

IV. Administración de Justicia

TRIBUNAL SUPREMO

SALA PRIMERA

Sentencias

En la villa de Madrid a 24 de noviembre de 1960; en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Bilbao y en grado de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, por doña María Teresa Tellería Arana, mayor de edad, viuda y vecina de Apatamonasteria, como representante legal de su hijo menor Luis Urrengoechea Tellería, con doña Mercedes Yohn Urigüen, mayor de edad, viuda y vecina de Bilbao, sobre nulidad de operaciones divisorias 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 Juan Corujo López-Villamil y dirigida por el Letrado don Emilio Gómez Orbaneja; habiendo comparecido en el presente recurso la parte actora y recurrida, representada por el Procurador don Francisco de Murga Serret, y dirigida por el Letrado don Manuel Reventós:

RESULTANDO que por el Procurador don Germán Pérez Salazar, en nombre de doña María Teresa Tellería Arana, que actúa en concepto de representante legal de su hijo menor de edad Luis Urrengoechea Tellería, y mediante escrito que por reparto correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 3, de los de Bilbao, se dedujo demanda contra doña Mercedes Yohn Urigüen, sobre nulidad de operaciones divisorias y otros extremos, y cuya demanda basó sustancialmente en los siguientes hechos:

Primero. Que según resulta de las certificaciones del Registro Civil que presenta:

a) Luis Urrengoechea Tellería, hijo de la actora, es nieto de Florencio Luis Urrengoechea y Aguirre, fallecido en Bilbao el 22 de septiembre de 1947.

b) Que la actora ostenta ahora la representación legal de su dicho hijo por la edad de este, nueve años, y haber fallecido con anterioridad su padre, don Sabino Andrés Urrengoechea y Aresti.

c) Que don Florencio Urrengoechea Aguirre estuvo casado en primeras nupcias con doña Julia Ana Aresti, con la que tuvo un solo hijo, el llamado don Sabino Andrés Urrengoechea Aresti; y en segundas nupcias con doña Mercedes Yohn Urigüen, la aquí demandada, sin tener sucesión.

Segundo. Que según enseña el certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad que aporta, el señor Urrengoechea Aguirre falleció bajo el testamento abierto que había otorgado el 21 de septiembre de 1947 ante el Notario de Bilbao, señor Arenal, del que presenta copia autorizada. Que en él el causante declaró, aparte de sus circunstancias de familia ya expuestas, que cualesquiera adquisiciones que figuraban hechas por su esposa con posterioridad a su matrimonio habían sido efectuadas con fondos de ella, y que, por lo tanto, al establecer la liquidación de la sociedad conyugal se debía partir de esa su afirmación, considerando como bienes propios de la misma los que figurasen a su nombre y entendiendo por privativos del marido los que lo estuviesen

al suyo, que eran solamente dos pisos de la avenida de José Antonio, de Bilbao, y que sentaba la anterior por imperativo de su conciencia, ya que «no se propone favorecer a su esposa, aun cuando es bien acreedora a ello, sino realizar un acto de justicia para no gravar su conciencia e impedir que se grave la de su nieto o representantes». Disponiendo de sus bienes, instituyó heredera a su esposa del tercio de libre disposición de la herencia en pleno dominio, además de lo que la correspondiera por la cuota viudal usufructuaria, y en el remanente instituyó heredero a su nieto Luis Urrengoechea Tellería, nombrado albaceas testamentarios a su esposa y a su sobrino político don José Domingo de Osma y Cortés, Conde de Vistaflores, y contador particular al último.

Tercero. Que la partición de la herencia del señor Urrengoechea Aguirre se causó mediante la escritura otorgada el 9 de febrero de 1949 ante el que fue Notario de Bilbao don Indalecio María Martínez de Bedoya. Que el inventario general de los bienes relictos ascendió a pesetas 8.362.081,17, y el haber asignado al nieto supone 496.969,88 pesetas. Se han distinguido estos grupos de bienes: enajenaciones de inmuebles realizadas por el señor Urrengoechea, 283.750; inmuebles por él aportados que se conservan, pesetas 294.000; bienes aportados por doña Mercedes Yohn que se conservan, pesetas 4.368.023,65; bienes aportados por doña Mercedes que han sido canjeados o convertidos por otros, 793.798,75 pesetas; bienes de doña Mercedes que han sido amortizados y reembolsados, 150.589,61 pesetas; bienes de doña Mercedes que fueron vendidos, 587.432,19 pesetas; bienes adquiridos por doña Mercedes por subrogación real de otros parafernales, de un coste de 317.294,60 pesetas y evaluados en pesetas 1.802.466,50, y otros bienes aportados por doña Mercedes, 111.162 pesetas. Que las adjudicaciones hechas a don Luis Urrengoechea Tellería, en pago de su haber antes citado, fueron: en metálico, pesetas 29.969,88; los pisos sexto derecha y séptimo derecha de la casa número 54 de la avenida de José Antonio, de Bilbao, adquiridos por el causante en 1942, por 94.000 y 80.000 pesetas, respectivamente, con un total de 174.000 pesetas; la mitad indivisa de la finca de Goroncica, con sus pertenecidos, número 60 del Inventario, que el causante había adquirido al fallecimiento de su primera esposa, evaluada en 111.000 pesetas; la otra mitad de la finca de Ibarruri, con sus pertenecidos, número 61 del Inventario, que había adquirido el causante por el mismo medio, evaluada en 163.000 pesetas. Que todos los restantes bienes relictos fueron adjudicados al conyuge viudo.

Quarto. Que doña Mercedes Yohn ha disfrutado siempre de una excelente posición económica. Pero no es menos cierto que cuando don Sabino Andrés Urrengoechea casó con la actora, su padre don Florencio Luis se disgustó gravemente, adoptando desde entonces, por sí o bajo el impulso de su esposa, todas las medidas que estaban a su alcance para su hijo y la sucesión que pudiera tener obtuviesen en su herencia la porción más reducida que fuera posible. Que esta última afirmación la deduce de estos hechos:

a) Don Florencio Luis de Urrengoechea y Aguirre, que residía en Amorebieta, territorio en que rige la legislación civil del Fuero de Vizcaya, vivió como esta presidió el régimen económico de su primer matrimonio, entre cuyas instituciones características figura la de que al disolver la sociedad conyugal y por virtud de la llamada «comunicación foral», todos los bienes de los cónyuges, los privativos suyos y los comunes (los gananciales del Derecho ordinario), se parten por mitad, recibiendo una de ellas el cónyuge sobreviviente y constituyendo la otra la herencia. Así, cuando en la partición de 1949 que da origen a este pleito se reseña el título de adquisición por partes del causante de las mitades indivisas de unas fincas de Goroncica e Ibarruri, se anota que en ambos lo fué el de comunicación moral por el fallecimiento de su esposa. Que ante ello, y para evitar entrar también en juego la comunicación con los bienes de su segunda esposa, no al contraer su matrimonio con éste, sino mucho después, el 21 de diciembre de 1945, según anota en su testamento, causó ante el Juzgado Municipal de Amorebieta la declaración de estar sujeto al Derecho común, para evitar, como dice, «toda duda respecto al particular».

b) De las enajenaciones de bienes inmuebles realizadas por el causante, que la partición cifra en 283.750 pesetas, salvo unas efectuadas en 1942, las demás, desde luego, las de mayor importancia, tuvieron lugar en 1945 y 1947 (el matrimonio dicho de la actora se concertó en 1943 en precios escriturados muy bajos con relación a su valor, con lo que, si bien podrá todavía forzarse a la herencia a responder del verdadero valor de las fincas, nunca se llegará a atribuir al nieto y heredero el valor que habrían representado las fincas de conservarse éstas).

c) Doña Mercedes Yohn, en espléndida posición económica, no necesitaba que su marido le legara el tercio de libre disposición de la herencia, y menos todavía que la cuota legal usufructuaria. En cambio, el nieto del causante carece de todo recurso. Que el causante concedió a su esposa el máximo que la podría otorgar legalmente, y a su nieto la porción mínima que le reserva la ley.

d) Que las declaraciones hechas en el testamento por el señor Urrengoechea no pueden admitirse en cambio, sino en cuanto resulten justificadas, ya que dentro de otro modo se habría dado con una fácil salida para burlar el régimen de legitimas establecido en el Código Civil.

Quinto. Que luego de cuanto se deja expuesto llega ya al meollo de la cuestión planteada en este pleito, en el que estimamos que la partición causa un grave e injustificado perjuicio al nieto del causante, la impugna por estos motivos concretos:

a) «Adición al Inventario»: que el causante poseía una amplia y valiosa colección de sellos de correos, que era bien privativo suyo. Un conocido aficionado que la examinó la estimó en el valor de unas 500.000 pesetas. Pero en el Inventario del caudal relicto se ha prescindido de ella, por lo que deberá completarse al mismo con esta adición, para distribuir el bien entre los herederos, en la proporción fijada en el testamento, esto es, de un tercio para la viuda y de los dos tercios para el

pleto, sin perjuicio de la cuota viudal usufructuaria correspondiente a aquélla.

b) Liquidación de la sociedad conyugal. Que por el estado matrimonial del causante, la determinación del caudal de su herencia sólo puede hacerse tras las operaciones de liquidación de su sociedad conyugal, que en este caso constan hechas, en la partición de 1949, por el contador partidor y la ciudad del causante; pero en esa liquidación, y en la consiguiente determinación del haber de la herencia se ha obrado a juicio de la parte actora, infringiendo las normas legales de aplicación, con el deliberado y único propósito de cercenar el haber resultante para el nieto, aun más allá de lo dispuesto en el testamento y permitido por la ley. Que el punto principal de la liquidación lo constituye un grupo que la partición denomina «Bienes adquiridos por doña Mercedes Yohn por subrogación real de otros parafernales», un lote de veinte partidas de valores (acciones del Banco de Vizcaya, «Eléctrica de Viesgo», «Euskalduna», «F. C. Vasco-Asturiano», «Ibarruero», «Papelera Española», «Seguros, La Polar», «Unión Cerrajería», «Unión Resinera Española», «Industrial Resinera», Banco Hispano Colonial, Banco de Bilbao, Babcock and Wilcox y Banco Guipuzcoano), evaluadas en 1.802.467,50 pesetas, pero cuyo coste ascendió solamente a 317.294,60 pesetas, conforme a la propia partición. Que según ésta, tales valores fueron adquiridos con fondos pertenecientes a doña Mercedes y son de ella; el actor sienta: que no puede admitir tal afirmación sin la prueba correspondiente, que demuestra que la adquisición se legalizó con fondos de doña Mercedes que no tuvieron el carácter legal de gananciales, y que, aun de haberse adquirido con bienes privativos de ella, si medió una actividad de los cónyuges o de cualquiera de ellos para decidir sobre la conveniencia o no de la adquisición, entonces procedería atribuir a doña Mercedes única y exclusivamente el crédito por el preciso importe invertido en la adquisición derivando el notable incremento de valor antes registrado para la sociedad conyugal, y por ende, en una de sus mitades, a la herencia del señor Urrengoechea. Que antes de formalizar la partición ahora impugnada por la parte actora, el albacea testamentario y la viuda del causante encomendaron a Notario señor Arenal el estudio y práctica de las operaciones divisorias del caudal, con la consiguiente liquidación de la sociedad conyugal. Entonces el señor Arenal preparó el proyecto de la copia que incluye (documento núm. 9), del que resultaba que la sucesión del causante recibía del consorcio conyugal bienes por 1.066.504,43 pesetas, que unidas a las 422.750 pesetas del caudal privativo del marido hacían que la herencia de éste se reintegrara por pesetas 1.489.254,43, frente a las 834.163,03 pesetas de la partición de 1949, que da lugar a este litigio; y es que en el proyecto de partición del señor Arenal, ajeno, claro es, a todo interés por cualquiera de las partes, se consignaba que cuando ninguna duda abriga el contador partidor de ser ciertas estas manifestaciones—aludía a las de testamento del causante—, pero ante la imposibilidad de acreditarlas de una manera auténtica, mediante la correlativa venta y compra, tiene que atenerse a lo dispuesto en el artículo 1.407 del Código Civil, que dice se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer, y tratar, por tanto, de acreditar las aportaciones por uno y otro cónyuges realizadas». X por este motivo, el proyecto no consideraba como bienes parafernales ninguno de los que se incluyen en esta partida de este grupo g) de la partición llevada a cabo en 1949, después de rechazarse por doña Mercedes el cri-

terio del señor Arenal, ateniéndose a otros pareceres que la fueron más favorables.

c) «El usufructo del tercio de mejora». Que en la partición impugnada se estima que el 20 por 100 de la parte respectiva, el tercio de mejora, el valor del usufructo viudal. Se ha obrado así de acuerdo con lo establecido al efecto en el Reglamento de Impuesto sobre Derechos Reales y transmisión de bienes, que opera exclusivamente sobre los valores atribuibles a los bienes, lo que no puede provocar objeción alguna. Pero a seguida, en lugar de causar las adjudicaciones pertinentes en nuda propiedad al nieto y en usufructo al cónyuge viudo, se toma esa mera valoración para modificar los términos de la institución de herederos y de adjudicación, dividiéndose el tercio de mejora en dos porciones, que se dan en pleno dominio, una del 80 por 100 para el nieto y la otra del 20 por 100 para la viuda. Que la parte actora, estimando que por la edad de la demandada se infliere de ese modo de obrar y notorio perjuicio para el menor cuyos intereses defiende su madre, impugna también esa extralimitación del contador partidor.

d) «Las enajenaciones de bienes inmuebles hechas por el causante». Que en la partición, los bienes privativos del causante se estiman en 294.000 pesetas por los que se conservan a su fallecimiento, y otras 283.750 pesetas por el precio obtenido con las ventas de que se hace mérito en el grupo a) de la relación que el propio cuaderno particional contiene; luego, añadiéndose al total resultante de esa fortuna privativa del marido (577.750 pesetas), las 256.413,03 pesetas que recibe la herencia de la sociedad conyugal, se cifra la última en las 834.163,03 pesetas, que se distribuyen del modo antes dicho. Pero como ya se ha indicado anteriormente, y aunque prescindida de los bienes vendidos antes del matrimonio de la actora con el hijo del causante, hay unas ventas cuyo precio escriturado no puede admitir represente el valor real de la transmisión, como son las hechas de 1945 en adelante. Que así, en el número 5 de tal grupo a) se relaciona la venta hecha en 22 de octubre de 1945 del chalet que tenía el finado en Amorebieta, con terreno solar huerta y jardín de 3.040 metros cuadrados de extensión y un terreno solar anejo de 699,04 metros cuadrados, que apareca vendido a don Jorge y don Victoriano Goiría en la suma de 75.000 pesetas, insignificante en relación con el valor normalmente atribuible a la finca de que se trata. Que al número 7 se registra la venta de la lonja izquierda de la casa número 54 de la avenida de José Antonio, de Bilbao, hecha a doña Adela Beitia y don Santos Yeregui el 31 de enero de 1947 en 155.000 pesetas, importe éste que tampoco representa el valor del inmueble en la época de su transmisión. Que impugnada, pues, la certeza de esos precios, en lo que afecta a esta sucesión, reclama que el importe que debe atribuirse al marido en la liquidación de la sociedad conyugal por la venta de esos bienes ha de ascender a las sumas que, por encima de los precios confesados escriturariamente, se estimen como normales en la prueba pericial que se practique en este pleito. Invocó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictase sentencia por la que, estimando la demanda, se declarase:

Primero.—Que la partición de los bienes relictos al fallecimiento de don Florencio Luis Urrengoechea Aguirre, constante en escritura pública otorgada el 9 de febrero de 1949, debía completarse o adicionarse incluyendo en su inventario, como bien privativo del señor Urrengoechea, la colección de sellos de correos que éste poseía para su distribución entre los herederos de aquél, a razón de una tercera parte en pleno dominio para su nieto Luis Urrengoechea Tellería, otra tercera parte para el mismo en nuda pro-

piedad, y en usufructo para el cónyuge viudo, y la tercera parte restante para este último en pleno dominio.

Segundo.—A) Que el grupo de valores que a la partición denominada «bienes adquiridos por doña Mercedes Yohn, por subrogación real, de otros parafernales», cuyo coste de 317.294,60 pesetas, y que han sido evaluados en aquélla en pesetas 1.802.477,50, atribuyéndoseles el carácter de parafernales, no tienen esta condición, sino la de gananciales del matrimonio.

B) Que en su virtud, debía corregirse la partición de modo que, esperando esos bienes de los privativos de la esposa, jueguen en ella como bienes gananciales, atribuyéndose su mitad a la herencia del esposo, y distribuyéndose esta última, a razón de una tercera parte en pleno dominio para su nieto, Luis, otro tercio a esta nuda propiedad y en usufructo a su viuda, y la tercera parte restante a doña Mercedes, en pleno dominio.

Tercero.—Que son nulas las adjudicaciones hechas por razón del tercio de mejora, correspondiente en nuda propiedad al nieto del causante, y en usufructo a su viuda, por haberse abonado al capital sin la anuencia del primero; y que, por ende, debían rectificarse en el sentido de atribuir los bienes que corresponden a cada uno de esos herederos, al nieto en nuda propiedad y a la viuda en usufructo.

Cuarto.—Que el importe de 283.750, que se atribuye en la partición a la herencia del marido por las enajenaciones de bienes inmuebles, por él realizadas, debían añadirse las sumas que se justificasen como pertinentes en el período de prueba, como justos precios percibidos en las épocas en que las enajenaciones tuvieron lugar, en cuanto a las fincas de los números 5 y 7 del grupo a) de la relación inserta en el cuaderno particional citados en el apartado d) del hecho quinto de la demanda b) que ese mayor valor parte íntegramente de la herencia, se distribuirá entre el cónyuge viudo y el nieto del causante en la proporción establecida en el apartado b) del número segundo de esta súplica.

Quinto.—a) Que por los defectos que recogen los extremos segundo al cuarto de esta súplica queda rescindida la partición de los bienes relictos al fallecimiento del señor Urrengoechea por lesión de su nieto en más de la cuarta parte; partición que, en todo caso, se declara nula por haberse hecho, en cuanto a los por menores anotados y los que con ellos se relacionan, singularmente la liquidación de la sociedad conyugal, con infracción de las normas legales de necesaria observancia, citadas en los fundamentos de derecho del escrito de demanda.

b) Que en su virtud debía procederse a formalizar una nueva liquidación de la sociedad conyugal, y partición de la herencia, con arreglo a las bases que resultan de las anteriores declaraciones, y por acuerdo de la demandante y la demandada y en su defecto, por decisión de la autoridad judicial. Condenando a las partes a estar y pasar por las precedentes declaraciones y a cuanto de ellas se deduzca o infliera necesariamente a la demanda al pago de todas las costas:

RESULTANDO que admitida la demanda y emplazada la demandada doña Mercedes Yohn Urriegen, compareció en su nombre el Procurador don Isaias Vidarte Arechavala, quien mediante escrito que presentó con fecha 13 de mayo de 1953, contestó a la referida demanda en base a los siguientes hechos:

Primero.—Que según resulta de las certificaciones del Registro Civil acompañadas con la demanda como documentos 1 al 5, don Luis Urrengoechea Tellería, hijo de doña María Teresa Tellería Arana, es nieto de don Florencio Luis Urrengoechea y Aguirre, que falleció en Bilbao el 22 de septiembre de 1947; por haber fallecido don Sabino Andrés Urrengoechea y Aresti, padre del referido don Luis Urrengo-

echea Tellería, la representación legal de éste la ostenta su madre, la demandante; y es también cierto que don Florencio Luis Urrengoechea Aguirre estuvo casado en primeras nupcias con doña Julia Ana Aresti, de cuyo matrimonio nació don Sabino Andrés Urrengoechea Aresti; contrajo segundo matrimonio con doña Mercedes Yohn Urigue, sin que de esta unión naciese sucesión; que por el certificado del Registro Civil que acompaña, relativo al acta de matrimonio entre don Florencio Luis de Urrengoechea y Aguirre y doña María de las Mercedes Yohn y Urigue, resulta que este matrimonio se celebró en Amorebieta el día 16 de octubre de 1933. La sociedad conyugal entre los referidos contrayentes subsistió desde el día de la celebración matrimonial, 16 de octubre de 1933, hasta el día del fallecimiento del marido, ocurrido el 21 de septiembre de 1947, según se dice en la copia de la escritura de liquidación de sociedad conyugal y partición hereditaria que se acompaña con la demanda y todos cuyos términos reconoce como exactos.

Segundo.—Que según resulta del certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad, que se acompaña con la demanda bajo testamento abierto otorgado en 21 de septiembre de 1947 ante el Notario de Bilbao don Celestino María del Arenal. A sus términos se atiende, interesando destacar el contenido de tres de sus cláusulas, que a continuación comenta:

«Cláusula tercera.—Hace constar que desde que contrajo matrimonio en el año 1933, su segundo matrimonio reside en Bilbao, y por ello está sometido al derecho común civil contenido en el Código Civil, no obstante lo cual, a mayor abundamiento, el 21 de diciembre de 1955, ante el Juez municipal, hoy de Paz, de Amorebieta, hizo la correspondiente declaración de estar sometido al derecho común, no por que fuera necesario hacer tal manifestación, sino por evitar toda duda respecto del particular, y para que constara de una manera expresa que ese era también su deseo. Así, pues, en la disposición de sus bienes al derecho común se atiende.» Que en la escritura particional, y en su apartado tercero, sobre la legislación aplicable, se dice lo que aquí viene a confirmar y reproducir: «No cabe ninguna duda respecto a que la ley personal de don Florencio Luis de Urrengoechea a su fallecimiento era la común del Código Civil. En cuanto a la Ley del matrimonio siendo la personal de don Florencio Luis Urrengoechea al tiempo de celebrarlo, la foral vizcaína, por natural y vecino de Amorebieta, resulta la del Fuero de Vizcaya aplicable al caso, disuelto el matrimonio sin hijos, cada conyuge hace suyos los bienes por él aportados y la mitad de los gananciales, aplicándose en este caso concreto las disposiciones del Código Civil como supletorias del Derecho foral.» Otra cláusula del testamento que le interesa reproducir es la cuarta, que dice así: «Quiere consignar bien solamente y espera de la buena conciencia de su nieto y de quienes le representen durante su menor edad, que así han de reconocerlo, que no existen bienes gananciales en su actual matrimonio, y que cualquiera adquisiciones que haya efectuado su actual esposa doña Mercedes Yohn y Urigue con posterioridad a la celebración de aquél han sido efectuadas con efectivo de la exclusiva pertenencia de ella, que para realizarlo, en algunas ocasiones, han vendido lo que poseía cuando el matrimonio se celebró. Para la liquidación de la sociedad conyugal debe partirse, por tanto, de esa afirmación y considerar bienes propios de su esposa cuantos a nombre de ella figuren ahora o en lo futuro, y entender sólo propios del testador los que estén a su nombre, y que son hoy dos pisos que posee en casa de la avenida de José Antonio Primo de Rivera, de Bilbao. Cualquiera acto realizado por su nieto o quien le represente que vaya en contra de la declaración que a quien se

hace supondría no sólo quebrantar la ley humana, sino también la divina, que es la que todos debemos principalmente cumplir. Está, por otra parte, seguro de que, dada su buena conciencia, tanto su nieto como quien le represente han de aceptar esta declaración convencidos de que al hacerla en momentos en que más que en las cosas terrenas se piensa en alcanzar la gloria eterna, no se propone favorecer a su esposa, aun cuando es bien acreedora a ello, sino realizar un acto de justicia para no gravar su conciencia e impedir que se grave la de su nieto o representantes.» Que esta declaración tiene la importancia trascendental de estar hecha en el mismo día en que el testador falleció, en pleno estado de lucidez, y ofreciendo como demostración de la autenticidad de sus manifestaciones la garantía de su propia conciencia y la alegación de su propia salvación. Si se añade al valor de este testimonio excepcional la circunstancia de que don Luis Urrengoechea era un inteligente y competentísimo Letrado, se comprenderá que, al margen de otras pruebas, es ésta una de las más sólidas presunciones jurídicas demostrativas de la realidad de un hecho, que en juicio civil pueden presentarse. Y no se ciga que esta declaración fué una manifestación improvisada e irreflexiva del testador letrado. Por lo menos, don Luis Urrengoechea llevaba más de dos años decidido en cuanto al fondo y realidad del hecho contenido en esta declaración, ya que con fecha primero de abril de 1945 había escrito de su puño, firma y rubricado, la declaración privada que dice así: «En Bilbao, a primero de abril de mil novecientos cuarenta y cinco. Yo, Luis de Urrengoechea Aguirre, mayor de edad, Abogado y vecino de esta villa, declaro: Que en mi matrimonio con doña Mercedes Yohn y Urigue, en el día de la fecha existen los siguientes gananciales: cuatro acciones A y cuatro B, mil novecientos cuarenta y dos. B, ídem, una acción Babcock Bilcox mil novecientos cuarenta y tres; una de mil novecientos cuarenta y tres y una de mil novecientos cuarenta y cinco. Dieciséis acciones Hidroeléctrica Iberica mil novecientos cuarenta y tres. Diecinueve acciones Banco de Bilbao. Otras acciones, entre ellas diez Cestonas mil novecientos cuarenta y uno; cuarenta A y cuarenta B. Banco de Vizcaya mil novecientos cuarenta y uno y veintiocho A, veintiocho B, mil novecientos cuarenta y dos del citado; ciento cincuenta Banco Guipuzcoano mil novecientos cuarenta y dos con desembolso diez por ciento; tres Babcock et Bilcox mil novecientos treinta y nueve, tres de mil novecientos cuarenta y uno, una de mil novecientos cuarenta y uno y cuatro de mil novecientos cuarenta y dos; noventa y nueve acciones C. Eléctrica Madrid mil novecientos cuarenta; dieciséis Vosgos mil novecientos cuarenta y tres; treinta Vasco Asturiana mil novecientos cuarenta y dos; dieciocho acciones Hidroeléctrica mil novecientos cuarenta y dieciséis de mil novecientos cuarenta y tres; veintitrés acciones Hidro-Española, mil novecientos cuarenta y dos; cincuenta acciones Papeleras mil novecientos cuarenta y uno y ocho mil novecientos cuarenta y dos, catorce Saltos del Duero mil novecientos cuarenta y cuatro; treinta y dos Cerrajería de Mondragón mil novecientos treinta y nueve y seiscientas Yohn, Sociedad Anónima han sido suscritas y pagadas con capital propio de mi esposa, Mercedes Yohn y Urigue. No son, pues, gananciales, sino de su propiedad. Y para que conste, lo suscribo fecha ut supra.—Firma: Luis de Urrengoechea (Rubricado).» Que entre esta declaración y la otra, hecha dos años y cinco meses después en su testamento, se observa una coincidencia de fondo y una sola variante, consistente en estimar que, unas cuales, digo cuantas acciones que se citan, y que fueron percibidas por concepto de dividendo, tenían la consideración de gananciales,

al pago que en el testamento se manifiesta que no existen gananciales de ninguna clase. La contradicción accidental tiene su explicación en el hecho de que el testamento se otorga bastante tiempo después, cuando las circunstancias habían cambiado; y el hecho de que esos dividendos percibidos en acciones, que son gananciales indiscutibles durante la vida del matrimonio, pueden dejar de serlo en el momento de la liquidación, precisamente causada en el mismo día en que se otorgó el testamento, por la sencilla razón de que no habiendo capital suficiente para la restitución integral de las aportaciones de los bienes privativos, no se puede decir que existen gananciales cuando en el activo figuran, como sucede en este caso, títulos o acciones que tuvieron en su día la consideración de pago de dividendo. Que independientemente de esta aplicación, lo cierto es que la partición se hizo con un criterio tan rigorista a favor de los herederos de don Luis de Urrengoechea y en contra del interés económico de la demandada como titular de bienes privativos y parafernales, que en la testamentaria se reconoció que aquellas acciones que procedían de dividendos eran gananciales, como también todos aquellos otros bienes que no fuesen estrictamente y demostradamente privativos. En este sentido ni uno sólo de los bienes fué considerado como privativo de la demanda porque lo hubiere dicho don Luis Urrengoechea, sino porque los documentos y la contabilidad particular y bancaria así lo demostraban. Que otra cláusula del testamento, la séptima, dice así: Designa abaceas testamentarios ...

Con igual prórroga, designa contador partidor para que practique las operaciones de inventario, evaluación, liquidación, partición y adjudicación del caudal hereditario a don José Domingo de Osma y Cortés, Conde de Vistaflores. Que para precisar los valores y metálico que la demandada tenía en los Bancos de Bilbao y de Vizcaya el día de la celebración de su matrimonio, el contador partidor señor Conde de Vistaflores obtuvo de los referidos Bancos la información precisa y con su movimiento de valores y cuentas, enfrentado con la situación de cuentas y valores en los dos mismos referidos Bancos y con la complementaria justificación documental, pudo este señor contrastar la exactitud y realidad de las manifestaciones hechas en su testamento por don Luis de Urrengoechea sobre la inexistencia de gananciales, no obstante lo cual, y aplicando un criterio rigurosísimo en beneficio de la parte demandante, pudo confeccionar el cuadro particional y dar lugar a la escritura de la liquidación de la sociedad conyugal y testamentaria que es objeto de la impugnación planteada en la demanda. Dice el contador partidor, legítimo representante del causante y de sus herederos en las operaciones de partición, apartado quinto del cuadro testamentario: «Liquidación de la sociedad conyugal.—Para practicarse la liquidación de la sociedad conyugal se ha hecho una metódica investigación sobre el movimiento que durante la época del matrimonio han tenido los bienes que uno y otro conyuge aportaron en el momento de su celebración. De este estudio, con relación a los bienes aportados por don Florencio Luis de Urrengoechea, se deduce que durante el matrimonio realizó venta de inmuebles en las fechas y por los precios que se detallan en la relación que luego se dirá. Igualmente se ha podido comprobar que los bienes aportados por doña Mercedes Yohn al matrimonio, en ningún momento han perdido su condición de parafernales, ni han dejado de estar a su nombre, absteniéndose de cederlos al marido para su administración y representación. Durante el matrimonio doña Mercedes Yohn ha vendido bienes y valores propios, percibiendo personal-

mente los precios de venta e ingresándolos en cuenta bancaria a su nombre particular; las ventas de valores, salvo los que hayan podido consumirse en otras atenciones, las ha realizado para escribir nuevos títulos en operaciones de ampliación de capital de Sociedades en las que estaba interesada, de tal manera que existe correlación entre cantidades obtenidas por realización de parafernales y pagos hechos por nuevas adquisiciones, derivadas de derechos de suscripción procedentes de otros parafernales, sin que los fondos de las operaciones, ni los títulos adquiridos hayan estado en momento alguno a nombre del esposo. Que aparte de esto, durante la época del matrimonio ha habido títulos y valores de la esposa que por razón de operaciones de canje realizadas por las propias Empresas, han sido sustituidos por otros equivalente, sin que tampoco en ningún momento los títulos hayan perdido su condición parafernala ni el dominio y posesión constante por parte de la esposa. E independientemente de los títulos y valores adquiridos han sido otros amortizados o reembolsados, todo lo cual se detalla en las relaciones que a continuación se expresan. Que en estas declaraciones el contador partidor en defensa de los derechos de los herederos de don Luis de Urrengoechea, manifiesta cuáles han sido los fundamentos en que se ha inspirado la partición y cómo se ha comprobado en cada caso el carácter privativo de cada uno de los bienes, los cambios sufridos, mortizaciones o ventas que en ellos se han producido; la inversión en sus efectivos, etc. Interesa destacar a la demandada en relación con este pleito estas afirmaciones de hecho:

a) Que los bienes aportados al matrimonio por la demandada en ningún momento perdieron la condición de parafernales privativos, no dejaron de estar en su posesión y bajo su título, ni fueron cedidos en ninguna forma al marido para su administración y representación.

b) Que los precios de venta y amortización de esos bienes parafernales fueron percibidos y retenidos siempre por la demandada, ingresando en sus cuentas particularizadas que tuvo siempre en los Bancos de Vizcaya, donde se conservaron hasta su inversión, realizada bajo la firma exclusiva de la propia interesada.

c) Que una parte menos importante en relación con los productos totales de esas amortizaciones y ventas de bienes privativos la invirtió la demandada en suscripciones de nuevas acciones realizadas en operaciones de ampliación de capital de Sociedades de las que era accionista, pagando con sus disponibilidades metálicas acumuladas en las cuentas corrientes de su nombre en los referidos Bancos de Bilbao y de Vizcaya, y adquiriendo esas nuevas acciones en uso de un derecho preferente y personalísimo de suscripción, concedido en ventajosas condiciones a favor de los poseedores de las acciones antiguas, como lo era la demandada, poseedora de estas acciones con calidad de parafernales.

Tercero. Que ya ha dicho que la partición de la herencia del señor Urrengoechea Aguirre se realizó en escritura pública otorgada el nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve. El Notario autorizante lo fué don Indalecio María Martínez de Mendoya, y la demandante acompañó con su escritura, digo escrito, una copia simple de la partición, como documento número ocho. Que está conforme con el contenido de esta copia; llama la atención en primer lugar sobre un hecho que tiene trascendencia en relación con la alegación de perjuicio que la demandante achaca como consecuencia del documento particional. Cuando el contador-partidor, representando al causante y a sus herederos, firmaba este cuaderno al propio tiempo que la demandada, lo hacía

en la seguridad de que consentida una y otra parte se habían propuesto favorecer económicamente los intereses del nieto de don Luis Urrengoechea y Aguirre; y esto es así, porque al confeccionar la partición el extraordinario porcentaje del activo total del patrimonio familiar, representado por valores mobiliarios, había sufrido con relación a la fecha del fallecimiento del causante una desvalorización en Bolsa equivalente aproximadamente, digo próximamente al 30 por 100 del importe que los valores tenían de estimación en Bolsa el día del fallecimiento de don Luis Urrengoechea y Aguirre; y, sin embargo, al nieto y heredero de este señor no se le adjudicó ni una sola acción de este volumen de valores desvalorizados. Como dice la contraparte en el correlativo, a don Luis Urrengoechea Tellería se le adjudicaron veintinueve mil novecientos sesenta y nueve pesetas con ochenta y ocho céntimos en metálico, ciento setenta y cuatro mil pesetas como valor de los pisos sexto y séptimo derecha de casa número cincuenta y cuatro de la avenida de José Antonio, ciento once mil pesetas en la mitad indivisa de la finca de Gorocica con sus pertenecidos, y las ciento ochenta y tres mil pesetas en la mitad de otra finca de Ibarri, también con sus pertenecidos. Estos bienes inmuebles es evidente que tienen un valor real superior al que resulta de los títulos, pues habiendo sido adquiridos en fechas mucho más favorables para la peseta, se declararon exclusivamente los valores escriturados, con la conciencia de que se favorecía en una forma importante el nieto del causante. Frente a esta realidad todas las adjudicaciones de valores que por un importe de más de siete millones de pesetas se hicieron a favor de la viuda, aparecían cotizadas a la estimación de Bolsa del día veintidós de septiembre de mil novecientos cuarenta y siete, siendo así que en el momento de firmarse la escritura, o sea en la fecha de nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y nueve, estos mismos valores se cotizaban en Bolsa con un quebranto equivalente próximamente al treinta por ciento; es decir, con un quebranto en el conjunto total de más de dos millones de pesetas, quebranto que fué totalmente absorbido por la viuda, sin haberse adjudicado al nieto ni una sola acción de las que se encontraban en estas condiciones. Que esto sentido, interesa a la demandada quede bien destacado que en la partición o testamentaria impugnada se contienen unos cuantos capítulos que han merecido la aprobación de la parte demandante; son estos capítulos los que se anuncian de esta manera:

(c) Bienes aportados por doña Mercedes Yohn que se conservan. Importan 4.378.123 pesetas con 65 céntimos.

d) «Bienes aportados por doña Mercedes Yohn canjeados o convertidos». Importan 793.798 pesetas con 75 céntimos.

e) «Bienes amortizados y reembolsados de doña Mercedes Yohn». Importan 159.589 pesetas con 61 céntimos.

f) «Bienes vendidos por doña Mercedes Yohn». Importan 587.432 pesetas con 19 céntimos.

h) «Otros bienes aportados por doña Mercedes Yohn». Importan 111.172 pesetas.

Que la conformidad a la parte demandante con estos capítulos en cuanto su contenido, conceptos y valoraciones, hace de la afirmación contenida en el hecho quinto sobre el alcance de la impugnación que se formula en la demanda, y se confina de una manera completa cuando, observando el alcance de los distintos conceptos de la súplica, se ve cuáles son las partidas que se impugnan y cuáles los defectos que han de corregirse en la partición, y a los cuales se refiere taxativamente el apartado quinto de la súplica, al empezar manifestando: «Que por los defectos que recogen los extremos segundo al cuarto de esta súplica, queda

rescindida la participación...»; y con lo que más adelante añade:

«h) Que en su virtud debe procederse a formalizar una nueva liquidación de la sociedad conyugal y partición de la herencia, con arreglo a las bases que resulten de las anteriores declaraciones...» Que por esta razón se ve relevado de tener que demostrar que todos aquellos bienes privativos que se conservaron durante el matrimonio en poder de la demandada, son efectivamente tales; como se ve relevado de tener que demostrar que otros fueron vendidos y amortizados, así como los precios obtenidos, e igualmente que otros fueron sustituidos por los que se inventarían y que siguen teniendo de condición de privativos. Que la contraparte achaca tres defectos a la partición, que son los siguientes:

Primero. El capítulo que en la partición titula: g) Bienes adquiridos por doña Mercedes Yohn por subrogación real de otros parafernales con expresión de su costo, cuyo capítulo se valora en pesetas 1.802.477,50, advirtiéndose que el coste de estos bienes fué tan sólo de 317.294,60 pesetas, aparece calificado en la partición como de bienes privativos o parafernales de la demanda, siendo así que la parte actora quiere calificarlos como de gananciales.

