaración de empadronamiento que hace el señor Botey Mateu, en 1955, como cabeza de familia; que el significado de esta certificación ca luz sobre la creación artificiosa que hizo el señor Botey (padre, Presidente del Consejo de Familia del incapaz, para fijar a éste un domicilio administrativo que no ha tenido jamás, y se compagina perfectamente el resultado de la certificación que ahora acompaña con lo que viene afirmando de que el incapaz ha estado viviendo fuera de España, en Inglaterra, toda su vida; que la segunda certificación que se acompaña es más elocuente aun, porque se ve por la transcripción literal de todos los datos que el propio Botey (padre) hizo al Ayuntamiento, que el domicilio que daba el incapaz era un domicilio ficticio, puesto que dice que está ausente, que está incapaz y que se encuentra en Londres; que del conjunto de ambas certificaciones se saca la convicción de que alguna torcida intención perseguía el señor Botey Mateu cuando hizo el empadronamiento en 1955 de su hijo y del incapaz, en su propia casa en Teya. Con el anterior escrito acompañó los documentos a que el mismo se refiere que resultan ser de contenido sustancialmente acorde con las manifestaciones que de ellos se hacen:

RESULTANDO que el Ministerio Fiscal emitió dictamen, diciendo que es competente el Juzgado de Primera Instancia de Mataró, ya que en territorio de tal Juzgado ha tenido su domicilio legal el finado y en todo caso, en tal demarcación lo ha tenido el tutor del finado, cuyo domicilio se señala por la Ley como del mismo incapaz:

RESULTANDO que el Juez de Primera Instancia de San Roque dictó auto con fecha 4 de septiembre de 1959, denegando la inhibitoria formulada por el Juzgado de Primera Instancia de Mataró:

RESULTANDO que dirigido oficio y testimonio al Juzgado de Primera Instancia de Mataró, éste por auto de fecha 19 de septiembre de 1959, insistió en su competencia, y en su consecuencia ambos Juzgados contendientes han remitido sus respectivas actuaciones a este Tribunal Supremo, donde oído el Ministerio Fiscal, emitió dictamen a favor del Juzgado de Primera Instancia de Mataró:

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Pablo Murga Castro:

CONSIDERANDO que debiendo expresarse, como ya fué declarado en la sentencia de este Tribunal de 6 de junio de 1900 y repetido, entre otras, en las de 6 de octubre de 1942 y 13 de noviembre de 1945, que para fijar la competencia que las partes, disentan, se ha de atender a los términos en que el actor plantea la cuestión así como a sus propias manifestaciones, cuando éstas figuran confirmadas por documentos; y resultando de éstos, como premisas de hecho, sobre las que debe decidirse la controversia suscitada:

Primero. Que el causante de la prevención de abintestado, declarado incapaz y fallecido en Londres, está incluido en el padrón de habitantes, actualmente vigente, del Ayuntamiento de Teya, partido judicial de Mataró, y también lo estuvo en el formado en 31 de diciembre de 1955.

Segundo. Que en el mismo municipio y en aquel padrón, hoy en vigor, está también incluido el que fué su último tutor, don José Botey Roura, e igualmente su padre, Presidente del Consejo de Familia, por estar en dicha localidad la casa familiar, lo que no impide que aquél tuviera diversas abiertas en otros lugares, para sus distintas actividades, teniendo inscrita su designación en el Registro de Tutelas del Juzgado número 6 de Primera Instancia de Barcelona en 15 de marzo de 1955, y constituido fianza hipotecaria para responder de su gestión, en cuantía de 600.000 pesetas.

Tercero. Que los bienes del incapaz figuran comprendidos en el cuaderno particional de la herencia de su padre, protocolizado en Sevilla el 26 de abril de 1948, y consisten en metálico, efectos públicos, semovientes, muebles e inmuebles, que radican en los partidos judiciales de Mataró y San Roque; y

Cuarto. Que la prevención del abintestado fué solicitada por las hermanas doña Carmen y doña Adelina Roura Ferrer ante el Juzgado de Mataró en 2 de julio de 1959, nombrándose, con fecha 7, depositario de los bienes que, digo al dicho tutor, quedando afecta a su gestión la fianza que antes tenía constituida; habiéndose interesado, después, igual prevención, ante el de San Roque, el 16 del mismo mes, por don Fernando V. Roura Ferrer, quien ha sido designado también depositario-administrador:

