

## IV. Administración de Justicia

### TRIBUNAL SUPREMO

#### SALA PRIMERA

##### Sentencias

En la villa de Madrid a 9 de marzo de 1961; en los autos incidentales seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Cebreros y en apelación ante la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid por don Juan Espinosa Calera, mayor de edad, propietario y vecino de Cebreros, sobre oposición al juicio voluntario de testamentaria promovido en el mismo Juzgado por doña Teodora Prados Díaz, mayor de edad, viuda, sin profesión especial y de la misma vecindad, como madre y representante legal de su hija menor de edad doña María del Carmen Espinosa Prados; pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por doña María del Carmen Espinosa Prados, ya en la mayoría de edad, representada por el Procurador don Bienvenido Moreno Rodríguez, con la dirección del Letrado don Leoncio Rodríguez Aguado; habiendo comparecido en este Tribunal Supremo el promovente del incidente, recurrido don Juan Espinosa Calera, representado por el Procurador don Manuel del Valle Lozano y defendido por el Letrado don Tomás Baudín García:

**RESULTANDO** que por medio de escrito de fecha 1 de septiembre de 1954, el Procurador don Agustín Sánchez González, en nombre y representación de doña Teodora Prados Díaz, como representante legal de su hija menor de edad doña María del Carmen Espinosa Prados, promovió ante el Juzgado de Primera Instancia de Cebreros juicio de testamentaria de doña María Calera Becerril, alegando como hechos:

Primero. Que el día 10 de mayo de 1944 falleció en su domicilio de Cebreros, de donde era vecina, doña María Calera Becerril.

Segundo. Que su óbito ocurrió bajo testamento otorgado en dicha población ante el Notario don Miguel Carmena Ortega con fecha 24 de noviembre de 1930, lo que se acreditaba con la certificación del Registro General de Actos de Última Voluntad, que se acompañaba.

Tercero. Que en dicho testamento, cuya copia se adjuntaba, la otorgante hace varios legados a sus nietos Julián Espinosa Díaz y Juliana y Julio Miguel Espinosa Mateos, instituyendo en el remanente de herederos universales de sus bienes a sus hijos Eloy y Juan Espinosa Calera, señalando fincas determinadas para las respectivas hijuelas.

Cuarto. Que el heredero don Eloy Espinosa Calera falleció en Cebreros el 11 de diciembre de 1952, como acreditaba la certificación que se acompañaba, habiendo instituido por su única heredera—salvo varios legados a sobrinos—a su nieta María del Carmen Espinosa Prados, en sus testamentos de 7 de junio de 1951 ante el Notario de Madrid don Rafael Fernández Gómez y 20 de junio de 1944 ante el de Cebreros don Alfonso Bellón Renovales, cuyas copias acompañaba.

Quinto. Que al pretender la demandante doña Teodora Prados, como madre y legal representante de su hija menor no emancipada doña María del Carmen Espinosa Prados, tomar posesión de la herencia de don Eloy, no encontró do-

cumento alguno que indicase tuviera hecha la testamentaria de doña María Calera Becerril, lo que, unido a que las más importantes fincas de esta herencia están poseídas por el otro heredero don Juan Espinosa Calera, la hacía suponer que tal herencia de doña María Calera se encontraba yacente o al menos sin partir ni adjudicar de manera legal.

Sexto. Que doña María del Carmen Espinosa Prados, como sucesora del título hereditario de su abuelo don Eloy Espinosa Calera, que a su vez era heredero testamentario de doña María Calera Becerril, es parte para promover este juicio voluntario de testamentaria de acuerdo con lo prevenido en el artículo 1.038 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Septimo. Que acreditado el fallecimiento de la causante y promovido este juicio voluntario de testamentaria, procedía que, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1.055 y siguientes de la citada Ley Procesal, se citase a sus herederos en la forma ordenada por expresada disposición legal.

Octavo. Que conviniendo a la demandante que la junta que previene el artículo 1.068 de la propia Ley se celebrase cuanto antes, a fin de que el administrador que se eligiera se hiciera cargo de los bienes que se inventarían, entre los que existían fincas en producción, procedía, a los efectos de los artículos 1.068, 1.070 y 1.071 y concordantes de la repetida Ley, se acordase la convocatoria de la junta de interesados, haciéndose la citación para la misma al propio tiempo que se efectuara la citación para el juicio, terminando por suplicar se tuviera por promovido el juicio de voluntario de testamentaria de doña María Calera Becerril y, en consecuencia, acordar la citación para el mismo de su hijo don Juan Espinosa Calera y de la demandante, acordándose también la junta de interesados con señalamiento de día y hora, cuya citación se notificaría a los interesados a la vez que la del juicio.

**RESULTANDO** que por providencia de 13 de septiembre de 1954 se admitió a trámite el juicio de testamentaria, citándose a don Juan Espinosa para el mismo, y por otra providencia de 5 de octubre se ordenó formar el inventario de los bienes de la herencia, con citación de la parte personada y de don Juan Espinosa; éste en la misma fecha 13 de octubre se opuso a la tramitación del juicio de testamentaria; y por providencia del siguiente día se le tuvo por personado en el juicio a los solos efectos de concurrencia a juntas y presentación de documentos, por no poder ser deducida su pretensión sin valerse de Procurador. Con escrito de fecha 18 de octubre de 1954, el Procurador don Tarsicio González López, en nombre de don Juan Espinosa Calera, compareció en los referidos autos promoviendo incidente de previo pronunciamiento, alegando sustancialmente: Que la demanda que era objeto del juicio se basaba en el supuesto hecho de que no estaba hecha la testamentaria de doña María Calera Becerril, lo que no era exacto, ya que, ocurrido que fue el fallecimiento de dicha señora el día 10 de mayo de 1944, sus dos únicos hijos legítimos y herederos testamentarios, don Eloy y don Juan Espinosa Calera, procedieron a dividir y adjudicarse la herencia, practicando primero las operaciones particionales; redactando a tal fin el in-

ventario y avalúo de los bienes relictos por fallecimiento de su madre y abonando el correspondiente impuesto de derechos reales en la oficina liquidadora de Cebreros el día 7 de mayo de 1945; redactaron también las hijuelas de adjudicación de bienes en documento privado en la misma fecha que el inventario y avalúo de bienes, hijuelas que fueron firmadas por los testigos presenciales don Eugenio Fernández Pinel y don Emilio Rosado y por los interesados en la herencia, haciéndose entrega a cada uno de los interesados de la hijuela correspondiente a los bienes que le habían sido adjudicados de dicha herencia; acompañando el inventario y avalúo de los bienes dejados al fallecimiento de la causante doña María Calera Becerril, firmado por los dos únicos herederos, y el original de la hijuela o documento de adjudicación de bienes, a don Juan Espinosa Calera, de los procedentes de esta herencia; no pudiendo acompañar la hijuela de los que correspondieron a don Eloy Espinosa Calera, porque le fue entregado a él; suponiendo que obrará en la actualidad en poder de la parte demandante de este juicio; que en cuanto a los legados que la señora Calera Becerril hacía en su testamento, están en poder de los legatarios o en su caso en el de sus causahabientes; y todas las fincas que como resultado de la partición privada le fueron adjudicadas en su hijuela al heredero don Eloy Espinosa Calera, fueron poseídas por éste hasta su fallecimiento, y desde él, por su heredera María del Carmen Espinosa Prados, quienes han aprovechado las mismas y recogido sus frutos; que son de aplicación al presente caso el artículo 1.058 del Código Civil, que previene que los herederos que fueren mayores de edad y tuvieran la libre administración de sus bienes podrán distribuir la herencia de la manera que tuvieran por conveniente, siendo de aplicación asimismo las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1931 y 18 de mayo de 1933, que sientan la doctrina de que una vez que se acredite en el juicio de testamentaria que la división y adjudicación de la herencia entre los herederos se ha practicado en forma legal fuera del mismo juicio, bien sea antes de comenzar o después de empezado, surge la necesidad de terminarlo y procede el sobrecimiento del juicio de testamentaria; y en consecuencia, realizada la división y adjudicación de los bienes de la herencia en forma legal por los dos únicos herederos de doña María Calera Becerril, sus dos hijos legítimos don Juan y don Eloy Espinosa Calera, conforme se acreditaba en forma auténtica con los documentos acompañados, procedía que, previa tramitación del incidente que promovía, se procediera a sobreser en el juicio de testamentaria voluntario instado y el archivo de los autos sin más trámites; terminando por suplicar que con suspensión del curso de la demanda principal, a su tiempo se declarase nulo todo lo actuado en los referidos autos; sobreesiendo las actuaciones del repetido juicio de testamentaria. Con dicho escrito se acompañaron los siguientes documentos: Inventario y avalúo de los bienes dejados al fallecimiento de doña María Calera Becerril, que comprende 39 fincas, sin fecha, suscrito por don Juan Espinosa y Eloy Espinosa; liquidado del impuesto de derechos reales en la oficina liquidadora de Cebreros el día 7 de mayo de 1945,

figurando como adición a dicho inventario la siguiente: «Además de los bienes relacionados comprende el inventario en la sucesión de doña María Calera Becerril una bodega en la calle de Madrid, número 43, que se valora en 1.000 pesetas, por lo que el total inventariado en dicha sucesión son 35.865 pesetas (fecha «ut supra»).—Juan Espinosa.» Y un documento suscrito en Cebreros a 7 de mayo de 1945 por Eloy y Juan Espinosa Calera y los testigos Emilio Rosado García y Eugenio Fernández Pinel, en el que se hace constar que «comparecen Eloy y Juan Espinosa Calera, viudo y casado, respectivamente, propietarios y con pleno goce de sus derechos civiles, cuanto con capacidad legal necesaria para contratar, los cuales han convenido que las fincas que se relacionan a continuación son las que se le adjudican a Juan Espinosa Calera, señaladas en el inventario de esta fecha, en el que aparecen pagados los derechos reales, según carta de pago números 627 y 628, por concepto de herencia, con el número que figuran en el inventario» (sigue la relación de las fincas):

**RESULTANDO** que por providencia de 20 de octubre de 1954 se tuvo por promovido el incidente de previo pronunciamiento y se dió traslado del mismo a la representación de la parte actora en los autos principales; lo evacuó con escrito de fecha 23 del mismo mes, consignando que se apoyaba la demanda incidental en que la partición de la herencia de doña María Calera Becerril estaba hecha en virtud de los documentos de fecha 7 de mayo de 1945, que acompaña; que esta parte no podía conceder a esos documentos valor alguno a efectos particionales y por lo tanto sostenía, como en la demanda promoviendo el juicio universal decía, que la partición no estaba hecha, añadiendo que esos documentos carecen de validez; que en el acto de conciliación que promovió doña Teodora Prados por demanda de 9 de diciembre de 1953, intentó requerir a don Juan Espinosa para que se aviniese a realizar la referida partición, celebrándose el acto sin efecto por incomparecencia del demandado, que pudo muy bien presentar los documentos que ahora exhibe; que argumentando en derecho, cita el artículo 1.068 del Código Civil por el que se establece que la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados; es preciso e indispensable que la partición esté legalmente hecha; que la Resolución de la Dirección General de los Registros de 26 de noviembre de 1893 establece como elementos necesarios que deben concurrir en un documento para que pueda ser calificado legalmente como de partición de bienes, los siguientes: Primero. Que exista un caudal que dividir, rigurosamente determinado mediante inventario. Segundo. El exacto conocimiento del valor que tienen los bienes integrantes de este caudal. Tercero. La liquidación del haber partible obtenido con sujeción a sus reglas. Cuarto. La distribución y adjudicación del haber que arroje la liquidación. El artículo 1.066 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que el inventario contendrá la descripción de los bienes de la herencia por el orden siguiente: metálico, efectos públicos, alhajas, semovientes, frutos, muebles, inmuebles y derechos y acciones; ninguno de estos requisitos se han cumplido en los documentos que pretende llamar cuaderno particional la parte promotora del incidente, ya que la relación de bienes que se llama inventario y avalúo no es más que una declaración a la Hacienda Pública para pago del impuesto sobre sucesiones, que no puede surtir otros efectos por adolecer de las siguientes deficiencias que la invalidan como partición: Primero. No consigna metálico alguno a pesar de que en el testamento de la causante se hacen demandas de dinero. Segundo. Tampoco se incluyen frutos, no obstante estar en la

fecha del fallecimiento de la causante, 10 de mayo, pendientes los de todas las fincas. Tercero. No se inventarian muebles, pese a que en el testamento se citan específicamente dos colchones, un catre, un bargeño y genéricamente todos los existentes en la casa de la testadora. Cuarto. No se inventaría la finca Serrores, citada en el testamento. Quinto. Tampoco se incluyen las fincas que figuran como omitidas en el inventario judicial practicado en los autos de testamentaria. Sexto. Se incluye, en cambio, en la relación la finca número 16 a los Cotos, que fué vendida a Nicolás Pascual antes del fallecimiento de doña María Calera. Séptimo. No se consignan los bienes de los legados en muebles e inmuebles ni se acredita si fueron o no sustituidos o pagados a pesar de que estaba interesada una legataria menor de edad, doña María del Carmen Espinosa. Octavo. No se liquida la herencia ni se deducen legados ni deudas, ni gastos, ni se forma el líquido partible. Noveno. Aparece otro documento de la misma fecha con una relación de fincas que se dicen adjudicadas a Juan Espinosa, pero no consta en ninguna parte la adjudicación a Eloy Espinosa. Décimo. Al examinar las fincas que se dicen adjudicadas a Juan Espinosa se observa que estas son de mucho mas valor que las restantes de la relación-inventario que presentaba a la Hacienda, con lo que desaparece la igualdad de derechos entre ambos coherederos dispuesta en el testamento; que además de estas anomalías, que por si solas determinaban la invalidez de la que Juan Espinosa llama partición de la herencia, existe la obligación que para la validez de la partición «xi» el número primero del artículo 1.280 del Código Civil, de que conste en documento público por referirse a bienes inmuebles; que la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1953 determina que el convenio particional cuando existen bienes inmuebles es obligada por imperativo legal su consignación en escritura pública; terminando por suplicar que, previos los trámites legales, se dictara sentencia desestimando la demanda incidental y declarando la inexistencia de la partición de la herencia de doña María Calera Becerril, mandando seguir adelante el juicio de testamentaria de que dimana dicho incidente, del que se impondrán las costas de éste a don Juan Espinosa Calera.