Segundo. En el capítulo en que la partición titula: (a) Enajenación de inmuebles realizada por don Florencio Luis Urrengoechea, y que en su totalidad importa 203.750 pesetas, la actora acepta el sentido fundamental del concepto, así como la relación de los bienes enajenados, pero no da su conformidad a dos de las valoraciones, las comprendidas en los apartados 5 y 7 de la relación, por cuanto estima que los precios que constan en las escrituras de enajenación, y que son los efectivamente cobrados, no concuerdan con el valor que tenían esos bienes cuando la enajenación se produjo. Los bienes son una casa chalet en Amorebieta y la lonja izquierda entrando de la casa triple número 54 de la avenida de José Antonio Primo de Rivera, vendidos respectivamente en 75.000 y en 155.000 pesetas. La suposición de la actora carece de todo fundamento y responde a una afirmación absolutamente caprichosa.

Tercero. No haber incluido en la partición una colección de sellos que supone de la propiedad privativa del finado don Luis Urrengoechea, y a la que asigna un valor de 500.000 pesetas. Que efectivamente dejó de incluirse esta partida en el cuaderno testamentario, por mutuo acuerdo de las partes, reflejado en la misma falta de inclusión en el anterior proyecto particional, que se confeccionó en la oficina de don Celestino María del Arenal, Notario de Bilbao, y cuyo proyecto fué desechado tanto por el contador-partidor como por la demandada. Que a los efectos de este pleito nada tiene que objetar en cuanto a ese punto particular, sobre la inclusión como adición a la testamentaria de esta colección de sellos, y de su valor de 500.000 pesetas, como lo estima la parte demandante y los expertos que cita, y en cuanto a que debe distribuirse conforme a la Ley; acepta que la colección sea bien privativo de don Luis de Urrengoechea y Aguirre a pesar de que se formó durante su segundo matrimonio con adquisiciones a costa del caudal común y no mediante inversión de dinero procedente de la realización de otros bienes del finado; ya que los precios de todas sus enajenaciones le fueron pagados en la partición con otros bienes distintos. Que una vez concentrada su posición frente a las tres pretensiones de modificación de la partición, aducidas por la demandante, le queda sólo justificar la razón de su actitud y sus explicaciones en cuanto se refiere a la primera de las pretensiones contrarias, o sea que los bienes comprendidos en el capítulo g) de la partición, que se valoran en 1.802.477,50 pesetas y que constaron 317.294,60 pesetas, deben ser calificados

como privativos de la demandada según los calificó el contador partidor, y no como gananciales, según quiere calificarlos la demandante. Que en primer lugar hay que considerar que la parte demandada cobró en efectivo el importe de los capítulos e) y f) de la partición, es decir, por bienes amortizados y reembolsados 150.589,61 pesetas y por bienes vendidos 587.432,19 pesetas; todo este metálico ingresó en las cuentas corrientes de la demandada en los Bancos de Bilbao y Vizcaya, de Bilbao; y con cargo a los saldos de estas cuentas, la demandada adquirió los nuevos valores de la parte discutida, en los que invirtió 317.294,60 pesetas, es decir, una parte del producto de amortizaciones y venta que fué en total de pesetas 738.021,80. Que por esta razón en la testamentaria que se impugna, se pagan estos créditos procedentes de amortizaciones y ventas de valores privativos, con las adquisiciones de valor comprendidos en el capítulo impugnado, en cuanto a su propio coste de 317.294,60 pesetas, y con otros valores o bienes del rematante del caudal, en cuanto a la diferencia de 420.727,20 pesetas. Que sin argumento alguno en que fundamentar su apreciación la actora solicita que la totalidad de esa partida impugnada sea calificada como ganancial, suponiendo que esos bienes representan simplemente unas compras de valores realizadas durante el matrimonio a costa del caudal común, que todas esas adquisiciones de acciones de distintas sociedades que hizo la demandada corresponden al ejercicio de un derecho preferente, privativo y personalísimo de suscripción, con ocasión de ampliaciones de capital, y atribuido a las acciones anteriormente poseídas; que no se trata por tanto de una compra de valores, que cualquiera puede realizar, al precio que marca el mercado; se trata del ejercicio de un derecho personalísimo que no representa dividendo, ni distribución de frutos, ni rentas, ni nada que pueda tener consideración de gananciales es una facultad privativa y personalísima del accionista antiguo, atribuible al poseedor de la acción, valorable económicamente, negociable y vendible; por virtud de ese derecho personalísimo y privativo de la demandada, puede ésta adquirir por suscripción acciones que cotizándose a 300 ó 600 por 100 de su valor nominal, pasaban a ser de su propiedad pagando simplemente el importe de la par; si hubiese vendido el derecho de suscripción privativo suyo y no estimable como fruto o renta de ninguna clase, el precio de venta hubiese sido también privativo y no ganancial; si acudió a la suscripción y pagó la par de la acción con su propio dinero, contenido en su propia cuenta, y procedente de ventas y amortizaciones de sus propios valores, lógico es que esa adquisición o suscripción sea totalmente suya y privativa, y siendo esto así porque así sucedió, no dejaría de serlo aun cuando el pago se hubiese hecho con metálico no privativo; ya que en esas compras o suscripciones excepcionales una gran parte del valor de la nueva acción suscrita no está compensada por el importe de la suscripción, sino que es valor desprendido por decirlo así de la antigua acción, e incorporado a la nueva. Que esto es así se deduce del hecho de que la acción suscrita en tales condiciones ventajosas tiene un valor de cotización o negociación muy superior al de su coste, estando representada teóricamente la diferencia por el derecho de suscripción, que a su vez se cotiza como un valor económico que ha de ser incorporado a la nueva acción. Al verificarse la ampliación de capital las reservas expresas o tácticas de la sociedad, representadas por la sobrecotización de la par, automáticamente se derraman entre la antigua acción y la nueva, perdiendo la primera el valor representado por el derecho de suscripción y acumulándose este valor a la nueva acción. Que este derecho de suscripción que es en definitiva,

el que ahora interesa, es privativo en todos los casos que comenta y en ningún caso puede estimarse que es fruto, interés, dividendo, ni ninguna otra forma de ganancial. Que en todos esos casos las nuevas acciones a que la testamentaria se refiere nunca se adquirieron por la demandada por razón de compra en Bolsa, sino por razón de suscripción, ejercitando un derecho privativo y preferente correspondiente a acciones privativas de la misma titular, poseídas con anterioridad en cada una de las sociedades que realizaron las operaciones de ampliación. Para concretar detalladamente estas operaciones refiere a continuación por su orden a cada uno de los valores relacionados en la testamentaria en el capítulo impugnado.

Cuarto. Que no va a seguir a la actora he sus otras lucubraciones tendentes a tratar de demostrar que el cambio de la aplicación del régimen de derecho foral por la aplicación del régimen de derecho común que se produjo en don Luis Urrengochea y Aguirre, por razón de su continuada residencia en Bilbao, y las disposiciones de su testamento, así como la supuesta ocultación de valores o de precios en la enajenación, de las dos fincas a que antes se han referido, tuvieron por única causa el deseo de dañar a un niño que todavía no había nacido o que acababa de nacer.

Quinto. Que en el correlativo dice la demandante que con la partición que impugna se causó un grave e injustificado perjuicio al nieto del causante que tuvo su razón de ser en cuatro motivos concretos que a continuación analiza y que va a comentar: a) «Adición al inventario».—Ya ha dicho que si la colección de sellos no se incluyó en la partición fué por mutuo acuerdo, y si hoy la retiene la demandada es porque la demandante no la ha reembolsado una importante cantidad que le entregó en metálico el día del fallecimiento de don Luis de Urrengochea, ni tampoco la mayor cantidad que satisfizo por su cuenta al pagar todos los gastos e impuestos que ocasionó la partición, y de cuyos gastos no le ha reembolsado todavía ni un solo céntimo; que no obstante, en ningún momento la demandada ha dejado de reconocer que la colección de sellos, tenía que ser adicionada a la partición, documentaria o extracuentariamente, sin oponerse a que sea bien privativo de don Luis de Urrengochea, a pesar de que la formó durante su vida matrimonial con la demandada y a costa del caudal común. Tampoco tiene nada que objetar a la estimación del valor de la colección en la cifra de 500.000 pesetas, siempre que se entiende que ha de ser la propia colección la que ha de distribuirse, pues, una cosa es que se estime en tal cantidad y otra muy distinta es que se presente el comprador que satisfaga esa cifra; que la demandada no sabe si comercialmente vale más o menos, pero en su afán de no discutir acepta la valoración contraria.»

b) «Liquidación de la sociedad conyugal».—Aquí se refiere la actora al grupo de valores adquiridos por suscripción de derechos preferente y personal en operaciones de ampliación de capital de las sociedades emisoras, de que antes se ha ocupado; dice la actora que no puede admitir que tales valores hayan sido adquiridos con fondos de la demandada, y que aunque lo hubiesen sido, no puede admitir que los bienes sean privativos de ella, si medió una actividad de los cónyuges o de cualquiera de ellos para decidir sobre la conveniencia de la adquisición; la demandada dice que efectivamente medió actividad de ésta, exclusiva decidiendo ella las suscripciones sin intervención de su marido, pagando con fondos de su cuenta particular, mediante cargos hechos directamente por los Bancos de Bilbao y de Vizcaya en sus cuentas; y que por estas

razones y por no tratarse de compra de valores que luego han experimentado un notable incremento de estimación, que es lo que erróneamente supone la parte demandante, si no es suscripción de títulos en condiciones de privilegio de la demandada, tales adquisiciones tienen condición de bienes privativos, que es lo que dice la partición. Que en este capítulo o apartado de las causas concretas que el demandante señala como motivos de impugnación, es donde pretende encontrar la base económica para que la partición sea anulada, por entender que con ella se causó un perjuicio económico al nieto del causante superior a la cuarta parte del importe de su derecho hereditario; que por eso recalca bien que en esta partición ni hubo ánimo de lesión, ni hubo realidad ninguna de perjuicio, y que si la actora sostiene lo contrario es porque ha incurrido en el craso error de suponer que todos esos valores a que la impugnación se refiere, fueron compras de títulos realizadas en Bolsa y que luego mejoraron en cotización, cuando la realidad es que no existen tales compras, como no existe concurrencia a suscripciones públicas de valores, a las que pudieron haber asistido lo mismo el marido que la mujer, sino que se trata de suscripciones de acciones reguladas especialmente por el reconocimiento de un derecho privativo y personal, ejercitable sólo por los antiguos poseedores de las acciones de las sociedades respectivas. No se trata por tanto de pagar por la suscripción el precio de lo que valen los nuevos títulos, sino un precio muy inferior generalmente el nominal de los mismos, cuando en Bolsa en la misma fecha se cotizaba su negociación hasta a 400 y 600 por 100 de ese nominal; por eso, los derechos de suscripción que eran bienes privativos de la demandada, se cotizaban y negociaban, como un valor económico incorporado a unos títulos que los representa equivalentes a cualquiera otros títulos mobiliarios; esos derechos, por ser personales y privativos, hacen que su valor económico lo sea también, y por esa misma razón ese valor económico del derecho cotizado y negociado en Bolsa antes de ejercitarse, o sea de suscribir las nuevas acciones, queda incorporado a los títulos suscritos tan pronto como el derecho se ejercita, explicándose así que la acción suscrita mediante el ejercicio de estos derechos, se cotee en el mismo momento de la suscripción hasta cinco y seis veces más alta que el importe de la aportación hecha por el suscriptor; la demandada ejercitó sus derechos personalísimos de suscripción, no compró valores, la decidió la operación porque de lo contrario se quebrantaba su propia economía, pagó con fondos propios, procedentes de enajenaciones de valores o amortizaciones, y todo fué realizado por ella a su nombre, sin intervención del marido, y sin haberse desprendido de su derecho en ningún momento. Que se pudo comprobar que el testimonio excepcional del causante sobre la inexistencia de gananciales en el momento de la fecha de su fallecimiento, era absolutamente cierto, por razón de que los gastos de los últimos años del matrimonio habían sobrepasado al importe de los ingresos, produciendo ese resultado. El contador partidor pudo contrarrestar esa realidad, examinando el movimiento de valores y de las cuentas durante el período matrimonial; sobre esas apreciaciones valiosísimas reflejadas en documentos públicos, testamento y partición, apreciaciones basadas en la estimación del conjunto universal de las pruebas disponibles y sancionadas por el contador partidor, genuino representante del causante y defensor legal del interés de sus herederos, se da la circunstancia, concesión voluntaria y generosa de la demandada, de que un quebranto de más de dos millones de pesetas que los valores mobiliarios inventa-

riados habían experimentado desde la fecha de la disolución de la sociedad conyugal hasta la fecha del otorgamiento de la partición, fué totalmente absorbido como si fuere pago efectivo de activo por la demandada, a la que le fueron todos ellos adjudicados por la valoración en Bolsa de la fecha del fallecimiento, cuando en realidad tenían ya perdida la tercera parte de su valor. Que en cambio, al nieto se le adjudican solamente metálico e inmuebles, y éstos por el precio de sus títulos escriturarios, cuando se había comprado con seguridad que en el momento en que la adjudicación se hacía, el valor negociable de las fincas era muy superior. Que debían bastar dos simples consideraciones para tener que deducir lo injusta que es la imputación contraria. Pero presenta otros argumentos que ratifican el mismo sentido benevolente de la partición en favor de la parte demandante; uno de ellos es el criterio que tuvo el contador partidor, y que generalmente aceptó la viuda, pero que solamente aquellos valores que habían sido adquiridos mediante suscripción, en ejercicio del derecho personalísimo de la titular, fuesen considerados como privativos, dejando de formar otra cuenta con otros valores comprados durante el matrimonio por la viuda con fondos propios. Otro es igualmente el criterio generoso de haber prescindido de considerar como crédito de la viuda el procedente de la totalidad de los valores suyos vendidos, dejando entre las partidas no estimadas algunas tan importantes como la reflejada en el documento que acompaña bajo el número 24, por el que se acredita que la demandada sentada vendió cincuenta acciones del Banco de Vizcaya, serie A, que eran de su propiedad privativa, y cuyo precio de 147.024,50 pesetas no aparece en la partición reconocida como de crédito, ni pagado con bienes de ninguna clase; que en igual caso se encuentran los valores que la demandada poseía en el extranjero en la fecha de la celebración de su matrimonio con don Luis de Urrengochea, y que durante la época matrimonial, y especialmente en los últimos años, fueron consumidos, la mayor parte en beneficio exclusivo del propio don Luis de Urrengochea, entonces expatriado por razón de sus ideas políticas, viviendo en Francia; que estos valores consumidos tampoco han sido pagados a la demandada en la partición.

c) «El usufructo del tercio de mejora». Impugna la actora la forma en que la partición se adjudica el equivalente del usufructo del tercio de mejora. En lugar de adjudicar la nuda propiedad de este tercio al nieto, y el usufructo a la viuda, utilizando una previsión regulada en el Código Civil, se adjudica el 29 por 100 de ese tercio en plena propiedad a la viuda y el 80 por 100 del mismo, en plena propiedad al nieto; no puede decir la actora que económicamente resulte perjudicado el nieto, porque se ha empleado la fórmula más generosa de compensación que podía encontrar fundamento legal; mas en su afán de impugnación rechaza esta forma de pago, que, en definitiva, carece de trascendencia a los efectos de poder considerarse que con ello se causó un perjuicio al demandante.

d) «Las enajenaciones de bienes inmuebles hechas por el causante».—Que en el correlativo se refiere el demandante a las ventas de inmuebles de bienes a que antes ha aludido; el chalet de Amorebieta, vendido en 75.000 pesetas a don Jorge y don Victoriano Goiria; y la lonja izquierda de la casa número 54 de la avenida de José Antonio, de Bilbao, vendida a doña Adela Beitia y don Santos Yeregui en 155.000 pesetas; y dice que estos precios son insignificantes en relación con el valor normalmente atribuible a las fincas de que se trata; que ha dicho anteriormente que esta afirmación carece en absoluto de fundamento; los precios

que se hicieron constar en las escrituras fueron exactamente los cobrados y eran normales; y a las escrituras se estuvo el contador partidor; y en la partición tuvo que regular la compensación teniendo en cuenta los precios escriturados y cobrados y no supuestas valoraciones caprichosas como las que la actora pretende en este momento. Otra cosa muy distinta ocurre con las otras fincas que se adjudicaron al heredero demandante, pues éstas sí que por razón del tiempo transcurrido entre su adquisición y el momento de la adjudicación habían experimentado un notable aumento de valor, no obstante lo cual se le adjudican por el escriturado, que siendo real como precio de adquisición, no lo era como valor efectivo en el momento de la adjudicación. Invocó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes en orden a la contestación y formuló a continuación reconvencción, que basó en los siguientes hechos:

Primero.—Que la víspera del fallecimiento del causante, don Luis de Urrengochea y Aguirre, se retiró del Banco de Vizcaya la cantidad de 180.000 pesetas de la cuantía, digo cuenta que tenía abierta en el referido Banco a su nombre particular. En la testamentaria, no obstante, se inventarió, bajo el número 1, como saldo de esta cuenta el de 180.148 pesetas con 70 céntimos, es decir, que se consideraron aquellas 180.000 pesetas como extraídas, ya que de todas maneras tenían que ser computadas a los efectos particionales y de la liquidación de impuestos. Pues bien, por orden del finado se entregaron en mano a la demandante 50.000 pesetas de aquella cantidad como anticipo reintegrable, sin recoger justificación de la entrega y sin que luego se computasen en la partición, razón por la cual la parte demandante es deudora de esta suma a favor de la demandada.

Segundo.—Que la demandada satisfizo de su peculio particular absolutamente todos los gastos e impuestos ocasionados por la partición, y entre ellos los importes de las liquidaciones hechas nominativamente a cargo individual del nieto del causante, demandante en este pleito recogiendo los justificantes de los pagos, que obran en su poder; que importan estos pagos la cantidad de 95.115 pesetas con 75 céntimos, más la de seis pesetas con treinta céntimos, y se justifican con la carta de pago de derechos reales de 28 de junio de 1948 y con la carta de pago de 5 de mayo de 1949. Y después de invocar los fundamentos de derecho que creyó aplicables en cuanto a la reconvencción, terminó con la súplica de que se dictase sentencia absolviendo a la demandada de todo y cada uno de los términos del suplico del escrito de demanda, y reconociendo el relacionado con la colección de sellos, valorada en 500.000 pesetas, y adicionada a la partición por estar adjudicada en común con el demandante y según la proporción establecida en el suplico de su escrito, condenando además al demandante a las cotas y a reembolsar por vía de reconvencción la cantidad de 145.122 pesetas con cinco céntimos, más los intereses legales, a partir de la fecha del escrito de contestación y las costas:

RESULTANDO que dado traslado a la parte actora para evacuar el traslado de réplica, lo llevó a efecto en su nombre el Procurador don Germán Pérez Salazar, mediante escrito presentado en 5 de junio de 1953, por el que ratificó los hechos y fundamentos de derecho aducidos en su escrito de demanda, negando los alegados de contrario, exponiendo hechos nuevos intrascendentes en la litis, pasando a continuación a oponerse a la reconvencción en base a los siguientes hechos:

Primero.—Que no es cierto, sino rotundamente falso, que al fallecimiento del señor Urrengochea Aguirre se entregaran en mano a la actora las 50.000 pesetas que dice el contraescrito; que no esa cantidad ni otra alguna; ni para que compu-

tara en la partición ni para que dejase de serlo.

Segundo.—Que así, como parece, la actora satisfizo los impuestos hereditarios correspondientes al nieto de su finado esposo, una vez se justifican adecuadamente tanto su importe como que pesaban sobre el heredero (las cartas de pago aportadas no muestran detalle suficiente para juzgar sobre estos pormenores), es claro que la actora acreditará el importe de que se trata y que el heredero deberá reintegrarla, de lo que por él pagara.—Terminó suplicando se dictase sentencia en los términos que tenía interesados en el escrito inicial, y absolviendo a la parte actora de la reconvencción, con costas a la parte demandada. Por medio de otrosí interesó el recibimiento a prueba:

RESULTANDO que dado traslado a la parte demandada para evacuar el de súplica, lo llevó a efecto en su nombre el Procurador don Isaias Vidarte-Arechavala, mediante escrito presentado el 26 de junio de 1953, por el que ratificando los hechos aducidos en su escrito de contestación, así como los de la reconvencción, y negando aplicabilidad a los invocados de contrario, terminó suplicando se dictase sentencia, según tena solicitado, con costas a la parte demandante. Por medio de otrosí, interesó el recibimiento a prueba:

RESULTANDO que recibido el pleito a prueba, se practicaron a instancia de la parte actora las de confesión judicial, documental, pericial y testifical, y a instancia de la parte demandada se practicaron las de confesión judicial, documental, pericial y testifical:

RESULTANDO que unidas a los autos las pruebas practicadas, y seguido el juicio por sus restantes trámites, el Juez de Primera Instancia del número 3 de los de Bilbao dictó sentencia, con fecha 19 de agosto de 1955, con el siguiente fallo: Que estimando en parte la demanda formulada por doña Teresa Tellería y Arana, como madre y representante legal de su hijo menor de edad don Luis Urrengochea Tellería, contra doña Mercedes Yohn y Urigüen, debo declarar y declaro.

Primero.—Que la partición de los bienes relictos al fallecimiento de don Florencio Luis Urrengochea Aguirre, que consta en escritura pública otorgada el 9 de noviembre de 1949 ante el Notario de Bilbao don Indalecio María Martínez de Bedoya debe completarse o adicionarse incluyendo en su inventario, como bien privativo del causante, la colección de sellos que éste poseía, valorada en 500.000 pesetas, para su distribución entre los herederos de aquél, a razón de una tercera parte como legítima, más un 80 por 100 del tercio de mejora en pleno dominio para su nieto don Luis Urrengochea Tellería, y un tercio de libre disposición, más un 20 por 100 del tercio de mejora, también en pleno dominio, a su viuda, doña Mercedes Yohn y Urigüen.

Segundo.—Que el grupo de valores que dicha partición denomina «Bienes adquiridos por subrogación real de otros parafernales, con expresión de su costo», cuyo costo fué de 317.294 pesetas con 60 céntimos, y que han sido evaluadas en pesetas 1.802.477 con 50 céntimos, atribuyéndole el carácter de parafernales a su mayor valor, que asciende a 1.485.182 pesetas con 90 céntimos, no tienen la condición de parafernales, sino la de ganancias del matrimonio, y como tales ganancias se distribuirá entre el cónyuge viudo y el nieto del causante en la proporción establecida al final del número anterior.

Tercero.—Que por el defecto antes expresado se rescinde la partición realizada al fallecimiento del señor Urrengochea, y, en su virtud, procedase a formalizar una nueva liquidación de la sociedad conyugal y partición de la herencia con arreglo a las bases que resultan de las afirmaciones declaratorias, y por acuerdo entre las partes, o, en su defecto, por decisión de la autoridad judicial, sin perjuicio del derecho de la heredera demandada a optar

por indemnizar el daño en lugar de que se proceda a nueva partición, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.077 del Código Civil.—Condenando a las partes a estar y pasar por las precedentes declaraciones y a cuanto de ellas se deduzca necesariamente, absolviendo a la demandada de los restantes pedimentos de la demanda, y estimando en parte la reconvencción formulada por la parte demandada, debo condenar y condeno a la parte actora a que pague a la parte demandada el importe de los impuestos satisfechos por esta y ocasionados por la partición que correspondería abonar al nieto de efectuar la liquidación sobre las 498.989 pesetas con 80 céntimos que le fueron adjudicadas en la partición impugnada, cuyo importe se concretará en período de ejecución de sentencia, estando sólo obligado a pagar como máximo hasta la suma de 95.122 pesetas con cinco céntimos, absolviendo al demandante de las restantes peticiones de la reconvencción; todo ello sin hacer expresa imposición de costas.

RESULTANDO que apelada dicha sentencia por la representación de la demandada, adhiriéndose a la apelación la parte actora, y sustentada la alzada con arreglo a derecho, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos dictó sentencia, con fecha 18 de abril de 1956, con la siguiente parte dispositiva: «Fallamos: Que estimando en parte y en parte desestimando la demanda, debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes la sentencia apelada dictada en los autos a que este rollo se refiere en 19 de agosto de 1955 por el señor Juez de Primera Instancia número 3 de Bilbao, con las solas adiciones de que se tengan en cuenta la cantidad de 250.000 pesetas como mayor valor del chalet vendido en 1945 por el causante, sino en Amorebieta, para que se reparta o distribuya ese mayor valor entre la viuda y el nieto del causante en la proporción establecida en el último testamento de éste, o sea la tercera parte de esas 250.000 pesetas, que ascienda a 83.333 pesetas 33 céntimos y un tercio de céntimos en plena propiedad al nieto demandante, la misma cantidad en plena propiedad a la viuda demandada, por su legado, y también igual cantidad en nuda propiedad al demandante, y en usufructo al demandado, y así bien debemos anular y anulamos la adjudicación referente al 80 por 100 del importe del usufructo a favor del demandante y del 20 por 100 a favor de la viuda, debiendo estar a lo dispuesto en el testamento sobre el particular. No se hace expresa condena de costas en ninguna de las dos instancias.

RESULTANDO que por el Procurador don Juan Corujo López-Villamil, en nombre de doña Mercedes Yohn Triguero, y sin constituir depósito por no ser necesario, se ha interpuesto contra la anterior sentencia recurso de casación por infracción de Ley, al amparo de los siguientes motivos:

Primero.—Fundado en el número segundo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 359 de la misma, por ser la sentencia incongruente con las pretensiones oportunamente aducidas por los litigantes.

A) Que siendo palmariamente incompatibles entre sí las distintas pretensiones formuladas en la súplica de la demandada, no alternaba o eventualmente, sino sucesivamente, por fuerza la sentencia que las estimara había de incurrir, bien en incongruencia (al tratar de reducir a una compatibilidad imposible en el caso presente), bien en la propia contradicción de las pretensiones; que el fallo impugnado adolece, a juicio del recurrente, de ambas infracciones, la segunda de las cuales, la contradicción, ha de ser tema de motivo siguiente. Que ha pretendido, en efecto, el demandante todas estas cosas, recíprocamente incompatibles en derecho. Primero, que con relación a una colección de sellos no incluida en el caudal hereditario,

y consecuentemente en la partición, y considerada como bien privativo del causante, se ordenara su inclusión en aquella para ser distribuido su valor entre los herederos con arreglo a las disposiciones testamentarias; que tal pretensión se formula expresamente invocando el artículo 1.079 del Código Civil, con arreglo al cual la omisión de alguno o algunos valores de la herencia no ha lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos, o sea, puesto a precisar, el demandante formula acción de adición, que excluye terminantemente, conforme el texto legal, la rescisión. Pide en el primer párrafo de la súplica que se complete o adicione el inventario con un bien de la herencia que ha sido omitido en él. Que en segundo lugar hace lo mismo con aquellos bienes que en el inventario del cuerno particional se consideren privativos de doña Mercedes Yohn (por subrogación real de otros parafernales). Puesto que lo que la demanda pide, previa la declaración de que tales bienes no tienen la condición de parafernales, sino de gananciales del matrimonio, es que ese corria la partición de modo que separándose esos bienes de los privativos de la esposa jueguen en aquella como bienes gananciales, atribuyéndose su mitad a la herencia de la esposa y distribuyéndose su mitad a la herencia de la esposa y distribuyéndose ésta. O sea, inequívocamente, se ejercita de nuevo «a quo» la acción para la adición de unos bienes excluidos, y no se pide nada que tenga relación ni de lejos ni de cerca con el concepto técnico jurídico de la rescisión tal como los artículos 1.073 y siguientes, en relación con los artículos 1.291 y siguientes del Código Civil, lo usan. Que en tercer lugar, por lo que hace a las adjudicaciones hechas por razón del tercio de libre disposición, se pide que se rectifiquen en el sentido de atribuir los bienes que correspondían a cargo de los herederos al nieto en nuda propiedad y a la viuda en usufructo, por considerar el actor que no ha lugar a aplicar al contador partidos testamentarios (y representen en tal carácter tanto del testador como de los herederos) lo que el artículo 838 del Código Civil establece como facultad de los herederos. Que en cuarto lugar, a las 282.750 pesetas que se atribuyen en la partición a la herencia del marido por las enajenaciones por él realizadas pretende la demandada que se añadan las sumas que se justifican en el período de prueba como justos precios percibidos en las épocas en que las enajenaciones tuvieron lugar. Y de nuevo aquí es indudable que no se pide en sí rescisión alguna, sino una adición de bienes u objetos omitidos; en el caso concreto de un importe determinado ya en el «qué», pero no en el «cuánto», en el momento de la demanda. Que lo que viene inmediatamente después en la súplica de la demanda es radicalmente incompatible con lo anterior. Pero incompatible en sentido técnico-jurídico, deja firmes las cuatro pretensiones que antecede. Porque lo que pide a continuación la parte actora es que por los defectos recogidos en los extremos segundo y el cuarto de la súplica (esto es, por los defectos que sirven de base a las adiciones, correcciones y rectificaciones pretendidas, de inventario y adjudicaciones) se declare la rescisión de la partición por lesión en más de una cuarta parte. Y no sólo esto, sino que al mismo tiempo se declare nula. Que sobre esta contradicción, con apoyo del artículo 1.290 del Código Civil y la doctrina recogida en la sentencia de 9 de marzo de 1951 (según la cual la sentencia que declara al mismo tiempo la nulidad y la rescisión de unas mismas operaciones particionales incurrir en contradicción e incongruencia) ha de volver en el segundo motivo. Que para lo que en éste le importa, dice que debe quedar bien claro lo siguiente: que de un modo expreso el actor ha pedido que la partición se complete o adicione con objetos o valores que

él considera omitidos, y la ulterior petición, en virtud de la cual se solicita la declaración de rescisión e incluso de nulidad, podrá ser, y es, un dislate jurídico: la imposibilidad técnica, pero no destruye indudablemente la voluntad determinante, mente manifiesta en la demanda de la previa declaración de haber sido unos objetos de importes indebidamente omitidos, sean traídos y adicionados a la masa hereditaria.

B) Véase ahora cómo se ha planteado la controversia con relación a este punto fundamental. La contestación del demandado ha aducido, entre otras varias causas de oposición, la indebida formulación de la acción de rescisión, que no tenía en cuenta el derecho de opción del artículo 1.067 del Código Civil. Frente a lo cual la sentencia razona con una tesis que directamente trasciende al fallo, y hasta expresamente se recoge en él (en el de la primera sentencia, que la de apelación hace suyo en este punto) que no es necesario que tal alternativa confiera la pretensión del actor de rescisión, y ni siquiera, conforme a la sentencia de 25 de octubre de 1913, que el derecho de opción se ejercite por el demandado al contestar a la demanda, sino que basta que sea reconocido en el fallo mismo. De otro modo se daría la infracción de la Ley declarada en la sentencia de 9 de marzo de 1951. Y en efecto el fallo se impugna reconoce tal opción u obligación alternativa. Pero es el caso que la demanda no pedía que se procediera a nueva partición (salvo que el heredero demandado optara por indemnizar el daño), sino que se adicionarán a la partición hecha, y considerada lesiva los bienes y valores excluidos. Que en cuanto la sentencia recoge, estimando las peticiones del demandante, las distintas causas de lesión como fundamento de la acción de rescisión (y dentro de ella como las directrices que haya de procederse a la partición nueva) y no como el fundamento de las respectivas acciones de integración o adición, que es como la demanda las formula, es incongruente con los términos en que ha sido planteado el litigio por el actor, (sin perjuicio de que estos términos sean en sí mismo contradictorios).

C) Por otra parte, medida la nulidad de la partición y al mismo tiempo su rescisión, es claro que la primera petición prima sobre la segunda, ya que sólo son rescindibles los contratos, y, en general, los negocios jurídicos, válidos; esto es, que no sean ni nulos ni anulables. Que la demanda ha pretendido la nulidad de la partición es indudable. No sólo ha invocado la infracción en la partición del artículo 838 citada, sino también de todos aquellos que determinan qué bienes son gananciales, e incluso el precepto general del artículo 4.º del Código Civil. En cuanto a la sentencia declara rescindida la partición sin más que anular la adjudicación en lo que se refiere al tercio de mejora, incide en incongruencia conforme a lo declarado en la sentencia de esa Sala del 27 de octubre de 1950.

Segundo.—Fundado en el número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que el fallo contiene disposiciones contradictorias. Que no se trata, en la que denuncia, de contradicción entre la motivación y el fallo, o de contradicción entre los distintos razonamientos entre sí o entre los distintos hechos de que parte el Juzgador de instancia. Se trata estrictamente de contradicción en los términos mismos de la parte dispositiva de la sentencia. Que en cuanto en ella había de apartarse ésta de los términos en que quedaban planteadas las pretensiones del actor, dada la técnica y material incompatibilidad de éstas, algo, y aun mucho, queda en la parte dispositiva de la sentencia de la Audiencia de Burgos, en que viene a reflejarse tal incompatibilidad.

A) Que ya se ha visto en el motivo anterior los términos en que se planteó el litigio, que el demandante ha planteado

una serie de pretensiones para la adición o corrección de la partición impugnada, y en un caso ha llegado a invocar expresamente el artículo 1.079 del Código Civil, que en las restantes pretensiones del mismo genero está implícito, al mismo tiempo ha pedido la rescisión de la propia partición que había de ser de base a la adición o corrección, y ha llegado incluso a pedir su nulidad por supuestas infracciones de normas legales, invocando reiteradamente el artículo 4.º del Código Civil. Que es claro que unas operaciones particionales no pueden ser, sin contradicción, al mismo tiempo adicionables, rescindibles y nulas. Lo cierto es que la sentencia, al declarar sucesivamente las tres cosas en su parte dispositiva, incurre en tal contradicción.

B) Empezamos por la incompatibilidad de nulidad y rescisión. Siendo sólo rescindibles los contratos y negocios jurídicos válidos, conforme al artículo 1.290 del Código Civil (porque si el contrato es válido precede la acción de nulidad y no la rescisión), «la sentencia que acuerda una y otra, nulidad y rescisión, incide en contradicción e incongruencia». Que así lo ha declarado reiteradamente la doctrina de esta Sala recogida últimamente en la sentencia de 9 de marzo de 1951. Y en la de 30 de enero del mismo año se explica tan claramente lo que la acción de rescisión sea, en relación con el artículo 1.077 del Código Civil y los artículos 1.086 y 1.082 de la Ley de Enjuiciamiento, que basta en realidad referirse a esta doctrina para que quede bien patente la contradicción que denuncia. — Pues el heredero demandado que se encuentra con el gravamen de un fallo que declara a la vez rescindida y nula (nula en todo o en parte, es igual) la partición impugnada, pregunta el recurrente cómo habrá de proceder y cómo ha de soportar este gravamen en relación con el derecho de opción que le concede el artículo 1.077, diciendo a continuación que, según ese artículo, puede elegir, si quiere, la vía de indemnizar en el límite de la lesión producida, dejando subsistir la partición. Pero pregunta el recurrente cómo puede subsistir una partición declarada nula, y dice que tan elemento integrante es unas operaciones particionales el inventario como la adjudicación. Si la adjudicación relativa al tercio de libre disposición se ha hecho en forma que la viuda ha quedado pagada de su cuota usufructuaria con la atribución en pleno dominio del 20 por 100 de este tercio y al nieto del 80 por 100 restante, y esto forma parte de una partición rescindida o, lo que es lo mismo, que el heredero demandado tiene la facultad de dejar intacta previa indemnización; vuelve a preguntar el recurrente cómo son compatibles entre sí uno y otro pronunciamientos de la sentencia. Una partición en que, como manda hacer el fallo de este pleito (si el fallo de la Audiencia de Burgos hubiera de prevalecer haciéndose firme), se adjudicase el total del tercio de mejora en usufructo a la viuda y en nuda propiedad al nieto, sería, quisiera o no, una partición nueva.