CONSIDERANDO que planteado en esa forma el problema de hecho, discutido por las partes, y no siendo posible, dada la incapacidad del finado, acudir a la regla quinta del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, expresiva de que en los juicios de abintestado será Juez competente el del lugar en que hubiera tenido aquél su último domicilio, pues dada su demencia precoz no puede judicialmente tenerlo, estado que motivo su ingreso permanente en sanatorios adecuados del extranjero, ante tal situación entra en juego el artículo 64, en cuyo párrafo tercero, se prevé el domicilio que deben tener los incapaces sujetos a tutela, determinándose que lo será el de sus guardadores; y como el juicio se dirige a la división del caudal de aquél, es obligado que para su liquidación han de regir las mismas normas; y existiendo en autos principio suficiente de prueba para estimar que el domicilio del tutor es Teya, por así constar en el padrón municipal vigente en junio de 1959, ante tal inclusión y no constando que en su contra se haya deducido la reclamación que autoriza el artículo 56 de la Ley de

Régimen Local, ni que para oponerse a la certificación expedida por el Secretario de la Corporación se haya ejercitado acción alguna, se ha de estar a lo que en su texto se consigna y armonizarse tal principio con que también es Teya el domicilio del Presidente del Consejo de Familia; que en el Juzgado de Mataró fué instado primeramente el presente juicio; que la mayoría cuantitativa de los bienes está constituida por valores mobiliarios, ya que las fincas rústicas de los Barrios sólo representan 919.750 pesetas, y el valor de las que se le adjudican —otras rústicas en Calonge, diversos censos, muebles y semovientes— alcanza, muy próxima, la cifra de dos millones y medio, razones por la que ha de dirimirse la cuestión de competencia a favor del Juez de Primera Instancia de Mataró, de conformidad con todos los dictámenes emitidos por el Ministerio Fiscal, sin que la circunstancia de tener el tutor otras casas abiertas, en diferentes poblaciones, por los negocios a que se dedica, donde no se ha acreditado que haya adquirido vecindad, sirva para enervar el domicilio que en Teya ha quedado justificado.

Fullamos que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de las diligencias de prevención de abintestado, a que ha dado lugar la presente cuestión de competencia, corresponde al Juzgado de Primera Instancia de Mataró, al que se remitiran todas las actuaciones con certificación de esta sentencia, que se pondrá en conocimiento del de igual clase de San Roque, siendo las costas causadas de cuenta respectiva de cada una de las partes y las comunes por mitad.

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, en pronunciamos, mandamos y firmamos.—Juan Serrada Hernández.—Pablo Murga.—Obdulio Siboni Cuenca.—Diego de la Cruz Diaz.—Antonio de Vicente Tutor (rubricado).

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

En la villa de Madrid, a 25 de mayo de 1960; en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número siete de los de Valencia, y en grado de apelación ante la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de la misma, por don Francisco Estellés Cardó, mayor de edad, casado, del comercio y vecino de Valencia, con don Francisco Llorens Alonso, sobre resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio; autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de injusticia notoria interpuesto a nombre de la parte demandada, representada por el Procurador don Juan Francisco Diaz Garrido, y la dirección del Letrado don Salvador García Vicente; habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo la parte actora y recurrida, representada por el Procurador don Carlos de Zulueta y Cebrian y dirigido por el Letrado don Fernando García Muñoz;

RESULTANDO que por el Procurador don Antonio Lledó Pérez, en nombre de don Francisco Estellés Cardó, y mediante escrito de fecha 28 de mayo de 1957, que por reparto correspondió al Juzgado de Primera Instancia número siete de los de Valencia, se dedujo demanda contra don Francisco Llorens Alonso, sobre resolución de contrato de arrendamiento de local de negocio, y cuya demanda basó en los siguientes hechos:

Primero. Que don Francisco Estellés Cardó es propietario del edificio sito en Godella, calle de José Antonio, 68,

Segundo. Que la planta baja de dicho edificio se alquiló verbalmente al demandado don Francisco Llorens Alonso para ser destinado a local de negocio con vivienda.—Que efectivamente, en dicho local está instalado y abierto al público un negocio de quincalla y bisutería que figura a nombre de doña María Giner Cagiller, esposa del inquilino, la que satisface contribución industrial.

Tercero. Que con motivo de unas obras realizadas por el señor Estellés para la ampliación del piso primero de dicho edificio, se suscribió un documento en 13 de septiembre de 1950, en el que se indica que el bajo ocupado por el señor Llorens Alonso está destinado a local de negocio y vivienda.

Cuarto. Que a su debido tiempo la renta del local de negocio referido se incrementó con el 40 por 100 que autorizaba el artículo 118 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 1947, y asimismo el inquilino ha dado su conformidad a los aumentos del 60 por 100 y del 20 por 100 autorizados por los Decretos de 17 de mayo de 1952 y 9 de abril de 1954, y el aumento del 40 por 100 ordenado por Decreto de 30 de noviembre de 1955.