**RESULTANDO** que, recibido el incidente a prueba, se practicó a instancia del promovente del mismo la de confesión judicial de doña Teodora Prados Díaz, madre y representante legal de doña María del Carmen Espinosa Prados, y la testifical. Y a instancia de doña Teodora Prados prestó confesión don Juan Espinosa Calera:

**RESULTANDO** que, unidas las pruebas practicadas, el Juez de Primera Instancia del Juzgado de Cebreros, con fecha 2 de diciembre de 1954, dictó sentencia por la que, estimando en parte la demanda incidental, declaró la improcedencia del juicio de testamentaria respecto a los bienes incluidos en el inventario que se acompañó con aquella, y su procedencia en cuanto a los restantes incluidos en el practicado en 13 de octubre de 1954 por el Secretario de dicho Juzgado, sin expresa imposición de costas:

**RESULTANDO** que, interpuesta apelación contra dicha sentencia del Juez por doña Teodora Prados Díaz, como representante legal de su hija menor de edad doña María del Carmen Espinosa Prados, se admitió en ambos efectos, y sustanciada la alzada con intervención del apelado don Juan Espinosa Calera, la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, con fecha 7 de julio de 1955, dictó sentencia declarando la improcedencia del presente juicio de testamentaria, y ello sin perjuicio de los derechos que puedan asistir a los litigantes en cuanto a los bienes incluidos en

el inventario de 13 de octubre de 1954 por el Secretario del Juzgado de Cebreros para reclamar su adición en la partición extrajudicial y con el fin de que indicados bienes sean legalmente adjudicados a los herederos, confirmando la sentencia apelada en cuanto confronte con la presente y revocándola en lo que no confronte, sin hacer especial condena de costas en ambas instancias:

**RESULTANDO** que el Procurador don Bienvenido Moreno Rodríguez, en nombre de doña María del Carmen Espinosa Prados, ha interpuesto ante este Tribunal Supremo recurso de casación por infracción de Ley, fundado en los tres siguientes motivos:

Primero. Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Infracción por falta de aplicación del párrafo primero del artículo 1.056 del Código Civil; alegando que dice la norma que se rubrica: «Cuando el testador hiciera, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos; que la recurrente es heredera de su bisabuela paterna doña María Calera Becerril, por así resultar de documentación pública indiscutible, obrante en el proceso incidental que ha motivado este recurso de casación, y que sintetiza así el recurrente: Doña María Calera Becerril, en estado de viuda de don Leopoldo Espinosa González, falleció el día 11 de mayo de 1944, bajo testamento abierto, que autorizó en 24 de noviembre de 1930 el Notario don Miguel Carmona Ortega, en cuyo testamento la otorgante hace varios legados a sus nietos, consigna determinadas mandas en beneficio de su alma, instituye herederos universales en el remanente de los bienes a sus dos hijos don Eloy y don Juan Espinosa Calera y nombra comisario-partidor a don Víctor Becerril Mateos para que extrajudicialmente practique las operaciones de testamentaria, cuyo señor falleció el 11 de agosto de 1938. Don Eloy Espinosa Calera falleció el día 11 de diciembre de 1952, en estado de viudo de doña Adriana Díaz Rosado, la que murió en 11 de junio de 1936, quedando como única descendiente su nieta doña María del Carmen Espinosa Prados—pues el padre de ésta, llamado don Julián Espinosa Díaz, casado con doña Teodora Prados Díaz, único hijo de los cónyuges don Eloy y doña Adriana, fué asesinado por los rojos el día 2 de diciembre de 1936—, a la que instituyó heredera universal salvo varios legados, en sus testamentos de 8 de junio de 1941 y 20 de junio de 1944, autorizados, respectivamente, por el Notario de Madrid don Rafael Fernández Gómez y por el de Cebreros don Alfonso Bellón Renovales; que como resumen de la trayectoria genealógica, se tiene que doña María del Carmen Espinosa Prados es hija de don Julián Espinosa Díaz, nieta por línea paterna de don Eloy Espinosa Calera y bisnieta por la misma línea de doña María Calera Becerril; en cuanto a la trayectoria jurídica de la mitad del caudal relicto líquido-partible quedado al fallecimiento de doña María Calera Becerril, doña María del Carmen Espinosa Prados es heredera testamentaria y necesaria, de su abuelo don Eloy Espinosa Calera, y éste de su madre, doña María Calera Becerril; que no se discute en el proceso incidental del juicio de testamentaria la legitimación activa de la hoy recurrente para instar los últimos autos mencionados; pero como los mismos tuvieron como presupuesto el testamento de doña María Calera Becerril, ha considerado necesario esta parte hacer la trayectoria genealógica y jurídica que han quedado consignadas, para entrar en el examen de las cláusulas séptima y octava del título sucesorio mencionado: Acusa la partición de la herencia, la idea de división, de distribución de los bienes hereditarios frente a las varias personas

llamadas a su disfrute por el testador y por la Ley; pues en tanto no se haga solamente se ostenta un derecho «in potentia», y para que lo sea «in actu» se necesita la individualización de los bienes que correspondan según la cuota hereditaria, y que los mismos se adjudiquen, para que así sea una verdad real y efectiva, no puramente abstracta, el reconocimiento de la sucesión como de adquirir la propiedad; todo lo que resuelve mediante la operación expresada que comprende en síntesis el inventario y avalúo de los bienes hereditarios, la liquidación, división y adjudicación, llegándose con ello a que tenga realidad lo que hasta entonces sólo tuvo vida en la concepción jurídica; y todo heredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes podrá pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia, ya que el Código Civil sienta como principio general que ningún coheredero podrá ser obligado a permanecer en la división, a menos que el testador prohíba expresamente la división; y aún en este caso, esa última tendrá siempre lugar mediante alguna de las causas por las cuales se extingue la sociedad; que sentado el principio general sobre las personas que pueden pedir la partición, pueden hacerlo; el testador por sí mientras obre dentro de la Ley, respetando las cuotas asignadas por la misma a los herederos forzosos; siendo tal el acatamiento que para el legislador merece la practicada por el testador, que ordena terminantemente que se pasará por ella, con la única salvedad de que no perjudica a la legítima de los herederos forzosos. El artículo 1.056 del Código Civil confiere al testador de un modo absoluto, sin distinguir el que tiene herederos forzosos del que no los tiene, la facultad de hacer por actos entre vivos y por última voluntad la partición de sus bienes, y prescribe que se pasará por ella en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos; lo que también es aplicable a la partición que con arreglo al testamento verique la persona a quien, conforme al artículo 1.057 del propio Código, haya encomendado aquél esta facultad, por ser principio general de derecho que los actos ejecutados dentro de sus facultades por el comisario, tienen la misma fuerza y eficacia que los realizados por el comitente, y se reputan, para todos los efectos jurídicos, como practicados por éste; que en la cláusula séptima del testamento de 24 de noviembre de 1930 ordena doña María Calera Becerril que en la hijuela o haber de sus dos hijos don Eloy y don Juan Espinosa Calera se adjudiquen las fincas que concretamente consigna para uno y otro; y es tan expresa y clara la voluntad de la otorgante en el referido particular, que al hacer nombramiento de comisario partidor en la cláusula octava para que extrajudicialmente practique todas las operaciones de su testamentaria, impone se respete lo dispuesto en la cláusula primeramente mencionada; que como ya ha quedado indicado, el comisario partidor nombrado por la testadora falleció el 11 de agosto de 1933; circunstancia que difiere, como consecuencia jurídica, la de considerar el título sucesorio a efectos de la partición, como carente de persona encargada de practicar extrajudicialmente las operaciones de testamentaria. Ahora bien, en el aludido testamento es cierto que no se hace por doña María Calera Becerril una partición completa del caudal relicto a su fallecimiento, facultad atribuida por el artículo 1.056 del Código Civil; pero si una partición que pudiera llamarse parcial mediante la adjudicación para cada uno de sus dos hijos y herederos, de bienes concretos y eficientemente identificados, que trae como consecuencia jurídica la necesidad en la partición que pudiera haberse efectuado, de respetar lo dispuesto en la cláusula séptima; y al no haber tenido esto realidad, aunque se considere —lo que sólo en sentido hipotético aduce

esta parte, y rechaza—que la relación de bienes, y su avalúo al solo efecto del pago del impuesto de Derechos reales, y documento de 7 de mayo de 1945, constituyesen una partición evidentemente ineficaz al no respetarse el presupuesto testamentario, sólo tachable jurídicamente en el caso de que perjudicase a la legítima de uno u otro de sus hijos; que se está, por tanto, en presencia de lo que pudiera llamarse una partición parcial del caudal relicto, a la que es aplicable lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1.058 del Código Civil; pues quien está facultado para hacer la partición de la totalidad de sus bienes debe estarlo para distribuir y adjudicar parte de los mismos; y el respeto que la testadora impone al contador-partidor al fallar éste, debido a la causa ya expresada, se refiere para los herederos cuando hicieron la partición, constituyendo una limitación de las atribuciones que pudieran derivarse del artículo 1.058 del Código Civil; que en el documento de 7 de mayo de 1945 no están incluidos todos los bienes relacionados en la cláusula séptima del testamento, para la hijuela de don Juan Espinosa Calera; y concretamente la cueva en la calle de San Fernando con sus tenajas, una bodega en la travesía de Madrid, una tierra con olivas en los Cotos y los muebles de la casa que ocupaba la testadora; y por otra parte, no existe hijuela referente a don Eloy Espinosa Calera; todo lo que implica la inexistencia de una partición con eficiencia jurídica, ya que otro criterio tanto implica como quedar sin contenido práctico la facultad que al testador atribuye el precepto tantas veces mencionado, que al no haberse tenido presente por el Tribunal de instancia, queda vulnerado y por el concepto que se expresa.

Segundo. Amparado también en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; se alega que se formula este motivo ante el evento de que sea desestimado el anterior, bajo la consideración de que la premorencia del contador-partidor y la adjudicación parcial de bienes está fuera del ámbito de aplicación del párrafo primero del artículo 1.056 del Código Civil; y que por ello están facultados para llevar a cabo la partición los herederos mayores de edad, a quienes no cabe imponer el respeto que consigna la testadora en la cláusula octava de su título sucesorio; que dice dicha norma que «cuando el testador no hubiere hecho la partición, ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores de edad y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuirse la herencia en la manera que tengan por conveniente»; el considerando cuarto de la sentencia flictada por el Juzgado de Primera Instancia de Cebros, que acepta la de la Audiencia, dice estar acreditado que los dos únicos herederos de doña María Calera Becerril practicaron de común acuerdo el inventario de sus bienes, y que en 7 de mayo de 1945 se adjudicaron sus respectivas particiones, teniendo por hechas las particiones, y por improcedente el juicio de testamentaria. De lo expuesto se infiere que los presupuestos a base de los cuales llegan los Tribunales de instancia a considerar que se ha practicado la partición del caudal relicto quedado al fallecimiento de doña María Calera Becerril, son los dos documentos mencionados; consistente el primero en una relación de bienes con su avalúo presentada a los solos efectos del pago del impuesto de Derechos reales, y el segundo, en una adjudicación de bienes a don Juan Espinosa Calera; presupuesto que no constituye jurídicamente una partición, ya que si bien, en modo alguno debe desconocerse la facultad que atribuye para los herederos mayores de edad el artículo 1.058 del Código Civil, también debe tenerse presente que, conforme precepta el artículo 1.058 del propio Código, sólo la partición legalmente

hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados; es decir, que la eficiencia jurídica de una partición extrajudicial efectuada por los herederos cuando son mayores de edad y tienen la libre disposición de sus bienes requiere que se haya efectuado en forma legal, y mediante la efectividad de todas las operaciones que comprende, dentro de la interpretación doctrinal y jurisprudencial del precepto; patentemente inexistente en los documentos expresados. La partición comprende las siguientes operaciones: inventario, avalúo, división y adjudicación; y en el caso presente no se ha practicado otro inventario y avalúo del caudal relicto—notoriamente incompleto, como lo demuestra el llevado a cabo por el Juzgado de Primera Instancia de Cebros en el juicio de testamentaria de que dimana este incidente—que aquel que fue presentado en la oficina liquidadora a los solos efectos del pago del impuesto de Derechos reales, falta la imprescindible operación de la liquidación del caudal relicto, por la que habría de deducir los legados impuestos por la testadora y las mandas pías en beneficio de su alma, para llegar a conocer el caudal líquido divisible entre los dos herederos; se limitan las adjudicaciones de bienes a la que se hace en favor del heredero don Juan Espinosa Calera en el documento de 7 de mayo de 1945; no se forma hijuela para el otro heredero don Eloy Espinosa Calera; tampoco se adjudican bienes para el cumplimiento de las cargas pías, y por si fuera poco, falta la adjudicación a los legatarios de los bienes que les fueron legados; presupuestos todos que derivan de la inexistencia de una legal partición, que los Tribunales de instancia consideran realizada, resultando con ello infringida, y por el concepto que se expresa, la norma que rubrica el presente motivo; y

Tercero. Amparado igualmente en el número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal civil. Infracción por interpretación errónea del artículo 1.079 del Código Civil, y por falta de aplicación, el 1.059 del propio Código, que dicen: «La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la operación por lesión, sino que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos.» «Cuando los herederos mayores de edad no se entendieron sobre el modo de hacer la partición, quedará a salvo su derecho para que lo ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil; que el Juzgado de instancia, en los considerandos quinto y sexto de su sentencia, dice que no pueden aplicarse en su totalidad los principios que expone en los anteriores razonamientos—se refiere a considerar practicada la partición e improcedente el juicio de testamentaria—porque de la comparación entre el inventario sin fecha presentado para la liquidación del impuesto de Derechos reales y el texto literal del documento privado de 7 de mayo de 1945, con la diligencia de inventario judicial practicada en 13 de octubre de 1954, aparece que no todos los bienes incluidos en este último fueron divididos en su día por los herederos, por lo cual debe resolverse la incidencia en el sentido de que procede el juicio de testamentaria, pero únicamente respecto de los bienes y derechos que no se incluyeron en la partición extrajudicial; solución, dice ser, la más ajustada a los artículos 1.056, 1.059 y 1.079 del Código Civil; criterio éste que no se acepta por la sentencia de la Audiencia, por entender que en una propia sucesión son incompatibles la partición extrajudicial y el juicio de testamentaria; debiéndose estar a lo dispuesto en el artículo 1.079 del Código Civil, norma que si bien no la consigna expresamente, a ella indudablemente hace referencia el primero de sus considerandos, teniendo en cuenta que en la redacción de éste se recoge en extracto el contenido del pre-

cepto; añadiendo el recurrente que formula este motivo para el supuesto de que el anterior no sea aceptado; que cuando los herederos mayores de edad se entendieren sobre el modo de hacer la partición, quedará a salvo su derecho para que ejerciten en la forma prevenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, dice el artículo 1.058 del propio Código; referencia que ha de interpretarse en el sentido de que el medio adecuado no puede ser otro que el juicio de testamentaria, y que la falta de entendimiento, de que habla el precepto, comprende no sólo la discrepancia en cuanto a la práctica de las operaciones de partición, y si también respecto a la adjudicación de bienes de la herencia que en aquellas operaciones particionales se hubieran omitido; que en el presente caso no se entienden doña María del Carmen Espinosa Calera y su tío don Juan Espinosa Calera, ni se entenderán para la adjudicación de los bienes que no fueron incluidos en la supuesta partición extrajudicial; y por ello es legalmente correcta la doctrina que a tal respecto sienta el fallo del Juzgado de Primera Instancia y razona en sus considerandos quinto y sexto:

**RESULTANDO** que, admitido el recurso, al instruirse la parte recurrente de los autos solicitó se pidiesen a la Audiencia: la copia autorizada del testamento otorgado por doña María Calera Becerril el 24 de noviembre de 1930, ante el Notario don Miguel Carmona Ortega, relación de bienes y su avalúo del caudal relicto por fallecimiento de doña María Calera Becerril, hecha por sus dos hijos y herederos don Eloy y don Juan Espinosa Calera a efectos del pago del impuesto de Derechos reales, en cuya relación figura haberse pagado dicho impuesto. El documento de adjudicación de bienes a don Juan Espinosa Calera, que lleva fecha 7 de mayo de 1945. Y la diligencia de inventario judicial practicada por el Juzgado de Primera Instancia de Cebreros con fecha 13 de octubre de 1954. Por acuerdo de esta Sala fueron reclamados los expresados documentos, e instruida de los mismos la parte recurrente, quedaron concluidos los autos y se mandaron traer a la vista con las debidas citaciones:

**VISTO**, siendo Ponente el Magistra don Antonio de Vicente Tutar y Guelbenzu:

**CONSIDERANDO** que el primer motivo del recurso, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción por no aplicación del párrafo primero del artículo 1.058 del Código Civil en su testamento una partición parcial de sus bienes, adjudicando determinados de ellos a cada uno de sus dos hijos y herederos, y como tal partición no ha sido respetada, ni cumplida en la división y adjudicación de la herencia, ésta no puede reputarse como tal y no tiene más alcance que una relación de bienes a efectos del pago del impuesto de Derechos reales; y como quiera que del estudio del testamento de la causante doña María Calera Becerril, otorgado en 24 de noviembre de 1930, y muy especialmente de su cláusula séptima, se desprende que la testadora describe determinados bienes de la herencia a cada uno de sus dos herederos, individualizando algunos de ellos, pero sin llegar a dividir y adjudicar todos los que integran en patrimonio y mucho menos a practicar una verdadera liquidación, división y adjudicación de la totalidad de los bienes, es evidente que, sin perjuicio de respetar la voluntad de la testadora en cuanto a la adscripción de los bienes que reparte, no puede estimarse realizada la partición de la herencia por la causante y no cabe aplicar el precepto que se denuncia como infringido, por lo que no puede prosperar el motivo estudiado:

**CONSIDERANDO** que en el segundo motivo del recurso, por el mismo cauce procesal que el anterior, se alega la aplicación indebida en la sentencia recurrida

del artículo 1.058 de citada Ley sustantiva, porque a juicio del recurrente los herederos sólo hicieron una relación de los bienes relictos a los solos efectos de la liquidación del impuesto de Derechos reales, sin llegar a practicar una verdadera partición de la herencia por faltar los requisitos legales de inventario, avalúo, liquidación y adjudicación, sin que tampoco se rebajasen las mandas ni cargas; y habida cuenta que del estudio de lo actuado se desprende que se hizo un inventario evaluado de los bienes y se presentó la liquidación correspondiente a los bienes adjudicados al heredero don Juan, afirmando los testigos que también se hizo y se entregó al otro heredero don Eloy la suya, como también a los legatarios, por todo lo que la sentencia recurrida da como probado que se verificó por los herederos, con toda la libertad que para ello les concede dicho artículo 1.058, el inventario y la partición y adjudicación de los bienes de la herencia con fecha 7 de mayo de 1945, es evidente que, al no haberse impugnado en forma, o sea por la vía número séptimo del artículo 1.692 citado, se ha aplicado rectamente el 1.058 y decae este segundo motivo del recurso:

**CONSIDERANDO** que, sentados los anteriores razonamientos, resulta también carente de viabilidad el tercero y último motivo del recurso articulado, con idéntico apoyo procesal, y sustentado en la supuesta interpretación errónea del artículo 1.079 y la falta de aplicación del 1.059; ambos del Código Civil, ya que, acreditado que hubo acuerdo entre los herederos y se practicó la partición y adjudicación de los bienes relictos, no cabe hacer una nueva división de la herencia, ni particular, ni judicialmente por el juicio de testamentaria; sin perjuicio, claro está, de que si apreciaran bienes no inventariados, se verifique una partición suplementaria sobre ellos, pero sin rescindir la primitiva, como ordena el 1.079 citado y quedando siempre a salvo los derechos que a los interesados puedan asistir sobre inclusión o exclusión de bienes o para impugnar las operaciones practicadas y que podrán ejercitar en el juicio declarativo que corresponda, como reserva la sentencia recurrida.

**FALLAMOS** que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por doña María del Carmen Espinosa Prados contra la sentencia que con fecha 7 de julio de 1955 dictó la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid; condenamos a dicha recurrente al pago de las costas; y librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» e insertará en la «Colección Legislativa», pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos; mandamos y firmamos. — Juan Serrada Hernández.—Francisco Bonet Ramón.—Antonio de Vicente Tutar Guelbenzu.—Vicente Guillarte González.

Publicación.—Leída y publicada fué la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Antonio de Vicente Tutar Guelbenzu, Magistrado de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, Ponente que ha sido en estos autos, celebrando audiencia pública la misma en el día de su fecha, de que como Secretario certifico.—Emilio Gómez Vela.

En la villa de Madrid a 9 de marzo de 1961; en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Orihuela, y en grado de apelación ante la Sala segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, por don José García Sarabia, propietario y vecino de Orihuela, contra doña Concepción Conejero Teral, hoy don

Manuel Lozano Lidón, propietario y de la misma vecindad, sobre levantamiento de suspensión decretada en juicio de interdicto; pendiente ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por el demandado, representado por el Procurador don Manuel Lucas Lucas y defendido por el Letrado don Juan Lucas, informando en el acto de la vista el Letrado don Antonio Escudero Esguer; habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo el demandante y recurrido, representado y defendido, respectivamente, por el Procurador don Federico Forteza de la Cruz y el Letrado don José María Manzanares Santos, y en el acto de la vista por el Letrado don José Rodríguez Soler;

**RESULTANDO** que mediante escrito de fecha 9 de noviembre de 1953, el Procurador don Roberto Balaguer Balaguer, en nombre y representación de don José García Sarabia, dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia de Orihuela, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra doña Concepción Conejero Teral, alegando como hechos:

Primero. Que los antecedentes de este asunto figuran en los autos del interdicto en que se comparece, por lo que renunciaba a su enumeración detallada, y sólo interesa la sentencia que puso remate al mismo, la que en concreto dió lugar a la acción interdictal de contrario, fundamentalmente, por haber elevado el actor pared medianera con la actora y demás copropietarios, sin antes haber adquirido la medianería de una balaustrada y dos pilastras que las soportaban y que eran propias de los dueños del inmueble contiguo; que en apoyo de tal afirmación transcribió la sentencia citada; que el punto central del litigio recogido en su considerando quinto, dice el mismo: «Que entrando en el examen de los daños y perturbaciones causadas por el demandado comprendido en el extremo a) del apartado b) del tercer considerando de esta resolución, precisa ante todo determinar si en la zona limitada por abajo por el piso de la terraza de la casa de la actora y por arriba por la superficie de la balaustrada y de la caja de escalera que limitan su propiedad con la nueva construcción tenía carácter medianero o propio exclusivamente de la señora Conejero, cuestión fundamental a los fines de este interdicto, ya que en el primer caso, el señor García Sarabia al obrar sobre la terraza elevando un muro de ladrillo se habría limitado a hacer uso del derecho que le concede el artículo 557 del Código Civil, que no necesita para su ejercicio el consentimiento del dueño, que el Código no exige y dentro del cual debería estimarse incluida la facultad de sustituir los elementos de la medianería balaustrada, tabique y pilones, que fueran evidentemente inadecuados para soportar una obra de fábrica, por otros capaces al efecto, y teniendo el muro construido el carácter de medianero hasta la altura que ocupasen los elementos sustituidos y de propio del señor García Sarabia en el resto de su altura; que por el contrario, si dicha balaustrada y tabique eran de la exclusiva pertenencia de la actora, evidentemente el demandado al quitarlos sin consentimiento de la misma y obrar en su lugar, sin haber transferido previamente tales elementos de construcción en medianeros por el pago de la correspondiente indemnización al titular del predio contiguo, habrá cometido un acto de despojo, y en consecuencia dañoso para la demandante, suficiente para que ésta solicite y obtenga la protección interdictal contra la obra nueva; que ante las manifestaciones que quedan reseñadas en el considerando transcrito, se presenta para la parte actora un auténtico problema, pues si bien en la citada sentencia se dicta en ocasiones la propiedad de tales elementos —balaustrada y pilastres— como de la señora Conejero, por la escritura de propiedad que se acompañó a la demanda, y en ningún otro lugar de la

resolución, se aprecia que dicha casa no es sólo propiedad de la actora en el interdicto, sino que aparece tanto el usufructo como la propiedad nuda, repartida entre dicha señora y sus hermanos, los cuales no han sido parte en tal procedimiento interdictal; que la señora Conejero representa la mayoría en la comunidad de bienes que constituye la casa número 3 de la plaza del Generalísimo, pero la parte actora necesitaría adquirir la medianería de los elementos citados, de todos sus dueños, pues no se trata sólo de una alteración en la casa común, sino que supone una venta, una auténtica disposición en resumen y por y para ello; ha tenido que entablar la parte actora demanda juicio verbal contra todos para adquirir la medianería citada, o pagar la indemnización equivalente; que la copia fehaciente de la providencia puesta por el Juez Municipal de Orhuela, admitiendo tal demanda y señalando fecha para la celebración de tal juicio que se encontraba en tramitación, es prueba de la afirmación de cuanto se deja manifestado; que por otra parte, no se encuentra de utilidad alguna para nadie, el que por las causas señaladas en el considerando transcrito, se encuentre la obra del actor suspendida en parte, pues en definitiva, tal suspensión no evita ningún hecho futuro o perturbador, sino que se basa en un acto pretérito en protección de aquél, para cuyo resarcimiento y equilibrio jurídico a la par que económico, tiene en definitiva la señora Conejero expeditos todos los caminos; que la demanda ha conseguido con su demanda interdictal probablemente más de lo que esperaba, pues a pesar del tiempo transcurrido, en que fué resuelto por sentencia el interdicto en cuyos autos comparecen, no se ha molestado la citada señora en ejercitar acción alguna declarativa, contra el actor como podía haber hecho conforme le concede el artículo 1.775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y sería lógico que así hubiese obrado, puesto que como se desprende de la sentencia, los hechos que motivaron la protección interdictal se han consumado, y deberá ser la que ha sufrido en definitiva el daño quien pidiera su resarcimiento; que el obrar de otro modo, supone el desinteresarse del hecho fundamental para el que se pidió la protección y conformarse con la protección en sí, que en el presente caso tampoco protege, puesto que el hecho que puede denominarse perturbador, ocurrió, es pasado, consumado, y para el que en definitiva, cuenta la demandada, con toda clase de acciones para su resarcimiento; que el obrar en la forma en que lo hace la demanda, vacía totalmente de contenido la acción interdictal, máxime, si como ocurre en el presente caso, al verse obligado el actor a pedir que se condene a los dueños a tomar el importe del 50 por 100 del valor de los elementos sustituidos, tras haberlo intentado anteriormente por acto de conciliación, en el juicio verbal citado, se opone también la señora Conejero, permaneciendo el resto de los copropietarios en rebeldía; que no es posible sostener la suspensión de las obras del actor si en definitiva por él mismo se ha ofrecido en la forma en que procesalmente le es factible el restaurar la causa o daño en que tal suspensión se fundamenta; que el simple acto de conciliación cuya certificación se acompañó, debería en principio ser suficiente, pues preside y patentiza el deseo del actor de no lesionar derechos ni bienes de nadie; que los hechos expuestos demuestran que el obstáculo que pudiera existir para la continuación de las obras está superado, por lo que bastaría con lo expuesto para justificar la pretensión actora.

Segundo. Que es evidente el derecho que todo propietario tiene para alzar a su costa la pared medianera y así lo reconoce la propia sentencia que puso fin al tan repetido interdicto, y tal derecho para ser ejecutado por el actor, necesariamente tenía que suprimir los elementos ba-

laustrada y pilastras, que se encontraban sobre su pared medianera, por lo que, en último extremo, se podrá argüir que se le ha producido un daño equivalente al valor de lo eliminado, pero en definitiva, todo ello se encuentra previsto en el Código Civil, precisamente en la misma norma que contiene la autorización aludida, lo que si bien a primera vista pudiera aparecer como casual, es incuestionable que responde a un mediato estudio, y que sin temor alguno a equivocarse, completó al citado precepto, pues es de todo punto forzoso, que todo aquél que eleve pared medianera, tenga que eliminar elementos (tejas, tabiques divisorios, balaustras, etcétera) que sean o bien propiedad exclusiva de una parte, o en régimen de comunidad, pero que en uno u otro caso operaba la voluntad de una sola para hacerlos desaparecer, por lo que querase o no, es necesario en tales obras el producir siempre molestias y en casi todos los casos, daños de más o menos importancia, en el caso presente de importancia tan irrisoria que cualquiera de las actuaciones judiciales que la demanda ha provocado con su conducta ha ocasionado gastos que superan con mucho el importe de los daños que se le han podido producir; que cuantas consecuencias se quieran sacar del contenido del presente hecho, testimonian una vez más el que la parte actora ha obrado dentro de la órbita de sus derechos, sin lesionar al menos de forma voluntaria, intereses ajenos, y en definitiva, los daños que pudiera haber producido en el ejercicio de sus derechos, los autoriza, los faculta, se puede concretamente asegurar, siempre que se traten de los estrictamente necesarios e indispensables, el Código Civil, y siempre tendrá que procederse a su valoración y justiprecio a posteriori, y encontrándose expresamente protegida la demanda por el artículo del Código Civil que se comenta, y obrando la parte actora dentro del terreno autorizado y previsto por dicha norma, es otra causa, más que justifica el levantamiento de la suspensión que sobre parte de las obras pesa.

Tercero. Que para la parte actora no es posible darle otro contenido a la demanda, pues no conoce otros hechos que los que han sido puestos de manifiesto en el interdicto de obra nueva, y por más que afanosamente rebuscan en la resolución recaída en el mismo, otros derechos lesionados distintos a los de la sustitución de la balaustrada y pilastras de exclusiva propiedad de los dueños de la casa número 3 de la plaza del Generalísimo, sin que haya sido posible el probar de manera fehaciente para el Juzgado, en el interdicto citado por la parte actora, el que se contaba con la autorización expresa de la demanda, es lo cierto que, no se encuentra otro fundamento, otra causa a la suspensión que la de la protección a posteriori señalada, y se dice a posteriori porque en definitiva, las obras que han producido lesión al sustituir los elementos citados, se encontraban al plantear el interdicto totalmente terminadas en cuanto a dicho punto parcial de las mismas, por lo que la continuación nada puede hacer variar la situación de hecho ni de derecho entre las cosas o las personas, a parte de que el derecho que se estima lesionado, no requiere en ningún caso para su reparación de la demolición, o obra de ninguna clase; que no se encuentra ni lesión ni perturbación pasada presente o futura de clase alguna, que pueda atribuirse a las obras del actor, con exclusión de las señaladas, por lo que se pide obliga a ello el silencio de contrario, en desacuerdo con la protección pedida para no se sabe qué peligros que amenazasen a su propiedad, que por la demanda y en el plazo máximo de dos meses, se manifieste cuanto estime en relación a los derechos que se considere le han sido lesionados, o se encuentren en peligro de serlo con las obras que han sido realizadas por el actor, y en caso de no hacerlo, en el citado plazo, se absten-

ga de hacer manifestación alguna que directa o indirectamente tenga relación con la citada cuestión.