C) Y tan patente es la contradicción por lo que se refiere a las declaraciones de nulidad y rescisión, por un lado, y a las condenas que obligan a adicionar, por otro. La rescisión no es un concepto platonico o vagante, sino que es algo con efectos jurídicos concretos, y si no, no es la rescisión de los artículos 1.073 y siguientes del Código Civil. Para rescindir por lesión es necesario que esta lesión aparezca, y tiene sentido pleno, claro está, la sentencia que al rescindir, en su motivación, dice de qué puntos, valoraciones o defectos depende la lesión. Pero una vez rescindido, se procede, si lo quiere así el heredero demandado, a hacer una nueva partición, y en ella habrá de atenderse en las valoraciones a lo que valgan las cosas y bienes hereditarios en el momento en que de nuevo sean adjudicadas y no cuando se adjudicaron antes. De suerte que si los motivos específicos de

la lesión, recogidos en la motivación de la sentencia rescisoria, pueden servir de pauta al proceder de nuevo a la partición, en modo alguno han de ser los imperativos con retos que implica una condena. Que la nueva partición es claro que no ha de volver a lesionar al que la impugnó, porque si lo hiciera volvería a ser rescindible, y para ello no ha de incidir en los motivos de omisión o desproporción que causasen la lesión. Pero de esto a que esos motivos, articulados aquí primero como las causas concretas de la acción de adición o corrección del artículo 1.079 pasen a ser imperativos operantes como pronunciamientos de condena de una sentencia firme, compatibles con el hecho de la rescisión media un abismo, y aquí radica la contradicción que denuncia. Que rescindida la partición, habrá de procederse a una nueva (si es que el heredero demandado no opta por indemnizar), y en esta partición no habrá de resultar lesión ni para el heredero demandante ni para el demandado. Ahora bien, que haya o no lesión no depende de las valoraciones hechas en el momento de la adjudicación rescindida, sino de las que se hagan en el momento de la adjudicación nueva. Que por ello es contradictorio—y rescinde ya de la más enorme contradicción de la nulidad—mandar adicionar por un lado objetos o valores de la herencia que se consideran indebidamente omitidos en la partición, y por otro, rescindir ésta. Que el último párrafo del artículo 1.077 parte del supuesto de que haya más de dos herederos. Si alguno de ellos no le alcanza, ni el perjuicio ni el beneficio de haber percibido más de lo justo, la nueva partición no le afecta; se queda como estaba. Pero en el caso presente no hay más que dos herederos: uno, el actor, que, según el fallo, ha percibido de menos, y otro, la demandada, que, según el fallo, ha percibido de más. Y por fuerza, rescindida la partición, ha de procederse a una nueva partición para ambos. Para que esta no sea lesiva para aquél habrán de traerse a ella todos aquellos objetos y valores cuya omisión, según el propio fallo, han producido la lesión causante de la resolución (si el fallo prevaleciera). Pero esto no es ni conceptual ni materialmente compatible con las nuevas adjudicaciones al nieto, en los términos expresados en los primeros pronunciamientos de la parte dispositiva de la sentencia. Que haya de dársele a éste, por ejemplo, en pleno dominio, la tercera parte de esas 250.000 pesetas a que asciende el mayor valor del chalet vendido, y otra tercera parte en nuda propiedad como la sentencia condenará, es una conclusión contradictoria con la resolución. Porque habrá que darle más o menos de ese importe, según resulte de las valoraciones de los demás bienes hereditarios en el momento de la nueva adjudicación, y es claro que las valoraciones tanto de lo que a él se adjudique como de los que se adjudique a la viuda. Y así para el resto de los pronunciamientos de la sentencia.

Tercero.—Fundado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que el fallo contiene infracción de Ley de doctrina legal, por violación de los artículos 1.422 y 1.396, números tercero y cuarto, y por aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 1.401 y 1.407, todos del Código Civil, así como de la doctrina jurisprudencial que será citada:

A) Aparte de las cuestiones globales de los dos anteriores motivos, el punto más importante de cuantos pretendía la demanda y resuelve la sentencia, es claro, está el relativo a la calificación de los títulos—valores incluidos en el cuaderno particional bajo el epígrafe «Bienes adquiridos por doña Mercedes Yohn por subrogación real de otros parafernales de su costo». Que el partidor los considere parafernales en atención a su origen, mientras que la sentencia, estimando plenamente la demanda en esto, teniéndolos por gananciales, manda suplementar con ellos

la partición. Que es éste el punto más importante, tanto económico como doctrinalmente. Y pese a la invocación del artículo 1.407, tal como la sentencia se enfrenta con el problema y los resuelve, la impugnación en casación no implica cuestión de hecho o de apreciación de prueba, sino pura «quaestio iuris», cuestión de concepto o de calificación jurídica. Que es cierto que la presunción del artículo 1.407 está dada para el caso de que no se pruebe que unos determinados bienes del matrimonio pertenecen al marido o a la mujer. El Notario señor Arenal en su proyecto de partición—aun sin atribuirle dolo mendacidad a un moribundo que invoca la salvación de su alma (como hace, en cambio, innecesariamente la motivación del fallo de apelación)—consideraba gananciales esos títulos por el juego de dicha norma legal. Pero al declarar como testigo nos dice en autos que no consultó ni tuvo a la vista «todas las cuentas de los Bancos durante el matrimonio, sino únicamente los resguardos de valores y títulos de propiedad de inmuebles». Que la parte actora (véase especialmente el escrito de réplica) planteaba del siguiente modo escalonado el fundamento de su pretensión:

Primero.—Mientras no se pruebe el hecho, niega (es decir, deja a la demandada la carga de la prueba) que los valores en litigio se adjudicasen por derecho de suscripción preferente.

Segundo.—Niega que el precio pagado se abonara por la demandada con fondos privativos suyos.

Tercero.—Aun justificados esos dos puntos (esto es, fuera ya del campo propio del artículo 1.407 y de toda operación de fijación de hechos) niega que los valores, o al menos la diferencia entre el coste de adquisición y su evaluación corriente, deban reputarse (esto es «conceptuarse», «calificarse») de gananciales. Y esto es en fin de cuentas lo que hace el fallo: con independencia del problema de factor del origen de los valores, los conceptúa o califica de gananciales. Si en esta calificación hay error, no es de hecho, o de apreciación de prueba, sino que está en la operación de subsumir bajo conceptos jurídicos cosas ya averiguadas o justificadas por la prueba. Que la sentencia de apelación, haciendo suyos todos los razonamientos que dedica al problema de la Audiencia, se limita a añadir: «Que el grupo de valores (a que se refiere el segundo pedimento de la demanda) no pueden considerarse en modo alguno como parafernales por el socio hechos que sean procedentes de derechos de acciones privativas de la viuda. Han sido adquiridas durante el matrimonio como fruto de rentas o intereses; que esto es y no otra cosa los derechos concedidos a los accionistas para suscribir nuevas acciones. Luego están comprendidos en el artículo 1.401 del Código Civil». Se atenderá, pues, el recurrente estrictamente a la afirmación, base directa de la calificación del fallo, de que se trata de acciones adquiridas mediante el derecho o gracias al derecho, concedidas al que ya es accionista, y en este carácter, o sea el derecho de atribución o suscripción preferente reconocido al antiguo accionista en los artículos 39 y 92 de la Ley de Sociedades Anónimas como derecho inalienable e irreductible. Pregunta el recurrente cómo ha de tratarse de un problema de prueba, en la impugnación de esta parte del fallo, si el considerando fundamental del Juzgado—que la sentencia de la Audiencia hace suyo—se dice que es cierto que si pudo hacerse la suscripción fué en virtud de un derecho de preferencia concedido a la demandada como poseedora de títulos antiguos y que desde luego eran privativos de ella. Que de esta certeza del juzgador de instancia lograda gracias a una prueba exhaustiva, y muy costosa, a la que llevó al recurrente la cicatera y gratuita negativa de la actora, arranca en la fundamentación de este motivo de casación, autorizadas en el número primero del artículo 1.692.

B) Mucho se ha discutido por la doctrina, en Francia, en Alemania, en Italia, y en nuestro país, en torno a la naturaleza del derecho de suscripción preferente. Tras una indagación doctrinal que ha llegado hasta el último matiz del tema, hoy vale universalmente como «communis opinio» que la atribución y ejercicio de ese derecho no es fruto ni renta de la acción; que las nuevas acciones que se emitan al ampliarse el capital, se den al antiguo accionista gratuitamente o cargo a reservas (reservas que ya eran) suyas, porque con su acción antigua participaba en todo el patrimonio de la Sociedad, o contra su precio de emisión no son dividendos o reparto de beneficios. Ya por la sencilla razón de que al aumentar el capital una Sociedad anónima hace todo lo contrario que repartir. Que si se trata del aumento de capital llamado «nominal» o «interno», o con medios propios, la Sociedad se limita a pasar, por una mera trasposición contable, un epígrafe a otro del pasivo, las reservas a capital, dejando inalterable el activo. Que el patrimonio sigue siendo el mismo, y el antiguo accionista sigue participando en la misma proporción en ese patrimonio. Si se trata de aumento de capital efectivo, la plusvalía del patrimonio, representada por reservas y remanentes de ejercicios anteriores (que pudieron tal vez repartirse como dividendos y ser entonces frutos, pero que no se repartieron) van a «diluirse» entre las antiguas acciones y las nuevas. La primera que representa para el antiguo accionista el derecho de suscripción preferente, o que recibe vendiendo tal derecho, no es otra cosa que compensación de ese «diluirse» que se produce a su costa. No es fruto, rendimiento ni «interés» de la acción, sino compensación de «capital» por el hecho de que otros entren a participar en el patrimonio «diluido».

C) Esta consideración del problema ha prevalecido, tanto por razones jurídicas como económicas. Cierra la evolución que va de las sentencias antiguas de esta Sala, que el fallo del Juzgado de Bilbao citaba, a la doctrina tan explícita y terminante de la sentencia de 23 de enero de 1947 (recogida también en la sentencia de 20 de diciembre de 1952). En aquella una y otra vez se reitera el principio de que las nuevas acciones atribuidas al antiguo accionista en virtud de su derecho de suscripción preferente, no son frutos, ni renta, ni dividendo. El recurrente mantiene que, siendo ello así, lo es por igual para todas y cada una de las instituciones del Derecho civil en que el problema surge: para el usufructo, para la prenda, para la relación entre parafernales y gananciales, que es la de este pleito, y que virtualmente es la misma que la que une a usufructo y nuda propiedad.

D) La sentencia de 23 de enero de 1947, agotando propiamente el tema, junto a una serie de razones invocadas por la doctrina científica y de carácter más técnico, ponía otras más directamente dictadas por imperativos de equilibrio y equidad. Subraya que el derecho de suscripción preferente, como derecho inherente «ab origine» a las acciones antiguas, va dirigido a impedir (según precisa el gran maestro italiano del tema, Ascarelli) que el valor de esas acciones pueda resultar perjudicado a través de un aumento de capital que permita a terceros (sin suficiente tutela del accionista) pasar a participar de la diferencia entre patrimonio y capital social, en el cual, en virtud de las antiguas acciones, participa ya el accionista. Que tal diferencia es la que existe justamente en el presente caso entre el valor de coste y el valor de cotización de las acciones. Y esa diferencia no es fruto o rendimiento de la acción ni por tanto inaplicable al artículo 1.401 en su número tercero, entra en los bienes gananciales del matrimonio; como entrarán en cambio los de las antiguas. Que el fallo infringe la Ley, y la doctrina jurisprudencial recogida en los fallos citados, cuando atribuye

esa diferencia a la sociedad ganancial, sustrayéndola a los bienes parafernales. Y no como diferencia, sino la que producida ulteriormente con la cotización del momento de la herencia; la cual es incremento o plusvalía del capital, dependiente del valor del dinero, como puede ser el de cualquier otro bien, una casa o un prado, por ejemplo.

D) Dice el recurrente que a su juicio, sería indiferente determinar con qué fondos o bienes se hubiesen pagado las acciones. Porque justamente no que se pague no es esa diferencia, que sólo el hecho de tener la acción antigua atribuye, con plena razón, las sentencias de esta Sala que ha citado, equiparan el derecho de suscripción preferente al de retracto mencionado en el número tercero del artículo 1.366. El esposo que adquiere por derecho de retracto privativo suyo, tanto puede pagar el precio con dinero propio como de la comunidad matrimonial. En este último caso, cree que la comunidad tendrá frente a él un crédito, pero la disposición legal sigue operando. De otro modo, la sociedad de gananciales (y finalmente los herederos del otro cónyuge, se apropiarian de un valor patrimonial, derecho de retracto o derecho de suscripción preferente, exclusivo de uno de los esposos).

E) En resumen: Invoca, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la infracción de Ley y de doctrina legal contenida en el fallo que declara tener el carácter de gananciales y manda incorporar al caudal hereditario objeto de la partición de este pleito, la diferencia que media entre el coste y la valoración efectiva de unas acciones adquiridas durante el matrimonio de la demandada con el causante y que el propio fallo en su motivación y en sus premisas, da como cierto que fueron suscritas en virtud de un derecho de preferencia atribuido a la demandada como poseedora de títulos y que eran privativos de ella. Por cuanto del ejercicio de ese derecho de preferencia y privativo de la esposa arranca la diferencia que la sentencia trata como fruto o rendimiento de la acción.

Quarto. Fundado en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que en la apreciación de las pruebas ha habido error de derecho, con infracción de las normas legales probatorias que expresamente habrán de invocarse, así como error de hecho que resulta de los documentos auténticos que se dirán y que demuestran la equivocación evidente del juzgador. Que reformando «in plus» la sentencia del Juzgado, el fallo de apelación estima también la pretensión relativa al precio de venta del chalet de Amorebieta, bien privativo del causante y enajenado por él en 22 de octubre de 1945, según la escritura pública que incorpora el contrato, en el precio de 75.000 pesetas. El fallo estima «como mayor valor» del chalet vendido la cantidad de 250.000 pesetas y manda que se reparta o distribuya ese mayor valor entre la viuda y el nieto del causante en la proporción establecida en el testamento. Dice la Audiencia, motivando este pronunciamiento, que de la prueba practicada en autos, «apreciada en su conjunto con arreglo a la sana crítica y de acuerdo con lo dispuesto en la materia por el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, aparece a juicio de la Sala que... en realidad su precio de enajenación (del chalet) en 22 de octubre de 1945 fué de 325.000 pesetas». Que observa el recurrente que así como no se dice en ese considerando qué prueba o pruebas han sido las practicadas y apreciadas al respecto, así se deja en la duda sobre el alcance de esas disposiciones de la Ley civil material y de la Ley civil procesal, las cuales, por lo que hace a las pruebas que se aprecian con arreglo a la sana crítica, es decir, las pruebas libres, no disponen absolutamente nada en materia de apreciación (aunque indiquen un criterio). Que en cambio la sentencia del

Juzgado (que no acogió la pretensión) es la que informa sobre la clase, el contenido y el alcance de la prueba hecha, «como prueba sobre este particular—dice libremente (y esta Sala podrá ver que el Juez no se equivocaba al precisarlo así)—se ha aportado el informe pericial de un Arquitecto (folio 159) que estima que el valor del chalet de Amorebieta en la época que se vendió era de 325.000 pesetas». Y no hay en autos absolutamente ninguna otra prueba (ni documental, ni testifical, pericial o de confesiones) sobre el particular. Y el perito que informa (no, es claro, sobre hechos, sino sobre valoraciones) no dice que el «precio de venta» fué, ni siquiera que «era». Dice lo que, a su juicio, era el «valor del chalet». Que nada de particular tiene que la prueba del demandante—que no ha tachado de falsedad la escritura pública—, versara sobre algo completamente diferente que el precio de venta. Por cuanto en su demanda, entendiendo torcidamente la referencia del artículo 1.423 a las reglas para la dote, desconoce que el artículo 1.367 contiene una «ley especial» respecto del artículo 1.366. Los bienes inmuebles del marido, como los dotales, si se hubiesen enajenado, se restituyen entregando el precio de la venta—lo su «valor»—en estimación del Perito, ni siquiera su favor en venta, sino el precio que por ellos se haya pagado. Es decir, que si en efecto creía o pensaba el demandante que el precio de venta del chalet fué superior al que figura en la escritura pública (con declaración vinculante para el sucesor del causante y para todos, mientras no se impugne debida y directamente), lo que tenía que haber hecho era la prueba del precio efectivamente pagado, no la de cuál fuese el valor del chalet al tiempo de la venta. Que en todo caso, la apreciación que hace de la prueba la sentencia impugnada va en contra de la regla de prueba (legal) del artículo 1.218, Código Civil, que incluye expresamente al causahabiente del autor de la declaración, y por tanto al demandante. Incide por tanto el fallo en error de derecho en la apreciación, puesto que según esa norma la escritura de venta aportada a los autos prevalece sobre cualquier apreciación libre del Juez. «El día que desaparezca del Derecho las pruebas legales—decía el gran maestro Wach—habrá desaparecido el Derecho privado.» ¡Allá el Derecho fiscal para girar el impuesto por estimaciones con independencia de las declaraciones con que las partes se vinculan así mismos y a sus causahabientes! E incide en error la sentencia de hecho en cuanto contiene una fijación del hecho contradictoria por un documento público de los autos, la referida escritura pública autorizada en 22 de noviembre de 1945 por el Notario de Amorebieta, que demuestra la equivalencia evidente del juzgador.

Quinto. Fundado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que el fallo contiene infracción de Ley y doctrina legal por violación e interpretación errónea del artículo 638 del Código Civil, así como de la doctrina legal en torno a la nulidad de las particiones hereditarias, que será citada. Que este motivo se refiere al pronunciamiento sobre la forma en que la partición satisficiera a la viuda su parte de usufructo. O sea a lo que es en la demanda y en el propio fallo nada menos que una causa razonada en el motivo segundo de este escrito. Rectificando al Juzgado, que había usado de la facultad «integradora» el último inciso del párrafo primero del artículo 383, el fallo de la Audiencia «anula» la partición de este extremo considerando que tal artículo contiene una autorización al heredero, pero nunca al cónyuge. Que el error «in iure» que aquí se muestra se basa en la suposición de que la partición impugnada es obra de la viuda—que comparece para la liquidación de la sociedad de gananciales—y no del contador-partidor nombrado por el causante. Que en primer lugar, en

este punto no existe, ni se ha invocado—ni menos probado—perjuicio de ningún orden para el nieto. Que realmente la cuestión carece de base económica. Reiteradamente ha ratificado esta Sala valoraciones en capita de cuota usufructuaria viudal hecha con arreglo a las escalas del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales, como aquí en el caso. Últimamente en la sentencia de 13 de abril de 1956, que en segundo lugar y en relación con esta falta de perjuicio o lesión, la doctrina legal ha interpretado siempre en sentido restrictivo el sistema de las impugnaciones de la partición. No solo la nulidad sino la misma rescisión son remedios sumamente condicionados y restringidos. Las sentencias de 6 de marzo de 1945 y 30 de enero de 1951, entre otras muchas, recogen esta doctrina.

Sexto. Fundado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por entender que el fallo contiene infracción de Ley y de doctrina legal por violación del artículo 1.074 del Código Civil. Que este motivo que continúa y completa el argumento apuntado el precedente, se formula con carácter general y como consecuencia de todos los motivos de impugnación anteriores. Que el supuesto fundamental, «sine qua non», del artículo 1.074 del Código Civil, que contiene la norma especial de la acción rescisoria referente a las particiones de los bienes hereditarios, es una lesión en más de la cuarta parte. La rescisión es en este campo un remedio sumamente restringido por el legislador. La sentencia de 6 de marzo de 1945 así lo enseña literalmente y añade que, por ella ni siquiera la simple omisión de objetos o valores es, normalmente, según el artículo 1.079, causa de rescisión. Que el actor no ha aducido propiamente, ni directamente, la lesión que sólo podía abrirle la puerta de la acción, ejercitada. Ha aducido sí una serie de perjuicios singulares, y desconectados, dependientes de supuestas omisiones, pero no la lesión que la Ley exige la cual tanto en la entidad como en el tiempo—o momento de su determinación—tiene que ser una lesión determinada. A fundamentar la tesis de la oposición del recurrente de que no existen esas lesiones o perjuicios singulares e inconnexos entre sí, van encaminados los motivos anteriores. Aquí se aduce, frente a la declaración de la rescisión que hace la sentencia impugnada, que ni la parte actora ha aducido ni probado, ni siquiera la sentencia afirma, una lesión de más de la cuarta parte (entendiendo al valor de las cosas cuando fueron adjudicadas).

Séptimo. Fundado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por entender que el fallo al pronunciarse sobre la acción reconvenzional, contiene infracción de Ley y de doctrina legal por violación y aplicación indebida de los artículos 1.064 y 1.393 del Código Civil. Que la sentencia reconoce que la demandada satisfizo en nombre y por cuenta de su coheredero, los impuestos de Derechos reales y timbre a su cargo, la cantidad de 95.115,75 pesetas según carta de pago de 28 de junio de 1948, aportada a los autos y tenida en ellos como auténticas. Y sin embargo, reclamada en reconvencción la devolución de ese dinero, la sentencia no lo concede en su integridad, sino en la proporción que en la partición impugnada le fueron adjudicadas, y según se concrete en período de ejecución de sentencia. Que la base de esta extraña limitación (contradictoria con los pronunciamientos anteriores sobre la acción principal) es que, conforme al artículo 1.393, los gastos que en la gestión de negocios hay que reintegrar son exclusivamente los útiles. Que el error sin justificando existe, en primer lugar, porque no cabe negar el concepto de utilidad a una cantidad que, pagada bastantes meses antes de formarse y protocolizarse la partición que en estos autos se ha impugnado, correspondía no a ella, sino a una decla-

ración provisional presentada a nombre del heredero (por el Notario autor del primer proyecto) a la hacienda. En segundo lugar, pregunta el recurrente cómo puede la misma sentencia que rescinde esa partición impugnada, para que se sustituya por otra que vendría a corresponder a la declaración provisional del coheredero, negar que la cantidad pagada a nombre y por cuenta de ésta y que corresponde a la declaración, no fué hecha con arreglo al último inciso del artículo 1.064 del Código Civil, en interés particular de ese coheredero. Tan en interés particular que, de no haberse ingresado tal suma (esa determinada, que correspondía a la declaración, y no a otra menor) se hubiera seguido un perjuicio exclusivamente, particularmente para él; perjuicio que en nada y para nada robaza, al que le adelantó el dinero.

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Francisco Bonet Ramón:

CONSIDERANDO que fundado en el número segundo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 359 de la misma, acusa el primer motivo la incongruencia de la sentencia con las pretensiones oportunamente aducidas por los litigantes, motivo que a todas luces es desestimable, porque si de algo peca la sentencia, es de su absoluta subordinación a las pretensiones oportunamente aducidas por las partes en sus escritos fundamentales empleando hasta sus mismos términos, que envuelven errores técnicos y sabido es, que según reiteradísima jurisprudencia de esta Sala, precisamente la congruencia o incongruencia ha de entenderse en esa apuntada relación de la parte dispositiva de la sentencia con los términos de la demanda, contestación y reconvencción en su caso.

CONSIDERANDO que fundado en el número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega el motivo segundo que el fallo contiene disposiciones contradictorias, motivo que asimismo es desestimable, porque lo que resulta de la parte dispositiva de la sentencia, según el pronunciamiento tercero del Juzgado confirmado por la Audiencia, es la rescisión de la partición realizada al fallecimiento del señor Urrengoechea y la práctica de una nueva liquidación de la sociedad conyugal y partición de la herencia con arreglo a las bases que resultan de los pronunciamientos anteriores, en que se ordenan unas adiciones, y en ninguna parte se declara la nulidad de la partición, sino solamente en el fallo de la Audiencia se ordena además la nulidad de la adjudicación referente al 80 por 100 del importe del usufructo a favor del demandante y del 20 por 100 a favor de la viuda, y si a alguna duda se prestaban esos pronunciamientos, en su mano tuvo el recurrente y no lo utilizó en tiempo oportuno, el recurso de aclaración que para esos casos le concede la Ley.

CONSIDERANDO que a mayor abundamiento es evidente la imprecisión técnica de que se resiente nuestro Código Civil en materia de inecacia de las particiones a las que dedica la sección cuarta, capítulo sexto del título tercero del libro tercero, donde bajo la rúbrica «De la rescisión de la partición», incluye materia tan heterogénea como la rescisión propiamente dicha (artículo 1.073 a 1.078), la simple modificación de la partición (artículos 1.079 a 1.080), y la nulidad (artículo 1.081) y aun cuando la doctrina científica y la jurisprudencia se hayan esforzado y conseguido finalmente precisar tan heterogéneos y contrarios términos, no hay que olvidar que esta Sala tiene declarado, que no puede dar lugar a la casación el usar como sinónimo la nulidad y la inexistencia (sentencia de 14 de mayo de 1929), y que si bien existen diferencias entre inexistencia de un contrato, nulidad de éste y rescisión del mismo, según esta Sala tiene expuestas clara y concretamente en varias de sus sentencias, no puede dar lugar a casación un error únicamente de

técnica jurídica (sentencia de 23 de marzo de 1934):

CONSIDERANDO que nuestro Código Civil aunque en obligado acatamiento al principio de autonomía de la voluntad establece el principio de libertad de pacto en las capitulaciones matrimoniales, no deja de mostrar su preferencia por el régimen de la comunidad de gananciales, que proclama como régimen legal supletorio y presunto, y fortalece con normas imperativas que no admiten derogación por parte de los cónyuges, acerca de los bienes que tienen el carácter de gananciales, ya directamente, ya por subrogación real, y finalmente con una presunción legal, a cuyo tenor, se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privadamente al marido o a la mujer (artículo 1.497), requiriendo la jurisprudencia para desahazar la presunción legal que favorece el carácter común de los bienes del matrimonio, prueba expresa de la exclusiva propiedad de uno de los cónyuges (sentencias de 28 de enero de 1898 y 19 de diciembre de 1957):

CONSIDERANDO que entre los bienes gananciales por subrogación, se encuentran los bienes adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno sólo de los esposos (artículo 1.401, número primero), no variando la cualidad de gananciales porque la adquisición se verifique a nombre de la comunidad o de cualquiera de los esposos, con tal que se cumpla la condición de haberlo sido a costa del caudal común, sin que el cónyuge a cuyo nombre o para quien se adquiere, pueda invocar esta circunstancia contra la comunidad, pues sólo la procedencia es decisiva para calificar de gananciales los bienes objeto de la adquisición, con lo cual lo que se hace es mantener el patrimonio de la comunidad de gananciales intacto, sin más variación que la sustitución del precio o contraprestación salidos del caudal común, con los bienes con ellos adquiridos («res succedit in locum pretii et pretium in locum rei»):

CONSIDERANDO que amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega el motivo tercero del recurso la infracción de Ley y de doctrina legal por violación de los artículos 1.422 y 1.396, números tercero y cuarto, y por aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 1.401 y 1.497, todos del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de 23 de enero de 1947 y 20 de diciembre de 1952, planteando el sugestivo tema de la naturaleza jurídica del derecho de atribución o suscripción preferente reconocido al antiguo accionista en los artículos 39 y 92 de nuestra Ley de Sociedades Anónimas:

CONSIDERANDO que si bien esta Sala ha declarado en su sentencia de 23 de enero de 1947, a propósito de un caso de separación de nuda propiedad y usufructo en que se discutía la pertenencia del derecho a la suscripción de nuevas acciones por parte de los accionistas de una Sociedad anónima, que prescindiendo de la periodicidad en la producción de los frutos, que no es esencial a la consideración de tales, según evidencia el artículo 475 en su párrafo segundo al referirse al goce de los beneficios que diese una participación en una explotación industrial o mercantil, cuyo reparto no tuviese vencimiento fijo, el fruto es algo producido por la cosa que lo da, y es evidente que las acciones nuevas no pueden estimarse generadas con las acciones antiguas, cuyo fruto o producto son los dividendos repartidos a los accionistas o prestaciones que tengan análogo carácter pero las acciones nuevas dependen en su nacimiento de un acto de los órganos estatutarios sociales, responden a un aumento acordado en el capital de la Sociedad que se lleva a efecto me-

dianse desembolso de los accionistas, y por ello no cabe estimar que en este caso concreto sean considerados como frutos de las acciones primitivas (considerando tercero), respondiendo además la atribución del derecho a suscribir las acciones nuevas a los nudo propietarios en casos como el presente, a consideraciones de equidad que no pueden ser desconocidas, y que han sido reiteradamente expuestas por la doctrina científica, como son las que debe buscarse el equilibrio entre las ventajas y los riesgos, y si la Sociedad derrama un dividendo pasivo sobre el capital, éste lo soporta el propietario, no el usufructuario, y si la acción pide para aquí no para éste en cuanto es representación de capital, por lo que parece natural atribuir al propietario la ventaja que da la propiedad de las acciones nuevas, o de que siendo los antiguos accionistas los primeros en arriesgar su propio capital, resulta lógico conferirles el aumento de ese capital representado por las nuevas acciones y, por lo tanto el derecho a suscribir, y ello aparte de que significando el usufructo una limitación indudable de la propiedad, el alcance del mismo en caso de duda debe ser interpretado restrictivamente (considerando quinto), no es menos cierto que la propia sentencia proclama que no puede asimilarse la sociedad formada por marido y mujer mediante el matrimonio, sociedad de índole predominantemente moral para el mutuo auxilio y la realización de los fines de la familia de la que dimana la de gananciales, con una Sociedad de capitales como es fundamentalmente la anónima, declarando por ello inaplicable al caso de autos la jurisprudencia contenida en las sentencias de 4 de junio de 1881, 9 de noviembre de 1891, 8 de noviembre de 1893, 14 de mayo de 1929, 31 de mayo de 1930 y 18 de abril de 1934, por referirse a la sociedad legal de gananciales, asignando a determinadas acciones de Banco derivadas de otras de que eran accionistas los cónyuges individualmente el carácter de gananciales (considerando sexto):

CONSIDERANDO que tampoco favorece la posición de la parte recurrente la doctrina contenida en la también invocada sentencia de 20 de diciembre de 1952, por no tener paridad la revalorización experimentada por la participación en una Sociedad comanditaria respecto a la asignada en la escritura social y en los balances, de la Sociedad, y el derecho de suscripción preferente de nuevas acciones de una Sociedad anónima, además de que sólo se califica como capital privativo del causante y no como bien ganancial, el incremento que haya tenido su referida participación social por la revalorización de los elementos del activo de la Sociedad, o por la actuación de las reservas producidas con anterioridad al matrimonio del causante, y sin desembolso alguno por el accionista:

CONSIDERANDO que no es sólo la justa aplicación de esta doctrina, erróneamente denunciada como infringida, la que lleva a la desestimación del expresado motivo tercero, sino que a la misma conduce la supuesta infracción de los números tercero y cuarto del artículo 1.396 del Código Civil, que califican como bienes privativos por subrogación real, los adquiridos por derecho de retracto o por permuta con otros pertenecientes a uno sólo de los cónyuges y a los comprados con dinero exclusivo de la mujer o del marido, respectivamente, ya que declarado por el juzgador de instancia (considerando cuarto del Juzgado aceptado por la Audiencia) que la recurrente durante su matrimonio tuvo depositados sus títulos en el Banco de Vizcaya y en el Banco de Bilbao, y a su nombre exclusivamente tuvo siempre abierta cuenta corriente ordinaria de metálico en que se abonaban los cupones de las obligaciones y dividendos de las acciones que tenía depositadas en cada Banco, más los productos de las amortizaciones de obligaciones y venta de valores, acudiendo a diversas ampliaciones de capital

por medio del Banco en que tenía depositados los títulos antiguos, el cual cargaba según práctica bancaria en su cuenta corriente el importe de la suscripción de las nuevas acciones, en la imposibilidad de discriminar en dichas cuentas corrientes la procedencia del metálico con que se pagaban las nuevas acciones, hay que estar a la presunción que establece el artículo 1.407 del Código Civil y considerar el metálico en cuenta corriente como bien ganancial, aunque figurasen las cuentas a nombre de la demandada, no combatidas eficazmente dichas declaraciones, es ineludible la aplicación del número primero del artículo 1.410 del propio Cuerpo legal, que estima decisiva la procedencia del dinero con que se adquieren los nuevos bienes, que en este caso tiene carácter ganancial, con lo que queda descartada la pretendida aplicación del número cuarto del artículo 1.396, sin que respecto al número tercero puedan considerarse como equivalentes el ejercicio del derecho de retracto y el de suscripción preferente por tener naturaleza distinta, ya que aquél se dirige a reintegrar en el patrimonio privativo un bien que salió de él provisionally y condicionalmente, y éste a la adquisición de un derecho nuevo, distinto, que hace inaplicable la alegada razón de analogía, que nunca podría jugar en materia como la presente en que el legislador se pronuncia sin titubeos a favor de la comunidad de gananciales, y que en el caso de autos viene corroborado con argumento de tal autoridad como el del fraude de Ley cometido por el causante, al cambiar después de celebrado su segundo matrimonio la vecindad foral vizcaína por la del derecho común, con el fin de que no se operase la comunidad foral, con el consiguiente perjuicio para el nieto descendiente de sus primeras nupcias, y que no ha podido ser declarado por este Tribunal en aras al principio de la congruencia procesal:

CONSIDERANDO que el motivo cuarto, fundado en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por entender que en la apreciación de las pruebas ha habido error de derecho con infracción del artículo 1.218 del Código Civil, así como error de hecho que resulta de la escritura pública autorizada en 22 de noviembre de 1945, tampoco puede prevalecer, ya que según reiterada jurisprudencia de esta Sala, no procede la casación contra el juicio dado por el Tribunal en virtud del conjunto de las pruebas, cuando el recurrente pretenda impugnario por el resultado aislado de alguno de los elementos integrantes del juicio, desarticulándolo para imprimir a uno de ellos fuerza preponderante:

CONSIDERANDO que el motivo quinto, fundado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la violación e interpretación errónea del artículo 839 del Código Civil, así como de la doctrina legal que cita en torno a la nulidad de las particiones hereditarias, debiendo asimismo ser desestimado, ya que el Comisario nombrado por el testador representa tan sólo al «de cujus», no al heredero, que es el que puede transformarse en su ejecución la cuota viudal, o en su defecto, la Autoridad judicial, cuya apreciación, como cuestión de hecho, no es impugnabile en casación (sentencia de 5 de noviembre de 1913):

CONSIDERANDO que igual suerte ha de correr el motivo sexto que fundado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega la violación del artículo 1.074 del Código Civil, puesto que si bien como regla general establece el artículo 1.073 que las particiones pueden rescindirse por las mismas causas que las obligaciones, o sea por las taxativamente enumeradas en el artículo 1.291, establece como regla especial el precepto supuestamente violado, debido a ser la partición uno de los

negocios jurídicos raros que por derogación del derecho común son sensibles a la lesión, que podrán también ser rescindidas las particiones por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendiendo al valor de las cosas cuando fueron adjudicadas, determinándose la lesión, no respecto al valor singular de los bienes, sino en relación con el valor total de los incluidos en cada lote, habiendo declarado la jurisprudencia que es necesario para rescindir unas particiones por lesión que la prueba practicada en el pleito haya demostrado cumplidamente la realidad de tal lesión, y que ésta haya sido en más de la cuarta parte, declaración que por tratarse de una cuestión de hecho corresponde a los Tribunales de instancia (sentencias de 17 de febrero de 1928, 21 de abril de 1931, 16 de junio de 1932, 9 de noviembre de 1949 y 9 de marzo de 1951), y en el caso de autos la sentencia recurrida declara (considerando octavo de la Audiencia) que existe una gran diferencia no sólo de la cuarta parte, sino de mucho más como lesión legítima, por lo que debe rescindirse la partición al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.074 del Código Civil:

CONSIDERANDO que finalmente, el motivo séptimo del recurso, fundado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entiende que el fallo, al pronunciarse sobre la acción reconvenicional, contiene infracción de Ley y de doctrina legal por violación y aplicación indebida de los artículos 1.054 y 1.893 del Código Civil, con olvido de que hasta ahora la cantidad satisfecha por la recurrente en nombre y cuenta de su coheredero, en razón de los impuestos de Derechos reales y timbra a su cargo, no ha proporcionado a la parte recurrida otra utilidad que la proporcional al valor de los bienes adjudicados en la partición impugnada, sin perjuicio de que al practicar la nueva adjudicación se tenga que hacer otra liquidación complementaria en ejecución de sentencia, por lo que es también desestimable este motivo y con ello el recurso en su integridad.

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción interpuesto a nombre de doña Mercedes Yohn Urquien contra la sentencia que con fecha 18 de abril de 1956 dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos; se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas, y libérese 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», pasándose al efecto las copias necesarias, lo ponciamos, mandamos y firmamos.—Juan Serrada.—Francisco Bonet.—Joaquín Domínguez.—Obdulio Siboni Cuenca.—Diego de la Cruz Díaz (rubricados).

Publicación.—Leída y publicada fué la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Francisco Bonet Ramón, 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 que como Secretario certifico.—Por mi compañero señor Rey-Stolle, Firmado: Emilio Gómez Vela (rubricado).