Quinto. Que el señor Estellés Cardó ha tenido conocimiento de que en el local referido se ha instalado y abierto al público, sin su permiso ni autorización, una peluquería de señoras a nombre de doña Antonia Llorens Garcia, habiéndose dado de alta en contribución industrial en 27 de noviembre de 1956. Que el establecimiento de tal industria a nombre de persona distinta del titular del contrato de arrendamiento entraña un subarriendo, que al no ser autorizado por el propietario, constituye una infracción contractual que faculta a éste para pedir la resolución del contrato de arrendamiento. Invocó los fundamentos de derecho que creyó aplicables al caso, y terminó suplicando se dictase sentencia declarando resuelto el contrato de arrendamiento del local objeto de autos, condenando al demandado al desahucio del mismo, dentro del término de cuatro meses, con apercibimiento de lanzamiento, y con costas a la parte demandada.

RESULTANDO que admitida la demanda y emplazado el demandado don Francisco Llorens Alonso, compareció en su nombre el Procurador don Jose Cervera Gay, quien mediante escrito de fecha 25 de junio de 1957, contestó y se opuso a la referida demanda, en base a los siguientes hechos:

Primero, segundo, tercero y cuarto. Se aceptan los correlativos de demanda.

Quinto. Que de lo expuesto en el hecho quinto de la demanda solo es cierto que en el local en cuestión se ha abierto una peluquería de señoras, habiéndose inscrito en la contribución industrial a nombre de una hija del demandado, de veinte años de edad, llamada Antonia Llorens Giner, aunque la peluquería de referencia no es de su propiedad, sino del señor Llorens, quien oportunamente solicitó de la Delegación de Industria el correspondiente permiso para la instalación, adquirió los enseres propios de una peluquería de señoras, dispuso la decoración del salón, con su instalación eléctrica, pintura, etc., y es el señor Llorens quien encarga y paga los productos de perfumería para los lavados del cabello, tintura, permanentes, etc. Que también obtuvo a su tiempo la autorización sindical correspondiente de la Delegación Local de Sindicatos.—Que ciertamente, como queda admitido, la contribución industrial de la peluquería gira a nombre de la hija del demandado, soltera y menor de edad, y ello es debido al error de la persona encargada de formalizar el alta, quien supuso que por ser la aludida hija del demandado la que como operaria había de trabajar en la peluquería, la contribución debía girar a su nombre. Y estimando el señor Llorens que ese error carecía de trascendencia, no lo ha rectificado.—Que ese error de inscribir a nombre de la hija del demandado la pelu-

quería en cuestión, a efectos tributarios, podría ser una presunción de que ese establecimiento es propiedad de la aludida hija, si no existieran esos otros hechos que acreditan quien es el verdadero dueño de la industria; que la misma parte actora demuestra lo lógico de su deducción al admitir que el establecimiento de bisutería instalado en la misma planta baja, y cuya contribución gira a nombre de la esposa del demandado, es propiedad de este, mientras que sostiene que la peluquería es de la hija, aunque esta es menor de edad, soltera y siempre ha convivido y dependido económicamente en todos los aspectos de su padre, el hoy demandado don Francisco Llorens.—Que así, pues, rechaza la tesis sustentada por la parte demandante de que el demandado ha subarrendado parte del local de que es arrendatario, por el hecho de que la contribución de la peluquería de su propiedad se haya girado a nombre de su citada hija, pues la verdad es que lo mismo esa industria que la de bisutería son de la exclusiva propiedad de don Francisco Llorens.—Invocó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes, y terminó con la suplica de que se dictase sentencia desestimando la demanda y absolviendo de ella al demandado, con costas a la parte actora.

RESULTANDO que recibidos el pleito a prueba, se practicaron, a instancia de la parte actora, las de confesión judicial, documental y reconocimiento judicial, y a instancia de la parte demandada, las de confesión judicial, documental, consistente en la reproducción de los documentos aportados con el escrito de contestación, y testifical.

RESULTANDO que unidas a sus autos las pruebas practicadas, el Juez de Primera Instancia del número dos de los de Valencia, con jurisdicción prorrogada al número siete, dictó sentencia con fecha 7 de octubre de 1957, desestimando la demanda y absolviendo al demandado, con costas a la parte actora.

RESULTANDO que apelada dicha sentencia por la representación de la parte actora, y sustentada la alzada con arreglo a derecho, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia dictó sentencia, con fecha 5 de mayo de 1958, revocando la apelada y declarando haber lugar a la resolución del contrato, condeno al demandado a que en el término legal dejase libre y a disposición de su propietario, el actor, el edificio objeto de autos, apercibiéndole de lanzamiento a su cargo si no lo verificaba, condenándole también al pago de las costas de primera instancia y sin hacer mención especial en cuanto a las del recurso.