Cuarto. Que se desconoce el contenido económico de la presente demanda, por lo que se ve forzado a pedir se tramite este juicio como de cuantía indeterminada a todos sus efectos; y después de citar los fundamentos legales que estimó aplicables, terminó suplicando que previos los trámites oportunos se dictara sentencia, por la que se levante la suspensión que pesa, por sentencia de fecha 30 de mayo de 1953, puesta en el interdicto de obra nueva instada por doña Concepción Conejero Terol contra el actor, en parte de la obra que él mismo realiza en la casa de su propiedad, situada en la plaza del Generalísimo, número 5, de Orhuela, declarándosele el derecho a continuar las mismas, sin perjuicio de que la demandada ejercite en el plazo de dos meses, a partir de la fecha de firmeza de la resolución, cuantas acciones estime pertinentes en defensa de los derechos que considere le han sido lesionados por las obras del actor, y de no verificarlo dentro del plazo señalado, se la condene a guardar perfecto silencio en relación a este punto, todo ello con la condena expresa en las costas por su temeridad manifiesta y mala fe.

RESULTANDO que admitida a trámite la demanda, y emplazada la demandada doña Concepción Conejero Terol, se personó en los autos representada por el Procurador don Sebastián Conejero Moreno, el cual por medio del correspondiente escrito, contestó y se opuso a la demanda, alegando con hechos:

Primera. Que se niega certeza a todos los expuestos de contrario que no concuerdan con los que seguidamente se exponen.

Segundo. Que manifiesta verdad la parte contraria cuando dice, que los antecedentes de este asunto figuran en los autos del interdicto en que se comparece para tramitar este proceso, por lo que extraña sobre manera, que siendo conocedor de ellos y habiéndole notificado la sentencia que dio fin al mismo, manifieste en el primer hecho de su escrito de demanda, que la resolución mencionada decretó la suspensión de la obra, por haber elevado tan sólo el actor la pared medianera sin antes haber adquirido la medianera de una balaustrada y dos pilastras que la soportaban; que olvida el actor o quiere maliciosa y hábilmente ocultar, que la sentencia de 30 de mayo dio lugar a la acción interdictal por los hechos fundamentales:

a) Acto de despojo: La perturbación dañosa producida por el actor al destruir la balaustrada y dos pilastras de la exclusiva propiedad de la señora Conejero, acudiendo a las vías de hecho.

b) Invasión del espacio de predio del demandado: El corrimiento hacia dentro del paramento divisorio en la finca del demandado, al elevar la pared el señor García Sarabia; que esto es lo que dice la sentencia y a su contenido expreso hay que atenerse; que la sentencia interdictal mencionada no tuvo como base fundamental para suspender la obra el hecho de no haber adquirido antes el señor García Sarabia la medianería de los elementos que destruyó; esto no es nada más que una consideración jurídica del juzgador, al margen de su motivación decisoria; que los motivos fundados de la sentencia son los expuestos anteriormente; es decir, los únicos posibles de los que depende la subsunción del juzgador en una sentencia interdictal; la consideración jurídica a que alude la parte contraria es propia de resolución a que dan lugar los procesos declarativos que producen la cosa juzgada formal y material; que por todo lo expuesto, es muy lógico, aunque muy ilógico lo encuentre, la parte contraria, que la obra se encuentre suspendida, porque además de que produjo ésta una perturbación y lo decreta una sentencia firme, la continuación de las

obras supondría un despojo para el demandado, toda vez que con el alzamiento de la suspensión se mantendría la invasión del espacio del predio de la señora Conejero, amén de otros motivos que se reservaba para cuando las consideraciones de hecho y de derecho en la reconvencción que mas tarde se formula; que es evidente que hay invasión del espacio de la propiedad de la señora Conejero, demostrada en la prueba pericial practicada en el interdicto y dicha invasión ha sido recogida por la sentencia que dió fin al mismo y fué un motivo de la misma para decretar la suspensión, la continuación de la obra sería injusta mientras no se rectificase la edificación, estableciendo lo edificado en el espacio que correspondía a cada uno de los propietarios colindantes.

Tercero.—Que el actor, persistiendo en que la fundamentación de la sentencia es por el hecho tan sólo de no haber adquirido la medianería de los elementos mencionados y que recibiera machaconamente en el hecho tercero de su escrito de demanda, se queja de la señora Conejero por la negativa y oposición de ésta a admitir se constituyera medianería sobre aquellos tan repetidos elementos; que, en efecto, el actor demandó a la demandada ante el Juzgado Municipal de Orihuela con la pretensión de que ese le condenara a constituir servidumbre de medianería sobre las pilastras y balaustradas que se alzaban sobre la pared medianera de los dos edificios de los litigantes; pues bien, la demandada se opuso a tal pretensión por considerar que sobre las cosas de la exclusiva propiedad de una persona y que tienen un fin destinado a la habitación, como eran aquellos citados elementos, era jurídicamente imposible constituir medianería, y máxime si estos elementos, sobre los cuales se quería constituir la medianería, habían dejado de existir por destrucción del propio actor; que la señora Conejero, al oponerse a la precitada pretensión del señor García Sarabia, no ha cometido ningún acto contrario a derecho y si ha ejercitado un derecho que le asista, refrendado en la actualidad por la sentencia del Juzgado Municipal de Orihuela de fecha 4 de diciembre de 1959, en la que se absuelve a la señora Conejero.

Que también el actor recrimina a la parte demandada en la actitud pasiva de ésta de no ejercitar acción declarativa alguna en contra suya, olvidando que tal acción es potestativa, y no imperativa; pero es que hay otros motivos por los que la parte demandada no ha ejercitado la acción que ejercita en la reconvencción que más adelante se formula, y son, primero, su limitadísima capacidad económica, y, segundo, esa disposición transaccional propia de las mujeres y que significa a la que la ostenta; que la señora Conejero siempre esperó desde un principio a que todo se resolviera amistosamente; quiso evitar la contienda jurídica, y tan así es, que su Letrado, antes de promover el interdicto, habló en nombre de la señora Conejero con el actor, conduciéndole el propósito de que éste cesase de edificar hasta tanto que un técnico de la construcción determinara la procedencia o no de la obra; y ha sido tanta la disposición de la demandada a una transacción, que antes y después de presentar el actor esta demanda, nuevamente estuvo hablando su Letrado con el señor García Sarabia para llegar a un entendimiento; pues bien, ni antes del proceso interdictal ni antes ni después de presentada esta demanda, ha estado dispuesto el señor García Sarabia a concluir un convenio amistoso, pues si bien manifestaba que estudiaría la solución, nunca se decidió en tal sentido, y si a esto se añade que, como se dijo antes, económicamente la demandada no puede sostener pleitos todos ellos costosos y fuentes de inquietudes y pasiones, podrá comprender la parte adversa los motivos por los que la señora Conejero no ha ejercitado acción declarativa algu-

na, amén de no tener obligación a ello por mandato imperativo de la Ley;

RESULTANDO que en el mismo escrito la parte demandada formuló reconvencción, alegando como hechos:

Primero.—Que remitiéndose como complemento a los consignados en los autos de interdicto de obra nueva, sobre los cuales se tramita este proceso de mayor cuantía, el señor García Sarabia, para poder comenzar la edificación de su inmueble solicitó del Ayuntamiento de Orihuela la aprobación de la misma, para lo cual acompañó a su solicitud una memoria descriptiva del proyecto del edificio, así como el plano del mismo, firmado por el Arquitecto don Gabriel Penalva; que en dichos documentos se determinaba la superficie total del solar y superficie cubierta de las distintas plantas, así como las medidas de entranques y salientes que acusaba aquél, como copia del perímetro de la planta baja con el grueso del muro; que una vez iniciado el proceso interdictal, el señor Penalva, como Arquitecto Perito del señor García Sarabia, presentó unos planos que no coincidían con los que presentó al Ayuntamiento; que, efectivamente, la pared medianera no sigue en toda su longitud la misma base de espesor, sino que, comenzando de la plaza del Generalísimo con veinte metros, adquiere cincuenta más a los cuatro metros sesenta y tres centímetros y sigue con este espesor, a partir de este punto, hasta la calle del Molino; que ésta es la información de la base de la pared medianera que manifiesta el señor Penalva al Ayuntamiento; y, no obstante, en los nuevos planos presentados por el mencionado señor Arquitecto en el proceso interdictal, se dice que el espesor de cincuenta centímetros que se encuentra formando un martillo a los cuatro metros sesenta y tres centímetros ha quedado reducido a veintinueve centímetros; y es de preguntar cómo es posible que el señor Penalva haya podido tener un error matemático de veintinueve centímetros al medir nuevamente el espesor del martillo; que no se duda de la honorabilidad y veracidad del señor Penalva, pero precisamente de estas manifestaciones del señor Penalva se demuestra todo lo que anti-jurídicamente ha hecho el señor García Sarabia, porque se pregunta que dónde están aquellos cincuenta centímetros de espesor del martillo que se dijeron en los planos presentados al Ayuntamiento; no cabe duda que en las habitaciones del edificio del señor García Sarabia, a partir del martillo hasta la calle del Molino; que éste es el punto básico de la pretensión de la parte demandada, toda vez que el señor García Sarabia, para amplitud de sus habitaciones, ha restado de la base medianera veintinueve centímetros, con desconocimiento incluso, si se quiere, del señor Penalva, y ha empezado a revocar y elevar la pared medianera longitudinal y verticalmente, en un espesor de veintinueve centímetros, medida exacta que el señor Penalva refleja en los planos presentados en el proceso interdictal, cuando es una realidad la edificación, y claro está convierte la base medianera, desde este punto, en un espesor de cuarenta y un centímetros encontrándose las siguientes consecuencias:

a) Reduce el espesor base de la medianería, teniendo que apoyar sobre ella una edificación de cuatro plantas y un ático.

b) Todo lo que reduce el espesor base de la medianería lo gana el señor García Sarabia en amplitud superficial de sus plantas.

c) Como consecuencia de tener la pared medianera un vicio constructivo de desplome que se eleva a unos 22 centímetros y medio, según la última peritación efectuada por el Arquitecto señor Bernal con la elevación de la nueva pared se interviene el eje de la medianería, reduciéndolo progresivamente hasta invadir el espacio prácticamente medianero del muro y a partir del trastero de la última planta, y en este sentido ascendente se

altera la superficialización y se invade expansión especial del vuelo de la señora Conejero.

d) La mureta que levanta el señor García Sarabia, a partir del trastero de la última planta y terraza inclusive, descansa o se apoya por completo en el espacio prácticamente medianero de la señora Conejero.

e) Caso de derribarse éste por tener que edificar la señora Conejero, la mureta al quedarse sin sustentación, se vendría abajo.

f) Esta mureta no es pared de carga, sino divisoria, pues tiene un espesor de 12 centímetros y medio con ladrillo cerámico y con aparejo a soza.

g) Queda imposibilitada la señora Conejero para edificar un nuevo piso sobre la terraza de su inmueble por la imposibilidad de apoyo de la posible edificación en esta mureta, que como se dijo antes no es de carga sino divisoria.

h) Tal como está la base de sustentación de la mureta levantada por el señor García Sarabia, aquélla no tendría solidez para una futura edificación que pudiera hacer la señora Conejero, ni se cree sinceramente que lo tenga para la del señor García Sarabia.

i) El señor García Sarabia con la elevación de la pared no sólo ha reducido la base medianera con la finalidad de ganar más amplitud en sus habitaciones, sino que no ha fundado en su propio terreno en mayor espesor que ha debido darle a la pared medianera teniendo en cuenta la altura y calidad de la nueva edificación.

Segundo. Que para una mejor comprensión es preciso estudiar las invasiones producidas teniendo como punto de partida el tan mencionado martillo, que es desde donde se refleja la diferencia de la base de espesor de toda la pared medianera.

a) Invasión del muro medianero partiendo longitudinalmente desde el martillo hasta la calle del Molino; que esta invasión está explicada en el hecho anterior, pero a mayor abundamiento, para demostrar la invasión se manifiesta que si el grueso del martillo, originariamente era de cincuenta centímetros (lo dicen así los planos presentados al Ayuntamiento), el grueso básico total del muro medianero tendría que ser de setenta centímetros, o sea, 20 centímetros de grosor de la pared medianera que partiendo de la plaza del Generalísimo tiene una longitud hasta el martillo de cuatro metros 63 centímetros, más los 50 centímetros del martillo; que se saca en consecuencia que si el señor García Sarabia levanta a plomo la pared apoyándola sobre la exacta dimensión de la base medianera, hubiera rectificado la combadura en sus 22 centímetros y medio, habiendo quedado forzosamente en la parte de pared prácticamente medianera de la señora Conejero (terrazza) un retalle de 12 centímetros y medio, o sea, los 22 centímetros y medio que rectifica el señor García Sarabia de la pared inclinada más los doce centímetros y medio que deja de retalle, que son exactamente 35 centímetros, mitad de los 70 de la base medianera; pero supongamos, sólo a efectos dialécticos, que el martillo tuviese 21 centímetros, tal como dice el señor Penalva en los planos presentados en el proceso interdictal; en esta hipótesis, que se niega, la base medianera en el punto del martillo tendría que ser de 41 centímetros, por la suma de 21 centímetros del martillo más la de 20 centímetros de la pared medianera que partiendo de la plaza del Generalísimo tiene una longitud, hasta el tan repetido martillo, de cuatro metros y 63 centímetros; que si esto es así y existiendo un desplome, según el Arquitecto señor Bernal, de 22 centímetros y medio a partir del martillo hasta la calle del Molino, el señor García Sarabia, al elevar verticalmente, hubiera intervenido el eje prácticamente medianero solamente en dos cen-

timetros y medio en el forjado de la terraza de la señora Conejero, sin poner ladrillo hueco de 12 centímetros; pues bien, aun poniéndolos, no hubiese tenido más remedio que quedar un retalle forjado de seis centímetros y medio; que sin embargo, no sólo no existe retalle alguno sino que invade el levantamiento de la pared expansión espacial del vuelo de la señora Conejero.

b) Invasión del muro medianero que, partiendo de la plaza del Generalísimo, tiene una longitud de cuatro metros 63 centímetros hasta el martillo; que en la misma terminación de este trozo de pared medianera, empieza a intervenir en la mitad del espacio del muro correspondiente a la señora Conejero, dando lugar esta invasión a la colocación en dicha superficie de ladrillos de doble hueco para cerramiento de parte del cuarto piso del señor García Sarabia; que el actor, debía haber apoyado en su espacio prácticamente medianero, porque con la elevación de la pared de la forma con que lo hace, destruye un pilar y otros elementos de la exclusiva propiedad de la señora Conejero que formaban el antepecho de la terraza de dicha señora, recayendo a la plaza del Generalísimo; que este muro está inclinado progresivamente de dos en dos centímetros por cada planta, llegando la totalidad de la inclinación en su parte más alta a cinco centímetros y medio; luego, tomando o invadiendo el señor García Sarabia estos cinco centímetros y medio de inclinación, tuvo que haber dejado cuatro centímetros y medio de retalle en el espacio prácticamente medianero de la señora Conejero, resto de los diez centímetros que hubiere tenido que dejar si la pared hubiera estado a plomo, ya que el muro, de abajo a arriba, por ser fábrica de ladrillo y no tener retalle en ninguno de sus paramentos, no puede disminuir su espesor de 20 centímetros; que como consecuencia de todo esto, el señor García Sarabia se apropia por invasión de cuatro centímetros y medio que le correspondía dejar como retalle por estar inclinada la pared; y después de citar los fundamentos de derecho que estimó aplicables, terminó suplicando que, previos trámites se dicte sentencia declarando:

Primero. Que el actor no tiene derecho a continuar las obras suspendidas por la sentencia interdictal dictada por el Juzgado de Orhuéla de 30 de mayo de 1953.