En la villa de Madrid a 25 de noviembre de 1960; en la cuestión de competencia, por inhibición, suscitada entre el Juzgado Comarcal de Puerto del Rosario (Las Palmas) y el Juzgado Municipal número dos de los de Alicante, sobre conocimiento de juicio de cognición promovido ante este último por don Primitivo Quiles Quiles, vecino de Monóvar, contra don Cris-

tóbal Sosa Trujillo, vecino de Gran Tarajal (Fuerteventura), sobre reclamación de 9.505,90 pesetas; pendiente ante Nos; no habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo ninguna de las partes:

RESULTANDO que por el Procurador don Pedro Morales Zaragoza, en nombre de don Primitivo Quiles Quiles, vecino de Monóvar, se presentó demanda que por repartimiento correspondió al Juzgado Municipal número dos de los de Alicante, en el que tuvo entrada en 30 de marzo de 1960, promoviendo juicio de cognición, contra don Cristóbal Sosa Trujillo, vecino de Gran Tarajal (Fuerteventura), sobre pago de 9.505,90 pesetas, que manifestaba adeudaba el demandado a su cliente, como importe de una partida de vino adquirida con la intervención del agente comercial de Las Palmas de Gran Canaria don Benigno López Araña, y para cuyo pago se libraron diversas letras de cambio que no fueron satisfechas a su vencimiento. Partida que fué embarcada en Alicante y vapor «Ciudad de Salamanca», y a que se refería la factura que con el número dos acompañaba, y en la que se recalca la condición de que los envases se han de devolver a los cuarenta y cinco días de la fecha del embarque, con alquileres, y que la mercancía sobre mi almacén, con gastos incluidos hasta FOB, Alicante. En cuya demanda se suplicaba que previa la tramitación legal, se dictase sentencia condenando a don Cristóbal Sosa Trujillo a pagar a don Primitivo Quiles Quiles la cantidad de 9.505,90 pesetas y demás gastos, así como al pago del interés legal de dicha cantidad desde el día del emplazamiento del demandado hasta que el pago se realizase. Acompañó a la demanda, entre otros documentos, la nota de pedido, la factura y el recibo del flete:

RESULTANDO que emplazado el demandado, por el Procurador don Felipe Miranda Tejerizo, en su representación, se presentó escrito al Juzgado Comarcal de Puerto del Rosario, promoviendo cuestión de competencia por inhibitoria, en el que tras de alegar que el demandante fundamenta su derecho en la devolución impagada de unas letras de cambio, domiciliadas para su pago en el domicilio de don Cristóbal Sosa Trujillo, en la calle de Calvo Sotelo, s/n. de Gran Tarajal (Fuerteventura), no justifica con ningún principio de prueba la entrega o puesta a disposición de dicha supuesta mercancía a favor de su representado; en que, por consiguiente, la acción ejercitada era la personal, por lo que el Juzgado competente, según constante jurisprudencia, es el domicilio del demandado, conforme a lo prescrito en la regla primera del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil y la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, entre otras, en sus sentencias de 26 de febrero de 1943, 14 de enero de 1944, 9 de junio de 1955 y 19 de febrero de 1957; y porque, además, tiene declarado el Tribunal Supremo que para conocer de las acciones derivadas de las letras de cambio, es Juez competente el del lugar en que las mismas están domiciliadas. Negaba la celebración de ningún contrato de compraventa civil ni mercantil; y tras de declarar no haber hecho uso de la declinatoria, suplicaba al Juzgado se requiriese de inhibitoria al Juzgado Municipal de los de Alicante, número dos, mediante el oportuno oficio y testimonios, a fin de que dejase de conocer de los autos, remitiéndolos al Juzgado competente:

RESULTANDO que el Juzgado Comarcal de Puerto del Rosario, de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal, dictó auto con fecha 21 de junio del corriente año, acordando el requerimiento de inhibitoria con fundamento en que tratándose de una acción personal de reclamación de cantidad, en parte como precio de determinadas mercancías y en parte como importe de gastos o desembolsos

sufridos por el actor con motivo de la devolución de determinadas letras impagadas por el demandado, cambiales domiciliadas en Gran Tarajal, de la demarcación jurisdiccional de dicho Juzgado, y no habiéndose adjuntado a la demanda prueba alguna acreditativa de tales gastos o desembolsos ni de la entrega por la parte actora al demandado de las mercancías que la demanda y factura acompañada expresan, ignorando por tanto cuál es el lugar en que el demandado deba, en su caso, abonar a la actora la suma que por los dos referidos conceptos se reclama, es evidente que el Juzgado competente, no existiendo sumisión expresa de las partes al de Alicante, es el de Puerto Rosario, y en consecuencia, procedía declararlo así, y requerir de inhibitoria al Municipal número dos de Alicante, enviándole oficio inhibitorio con el oportuno testimonio:

RESULTANDO que recibido en el Juzgado Municipal número dos de Alicante el oficio inhibitorio, acordó oír por tres días a la parte demandante, que dentro de dicho término presentó escrito oponiéndose a la inhibitoria, alegando que contrariamente a la apreciación del demandado, existía un principio de prueba del contrato de compraventa mercantil en la nota de pedido autorizada con el sello del comisionista y agente comercial, en la que establece la cláusula franco gordo Alicante, en haberse facturado la mercancía a porte debido en esta capital, siendo por consiguiente Alicante el lugar de la entrega, y por último, que el giro de letras no puede significar otra cosa que una facilidad de pago para el deudor. Citó en apoyo de su derecho las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1956, dos de junio de 1959, 23 de octubre de 1944, entre otras, así como la regla primera del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en relación con los 1.500 del Código Civil y 50 del Código de Comercio, y de conformidad con dicho escrito y con el dictamen del señor Fiscal, el Juzgado Municipal número dos de Alicante dictó auto con fecha 16 de julio de 1960, acordando no haber lugar al requerimiento inhibitorio, por estimar se competente para conocer de los autos, con fundamento en que, por regla general y según lo que dispone el artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en los casos en que no mediare sumisión expresa o tácita de las partes a favor de Juez o Tribunal determinado, será Juez competente en los juicios en que se ejerciten acciones personales, el del lugar en que debe cumplirse la obligación, respecto del cual establece el artículo 1.500 del Código Civil, que en el caso de compraventa, el comprador está obligado a pagar el precio de la cosa vendida en el tiempo y lugar fijados en el contrato, y que si no se hubiesen fijado, deberá hacerse pago en el tiempo y lugar en que se haga la entrega de la cosa vendida. La venta que motivaba la reclamación deducida en el juicio se refiere a una partida de vino facturado en el puerto de Alicante por P. Quiles, a la consignación de don Cristóbal Sosa Trujillo de Gran Tarajal, con fecha 29 de agosto de 1959, según conocimiento de embarque expedido por el capitán del buque «Ciudad de Salamanca», cuyo documento se presentó con la demanda y obra unido a los autos como complemento de una nota de pedido del agente comercial de Las Palmas don Benigno López Araña, y una factura del cargador, antecedentes más que suficientes para configurar una prueba indiciaria de un contrato mercantil de compraventa, en el cual la mercancía fué puesta a disposición del comprador en el puerto de Alicante, por lo que, conjugada esta realidad con el precepto legal al principio estudiado, es incontestable que si la entrega de la mercancía tuvo lugar en un punto determinado, en este mismo punto habrá de efectuar el pago el comprador, criterio

confirmado por las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1942, 4 de junio de 1946 y 13 de enero de 1947, y como este punto es en el presente caso Alicante, y a uno de los Juzgados de esta capital ha correspondido por tanto el conocimiento de la acción reclamatoria, se encuentra en el ejercicio legal de una jurisdicción indiscutible de la que no puede abdicar sin conformidad de las partes, y como la demandante se ha opuesto a ello al impugnar el requerimiento de inhibitoria practicado, es obvio que debe accederse a su petición y de acuerdo con la misma, manifestar al Juzgado requirente que no se accede a lo que interesa, y por el contrario, se le invita a desistir del mismo, remitiendo las actuaciones a este Juzgado o manifestar si insiste, para elevar el incidente a la Sala Primera del Tribunal Supremo, para la decisión de la competencia:

RESULTANDO que habiéndose insistido por el Juzgado Comarcal de Puerto del Rosario, en su auto de 26 de julio de 1960, en el requerimiento inhibitorio planteado, ambos Juzgados han elevado a este Tribunal Supremo sus respectivas actuaciones, para la resolución de la cuestión de competencia suscitada; y recibidas las mismas, se pasaron a dictamen del Ministerio Fiscal, el que lo evacuó estimando competente al Juzgado Municipal número dos de Alicante, para conocer de la reclamación de autos, según el artículo 1.500 del Código Civil y la regla primera del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento:

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Pablo Murga Castro:

CONSIDERANDO que aun cuando en el escrito de demanda promovido por el actor, es cierto que se reclaman del demandado el pago de 9.505,90 pesetas, y que esta cantidad obedece a que se acumulan al precio no satisfecho de una compraventa mercantil efectuada, el importe de los gastos originados por el envío, a porte debido, de unos envases y el quebranto sufrido por la devolución de unos giros librados por el primero; no lo es, como insistía el Juzgado donde se suscitó la competencia, que dichas peticiones estén sometidas a distinto enjuiciamiento, ya que estas dos últimas cantidades han de seguir la suerte de aquella principal, a la que están subordinadas, puesto que derivan y son consecuencia del contrato de suministro de diez barriles de vino, servidos por el demandante cosechero residente en Monóvar, al demandado, comerciante de Canarias, «con flete corrido» a cargo de éste, desde Alicante, lugar de embarque, hasta Gran Tarajal, isla de Fuerteventura, punto de destino y vecindad del comprador, mercancía remitida en cumplimiento del contrato celebrado con intervención de un agente mediador colegiado, y que el segundo aceptó, habiendo devuelto, vacíos, los barriles en que iba el vino, sin aceptar los giros que, en forma de letra de cambio, para su efectividad, y por serie más cómoda su pago, le habían sido enviados por el vendedor; y como de esta aceptación de la mercancía y de la nota de pedido, verificada por el agente, se deriva una prueba indiciaria suficiente, a efectos de resolver esta cuestión de competencia, sin entrar en el fondo que la reclamación contiene, esa prueba es bastante, al no existir sumisión expresa ni tácita, ni lugar designado por las partes para el pago del importe del contrato celebrado, para atribuir, de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal, la competencia suscitada a favor del Juzgado de Alicante, en donde fué entregada la mercancía, que viajaba «sobre precio gordo» y debe su valor ser abonado, todo en cumplimiento de lo dispuesto en la regla primera del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo primero, párrafo segundo, de la Ley de 17 de julio de 1948 y 1.500 del Código Civil.

FALLAMOS que debemos declarar y declaráramos que es Juez competente para conocer de la presente cuestión de competencia, el del Juzgado Municipal número dos de Alicante, al que se remitirán todas las actuaciones, con testimonio de esta resolución, la que se pondrá en conocimiento del Comarcal de Puerto Rosario; condenamos a cada una de las partes a las costas causadas a su instancia y a la mitad de las comunes.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» e insertará en la «Colección Legislativa», pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Manuel de la Plaza.—Juan Serrada.—Pablo Murga.—Francisco Bonet.—Diego de la Cruz (rubricados).

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

En la villa de Madrid a 25 de noviembre de 1960; en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Sevilla y en grado de apelación ante la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de la misma ciudad, por don Manuel Hernández Castañón, mayor de edad, soltero, empleado y vecino de Guadalajara, con don Salvador Díaz Leal, mayor de edad, casado, Abogado y vecino de Sevilla, sobre retracto urbano; autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de injusticia notoria, interpuesto por la parte actora, representada por el Procurador don Luciano Rosch Nadal, y dirigida por el Letrado don Eugenio Falao; habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo la parte demandada y recurrida, representada por el Procurador don Santos de Gandarillas Calderón y dirigida por el Letrado don José González Serrano.

RESULTANDO que por el Procurador don Ceferino Piñas González, en nombre de don Manuel Hernández Castañón, y mediante escrito de fecha 25 de enero de 1957, que por reparto correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 5 de los de Sevilla, se dedujo demanda contra don Salvador Díaz Leal, sobre retracto, y cuya demanda basó en los siguientes hechos:

Primero. Que el actor, a virtud de contrato celebrado el 1 de agosto de 1938, con la entonces propietaria del inmueble, doña Amparo Pérez de la Vega, viuda de Bormas, es único inquilino de la casa sita en Sevilla, calle de Hernando Colón número 43, como acredita con el documento que acompaña con el número 2, la cual ocupa, desde la iniciación del contrato—y como condición implícita de éste— en unión de su hermano don Jesús Hernández Castañón—que desarrolla en ella su profesión de médico—éste último con carácter de mayor permanencia, puesto que por las circunstancias de la carrera administrativa del actor le obliga a residir habitualmente fuera de Sevilla; que, como merced de dicho arrendamiento, satisface mensualmente, excluidas las repercusiones, la suma de 330 pesetas, lo que acredita con el recibo que acompaña; que la legitimidad de esta situación arrendaticia está reconocida, en pleito habido con la anterior titular del inmueble, por sentencia dictada por el Juzgado Municipal número 4.

Segundo. Que con el carácter de arrendatario, en 2 de junio de 1954, doña Amparo Bormas Pérez, anterior propietaria de la casa que el actor lleva en arrendamiento, ofreció a dicho señor la cesión en pleno dominio de dicha finca a cambio de una renta vitalicia de 1.000 pesetas mensuales, con una entrada de 75.000 pe-

setas, libres de todo gasto, advirtiéndole al propio tiempo de su decisión de cederla en tales condiciones, con el fin de que pudiera ejercitar las acciones que la Ley de Arrendamientos Urbanos determinaba en dicha fecha; que con mayor detalle así resulta del acta 1.540 de 1954 del protocolo de don Francisco Monedero, Notario de Sevilla, de la cual acompaña cédula en copia simple.

Tercero. Que no interesaron al actor las condiciones de adquisición ofrecidas y se abstuvo de contestar al ofrecimiento, sin que sobre ello volviera a manifestar nada la propietaria; que en 29 de noviembre de 1956 el demandado, con intervención del Notario antes mencionado, notificó al actor que, por escritura pública de 3 del mismo mes, había adquirido de doña Amparo Bormas Pérez, a título oneroso de renta vitalicia, la finca de calle Hernando Colón, 43, lo que ponía en su conocimiento y en el de su hermano don Jesús, con el fin de que le tuviera por subrogado en dicho título de dominio; que el Notario autorizante de dicho requerimiento entregó al actor la cédula que se acompaña con el número 5, no obstante que la redacción de la misma parecía indicar que la cédula de la notificación habría de ser comprensiva de copia simple de la escritura y no sólo del requerimiento; que por esta razón, el actor, interesado en conocer las condiciones de la transmisión, hubo de dirigirse de modo particular a dicha Notaría, en la que se le expidió copia simple de la escritura varios días más tarde, en 17 de diciembre de 1956, la cual acompaña a esta demanda con el número 6 de documentos.

Cuarto. Que de dicha escritura, otorgada en 3 de noviembre de 1956, entre doña Amparo Bormas Pérez y don Salvador Díaz Leal, resulta que este último señor ha adquirido la titularidad dominical de la finca por el título de cesión a cambio de renta vitalicia, con sujeción a las siguientes condiciones fundamentales: a) La señora Bormas Pérez ha cedido el dominio de la finca de calle Hernando Colón, 43, a cambio de una renta vitalicia anual de 7.200 pesetas, pagaderas por mensualidades anticipadas de 600 pesetas cada una a partir del mes de noviembre de 1956. b) Como cuota única de entrada, dicha señora ha percibido del señor Díaz Leal la suma de 25.000 pesetas. c) La pensión estipulada ha de ser percibida íntegramente por la señora pensionista, obligándose el adquirente a abonar cuantas contribuciones e impuestos se exijan por razón del contrato de renta vitalicia, aumentándose de modo automático dicha renta en igual cantidad en el supuesto de que el pago de dichos tributos fuera forzoso para la pensionista. d) En garantía de pago de la pensión, aparte de otras estipulaciones, se ha concertado contrato de hipoteca sobre la finca para responder de tres anualidades y la corriente y 10.000 pesetas para costas y gastos. e) El señor adquirente se obliga al pago de todos los gastos del contrato, incluso derechos reales, registro plusvalía, y, para el caso de incumplimiento, se compromete al pago de costas, con inclusión de honorarios de Letrado y Procurador.

Quinto. Que las condiciones de este contrato, distintas de las ofrecidas al señor Hernando Castañón, han hecho que éste considere de su conveniencia ejercitar el derecho de retracto sobre la finca en cuestión, a lo cual el adquirente no ha accedido voluntariamente, lo que motiva que presente esta demanda. Invoco los fundamentos de derecho que estimó aplicables al caso y terminé con la suplica de que se dicese sentencia por la que: primero, se declare haber lugar al retracto que, como inquilino único de la casa calle Hernando Colón, 43, intenta el actor contra el señor Díaz Leal sobre dicha finca, cuya descripción figura en el número primero de la exposición de la escritura de 3 de noviembre de 1956; segundo, condene al demandado a estar y pasar

por la anterior declaración y a que, contra reembolso del precio desembolsado, gastos legítimos del contrato y los necesarios y útiles hechos en la finca, si los hubiere, otorgue a favor del actor escritura por la que transmita la propiedad de la finca en cuestión en idénticas condiciones a las en que el demandado ha adquirido, determinadas en la escritura de 3 de noviembre de 1956, subrogando a tales efectos en los derechos y obligaciones dimanantes de la misma, todo en el plazo de tercero día; tercero, condene a dicho señor, asimismo, en las costas de este litigio. Por medio de otrosí interesó el recibimiento a prueba. Con el anterior escrito se acompañaron los documentos que en el mismo se mencionan, que resultan ser de contenido sustancialmente acorde con las manifestaciones que de ellos se hacen:

RESULTANDO que admitida la demanda y emplazado el demandado don Salvador Díaz Leal, compareció en su nombre el Procurador don Manuel Cubiles Atienza, quien mediante escrito de 14 de junio de 1958, contestó y se opuso a la referida demanda, en base a los siguientes hechos:

Primero. Que no es exacto el correlativo; que resulta de la lectura de la sentencia dictada en 18 de noviembre de 1943 por el Juzgado Municipal número 4 de los de Sevilla, que fué confirmada en 19 de febrero de 1944 por el de Primera Instancia, en expediente de juicio verbal especial sobre desahucio, al amparo de los apartados d) y b) del artículo 5º del Decreto sobre inquilinato, de 29 de diciembre de 1931, promovido por doña Amparo Pérez contra don Manuel Hernández Castañón, de la que copia los tres primeros considerandos, que dicen: Primero. Que está reconocido por la actora en la confesión, que a la firma del contrato concurren los hermanos Hernández Castañón, y que si se firmó a nombre de don Manuel fué por indicación del hoy demandado, estimando, por tanto, ser indiferente quién hubiera de figurar como inquilino, por saber que, como miembros de la misma familia, iban a ser los dos habitantes de la casa arrendada. Segundo. Que lo anterior está aseverado al reconocer igualmente la actora que después de la firma del contrato le desesó al hermano del demandado mucha suerte en su casa, en el ejercicio de su profesión de Médico. Tercero. Que claramente se deduce por lo expuesto que el propósito de la propietaria era considerar inquilino tanto a un hermano como a otro, siendo accidental para ella el nombre de la persona que figurase en la firma del contrato; que no es menos interesante para esta litis las manifestaciones hechas en el acta del referido juicio por la representación del señor Hernández Castañón, las que, en síntesis, afirman que en realidad el inquilino fué el hermano del hoy actor, don Jesús Hernández Castañón, «y para utilizar la casa ambos hermanos»; que, en efecto, afirma aquella representación, en el acta aludida, que no es cierto que hubiera existido subarriendo por parte de don Manuel Hernández Castañón a su hermano don Jesús, de la casa Hernando Colón, 43, siendo la realidad de los hechos la siguiente: Que la casa la habitaba el Doctor don Alfredo Hernández Díaz, mediante la renta de 250 pesetas mensuales; que al rescindirse tal contrato el señor Hernández Díaz lo comunicó a su compañero don Jesús Hernández Castañón, hermano de don Manuel, quien efectivamente habita la finca y tiene en ella establecida su consulta; que doña Amparo Pérez de la Vega no conoció a su inquilino don Manuel Hernández Castañón, pues quien concertó el arrendamiento al dejar la finca el señor Hernández Díaz fué el propio don Jesús Hernández Castañón, celebrando éste con la actora las previas conferencias y prometiendo la actora al dicho don Jesús que le arrendaría la finca en cuestión, mediante la renta mensual de 300 pesetas; que don Manuel Hernán-

dez Castañón, que en aquella fecha, como funcionario del Banco de España, con destino en la Sucursal de Sevilla, desempeñaba la Intervención en tal Sucursal, fué propuesto como fiador, pero a la señora De la Vega le pareció una mayor garantía para sus intereses que don Manuel fuera directamente el arrendatario, y el fiador un tercero, y así firmó el contrato, y desde que comenzó a regir, en 1 de agosto de 1938, si bien habitó en la casa don Manuel Hernández, puede afirmarse que el cabeza de familia era, y es, don Jesús, por su mayor edad, por su estado y porque quien había de ejercer libremente una profesión en el inmueble arrendado era don Jesús; que desde dicha fecha se fijó la plaza de Médico anunciando tal consulta, la renta se cobraba personalmente por doña Amparo Pérez de la Vega en la propia finca, y en sus periódicas visitas por las relaciones de amistad que sucedieron al conocimiento de la actora y arrendatario de hecho, aquella precedía el éxito profesional de don Jesús Hernández, al igual que lo tuvo «en su casa» el doctor Hernández Díaz; que doña Amparo Pérez de la Vega percibía la renta de manos de don Jesús Hernández Castañón, con éste cambiaba impresiones e incluso discutía los reparos y mejoras que se consideraban necesarios en la finca, y para ella no existía más inquietud que el mencionado don Jesús, llegando incluso a proponerle como testigo, en su calidad de tal, en juicio por daños seguidos en el mismo Juzgado contra el dueño del establecimiento conocido por «Las Escobas»; que no es tampoco el caso de haberse instalado don Jesús en la finca, al ser trasladado don Manuel a Badajoz por razón de su cargo. Es que los señores Hernández Castañón vivían como hermanos constituyendo una sola familia, y si alguna variación ha existido desde el arrendamiento a la fecha, ha sido que don Manuel, precisamente de estado soltero, ha dejado transitoriamente de habitar en la casa por su actual residencia en Badajoz; que de lo expuesto resulta que el hoy actor no es en absoluto el único inquilino de la casa Hernando Colón, 43, objeto del retracto; que ya lo reconoce así, aunque de un modo encubierto, en el hecho primero de la demanda, al decir que don Manuel Hernández Castañón la ocupa «desde la iniciación del contrato y como condición implícita de éste, en unión de su hermano don Jesús Hernández Castañón, que desarrolla en ella su profesión de Médico, este último con carácter de mayor permanencia, puesto que las circunstancias de la carrera administrativa del señor que me manda le obligan a residir habitualmente fuera de esta localidad»; que también se reconoce en el hecho primero de la demanda que el domicilio de don Manuel Hernández Castañón, que no a otra cosa equivale el expresar residir habitualmente fuera de esta localidad no es el de la referida casa, en virtud, dice, de la carrera administrativa del mismo, aunque sin expresar cuál sea esta, si bien consta en el poder que es empleado del Banco de España y está afeitado actualmente en Guadalajara, en donde suscribió dicho documento público el 10 de enero 1957, reconociendo fehacientemente aquella vecindad; que, en consecuencia, queda probado por propio testimonio del actor que no habita ni ocupa la casa Hernando Colón, 43, objeto del retracto, desde el año 1943, como mínimo, en que fué trasladado a Badajoz por razón de su cargo, ni tampoco el ejercitar la acción, en cuyo momento es vecino de Guadalajara por igual causa; que, asimismo, es cierto que don Jesús Hernández Castañón es el único ocupante de la finca e inquilino de la casa, como cabeza de familia, desde 1 de agosto de 1938, y arrendatario de hecho según las propias declaraciones formuladas en el juicio de desahucio especial que la señora de la Vega, cedente de la finca en renta vitalicia a don Salvador Díaz Leal, siguió ante el Juzgado Municipal nú-

mero 4 de Sevilla, por demanda de fecha 6 de agosto de 1943.

Segundo. Que se desconoce en absoluto cuanto se manifiesta en igual número de la demanda, que, en todo caso, es irrelevante a los efectos de esta litis, por ser el demandado tercero ajeno a aquel acto y en virtud del principio de derecho «res inter alios acta nobis nec nocet prodest».

Tercero. Que en este número de la demanda únicamente se reconoce que don Salvador Díaz Leal, con intervención del Notario don Francisco Monedero, notificó a los hermanos Hernández Castañón que le pagasen la renta del inmueble objeto de esta litis, como nuevo propietario en virtud de adquisición del dominio a título oneroso de renta vitalicia, considerándolo subrogado en todos los derechos y obligaciones dimanantes de este título en el contrato de arrendamiento, rechazando cuanto se haya expuesto de contrario y que está en oposición con el contenido de aquel requerimiento, cuya copia se ofrece traer a los autos en período de prueba.

Cuarto. Que para que no haya duda en la interpretación de la adquisición de la casa Hernando Colón número 43, por don Salvador Díaz Leal, a cambio de cedente doña Amparo Bormas Pérez, renta vitalicia a favor de la propietaria acompaña la primera copia de la escritura otorgada en 3 de noviembre de 1956; que en ella resultan pactadas todas las condiciones que formalizan el contrato aleatorio de renta vitalicia, por lo que se rechaza cuanto pueda ofrecer duda o se ponga en igual número de la demanda, el contenido de esta escritura.

Quinto. Que también se niega este hecho de la demanda y sólo ha de quedar cierto y afirmado por el demandado, que al ser demandada en conciliación por el actor, se ha opuesto a la pretensión del mismo, y ahora igualmente sostiene la oposición en méritos del derecho que ampara al señor Díaz Leal.

Sexto. Que las relaciones de íntima amistad y de mutua confianza que doña Amparo Bormas Pérez tiene con don Salvador Díaz Leal y con la esposa de éste, son las que han movido a aquella señora a consolidar este pacto de cesión en renta vitalicia de la casa Hernando Colón, número 43, toda vez que no tiene herederos y ante el amparo que el señor Díaz Leal le ha prestado y le presta constantemente en todos sus actos, ha sentido la necesidad de ser protegida asimismo en el resto de su vida con la solvencia moral y económica de la citada familia, que le asegura el cumplimiento de la obligación de pago de renta vitalicia sin quebranto ni temor de que pueda ser alzada en ningún momento por el cesionario ni por su esposa, basada esa seguridad en la espontánea estimación subjetiva que de los mismos, tiene. Invocó los fundamentos de derecho que creyó aplicables, y terminó suplicando se dictase sentencia declarando a don Salvador Leal plenamente absuelto de la demanda con costas a la parte actora.

RESULTANDO que recibido el pleito a prueba se practicaron, a instancia de la parte actora, las de confesión judicial, documental pública y privada, cotejo de letras y testifical, y a instancia de la parte demandada las de confesión judicial, documental.

RESULTANDO que unidas a los autos las pruebas practicadas, el Juez de Primera Instancia del número 5 de los de Sevilla dictó sentencia con fecha 6 de septiembre de 1958, absolviendo al demandado de la demanda contra él formulada, 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 Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevi-

lla dictó sentencia con fecha 21 de enero de 1959 por la que sin hacer especial imposición de costas del recurso confirmó la del inferior:

RESULTANDO que por el Procurador don Luciano Rosch Nadal en nombre de don Manuel Hernández Castañón, y previa constitución de depósito por cuantía de 2.000 pesetas, se ha interpuesto contra la anterior sentencia recurso de injusticia notoria, al amparo de los siguientes motivos:

Primero. Fundado en la causa tercera del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. El fallo recurrido ha incidido en injusticia notoria por infracción de precepto legal al infringir por violación los artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y por aplicación indebida el artículo 1.802 del Código Civil. Que la sentencia recurrida verra gravemente cuando califica jurídicamente el contrato transmissivo como de renta vitalicia, definido en el artículo 1.802 del Código Civil. Contra su atención a este efecto en aquella estipulación por virtud de la cual el adquirente del inmueble contrae la obligación de satisfacer a la transmitente una pensión vitalicia anual. Pero el Tribunal de instancia se olvida de otro aspecto del contrato sumamente trascendente, cuál es que también el adquirente pagó en el momento de celebrarse el contrato como precio de la transmisión la suma de 25.000 pesetas. De donde se sigue que el precio pagado por el adquirente consistió en la entrega inmediata de una suma de dinero y en la constitución de una renta vitalicia, lo que separa claramente el contrato de la figura del artículo 1.802 del Código Civil, colocándolo por lo menos en la categoría de contrato mixto de compraventa y de renta vitalicia, y no sólo de renta vitalicia como ha entendido con error la sentencia recurrida. Que esto quiere decir simplemente que está en lo cierto aquella doctrina que niega sustantividad al llamado contrato de renta vitalicia al que engloba como simple obligación en figuras jurídicas más amplias; Enneverus en su «Derecho de Obligaciones (tomo II, página 441), no le aplica la figura del contrato, sino que lo llama «obligación de renta vitalicia». Si bien se mira la constitución de una renta vitalicia lo mismo puede ser una modalidad del pago del precio de la transmisión de unos bienes, en cuyo caso se identifica con la compraventa, como una carga impuesta por el testador a sus herederos a favor de una tercera persona, la forma de percibir una indemnización por culpa extracontractual, o el precio que satisfaga por un contrato de seguro consistente en pagar una prima periódica durante la vida del asegurado, con el fin de que asegurador venga obligado a pagar una pensión vitalicia a una tercera persona. Que la renta o pensión vitalicia no es más que una de las muchas modalidades que puede adoptar la contraprestación en todo tipo de convenciones. Que ciñéndose al tipo de contrato que nos ocupa que la mayor parte de la doctrina extranjera y nacional se inclina por considerar como compraventa la transmisión de un inmueble mediante el pago de una renta vitalicia. Que tal es la opinión de Ruggiero, para quien: «si el contrato se constituyó a título oneroso y la compensación que el deudor recibe es una cosa mueble o inmueble, la relación vendrá regulada por las normas propias de la compraventa, por estimarse que la renta funciona como precio de la cosa y si es a título gratuito se sujeta a las normas propias de la donación». Que esta opinión coincide con la de Baudri Lacantierie y con la de Planio (tomo X, página 29), para el cual «la suma de dinero que desempeña el papel de precio de la compraventa puede ser pagadera de una o más veces; puede consistir en una venta vitalicia o perpetua». Que en el

mismo sentido se pronuncia Colin y Capitant, que distingue la renta que debe su causa a la transferencia de una suma en metálico de la renta mediante la enajenación de un objeto, para acercar al préstamo la primera y descubrir en la segunda una variedad de venta, con obligación por parte del pensionista de prestar el saneamiento por evicción del bien que transfiera. Que por su parte el Código Civil italiano en su 1.862, al referirse a la renta perpetua establece que cuando «la enajenación del inmueble se haga a título oneroso, está sujeto a las normas establecidas para la compraventa. Recuerda el recurrente el trabajo de Azurza, publicado en la «Revista de Derecho Privado», en el que establece que la modalidad más corriente de la renta vitalicia es la compraventa de bienes muebles o inmuebles, mediante el pago de una renta de por vida, recordando tal autor que tal figura es la que la literatura jurídica francesa conoce con el nombre de enajenación a fondo perdido, a causa de que a la muerte del vendedor sus herederos no hallaran capital alguno, en lugar del bien enajenado, ni tendrán tampoco derecho a renta. Que Scaevola se adhiere a la anterior doctrina, entendiendo que no es circunstancia esencial del negocio la forma simultánea o sucesiva en que se paga el precio por la transmisión onerosa de un bien mueble o inmueble, en cambio Manresa mantiene en la sustantividad del contrato de renta vitalicia, por entender que con esta figura jurídica el precio no puede tenerse por cierto como requiere la compraventa. Que no comparte esta opinión de que el precio no haya de considerarse como cierto por la circunstancia de que la contraprestación no se verifique de presente. A su juicio no hace falta que el precio al perfeccionarse el contrato se encuentre concretado, siempre que su matemática exactitud sobrevenga de una manera automática por el simple transcurso del tiempo, sin necesidad de nuevo convenio entre los interesados. Cuando el artículo 1.445 emplea el adjetivo «cierto», refiriéndose al precio exige que esté seguro y fijo, del mismo modo que pretende seguridad y firmeza en la cosa cuando señala a ésta con el participio «determinada». Si, pues, el objeto basta con que sea determinada, lo que engendra la posibilidad de la compraventa de cosa futura o de esperanza, también bastará con que el precio sea especificable en el futuro, no ya por los procedimientos que en esa línea de futuridad señalan los artículos 1.447 y 1.448 del Código Civil, sino por cualquier sistema que no exija una nueva manifestación de voluntad de los contratantes. Se engendrarán en tal supuesto una compraventa conmutativa con un ingrediente aleatorio que no es esencial, por cuanto el azar no se proyectará sobre la subsistencia del contrato, ni sobre la existencia de ninguna de sus piezas especiales sino tan sólo sobre la cuantía del precio pagado por el comprador. Que sea cual fuere la opinión que prevalezca lo importante es la identidad esencial que existe entre la compraventa y el contrato de cesión de un inmueble mediante el pago de una renta o pensión vitalicia, a los efectos del retracto. A estos efectos niega terminantemente que hayan de ser interpretados en sus términos literales los artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Nunca la interpretación literal puede considerarse como un método que elimine el razonamiento necesario para ver si el precepto es adecuado a la finalidad perseguida por el legislador. Lo que sucede es que cuando un precepto está bien redactado el juicio de adecuación se deduce de una forma casi simultánea a la lectura de su texto. Que en todo caso es evidente que en materia de retracto ha de rechazarse toda interpretación literal y restrictiva. Por el contrario, la jurisprudencia de este Tribunal

al aplicar el artículo 1.521 del Código Civil ha extendido el retracto no sólo a la compraventa sino también cuando la enajenación es por causas distintas de la compraventa siempre que sea legalmente posible la subrogación del retrayente. En este sentido son trascendentes las sentencias de 9 de marzo de 1893 y 11 de junio de 1902. Ambas sentencias extendieron el derecho de retracto a la cesión por censo consignativo, a pesar de que, al igual que sucede en la renta vitalicia, el precio de la transmisión es una pensión periódica con la sola diferencia que en aquel contrato es vitalicia y en éste es perpetua. Que la primera sentencia extiende el derecho de retracto no sólo al censo enfiteutico sino también a los foros, cesión del suelo para la plantación de viñas por el tiempo que vivieron las primeras cepas y en los contratos de naturaleza análoga a la enfiteusis. La segunda sentencia, más expresiva si cabe, enseña que «no cabe desconocer que el contrato en que se contrata el censo participa de los caracteres sustanciales de la compraventa... El derecho se da no tan solamente cuando el coparticipante de un inmueble enajena su participación a título de simple venta, sino también cuando la enajena por causa distinta de la venta, pero a título oneroso análogo a la misma, sin más limitación que la limitación que la inherente al retracto de que sea legalmente posible la subrogación del retrayente». Que sentido lo que antecede cree que ha de convenir con él en que la misma tendencia expansiva del derecho de retracto debe mantenerse respecto al regulado por la Ley de Arrendamientos Urbanos. Sería un inmenso contrasentido que se produjera ahora una regresión difícilmente justificable. Téngase presente que conforme ha declarado reiterada jurisprudencia de esta Sala la tendencia social, y en muchos aspectos proteccionistas del inquilino que el legislador ha dado al arrendatario urbano, exige una aplicación de aquellas normas, que cual la reguladora del retracto, protege la permanencia en la situación del arrendatario. (Sentencia de 27 de noviembre de 1947, 8 de junio de 1952 y 18 de diciembre de 1954). Por ello, no puede echarse en saco roto la finalidad social que persigue el derecho de retracto, lo que ha dado lugar a que la doctrina legal de esta Sala haya establecido que «sobre la literalidad de los términos de dicha disposición (artículo 63 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), está la razón que sirvió de fundamento, que fué la necesidad de proteger al inquilino o arrendatario del piso o de la casa de que fuera único ocupante contra los abusos del propietario, que vendiendo aquella podría provocar el desahucio y como esta razón se da tanto en el caso de que el ocupante... (Sentencia de 3 de julio de 1952 y 4 de mayo de 1953). Por su parte, la misma sentencia de 18 de diciembre de 1954, al establecer la interpretación extensiva de los artículos 63 y 64 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, sancionó la aplicación a la institución del retracto del artículo 13 de la antigua Ley y consagró el principio de la interpretación análoga. Que todo ello demuestra que la doctrina jurisprudencial dictada por esta Sala sigue y amplía la corriente tradicional de extender el retracto a aquellas figuras que tengan afinidad esencial con el contrato de compraventa, siempre que sea posible se produzca la subrogación del retrayente, por aplicación del principio de que donde la razón es la misma debe ser la regla de derecho aplicable. Pregunta el recurrente, en caso contrario, qué ocurriría, y dice que se habría abierto un amplio portillo al fraude del derecho de retracto del inquilino. Ya la tradicional jurisprudencia de esta Sala había dado esta razón como una de las que la habían inclinado a extender el retracto a otras figuras afines a la compra-

venta. Recuérdese a estos efectos las sentencias de 15 de febrero de 1909 y 6 de diciembre de 1918, que establecieron textualmente que la eficacia legal del retracto «no podía quedar a merced de formas y medios de transmisión por los cuales podría fácilmente aludirse. En el mismo sentido la moderna Jurisprudencia de esta Sala, en su sentencia de 2 de noviembre de 1947, ya dijo que había de extenderse el derecho de retracto a las ventas de participaciones indivisas, en atención a la interpretación finalista de la norma y para evitar que puestos de acuerdo arrendador y comprador burlasen el derecho del arrendatario. Otra sentencia, la de 4 de noviembre de 1955, estableció que si no se salvaguardara debidamente el derecho de retracto quedarían «burlados los intereses sociales que la Ley trata de amparar mediante el reconocimiento de tal derecho a favor de inquilinos o arrendatarios, porque quedaría a merced de conabulaciones dolosas ideadas por los propietarios y por los terceros adquirentes de los locales arrendados, y los propósitos perseguidos por el legislador se verían frustrados». Por último, las sentencias de 4 de junio de 1952 y 4 de mayo de 1953, dicen que «sobre la literalidad de los términos de dichas disposiciones está la razón que les sirve de fundamento, que fué la necesidad de proteger al inquilino o arrendatario del piso o de la casa de que fuera único ocupante contra los abusos del propietario, que vendiendo aquella podría provocar el desahucio. Que debe también tener en cuenta que al dictarse la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos se ha modificado la redacción del artículo 47 (correspondiente al artículo 63 de la antigua), adicionando un tercer párrafo, mediante el cual se concede el retracto al inquilino en el caso de adjudicación de viviendas por división de casa común. Por lo tanto, si no consideráramos aplicable a este pleito los artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el Tribunal de instancia infringiría ambos artículos por violación, máxime cuando el contrato es, por lo menos, mixto de compraventa y de renta vitalicia.