RESULTANDO que por el Procurador don Juan Francisco Diaz Garrido, en nombre de don Francisco Llorens Alonso, y sin constituir depósito por no ser necesario, se ha interpuesto, contra la anterior sentencia, recurso de injusticia notoria, fundado en los siguientes motivos:

Primero. Comprendido en la causa tercera del artículo 136 del vigente texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y denuncia como infringidas, por aplicación indebida, el artículo 114, en su causa segunda, así como también el artículo 1253 del Código Civil y el 161 del mismo Código, ya que no ha sido tenido en cuenta, y, por tanto, no se ha aplicado al caso controvertido.—Que contrariamente a la estimación del Juzgado de Primera Instancia, sostiene y deduce la Sala sentenciadora que existe el subarriendo, y, por tanto, aplica la causa segunda del artículo 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos sin considerarlo, y por ello la infringe, el artículo 161 del Código Civil, que establece en forma categórica que pertenece a los padres la propiedad y usufructo de lo que el hijo adquiere con caudal de los mismos, y la propia sentencia admite como cuestión de hecho que el padre pagó todos los enseres y elementos del negocio de la peluquería, por lo que no se puede contra-

decir precepto legal de nuestro Código fundamental, y que el Juzgado de Instancia acertadamente aplicó para deducir que el usufructo y propiedad de la peluquería es de don Francisco Llorens, y que si, en efecto, existe la solicitud de alta de contribución por parte de la hija, es un acto trascendente a efectos de que este solo hecho pueda hacer presumir un subarriendo, pretensión de la parte demandante.—Que de este razonamiento para fundamentar el fallo por infringir el artículo 1253 del Código Civil, que establece que para estimar la prueba de presunciones, entre el hecho base y el hecho consecuencia ha de existir un nexo lógico, que no se da en el presente caso, máxime cuando el artículo 161 determina en forma clara y concluyente la pertenencia de la propiedad y usufructo de lo que el hijo adquiere con caudal de los padres. Y como parece aportarse la Sala sentenciadora en la doctrina de este Alto Tribunal, citando especialmente la sentencia de 5 de abril de 1956, con su fundamento de hecho completamente distinto, pues en este la madre autorizó a establecer a su hijo el negocio de sastrería, y en el presente caso quien instala, monta y establece la peluquería fue el propio padre, sin que la hija tenga más carácter que el de dependiente o colaboradora del mismo.—Que tampoco puede deducirse que la hija del señor Llorens sea una tercera persona, introducida en el local, puesto que se trata de una hija menor, sujeta a la patria potestad del padre, y que convive, como es natural, con el mismo, todo ello sin perjuicio de que es inexacta la estimación del hecho del segundo considerando de la sentencia recurrida, que afirma que a nombre de la hija y con su firma se solicitó la licencia y alta en el pago de la matricula, pues, como se verá en el siguiente motivo, hay prueba documental que acredita que el padre, don Francisco Llorens, es el que formuló la instancia a la Delegación de Industria y a la Delegación Local de Sindicatos. Que por ello entiende más justa y equitativa la sentencia dictada por el Juzgado número siete, puesto que contempla que una madre en el alta de impuestos, hecho por una menor, no puede prejuzgar la propiedad del establecimiento, sobre todo cuando los restantes elementos de juicio y lo ordenado en el artículo 161 del Código Civil determinan la conclusión de que la propiedad de la peluquería es del padre.—Que de ello resulta evidente que no cabe, por la titularidad contributiva, deducir el subarriendo, puesto que la prueba de presunciones ha de contar con hechos y circunstancias basados sobre los cuales puedan actuar las reglas de la lógica y del raciocinio humano, y exclusivamente, por la solicitud a efectos contributivos, de la hija, sin que ningún factor más conduzca a deducir el subarriendo, sino existiendo elementos contrarios para deducirlo, se quiebra el enlace directo y preciso que exige el artículo 1253 para que la presunción pueda ser apreciada, y si el artículo 161 da resultado, como precepto jurídico, aunque usufructuaria y es propietario de la peluquería creada, no cabe duda que no puede darse el hecho de subarriendo por el simple hecho de la titularidad contributiva.

Segundo. Amparado en la causa cuarta del artículo 136 del vigente texto articulado de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por existir error en la apreciación de la prueba, como se acredita con la prueba documental obrante a los folios 23, 24 y 25 de los autos.—Que la Sala sentenciadora admite, desde luego, que la hija del demandado es la que solicita las altas a efectos contributivos, y parece ser que da por sentado una total intervención de la hija, aunque no llega a afirmarlo, y en contraposición a esta estimación, existen los citados documentos. Que el del folio 23 es una certificación que libra la Delegación de Industria, acreditativa de que don Francisco Llorens Alonso formuló instancia solicitando