Segundo. Que procede y se mande demoler a costa del demandante las obras que fueron objeto de suspensión en la mencionada sentencia interdictal edificadas sobre la pared medianera a partir desde la terminación de ésta en el piso de la terraza de la demandada y de todos los elementos que en esa zona de pared se apoyen, condenando al actor a la obligación, por su parte, de reponer también, a su costa, las cosas al ser y estado anterior a la invasión practicada en la pared medianera del edificio de doña Concepción Conejero y a la destrucción de los elementos por él eliminados en dicha pared medianera.

Tercero. Que se debe condenar y se condene al señor García Sarabia a la responsabilidad de daños que habla el artículo 1.672 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Cuarto. Que se mande destruir el resto de la edificación de la casa de don José García Sarabia que en la parte inferior de la terraza de la casa de la demandada y a toda la verticalidad de la pared medianera, ha invadido en el espesor de ésta, la parte que para edificar corresponde exclusivamente a doña Concepción Conejero Terol.

Quinto. Que se declare la limitación del derecho del señor García Sarabia a construir su muro medianero en el espacio de su propiedad sin invadir el espacio perteneciente en la medianería a doña Concepción Conejero.

Sexto. Que se condene al señor García

Sarabia todas las costas que se causen en este proceso por su mala fe y temeridad:

RESULTANDO que conferido el oportuno traslado de réplica a la representación de la parte demandante, lo evacuó por medio del oportuno escrito, alegando como hechos:

Primero. Que reproducía los hechos de su demanda y negaba los de contrario, insistiendo en que no había habido lesión alguna para la casa de que era copropietaria la demanda, a excepción de la eliminación de las tan repetidas balaustradas y pilastras, negando los intentos de entendimiento amistoso alegados por el contrario.

Segundo. Que negaba hayan existido las invasiones que se citan en el correlativo de la contestación, puesto que todas las consecuencias de invasión que afirma el Arquitecto señor Bernal están tomadas sentando como premisa el que la balaustrada no guardase una vertical perfecta e independiente, sino por el contrario continuase la línea inclinada de la pared medianera y que las dimensiones de la pilastro desaparecida en la fachada recayente a la calle del Molino las supone iguales a las que tienen las que en dicha fachada quedan, y teniendo en cuenta que la casa de la demanda tiene la pared de la fachada recayente a la plaza del Generalísimo, con un desplome o desviación hacia la calle del Molino que en su máxima altura alcanza casi los 70 centímetros, entresaca como consecuencia lógica de que no existe ni invasión teórica ni real, ni de ninguna especie, pues ambas balaustradas se encuentran perfectamente verticales con independencia del desplome que sufren las paredes en que descansan.

Tercero. Que reiteraba que la suspensión de las obras tenía como único fundamento el no haber adquirido la medianería de los elementos eliminados coincidiendo en este punto con la parte contraria en cuanto a la improcedencia de tal actuación, si bien por argumentos no similares, pues, sin negar que una balaustrada pueda ser objeto de medianería, su oposición se basaba en los fines, ya que el actor tenía que haber adquirido tal medianería no para atender derecho o servicios comunes y estables, sino para hacerlos desaparecer por actos de su exclusiva voluntad, y se encontraría con que adquiría una cosa con finalidad totalmente improcedente y contraria a su objeto y carácter, y por este sendero conduciría al único remedio posible de la indemnización de daños y perjuicios, a los que nunca se ha opuesto el actor; que reproducía los fundamentos de derecho de su demanda, y contestando la reconvencción estableció en síntesis, en primer lugar la falta de capacidad en la actora para la reconvencción, por no contar con la libre y entera disposición del objeto sobre el que versa la litis, toda vez que comparte el usufructo de la casa número 3 de la plaza del Generalísimo con otros, a más de que la anuda propiedad se encuentra igualmente repartida entre varios, y estimaba que todo lo que entrañe actos de disposición o que salga de las acciones de defensa deberá hacerse con la colaboración de todos los copropietarios, y para el caso de que no prosperase esta excepción pasaba a contestar de forma concreta la reconvencción, negando el hecho primero de la misma, así como las consecuencias apuntadas en distintos párrafos por la parte contraria, pues no era cierto que se haya reducido muro alguno ni espesores de medianería, puesto que en toda pared que comienza sus cimientos con un espesor, va disminuyendo el mismo, conforme se eleva y elimina carga acumulable, y por otra parte el actor, lo que había hecho al construir, es precisamente lo contrario de lo que se manifiesta por la señora Conejero, o sea, descargar totalmente de peso la citada medianería que antes sufría el de pisos y cubiertas, y que hoy, dada la técnica

moderna de edificación, descansan todos los pisos sobre vigas armadas que forman un esqueleto independiente de las medianerías; que hasta la planta cuarta y terraza no existe alteración de la antigua pared medianera, que sólo ha sido afianzada y consolidada revocándola con cemento en toda su dimensión, y a partir de la cuarta planta y terraza comienza la obra nueva con la que no se interfiere eje de medianería ni se invade propiedad alguna de contrario; que desconocía en qué podría apoyarse la señora Conejero para manifestar las afirmaciones que contiene, ya que no encuentra precepto alguno que obligue a un medianero a ejecutar elevaciones de medianería, teniendo en cuenta futuras obras que pueda realizar el otro copartícipe en la servidumbre; y que contestando al segundo hecho, hacía notar el error en que incurría la parte contraria, ya apuntado, de pretender que las paredes medianeras terminen con idéntico grosor que en sus cimientos, y con lo demás expuesto en su réplica daba por rebatido dicho hecho; y después de citar los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia de conformidad con el suplico de la demanda, y en cuanto a la reconvencción se estimase la excepción de falta de personalidad alegada y se absolviese de la misma al actor, con imposición de las costas al contrario:

RESULTANDO que conferido el oportuno traslado de réplica a la representación del demandado, lo evacuó por medio del oportuno escrito, insistiendo en los hechos de su contestación a la demanda y reconvencción, suplicando se dicte sentencia de conformidad con la que tenía interesado:

RESULTANDO que recibió el juicio a prueba, a instancia de la parte actora se practicó la de reconocimiento judicial, pericial, documental y confesión judicial del demandado, y a instancia de éste tuvieron lugar la documental, reconocimiento judicial y pericial:

RESULTANDO que unidas las pruebas practicadas a sus autos, y seguido el juicio por sus restantes trámites, el Juez de Primera Instancia de Orhuéla dictó sentencia con fecha 14 de agosto de 1954, por la que desestimando la excepción de falta de legitimación activa de la actora de reconvencción, subrogada legalmente en esta litis por su sucesor en los derechos dominicales sobre la casa número casa número dos de la plaza del Generalísimo de esta ciudad, don Manuel Lozano Lidón, y estimando parcialmente la demanda y la reconvencción, y desestimándolas en parte, declaró:

Primero. Que levantó la suspensión decretada por sentencia de 30 de mayo de 1953 en autos de interdicto de obra nueva seguidos a instancia de doña Concepción Conejero Terol contra don José García Sarabia en parte de la obra que realiza dicho demandante en la casa de su propiedad, situada en el número cinco de la plaza del Generalísimo, de dicha ciudad, declarando el derecho a continuar las mismas, condenando al demandado a estar y pasar por dicha declaración, y cancelando la fianza exigida al actor para responder de la demolición, daños y perjuicios, previa satisfacción, con cargo a dicha fianza de la indemnización que luego se menciona.

Segundo. Que absolvió al demandante de todas las pretensiones formuladas por la demandada en vía reconvenccional, excepto la indemnización de los daños y perjuicios causados a la demandada por la edificación por el actor de su edificio sin adquirir previamente los derechos de medianería sobre los elementos arquitectónicos que cerraban la casa propiedad de la parte demandada, indemnización que se fija en el valor que tuviese dicho derecho de medianería, el que se determinará en ejecución de sentencia y a cuyo pago condenó al demandante, y todo

ello sin expresa imposición de costas a ninguna de las partes:

**RESULTANDO** que contra la anterior sentencia se interpuso por la representación del demandado don Manuel Lozano Lidón recurso de apelación, que fue admitido libremente y en ambos efectos, y sustanciada la alzada por sus pertinentes trámites, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia, dictó sentencia con fecha 8 de julio de 1955 por la que sin hacer expresa imposición de las costas de la apelación, confirmó en todas sus partes la sentencia apelada.

**RESULTANDO** que con depósito de 3.000 pesetas, el Procurador don Manuel Lucas Lucas, en nombre y representación de don Manuel Lozano Lidón, ha interpuesto recurso de casación por infracción de Ley, al amparo de los números primero y séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por los siguientes motivos:

Primero. Al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega la doctrina que afirma la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre valoración de prueba, no obstante, la apreciación de conjunto hecha por el Tribunal «a quo»; sentencia de 15 de enero de 1916, 5 de marzo y 7 de julio de 1943, 7 de junio de 1902 y 21 de mayo de 1942, y se invoca error de hecho en la apreciación de la prueba, que resulta de documento, y acto auténticos y demuestran la equivocación evidente del juzgador, infringiendo además los artículos 1.215, 1.216 y 1.220 del Código Civil; alegando que, efectivamente, la Sala sentenciadora que acepta en su primer considerando íntegramente los de la recurrida en apelación y en su segundo, mantiene la falta de prueba de las perturbaciones e invasiones en los derechos dominicales del recurrente, incurre en error de hecho en la apreciación de las pruebas, toda vez que no sólo por presunción lógica, sino por prueba directa, se demostraron en el proceso aquellas perturbaciones e invasiones de que se habla; que, en efecto, la reducción del espesor de la pared medianera, se demuestra por la afirmación clara y rotunda del Arquitecto señor Vidal que el muro medianero está reducido en espesor, partiéndolo longitudinalmente desde el martillo hasta la calle Norte, de ambas líneas, o sea, la calle del Molino, apartado c) de su informe; que se prueba que el eje vertical divisorio entre ambas fincas viene a coincidir con el paramento interior del señor García Sarabia, eje vertical divisorio que es el antiguo de la medianería, apartado c) del mismo informe, toda vez que desapareció la parte de pared que longitudinalmente partía desde el martillo hasta la calle del Molino y que forzosamente tenía que tener el mismo grosor que el que tiene en la fachada; que se prueba que la reducción del muro medianero origina un espacio ganado por el señor García Sarabia para sus habitaciones en el lugar destinado al hueco de la escalera por la discrepancia existente entre los planos presentados por el Arquitecto señor Penalva en el Ayuntamiento de Orihuela, previamente a la iniciación de la edificación del señor García Sarabia y los obrantes en los autos de interdictos suscritos por el mismo Arquitecto, así como en la discordia de aquéllos con las medidas reales de la obra y que en prueba pericial se comprobó una diferencia de trece centímetros en más, entre la total anchura del edificio en planta baja y la proyectada en la parte correspondiente a la fachada posterior; y diez centímetros en la correspondiente a la fachada principal; que se prueba la invasión por la tamborén clara y rotunda afirmación del Arquitecto señor Cidal en el apartado c) de su informe; en este apartado dice que el muro levantado por el señor García Sarabia, cae en todo su espesor a plomo dentro

de la propiedad de aquél, pero por el desplome o combadura en la pared medianera, sobre que descansa viene a apoyarse en la mitad del muro recayente a la casa del recurrente; y se prueba también por la rectificación que el señor García Sarabia hace en la combadura de la pared, sólo en su espacio prácticamente medianero, dejando intacto completamente la combadura en el espacio prácticamente medianero del recurrente, y como es lógico, restó grosor a medida que alzaba la pared a toda la pared medianera, aparte f) del informe; y como final de su acción, apoya su mureta, sostenedora del último piso, nada menos que en la mitad del espacio prácticamente medianero de la señora Conejero; que no obstante las demostraciones indicadas, el Juez de Primera Instancia de Orihuela y aceptando sus considerandos la Audiencia Territorial de Valencia, consideran que tales hechos no pueden por sí solos servir de prueba plena, toda vez que los planos del Arquitecto señor Penalva, tanto los presentados al Ayuntamiento de Orihuela como los obrantes en autos, no tienen en absoluto el valor de prueba pericial, ya que dicho valor sólo puede reconocerse a la practicada en juicio, olvidando que el plano obrante en los autos fue presentado por el propio señor García Sarabia en defensa de su derecho y el que radicaba en el Ayuntamiento en diligencia judicial se cotejó en presencia de ambas partes y del juzgador; que también considera el Juez de Primera Instancia y acepta su criterio la Audiencia, que la discrepancia entre ambos planos y la realidad es un hecho ambiguo que ha podido deberse o a un posible error de dicho profesional o a haberse extendido superciliosamente el edificio del señor García Sarabia a costa del recurrente, pero que esta extensión no se ha hecho constar en autos; que es indudable e indiscutible que dicha extensión se denunciaba en la contestación a la demanda y se hace constar en autos, y resulta de la discrepancia de ambos planos; en el plano presentado por el Arquitecto señor Penalva al Ayuntamiento de Orihuela antes de la edificación hay una superficie del solar inferior a la que figura en el plano que el mismo señor Arquitecto presenta en el proceso, y de la diferencia de ambos planos resulta, la extensión en más que se ha dado al edificio; que la Audiencia Territorial es soberana para la apreciación de la prueba, pero esta soberanía no es arbitraria ni ella la autoriza a deducir los hechos del conjunto de la prueba, ni la facultada a dar categoría de tal a las consideraciones de su propio y personal juicio; que la sentencia recurrida no tiene en cuenta la virtud probatoria de los mencionados planos, legítimos porque como quedó demostrado, uno de ellos fue presentado por el propio señor García Sarabia en prueba de su defensa en el proceso; y el otro, en diligencia judicial de cotejo fue contrastado con aquél, acreditándose de cierto y de positivo las diferencias superficiales, a más del documento auténtico, expedido por el Secretario del Ayuntamiento de Orihuela, consistente en la certificación de la memoria descriptiva aneja a dicho plano obrante en el Ayuntamiento y comprensiva de la superficie, enfoscados y revoques, distribución de habitaciones, etc., no coincidiendo ni en dibujos ni en dimensiones con los que resultaban del plano obrante en los autos y presentados como se dijo anteriormente en prueba de su defensa, por el señor García Sarabia; que hay, por lo expuesto, un error de hecho en la apreciación de la prueba, al estimar la Sala y el Juzgado que no se ha demostrado en juicio la invasión de la edificación del señor García Sarabia en la que fue de doña Concepción Conejero Terol y hoy pertenece al recurrente, así como la reducción de ésta, error que resulta claramente de los documentos referidos anteriormente y de lo

que constituye el acto auténtico de la prueba pericial, y se incurre, por tanto, en error de hecho en la apreciación de las pruebas, se violan los preceptos y doctrina jurisprudencial que antes se alegan y se está ante el motivo de casación previsto en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y aún en el primero del mismo precepto.