Segundo.—Fundado en la causa cuarta del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos. El fallo recurrido ha incidido en manifiesto error en la apreciación de la prueba documental obrante en autos. Que no cabe duda que cuando las Salas de instancia recogen mal un hecho esta causa de revisión para denunciar el error cometido. Pero pregunta el recurrente que ocurre cuando la Sala de instancia no recoge en su sentencia un hecho que el recurrente considera trascendente para enjuiciar debidamente el pleito, y dice que entonces no puede decirse propiamente que no ha sentado en sus consideraciones ninguna manifestación errónea al resumir los elementos fácticos del pleito. Pero el recurrente entiende que ha incurrido en error de hecho por omisión al no recoger un elemento fáctico de hecho como probado que tiene importancia sustancial para resolver el pleito. Por eso articula este motivo de revisión, para evidenciar la omisión de un elemento fáctico esencial en la sentencia de Primera Instancia. Que nada dice la sentencia de Primera Instancia sobre quiénes fueron los titulares iniciales del contrato de arrendamiento. La prueba documental que ha sido recogida en el antecedente II, que da aquí a todos los efectos por reproducida, demuestra con toda evidencia que si bien el documento en el que se hizo constar el contrato de arrendamiento sólo consta como arrendatario don Manuel Hernández Castañón, la realidad que palpita debajo de esta firma escrita es que fueron arrendatarios iniciales, tanto don Manuel Hernández Castañón como su hermano don Jesús. También demuestra toda la prueba documental que ha sido recogida en el

apartado II, que don Jesús Hernández Castañón ha venido ocupando ininterrumpidamente la vivienda hasta el momento presente y que la ocupa en la actualidad. Por lo tanto, al no recoger este elemento sustancial la sentencia de Primera Instancia incurrió en el doble error de hecho en la apreciación de la prueba que por este motivo de casación denuncia.

Tercero. Finalizado al amparo de la causa tercera del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por incidir el fallo recurrido en injusticia notoria por infracción de precepto y de doctrina legal. El fallo recurrido ha infringido los artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, violación del artículo 392 y el artículo 394 del Código Civil, así los de la doctrina legal sentada por este Supremo Tribunal en sus sentencias de 13 de noviembre de 1949, 20 de marzo de 1950 y 14 de marzo y 2 de mayo de 1953, que consagran el derecho del conductor a accionar en beneficio de la comunidad, y por aplicación indebida la doctrina legal sentada por este Tribunal Supremo en sus sentencias de 14 de febrero y 29 de noviembre de 1956. Que el criterio del recurrente es que la excepción a que se refiere este motivo de casación no fué mantenida por la Audiencia Territorial al no recogerse en los considerandos de su sentencia y al no dar por reproducidos en su totalidad los considerandos de la sentencia de Primera Instancia. Pero no quiere dejar de combatir esta excepción que para el Juez de Primera Instancia impedía el retracto para el supuesto de que se entienda que sirve también para apuntalar la sentencia de segunda instancia. En el motivo de revisión anterior ha evidenciado cómo el contrato de arrendamiento fué convenido inicial y conjuntamente con don Manuel y cómo éste ha residido siempre en el local objeto del pleito. Que sentado esto, es claro que existe una comunidad en el disfrute del derecho arrendatario conforme a los términos del artículo 392 del Código Civil, lo que faculta a un comunero para ejercitar los derechos que correspondan al resto de los condóminos. De aquí se sigue que aunque fuera cierto que el derecho de retracto no puede ejercitarse cuando el inquilino no ocupa la vivienda, esta doctrina no tiene aplicación al caso de autos, por cuanto la vivienda siempre ha estado ocupada por el condómino, don Jesús Hernández Castañón. Que, sin embargo, no quiere dejar de señalar que la expresada doctrina no la ha sentado nunca la jurisprudencia de este Tribunal, razón por la cual la Sala de instancia no la acogió en la sentencia que redactó; que, en efecto, la sentencia, de 14 de febrero de 1956 lejos de afirmar lo que mantiene el Juez de instancia se refiere a un inquilino que acciona de retracto como si fuese único inquilino de la casa. Sentencia dictada desestimando la acción de retracto no porque no fuera ocupante del inmueble sino porque se demostró que no ocupaba la totalidad de la casa, con lo cual al no tratarse de inquilino único ocupante no era posible que prosperara su pretensión de retracto. Lo mismo sucede con la sentencia de 29 de noviembre de 1955. En esta fecha se dictaron dos sentencias: una se refiere a un pleito de retracto que ejercitan todos los inquilinos de una casa al ser vendida por entero. Evidentemente no cabía el retracto y esta Sala confirmó la sentencia de segunda instancia que denegó tal derecho a los inquilinos. La otra sentencia no estima tampoco la acción de retracto porque el negocio transmisorio que era una donación se había realizado mediante documento privado, por lo cual, careciendo este documento de eficacia legal para transmitir un inmueble por donación, se entendió que no había transmisión del inmueble. Por último, la sentencia de 3 de abril de 1957, también el-

toda por el Juez de instancia no dice lo que éste pretende. Esta sentencia exige el requisito inexcusable de que el retrayente sea inquilino de la parte del inmueble que pretende. Pero por ningún lado se dice que el inquilino además de ser arrendatario del inmueble tiene que ocuparlo al ejercitar la acción de retracto. Que los artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos concede el derecho de retracto al inquilino o arrendatario, sin condicionar este derecho a que ocupen o no el inmueble en el momento de ejercitar el retracto. Por lo tanto, donde la Ley no distingue no es lícito distinguir. El inquilino lo es con todos sus derechos mientras el contrato de arrendamiento esté vigente y no se declare resuelto. Por lo tanto, no cabe privarle del derecho de retracto por la circunstancia de que más o menos circunstancialmente no ocupa la vivienda en un momento dado. Menos todavía en el caso de autos en que siendo el contrato conjunto con los dos hermanos uno de ellos ha ocupado y ocupa en la actualidad la vivienda pudiendo actuar el único título aparente en beneficio de la comunidad real del uso, conforme el artículo 394 del Código Civil y a la jurisprudencia citada en el inicio de este motivo, que faculta al comunero para ejercitar acciones en beneficio de la comunidad.

RESULTANDO que admitido el recurso por la Sala y dado traslado del mismo a la parte recurrida a los efectos prevenidos en el artículo 139 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, lo llevó a efecto en su nombre el Procurador don Santos de Gandarillas Calderón, quien mediante escrito, impugnó el recurso, alegando:

Al motivo primero.—Que ante todo, adviértase que al atribuirse error jurídico a la Sala de instancia en la calificación del contrato transmisorio de la finca urbana objeto del retracto intentado, se está planteando una cuestión nueva, en cuanto la misma no se suscitó a lo largo de la «litis», ni fué, por tanto, objeto de debate, ni resuelta en la sentencia de que se recurre. Que en efecto en la demanda no se puso la naturaleza del contrato expresado en la escritura de 3 de noviembre de 1956; de renta vitalicia se le calificó, como desde luego correspondía hacerlo, ya que las condiciones del mismo determinaban con absoluta exactitud esa figura jurídica contractual; ni se alegó la simulación del negocio ni se discutieron sus características esenciales, en cuanto pudieran desvirtuar su legal y real configuración. Que de plantearse el problema en la demanda hubiérase aportado por la parte aquí recurrida la más cumplida prueba acerca de la neta existencia entre los otorgantes de la escritura dicha, del contrato, transmisorio, que en ella se refleja; pero como tan sólo se planteó el de la procedencia de la acción de retracto en el supuesto de cesión a cambio de renta vitalicia. Véase el Fundamento de Derecho I de aquel escrito, el demandado hubo de limitarse a demostrar la imposibilidad jurídica de semejante tesis; y la situación procesal así establecida no puede ser alterada ya en la vía presente. Que la jurisprudencia uniforme y reiterada en ese orden, es bien expresiva, por lo concreta y categórica. «La casación no puede construirse a base de cuestiones distintas de las suscitadas y resueltas en la instancia»; tal es el principio que contiene la sentencia de 8 de marzo de 1955. «El carácter rogado de la jurisdicción civil, impide a los Tribunales resolver más cuestiones de hecho que las aducidas en el escrito fundamental del pleito» —dice la de 28 de febrero de 1957—; y nótese que ahora no se trata de una calificación meramente jurídica, sino que afecta a los hechos del contrato, aceptados por el actor tal y como se reflejan en el documento que lo formaliza. «La calificación convencional» —dice por otra parte la sentencia de 16

de diciembre de 1956— es un elemento revelador de la intención de las partes, que debe ser respetado siempre que no se destruya mediante otros más poderosos. Y siguiendo esa línea de criterio doctrinal, la de 29 de mayo de 1957 es un extremo eóculo con relación al problema de este recurso, ya que las circunstancias entre uno y otro caso no pueden ser más similares. «Al imputarse a la Sala sentenciadora —expresa dicha sentencia— una errónea calificación de la naturaleza jurídica del contrato básico de la «litis», al amparo del número tercero del artículo 173 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por asignar a la transmisión de la finca arrendada el carácter de renta vitalicia, obvio es que se plantea un problema de interpretación de los términos utilizados por las partes para expresar su voluntad; sin consideración a otros elementos probatorios, y en tal supuesto, es doctrina reiterada de este Tribunal que debe prevalecer el criterio del juzgador, a menos que se demuestre su equivocación conforme a las normas que regulan las exégesis de los contratos, que ni siquiera se aducen como infringidos, los que bastaría para desestimar los motivos del recurso.» De manera que según esa clara y categórica doctrina, aún en el caso de no plantearse como aquí se planteó una cuestión nueva, la tesis del recurrente habría de ser rechazada de todas suertes, y sin que pudieran tenerse en cuenta a ningún efecto, las demás alegaciones que en el motivo que impugna se consignan: a) Las de tratarse aquí de un contrato mixto de compraventa y renta vitalicia, sólo porque se estipule una cuota única de inauguración de aquél lo que en modo alguno desvirtúa su neto sentido o el propósito de los contratantes en términos tan inequívocos exteriorizados—. b) Las en que se niega sustantividad o autonomía a la renta vitalicia ya que una cosa es que esa figura jurídica pueda tener analogía con otras también contractuales y otra que la misma revista peculiares características que la distinguen en definitiva, y sustancialmente, de las demás transmisiones del dominio, como las que se hacen por título de compraventa, censos, etc.; características que pueden resumirse en el pago de una pensión durante la vida de cierta persona y en la no vinculación del predio enajenado al pago de aquella. Dos) Alegase también en el motivo primero del recurso la violación de los artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos cuya interpretación extensiva se propugna, y a esto sólo opondrá rebatiendo así las alegaciones del escrito contrario, que la finalidad social del derecho de retracto en la materia que nos ocupa, no se desconoce por la Sala sentenciadora, como nunca se ha desconocido por la jurisprudencia; que se pronuncia, sin embargo, contra aquella tesis, según lo patentiza la resolución del Tribunal Supremo ya citada de 29 de mayo de 1957.

Al motivo segundo.—Que se basa el mismo en no recoger la sentencia del Tribunal de instancia «un elemento fáctico de hecho como probado, que tiene importancia sustancial para resolver el pleito», y ese elemento es, según parece, que nada dice la sentencia de Primera Instancia sobre quiénes fueran los titulares iniciales del contrato de arrendamiento. Cebiendo estimarse probado —añade— que si bien en el documento formalizador de dicho contrato sólo consta como arrendatario don Manuel Hernández Castañón, la realidad es que fueron arrendatarios iniciales, tanto él como su hermano don Jesús. Que si el titular del contrato lo es don Manuel y en su nombre se formuló la demanda de retracto parece del todo infundada la alegación de que Sala debió recoger el hecho de ser dos los iniciales arrendatarios, y mucho más, si se tiene en cuenta que fué la parte demandada

y no la actora la que planteó el problema de la ocupación efectiva de la casa por don Jesús y no por el titular del contrato. Pero en definitiva, ni aquí existió el error de hecho alegado, ni el motivo se formula en los precisos términos que la Ley exige.

Al motivo tercero.—Que podría prescindirse la impugnación de este motivo, con el que se quiere rebatir la subsidiaria tesis del primer Juez (tercer considerando de su sentencia), relativa a que el éxito del retracto arrendatario es condición indispensable que la vivienda o local de negocio esté ocupado por el inquilino o arrendatario (sentencias de 14 de febrero y 29 de noviembre de 1956), y que en este caso, es evidente que el demandante no ha ocupado la vivienda de referencia desde el año 1942 hasta la fecha. Que podría prescindirse en cuanto no es el aludido el principal fundamento de la sentencia recurrida; pero partiendo de la afirmación del juzgador, no combatido en forma, de no haber ocupado la vivienda el titular del contrato desde 1942, tiene aplicación al caso la doctrina que se cita, en orden a ser necesaria la ocupación de la cosa por el que pretende retraer, porque ese es el fin primordial de la Ley al establecer el derecho aquí discutido. (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1955, 12 de mayo de 1956 y 21 de enero de 1958, entre otras).

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

CONSIDERANDO que la litis a resolver se inicia y desenvuelve en la instancia sobre el supuesto de hecho de que el actor retrayente es el único inquilino de la casa cuestionada y que la recaba, para él, pues así lo pone de manifiesto la exposición de la demanda y sintetiza el suplico, donde se pide «declarar haber lugar al retracto que como inquilino único de la casa de calle Hernando Colón, número 43, intento mi representado», pero no obstante esta afirmación, fundamento de la acción, el presente recurso se desarrolla sobre otra tesis pues se sostiene que aunque nominalmente sólo figura en el contrato como inquilino el actor recurrente en el fondo se convino a favor de él y de un hermano suyo que es quien lo ocupa; con lo que se ha deformado el contenido litigioso, sustituyendo no sólo el hecho exponente sino la pretensión a decidir para lo que se introduce el tema de la comunidad para quien se reclama lo que supone y quebranta el principio fundamental que prohíbe traer a casación cuestiones no planteadas en la instancia de lo que hace improcedente los motivos segundo y tercero del recurso donde se imputa error de hecho a la sentencia recurrida al no haber apreciado arrendamiento conjunto e infracción de Ley al no tener en cuenta los artículos 392 y 394 del Código Civil y numerosas sentencias de esta Sala que cita, conforme a las cuales es procedente accionar el comunero en nombre de la colectividad, posición de ahora totalmente distinta a mantenida en la instancia y que irremisiblemente lleva a la desestimación de ambos motivos por las razones antes expuestas:

CONSIDERANDO que se ha de tener como hecho cierto que el actor no ocupa la vivienda a retraer porque esta afirmación base de la sentencia recurrida no se ha desvirtuado y por consecuencia se ha de mantener el fallo desestimatorio, pues el derecho de retracto arrendatario sólo se otorga al inquilino ocupante, conforme a lo dispuesto en el artículo 47 de la vigente Ley, lo que a su vez hace innecesario tratar del motivo primero del recurso donde se denuncia infracción del artículo 1.902 del Código Civil, porque en todo caso el fallo recurrido es inalterable al no estar legitimado el actor para retraer, y por tanto, intrascendente al fin del recurso el problema que plantea el dicho moti-

vo, lo que releva de su examen puesto que en nada modificaría el resultado que impone la falta de estimada:

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de injusticia notoria, interpuesto a nombre de don Manuel Hernández Castañón contra la sentencia que en 21 de enero de 1959 dictó la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas y a la pérdida de la cantidad que por razón de depósito tiene constituida a la que se dará el destino que previene la Ley, 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.

PUBLICACION.—Leída y publicada fué la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Bernabé A. Pérez Jiménez, 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 que como Secretario certifico.

Por mi compañero señor Rey-Stolle.

En la villa de Madrid a 25 de noviembre de 1960: en la cuestión de competencia por inhibitoria, promovida por el Juzgado de Primera Instancia número uno de los de Bilbao al de igual clase de Chantada, para conocer del juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, entablado ante el último por don David Vázquez López, mayor de edad, casado, industrial y vecino de Chantada, con don Remigio Sánchez Romero, mayor de edad, casado, Agente comercial, vecino de Bilbao, sobre reclamación y pago de pesetas; habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo don David Vázquez López, representado por don Regino Pérez de la Torre, y posteriormente por el también Procurador don Julio Rodríguez y Rodríguez, y dirigida por el Letrado don Mariano Romero;

RESULTANDO que mediante escrito de fecha 28 de octubre de 1958, el Procurador con Julio Souto Rodríguez, en nombre y representación de don David Vázquez López, dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia de Chantada, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía, contra don Remigio Sánchez Romero, mayor de edad, casado, Agente comercial y vecino de Bilbao, alegando sustancialmente como hechos:

Primero. Que el demandado, por carta fechada en Bilbao el 31 de marzo de 1955, solicitó del actor la representación para la venta de la plaza de Bilbao y provincia de Vizcaya de los productos elaborados en la fábrica de embutidos y madero industrial «Vazey», propiedad del actor, sita en términos del municipio de Chantada. Que de conformidad con su petición, fué concedida al demandado la representación solicitada, y con el fin de formalizar el oportuno convenio, le fué remitida una carta-contrato fechado en Chantada el 27 de abril del mismo año, especificando las condiciones en las cuales había de desenvolverse la solicitada representación o comisión mercantil. Que esta carta-contrato fué devuelta firmada de conformidad por el demandado, acompañada por otra de éste, fechada en Bilbao el 3 de mayo del repetido año 1955, sin oponer reparo a su aceptación, y reitera su aprobación en otra carta de fecha 13 de junio del mismo año.

Segundo. Que entre las muchas operaciones concertadas por el demandado en nombre y representación del deman-

dante, figuraba varias ventas de jamones efectuadas a don José Riveiro, industrial vecino de Bilbao, con domicilio en la plaza del mercado Ribera, número 72, por valor de pesetas noventa y siete mil ciento cuarenta y tres con cuarenta y cinco céntimos, según consta en los duplicados de las facturas de 22 de septiembre (número cero nueve novecientos dos) uno de octubre (número diez novecientos quince), de 22 de octubre (número diez novecientos treinta y ocho), veinticuatro de octubre (número diez novecientos cuarenta y uno) de mil novecientos cincuenta y cinco, que se acompañan al presente escrito. Que esta mercancía, consistente, cual queda dicho, en jamones del país, fué remitida por ferrocarril, a nombre y domicilio del señor Riveiro, siendo entregada en el D. C. de la RENFE de Chantada y viajando a porte debido por cuenta y riesgo del comprador, que la recibió en plena conformidad y sin protesta alguna.

Tercero. Que para reintegrarse del importe de la mercancía vendida, de acuerdo con las condiciones estipuladas en las notas de pedido, y en las correspondientes facturas, el actor libró, a cargo del señor Riveiro, letras de cambio, las cuales fueron, en su mayor parte, devueltas impagadas por el librado. Que en total hizo efectiva el señor Riveiro, por medio de las cambiales, a su cargo giradas por el demandante, la suma de treinta y siete mil ciento noventa pesetas y noventa y cinco céntimos, que deducidas de las noventa y siete mil ciento cuarenta y tres pesetas y cuarenta y cinco céntimos, a que ascendían el importe de mercancías que había adquirido dicho comprador desde el 22 de septiembre del repetido año 1955, arrojan por este concepto un saldo de pesetas cincuenta y nueve mil cincuenta y dos con cincuenta céntimos a favor del demandante. Que los gastos ocasionados por los libramientos y devoluciones de letras de cambio impagadas por el señor Riveiro, ascendieron a la cantidad de mil cuatrocientos veintitrés pesetas y ochenta céntimos, que, sumadas a las anteriores, arrojan un total de pesetas sesenta y un mil trescientas sesenta y seis con treinta céntimos, las cuales, incrementadas con los intereses legales que debía pagar el señor Riveiro, fueron reclamadas a éste por el actor a medio de demanda ordinaria de menor cuantía presentada ante el Juzgado de Chantada con fecha 7 de febrero de 1956. Que suspendió el procedimiento a ruegos del demandado, que prometió pagaría su deuda si para ello se le daban facilidades. Y atendiendo a esta indicación, el Procurador del actor se trasladó a Bilbao y allí en representación del demandante, celebró el 2 de marzo de 1956 un contrato, con el señor Riveiro y una hermana política de éste, doña María Begona Custas Casero, por medio del cual ambos se comprometieron solidariamente a pagar al demandante la cantidad de setenta y ocho mil pesetas; suma a la que ascendía en aquel momento el importe de las mercancías vendidas al señor Riveiro por mediación del demandado, incrementando con el de los quebrantos ocasionados por el impago. Que para el pago de la cantidad debida aceptaron don José Riveiro y doña María Begona, veintiséis letras de cambio con los vencimientos que en el contrato adjunto se expresan y que comenzaban el 20 del propio de marzo para terminar el 24 también de marzo de 1958. Que por la cláusula novena del expresado contrato los contratantes se sometieron al fuero del Juzgado de Chantada con renuncia del propio. En los fundamentos de derecho invocados en orden a la competencia la regla tercera del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por ser el Juzgado de Chantada al que corresponde conocer de la obligación principal, tanto conforme al pacto de 2 de marzo de 1956, cuando la regla pri-

mera del artículo 62 de la misma Ley procesal ya que era en esa villa donde debía cumplir el deudor principal su obligación de pago, y cita a este respecto las sentencias de este Tribunal Supremo de 6 de enero de 1944 y 21 de abril de 1958, y el artículo 1.828, párrafo segundo del Código Civil, y terminó suplicando se dictase sentencia condenando al demandado a pagar al actor la cantidad de setenta y ocho mil trescientas treinta y tres pesetas con sesenta céntimos más los intereses legales de esta cantidad a partir del 20 de febrero de 1957, con costas a la parte demandada.

RESULTANDO: Emplazado el demandado don Remigio Sánchez Romero, por medio del oportuno exhorto, compareció ante el Juzgado de Primera Instancia número uno de los de Bilbao, representado por el Procurador don Miguel de Vega y Haro, el cual por medio de escrito de fecha 11 de febrero de 1959, promovió cuestión de competencia por inhibitoria con la protesta de no haber hecho de la declinatoria y alegando como hechos:

Primero. Que según el contexto de la demanda formulada por el actor, el demandado es llamado a la litis en virtud de los siguientes antecedentes:

A) El señor Sánchez Romero, interesado del demandante en carta de fecha 31 de marzo de 1955, la representación para la venta de plaza de Bilbao y provincia de Vizcaya de los productos elaborados en la fábrica de embutidos propiedad de aquél. Que de acuerdo con dicha solicitud, fue concedida al demandado la aludida representación, remitiendo el actor al demandado una carta-contrato especificando las condiciones bajo las cuales había de desenvolverse la solicitada comisión, figurando entre ellas la siguiente: «Giros impagados: Los que sean en mi poder sin motivo que justifique tal detención, lo circularé nuevamente con la expresión de con gastos y si existiese alguno que se tratase de incobrable por insolvencia, lo cargo en su estimable cuenta, norma general para todos mis agentes». Que a esta carta-contrato, contestó el demandado con otra de fecha tres de mayo del mismo año, en cual, si bien dice que tal cláusula «no es normal, toda vez que las operaciones se procuran hacer con personas de reconocida solvencia...» entiende que fue ceptada, y así lo confirmó, con otra posterior de fecha 18 de junio del mismo año, recordatoria de la primera, que no obtuvo contestación.

B) Que entre las distintas operaciones de venta llevadas a cabo en virtud de dicho contrato de comisión, el demandado verificó en Bilbao diferentes ventas al comerciante don José Riveiro, por un total de noventa y siete mil ciento cuarenta y tres pesetas con cuarenta y cinco céntimos. Que la mercancía objeto de dichos contratos de compraventa le fue remitida a dicho comprador por FF. CC. a nombre de dicho señor Riveiro, viajando la mercancía a porte debido y por cuenta y riesgo de dicho adquirente; siendo tales operaciones verificadas por mediación del demandado en la representación que ostentaba en diferentes días de los meses de septiembre y octubre del referido año 1955. Que el vendedor y ahora demandante señor Vázquez López para reintegrarse del importe de dicha mercancía, libró a cargo del comprador señor Riveiro diferentes letras de cambio las cuales fueron en su mayor parte devueltas impagadas, y que, en su consecuencia, el vendedor puso en circulación otras cambiales para cobrar el precio todavía no satisfecho, y de nuevo el librado, solamente satisfizo una parte, devolviendo impagada otra mayor. Que de lo satisfecho por el comprador y el importe total del suministro, o dejó aquí pendiente de pagar la cantidad de cincuenta y nueve mil novecientas cincuenta y dos

pesetas con cincuenta céntimos, que sumadas a los gastos que ocasionaron dichas devoluciones, o sea, mil cuatrocientas veintitrés pesetas con ochenta céntimos, más los intereses legales, le fueron reclamados al señor Riveiro a medio de juicio ordinario de menor cuantía, ante el Juzgado de Chantada, con fecha 7 de febrero de 1956, demanda que admitida a trámite, fue suspendido su procedimiento a ruego del demandado señor Riveiro, que prometió pagarla si para ello se le cabían facilidades.

C) Que atendiendo a la indicación del deudor señor Riveiro y una hermana política de éste llamada María Begonia Cuetos Casero, un contrato escriturado, por medio del cual, estos últimos se comprometieron en forma solidaria a pagar al actor la cantidad de setenta y ocho mil pesetas, suma a la que ascendía —según el ahora actor e interviniente en dicho contrato— el importe de las mercancías vendidas, incluidos todos los quebrantos ocasionados con los impagos habidos, y a cuya pago, se comprometieron y obligaron los otros dos intervinientes en dicho pacto, señores Riveiro y Cuetos, aceptando a tal efecto estos últimos numerosas letras de cambio, por un importe cada una de ellas de tres mil pesetas y vencederas en diferentes fechas que van desde el mes de marzo de 1956 al mismo mes de 1958. Que en el aludido pacto contractual, además de lo consignado, los intervinientes en el mismo convinieron en lo siguiente:

Primero. Que los deudores señores Riveiro y Cuetos, ofrecieron como garantía todos los bienes presentes y futuros, y especial, concretamente los derechos de arrendamiento y traspaso de la lonja con vivienda que la segunda llevaba en arrendamiento en la casa señalada con el número cuarenta y dos de la Ribera de Deusto de Bilbao.

Segundo. Que la citada deudora, se obligaba también a no traspasar, subarrendar ni en cualquiera otra forma hacer cesión o gravamen de su dicho negocio; y que para la efectividad de esta cláusula se obligaba también a dar cuenta a la dueña de la lonja y piso del compromiso contratado, y para el supuesto de que dicho dueña —llamada Eivira Olivares— «ejerciera el derecho de tanteo o retracto depositara la cantidad objeto del mismo ante Notario para que éste retuviera la suma a favor del otro contratante y acreedor señor Vázquez.

Tercero. Que la falta de pago de dos de las cambiales, hacía lugar al vencimiento de la obligación total, y

Cuarto. Que los contratantes se sometieron al fuero de Chantada, con renuncia del suyo propio. Que dicho documento fue también suscrito por don Remigio Sánchez para «prestar conformidad y aceptación a la certeza y efectividad de la dueña que los señores Riveiro y Cuetos tienen pendientes con el señor Vázquez, ya que por su mediación le fueron suministrados los géneros a que la presente se contrae» (sic.).

D) Que pese a las enormes facilidades concedidas por el actor a dichos deudores, éstos no hicieron honor a su compromiso, ya que no satisficieron ni una sola de las letras aceptadas, por lo que, las tres primeras fueron protestadas por falta de pago, causando gastos por un importe de trescientas treinta y tres pesetas con sesenta céntimos. Que en esta situación y haciendo uso de tal documento transaccional el ahora actor promovió contra sus obligados, señores Riveiro y Cuetos, juicio ordinario de menor cuantía ante la misma jurisdicción de Chantada, a cuyos Tribunales, expresamente, se habían sometido las partes, en reclamación de setenta y ocho mil trescientas treinta y tres pesetas con sesenta céntimos, que era el total de la deuda consignada en el aludido documento transaccional más los gastos de protesto antes se-

ñalados; juicio que seguido en rebeldía de dichos demandados, terminó por sentencia que condenó a aquéllos a satisfacer la suma de setenta y ocho mil trescientas treinta y tres pesetas con sesenta céntimos más los intereses legales de dicha cantidad a partir del emplazamiento.

Segundo. Que a don Remigio Sánchez Romero se le demanda en este procedimiento en reclamación de setenta y ocho mil trescientas treinta y tres pesetas con sesenta céntimos, esto es, a la misma cantidad a la que fueron condenados dichos deudores señores Riveiro y Cuetos, más los intereses legales de dicha cantidad a partir de la fecha de 20 de febrero de 1957, fecha del emplazamiento de la demandada en el aludido pleito, por cuya razón fija la cuantía y procedimiento a seguir en la de ochenta y dos mil pesetas y el ordinario de mayor cuantía. Que la llamada y reclamación al demandado se hace en esta litis lo es como consecuencia de la cláusula que, según el actor, aceptó éste, al formalizar con aquél el contrato de comisión mercantil, mediante el cual «se cargarían en las cuentas del comisionista los giros que resultaren incobrables por insolvencia del comprador». Que sostiene dicha parte actora que tal cláusula constituye y es un contrato de «fianza», regulada en el artículo 1.822 y siguientes del Código Civil y 439 y siguientes del mercantil, y que, en consecuencia de ello, viene obligado a pagar al actor las cantidades adeudadas por aquellos demandados. Que igualmente afirma que con arreglo al artículo 256 del Código mercantil, se halla sujeto a la indemnización de daños y perjuicios, ya que el señor Riveiro, con quien el actor contrató por mediación del demandado era persona insolvente, calificado como mal pagador y que frecuentemente devolvía efectos librados a su nombre por sus proveedores. Que como consecuencia de dicho afianzamiento, la competencia de esta litis viene determinada por la regla tercera del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que por tal razón corresponde conocer de la demanda al Juzgado de Chantada, por ser a esta jurisdicción al que corresponde conocer de la obligación principal garantizada, tanto por la sumisión expresa consignada en el contrato que el actor formalizó con los deudores, como por la regla primera del 62, ya que Chantada era donde el citado deudor señor Riveiro debía cumplir sus obligaciones de pago. Negó aplicación a los razonamientos expuestos por la parte actora para determinar la competencia, por decir son improcedentes, ya que parten de la base falsa que es considerar como existente el negocio jurídico llamado fianza, cuando en realidad no existe tal concierto; terminó suplicando se requiriere de inhibición al Juzgado de Primera Instancia de Chantada, a fin de que, reconociendo la preferente competencia del Juzgado de Bilbao para conocer de la demanda, se inhibiese de su conocimiento.

RESULTANDO que previo dictamen del Ministerio Fiscal, y de conformidad con el mismo Juez de Primera Instancia del número uno de los de Bilbao, dictó auto con fecha 20 de febrero de 1959, declarando su competencia y acordando librar oficio inhibitorio al de Primera Instancia de Chantada;

RESULTANDO que dirigido oficio y testimonio al Juzgado de Primera Instancia de Chantada y dado traslado a la parte demandante, el Procurador don Julio Souto Rodríguez, en tal representación y por medio de escrito fecha 9 de marzo de 1959, impugnó la inhibitoria propuesta alegando:

Primero. Que el proceso se plantea en reclamación del cumplimiento de una obligación de garantía, subsidiaria o accesoría, que compete al demandante por el impago de las suyas por parte de deu-

dor principal don José Riveiro Rodríguez. Que este es el punto discutido en el pleito lo admite el propio demandado en su escrito promoviendo la inhibitoria, aunque niegue que esté obligado él a realizar tal pago, cuestión ésta que afecta al fondo del asunto y que no puede ser tratada en un incidente sobre competencia, conforme tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosísimas sentencias, tales como las de 23 de febrero, 13 de junio y 6 de julio de 1955.

Segundo. Que igualmente afecta al fondo del asunto la alegación del incidente relativa a si existe o no entre demandante y demandado un negocio jurídico de fianza. Que aunque no sea más que para desvirtuar una alegación totalmente errónea sobre el número 2 del artículo 96 del Código mercantil, dice que la prohibición contenida en tal precepto legal no se refiere a los comisionistas o mandatarios mercantiles que contratan, en nombre y representación de su comitente (que es lo que ha realizado en el presente caso el demandado), en cuyo supuesto no existe inconveniente legal alguno para que puedan garantizar, asumiendo la obligación subsidiaria de pago, las operaciones que concierten por orden y cuenta de su principal, pues aquella prohibición legal se refiere únicamente a los Corredores de comercio o Agentes mediadores que obran como tales. Que la tesis que sostiene el demandado alegando una prohibición de garantía o subsidiaria de pago en las operaciones por él concertadas en nombre y por cuenta del demandante, significa una lamentable confusión entre los conceptos jurídicos de los contratos de comisión mercantil y corretaje, conceptos que han sido nitidamente distinguidos por los tratadistas de Derecho Mercantil y, de un modo especial por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así la sentencia de 10 de abril de 1922 reduce el corretaje a realizar las gestiones necesarias para poner en relación a los concurrentes con la C. T. para la celebración del contrato de compraventa de autos. La de 7 de abril de 1926 dice que «el abono de la comisión (premio) tuvo únicamente por objeto que don D. J. P. (el corredor) le buscara comprador para los buques que deseaba enajenar». Y la de 3 de junio de 1950 manifiesta que «el contrato de mediación o corretaje... es el que tiene lugar cuando la intervención de una persona queda reducida a poner en relación a otras dos para la celebración de un contrato, sin contratar aquella en nombre propio ni en el de su pretendido comitente. Que hay que concluir, pues, que el contrato de corretaje es un acuerdo por el cual una persona (oferente o mediador) se obliga frente a otra (corredor o mediador) a pagarle un premio si lo indica o intermedia con una tercera persona un negocio jurídico que con ella puede llegar a realizarse. Que es, pues, el de corretaje o mediación un contrato unilateral. Todo lo que supunga salirse de estos límites para comprender dentro de la figura otros deberes y obligaciones que no sean de un modo exclusivo los señalados, será algo muy diferente de un corretaje; habrá figuras distintas, perfectamente delimitadas, y si se quisieren de un contenido parecido, pero nunca se estará ante un contrato típico de mediación o corretaje, que es el que se refiere la prohibición alegada por el demandado. Langie (Manuel de Derecho Mercantil español, Uno, página setecientos treinta y cuatro), consecuente con la naturaleza unilateral del corretaje, observa que el corredor no es un mandatario; aunque haya aceptado en encargo no está obligado a cumplirlo. En consecuencia, no responde de daños y perjuicios por incumplimiento. Que el corretaje se distingue de la comisión mercantil en que el comisionista concluye directamente los negocios, mientras el mediador aproxima simplemente a las partes sin contratar; el Tribunal Supremo así lo ha manifes-

tado en las citadas sentencias, diciendo en la de 7 de abril de 1927, que en la celebración del contrato «no encomendó aquél la ejecución de ningún acto de comercio», sino que el abono de la comisión (premio) tuvo únicamente por objeto el que el P. que lo buscaba comprador para los buques que deseaba vender, sin autorizarle a poner término a la negociación ni en su nombre propio ni en el de la entidad recurrente, no puede ser calificado de comisión mercantil tanto por no proceder de operaciones comerciales como por carecer de los requisitos que para la misma exigen los artículos 244, 245, 246 y 247 del Código de Comercio». Que el corredor o agente mediador no se confunde con el comisionista. Lo que hace aquél es procurar al oferente un contratante debido o su conocimiento del mercado. Por el contrario, en el contrato de comisión, el comisionista, adquirente, a título oneroso, el compromiso de gestionar la realización de negocios en representación de uno o varios poderdantes, sin estar ligados a estos por un contrato de trabajo, con lo cual se diferencia plenamente de la simple mediación o gestión del corredor. Que se ve pues que cosa muy distinta del comisionista son los llamados por el Código de Comercio agentes mediadores, cuya misión como funcionarios públicos, puede ser, además, la de dar fe de las transacciones mercantiles. Según observa Garrigues («Curso de Derecho Mercantil», I, páginas 370 y 374) las obligaciones que señalan los artículos 95 y 96 del Código de Comercio a los agentes mediadores, no son obligaciones contractuales, sino obligaciones legales que se les imponen más como funcionarios públicos que como contratantes.