de la presente la necesidad de suministro para la casa de José Antonio, 78, de Godalla, para alumbrado y secapelo fijo y portátil, con destino a peluquería de señoras; el del fijo y portátil, con destino a peluquería de fello 24, se refiere a la reclamatoria vista de inspección que se entiendo con don Francisco Llorens Alonso y en su domicilio; el fello 25 está la contestación del Delegado Local de Sindicatos, a favor de don Francisco Llorens Alonso, sobre autorización de apertura de una peluquería de señoras. Que no relaciona los restantes documentos, puesto que el hecho de haber adquirido todos los enseres está admitido por la Sala, y destaca aquellos cuya titularidad corresponde al arrendatario y hoy recurrente, para poner de manifiesto que no toda la documentación se libre a nombre de la hija, sino que solicitudes tan importantes como la instalación eléctrica y permiso de apertura figuran a nombre del titular del arrendamiento, que es prenda fundamental de hecho, que el Juzgado de Instancia estimó en su justo valor, y la Sala sentenciadora presiona, para atemperar el fallo a la fundamentación determinada en sus considerandos:

RESULTANDO que admitido el recurso por la Sala, y dado traslado del mismo a la parte recurrente, a los efectos previstos en el artículo 139 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, lo llevó a efecto en su nombre el Procurador don Carlos de Zulueta Cebrían, quien mediante escrito impugnó el referido recurso, alegando:

Al motivo primero. Que no existe la infracción que se alega, y este motivo trasciende de su propio enunciado, pretendiendo desvirtuar los hechos que la sentencia da como probados, tras el análisis de las pruebas practicadas y de los documentos aportados. Que la impugnación de tales hechos no puede ser jamás motivo de un recurso que se anpára en supuesta infracción local.—Que el artículo 114, párrafo segundo, de la Ley de Arrendamientos ha sido debidamente solicitado por la Sala sentenciadora, siendo inoperante la cita del artículo 1.253 del Código Civil, porque la misma no sólo ninguna presunción, sino que llevó a su convencimiento tras el análisis de las pruebas practicadas y de los documentos aportados, siendo soberana la Sala sentenciadora en la apreciación conjunta de la prueba practicada y de los documentos aportados, a la vista de los cuales la Sala ha formado su convicción.—Que es inoperante la cita del artículo 161 del Código Civil, porque el día 10 de enero de 1957 la hija del inquilino es de mayor edad, porque, de conformidad con el artículo 160 del propio Código, los bienes que el hijo no emancipado haya adquirido o adquiera con su trabajo o industria pertenecen al hijo en propiedad.—Que en el caso presente resulta que dona Antonia Llorens Giber tenía el oficio de peluquera y trabajaba con anterioridad en Valencia, por lo que podía tener medios propios para la instalación del negocio, y además, como razona la Sala, es lógico y normal que el padre adquiriera los bienes para la instalación de un negocio para un hijo y cuyo importe puede ser donado u objeto de posterior reintegro, circunstancias indiferentes para el propietario, que es ajeno a tales relaciones.—Que este Tribunal Supremo ha dictado numerosas sentencias en casos semejantes al presente de locales arrendados en las que un hijo del inquilino ha instalado otro negocio.—Cita el recurrente la sentencia de 3 de abril de 1956 y dice que la misma declara que la transferencia por la arrendataria de un local destinado a bar de parte del disfrute de las dependencias del mismo local utilizadas como vivienda de aquella y de su hijo, que con ella convive, para la instalación por éste de un negocio de sastrería, constituye un subarriendo, sin que pueda estimarse que por no poderse considerar al hijo como un tercero respecto de la arrendataria, ni existe pago de precio, dicho subarriendo no existe por cuan-