Segundo. Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega infracción legal de los artículos 348, 572 y 573 del Código Civil, y del principio no sólo jurídico, sino también de orden público e intangible de que «a nadie le es lícito tomarse la justicia por su mano», principio que merece el concepto de doctrina legal en innumerables sentencias del Tribunal Supremo, especialmente y resolviendo un caso igual al de este proceso, en la de 20 de diciembre de 1927; que ambas sentencias, la del Juzgado de Orihuela y la recurrida, reconocen que en principio, es obligada la condena del actor a la demolición de los edificados y reponer las cosas en el ser y estado en que se hallaban, puesto que edificó el señor García Sarabia demoliendo una pared ajena, pero en realidad no es esta la perturbación del derecho dominical del recurrente, sino que la constituye la omisión por el actor del previo abono de la servidumbre de medianería sobre los elementos destruidos y así lo dice la sentencia recurrida de la que es copia taxativamente este párrafo; que ateniéndonos a los hechos tal y conforme sucedieron y probaron en autos el señor García Sarabia a las vías de hecho destruyó todos los elementos de cerramiento y ornamentación de la exclusiva propiedad de la señora Conejero y este solo hecho, sin posible conexión con argumento alguno para desvirtuarlo, es suficiente para que se le obligara a reponer las cosas al ser y estado que tuvieron antes de la destrucción, puesto que en una sociedad organizada en Estado, las relaciones de los individuos están regladas por medio de la Ley en sentido material y «no puede tomarse nadie la justicia por su mano»; que por lo tanto, el señor García Sarabia tuvo el remedio y el medio de eliminar aquellos elementos, no haciéndolo por las vías de hecho, pudiéndolo hacer, o bien adquiriendo la exclusiva propiedad de los mismos, mediante la compra de ellos a la señora Conejero o bien acudiendo al órgano jurisdiccional correspondiente para que éste los hiciera desaparecer por medio de sentencia condenatoria; que la destrucción de dichos elementos podría hacerse y no cabe duda que se hicieron, en las agrupaciones primitivas, pero no en las actuales, donde hay siempre un juzgador para tutelar todos los derechos de los ciudadanos y para resolver todos los problemas jurídicos; que no obstante, en las sentencias conformes se declara que:

a) El señor García Sarabia ha obrado conforme las normas modernas de la construcción, por lo que supondría un absurdo obligar a un propietario a edificar apartándose de las más elementales normas técnicas-construccionales.

b) Que siendo la única omisión del actor el no haber adquirido previamente la medianería de los elementos, abonando al fin, el valor de dicha medianería, queda resarcido el recurrente con el juzgador de primera instancia y con la Audiencia, al aceptar íntegramente sus considerandos al decir que el señor García Sarabia ha obrado conforme a las normas modernas de la construcción, pero en lo que no está conforme, es en que para que este señor obrara en aquellas condiciones, técnicas, por muy técnicas que fueran, destruyese o mancharse destruir aquellos elementos que destruyó, aunque recayesen por la combadura de la pared en su propiedad; que la opinión del recurrente es la que mantiene el Tribunal Supremo y

precisamente en la sentencia que se deja citada de 20 de diciembre de 1927; que no creía encontrar la representación del recurrente una sentencia que resolviera tan magistralmente el problema que nos ocupa; esta sentencia contiene un acarde de literatura jurídica clásica, y un concepto civilizado de cómo tienen que comportarse los hombres en sociedad; por muchos derechos que otorgue el artículo 348 del Código Civil, no pueden facultar a sus titulares para tomarse la justicia por su mano; el señor García Sarabia debió de procurar por las vías legales obtener de la señora Conejero la rectificación o demolición de los elementos desplomados, y al no obrar así, debe de imputarsele todas las consecuencias de su proceder contra ley y contra derecho; que se copia de aquella sentencia: «Que, a pesar de la presunción de libertad de todo fondo, derivada de los artículos 348 y 538 del Código Civil, y de poder en su consecuencia el propietario de un solar edificar sobre el mismo una pared en dirección normal y contigua a la de su vecino colindante, no puede sostenerse ni lógicamente ni jurídicamente, que de dichos preceptos se derive la facultad ni autorización para intervenir de algún modo, por lo que desde el momento en que al demandado al levantar rectamente una pared sobre un solar y contigua a la del demandante, se encontró con el obstáculo de la parte combada o desplomada de ésta, debió de abstenerse el continuar la obra, y procurar por las vías legales obtener la rectificación o demolición de dicha parte desplomada, y al no obrar así y continuar la construcción comenzada, interviniendo la repetida pared de autos, debe de imputarse asimismo todas las consecuencias de su proceder contra la Ley y contra derecho, ya que a nadie le es lícito tomarse la justicia por su mano; principio éste no sólo jurídico, sino también de orden público e intangible, por lo tanto, hasta el punto de que ni aun en el caso de amenazar ruina la pared o edificio del vecino, autoriza al legislador a infringirlo, disponiendo el artículo 389 del Código Civil que si no se prestare el propietario a su demolición o reparación él haría la autoridad a su costa», por todo lo que condena la Sala sentenciadora al demandado a demoler la pared edificada, desde el punto de intersección con la pared del actor, no solamente no ha infringido, sino que ha aplicado rectamente los artículos 348 y 538 del Código Civil, invocados en el motivo segundo de casación, que bajo este punto de vista no puede prosperar; que el recurrente no coincide con el razonamiento de la sentencia recurrida al sostener que sobre los elementos destruidos se pudiera constituir servidumbre, toda vez que sobre cosas de la exclusiva propiedad de una persona, con un fin distinto a soportar cargas y algunas de ellas destinadas especialmente a la ornamentación, como eran aquellos citados elementos, es jurídicamente imposible constituir medianería; que no se excluye la posibilidad que sobre dichos elementos pueda haber copropiedad, pero nunca servidumbre de medianería; la medianería en los edificios urbanos tiene por objeto exclusivo y ha de recaer forzosamente sobre una pared o muro, sobre el que el propietario de cada edificio afectado puede apoyar su obra o introducir las vigas sustentadoras de su construcción, y sostener lo contrario es infringir los artículos 572 y 573 del Código Civil, abocando a una dislocación de conceptos y de relaciones jurídicas; pero es que a mayor abundamiento, este problema no ha podido interesar nunca en este proceso porque nunca se ha debatido sobre él y aun cuando se quisiera plantearlo, como lo plantean las dos sentencias, es materialmente imposible por la desaparición del tráfico jurídico (por su destrucción) de los elementos

existentes sobre la pared medianera y como quedó demostrado, estos elementos sobre los cuales se dice que puede constituirse la medianería, han dejado de existir por destrucción del propio actor, y de aquí que la sentencia del Juzgado Municipal de Orihuela de fecha 4 de diciembre del año 1953, en proceso anterior al que nos ocupa, no apelada por la parte adversa, dio la razón a la parte recurrente por las mismas consideraciones expuestas, puesto que la evidencia de esa destrucción impedía e impide cualquiera otra argumentación; que otro enfoque o construcción, dice esta sentencia, que se pretendiera mediante exégesis de nuevas figuras jurídicas de tipo real, tropezaría y tropieza con el mismo obstáculo insuperable de falta de objeto sobre el que recayera el derecho; que se incurre en interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 572 y 573 del Código Civil y se infringe y viola el artículo 348 del propio Cuerpo legal, así como la sentencia de 20 de diciembre de 1927 del Tribunal Supremo de Justicia y se está ante el motivo de casación previsto en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tercero. Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega aplicación indebida de la doctrina del abuso del derecho, e infracción de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1951, así como de los artículos 348, 349, cuando dice que nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y el 446 del Código Civil; que efectivamente, las dos sentencias encuadran el ejercicio de la acción de demolición dentro de los actos de abuso del derecho, y sostienen que sería abusivo porque el recurrente ocasionaría al actor un daño cuantioso y este daño se resarciría mediante la indemnización de daños y perjuicios, consistente en abonar al actor el valor de la medianería de los tan nombrados elementos constructivos; que no se alcanza al exponente esta apreciación jurídica:

a) Porque el recurrente ejercita en el proceso por completa independencia las dos acciones, la de demolición y la de daños y perjuicios.

b) Porque, como se dijo en el motivo de casación anterior, la indemnización de daños y perjuicios, habría de consistir en el abono del valor de la medianería de los elementos que por destrucción del propio actor han desaparecido del tráfico jurídico.

c) Porque aun suponiendo la existencia de los elementos destruidos, sobre ellos es imposible constituir la medianería.

d) Porque en su consecuencia y en el supuesto de la existencia de aquellos elementos, la indemnización habría de comprender el valor total de los mismos y el resarcimiento de los daños que condena la sentencia no alcanza más que a la mitad de aquel valor.

e) Porque con este sistema de indemnización, cualquier persona económicamente fuerte, podría cometer las mayores arbitrariedades en la vida de relación, toda vez que indemnizado lo que destruyera, tomándose la justicia por la mano, resolvería arbitrariamente toda su insociable actividad, pero no sabe duda, que el derecho y su tutela quedarían vulnerados por la potencialidad económica del destructor; que si todos los problemas de esta naturaleza que al señor García Sarabia le puedan plantear, los resuelve destruyendo e indemnizando no sabremos a ciencia cierta a dónde podría llegar dicho señor con esos remedios o medios primitivos.

f) Porque la acción de demolición ejercitada por el recurrente, es inevitable consecuencia del proceder antijurídico del señor García Sarabia, toda vez que, tomándose la justicia por su mano, destruy

yó lo que le impedía edificar y lo que se le exige es que reponga las cosas en el estado en que se encontraban antes de su acto violento y antijurídico de destruir lo ajeno; que la acción de demolición que se pedía en la reconvencción y no se estima en la sentencia recurrida no es nada más que un medio procesal de defensa y está provocada por el señor García Sarabia, toda vez que no es posible olvidar que dicha acción está ejercitada en forma reconvenccional, es decir, después de demandar el señor García Sarabia a la señora Conejero pidiendo en su demanda la confirmación o ratificación de la destrucción violenta y arbitraria; que esta acción de demolición es un medio procesal para la protección de los derechos del recurrente, medio que concede terminantemente el artículo 446 del Código Civil y el 1.675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra toda persona que despreciando la autoridad de los Tribunales se erige Juez por sí mismo; y como tal medio procesal se ejercita dentro del derecho de petición concedido por la Ley que atribuye a los Juzgados la tutela de los derechos privados; que la legitimidad de esta acción está fundamentada en las anteriores consideraciones y su declaración por este Tribunal servirá de ejemplo a todos los ciudadanos para que nadie pueda tomarse la justicia acudiendo a las vías de hecho y para que sufran en caso contrario el castigo a demoler lo que indebidamente edificó, aunque la demolición le produzca o cuantiosos gastos, pues la justicia y el derecho no toman como patrón el oro ni el furo, sino la igualdad y la generalidad; pero aun suponiendo sólo a efectos dialécticos, que la acción de demolición se considerara abusiva, no podría nunca en el Derecho español, encuadrarse dentro de la doctrina del abuso del derecho, toda vez que si bien esta doctrina ha entrado claramente en la jurisprudencia española por la luminosísima sentencia de 14 de febrero de 1944 y antes de manera indeterminada por la de 13 de junio de 1942, conforme a otra luminosísima sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1951, en el derecho patrio no puede hablarse de abuso de un derecho cuando este derecho tiene su origen en el ejercicio de su norma procesal; que el propio Tribunal «a quo», la Audiencia de Valencia, en sentencia dictada con sólo trece días de anticipación a la que es objeto de este recurso, o sea, en 25 de junio de 1955, sostiene que el abuso de derecho sólo puede cometerse ejercitando un derecho sustantivo, pero nunca ejercitando un derecho de petición ante un órgano jurisdiccional aunque este derecho de petición se entable y se siga con temeridad y mala fe; que entre ambos contradictorios criterios sostenidos por el mismo Tribunal recurrido, con una diferencia en el tiempo de trece días, se estima más acertado el de la sentencia últimamente citada y por donde el criterio de la Audiencia de Valencia en el fallo de unos autos sirve de fundamento para recurrir en casación contra otro fallo del propio Tribunal y apoyar este recurso sosteniendo con la misma Audiencia que toda acción deducida de una norma procesal no puede nunca ser considerada como abusiva, y así lo sostiene con más precisión y autoridad el Tribunal Supremo en la sentencia antes citada de 29 de diciembre de 1951, sentando la doctrina de que nunca podría declararse que sea abusiva la acción deducida de una norma procesal, pues en la Ley de Enjuiciamiento Civil, no hay como en el Código Civil, elementos sobre los cuales se pueda construir una teoría jurídica sobre el abuso del derecho; que en el Código Civil, añade esta magistral sentencia, existen los artículos 1.101 y 1.902 para sustentar o aplicar la teoría del abuso del derecho, pero en la Ley de Enjuiciar

no los hay; que la acción de demolición ejercitada por el recurrente es un medio procesal, es un derecho de petición que está recogido terminantemente en el artículo 1.675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por lo tanto no puede encuadrarse este medio procesal de defensa dentro de la doctrina del abuso del derecho; que se incurre en la aplicación indebida de la doctrina del abuso del derecho y se violan los preceptos y doctrina jurisprudencial que antes se alegan y se está ante el motivo de casación previsto en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Joaquín Domínguez de Molina;

CONSIDERANDO que en el motivo primero, al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, con infracción de los artículos 1.215, 1.216 y 1.220 del Código Civil, toda vez que la sentencia recurrida—se dice—estima «la falta de prueba de las perturbaciones e invasiones de los derechos dominicales» del recurrente, a pesar de que, a su juicio, no sólo por presunción lógica, sino por prueba directa quedaron demostradas en el pleito; pero su improcedencia es manifiesta porque como documentos auténticos cita los informes o dictámenes de un Arquitecto y los planos presentados por otro, que no pueden tener tal carácter en casación, porque, tratándose de simples apreciaciones periciales, por mucha que sea la autoridad técnico del que los autoriza, no pueden demostrar por sí mismos la equivocación del juzgador de instancia del modo evidente que requiere el número séptimo del artículo 1.692 a cuyo amparo se acoge y menos aún cuando en la sentencia se alude a la discrepancia entre los planos; y en todo caso, por lo mismo que sólo se trata de prueba pericial, que con arreglo al artículo 632 de la citada Ley, es de libre apreciación de los Jueces y Tribunales conforme a las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a someterse al dictamen de los peritos, no puede ser susceptible de casación según tiene declarado con reiteración la jurisprudencia; debiendo por otra parte estimarse indiscutible que como se afirma en la sentencia recurrida para que la prueba pericial tenga la debida eficacia ha de suministrarse en el pleito en la forma y términos que establece la Ley y con la intervención de la otra parte, lo que no sucede en la que invoca el motivo; sin que además se advierta la pertinencia de las citas que de los artículos 1.215, 1.216 y 1.220 se hace en el motivo considerándolos infringidos sin razonar el concepto en que lo han sido; ni los informes y planos periciales, cotizados o no, pierdan su carácter de prueba pericial para convertirse en documental, cuando no se trata de averdar el contenido o extremos que comprenden o la realidad de su prestación, sino de apreciar el valor de sus conclusiones técnicas; y como además los planos aludidos no se tienen a la vista, sin que el recurrente haya hecho uso del derecho que le otorga el artículo 1.634 de la Ley procesal, resulta innegable que, por cuanto queda expuesto, se impone la desestimación del motivo primero:

CONSIDERANDO que en el motivo segundo y al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley procesal, se alega la infracción por violación del artículo 348 del Código Civil y por interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 572 y 573 de dicho Código, y aunque además se invoca la infracción del principio jurídico de que «a nadie es lícito tomarse la justicia por su mano» y la sentencia de 20 de diciembre de 1927, el primero ha de ser eliminado porque en cuanto a él no se expresa el concepto de la infracción como es obligado con

arreglo al artículo 1.620 de dicha Ley, en refacción con el número cuarto del artículo 1.620 de la misma, e igualmente ha de destacarse la sentencia de 27 de diciembre de 1951, pues por ser la única que se alega, no puede constituir doctrina legal útil para los efectos de la casación (sentencias de 7 de marzo de 1933, 29 de octubre de 1934, 30 de diciembre de 1944 y otras); quedando de esa manera desintegrado el motivo y sin la suficiente claridad y precisión para su exacta inteligencia al excluirse la infracción del principio jurídico citado, que constituye el núcleo central del mismo; aparte de que tampoco se razona de modo específico y concreto en cuanto a cada uno de los preceptos citados la infracción que se invoca, sino bajo una forma global, la de los artículos 572 y 573, a pesar de que comprende diversos números o apartados de distinto alcance, y la del artículo 348 de índole genérica; ni finalmente se respetan las declaraciones de hecho del Tribunal sentenciador según las cuales la balaustrada, pilares, etc., sólo constituían un elemento de separación o cerramiento sin valor artístico alguno, o sea, que de lo que en realidad se trataba era de una construcción asimilable al muro o pared, lo cual no se contradice con eficacia en el recurso; debiendo en su virtud ser desestimado el motivo segundo:

CONSIDERANDO que la base del motivo tercero, está, a juzgar por sus términos, en la supuesta aplicación indebida de la doctrina del abuso del derecho, por haber dejado de tener en cuenta el Tribunal de Instancia según el recurrente, lo declarado por esta Sala en su sentencia de 20 de diciembre de 1951, con arreglo a la cual «no puede hablarse de abuso de un derecho—dice el recurrente—cuando este derecho tiene su origen en el ejercicio de su norma procesal»; pero aparte de que la sentencia se refiere en su fondo al ejercicio de los recursos de reposición, apelación y casación, cuyo temerario o malicioso ejercicio puede sancionarse con las costas, y es de índole procesal, la alegación de la doctrina de esa sentencia resulta ineficaz en este caso, por ser la única que se invoca para este efecto, pues aunque también se citan las de 14 de febrero de 1944 y 13 de junio de 1942 no lo han sido en apoyo del motivo ni como infringido sino por pura referencia histórica; no debiendo prescindirse de que en la sentencia recurrida se establece como supuesto único el del artículo 578 del Código Civil, negando que haya mediado invasión alguna en la propiedad del recurrente, y esta declaración no aparece impugnada eficazmente en el recurso ni por la vía del error de hecho, ni por la de la infracción del mencionado artículo 579, quedando igualmente en pie por las mismas razones las declaraciones de la propia sentencia de que la única perturbación del derecho dominical del demandado la constituye la omisión por el actor del previo abono de la servidumbre de medianería y añade que las dos acciones ejercitadas por la parte demandada en la reconvencción, la de demolición y la de resarcimiento de daños y perjuicios, tienen idéntico contenido económico para el que las ejercita, afirmando que por la pretensión del resarcimiento se obtiene por el demandado la satisfacción de su derecho y la de demolición le produce esa misma satisfacción, pero «tendente únicamente a perjudicar al demandado sin beneficio alguno para el actor» (se refiere seguramente a la demanda reconvenccional); y no ya sólo por la doctrina del abuso del derecho que invoca el Tribunal «a quo» y que contra lo que sostiene el motivo puede referirse tanto a daños producidos—con carácter reparatoria como a los futuros y previsibles, desestimando una petición abusiva—con carácter imprevisto—como ya lo estableció el artículo 18 del Decreto de 29 de diciembre de 1931,

y hoy lo ordena el artículo noveno de la Ley de Arrendamientos Urbanos—, sino que también puede invocarse la doctrina jurisprudencial de que se interese, no hay acción, que en definitiva es lo que viene a sancionar a la esfera del procedimiento, los reiterados fallos de este Tribunal, de 12 de julio de 1899, 1 de junio de 1913, 1, 3 y 7 de julio de 1921, 17 de abril de 1930, 7 de febrero de 1941 y 21 de junio de 1943, entre otros, que niegan al no agraviado por una resolución judicial la facultad de recurrir; por todo lo cual procede también la desestimación de este motivo y, con él, la del recurso en su integridad:

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por don Manuel Lozano Lidón, contra la sentencia que con fecha 8 de julio de 1955, dictó la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valencia; condenamos a dicho recurrente al pago de las costas y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal; y libérese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» e insertará en la «Colección Legislativa», pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Manuel Ruiz Gómez.—Pablo Murga Castro.—Joaquín Domínguez de Molina.—Diego de la Cruz Díaz.—Vicente Guillarte González.

Publicación.—Leída y publicada fué la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Joaquín Domínguez de Molina, Magistrado de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, Ponente que ha sido en estos autos celebrando audiencia pública la misma en el día de su fecha de que como Secretario certifico.—Emilio Gómez Vela.

En la villa de Madrid a 9 de marzo de 1961; en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 17 de los de esta capital y ante la Sala Primera de lo Civil de su Audiencia Territorial por doña Eusebia Abad Villa, mayor de edad, viuda, sin profesión especial y de esta vecindad, hoy su heredero universal don Eleuterio M. Rodríguez, contra doña Pilar Fernández Calvin, mayor de edad, soltera, vecina de Madrid; doña Pilar Calvin Fernández, asistida de su esposo, don Adolfo Fernández García, mayor de edad, sus labores y vecina de Alcalá de Henares, y don Alfonso, don Nicolás y doña Matilde Calvin y Rodríguez Valdes, mayores de edad, el primero casado, Abogado y vecino de Madrid; el segundo, casado, Médico y vecino de Valencia, y la tercera, casada y con licencia de su esposo, don Fermín Moscote del Prado, de esta vecindad, sobre declaración de existencia de un contrato de compraventa; autos pendientes hoy ante esta Sala en virtud de recurso de casación interpuesto por el demandante, representado por el Procurador don Ismael Pérez-Fontán y Díez de Ure y defendido por el Letrado don Alfonso Pérez Moral; no habiendo comparecido ante este Supremo Tribunal los demandados y recurridos:

RESULTANDO que doña Eusebia Abad Villa, en escrito de fecha 14 de enero de 1954, representada por un Procurador, dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número 17, al que correspondió por reparto, demanda de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, contra doña Pilar Fernández Calvin, doña Pilar Calvin Fernández, asistida de su esposo, don Adolfo Fernández García, y don Alfonso, don Nicolás y doña Matilde Calvin y Rodríguez Valdes, esta última asistida igual-

mente de su esposo, don Fermín Moscoso del Prado, sobre existencia de contrato de compraventa, estableciendo como hechos:

Primero.—Que la actora era inquilina del piso segundo de la casa número 6 de la calle Núñez de Arce, según justificaba con el correspondiente contrato de inquilina, que fue otorgado a favor de don Cayetano Rodríguez Riaza, esposo que fué de la expresada señora y que falleció en 27 de febrero de 1939 en esta capital, no ofreciendo por tanto duda la titularidad de la señora Abad sobre el cuarto a discutir.

Segundo.—Que con fecha 15 de mayo de 1953, los demandados, obrando en concepto de únicos propietarios de la casa número 6 de la calle Núñez de Arce a la que pertenecía el cuarto discutido, requirieron al Notario don Santiago Pelayo, para que a su vez lo hiciera a los inquilinos del inmueble, notificándoles el propósito de los requirentes en su calidad de propietarios de enajenar la casa por pisos o departamentos en las siguientes condiciones: Su venta en concepto de libre de cargas, el precio a satisfacer en el acto del otorgamiento de la escritura, dentro de los diez días siguientes a la aceptación en su caso; los gastos e impuestos conforme a la ley; el sometimiento del inquilino comprador a la comunidad a establecer, y el deseo de vender remachado en la circunstancia de reservarse hacerlo a terceras personas, si en el plazo de treinta días no se hacía uso de este derecho por el inquilino; que asimismo destruía el domicilio del señor Calvin y Rodríguez Valdés para cuantas gestiones pudiesen surgir con motivo de ese compromiso; que con fecha 13 de dicho mes de mayo doña Eusebia Abad recibió por correo certificado la cédula de requerimiento relacionada anteriormente.

Tercero.—Que dentro de los treinta días que se mencionaban en el requerimiento, la actora hizo entrega al Notario señor Pelayo de carta cuya copia presentaba, por la cual hacía patente a don Alfredo Calvin su deseo de adquirir la finca, esto es, ejercitar el derecho de tanteo en el precio y condiciones que determinaba la ley, estando dispuesta para la firma de la correspondiente escritura tan pronto como se lo indicasen.

Cuarto.—Que el contrato quedaba perfeccionado con la oferta y la aceptación, quedando sólo por fijar el día del otorgamiento de la escritura para que las voluntades de los contratantes quedasen plasmadas en la oportuna escritura pública para que pudiera surtir efectos legales; que la actora recibió un aviso de la Notaría para que el día 20 de octubre siguiente se constituyera en la misma para firmar la escritura, pensando que se abría un paréntesis con el verano y que a la vuelta de éste se realizaba, precisamente porque conocía ya la decisión de ambas partes el trámite de firma de escritura no urgía, y esperó a que llegase tal día, tranquila y confiada; que el día 20 de octubre nadie acudió a la Notaría y no pudo firmarse la escritura y el señor Calvin de una manera verbal advirtió a la señora Abad que había vendido el inmueble en su totalidad sin darle más explicaciones de ello.

Quinto.—Que siendo esta la primera actuación judicial que realizaba la actora consistía en la cantidad de 35.200 pesetas, importe del precio de la compraventa, reservándose satisfacer ante quien correspondiera la cantidad que estuviese obligada con arreglo a la ley por los gastos del contrato. Alegó los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminando por suplicar se dictara sentencia declarando la existencia de un contrato de compraventa entre los demandados como vendedores y la demandante como compradora, en los términos, precio y condiciones que ordenan los artículos 63 y siguientes de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y, en su consecuencia, condenar a los demandados a estar y pasar por di-

cha declaración y a otorgar ante el Notario que se designe la oportuna escritura de compraventa, en el término de ocho días, a partir de la firmeza de la sentencia y bajo apercibimiento de ser otorgada a su nombre, haciéndose entrega en ese acto a la parte actora—sic—o a quien represente sus derechos de la cantidad consignada de 35.200 pesetas; todo ello con expresa condena de costas. Por medio de otrosí manifestaba acompañar la cantidad de 35.200 pesetas, y se solicitaba que acordara la anotación preventiva de la demanda. Con el anterior escrito se presentaron los documentos aludidos en los hechos:

RESULTANDO que admitida la demanda y emplazados los demandantes, comparecieron en los autos doña Pilar Calvín Fernández, asistida de su esposo; doña Pilar Fernández Calvín, don Alfredo, don Nicolás y doña Matilde Calvín y Rodríguez Valdés, representados por un Procurador; acordándose por el Juzgado la anotación preventiva de la demanda, y por ciertos demandados se formularon las excepciones dilatorias segunda y cuarta del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que una vez tramitados en forma, fueron rechazados; y dado traslado de la demanda a dichos demandados, éstos formularon su contestación, alegando como hechos:

Primero. Que según contrata de inquilinato, acompañado a la demanda y que admitían como auténtico, don Cayetano Rodríguez tomó en arriendo el piso segundo de la casa número 6 de la calle de Núñez de Arce, piso que era el objeto del presente pleito.

Segundo. Que el día 5 de mayo de 1953, fecha en que los demandados eran todavía propietarios de la finca antes indicada, requirieron al Notario don Santiago Pelayo Hore para que notificase a los inquilinos de ella el propósito de los requirentes de enajenarla por pisos o departamentos, advirtiéndose que transcurridos los treinta días que prevenía el artículo 63 de la Ley de Arrendamientos Urbanos sin hacer uso del derecho que la misma concedía, se procedería por los propietarios a vender el departamento a quien tuvieran por conveniente.

Tercero. Que la demandante recibió esa notificación el 13 de mayo de 1953 y se hizo cargo de ella como viuda y continuadora de su difunto esposo, don Cayetano Rodríguez, de manera que los treinta días concedidos por el indicado artículo 63 empezó al siguiente día, 14 de mayo, y se cumplieron a las doce horas de la noche del 12 de junio siguiente; que la recepción de la notificación notarial aparecía acreditada por la actora en su demanda.

Cuarto. Que treinta y un días después, o sea el 13 de junio de 1953, la demandante entregó al Notario, señor Pelayo Hore, una carta en la que expresaba aceptar el ofrecimiento del piso en las condiciones expresadas en la notificación.

Quinto. Que relevados en cualquier caso los propietarios de la obligación que les imponía la Ley, por haber transcurrido los treinta días sin que la inquilina hiciera uso del derecho de tanteo quedaban en libertad para contratar, como lo hicieron, con otro inquilino, doña María Aldana Zambrana, la competencia de la totalidad del inmueble, otorgándose la escritura en que así lo hicieron constar el 20 de octubre del indicado año.