Tercero. Que como se ve por lo expuesto, al discutir con el demandado desde su punto de vista, la cuestión de competencia, quiera o no, incide continuamente en la prohibición jurisprudencial que impide razonar sobre el fondo del asunto cuando de la cuestión de competencia territorial se trata. Que lo cierto es, ciñéndose estrictamente a la cuestión de competencia, que existe una obligación principal de pago, cuya obligación principal, como dice en la demanda, tanto por pacto de sumisión como por principio legal, había de cumplirse en Chantada por ser esta localidad el lugar del establecimiento del vendedor demandante en donde las mercancías fueron entregadas y facturadas a porte debido (sentencias de 12 de noviembre de 1954, 23 de febrero, 6 de julio y 24 de septiembre de 1955) y en el actual pleito se discute sobre si el demandado tiene obligación subsidiaria de pago, subordinada o dependiente de aquella principal. Que este litigio, con arreglo a la regla tercera del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de sostenerse ante el Juzgado a quien corresponde conocer de la cuestión principal, y esta regla especial debe prevalecer en todo caso. Así lo entienden, de consuno, doctrina científica y jurisprudencia; bajo el epígrafe de «En la doctrina científica», dice: «Como el artículo 63 regula supuestos más especiales que los del anterior es a dicho artículo 63 al que hay que atender en primer término, sea cual fuere la clase de acción ejercitada.» En los juicios sobre obligaciones de garantía o complementarias es fuero exclusivo el del lugar que decide la competencia sobre la obligación principal, sea ella objeto de un litigio actual o no (Jaime Guasp, «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», segunda edición, I, páginas 363 y 367). «Por designación tácita se asimila, salvo pacto en contrario al lugar del cumplimiento al de la entrega» (sentencias de 21 de noviembre de 1904 y 10 de enero de 1911); criterio éste también precisado por la jurisprudencia, al declarar que se reputan entregadas, las cosas cuando quedan a disposición del comprador y de su cuenta se expiden al lugar que se haya convenido (sentencias de 14 de febrero de 1900, 13 de

diciembre de 1912 y 2 de febrero de 1914), como en el caso de expedición a porte debido (sentencias de 13 de mayo de 1908 y 7 de febrero de 1911)... Salvo pacto en contrario se reputa lugar de la entrega aquel donde tiene su domicilio el vendedor (sentencias de 31 de enero de 1888, 23 de abril y 10 de septiembre de 1934, 12 y 15 de noviembre de 1940 y 9 de julio de 1941)... Determinado el lugar del cumplimiento, implícitamente queda fijado el fuero cuando del incumplimiento se trata (como tiene declarado entre otras, las sentencias de 11 de marzo de 1892, 12 de julio de 1907, 4 y 25 de octubre y 18 de marzo de 1892, 12 de julio de 1907, 4 y 25 de octubre y 18 de noviembre de 1940 y 3 de julio de 1941); norma que se tiene en cuenta cuando se exige el cumplimiento de obligaciones accesorias (sentencia de 31 de enero de 1950) o de cuestiones que tienen relación con el contrato cualquiera que sea su índole (sentencias de 5 de agosto de 1909, 3 de julio de 1941 y 20 de enero de 1942). La sentencia de 28 de octubre de 1947, que en ese concuerda con la de 27 de agosto de 1917, establece que la competencia para conocer cuando se trata de contratos, se extiende a todas sus incidencias, aunque la obligación se halle extinguida (Manuel de la Plaza, «Derecho Procesal Civil español», tercera edición, V. I, página 247). Cita a continuación sentencias de 3 de enero de 1955. Como se ve es constante la doctrina jurisprudencial en casos como en presente, en los que la acción que se ejercita deriva de otra principal, de atribuir la competencia, sea cualquiera la clase de la acción derivada al Juez o Tribunal a quien corresponde o correspondió conocer la principal, operando en este caso, con fuero atractivo, la regla tercera del artículo 63 de la Ley Procesal Civil, por el actor invocada en la demanda. Terminó suplicando se acordase no acceder a la inhibición propuesta:

RESULTANDO: Oído el Ministerio Fiscal, y de conformidad con su dictamen, el Juez de Primera Instancia de Chantada, dictó auto con fecha 17 de marzo de 1959; no dando lugar a la inhibitoria propuesta:

RESULTANDO que dirigió oficio y testimonio al Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Bilbao, éste por medio de auto de fecha 18 de abril 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 número 1 de los de Bilbao:

VISTO, siendo Ponente para este acto procesal el Magistrado don Francisco Rodríguez Valcarlos:

CONSIDERANDO que en defecto de sumisión expresa o tácita a determinado fuero territorial, se impone el examen de la acción ejercitada en la demanda que no es otra distinta de la personal para hacer efectivo contra el demandado el crédito que en aquella se reclama por razón de fianzamiento de pago del precio de mercancías—jamones—remitidos desde Chantada a Bilbao, a porte debido, a un tercero comprador, por mediación del hoy demandado como Agente Comercial, que se constituyó en fiador en el caso de insolvencia del adquirente de la aludida mercancía; y es claro que si la prestación principal debió cumplirse—y ya se cumplió en parte—en el lugar donde el vendedor tiene su establecimiento mercantil que pertenece a la jurisdicción del Juzgado requerido de inhibitoria, la accesoria de fianza que ahora se exige por insolvencia debe también en dicha sede territorial ser satisfecha; sin que en contra de esta solución pueda argüirse con eficacia que la deuda forma una partida de las cuentas de la comisión mercantil realizada en Bilbao con el fin de decidir el conflicto a favor de este último fuero, pues en el caso, como razona con exactitud el Juzgado de Chantada, no se ventilan ac-

ciones derivadas de la naturaleza de tal comisión, sino de las nacidas de una alzada cláusula de finanza que actúa paralela, pero independientemente del contrato de comisión, de cuya realidad existe el principio de prueba contenido en la epístola comercial de 27 de abril de 1956, no impugnada expresamente:

CONSIDERANDO que las costas procesales, por no haber méritos para otra decisión deben satisfacerse por mitad las comunes y cada parte las privativas suyas:

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos que el conocimiento de la demanda a que obedece la presente competencia corresponde al Juzgado de Primera Instancia de Chantada, a quien se remitirá todo lo diligenciado con certificación de la actual resolución, que se participará al Juzgado de igual clase número 1 de los de Bilbao; siendo de cada parte el cargo de sus respectivas costas, y por mitad las comunes.

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.

Publicación.—Leída y publicada fué la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Francisco Rodríguez Valcarlos, 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 que como Secretario certifico.—Por mi compañero señor Rey-Stolle.

*

En la villa de Madrid a 25 de noviembre de 1960; en los autos de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Vitoria y ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, por don Félix Berriozabal y Aldape y don Cayo Abecia Ortiz de Apodaca, mayores de edad, casados, industriales y vecinos de Vitoria, con don Filomeno López de Munain y Sáez de Ojer, mayor de edad, casado, industrial y de igual vecindad; autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de Ley y de doctrina legal, interpuesto contra la sentencia de la Audiencia de Burgos por la representación del demandado, representado por el Procurador don Carlos Salas Sánchez-Campoamenes, y posteriormente y por su fallecimiento por el también Procurador don Alejandro García Yuste, bajo la dirección del Letrado don Gerardo Abad Conde y Sevilla; habiendo comparecido en el presente recurso la parte actora y recurrida, representada por el Procurador don Samuel Martínez de Lecea, y dirigida por el Letrado don Emilio Martínez de Lecea, y en el acto de la vista por don Carlos de Mendoza:

RESULTANDO que mediante escrito de fecha 31 de mayo de 1954, y ante el Juzgado de Primera Instancia de Vitoria, el Procurador de los Tribunales don Francisco Santamaría Garagalza, a nombre de don Félix Berriozabal y Aldape y don Cayo Abecia Ortiz de Apodaca, promovió demanda contra don Filomeno López de Munain y Sáez de Ojer, sobre reclamación de 113.175,91 pesetas, exponiendo como hechos, en lo esencial:

Primero. Que con fecha 7 de marzo de 1951, las partes litigantes otorgaron un contrato completo y mixto de mandato, obra, y promesas de venta, por el cual los actores comprarían unos terrenos, pero escriturándolos a nombre del demandado, y sobre ellos, construirían una casa señalada con el número ocho de la calle de Arana, de la ciudad de Vitoria, y un pabellón posterior a éste; las plantas bajas y la mitad de las viviendas serían para don Filomeno, por el precio en total de 463.500 pesetas, y a cuyo efecto, el

mismo las avalaría un crédito bancario, precisamente en el Banco Hispano Americano, siendo de cuenta del avalista liquidar y cancelarlo; asimismo se concedía al demandado un derecho a adquirir el resto de la edificación en proyecto por 274.000 pesetas, y que habría de ejercitarlo dentro del plazo de los tres meses siguientes a la autorización de habitabilidad de las viviendas; que la construcción se haría con arreglo al proyecto y Memoria estudiados por el Arquitecto don Ramón de Azpiazu y bajo su dirección, estipulándose un plazo de doce meses para la terminación de las obras y dos cláusulas penales: una, de 5.000 pesetas por mes de retraso, y otra de 100.000 pesetas por incumplimiento de contrato, sin otras explicaciones.

Segundo. Que por voluntad del señor López de Munain, por las órdenes del Arquitecto director y por estar todos los interesados conformes en ello, durante la realización de las obras se acordó modificar el proyecto, sustituir obras e introducir mejoras de forma que, en puridad, lo que se hacía no coincidía con el proyecto primitivo, pero de cualquier manera, el señor López de Munain, haciendo uso del derecho que le correspondía, obtuvo a su favor la propiedad de la totalidad de la casa, y mediante el abono de 300.000 pesetas certificado por el Arquitecto, la pudo recibir a partir del 3 de febrero de 1953, quedando pendiente la liquidación definitiva.

Tercero. Que esta liquidación definitiva la practicó el Arquitecto señor Azpiazu, incluyendo el importe de las reformas y mejoras y señalando al efecto la cifra de 844.540,17 pesetas, manifestando que el demandado, hasta la fecha en que promovía la demanda, no le había opuesto duda alguna u objeción, por lo que teniendo en cuenta el día de su data, es conforme con la misma, y teniendo en cuenta había abonado en una u otra forma a los demandantes hasta 776.298,80 pesetas, naturalmente le resta pagar a estos acreedores 68.241,37 pesetas, que es una de las partidas que se le reclaman en este pleito.

Cuarto. Que como se indica en el hecho primero, para facilitar a los actores el numerario suficiente para la adquisición de los terrenos y realización de la construcción, se usó del crédito bancario, para lo que el don Filomeno negoció las letras de cambio que le aceptaban los actores, al Banco Hispano Americano de Vitoria, y el importe del crédito obtenido lo puso a disposición de los constructores, que lo cobraron para aplicarlo a los fines previstos; que no obstante ser así la realidad, la operación bancaria, por fórmula o rutina, se tramitó como si los demandantes fuesen los deudores directos del Banco, y el señor López de Munain un avalista, que como tal, nada tenía que intervenir, hasta el caso de que aquéllos no cumplieran con su obligación de pago, y por este criterio rutinario, los gastos o intereses ocasionados por los tales créditos se cargaron a los demandantes, en vez de hacerlo a quien debía eficazmente y según contrato devolver la cantidad prestada, sumando esos gastos 13.256,35 pesetas, que el demandado se negaba a satisfacer a los actores, como devolución legítima de lo que corría a por su cuenta y cargo, y era otra de las partidas objeto de la demanda.

Quinto. Que si bien el demandado no había puesto objeción alguna a la liquidación del Arquitecto, los demandantes reclamaron, que por defectos de medición, olvidos, etc., se había dejado de liquidar obras realizadas, que importaban la suma de 11.678,19 pesetas; que entendía era justo correspondía su abono al propietario y demandado señor López Munain, cifra que constituía la tercera partida que solicitaba en la demanda.

Sexto. Que faltando a principios inex-

cusables en la habitual convivencia ciudadana, un día, a fines de septiembre o primeros de octubre de dicho año 1951, el demandado señor López Munain ordenó a asalariados suyos, y éstos lo ejecutaron, derribasen paredes laterales, quitasen tabiques de separación, etc., resumiendo el importe total de los perjuicios ocasionados en la cantidad de 20.000 pesetas, que representaba la cuarta partida, sumando en junto y total la cantidad reclamada, que era la cuantía de la litis, en 113.175,91 pesetas. Invocaba los fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, y terminaba suplicando se dictara sentencia condenando al demandado don Filomeno López de Munain a que abonase a los actores inmediatamente la suma de pesetas 113.175,91 reclamadas, más sus intereses legales a partir de la fecha de interposición de la demanda, y las costas. Con el anterior escrito acompañaba, entre otros documentos, la escritura privada suscrita entre «Berriozabal y Abecia» y don Filomeno López de Munain, sobre construcción y compraventa de la casa número ocho de la calle de Arana, de Vitoria, y cuya cuarta cláusula es como sigue: «Las obras serán entregadas en un plazo máximo de doce meses a partir de la fecha de autorización por el Excmo. Ayuntamiento, abonando en su caso los señores Berriozabal y Abecia la cantidad de 5.000 pesetas por cada mes de retraso».

RESULTANDO que admitida la demanda a trámite y emplazado el demandado don Filomeno López de Munain, compareció en su nombre el Procurador don Felipe Llano Díaz, quien mediante escrito de fecha 2 de julio de 1954, evacuó el traslado conferido para contestación, exponiendo en dicho escrito, bajo el capítulo de hechos, y en lo esencial:

Primero. Que solamente estaba conforme con el hecho primero de la demanda; que del mismo se desprendería que más que una figura de mandato de compra, fué una compraventa lo convenido entre las partes, y añadía que cuando se firmó el documento, el demandado tenía avaladas letras por un valor de 463.000 pesetas, por lo que, y por dificultades que iba a tener el demandado, que respondía de esa cantidad, decidió adquirir la casa en cuestión.

Segundo. Que rechazaba totalmente el hecho segundo de la demanda, ya que las modificaciones introducidas en el proyecto elaborado por el Arquitecto director de las obras, habían sido, desde luego, de orden secundario y no modificaba la esencia del proyecto, ni podía afirmarse que la casa construida no coincidiese con el proyecto primitivo, e insistía en que tanto la distribución como estructura de la casa, había sido realizada de acuerdo con lo proyectado por el Arquitecto director de la obra, siendo totalmente inexacto que el demandado señor Munain pudiera recibir la casa a partir de la fecha del 3 de febrero de 1953.

Tercero. Que tampoco estaba conforme con el hecho tercero de la demanda, porque era cierto que con fecha 12 de diciembre de 1953, el Arquitecto director practicó una liquidación que fué aceptada por la parte actora; que el Arquitecto liquidaba el valor de las obras, dejando aparte, por ser cuestión legal, lo relativo a la indemnización procedente, siendo el saldo resultante de 63.097,37 pesetas, que era la cantidad que quedaba a favor de la contrata.

Cuarto. Que rechazaba el hecho cuarto de la demanda, ya que de reclamar intereses, quien tendría que reclamarlos sería el demandado y no los actores; que lo convenido fué que, a partir de la obra cubierta y consumada, las 475.000 pesetas de obra, importe del aval hecho por el demandado a los demandantes, pagaría intereses dicho demandado, pero antes tenían que pagarlos los actores; que el demandado entregó otras 300.000 pese-

tas a cuenta de la obra, cantidad de la que dispusieron los actores con bastante anterioridad a la fecha de la terminación de la casa y su entrega.

Quinto. Rechazaba el correlativo, del que únicamente aceptaba una partida de 400 pesetas, ya que, efectivamente, había existido ese error en la liquidación del Arquitecto, y que todas las demás cantidades que se reclamaban eran improcedentes.

Sexto. Que si alguna obra fué derribada o deshecha, se había hecho por orden del Arquitecto a los actores, comprobándose con cartas que transcribía, que el demandado, lejos de cometer ninguna arbitrariedad, había realizado actos lícitos y necesarios por orden de dicho Arquitecto y para remediar deficiencias ostensibles, ya que incluso uno de los demandados reconoció que la casa se desahacía por la simple presión de los dedos.

Séptimo. Que rechazaba los hechos séptimo y octavo del escrito de demanda.

Octavo. Que aunque se había convenido que la casa quedase terminada en un año como máximo, el demandado sólo pudo hacerse cargo de la casa mucho tiempo después, de cuyo retraso daba idea el hecho de que la liquidación no pudiese ser practicada hasta el 12 de diciembre de 1953, ya que dicha liquidación tuvo que hacerse a base de que muchas obras quedaran asimismo sin terminar, siendo realizadas por el demandado, y añadía que en la fecha en que contestaba, aún había que realizar diversas reparaciones en la casa por su defectuosa construcción. Invocaba los fundamentos de derecho que estimaba de aplicación y, al propio tiempo, formulaba reconvencción en la que exponía como hechos, en lo esencial:

Primero. Que en el documento firmado entre las partes en 7 de marzo de 1951, se decía que las obras serían entregadas en el plazo máximo de doce meses; pero la autorización para las obras se dió y comunicó a los actores el 20 de marzo de 1951, y que, por lo tanto, las obras deberían quedar terminadas el 20 de marzo de 1952; que, sin embargo, las obras ni siquiera quedaron terminadas en 12 de diciembre de 1953; que, aun suponiendo que en 3 de febrero de 1953 hubiese podido recibir las obras el demandado, el retraso sería de siete meses.

Segundo. Que tal retraso no había sido debido a que se habían aumentado algo las obras proyectadas, consistentes en una pequeña ampliación de un dormitorio más en los pisos de la mano derecha y en mejorar algunos materiales y servicios, sino a que los actores, con olvido de sus obligaciones y en su exclusivo beneficio, se dedicaron a realizar obras, teniendo paralizadas o llevándolas a ritmo lentísimo, las de la casa objeto de litis, y citaba cuáles habían sido esas obras.

Tercero. Que los actores, a pesar de su retraso, ni siquiera habían terminado a satisfacción las obras en la parte que habían realizado, y señalaba los defectos a que aludía, cuyos desperfectos no se tuvieron en cuenta en la liquidación de 12 de diciembre de 1953; que, en consecuencia, los actores venían obligados a efectuar tales reparaciones, o en otro caso a abonar el importe de las mismas al demandado, quien realizaría las citadas reparaciones por su cuenta e importaría unas 5.000 pesetas. Invocaba los fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, y terminaba suplicando se le tuviese por contestada la demanda y por formulada reconvencción, y en su día se dictara sentencia por la que se declarase que el demandado sólo estaba obligado a abonar a los actores la suma de 73.469,30 pesetas, y estimando la reconvencción, condenase a los actores reconvenidos a que abonasen al demandado reconveniente la cantidad de 80.000 pesetas y a que efectuasen las reparaciones de los desperfectos que reseñaba en el hecho tercero de

la reconvencción, o en otro caso, abonasen al demandado la cantidad de 5.000 pesetas para efectuar dichas reparaciones, imponiéndoles además las costas del juicio;

RESULTANDO que tenida por contestada la demanda y por formulada reconvencción, se dió traslado a la parte actora para réplica y contestación, evacuando la representación de los actores dicho traslado mediante escrito de 8 de julio de 1954, en el que, dada por reproducidos todos los hechos del escrito de demanda, así como los fundamentos de derecho que adicionaba; y, en cuanto a la contestación a la reconvencción, exponía, bajo el capítulo de hechos, en lo esencial:

Primero. Que admitía el texto de la cláusula cuarta del contrato de 7 de marzo de 1953, así como que la autorización para realizar las obras se había dado el 20 de marzo de 1951, y que un año después era el 20 de marzo de 1952, y que en tal fecha no se habían terminado las obras.

Segundo. Que habiéndose acordado de mutua conformidad variar el proyecto, paladinamente se convino dejar en suspenso aquella cláusula porque si no era posible dar satisfacción al demandado.

Tercero. Que era un hecho que las variaciones introducidas en el proyecto habían exigido el uso y disposición de cemento y hierro en cantidad; que para disponer de esos materiales, hay que solicitar los oportunos cupos que se conceden y se entregan previa intervención del Arquitecto director, y si éste demoró facilitar la documentación y la concesión de aquéllos no tuvo lugar con la celeridad deseada, no era culpa de sus posibilidades, que, por tanto, había existido una fuerza mayor que liberaba a los contratistas de la supuesta obligación.

Cuarto. Que cuando el Arquitecto estimó que podía hacerse cargo de lo comprado, el demandado señor López de Munain, aunque tal entrega no supusiera recepción definitiva, el demandado, con los constructores, estamparon su conformidad con sus respectivas firmas.

Quinto. Que por los propios actos de los interesados, no se novó el contrato inicial en lo que a plazo respecta, ni se pactó plazo alguno para la realización de reformas, modificaciones y sustituciones introducidas; que éstas fueron aceptadas sobre la base de que quedaba prorrogado el plazo primeramente pactado, pues de no ser así, se hubieran negado rotundamente los contratistas, pues hubiera resultado que por trabajar, se les cobrase mensualmente 5.000 pesetas, y que el señor Munain, pidiéndoles que hicieran esto y lo otro para alargar la cosa, se hubiera encontrado con una renta.

Sexto. Que el demandado reconvenía en la cantidad de 5.000 pesetas, alegando que las obras no habían quedado a su satisfacción y con desperfectos que no se tuvieron en cuenta en la liquidación que se practicó; pero no aportaba prueba alguna que acreditase si tales defectos existían o no, si eran de la obra en sí o del uso de la misma. Invocaba los fundamentos de derecho que estimaba de aplicación y terminaba suplicando se le tuviera por evacuado el traslado conferido para réplica y contestación a la reconvencción y, en su día, se dictase sentencia estimando en todas sus partes la demanda, y se condenase al demandado señor López de Munain a cuanto se interesaba en el suplico de la misma, y se desestimase la reconvencción propuesta por éste en todas sus partes, absolviendo de la misma a los demandantes, con expresa imposición de costas a dicho demandado en las causadas por la reconvencción.

RESULTANDO Que dado traslado a la representación de la parte demandada para dúplica, evacuó dicho traslado mediante escrito de fecha 21 de dichos mes y año en el que daba por reproducidos

íntegramente los hechos del escrito de contestación y fundamentos de derecho que adicionaba; reproduciendo igualmente todos los hechos de la reconvencción y rechazando los expuestos de contrario y terminaba suplicando se dictase sentencia de conformidad con lo solicitado en el escrito de contestación a la demanda y reconvencción;

RESULTANDO que recibidos los autos a prueba, se practicaron a instancia de la parte actora las de confesión judicial, documental y testifical; y a instancia de la parte demandada, las de confesión judicial, reconocimiento judicial, pericial y la testifical;

RESULTANDO que declarados conclusionos los autos, después de haber evacuado las partes previamente los traslados conferidos para conclusiones, en atención a no haberse solicitado celebración de vista pública el Juez de Primera Instancia de Victoria, con fecha 19 de noviembre de 1954 dictó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: «Fallo: Que estimando en parte la demanda formulada por don Félix Berriozábal y Aldape y don Cayo Abecia Ortiz de Apodaca, condeno a don Filomeno López de Munain Sáez de Ojer a que satisfaga a aquéllos la cantidad de 64.699 pesetas con treinta y siete céntimos; y estimando también en parte la reconvencción formulada por don Filomeno López de Munain, condeno a don Félix Berriozábal y don Cayo Abecia a que abonen al primero la cantidad de 59.999 pesetas con 92 céntimos, así como a que realicen las oportunas obras en la casa número 8 de la calle Arana, necesarias para subsanar las deficiencias observadas, consistentes en manchas de humedad en el piso ático derecha; una filtración en el local de la planta baja y una mancha de humedad, de forma triangular en la fachada a la altura del piso primero; y sin hacer expresa condena en costas».

RESULTANDO que apelada dicha sentencia por la representación de la parte actora y sustanciada la alzada por sus trámites legales, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, con fecha 1 de junio de 1955 dictó sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: «Fallo: Que confirmando en parte y en parte revocando la sentencia recurrida, y estimando en parte la demanda y en parte la reconvencción, debemos condenar y condenamos a don Filomeno López de Munain Sáez de Ojer a que satisfaga a los demandantes don Félix Berriozábal y Aldape y don Cayo Abecia Ortiz de Apodaca, la cantidad de 64.799 pesetas con 73 céntimos, así como condenamos a éstos a que realicen las obras necesarias en la casa número 8 de la calle Arana, de Victoria, para subsanar las deficiencias observadas, consistentes en manchas de humedad en el piso ático derecha; una filtración en el local de la planta baja y una mancha de humedad en forma triangular en la fachada, a la altura del piso primero, absolviendo, respectivamente, a las partes de las restantes peticiones de la demanda y de la reconvencción, todo sin hacer especial pronunciamiento en las costas de ambas instancias».

RESULTANDO que sin constituir depósito, por no ser conformes de toda conformidad las sentencias de los Tribunales de instancia, el Procurador de los Tribunales don Carlos Salas Sánchez Campomamor, a nombre de don Filomeno López de Munain y Sáez de Ojer, ha interpuesto ante esta Sala, contra la sentencia de la Audiencia, recurso de casación por infracción de Ley de doctrina legal, estableciendo los siguientes motivos:

Primero.—Se formula al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal civil por interpretación errónea del artículo 1.255 del Código Civil, aplicación indebida del principio de derecho de que nadie puede ir contra sus propios actos en relación con el artícu-

lo sexto del mismo texto sustantivo y violación de los artículos 1.091, 1.258, 1.278, 1.152, 1.204 y 1.203 del Código Civil, así como del axioma jurídico «pacta sunt servanda», concordante con dichos preceptos y la jurisprudencia que cita; exponiendo a continuación: Que la condición cuarta del contrato privado suscrito entre las partes litigantes en Vitoria en 7 de marzo de 1951 dice «que las obras serán entregadas en un plazo máximo de doce meses, a partir de la fecha de autorización por el Excmo. Ayuntamiento, abonando en su caso los señores Berrozabal y Abeña la cantidad de 5.000 pesetas por cada mes de retraso, siendo evidente que el alcance de esta cláusula se ha precisado claramente y no ofrece duda, cual fué el propósito de las partes al convenirla; que acertadamente dice el sexto considerando de la sentencia de primera instancia que basta la simple lectura de dicha cláusula para establecer como aplicable dicho párrafo, si la obra no era entregada el 20 de marzo de 1952, y resultando de los autos que ello tuvo lugar en 3 de febrero de 1953, o sea diez meses y doce días de retraso, los demandantes reconvenidos están en el caso de abonar al demandado reconviniente 59.999 pesetas con 92 céntimos; transcribe a continuación el cuarto considerando de la sentencia recurrida y expone que en él se admiten íntegramente los supuestos de hecho y a virtud de los cuales el juzgador de instancia reconoció la justa y adecuada pretensión del actor de la reconvenido; pero la Sala de la Audiencia entiende que se novó la obligación principal y consiguiente la cláusula penal el hecho de que «hubo modificaciones en la obra, aceptadas y hasta sugeridas por el dueño, estimando que al haberlas pierda ya toda su eficacia tal cláusula penal, puesto que en otro caso sería vulnerar la doctrina de volver contra sus propios actos. Que no hace falta más que examinar los preceptos aplicables del Código sustantivo para comprender la falta de consistencia de la argumentación jurídica de la sentencia recurrida a este respecto que interpreta erróneamente, en su quinto considerando, el artículo 1.255 del Código Civil; que si este precepto proclama el principio de autonomía de la voluntad a virtud de la cual los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes, siempre que no estén prohibidas por la Ley y que estos convenios tienen fuerza de obligar, se llega a la conclusión contraria de lo resuelto en la sentencia cual se complementa con el citado artículo 1.204, que establece que para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya es preciso—al revés de lo que ocurre en la litis del presente recurso—que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles, siendo lo cierto que por el hecho de que hubiese alguna modificación sin precisarse su importancia ni en qué consistía en la sentencia recurrida, no cabe darle el alcance de que se suponga un acuerdo de voluntades que ni aun sería suficiente de no hacerse constar expresamente que al tal equivale el vocablo «terminantemente» que emplea el legislador en el sentido de que ha de ser de manera concluyente, no presumible; que en el caso de autos no cabe la modificación si como aquí ocurre y exige el artículo 1.203 del mismo texto legal no se ha variado el objeto ni sus condiciones principales, pues siguió siendo la construcción del inmueble en la forma y cantidad convenida y no se hizo rectificación alguna respecto a lo establecido en el documento privado. Que a efectos legales la novación consiste en la sustitución de una relación obligatoria por otra destinada a extinguir aquella y como tal requisito «sine qua non» la existencia del «animus novandi», pues si nada se dice

ni conviene de modo indudable sobre tal intención de novar, subsistiría la obligación sin modificación y estado, la razón de que el artículo 1.204 del Código Civil exija la precisión de que así «se declare terminantemente» o que «la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles»; que es indispensable la consignación expresa de ese «animus» o la deducción del mismo a base de la absoluta incompatibilidad de las obligaciones, siendo un principio terminante que la novación nunca se presume, necesitando que conste de una manera clara y terminante la voluntad de otorgarla, según sentencias de esta Sala de 25 de enero de 1898, 8 de febrero de 1896, 15 de octubre de 1907, 10 de julio de 1917, 8 de julio de 1920, 11 de octubre de 1927, 8 de junio de 1929, 24 de marzo de 1931, 7 de abril de 1933, 31 de diciembre de 1941, 9 de febrero de 1946; que en las sentencias de 4 de abril de 1892, 14 de marzo de 1908 y 8 de julio de 1909 se establece que, cuando sin alterar la esencia de una obligación o de sus condiciones accidentales, no existe novación de aquella, la que no se presume, añadiendo la última de dichas sentencias que menos todavía se da la novación si la nueva obligación se constituyó para facilitar el cumplimiento de la precedente aún no cumplida, siendo menester que fuesen de todo punto incompatibles entre sí ambas obligaciones a la terminante declaración del propósito de declarar extinguida la anterior obligación por la nueva, constando asimismo análoga doctrina de no presunción de la novación en sentencias de 5 de diciembre de 1929 y 26 de enero de 1928, precisamente en casos de modificaciones accidentales. Que no hay la modificación del plan consentida que impediría exigir el cumplimiento de la obligación principal, en la forma y modo en que fué estipulada en la cláusula penal, que, al no extinguirse por novación, conserva toda su fuerza de exigir, sin que pueda estimarse el argumento de que en otro supuesto se vulnera la doctrina de la jurisprudencia relativa al principio de derecho de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos porque éstos no equivalen a presunción de supuestas intenciones que no responden a la realidad de los actos y que carecen de aplicación en todo caso si están en pugna con los preceptos que antes ha mencionado.

Segundo. Se formula al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por interpretación errónea e inaplicación del artículo 1.154 del Código sustantivo y de la doctrina de esta Sala. Exponiendo a continuación: Que para el improbable caso de que no se case la sentencia por el motivo anterior, señala que de todas formas deberá serlo por éste, que a tal efecto se razona subsidiariamente, pues aun citándose en el quinto considerando de la sentencia recurrida el artículo 1.154 del Código Civil, no se le ha dado al mismo su verdadero alcance, toda vez que la modificación, de la obra, según este precepto, de creer el juzgador que contribuyó a que se retrasase la entrega de la obra, con la consiguiente irregularidad por tal razón en el cumplimiento, para que no resultase dicho precepto inaplicado, no cabría suponer, como hace la resolución que recurre, completamente ineficaz la cláusula penal, sino que debió procederse a la modificación equitativa de la pena, reduciéndose su cuantía, para lo cual había de tenerse en cuenta lo que procedería rebajar a fin de compensar el tiempo que se calculase empleado en las modificaciones realizadas por acuerdo de las partes, y que así está reconocido por sentencias de esta Sala de 14 de marzo de 1922, 31 de octubre del mismo año y 19 de diciembre de 1930, estableciendo estas últimas que cuando ha sido irregularmente cumplida una obligación en cuanto al plazo,

pero no respecto a su totalidad, procede y es de inexcusable aplicación el mencionado artículo 1.154:

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

CONSIDERANDO que si bien es cierto, como se sostiene en el recurso, que la sentencia impugnada declara probado que el plazo concedido en el documento básico para la construcción de la obra finaba el 19 de marzo de 1952 y no se terminó hasta el día 3 de febrero de 1953, por lo que hubo un retraso en el plazo de entrega de diez meses y doce días, siendo asimismo cierto que en la cláusula cuarta de dicho documento de 7 de marzo de 1951 se pactó el pago por los constructores al recurrente de la cantidad de 5.000 pesetas por cada mes de retraso en tal entrega; no es menos cierto que la propia sentencia recurrida da también como hecho probado, a cuyo contenido habrá de estarse al no haber sido combatidas sus afirmaciones por la única vía adecuada para ello, la del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que en ese interregno de tiempo, o sea durante la demora en la entrega de la obra, hubo modificaciones en ésta, aceptadas y hasta sugeridas por el propietario, por lo que estima que al no haberse pactado nuevamente o ratificado el convenio anterior en el momento de ordenar la variación de obra, quedó anulada la cláusula penal; y como quiera que del estudio de las pruebas practicadas y especialmente del contenido de la carta de fecha 11 de agosto de 1952 suscrita por el Arquitecto director de la obra, cuando ya había vencido el plazo para su construcción, se deduce que en nombre del propietario ordenaba determinadas instalaciones o modificaciones de obra, sin señalar plazo alguno para ello, sin la menor alusión al término contractual y sin excitación, requerimiento ni protesta alguna por la demora cuando ésta llevaba más de la mitad del tiempo por el que ahora se pide indemnización; aparece evidente la novación por las partes de la primitiva obligación que recoge la sentencia recurrida, quedando indudablemente afectada por ella la cláusula penal en forma de su derogación al no poder admitir que las partes la estimaran vigente cuando se convino como sanción a un retraso y después de surgido éste y sin establecer nuevo plazo para la conclusión de una obra o ratificar el anteriormente convenido se ordenan modificaciones en ella; y en su consecuencia, decae el primer motivo del recurso que, encauzado procesalmente por el número primero de dicho 1.692, se basa en la interpretación errónea del 1.255 del Código Civil, indebida aplicación de la teoría de los actos propios y violación de los 1.091, 1.258, 1.278, 1.152, 1.204 y 1.203 de citada Ley sustantiva, ya que las mismas partes que pueden establecer los pactos o cláusulas que esmenen por conveniente pueden de común acuerdo variarlos o derogarlos, y debe estimarse como acto propio que vincula al que lo realiza, la orden de modificar la obra cuando ya había vencido el plazo para realizarla, con lo que hace la incompatibilidad entre ambas convenciones, la de realizar una obra en un plazo determinado con advertencia de que de no hacerlo se incurrió en una pena indemnizatoria, con la orden, después de vencido el término, de continuarla con determinadas variaciones y sin pactar un nuevo plazo o ratificar la subsistencia de la cláusula penal:

CONSIDERANDO que, sentada la anterior doctrina, tampoco puede prosperar el segundo motivo del recurso, amparado en el mismo número del 1.692 y que se basa en interpretación errónea e inaplicación del artículo 1.554 de tan repetido Código; ya que la facultad moderadora de la pena que concede presupone la existencia de incumplimiento parcial de la obliga-

ción a su irregular realización por el deudor, cuando subsiste la cláusula penal; y como en el caso que se debate no se da tal subsistencia al haber sido abrogada por actos de los contratantes, como queda expuesto, no cabe en forma alguna su atenuación por el juzgador de instancia.

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto a nombre de don Filomeno López de Muñain contra la sentencia que con fecha 1 de junio 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 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», pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.—Leída y publicada fué la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Antonio de Vicente Tutor y de Guebenzu, Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y Ponente que sido en estos autos, estando celebrando audiencia pública la misma en el día de su fecha, de que como Secretario certifico.—Por mi compañero, señor Rey-Stolle.

En la villa de Madrid a 26 de noviembre de 1960; en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de esta capital, y en grado de apelación ante la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de la misma, por don José Mateo Sagasta Azpeitia, mayor de edad, casado, Ingeniero de Montes, y de esta vecindad, como representante de su esposa doña Matilde Llopis de la Torre, mayor de edad, sin profesión especial, y de la misma vecindad, con don Carlos Roeb Ungeheuer, mayor de edad, casado, Ingeniero y Agente de la Propiedad Industrial, y vecino de esta capital, sobre resolución de contrato de arrendamiento; autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de injusticia notoria, interpuesto por la parte demandada, representada por el Procurador don Carlos de Zulueta Cebrián, y dirigida por el Letrado don Alberto Lescure; habiendo comparecido en el presente recurso la parte actora y recurrida, representada por el Procurador don Manuel del Valle Lozano, y dirigida por el Letrado don Alfredo López.

RESULTANDO que por el Procurador don Manuel del Valle Lozano, en nombre de don José Mateo Sagasta Azpeitia, como representante legal de su esposa doña Matilde Llopis de la Torre, y mediante escrito de fecha 14 de abril de 1958, que por reparto correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de esta capital, se dedujo demanda contra don Carlos Roeb Ungeheuer, sobre resolución de contrato de arrendamiento, y cuya demanda basó en los siguientes hechos:

Primero. La esposa del actor es propietaria en pleno dominio del piso tercero izquierda de la casa número 24 de la calle de Núñez de Balboa, de esta capital.

Segundo. Que con fecha 10 de diciembre de 1939 le fué arrendado a doña Josefa Roeb Ungeheuer, madre del demandado, el piso primero izquierda antiguo—hoy tercero izquierda—de la finca a que se hace referencia en el hecho anterior.

Tercero. El demandado don Carlos Roeb viene utilizando dicha vivienda no sólo como habitación, sino como lugar en donde desempeña la profesión colegiada de Agente de la Propiedad Industrial, por la que satisface contribución, si bien donde tiene instalada su oficina y realmente desarrolla su actividad profesional es

en la calle de Serrano, número 12, de esta capital, lo que, por otra parte, evidencia que don Carlos Roeb es titular arrendatario de dos pisos en Madrid, pues aun cuando el de la calle de Serrano figura como sede de la oficina técnica «Roeb y Compañía», lo cierto es que dicha Sociedad está integrada exclusivamente por el demandado y su hermano don Guillermo Roeb, como socio industrial, quien a su vez tiene su domicilio en la número 3 de la calle de Lombía, de esta capital.

Cuarto. Que con fecha 13 de agosto de 1956, el hoy demandado, don Carlos Roeb Ungeheuer, dirigió por conducto notarial a doña Carmen de la Torre, viuda de Llopis, madre de la esposa del actor, una carta declarándose subrogado en todos los derechos y obligaciones del contrato de arrendamiento del piso primero izquierda (hoy tercero izquierda) de la casa de autos, por fallecimiento de su madre doña Josefa Ungeheuer, viuda de Roeb.

Quinto. Por oficio del Ministerio de Agricultura, Dirección General de Montes, Caza y Pesca Fluvial, de fecha 27 de septiembre de 1958, le fué notificado a don José Mateo Sagasta Azpeitia, a la sazón destinado en Guadalajara, su traslado a esta capital con efectividad desde el 1 de octubre del mismo año, para prestar los servicios de su profesión de Ingeniero de Montes, que hasta la mencionada fecha venía desempeñando con residencia en la citada ciudad de Guadalajara.

Sexto. Que obligado por esta circunstancia, que determinó poner fin a la división de la finca, el actor, en nombre y representación legal de su esposa, se vio en la necesidad de negar al demandado la prórroga del contrato de inquilinato mediante requerimiento hecho por el Notario de Madrid don Luis Sierra Bermejo, con fecha 7 de noviembre de 1956, haciendo constar sustancialmente: Primero. Que por carecer el requirente de vivienda en Madrid, pues venía cobijándose con carácter accidental en el domicilio de su madre doña Dolores Azpeitia, tanto su esposa como los cinco hijos del matrimonio se veían forzados a continuar residiendo en Guadalajara, calle Teniente Figueras, 4. Segundo. Que el actor, con deber de residencia en Madrid, por razón de su función, tenía diariamente que desplazarse a Guadalajara para reunirse con su familia, situación esta bastante penosa, molesta y lesiva y difícil de soportar durante mucho tiempo. Tercero. Que por razones indicadas, requería formalmente al señor Roeb para que en el término de seis meses o de un año, a su elección, contados desde el siguiente a la notificación, desalojase el cuarto, ofreciéndole en nombre de su esposa y en concepto de indemnización el importe de dos anualidades de renta si lo verificase en el término de seis meses, y de un año, si tal desalojo lo llevase a cabo en el término de un año. Que la indemnización ofrecida comprendía no sólo la renta pactada, sino también los aumentos, repercusiones y subidas que el requerido tenía aceptadas y venía haciendo, efectivas.