to la jurisprudencia de manera reiterada y acorde viene produciéndose en el sentido de que la introducción en el disfrute de la cosa arrendada a espaldas del arrendador y sin su consentimiento, de una tercera persona totalmente diferente del arrendatario, es un subarriendo, independientemente del parentesco más o menos inmediato que entre ellos medie, y sin que para la estimación de tal transferencia del disfrute de la cosa arrendada en parte sea obstáculo el que las características en cuanto a término y precio consten concretamente, pues basta para ello que pueda admitirse por presunción. Al autorizar la arrendataria a su hijo a que en una de las habitaciones del local arrendado para bar instalara un negocio de sastrería para explotarla para sí, realizó una transferencia de parte del disfrute de la cosa que lleva en arrendamiento, que no podía realizarse sin contar con la autorización expresa y por escrito de los arrendadores; y la de 18 de enero de 1957 dice en el caso resuelto por la misma, el padre arrendatario se dio de baja en el negocio de mesonería, dándose de alta a nombre de la hija. El padre continuó viviendo en el local y a su nombre se continuaron pagando los recibos de agua y luz; que este Tribunal, dando lugar al recurso, estimó que se había producido cambio personal en la relación arrendaticia a espaldas de la propiedad, que es lo que la Ley sanciona con la resolución del contrato, sin que empiece a ello, que continúe viviendo en el local o el antiguo mesonero, ni que sigan girando a su nombre los recibos de agua y luz, porque éstos no desvirtúan el replazo subjetivo operado, por ser doctrina reiterada de esta Sala, que se incurre en la causa resolutoria siempre que en el local se sirva en provecho propio persona extraña al arrendatario, y sin que importe el medio empleado para la transmisión ni que el antiguo usuario comparta la ocupación; la de 21 de enero de 1957 dice: Que arrendado un teatro, el inquilino indicó al Ayuntamiento que el concierto del Impuesto de Lujo pasaba a nombre de su hijo, y a nombre del mismo se pagaron los arbitrios de vigilancia, rotulas y contribución industrial. Razona el Supremo que el concepto de empresario lo lleva implícito el pago de los impuestos, ya que es el mero ejercicio de la industria lo que sirve de base a la exigencia de los impuestos que a ella se refieren, y lo que da a quien la ejerce el carácter de empresario de la misma; y en cuanto a los documentos que acreditan que quien mantuvo relación con tercero fué el padre arrendatario, esto puede obedecer a motivos de conveniencia propia, de su hijo, o de ambos, pero no sirve para desvirtuar el hecho de sustitución en el disfrute de la cosa arrendada por persona extraña al contrato de arrendamiento; la de 6 de febrero de 1958, que arrendando un local para venta de vinos y ultramarinos se estableció en él un estanco a nombre de la hija del inquilino. Se alegó en el recurso que la hija era soltera, que vivía con su padre y que los productos del establecimiento van en beneficio del titular arrendatario. Estos argumentos son insostenibles, porque, como declara este Tribunal, el arrendamiento es la cesión del uso de la cosa, y estando atribuida por el dueño a una persona, no le es dable a éste transmitir su goce sin autorización del propietario, por ser acto que corresponde al arrendador, y cuando sin contar con el dueño se introduce tercera persona, esto es, sujeto extraño a la relación jurídica arrendaticia, bien en la total ocupación del local o en parte del mismo o la comparte con el arrendatario, se ha operado un traslado en el goce o uso que la Ley sanciona con la resolución del contrato, sin que empiece a obstar a tal decisión vínculos familiares o razones de índole económica, porque el uso es privativo del que lo ha obtenido, por el que legítimamente

está facultado para cederlo, y toda cesión hecha sin intervención del dueño, significa extralimitación de las atribuciones conferidas limitadas al goce de la cosa en nombre propio, y de aquí que el precio sea indiferente, por lo que la sustitución posesoria no puede hacerse ni aún a título gratuito, ni tampoco justifica ni desvirtúa el acto antilegal, el hecho de que el tercer beneficiario, o sea la persona que percibe la utilidad del negocio instalado a espaldas del arrendador, la renuncia o disponga en favor del titular usuario porque éstas son circunstancias de índole privada entre el arrendatario y cesionario, ajenas al propietario que en nada afecta ni altera el vínculo cuya integridad o mantenimiento exige la Ley, tal como hubiera sido estipulado por el arrendador, por lo que, todo cambio subjetivo implica la transgresión que prevé el artículo 149 (hoy 114) de la Ley, ya que se sirve de local persona distinta del usuario.

Que la doctrina sentada en las sentencias referidas es de completa aplicación al caso opresente, y por ello entiende que la hija del arrendatario es la titular del negocio de peluquería que gira a su nombre, y que como tal empresario satisface los impuestos correspondientes, no afectando al propietario el que los beneficios del negocio puedan ir a parar al titular del arrendamiento.

Al motivo segundo.—Contra los documentos que se citan de contrario, invoca las certificaciones de la Ecencia de apertura solicitada por dona Antonia Llorens Giber, hija del inquilino, así como el alta de Contribución Industrial, firmada también por la misma, y el hecho, apreciado por la Sala tras el análisis de todas las pruebas y documentos, de que la peluquería instalada en el local arrendado es de la hija del inquilino, conocedora del oficio, y quien la atiende como tal propietaria.

Que además los documentos que se citan no tienen el carácter de documentos auténticos.

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Manuel Ruiz Gómez:

CONSIDERANDO que entre los hechos de haber solicitado la hija a su nombre y con su firma, licencia al Ayuntamiento para la apertura del establecimiento de peluquería, y alta en el pago de la contribución y el de que ella explote por su cuenta y responsabilidad dicho establecimiento, no hay el enlace preciso; es decir, hijo, exacto, cierto; ni directo, o sea sin desviaciones, según la sana crítica, indispensable por disposición del artículo 1.253 del Código Civil, para que las presunciones no establecidas por la Ley, sean apreciables como medio de prueba; y menos puede afirmarse ese enlace calificado, si se tiene en cuenta que, frente a la presunción apreciada, en la sentencia recurrida, se interponen los hechos, también probados, según esa sentencia de que el padre, bajo cuya potestad y dependencia económica vivía la hija menor de edad, carente de bienes, fué quien adquirió todos los enseres y aparatos necesarios para el ejercicio de la industria establecida; y los probados documentalmente de haber solicitado el padre a su nombre y a él concedido, para su instalación eléctrica de la industria de peluquería, autorización para conectar dicha instalación con las redes de la Empresa suministradora de la energía de tal clase; y el de haber solicitado y obtenido a su nombre, autorización de la Delegación Sindical local, para apertura de la peluquería, hechos de los cuales, puede deducirse por enlace más preciso y directo, presunción contraria a la deducida como fundamento del fallo recurrido:

CONSIDERANDO que en consecuencia, con el fallo indicado, se ha infringido, por violación, el citado artículo 1.253 y el 114 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, al aplicarlos al caso indebidamente,

infracciones que alegadas como causa del recurso obligan a dar lugar a éste:

CONSIDERANDO que menos fundamento todavía que la presunción crítica anterior, tiene la suposición de la sentencia recurrida, de que el padre quiso llevar a cabo la emancipación económica de la hija «con vistas a su mayoría de edad», próxima, porque tal suposición no se apoya en hecho probado alguno, ni para hacerla se aduce ninguno.

FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de injusticia notoria interpuesto por don Francisco Iboréns Alonso contra las sentencias dictadas por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia con fecha 5 de mayo de 1958, y, en su lugar, confirmamos la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de dicha capital en 7 de octubre de 1957, sin especial mención de las costas de la segunda instancia ni de las de este recurso; y librese 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», pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Manuel de la Plaza.—Manuel Ruiz Gómez.—Antonio de V. Tutor.—Baltasar Rull (rubricados).

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

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION

OCAÑA

Don Isidro Yébenes Lara, Juez comarcal en funciones de Juez de Primera Instancia de este partido.

Por el presente edicto hago saber: Que en este Juzgado se tramita expediente sobre declaración de fallecimiento de Alberto Juárez Sánchez Pobre, natural y vecino que era de Yepes, hijo de Anselmo y de Eusebia, casado con Patrocinio Villafuertes Cuesta, que según se dice murió de las heridas recibidas en bombardeo el día 3 de enero de 1938 en la estación de La Granjuela.

Lo que se hace público a los efectos prevenidos en el artículo 2.042 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Dado en Ocaña, a 26 de agosto de 1960. El Juez, Isidro Yébenes Lara.—El Secretario, Adrián García.—7.263.

y 2.º 24-9-1960

SANTANDER

Don Francisco Obregón Barreda, Magistrado, Juez de Primera Instancia número uno de Santander.

Hago saber: Que en este Juzgado de Primera Instancia número uno se tramitan autos de juicio ejecutivo, a instancia de la Sociedad Anónima de Crédito Banco de Santander, contra don Guillermo Zatarain Fernández, mayor de edad, casado, propietario y de esta vecindad, y contra su esposa, doña María Luisa Gutiérrez Arce, también mayor de edad, sin profesión especial y de la propia vecindad, en reclamación de dos millones doscientas sesenta y ocho mil ciento nueve pesetas con diecinueve céntimos, importe del principal de una cuenta de crédito, más los intereses legales y costas para todo lo que se han calculado otras trescientas cincuenta mil pesetas; en cuyos autos se embargó, tasó pericialmente y

saca a segunda y pública subasta, por término de veinte días, con rebaja del 25 por 100 de la tasación, y como de la pertenencia de dicha parte ejecutada, el siguiente inmueble:

Una casa, con entrada por la calle de Isabel II, de esta ciudad de Santander, en cuya calle le corresponde el número veintidós de gobierno, compuesta de sótano, planta baja y entresuelo, cinco plantas, ático y torre, destinada al sótano, planta baja y entresuelo a usos comerciales, y el resto, a viviendas de alquiler, constando de dos viviendas por planta, siendo la última planta un ático, también repartido en dos viviendas, estando en posesión la que hace esquina de una planta superior, que es la que forma la torre, comunicadas interiormente por una escalera. En líneas generales, cada vivienda se compone de vestíbulo, con un pasillo de comunicación al resto de las piezas, como son los dormitorios, comedor, baño, cocina, dormitorio de servicio y cuarto de aseo. Ocupa una superficie de doscientos treinta y cuatro metros cuadrados, y linda: al Este o frente, con dicha calle de Isabel II; al Sur o izquierda entrando, calle de Cadiz; al Norte o derecha, también entrando, casa de don José Sacadas Abarca, y al Oeste, espaldada de la casa de don Clemente López Marañón.

La casa descrita ha sido tasada pericialmente en la cantidad de nueve millones noventa y cinco mil cuatrocientas treinta y cuatro pesetas.