Cuarto. Que se eligió la vivienda del señor Roeb en razón a que era la única que de su propiedad poseía en Madrid la esposa del requirente, motivo por el cual no era posible elegir otra distinta, sin que, por otro lado, el señor Mateo Sagasta conture con otra vivienda ni en alquiler ni de su propiedad en esta capital y sin que tampoco fuera posible que la señora madre del requirente recogiera a toda la familia de este último por distintas razones.

Séptimo. Que con carta fecha 28 de diciembre, el demandado, señor Roeb, remitió, por conducto notarial, a don José Mateo Sagasta Azpeitia copia simple de su contestación al requerimiento, oponiéndose a la denegación de prórroga por las causas siguientes: a) No ser cierto que doña Matilde Llopis sea propietaria únicamente en Madrid de la vivienda

arrendada al señor Roeb, pues, por el contrario, es propietaria pro indiviso de la planta de sótanos, planta baja, garaje y pisos primero izquierda y derecha de la misma finca; b) Que la división parcial del pro indiviso y consiguiente adjudicación en pleno dominio del piso tercero izquierda de la reputada fórmula arbitraria para hacer posible el ejercicio de la acción resolutoria del contrato de arrendamiento del mismo, mediante la negativa de la prórroga legal, que por fundarse en un manifiesto abuso de derecho se halla plenamente incurso en el artículo 9.º de la Ley de Arrendamientos, ya que en la fecha del otorgamiento de la escritura de división llevaba más de seis meses desalojado el piso ático derecha de la misma finca, estando en condiciones, por tanto, doña Matilde Llopis, como propietaria de dicha vivienda, para ejercitar la acción contenida en el número tercero del artículo 52 de la repetida Ley, no existiendo, por tanto, necesidad de ocupación de la vivienda del señor Roeb, quien se halla en grado de preferencia o prelación según el artículo 64 del mismo cuerpo; preferencia que se trata de suprimir con el artificio de la escritura de división de la finca; y c) Por último, que la actuación de los copropietarios del inmueble, al permitir que los pisos primero derecha y primero izquierda hayan sido unidos para formar uno solo y estar ocupados solamente por doña María del Carmen de la Torre, no obstante pertenecer pro indiviso a todos aquéllos, es una prueba más del manifiesto abuso de derecho que cometen al negar a doña Matilde Llopis la prórroga del piso arrendado por el señor Roeb, ya que pudiendo, como propietaria indivisa de los pisos primero derecha y primero izquierda, oponerse a la unión de los mismos para que los disfrute una sola copropietaria, consiente tal anómala situación con evidente propósito de lesionar los legítimos intereses del arrendatario señor Roeb.

Octavo. Con el fin de desvirtuar las alegaciones del demandado y justificar cumplidamente cuanto se consignó en el requerimiento efectuado, resalta: A) Que según consta en la estipulación tercera del testimonio parcial de división del condominio, la planta de sótanos, la planta baja, garaje y piso primero del inmueble continúan pro indiviso en la proporción de un 50 por 100 a favor de doña María del Carmen de la Torre Gosálvez, y la otra mitad, por partes iguales, a los tres hermanos Llopis de la Torre. Que, por otro, es de tener en cuenta que los sótanos existentes en la finca son los correspondientes a las tiendas y, por tanto, imposible de utilizar por no reunir las condiciones de salubridad e higiene necesarias, todo ello con independencia de que están utilizadas por sus inquilinos. Que el garaje tampoco puede ser objeto de reclamación para vivir en él; y en cuanto al piso primero, es de notar que desde hace diez años viene siendo ocupado por doña Carmen de la Torre y por sus hijos don Adolfo y don Felipe Llopis de la Torre, siendo la primera dueña de una participación pro indivisa equivalente a la mitad, y sus expresados hijos a una sexta parte cada uno. La Ley no autoriza a lanzar a un condeño mayoritario del cuarto que ocupa y constituye su hogar, para que se utilice por un condominio minoritario, a fin de favorecer a un tercero. B) Tres son las afirmaciones que se hacen en este apartado B) de los fundamentos de la oposición: Primero, que la división parcial pro indivisa «no es sino una fórmula arbitraria para hacer posible el ejercicio de la acción resolutoria». Segundo, que la negativa de la prórroga legal se funda en un manifiesto abuso de derecho y se halla plenamente incurso en el artículo 9.º de la Ley de Arrendamientos. Tercero, que en la fecha del otorgamiento de la escritura de división llevaba más de seis meses desalojado el piso ático derecha de la misma finca, estando en condiciones, por tanto, doña Matilde

Llopis de la Torre, como proleitaria indivisa de dicha vivienda, para ejercer la acción contenida en el número tercero del artículo 62 de la repetida Ley. Que en cuanto a la primera afirmación, no cree que el ejercicio del derecho reconocido por la Ley a todo conuero de pedir la división de la cosa común pueda calificarse de arbitrario. El artículo 400 del Código Civil declara que ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad y que cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común. La decisión del actor, cabeza de familia numerosa, estaba, pues, no sólo amparada por la Ley, sino justificada más que con creces, por la angustiosa necesidad de disponer de una vivienda en Madrid. Respecto a que la negativa de la prórroga se funda en un manifiesto abuso de derecho incurrido en el artículo 9.º de la Ley de Arrendamientos, es de advertir que el abuso de derecho, según la jurisprudencia, requiere, ante todo, que el daño a un interés no protegido sea (manifiestamente) inhumano o antisocial, esto es, que el derecho se actúen con intención de perjudicar o sencillamente sin un fin serio y legítimo (sentencias de 13 de junio de 1942, 14 de febrero de 1944 y 6 de octubre de 1953). Finalmente, la afirmación de que en la fecha del otorgamiento de la escritura de división llevaba más de seis meses desalojado el piso ático derecha de la finca, es del todo gratuita. O) Que los pisos primero derecha e izquierda constituyen una sola vivienda desde hace más de diez años. Está ocupada por doña Carmen de la Torre, viuda de Llopis, y por sus hijos don Adolfo Llopis de la Torre y don Felipe Llopis de la Torre. Luego es visto que la unión de dichas viviendas no ha obedecido al designio de perjudicar al demandado, ya que tal hecho aconteció cuando el demandado no podía pensar en que se produciría el estado de necesidad que le obliga a formular esta demanda.

Noveno. Que con fecha 21 de noviembre de 1957 los actores formularon demanda de juicio de cognición contra el señor Roeb, instando la resolución del contrato de arrendamiento de la vivienda objeto de esta litis, por causa de necesidad, entendiendo en dichos autos el Juzgado Municipal número 2, de esta capital, que con fecha 18 de enero del corriente año dictó sentencia por la que, estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción, en méritos a que el demandado señor Roeb ejerce su profesión de Agente oficial de la Propiedad Industrial en la vivienda de autos, dejaba a salvo, no obstante, el derecho de la parte actora a instar ante quien correspondiera lo que pudiera convenirle.

Décimo. Que desde la fecha del requerimiento hasta el momento de la demanda la difícil situación del actor, así como la de su esposa e hijos, se ha agravado aún más, si cabe, al tener que trasladarse definitivamente la familia a esta capital, abandonando la casa de Guadalajara y viéndose obligado a vivir el matrimonio, con los dos hijos mayores, en el cuarto tercero izquierda de la calle de General Mola, número 25, domicilio de la madre del señor Sagasta, y los restantes hijos del matrimonio, a refugiarse en el domicilio de doña Carmen de la Torre, viuda de Llopis, tía de la esposa del actor, en la calle de Núñez de Balboa, número 24, piso primero. Del mismo modo que al señor Sagasta le fué materialmente imposible seguir desplazándose a diario desde Madrid para pernoctar en Guadalajara, en la época del requerimiento del señor Roeb, tampoco actualmente puede continuar la familia por más tiempo en la situación apuntada.

Undécimo. Que la familia del actor está compuesta por las personas que indican las certificaciones en extracto de las actas de matrimonio y nacimiento de sus hijos, que se adjuntan.

Duodécimo. Que entendiendo que el demandado carece de derecho al disfrute

del cuarto de autos, formula esta demanda para que se declare el derecho del actor a la negativa de prórroga del contrato, en cuyos derechos y obligaciones se han subrogado, conforme se le anunció, y con arreglo a los términos del suplico de esta demanda. Invocó los fundamentos de derecho que estimó aplicables al caso, y terminó suplicando se dictase sentencia declarando resuelto el contrato de arrendamiento en cuyos derechos se halla subrogado el demandado del piso objeto de autos, en razón a que dicho piso es necesario a los actores, apercibiéndole de lanzamiento al demandado e imponiéndole las costas.

RESULTANDO que, admitida la demanda y emplazado el demandado, compareció en su nombre el Procurador don Carlos de Zulueta y Cebrián, quien mediante escrito de fecha 2 de mayo de 1958, contestó y se opuso a la referida demanda, en base a los siguientes hechos:

Primero. Acepta el correlativo de demanda, pero aclara que la comunidad existe desde el día 6 de mayo de 1952, y, sin embargo, la escritura de división no se otorgó hasta el día 26 de octubre de 1956, es decir, veintinueve días después de la fecha del oficio de 7 de septiembre del mismo año, dirigido por la Subdirección del Patrimonio Forestal del Estado al demandante, haciéndole saber su traslado a esta capital y doce días antes de formalizarse la notificación de negativa de prórroga al señor Roeb, todo lo cual implica que el piso ocupado por dicho señor y adjudicado en esa escritura a la esposa del actor lo fué ya con la premeditada intención de desalojar de él al demandado, eludiendo las disposiciones de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que señalan las circunstancias de posesión que han de concurrir en la vivienda de cuya elección se trata para negarle prórroga.

Segundo. Que acepta también como cierto el hecho segundo de la demanda.

Tercero. Que también es exacto que el demandado don Carlos Roeb viene ocupando, con su familia, la citada vivienda por subrogación desde el fallecimiento de su madre, pero no es cierto lo demás que en el correlativo hecho de la demanda se relata, pues aunque también en el local de la calle de Serrano, número 12, de esta capital, trabaja en actividades propias de su profesión, no lo hace como titular arrendatario, sino como perteneciente a la Sociedad «Roeb y Compañía», que es la arrendataria de dicho local, que no tiene carácter de vivienda, sino de local de negocio, y esa actividad suya allí independiente en absoluto de la que particularmente realiza en su domicilio.

Cuarto. Que es completamente verdadero que, como se dice en el hecho cuarto de la demanda, don Carlos Roeb dirigió a doña Carmen de la Torre, viuda de Llopis, la carta de 13 de agosto de 1958, haciéndole saber que se consideraba subrogado en todos los derechos y obligaciones del contrato de arrendamiento del piso primero izquierda (hoy tercero) de la casa de autos, por fallecimiento de su madre doña Josefa Unghener.

Quinto. Que no consta al demandado que el traslado del señor Mateo Sagasta desde Guadalajara a Madrid, a que se refiere el hecho quinto de la demanda, tuviera el carácter de forzoso o estuviera motivado por las razones que se dicen en el oficio del Ministerio de Agricultura, porque induce a duda la circunstancia de que tal documento no fuera presentado con la demanda anterior, promovida sobre el mismo asunto, y que se sustanció en el Juzgado Municipal número 2 de esta capital, y además, que en la certificación acompañada como documento número 5 no se mencione el carácter de traslado, y esa misma certificación se encuentra redactada en términos distintos de la presentada en aquel otro procedimiento y en la que en lugar de hablarse del traslado se decía que el citado señor, con residencia destacada en Guadaluja-

ra, se ha incorporado desde el primero del mes en curso a las oficinas centrales de esta Cuarta División Hidráulica Forestal, detalles todos que suponen una sospechosa rectificación sobre extremo de tanto interés, hecha sin duda a la vista de lo alegado y lo resuelto en aquel juicio.

Sexto. Que es muy importante, y lo destaca de modo singular, la afirmación con que comienza el hecho sexto de la demanda, de que obligado por esta circunstancia (se refiere a la del traslado), que determinó poner fin a la indivisión de la finca, el actor, en nombre y representación de su esposa, se vio en la necesidad de negar la prórroga del contrato de inquilinato, porque de esa manera se revela del modo más explícito que cuando la división de la finca se realizó ya conocían el demandante y su esposa cuál había de ser la situación futura y que, desde luego, se proponían reclamar para sí una de las viviendas de la casa de Núñez de Balboa, por lo que ese momento de promover por esa misma razón indivisión de la finca es el de la iniciación de toda la conducta seguida después contra el piso o vivienda ocupado por don Carlos Roeb y aclara los conceptos para decidir la legitimidad de la misma, cuando, además, a realizar al división, se hizo de una manera parcial, que dejó gran parte del inmueble en la misma situación de pro indiviso en que se hallaba, lo que demuestra la única finalidad de adjudicar a doña Matilde Llopis de la Torre, en propiedad, la vivienda que a sus exclusivos intereses convenía, sin atender para nada a los de los inquilinos perjudicados o beneficiados en tal decisión. Que, por lo demás, es cierto que el requerimiento y notificación de negativa de prórroga se hizo al demandado mediante el acta autorizada por el Notario de esta capital don Luis Sierra Bermejo, con fecha 7 de noviembre de 1956, fecha que sólo dista doce días de la división de la finca y confirma cuanto anteriormente se consignó.

Séptimo. Que igualmente es verdad que con fecha 28 de diciembre de 1956 el demandado señor Roeb contestó al requerimiento antes aludido, conforme se dice en el hecho séptimo de la demanda.

Octavo. Que en el correlativo de la demanda se trata de desvirtuar las alegaciones hechas por el demandado en su contestación a la notificación de negativa de prórroga, diciendo bajo el apartado A) que la división del condominio es parcial, continuando pro indiviso la planta baja, el garaje y el piso primero del inmueble, en la proporción de un 50 por 100 a favor de doña María del Carmen de la Torre Gosalvez, y la otra mitad por partes iguales a los tres hermanos Llopis de la Torre, confirmando así que no se ha hecho tal división más que para aquellos que resultaba adecuado a las conveniencias de doña Matilde Llopis a fin de reclamar para sí la vivienda en donde se proponía habitar en Madrid. Aduce además en cuanto al piso primero que desde hacía diez años venía siendo ocupado por doña Carmen de la Torre y por sus hijos don Adolfo y don Felipe Llopis de la Torre, no autorizando a Ley a lanzar a un conuero mayoritario del cuarto que ocupa y constituye su hogar ni era posible obligar a los demás a restablecer dos viviendas en esa planta, todo lo cual no contradice de ninguna manera las manifestaciones del señor Roeb ni justifica la distribución hecha de los pisos ni la razón de que el piso primero se adjudicase a otro de los condominios ni la de que los dos pisos áticos derecha e izquierda, uno de los cuales se hallaba desocupado no fuera adjudicado a doña Matilde en lugar de serlo a doña María del Carmen para que sobre él y con menos perjuicios para la arrendataria se ejercitara el derecho de negativa de prórroga. Que se intenta desmentir la afirmación del señor Roeb de que la división parcial de la finca es una fórmula para hacer posible el ejercicio de la acción resolutiva.

ria, aduciendo que ningún copropietario está obligado a permanecer en comunidad, cosa que siendo cierta no desvirtúa de ningún modo aquella intención y propósito con que se hizo la división con miras ya al cuarto del señor Roeb para denegarle la prórroga del arrendamiento. Sigue después intentando desmentir que en el caso presente haya lugar a apreciar que se ha incurrido en un abuso de derecho, diciendo a tal fin que no era esa la intención ni podía ser más que «la de resolver un urgente problema de carácter familiar impuesto por las circunstancias familiares del demandado que se veía obligado a residir en Madrid en virtud de un traslado oficial, pero nunca la de lesionar los intereses del demandado», frases que de nuevo aclaran que al realizar la división ya se perseguía el propósito de resolver el contrato de arrendamiento para ocupar el cuarto elegido la adjudicatario del piso, siendo, en contra de lo que el actor dice, manifiesta esa intención dolosa cuando concebido ya tal propósito no se le adjudicó a la esposa del demandante del piso ático cuarto derecha a la sazón desocupado circunstancia que hacía menor el perjuicio para quien fuese su arrendatario, siendo de notar respecto a este extremo que conforme el propio demandante se ocupa de acreditar mediante la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número dos de esta capital, que acompaña a su escrito, ese piso cuarto ha sido objeto de demanda también de resolución de contrato, que ha prosperado, fundada entre otras causas en esa desocupación, de donde se desprende que no es tampoco exacto lo que en relación con esta circunstancia se aduce en el octavo hecho por el actor porque confunde el término de estar arrendado con el de estar desocupado, cuando es este último el empleado por el señor Roeb, sin que por lo tanto tenga tampoco ninguna significación en contra de esa alegación, el que no fuera doña Matilde quien podía ejercitar acción contra el arrendatario de tal piso cuarto, sino doña María del Carmen que es a quien se le adjudicó, porque se trata de lo que los conductos realizaron antes y no después de esa adjudicación del piso ático a su actual propietaria doña María del Carmen.

Noveno.—Que es cierto el correlativo del escrito de demanda y para mejor información de lo que el mismo relata en orden al anterior juicio promovido contra el demandado, adjunta a este escrito una copia íntegra y autorizada de la sentencia recaída en dicho procedimiento y que ha quedado firme al ser consentida por el demandante.

Décimo.—Que en el de este número de la demanda se hace relación a la necesidad en que se encuentra el demandante con su familia de ocupar la vivienda actualmente arrendada al señor Roeb y respecto de ella niega las causas en que se funda, por cuanto que deducidas de lo que expresan los documentos que acompaña del Ministerio de Agricultura con los números cuatro y cinco, ya ha dicho las dudas que sugieren derivadas de no haber sido acompañado uno de ellos a la anterior demanda y de expresar el otro cosa distinta a la que se hacía constar en la certificación entonces presentada y de la que no se derivaba tal necesidad, puesto que lo que en ella se decía era que el señor Sagasta ha tenido su residencia destacada en Guadalupe y se había incorporado a Madrid desde primero de octubre, sin mencionar las causas de ese traslado que pudo obedecer a conveniencias propias del interesado.

Undécimo.—Que niega también las afirmaciones que en la notificación de la negativa de prórroga se consignaron relativas a la necesidad sentida por el demandante de ocupar la vivienda del demandado y de modo especial que dicha señora no tuviera a su disposición, pues por el contrario, como en el hecho quinto de su escrito de contestación a la demanda an-

terior se decía, existía en la misma finca el piso ático derecha que se encuentra desocupado desde el mes de febrero de 1956 en que su ocupante don Florentino Pombo Romero Robledo trasladó su vivienda a la calle de Princesa, número 23, a donde incluso llevó los muebles que allí tenía, cuyo piso ático le fué cedido o subarrendado por el que figuraba como hace muchos años, ni lo ocupa desde que arrendatario don Carlos García San Miguel, quien tampoco lo ha ocupado desde que el señor Pombo Romero le abandonó, por lo que permanece totalmente deshabitado y sin que valga argüir que tal vivienda no pertenece a doña Matilde Llopis, porque cuando la división de la finca se realizó esa vivienda del ático se encontraba ya deshabitada y pudo ser adjudicada a la demandante, probándose así la mala fe con que al hacer la división se procedió para atribuir a doña Matilde Llopis el piso del demandado, en lugar de haber evitado que ahora se le irrogara, en el caso de que fuese cierta la necesidad que siente doña Matilde de establecerse con su esposo y sus hijos en esta capital. Procediendo de buena fe, si esa necesidad hubiese sido real ya debía estar prevista en la fecha de la adjudicación, tan inmediata a la del requerimiento al demandado y pudo perfectamente atribuirse ese piso ático que nadie ocupa en evitación de dichos perjuicios y en todo caso tratándose del ático de propiedad de la finca de la demandante, tampoco puede existir dificultad que impida a la última establecerse en esa vivienda desocupada en lugar de producir al demandado el gravísimo trastorno que se pretende inferirle. En todo caso, la existencia de tal vivienda sin que el arrendatario ni ninguna otra persona la utilice, ponen de manifiesto la falta de necesidad de acudir a la resolución del contrato del demandado para que la demandante establezca su hogar en Madrid y ello pone de manifiesto la arbitrariedad y falta de fundamento con que la demanda se ha formulado. Que algo parecido cabe decir en relación con los otros pisos, viviendas del inmueble, de los cuales el segundo derecha está habitado por el señor Camino Castañón, su esposa y una hija; el segundo izquierda, por la señora viuda de Haya y dos sobrinas; el tercero derecha, por don Alejandro Ruelland, que lo habita con su esposa y dos hijos, y el ático izquierda, que lo habita don José Blass, su esposa y un hijo, resultando de estos datos que, tanto el segundo derecha como el segundo izquierda están ocupados por igual familia que la del señor Roeb y el ático izquierda por una persona menos.

Duodécimo.—Que nada tiene que oponer al hecho undécimo de la demanda.

Décimotercero.—Niega en absoluto el duodécimo de la demanda, donde se afirma que el demandado carece de derecho al disfrute de la vivienda en que habita con su familia, y en oposición al mismo afirma que es el demandante quien carece de derecho para postular la resolución del contrato de arrendamiento que ampara la ocupación del cuarto por el demandado al no darse las circunstancias que la Ley exige para que pueda serle negada la prórroga que la misma establece en su favor de modo obligatorio. Invocó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictase sentencia desestimando la demanda y absolviendo al demandado con costas a la parte actora.

RESULTANDO que recibió el pleito a prueba se practicaron a instancia de la parte actora confesión judicial, documental y testifical; y a instancia de la parte demandada, las de confesión judicial, documental, reconocimiento judicial y testifical.

RESULTANDO que unidas a los autos las pruebas practicadas, el Juez de Primera Instancia del número 3 de los de esta capital dictó sentencia con fecha 30 de agosto de 1958, por la que estimando la demanda declaró resuelto el contrato

de arrendamiento del piso objeto de autos, y en su consecuencia condenó a demandado a desalojarlo en el plazo de cuatro meses, bajo apercibimiento de que de no hacerlo sería lanzado del mismo, condenándose al pago de las costas.

RESULTANDO que apelada dicha sentencia por la representación de la parte demandada, y sustanciada la alzada con arreglo a derecho, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de esta capital dictó sentencia con fecha 26 de noviembre de 1958, por la que confirmó en todas sus partes la del inferior:

RESULTANDO que por el Procurador don Carlos de Zulueta Cebrián, en nombre de don Carlos Roeb Ungeheuer, y previa constitución de depósito por cuantía de dos mil pesetas se ha interpuesto contra la anterior sentencia, recurso de injusticia notoria, fundado en los siguientes motivos:

Primero. Por injusticia notoria por infracción de Ley acogida a la que como tercera señala el artículo 138 de la vigente Ley de Arrendamiento y por considerar que la sentencia recurrida ha infringido por inaplicación el artículo 64, números 1 y 2, en relación con el número 3 del artículo 62, inaplicado también ambos de la Ley de Arrendamiento Urbano. No niega la sentencia recurrida ni tampoco la de primera instancia, cuyos razonamientos hace suyos aquella, que cuando surgió la necesidad para el actor y su esposa de tener vivienda en esta capital existía el condominio de la citada esposa, doña Matilde Llopis de la Torre sobre la totalidad de la finca donde se halla enclavado el cuarto objeto del litigio, ni niega tampoco ninguna de las dos sentencias que en tal momento se hallaba desocupado con anterioridad a más de siete meses el piso ático del mencionado inmueble y asimismo también la sentencia recurrida admite que la conductora doña Matilde Llopis estaba facultada y su marido en representación suya para negar la prórroga del contrato de arrendamiento de la vivienda que por orden de selección señalado en el artículo 64 correspondiera, así como que había de cumplir para ello los restantes requisitos creados por la Ley; antes bien se reconoce todo ello de una manera expresa en los citados pronunciamientos, aunque en el de la Audiencia se añade como requisito el de actuar en beneficio de la comunidad, al cual, sin negar su procedencia, es notorio que no consignó el artículo 64. Que a pesar de todo ello, la sentencia al dar lugar a la demanda y declarar resuelto el contrato de arrendamiento de don Carlos Roeb, justifica la conducta del actor que ha incumplido aquellos preceptos de la Ley de Arrendamientos Urbanos y consiguientemente los quebranta por desconocer sus terminantes mandatos, puestos que el orden de prelación establecido por el número uno del artículo 64 señala para su elección cuando haya de negarse la prórroga del contrato a algún inquilino el que corresponde a la vivienda que se halle habitualmente desocupado y en el caso presente al momento de surgir la necesidad para el actor y su esposa en el inmueble de que ésta era copropietaria existía en efecto desocupado el ático derecha y al arrendatario de éste debió negar la prórroga obligatoriamente en lugar de negársela a don Carlos Roeb o a cualquiera otro inquilino de la finca, puesto que además como conductora o esposa de la conductora estaba facultada para hacerlo, según la propia sentencia reconoce. Pero además se ha infringido también el número dos del propio artículo 64, ya que según éste no puede ejercitarse el derecho de negativa de prórroga por el arrendador, cuando en alguno de los inquilinos concurra cualquiera de las causas de denegación previstas en los números tercero y cuarto y quinto del artículo 62, entre las que figura en el número tercero de dicho artículo la de no estar ocupada la vivienda durante más de seis meses en el curso de un año, ya que según también

la misma sentencia recurrida admite expresamente el ático derecha estaba desocupado desde hacía siete meses, y esta circunstancia obligaba también de modo imperativo al actor a no dirigir su negación de prórroga al inquilino señor Roeb que en consecuencia resulta víctima de esa infracción evidente de los preceptos legales que deja mencionados y que constituyen la causa de injusticia notoria que aquí invoca y por sí sola bastaría para dar lugar al recurso y dejar sin efecto la sentencia recurrida, con las declaraciones precedentes.

Segundo. Injusticia notoria por infracción de Ley y de doctrina legal igualmente acogida a la que bajo el número tres autoriza el artículo 136 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos por entender que han sido infringidos por aplicación los artículos 394 y 1.214 del Código Civil, así como infringida también por inaplicación debida e interpretación errónea la doctrina de la jurisprudencia recaída sobre el alcance de los indicados preceptos y contenida en las sentencias que se citan. Que admitido por la sentencia recurrida como queda dicho en el apartado anterior que el marido de doña Matilde Llopis, por el derecho que a ésta asiste, como condueña del inmueble de la calle de Núñez de Balboa, número 24, que al momento de surgir la necesidad de vivienda en Madrid se hallaba desocupada el ático derecha, estaba facultado para negar la prórroga del contrato de arrendamiento, sólo ha podido caer dicha sentencia en la infracción que denuncia en el apartado anterior, mediante un equivocado entendimiento del artículo 394, que define el derecho de cada partícipe sobre la cosa común al sostener que si bien tales partícipes tienen la indicada facultad no pueden utilizarla, según el razonamiento de la sentencia de primera instancia admitido por la recurrida para accionar por necesidad para reclamar para sí un determinado cuarto, ya que cabría argüir su falta de acción porque no puede equipararse el condominio al propietario toda vez que el derecho de disponer y gozar de la cosa en concreto sólo puede reclamarse para todos ellos, razonamiento que es a todas luces equivocado a la luz de lo dispuesto en el artículo 394, conforme al cual «cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique al interés de la comunidad, ni implique a los copartícipes utilizarlas según su derecho», precepto cuyo alcance en relación con el caso concreto que aquí se debate, está perfectamente aclarado por este Tribunal en las siguientes sentencias: la de 26 de abril de 1951, al decir que nada más conforme con el destino de una casa con tres viviendas por lo menos que habitara una de ellas uno de los condueños; la de 7 de junio de 1954 que define el arrendamiento como «un acto de administración, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal que puede realizar cualquiera de los condueños, y por la misma razón cualquiera de ellos puede poner fin al contrato de arrendamiento, sin que sea hecho al arrendatario discutir si tal acto es o no beneficioso para los otros condominios de la casa arrendada, pues es a éstos y no al inquilino a quien corresponde dilucidarlo», y finalmente la de 25 de enero de 1958, al decir con relación al caso que contempla «que la sentencia recurrida para estimar que un condominio puede ejercitar la acción resolutoria del arrendamiento cuando necesite la vivienda para sí, se basa en reiterada doctrina de esta Sala en la que se declaró que tal acción amarga de la facultad que concede el artículo 394 del Código Civil de servirse de las cosas comunes conforme a su destino como lo es el de que, cualquiera de las numerosas viviendas de una casa, puede ser habitada, por uno de los condueños, sin que la manera de hacerlo pueda ser intervenida por los extraños, es llano que, como la analogía entre

los supuestos de las susodichas resoluciones y el del recurso no puede ser las perfectas, procede desestimar el primer motivo. Doctrina toda ésta que no consigue desvirtuar la sentencia recurrida de la Audiencia cuando dice que no teniendo los extraños facultades para intervenir en aquellas relaciones de los condominios, el recurrente no ha podido formular con posible éxito sus aspiraciones litigiosas basado en que los condueños no litigantes no han hecho uso del derecho a evitar que los partícipes sin el consentimiento de ellos resolviera la relación arrendaticia del piso ático, porque, aparte de que esta afirmación de la Sala no corresponde en realidad a las alegaciones de la contestación a la demanda, en donde sólo se hacía alusión al derecho del demandante, nada significa como circunstancia obstativa para que el demandante hubiera obrado en ese concepto de condueño de la forma que la Ley de Arrendamientos señala reclamando para sí la vivienda desocupada, lo que por otro lado tampoco significa, como la sentencia supone, perjuicio para los condominios en cuanto que nada se oponía a aquella ocupación del ático derecha a que esos otros partícipes hubieran seguido haciendo efectivo su derecho sobre la cosa arrendada que era el percibo de la renta, no pudiéndose admitir tampoco cuanto la sentencia recurrida estima sobre la necesidad de haber citado de evicción a los demás partícipes del inmueble tomando esta apreciación de la sentencia de 26 de abril de 1951, porque la referencia a que allí se hace sobre este supuesto es con relación al caso allí contemplado inverso al de que aquí se trata por cuanto allí lo que se hacía era atribuir a los partícipes por la demandada la facultad que otro de ellos había usado, sin que en esa sentencia se estime que el condueño no tuviera el derecho de deegar la prórroga del contrato de arrendamiento de una vivienda por causa de necesidad propia para ocuparla por sí mismo, sino todo lo contrario, como es de ver en su texto. Que en la oposición a la demanda lo único que se ha hecho ha sido reflejar el derecho que el actor tenía la obligación en que se encontraba de dirigir como condueño de la finca su denegación de prórroga para ocupar la vivienda necesitada por él contra quien fuese arrendatario del piso desocupado a la sazón, sin negar, porque no lo necesitaba, ningún derecho a los otros copartícipes, como la sentencia supone. Único caso en que hubiera podido decirse la necesidad de citarles de evicción, lo que a su vez determina que no había de realizar o practicar ninguna prueba sobre ese extremo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.214, que también la sentencia recurrida menciona e infringe, aplicándolo indebidamente, ya que si alguien aduce esa supuesta dificultad que pudieran oponer los otros copropietarios es el demandante y es a él y no al demandado a quien incumbe probar esas dificultades. Que el demandante no alegue tener, como la sentencia dice, autorización de sus copartícipes para arrendar el ático, no significa que la necesite, ni tampoco la exigen las sentencias comentadas ni por ello puede sentarse como la sentencia hace que para la ocupación necesitará autorización expresa de aquéllos; y es por tanto errónea también la preocupación establecida en la sentencia recurrida de que el condueño que necesitare la desocupación, no contando con la autorización de los demás carece de interés para instar la resolución del contrato, porque antes podrá perjudicarse, puesto que todo ello está en pugna con la letra y espíritu del artículo 394 del Código Civil, y la doctrina jurisprudencial que deja invocada y con arreglo a la cual ningún derecho de los condueños perjudica al que siéndolo también usa de la vivienda utilizándola para sí, porque no hay destino que más apropiadamente le convenga.

Tercero. Como los anteriores por injusticia notoria por infracción de Ley y

doctrina legal que se concreta en el número 3 del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y para el caso presente en la infracción por inaplicación del artículo noveno de la Ley de Arrendamientos Urbanos que recoge el abuso de derecho e infracción también por inaplicación de la jurisprudencia sentada por este Tribunal que define y consagra esta doctrina con su verdadero alcance, contenida en las sentencias que más adelante se citan expresamente. Que en efecto el artículo noveno de la Ley de Arrendamientos Urbanos, manda que los jueces y Tribunales desestimen las pretensiones que ante ellos se formulen por demandante o demandado con manifiesto abuso de derecho y en oposición a la demanda el recurrente ha alegado que en el caso presente el actor incurre en ese abuso de una manera patente, según los razonamientos expuestos en el escrito de contestación y que aquí reitera una vez más; que la Ley de Arrendamientos Urbanos faculta al arrendador para denegar la prórroga del contrato de arrendamiento cuando dicho arrendador necesite para sí la vivienda arrendada, y por ello entiende que doña Matilde Llopis de la Torre y en su nombre el esposo de la misma, al surgir para ellos la necesidad de establecerse en Madrid por su traslado desde Guadalajara, no contando en esta capital con otras viviendas, pudiendo denegar la prórroga del contrato de inquilinato al inquilino de la casa de la calle de Núñez de Balboa, número 24, de la que era condueña con sus hermanos y su tía la citada doña Matilde, si bien habían de utilizar ese derecho en la forma que la Ley de Arrendamientos establece y siguiendo el orden de posesión consignado en el artículo 64 de la misma Ley locativa urbana, por lo que de acuerdo con sus disposiciones, existiendo en esa finca desahabitada el ático derecha a éste debió dirigirse la negativa de prórroga obrando el debido respeto a la Ley y a los intereses ajenos. Que las premisas necesarias a tal fin están reconocidas en la sentencia, derecho de propiedad de doña Matilde, fecha en que surgió la necesidad, desocupación con más de siete meses de antelación del piso ático derecha y facultad que como condueño le asistía para denegar la prórroga. Que no obstante doña Matilde Llopis y su esposo, en lugar de acomodarse a esas circunstancias de hecho y de derecho procedieron a alterarlas dividiendo la casa mediante escritura otorgada con posterioridad al momento de surgir la necesidad y después de ello quedando propietarios sólo de la vivienda del señor Roeb como únicos propietarios de ella ya denegaron la prórroga al señor Roeb, quien de no haber sido alteradas aquellas circunstancias de hecho y de derecho no habrían sido posible hacer objeto de tal denegación. Que la división del inmueble se hizo además con esa intención, confesada por doña Matilde y reconocida por la sentencia recurrida de adjudicarse para sí una vivienda. Que tal conducta implica sin duda abuso de derecho en cuanto que se prescinde del que se tiene en relación con un inquilino determinado en el momento que la Ley lo protege, para crear otro distinto en perjuicio de diferente inquilino, al modificar voluntariamente las circunstancias de posesión antes señaladas. La sentencia recurrida niega la existencia de tal abuso partiendo del supuesto de que doña Matilde no ha podido obligar a sus compañeros a que le consentan la ocupación por sí sola del referido ático, sin que aquí se acuerde de mencionar el artículo 1.214 del Código Civil sobre falta de prueba de este extremo, y de que siendo así no podía llevar a cabo la ocupación de una vivienda sino provocando la división de la cosa común para utilizar después su derecho como única propietaria, por lo que tenía necesidad y derecho de instar la división y ya contemplada esta señora como tal propietaria única la coloca en el uso de un perfecto derecho que debe prevalecer frente al del arrendatario, pe-

ro combatida en la anterior causa de injusticia notoria esa supuesta situación de doña Matilde imposibilitada de negar la prórroga al ático derecha, claro es que cae por su base el argumento de la sentencia recurrida, que tampoco obtiene validez la justificación que en otro considerando se recoge de que es legítimo dividir en parte el edificio, porque es de toda evidencia que al dividirse de modo total pudieron ser distintos los lotes y haber correspondido a doña Matilde más de una vivienda, sobre todo si se tiene en cuenta que la división no se hizo sorteando los pisos, sino sorteando los lotes hechos ya por los interesados que fueron entregados al Notario autorizante de la escritura, señor Sierra, sin que éste interviniera en su confección, según la declaración por el mismo prestada ante el Juzgado, lo que permite toda clase de reservas sobre el modo de haber hecho los lotes referidos y la previsión del resultado que había de obtenerse; y sin que valga tampoco argüir que doña Matilde Llopis procedió de buena fe demostrada por el hecho de haber confesado que su intención al dividir la finca con posterioridad a surgir la necesidad fué el de elegir una vivienda, a pesar de que cuando esa necesidad surgió pudo ocupar otra, porque esa forma de apreciar la buena fe no parece perfectamente normal cuando nunca se ha admitido que la confesión de una falta u otro hecho más grave signifique la buena fe con que fuere cometida. Que el abuso de derecho, según la jurisprudencia de esta Sala, sentada singularmente en sus sentencias de 13 de junio de 1942 y 14 de febrero de 1944, consistente en que obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de un derecho se traspase en realidad los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe con daño para terceros o para la sociedad, y esto es lo realizado por doña Matilde Llopis y su esposo, que obrando de manera legítima, al dividir la finca de que la primera era condueña, lo hizo para traspasar los linderos que la Ley de Arrendamientos le imponía para denegar la prórroga a una vivienda que deseaba ocupar, perjudicando a un tercero y faltando así a la equidad y la buena fe que podían suponerse en el ejercicio de aquel derecho aparentemente perfecto. Que existen los requisitos además establecidos por la doctrina científica que reconoce también la sentencia de 13 de junio de 1942, consistentes en el uso de un derecho objetivo o externamente legal, daño a un interés, no protegido como es el de don Carlos Roeb, después de la atribución como única propietaria a doña Matilde del piso ocupado por el señor Roeb, que lo dejaba sin protección al no poder ser objeto de comparación con la situación de otros inquilinos, e inmoralidad del daño bajo una forma objetiva por provenir de excesos o anormalidad en el ejercicio del derecho que doña Matilde tenía en cuanto no lo utilizó en el momento de adquirirlo por su necesidad para denegar la prórroga a quien entonces había correspondido con arreglo al derecho que a la sazón le asistía, creando otro que perjudicaba al inquilino señor Roeb. Que es visto por todas las razones expuestas que ese abuso del derecho establecido por el artículo noveno de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y definido por la autorizada doctrina que acaba de comentar, se ha producido en el caso presente, y al no desestimar la Sala sentenciadora las pretensiones que merced a él ha podido mantener el demandante señor Sagasta, en nombre de su esposa, doña Matilde, ha infringido dicho artículo noveno que le mandaba rechazarlas y esa doctrina que proclama la consumación del abuso:

RESULTANDO que admitido el recurso por la Sala, y dado traslado a la parte recurrida, a los efectos prevenidos en el artículo 159 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, lo llevó a efecto en su nombre, el Procurador don Manuel del

Valle Lozano, quien mediante escrito impugnó el recurso, alegando:

Al motivo primero.—Que se razona la presunta infracción en el sentido de que el recurrido al ejercitar la acción resolutoria del contrato del hoy recurrente por necesidad de ocupar para sí la vivienda en cuestión no se atuvo al orden de prelación establecido por el artículo 64 en su número primero, ya que, según el demandado recurrente había en la casa de Núñez de Balboa, 24, un piso desocupado desde hacía más de seis meses, es decir, el ático derecha, por lo que sobre éste debió a juicio del recurrente, ejercitarse la acción denegatoria de prórroga. A los razonamientos de la sentencia de primera y segunda instancia, añade el recurrido estas otras razones: Que a lo largo del procedimiento en primera instancia quedó probado de manera plena y terminante que el mencionado piso ático estaba arrendado desde el 10 de febrero de 1949 a don Carlos García Sanmiguel González de Hermosa (véase al folio 97, al considerando segundo del testimonio de la sentencia del Juzgado Municipal número 2 de los esta capital), y en abril de 1958, fecha en que el Juzgado de Primera Instancia número dos de esta capital declaró firme la sentencia en grado de apelación (folio 98, vuelto) continuaba siendo titular arrendatario del referido piso el señor García Sanmiguel González de Hermosa. Que por lo que a la fecha del otorgamiento de la escritura de división de la casa no estaba desalojado el ático derecha de la finca; que consiguientemente mal hubiera podido doña Matilde Llopis ejercitar la acción resolutoria de dicho piso ático derecha si todavía estaba en litigio el derecho arrendatario de su titular, señor García Sanmiguel. Lo que confirma la tesis mantenida en las sentencias de instancias, es decir, que el único y eficaz camino viable para que los recurridos pudieran satisfacer su necesidad de vivienda, era poner fin al proindiviso. Que cuando más tarde quedó desocupado el expresado ático derecha, la indivisión había cesado, y a la recurrida únicamente le había correspondido por sorteo de lotes a presencia notarial, el piso ocupado por el señor Roeb. Razón por la que no cabía ni era necesaria la selección. Que de otra parte, olvida el recurrente que el texto legal (número tercero del artículo 63 por el citado) exige además del hecho de estar desocupado un piso durante el plazo que fija la Ley (seis meses anteriores a la notificación de la negativa de prórroga), que ese piso sea de características análogas, sobre cuyo requisito nada se ha probado en el juicio, y por ello el hecho de la desocupación del piso no es suficiente para aplicar el artículo 63 de la Ley en su número tres, si no se acreditan las características de los pisos. Que como se ve, las palabras entrecuñadas cuadran perfectamente a este caso, pues aunque el recurrente insiste con machaconería en el hecho de que el ático derecha había estado desocupado durante siete meses, olvida este importantísimo extremo que el propio número tres del artículo 63, por el invocado, exige para que pueda presumirse no acreditada la necesidad, es decir, que el piso o pisos desalojados con seis meses de antelación a la notificación de prórroga tenga características análogas a las del piso reclamado por necesidad del arrendador. Pero aparte de que ni siquiera ha intentado pruebas en este sentido el recurrente, es sabido que un piso ático nunca reúne las mismas condiciones que el tercero izquierda o cualquier otro. Lo mismo dice de la planta de sótanos, garaje, etc., sin condiciones de habitabilidad. Que si a esto se añade la que acepta y sienta la sentencia recurrida, o sea, que los recurridos sólo eran dueños del piso para sí reclamado, se evidencia la procedencia de su acción y la de la resolución que ahora impugna el señor Roeb. Que a mayor abundamiento, es obvio que, antes de la

división material de la finca y cesación del proindiviso, no podían los recurridos ejercitar por sí, en beneficio propio y para utilizar en su provecho exclusivo, el piso ático en cuestión, ya que para ello necesitaban una autorización o consentimiento de los condóminos. Que es bien sabido y está reiteradísimo por esta Sala que un condueño puede comparecer en juicio y ejercitar los derechos que afecten a la comunidad y redunden en provecho de la misma, pero no para servirse en beneficio exclusivo del todo o parte de la cosa común sin consentimiento de los comuneros. Si el matrimonio comunero Sagasta Llopis hubiera intentado siquiera la acción resolutoria del contrato del ático derecha por decisión unilateral e intereses exclusivos, por toda razón los otros condóminos hubieran podido oponerse. Y desde luego el titular arrendatario de tal piso, que estaba alquilado antes de procederse a la división de la cosa común, hubiera podido con acierto excepcionar por falta de consentimiento y autorización de los demás condóminos para demandarle. Que en el caso de autos, es inquestionable que, puesto que el demandado y hoy recurrente sostiene que se debió ejecutar la acción sobre el piso desocupado, a él mismo corresponde demostrar que el recurrido no lo hizo, a pesar de tener el consentimiento y autorización de los condóminos para él ser único ocupante de dicho piso y aprovecharse de él. Pero el demandado, que tantas veces insiste en lo que cree que debió hacer el actor, silencia este punto cuando, en estricto derecho procesal, incumbía a él la prueba de este extremo que considera una obligación de su adversario. Que de todo lo dicho resulta evidente que la sentencia recurrida, lejos de infringir por inaplicación los artículos 62 y 64 de la Ley de Arrendamientos, ha hecho aplicación exacta de los mismos al acoger la demanda.

Al motivo segundo.—Se arguye en él una infracción por aplicación indebida y errónea interpretación, de los artículos 394 y 1.200 del Código Civil. Que, sin embargo, precisamente el citado artículo 394 confirma la recta tesis mantenida por la sentencia impugnada. Que si el derecho de servirse de la cosa común se reconoce y pertenece a todos y a cada uno de los coparticipes o comuneros, la conclusión lógica es que ninguna de ellos podrá servirse en exclusiva del todo o parte de aquélla sin conocimiento, consentimiento y acuerdo de los demás. Que lo contrario, por deducción a lo absurdo, nos llevaría a admitir que todos los comuneros pueden servirse del todo o de cualquiera de las partes indivisas de la cosa común contra el interés de los demás, aunque surgiera una colisión de derechos insalvable e irremediable. Que así lo ha visto la jurisprudencia al interpretar el artículo 394 entre otras en las sentencias de 22 de junio de 1892 y 27 de noviembre de 1923, al decir que constituye una verdadera detentación en el condueño atribuírse el aprovechamiento exclusivo de una parte de la cosa común y, por tanto, pueden los demás copropietarios, en tal caso, dirigir contra él la acción reivindicatoria. Criterio jurisprudencial sobradamente demostrativo de que no por el mero hecho de ser condómino o comunero puede cualquiera de éstos aprovecharse por su sola decisión y capricho del todo o parte de la cosa, pues ello evidentemente implicaría una merma de los derechos de los demás, o como bien dicen las sentencias citadas, una detentación de los derechos de sus condóminos. Puede, sí, el condómino utilizar y servirse de las cosas comunes conforme a su destino y de manera que no perjudique los intereses de la comunidad ni impida a los demás coparticipes utilizarlas también según su derecho. Pero es evidente que la utilización exclusiva del todo o parte de esa cosa común por cualquiera de ellos exige ineludiblemente el consentimiento o autorización de los demás. O si se prefiere, acuerdo de la ma-

yoría (artículo 398 del Código Civil). Que este es exactamente el caso de autos y aquí precisamente reside la contradicción del recurrente. Pues si de una parte reconoce que el piso ático derecho era parte de la cosa común, y de otra pretende por ello mismo argumentar que los recurridos hubieran podido sin más ganar el uso y disfrute de dicho ático, está precisamente él interpretando erróneamente—y no la sentencia—el artículo 394 del Código Civil, ya que según la tesis del recurrente, los demás coparticipes no podrían nunca alegar igual derecho que los señores Sagasta Llopis a servirse de esa parte de la cosa común. Que así, pues, los recurridos procedieron correctamente, puesto que ningún precepto legal—y mucho menos el casero o el posible perjuicio del señor Roeb Ungeheuer—atribuye fuerza obligante o coactiva a los recurridos para que forzaran a los demás condóminos a consentir en la utilización exclusiva de dicho piso. Que las propias sentencias que dice el recurrente infringidas, es decir, las de 7 de junio de 1954 y 25 de enero de 1958 confirman precisamente lo que viene diciendo, pues es bien cierto que un extraño, concretamente el arrendatario, no puede discutir si el acto de uno de los condóminos es o no beneficioso para los demás; pero, a sensu contrario, es evidente que si pueden los demás condóminos discutir e incluso impedir cualquier acto de uno de ellos, realizando sin el consentimiento de los demás. En otras palabras, sin un acuerdo de comunidad. Lo que confirma el artículo 398 del Código, según el cual «para la administración y mejor disfrute de la cosa común, serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes. Y no habrá mayoría, sino cuando el acuerdo esté tomado por partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyen el objeto de la comunidad». Que en el caso de autos, consta suficientemente acreditado y probado que la participación de la esposa del recurrido en la propiedad, de la finca es minoritaria y, consecuentemente, este hecho bastaría para establecer la presunción de que la acción de doña Matilde Llopis, a título de mera partícipe, sin la previa división de la finca, no sólo podría perjudicar los intereses de los demás partícipes, sino el suyo propio al tener que responder a sus condóminos de lo hecho, contraviniendo las reglas legales de comunidad. Que a mayor abundamiento, recuerda de nuevo al recurrente que no bastaría para que prosperara su tesis el hecho de que el tan repetido piso ático estuviera desocupado, sino que tendría además que ser de características análogas al reclamado por el propietario o comunero de acuerdo con el número tres del artículo 63 de la Ley local de urbanidad. Que igualmente caen por su base los razonamientos contrarios en su intento de demostrar una inexistente infracción, por parte de la sentencia recurrida, del artículo 1.214 del Código Civil, este taxativamente señala a quien corresponde la prueba de las obligaciones. Y si, según el recurrente, los demandantes y hoy recurrentes habían ejercitado su acción sobre el piso ático derecho, a aquél correspondía demostrar esta obligación del arrendador mediante la prueba de que efectivamente pudo y debió hacerlo.

Al motivo tercero.—Que en realidad sería innecesario tratar de este tercer motivo, puesto que cae por su base a la vista de lo sentado en la impugnación de los precedentes. Y ello por la sencilla razón de que si la actora, como copartícipe minoritaria en la comunidad de bienes, es decir, de la finca objeto de autos, se ha visto que no podía obligar a sus condóminos a que le permitieran la ocupación por sí y en su exclusivo provecho del tan repetido piso ático, es evidente que no le quedaba otro camino para poder asentar a su familia en una de las viviendas de la finca que provocar y proceder a la división de la cosa común.

Pero si no podía hacer otra cosa que exigir tal división, quiere decirse que tenía absoluta y verdadera necesidad de ella y no sólo derecho. Que efectivamente se llevó a cabo tal división y no de forma arbitraria o caprichosa, como sugiere el recurrente, sino por sorteo de lotes, extremo probado y acreditado por testimonio en autos del Notario que intervino en la división, señor Sierra Bermejo. Más aún, practicada con esas garantías y buena fe la división material de la finca y el sorteo de adjudicaciones, si la suerte quiso, en contra de los intereses del señor Roeb, que el ático en cuestión no correspondiera a doña Matilde Llopis, en vano se pretende de contrario que ésta ejercitara su acción sobre el expresado ático. Y no se diga que sea contra Ley el que los condóminos de una cosa, puestos de acuerdo para dividirlas limiten tal división a la mayor—e incluso menor, si se quiere—parte de esa cosa y no a la totalidad, pues es obvio que no existen normas jurídicas determinadas que impidan esos acuerdos de comunidad y esa limitación en la cesación del prediviso. Antes al contrario, el propio artículo 298 permite cualquier acuerdo adoptado por la mayoría. Mayoría que no estaba ni mucho menos en manos de los recurridos, puesto que su participación en la cosa común era minoritaria, según está probado. Por lo que este hecho de la división parcial del inmueble no pudo constituir abuso de derecho ni mucho menos atribuirse al recurrido que era y sigue siendo la dueña menor o minoritaria del inmueble. Que el todo el proceder de los recurridos no hay ni sombra siquiera de abuso de derecho, sino ejercicio de una acción perfectamente legal, aunque pese a los intereses del señor Roeb, que evidentemente es obligado ceder a éste los legítimos de la propiedad.

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Manuel Ruiz Gómez:

CONSIDERANDO que declarada por la Audiencia, sin impugnación en el recurso, la necesidad de vivienda, sólo es preciso considerar las excepciones opuestas a la satisfacción de dicha necesidad, mediante la ocupación del piso señalado para ello, en la demanda, en cuanto dichas excepciones se hayan alegado como causas del recurso:

CONSIDERANDO que en la comparación entre intereses de doña Matilde Llopis de la Torre, sólo por ella apreciable, pudo estimar preferible el de habitar un piso de su propiedad exclusiva y excluyente, que otro como comunera, del cual podía ser desalojada al realizarse la división de la cosa común por otro comunero o por interés de la comunidad, por lo que para atender a ése su preferible interés, pudo licitamente y sin abuso alguno ejercitar su derecho de terminar la comunidad en cualquier momento:

CONSIDERANDO que adjudicado a doña Matilde Llopis, como resultado de la división, sin infracción legal alguna demostrada, únicamente el piso a que su demanda se refiere, sólo podía denegar la prórroga al arrendatario de dicho piso, contra el que ejerció la acción correspondiente, también sin abuso alguno de su derecho, puesto que era el único medio de satisfacer su necesidad reconocida, de ocupar dicho piso para habitarlo, como se ha resuelto en la sentencia recurrida, sin cometer ninguna de las supuestas infracciones alegadas como causa del recurso.

FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de injusticia notoria interpuesto a nombre de don Carlos Roeb Ungeheuer contra la sentencia que con fecha 25 de noviembre de 1958 dictó la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de esta capital; 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

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.

PUBLICACION.—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, estando celebrando audiencia pública la misma en el día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.—Por mi compañero, señor Rey-Stolla.

SALA TERCERA

Secretaría

Relación de los pleitos incoados ante las Salas de lo Contencioso-Administrativo

Pleito número 5.158. Secretaría, señor Anguita.—Ayuntamiento de Foyos (Valencia) contra Resolución expedida por el Ministerio de Obras Públicas en 28 de noviembre de 1960 sobre concesión a una Cooperativa de extracción de tierras.

Pleito número 4.971. Secretaría, señor Anguita.—Salimera Gaditana S. A. contra acuerdo expedido por el Ministerio de Hacienda en 22 de noviembre de 1960 sobre impuesto de sal.

Pleito número 5.404. Secretaría, señor Anguita.—Don Jaime Cañelas Cardels contra acuerdo expedido por el Ministerio de Hacienda sobre multa por contrabando.

Pleito número 5.425. Secretaría, señor Anguita.—Ayuntamiento de Orense contra Orden expedida por el Ministerio de Obras Públicas en 15 de julio de 1960 y Resolución de 31 de diciembre de 1960 sobre delimitación del casco urbano de Orense a efectos de transporte de viajeros.

Pleito número 5.420. Secretaría, señor Anguita.—Industrias y Comerciantes Madrileños Agrupados, S. A. contra Orden expedida por el Ministerio de Obras Públicas en 17 de enero de 1960 sobre indemnización a unos almacenes por daños debidos a rotura de una tubería del Canal de Isabel II.

Lo que en cumplimiento del artículo 60 de la Ley orgánica de esta Jurisdicción, se anuncia al público.

Madrid, 28 de marzo de 1960.—El Secretario Decano, P. S., José Anguita.—1.574.

SALA QUINTA

Por el presente anuncia se hace saber, para conocimiento de las personas a cuyo favor hubieren derivado o derivaren derechos del acto administrativo impugnado y de quienes tuvieren interés directo en el mantenimiento del mismo, que por don Gregorio Gorgas Carreño, Brigada del Cuerpo de Suboficiales Especialistas del Ejército de Tierra, se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo sobre concesión al Cuerpo de Suboficiales Especialistas del Ejército de Tierra de las ventajillas morales y económicas que a los Suboficiales del Ejército concede la Ley de 21 de julio de 1960 y O. C. del Ministerio del Ejército de 28 de julio de igual año, pleito al que han correspondido el número general 5.289 y el 33 de 1961 de la Secretaría del que suscribe.

Y para que sirva de emplazamiento a las referidas personas, con arreglo a los artículos 60 y 64 en relación con los 29 y 30, de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y con la prevención de que si no comparecieren ante la susodicha Sala de este Tribunal dentro de los términos expresados en el artículo 66 de la misma les parará el perjuicio a que hubiere lugar en derecho. Se hace público, en cumplimiento de providencia fecha 15 de marzo de 1961.

Madrid, 24 de marzo de 1961.—El Secretario, Ramón Fajaron.—1.573.

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION

ALCANTARA

Don José Luis López Tarazona, Juez de Primera Instancia e Instrucción de la villa de Alcántara y su partido.

Hago saber: Que la Junta de Expurgo del papel inservible de este Juzgado ha acordado, en cumplimiento de lo ordenado por la Superioridad, anunciar que la misma va a proceder al expurgo ordinario del papel inservible en el archivo de este Juzgado de todos los procedimientos de toda índole que hubieran sido incoados con anterioridad al primero de enero de 1931, y al expurgo extraordinario de documentos referentes a asuntos incoados antes de primero de enero de 1944 que sean de índole criminal en los que no hubiere declaración de derechos del orden civil, distintos de la mera indemnización de daños y perjuicios, o que sean asuntos de índole social, con excepción de los que tengan por objeto contratos de trabajo y los de arrendamientos rústicos o que sean papeles y documentos de índole gubernativa de carácter intrascendente y sin posible clasificación.

En su virtud se señala un plazo de quince días, contados a partir de la publicación de este edicto en el «Boletín Oficial del Estado», para que puedan formularse las reclamaciones que se consideren procedentes.

Dado en Alcántara a 1 de abril de 1961. El Juez, José Luis López.—El Secretario (ilegible).—1.579.

ALCIRA

Don José Mengual Peris, Juez municipal de la ciudad de Alcira, en funciones de Primera Instancia de la misma y su partido.

Hago saber: Que en los autos del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, seguidos en este Juzgado a instancia del Procurador don Rodolfo Clari González, en nombre de doña Presentación y don José Ramón Martínez Ferris, vecinos de Algemir, contra don Francisco Gimeno Año, vecino de Guadasuar, he acordado sacar a venta en pública y primera subasta, por término de veinte días hábiles, las siguientes fincas hipotecadas:

1.ª a) Almacén situado en la villa de Guadasuar, partida del Brazal Nou, de 18 metros de ancho por 34 de largo, lindante por frente con calle del Canónigo Barberá; por izquierda, entrando, con la finca que se describirá; por la derecha, con solar propiedad del señor Gimeno, que igualmente se describirá; y por detrás, terrenos de Hilario Osca Gimeno. Tipo de subasta, ciento cincuenta mil pesetas.

2.ª b) Un almacén de superficie de 496 metros 40 decímetros cuadrados, del que forma parte una casa, situado en la villa de Guadasuar, partida de Brazal Nou, lindante por frente o Sur con calle del Canónigo Barberá; por izquierda, entrando, u Oeste, con el camino de Aletra o calle de Colón; por la derecha o Este, con el almacén ya descrito, y por detrás, con tierras de Hilario Osca Gimeno. Tipo de subasta, ciento dos mil pesetas.

3.ª c) Parcela de terreno o solar para edificar sita en la partida del Brazal Nou, de la Villa de Guadasuar, de cabida 204 metros cuadrados, lindante por frente o Sur con calle del Canónigo Barberá; por la izquierda, entrando, con el almacén descrito en el apartado a); por la derecha, solares del señor Gimeno, y por detrás, terreno de Hilario Osca Gimeno. Tipo de subasta, tres mil pesetas.

Y para que tenga lugar dicho acto de subasta se ha señalado el día veintiocho de abril próximo, a las once de la maña-

na, en la Sala Audiencia de este Juzgado, advirtiéndose a los licitadores que los autos y certificación del Registro están de manifiesto en la Secretaría de este Juzgado; que se entenderá que todo licitador acepta como bastante la titulación; 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, sirviendo de tipo para la subasta los anteriormente indicados para cada una de las fincas, que es el pactado en la escritura de constitución de hipotecas, no admitiéndose postura alguna que sea inferior a dicho tipo, pudiendo hacerse el remate a calidad de cederlo a un tercero, y que para tomar parte en la subasta deberán consignar los licitadores en la Mesa del Juzgado o establecimiento público destinado al efecto el diez por ciento de los expresados tipos, sin cuyo requisito no serán admitidos a licitación.

Dado en Alcira a 11 de marzo de 1961.—El Secretario, José Santiago.—El Juez, José Mengual.—2.144.

ALICANTE

Don Luis Rodríguez Comendador, Magistrado, Juez de Primera Instancia número 2 de Alicante.

Por el presente se hace público: Que el día 30 de mayo próximo, a las once horas, tendrá lugar en la Sala Audiencia de este Juzgado, la venta en pública subasta de las fincas que después se dirán, hipotecadas y embargadas en procedimiento judicial seguido a instancia de doña Marcela Payá Rico contra la herencia yacente de don Manuel Senante Martínez:

Primera.—Hacienda denominada Santa Rosa, situada en término de Fabraquer o Cotella, término de San Juan; comprende 14 tahullas 6 octavas y 23 brazas, con derecho al riego de agua del pantano; con dos huertos cercados con su cerca y balsa. Contiene la finca una casa grande y otra contigua más pequeña y otras edificaciones. Inscrita en el Registro de la Propiedad de Alicante en el tomo 514 de San Juan, folio 145, finca 2.600.

Valorada en doscientas cincuenta y ocho mil pesetas.

Segunda.—Otro trozo de tierra huerta con árboles y campa, con derecho a regar de las aguas del pantano de esta huerta con la dotación de cuatro minutos del brazal del salto o hijuela de Tadeo Pastor, situada en la partida de Cotella o Salt, del término de San Juan; tiene una extensión de 4 tahullas. Inscrita en el Registro de la Propiedad, tomo 688, libro 55 de San Juan, folio 158, finca 3.611.

Valorada en dieciocho mil cien pesetas.

Tercera.—Tres octavas de tierra de regadío con algunos árboles, situada en la partida del Salt, del término de San Juan (Alicante). Inscrita en el Registro de la Propiedad, tomo 1.082, libro 8, folio 74, finca 568.

Valorada en siete mil cien pesetas.

Cuarta.—Tres tahullas, cuatro octavas y cuatro brazas de tierra huerta con árboles y campa, con riego del pantano, dotada de cuatro minutos de agua, efectuándose el riego por el brazal del Salt, hijuela de Tadeo Pastor o de la Venta, situadas en la partida de Botella o Salt, término de San Juan, de Alicante. Tiene su entrada por el camino de Crehueta. Inscrita en el Registro de la Propiedad, tomo 888, libro 55 de San Juan, folio 162, finca 3.612.

Valorada en catorce mil cien pesetas.

Condiciones

Para tomar parte en la subasta deberán los licitadores consignar previamente en la Mesa del Juzgado una cantidad equivalente al diez por ciento de las valoraciones; no se admitirán posturas que no cu-

bran por lo menos el precio tipo pactado; los autos y la certificación del Registro a que se refiere la regla cuarta del artículo 131 de la Ley Hipotecaria están de manifiesto en Secretaría; que se entenderá que todo licitador acepta como bastante la titulación, y que las cargas o gravámenes anteriores y los preferentes, si los hubiere, al crédito 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.

Dado en Alicante a 24 de marzo de 1961.—El Secretario (ilegible).—El Juez, Luis Rodríguez Comendador.—2.147.

CEUTA

Don José Sánchez Faba, Magistrado, Juez de Primera Instancia de Ceuta.

Hago saber: Que en este Juzgado se tramita expediente de declaración de fallecimiento de don Blas Quero Vázquez, nacido en La Zubia el 10 de julio de 1908, hijo de Diego y de Carmen, de estado casado con doña Francisca Romera Montenegro, el que desapareció el 20 de julio de 1936 con el patrullero «Mulya», sin que desde entonces se hayan tenido noticias suyas.

Dado en Ceuta a 21 de marzo de 1961.—El Juez, José Sánchez.—El Secretario (ilegible).—1.580.

CORDOBA

Don Rafael Fernández Lozano, Magistrado, Juez de Primera Instancia número 1 de esta capital.

Hago saber: Que en los autos de concurso voluntario de acreedores de don Patricio Ortiz Ruz, mayor de edad, labrador, vecino que fué de Córdoba y hoy de Ecija, se dictó con fecha de ayer auto que contiene la siguiente parte dispositiva:

«Su señoría, por ante mí, el Secretario judicial, dijo: Se declara terminado el concurso de acreedores de don Patricio Ortiz Ruz, rehabilitándose a dicho señor, sin perjuicio de lo que se resuelva, sobre la responsabilidad penal del concursado y de los derechos de los acreedores Banco Central, S. A.; Banco Rural y Mediterráneo, S. A.; don José Fernández Maestre, don Manuel Sarazá Murcia, Banco Español de Crédito, don Miguel Sánchez Herrero, don Rafael Reyes Roldán, don Antonio Guerrero Lama, don Arturo Méndez-Maldonado y don Modesto Ortiz Ruz, y cuyos créditos no han sido pagados, el primero en parte y el resto en su totalidad, conservándose los libros de cuentas y papeles del deudor, unidos a los autos. Notifíquese personalmente por cédula a los expresados acreedores reconocidos el resultado definitivo del concurso, publicándose, además, en el «Boletín Oficial del Estado» y «Boletín Oficial» de esta provincia y en el diario local «Córdoba», dando cuenta de la práctica de dicha diligencia.—Así lo mandó y firma el señor don Rafael Fernández Lozano, Magistrado, Juez de Primera Instancia número 1 de esta capital.—Doy fe.—R. Fernández Lozano.—Ante mí, José María Cortázar.»

Y a los efectos acordados, expido el presente en Córdoba a 23 de marzo de 1961.—El Juez, Rafael Fernández.—El Secretario (ilegible).—2.150.

LA CORUÑA

El Magistrado-Juez de Primera Instancia número 2 de La Coruña.

Hace público: Que en este Juzgado, con el número 65 de 1961, se sigue expediente instado por Rosalía Pego Castro, de esta vecindad, sobre declaración de ausencia de su esposo, Antonio Ferreiro Alvarez, el cual el 19 de febrero de 1960 desapareció de su domicilio, sin que desde entonces se haya averiguado su paradero.

La Coruña, 16 de marzo de 1961.—El Juez (ilegible).—El Secretario (ilegible).—2.176.

Don Santiago Pérez Arda y López Valdivieso, Magistrado, Juez de Primera Instancia número 2 de esta ciudad.

Hago saber: Que en este Juzgado, y por auto de esta fecha se ha declarado en estado de quiebra necesaria a la compañía mercantil «Herrero Hermanos, S. A.», domiciliada en esta ciudad, calle Palloza, número 22, a instancia del «Banco Central, S. A.», habiendo acordado en dicha resolución su inhabilitación para la administración de sus bienes, habiéndose nombrado Comisario de la quiebra al comerciante matriculado don Angel Torres de la Riva, mayor de edad, casado, y de esta vecindad, con domicilio en Marcial del Ocañal, 1, y depositario de la misma a don Venancio Carro Amil, mayor de edad, casado, empleado y de esta vecindad, con domicilio en Adelaida Muro, número 36, tercero izquierda, lo que hago público para general conocimiento y el de los interesados, advirtiéndose que nadie haga pagos al quebrado, bajo pena de tenerlos por ilegítimos, debiendo hacerlos al depositario o a los Síndicos luego que estén nombrados, y previniéndose a todas las personas en cuyo poder existan pertenencias del quebrado hagan manifestación de ellas, bajo apercibimiento de ser tenidos por ocultadores de bienes y cómplices de la quiebra.

Dado en La Coruña a 27 de marzo de 1961.—El Juez, Santiago Pérez Arda.—El Secretario (ilegible).—2.177.

MADRID

En este Juzgado de Primera Instancia número 25 se tramita expediente de jurisdicción voluntaria, promovido en concepto de pobre por doña Francisca María Esteban Barrio, representada por el Procurador don Pedro Pinilla Peco, sobre declaración de ausencia de su esposo, don Emilio Aragón Soldado, el que desapareció del domicilio conyugal, calle de Campocamor, número 21, en el año 1952, sin que desde dicha fecha se hayan vuelto a tener noticias del mismo, lo que se hace saber por medio del presente, a los fines prevenidos en el artículo 2.038 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Dado en Madrid a veintiocho de enero de mil novecientos sesenta y uno.—El Secretario (ilegible).—Visto bueno: el Juez de Primera Instancia (ilegible).—1.254.
y 2.º 6-4-1961.

En virtud de lo acordado en providencia de este día, dictada por el señor Juez de Primera Instancia del número catorce, de esta capital, en expediente promovido a nombre de doña Eugenia Aparicio Garcimartín, sobre declaración de fallecimiento de su tío carnal don Teófilo Aparicio Regidor, hijo de don Benicio y de doña Saturnina, natural de Sangarcía (Segovia), nacido el veintiocho de marzo de mil ochocientos ochenta, y que desapareció de Madrid durante Movimiento Nacional, sin que se hayan vuelto a tener noticias del mismo. Lo que se hace saber por medio del presente, a los fines que determina el artículo 2.042 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Y para su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», expido el presente y lo autorizo en Madrid a dieciocho de febrero de mil novecientos sesenta y uno.—El Juez de Primera Instancia, Juvencio Escribano.—El Secretario Manuel Comellas.—1.673.
y 2.º 6-4-1961

MONFORTE DE LEMOS

En este Juzgado de Primera Instancia de Monforte de Lemos (Lugo), con el número 11/1961, y a instancia de doña Hortensia y doña Dolores Guedella González, se sigue expediente sobre declaración de fallecimiento de su madre, doña María

González López (conocida también por María Benlida), hija de Juan y de Dolores, nacida en Santa Eulalia de Rebor-dados-Saviñao (Lugo) el 11 de abril de 1889, casada en sus días con Ramiro Guedella Fernández que en el año 1917 se ausentó para La Habana (Cuba), sin que desde entonces se hayan vuelto a tener noticias de la misma, y la que tuvo su último domicilio en España, en Casa Godín-Bugalla, de dicho término de Saviñao.

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

Monforte, 20 de febrero de 1961.—El Juez de Primera Instancia (ilegible).—El Secretario (ilegible).—1.682.
y 2.º 6-4-1961.

EDICTOS

Juzgados Militares

Don Justo Guisado Cabanillas, Brigada de Artillería, Secretario del Juzgado Militar Eventual número 1 de los de esta plaza y de la causa número 69 de 1958, seguida contra el procesado paisano José Torres Adámez por el supuesto delito de «insulto a fuerza armada», y de la que es Juez Instructor el Comandante de Infantería don Antonio Cañete Briones.

Certifico: Que al folio que a continuación se expresa existen unas actuaciones que, copiadas literalmente, dicen:

«Folio 72. Requisitoria.—Nombre: José Torres Adámez, hijo de Luciano e Isabel, natural de Sevilla, estado soltero, profesión carpintero, de treinta y un años de edad; traje que usó el procesado: claro; domiciliado en Córdoba, en Corralón de Matías (Huerta de la Reina); procesado en causa número 69 de 1958, por «insulto a fuerza armada», y en la actualidad con los beneficios de libertad provisional, comparezca en el término de ocho días, a partir de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», ante don Antonio Cañete Briones, Juez Instructor del Juzgado Militar Eventual número 1 de los de esta plaza, sito en avenida de la República Argentina, número 36, bajo apercibimiento de ser declarado rebelde al no efectuar su presentación en el plazo indicado.

Córdoba, 22 de diciembre de 1958.—El Comandante Juez Instructor, Antonio Cañete B. (rubricado).—(Hay un sello en tinta color violeta que se lee: Gobierno Militar, Juzgado número 1, Córdoba.)

Y para que conste y su remisión al «Boletín Oficial del Estado», expido el presente testimonio, con el visto bueno del señor Juez Instructor, en Córdoba a quince de marzo de mil novecientos sesenta y uno.—El Secretario, Justo Guisado Cabanillas.—Visto bueno, el Comandante Juez Instructor, Antonio Cañete.—1.101.

Juzgados Civiles

En cumplimiento de la ejecutoria de la causa número 286 de 1955, sobre apropiación indebida, contra José Estefanell Relat, en ignorado paradero, se requiere a dicho penado para que indemnice al perjudicado Carlos Sanz Marro la cantidad de seis mil veinte pesetas a que ha sido condenado por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Barcelona en la causa antes indicada.

Manresa, 22 de marzo de 1961.—El Juez de Instrucción (ilegible).—1.293.

En virtud de lo acordado por el señor don Ernesto Macías Campillo, Magistrado, Juez de Instrucción de esta ciudad y su partido, en cumplimiento de orden de la superioridad dimanante del sumario número 43 de 1960, sobre escándalo público, contra José María Planas Carnice,

hoy en ignorado paradero, por el presente se da vista a dicho condenado de la adjunta tasación de costas a fin de que éste manifieste lo que tenga por conveniente dentro de los tres días, a tenor de lo dispuesto en el artículo 243 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Tasación de costas principales que practica el Secretario que suscriba en la causa número 194 de rollo, 43 de sumario de 1960, seguida por el Juzgado de Instrucción de Reus contra José María Planas Carnice por el delito de escándalo público.

Reintegro papel de oficio, 168 pesetas.
Reintegro de correo, 3,60 pesetas.
Reintegro al Estado por pago a testigos, 65 pesetas.

Multa impuesta a José María Planas Carnice, 3.000 pesetas.

Cuenta de derechos y adelantos del Procurador señor Bru, 600 pesetas.

Tasas judiciales devengadas en el Juzgado de Instrucción, 1.106,25 pesetas.

Tasas judiciales devengadas en esta Audiencia: Acción penal, 750 pesetas; acción civil, 300 pesetas.

Por la práctica de la tasación de costas, 400 pesetas.

Total, 6.392, 85 pesetas

Importa la precedente tasación de costas las figuradas seis mil trescientas noventa y dos pesetas con ochenta y cinco centimos, las que deberán hacerse efectivas por el condenado a su pago José María Planas Carnice.

Asimismo se fija prudencialmente para las costas posteriores que puedan causarse la cantidad de mil doscientas pesetas, siendo devuelto el sobrante, si lo hubiere, a dicho penado.

Tarragona, veintinueve de octubre de mil novecientos sesenta.—José Navarro.

Y para que conste y su remisión al Juzgado Instructor, a fin de que se ponga de manifiesto al condenado a su pago, José María Planas Carnice, y éste manifieste lo que tenga por conveniente, libro el presente en Tarragona a veintinueve de octubre de mil novecientos sesenta.—José Navarro (rubricado).

Concuerda con su original a que me remito, y para que conste y para la publicación de edictos en el «Boletín Oficial del Estado, Gaceta de Madrid», «Boletín Oficial» de esta provincia y tablilla de anuncios de los Juzgados de Reus y ésta, libro y firmo el presente en Tarragona a veinte de marzo de mil novecientos sesenta y uno.—El Secretario (ilegible).—1.265.

REQUISITORIAS

ANULACIONES

Juzgados Militares

El Juzgado Militar Eventual número 1 de Córdoba deja sin efecto la requisitoria referente al procesado en sumario 121 de 1960, Salvador Albo Ibarquén.—(1.337.)

El Juzgado Permanente del Departamento Marítimo de Cádiz deja sin efecto la requisitoria referente al procesado en causa 78 de 1960, Martín Francisco Díez Caro.—(1.302.)

El Juzgado Militar de Marina de Sagunto deja sin efecto la requisitoria referente al procesado en causa 45 de 1955, José Manuel Caamaño Rama.—(1.266.)

El Juzgado Militar del Regimiento de Infantería Motorizada Asturias núm. 31 deja sin efecto la requisitoria referente al procesado en causa 130 648 de 1945, Julio Aixa Ruizberriz.—(1.256.)

El Juzgado de Instrucción de Infantería de Marina de Cartagena deja sin efecto la requisitoria referente al procesado en causa 116 de 1948, Emilio Bifet Agustí, (1.254.)