La subasta tendrá lugar en la Sala Audiencia de este Juzgado el día tres de noviembre próximo, a las doce horas, advirtiéndose que la certificación de cargas que suple los títulos de propiedad de dicho inmueble está de manifiesto en la Secretaría de este Juzgado para que puedan examinarla los que quieran tomar parte en la subasta, debiendo conformarse con tal titulación los licitadores, sin que tengan derecho a exigir ninguna otra; que no se admitirá postura que no cubra las dos terceras partes del tipo de la subasta, pudiendo hacerse a calidad de ceder el remate a un tercero; que para tomar parte en la subasta habrá que consignar previamente el diez por ciento, por lo menos, del valor de dicho inmueble, y que las cargas y gravámenes anteriores y los preferentes, si los hubiere, al crédito del actor continuarán subsistentes, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate.

Y para su inserción en el «Boletín Oficial del Estado» se expide el presente en Santander a doce de septiembre de mil novecientos sesenta. El Secretario, Antonio Alvarez Rodríguez.—El Juez de Primera Instancia, Francisco Obregón Barreda.—7.519.

TARAZONA

Don Miguel Español la Plana, Juez de Primera Instancia e Instrucción de esta ciudad de Tarazona y su partido.

Hago saber: Que en cumplimiento de lo ordenado por la superioridad en Orden de 29 de enero último, y de conformidad con lo dispuesto en el Decreto de 29 de mayo de 1911 y demás disposiciones complementarias, se ha procedido al expurgo ordinario de todos aquellos asuntos que llevan archivados más de treinta años y al extraordinario de los asuntos que se indican a continuación, todos ellos tramitados con anterioridad al 1 de enero de 1944:

1.º Los de índole criminal en los que no hubiere declaración de derecho de orden civil, distintos de la mera indemnización de daños y perjuicios.

2.º Los asuntos de índole social con excepción de los que tuvieron por objeto contratos de trabajo y los de arrendamientos rústicos.

3.º Papeles y documentación de índole gubernativa de carácter intrascendente y sin posible clasificación.

Lo que se publica por medio del presente, que se insertará en el «Boletín Oficial del Estado», para conocimiento de los interesados o sus herederos, a los fines procedentes.

Dado en Tarazona a diecisiete de septiembre de mil novecientos sesenta.—El Juez, Miguel Español la Plana.—El Secretario (ilegible).

3.342.

VILLALBA (LUGO)

Don José María Sánchez Sal, Juez de Primera Instancia del partido de Villalba (Lugo).

Hago saber: Que en este Juzgado se tramita expediente a instancia de don Nicolás Novo Roca, para la declaración de fallecimiento de su tío don José María Novo Roca, nacido en la parroquia de Sambrojome de Parga, del término de Guítriz, el día 22 de febrero de 1864, hijo legítimo de Angel y de Concepción, desde donde se ausentó para Cuba en el año 1917, sin que se tuviesen más noticias del mismo.

Lo que se hace público a los efectos del artículo 2.042 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Villalba, 3 de agosto de 1960.—El Juez, José María Sánchez Sal.—El Secretario (ilegible).—7.277. y 2.º 24-9-1960

E D I C T O S

Juzgados Civiles

Por el presente, que se expide en virtud de providencia dictada en el día de hoy por el señor Juez de Instrucción del Juzgado número 3 de Madrid, en la ejecutoria del sumario 142 de 1959, seguido por apropiación indebida contra César Doblaré Trillo, se hace saber al perjudicado don Eduardo Calderón Torres, que tuvo su domicilio en la calle Virgen de la Fuencisla, 36 (Camillas), que por sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid en dicho sumario con fecha 16 de noviembre de 1959, se condenó al inculpado, César Doblaré, a que en concepto de indemnización le satisficiera la cantidad de 12.706 pesetas, estando declarado insoportable el penado.

Dado en Madrid a 17 de septiembre de 1960.—El Secretario (ilegible).—3.335.

* * *

Don Andrés Gallardo Ros, Magistrado, Juez de Instrucción del Juzgado número 15 de los de esta ciudad.

Por el presente hace saber: Que en este Juzgado se sigue sumario con el número 410 de 1960, sobre lesiones y daños en el autocar de servicio público matriculado 649-FS-75, de la propiedad de la «Société Générale des Transport/ Départementaux», en el que por auto de esta fecha he mandado se cite ante este Juzgado por medio del presente al conductor de dicho vehículo Galvez Albert Asperre, cuyo actual paradero se ignora, a fin de que comparezca ante este Juzgado dentro del plazo de diez días, a partir de la publicación de este edicto en los periódicos oficiales, a fin de recibirle declaración.

Al propio tiempo se hace por medio del presente al propietario de precitado vehículo, cuyo paradero igualmente se ignora, el ofrecimiento de las acciones del artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Dado en Barcelona a 14 de septiembre de 1960.—El Juez, Andrés Gallardo.—3.327.