Sexto. Que pocos meses después, en enero de 1954, doña Eusebia Abad formuló la demanda que contestaban, haciéndolo en tal forma que obligaba a oponer con el carácter de perentoria la excepción de incompetencia del Juzgado. Alegó los fundamentos de derecho que estimó aplicables, terminando por suplicar se dictara sentencia declarando la incompetencia del Juzgado por inacción del procedimiento, y, en todo caso, absolviendo a los demandados de la demanda, con imposición de las costas a la parte actora:

RESULTANDO que conferido el traslado a las partes para replica y duplica, lo evacuaron por medio de escrito, ratificando los hechos y fundamentos de derecho de sus respectivos escritos de demanda y contestación, suplicando se dictara sentencia de conformidad con cuanto tenía solicitado. Y recibido el juicio a prueba se practicaron a instancia de la parte actora las de confesión judicial, documental y testifical, y a solicitud de la parte demandada, la de confesión en juicio:

RESULTANDO que unidas a los autos las pruebas practicadas y evacuado por las partes el traslado de conclusiones, se acordó por el Juzgado para mejor proveer y con suspensión para dictar sentencia requerir a la parte actora para que aportase los recibos de inquilinato y a ambas partes para que se acreditase documental y verbalmente haberse participado a la propiedad de la finca el fallecimiento del esposo de la demandante, y verificado, el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de los de este capital, con fecha 30 de octubre de 1947, dictó sentencia por la que sin entrar a conocer ni resolver el fondo del asunto y estimando la excepción planteada por los demandados, declaró la incompetencia de jurisdicción y dentro del procedimiento planteado para resolver la demanda, de la cual absolvía a los demandados, previniendo a las partes con el correspondiente reserva de acciones, hagan uso de los derechos que les asistan si les conviniera en la órbita jurisdiccional adecuada y por el procedimiento procedente, sin hacer expresa condena en costas:

RESULTANDO que contra la anterior sentencia se interpuso por la representación de doña Eusebia Abad Villa recurso de apelación que le fué admitido en ambos efectos, remitiéndose los autos a la Audiencia Territorial de Madrid; y sustanciada la alzada por sus pertinentes trámites, la Sala Primera de lo Civil de la misma dictó con fecha 18 de junio de 1958 sentencia, por la que confirmaba en todas sus partes la apelada, sin hacer expresa condena de costas en ninguna de las instancias:

RESULTANDO que previa constitución de depósito de 1.500 pesetas, el Procurador don Ismael Pérez-Fontán y Díez de Ure, en representación de don Eleuterio Manuel Rodríguez y Rodríguez, heredero universal de doña Eusebia Abad Villa, interpuso ante este Tribunal Supremo recurso de casación por infracción de ley fundado en los números primero y sexto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consignando al efecto los siguientes motivos:

Primero. Amparado en el número sexto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por estimar infringido por inaplicación el artículo 151 de la Ley de 22 de diciembre de 1955; alegando sustancialmente que conforme a la doctrina jurisprudencial—sentencias de 7 de abril de 1943, 18 de enero y 14 de noviembre de 1945, 24 de abril y 13 de mayo de 1947—era preciso atacar la infracción denunciada en base al número sexto del artículo 1.692 de la Ley de enjuiciar, por cuanto que dicha infracción está referida en la norma de derecho reguladora de poder jurisdiccional y, en cambio, la del número sexto del artículo 1.693, está limitada a los supuestos de incompetencia territorial y efectos de forma; que en el caso original del presente recurso se ejercitaba una acción declarativa que, aun estando íntimamente vinculada con una relación contractual arrendaticia urbana, no está comprendida por su naturaleza y condición en el ámbito de la Ley especial de alquileres, entre otros motivos, porque para ejercitar las acciones de tanteo y retracto, conforme a los artículos 63 y 64 de la Ley de 31 de diciembre de 1946, legislación vigente cuando acaecieron los hechos causantes del pleito, era preciso recordar dos aspectos importantísimos y fun-

damentales: a) El tanteo constituye una institución legal de contenido concreto y limitado y precisa de varios elementos: primero, oferta de venta; segundo, existencia de tercero interesado en la compra; tercero, derecho preferente para la adquisición de la cosa arrendada a favor del inquilino; cuarto, aceptación del ofrecimiento del comprador por el inquilino; que dándose los cuatro requisitos expresados, el tanteo, como medio arbitrado para la adquisición de la cosa arrendada, quedaba cumplido y agotado y los derechos y acciones que recíprocamente corresponden al vendedor y comprador a virtud del tanteo, tienen que hacerse efectivos por vía ordinaria, prescindiendo de cualquier procedimiento o juicio de carácter especial; que pensando que si un arrendador ofrece, conforme a la Ley especial de alquileres, en venta al arrendatario el cuarto que éste lleva en arrendamiento y el inquilino acepta el ofrecimiento, a partir de dicho instante, el tanteo queda consumado, aun sin haberse procedido al otorgamiento de escritura pública y aunque el inquilino no hubiere hecho entrega del precio; que en tal supuesto, si con posterioridad el inquilino no quisiera y se negara a suscribir la escritura pública de compraventa y a entregar el precio convenido preguntaba el recurrente cual sería el procedimiento adecuado para que el arrendador pudiera obligar al remiso inquilino al cumplimiento de tales obligaciones; entendiéndose que el único posible era el juicio ordinario declarativo, porque la Ley no arbitra otro distinto; que si modificaban el supuesto referido y el incumplidor de las obligaciones era el vendedor, consideraba que el inquilino sólo puede utilizar el procedimiento ordinario, no el de tanteo, que quedó agotado y consumido con el ofrecimiento del arrendador y la aceptación del inquilino; b) que el ofrecimiento de venta hecho a doña Eusebia Abad Villa, pesa a que en la notificación se alude a la Ley de Arrendamientos Urbanos, está realizado al margen de las disposiciones de dicho ordenamiento legal y quedaba convertido en un ofrecimiento puro y simple, y ello en razón a que el tanteo, como instituto legal, implica la concurrencia de dos o más personas interesadas en la compra de la misma cosa, estableciéndose entre ellas, a modo de una polémica económica, de la que resulta vencedor el que mayores ventajas, en cuanto al precio se refiere, aporte al propietario oferente; que en el caso de autos no había existido ningún presunto comprador que discutiera el ofrecimiento de venta aceptado por doña Eusebia Abad Villa; el tercero en discordia era imaginario, había carecido de existencia y ni siquiera, por tanto, aparecía aludido por los demandados; que lo expuesto revela que no había existido tanteo legal, y como quiera que el artículo 63 de la Ley alude al derecho de tanteo concedido al inquilino para que tal derecho tuviera efectividad, precisó de la concurrencia de un tercero aspirante a la compra de un piso, y al no haberlo no podía operar el supuesto del artículo 63 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, y tal circunstancia permitía afirmar que el ofrecimiento de venta efectuado por los dueños de la casa a doña Eusebia Abad era ajeno al ordenamiento especial regulador de las relaciones arrendatarias urbanas, de donde se colige que el procedimiento entablado y el derecho que intentaba hacer efectivo en nombre del recurrente era ajeno a la Ley especial aludida; c) que si ha existido o no ofrecimiento válido del cuarto, debatido a doña Eusebia Abad Villa, y si esta última dió la conformidad aceptando la oferta, constituyen problemas que sólo pueden y deben ser resueltos en el juicio ordinario declarativo, pues, como este Supremo Tribunal señala en sentencias de 24 de febrero de 1950, 17 de marzo de 1948, 27 de noviembre de 1950, 21 de abril de 1951 y 14 de junio de 1957,

cuando las acciones ejercitadas, aunque propias de la relación arrendatária, no se fundamenten en derechos reconocidos en la precitada Ley (como eran las relativas al nacimiento, eficacia y extinción de los contratos, su ratificación o revocación) debían ser resueltas conforme a las normas procesales y sustantivas comunes en el amplio debate del juicio declarativo correspondiente; que no podía ofrecer duda alguna que con la demanda promovida, doña Eusebia Abad pretendía que se declare la existencia de un contrato de compraventa a su favor, y de accederse a tal declaración se condene a los demandados al cumplimiento de las obligaciones que como vendedores le corresponden, cuestiones todas ajenas a la Ley especial de Alquileres; d) que por último, el juicio declarativo, por su amplitud ofrece a los litigantes mayores garantías de defensa, sin que, por tanto, sus derechos se menoscaben y limiten; que sólo cuando los interesados en el litigio se encontraran en inferior situación y sus derechos sustantivos y adjetivos se vieran disminuidos, sería lícito oponerse al procedimiento plenario, pero nunca cuando ocurre lo contrario; y que al no entenderlo así, la sentencia recurrida ha infringido el artículo 181 de la Ley de 31 de diciembre de 1946, sustituido por el 151 de la vigente de Arrendamientos Urbanos.

Segundó. Amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción, por inaplicación de los artículos 1.254, 1.255, 1.256, 1.257 y 1.258 del Código Civil, alegando en concreto que como quiera que la sentencia recurrida no había llegado a entrar a conocer el fondo del litigio, ha inaplicado las normas legales citadas en el epígrafe, que sirve de base y fundamento a la pretensión deducida en la demanda, de donde resulta que, de ser estimado el anterior motivo del recurso, forzosa y necesariamente había de ser estudiado y resuelto el fondo del litigio a la luz de los preceptos referidos, los cuales, por no haberse aplicado, daban lugar a la infracción denunciada; que si el ofrecimiento de venta efectuado por los demandados a la causante del recurrente en relación con el cuarto de autos y la aceptación de dicha señora, dió origen al nacimiento de un contrato de compraventa perfectamente válido y lícito, generador de derechos y obligaciones recíprocos para los contratantes, conforme al artículo 1.445 del Código Civil, surtiendo plena eficacia legal entre los interesados, por cuanto prestaron su consentimiento, viniendo obligados al cumplimiento de lo expresamente pactado, sin que la validez de lo convenido pueda quedar al arbitrio de uno de los contratantes; que los demandados con evidente olvido de la vinculación contractual que les liga con la causante del recurrente, pretendían desconocer la existencia del negocio jurídico creado y las obligaciones que del mismo se derivan a favor del recurrente, vulnerando con su conducta normas tan elementales como las citadas, de indiscutible exigibilidad, conforme a los artículos 1.090 y 1.091 del Código sustantivo; que en rigor de verdad, la representación contraria, en su escrito de contestación, reconocía implícitamente la certeza de los hechos que servían de base a la acción, y la única diferencia fáctica consiste en considerar que doña Eusebia Abad contestó al ofrecimiento de venta pasados los treinta días desde la recepción de la cédula notarial, siendo así que, según oficio de la Administración de Correos obrante en autos, la expresada cédula llegó a poder de la inquilina tres días después de la fecha desde la cual computan los demandados el término referido;

RESULTANDO que, admitido el recurso por la Sala e instruida la parte recurrente, única personada en los autos, se declararon éstos conclusos, dándose traslado a dicha parte por término de diez

días a los efectos del artículo quinto del Decreto-ley de veintidós de abril de 1955, y habiéndose dejado transcurrir dicho término sin evacuar dicho traslado, quedaron los autos para sentencia;

VISTO, siendo Fomenté el Magistrado don Francisco Bonet Ramón:

CONSIDERANDO que la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 31 de diciembre de 1946 estableció en favor del inquilino un derecho de adquisición preferente «jus praelationis» de la vivienda arrendada, desdoblado en los derechos de tanteo y retracto, habiendo declarado la sentencia de 5 de diciembre de 1950, insistiendo en la doctrina de la de 22 de noviembre de 1951, que aun cuando tales derechos tengan notas diferenciales, su naturaleza y finalidad son las mismas, por cuanto los dos implican una preferencia de adquisición, si quiera una vaya encaminada a impedir una venta que va a celebrarse, y se dirija el otro a la resolución de la ya realizada;

CONSIDERANDO que, según resulta del artículo 180 de la Ley, de 31 de diciembre de 1946—reproducido en el artículo 151 de la vigente de 22 de diciembre de 1955, texto articulado aprobado por Decreto de 13 de abril de 1956—, sólo se sustanciarán conforme a lo dispuesto en las Leyes procesales comunes, las acciones que, aunque propias de la relación arrendatária urbana, no se fundamenten en derechos reconocidos en dicha Ley especial;

CONSIDERANDO que, declarado por la sentencia recurrida que, siendo notorio y evidente que la actora en el actual juicio, lo que ejercita es el derecho de tanteo arrendatario concedido por el artículo 63 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, texto articulado de 21 de marzo de 1947, hoy 47 de la vigente, como claramente se infiere del fundamento segundo de la demanda, como sustentada en el arrendamiento de su finado marido, primitivo arrendatario, así como del suplico de aquélla en que expresamente pide ese dicte sentencia declarando la existencia de un contrato de compraventa entre los demandados como vendedores y la demandante como compradora en los términos, precio y condiciones que ordenan los artículos 63 y siguientes de la Ley de Arrendamientos Urbanos, todo lo cual implica el reconocimiento por la arrendataria de que el derecho que reclama y por consiguiente la acción que ejercita es propia de la legislación especial, y tan propia que hasta que se publicó la primera Ley sobre la materia de arrendamientos urbanos no existía en ninguna Ley civil ordinaria el derecho de tanteo arrendatario, y como tal derecho propio de ella tiene que sustanciarse, no por el juicio de mayor cuantía a que acudió la actora, sino por el trámite de los incidentes que para el ejercicio de los derechos reconocidos en la legislación especial establecen los artículos 185 y 123 de las Leyes de Arrendamientos Urbanos de 1946 y vigente del 56 (considerando primero), el motivo primero del recurso, al amparo del número sexto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la inaplicación del artículo 151 de la Ley de 22 de diciembre de 1955, siendo desestimable, pues como declara la sentencia de 20 de abril de 1955, la excepción alegada en el pleito y la cuestión presentada en el motivo, no es en realidad problema de incompetencia de jurisdicción, sino de procedimiento aplicable, porque los hechos y lo propugnado están dentro del ámbito de la jurisdicción ordinaria, según doctrina de la sentencia de 17 de mayo de 1948, siendo cosas distintas, como establece la sentencia de 3 de mayo de 1955, el abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción por parte de los Jueces y Tribunales, y el hecho de que en la tramitación de un juicio no se siga el procedimiento señalado en las Leyes procesales para los de su clase, lo que en nada afecta a la jurisdicción con

que se actúa, puesto que el juzgador en ese caso obra dentro de la que le corresponde, y si procediese erróneamente, pues dep las partes litigantes ejercitar oportunamente los recursos ordinarios y hasta el extraordinario de nulidad para que se siga la tramitación debida, doctrina legal que hace decaer el motivo examinado y el segundo, que no puede estimarse de casación por no combatir la sentencia impugnada al referirse al fondo del asunto que no ha sido apreciado por el juzgador de instancia al estimar la excepción propuesta por los demandados, procediendo en su virtud la desestimación íntegra del recurso.

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por don Eleuterio Manuel Rodríguez y Rodríguez contra la sentencia que con fecha 18 de junio de 1958 dictó la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid; condenamos a dicho recurrente al pago de las costas y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará la aplicación legal; y librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» e insertará en la «Colección Legislativa», pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Francisco Eyre Varela.—Francisco Bonet Ramón.—Joaquín Domínguez de Molina.—Vicente Guillarte González.—Manuel Taboada Roca.

Publicación.—Leída y publicada fué la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Francisco Bonet Ramón, Magistrado de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo. Ponente que ha sido en estos autos, celebrando audiencia pública la misma en el día de su fecha, de que como Secretario certifico.—Emilio Gómez Vela.

En la villa de Madrid a 10 de marzo de 1961; en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 23 de los de esta capital, y en grado de apelación ante la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de esta capital por doña Juana Ibáñez Ajuria, mayor de edad, viuda, sin profesión especial y de esta vecindad, por sí y en representación de sus menores hijos Francisco José, José Antonio, Juan Ignacio y María del Carmen Serraller Ibáñez, con doña Mercedes Hermida Mella, también mayor de edad, viuda y de igual vecindad, sobre acción de nulidad de procedimiento judicial sumario y otros extremos; autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto a nombre de la parte demandada, representada por el Procurador don Francisco de Brualta Entenza y dirigida por el Letrado don Ernesto Carranceja de Benito; habiendo comparecido en el presente recurso la parte demandada y recurrida, representada por el Procurador don Paulino Monsalve Flores y dirigido por el Letrado don Juan Montes:

RESULTANDO que por el Procurador don Paulino Monsalve Flores, en representación de doña Juana Ibáñez Ajuria, por sí y en representación de sus menores hijos Francisco José, José Antonio, Juan Ignacio y María del Carmen Serraller Ibáñez, mediante escrito de 25 de noviembre de 1954, formuló demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra doña Mercedes Hermida Mella sobre reclamación de préstamo con garantía hipotecaria sobre inmueble gravado, y en cuya demanda, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que creyó oportunos, terminó suplicando se dictase sentencia, declarando:

Primero. La nulidad del procedimiento judicial sumario que instó la demandada y está en trámite.

Segundo. Como consecuencia de esta declaración de nulidad, para que mande dejar sin efecto la administración y posesión ínterina constituida, condenando que devuelva a los actores el importe recaudado por la administración, sin deducir de la misma nada por gastos ni concepto alguno.

Tercero. Para que condene a la referida demandada a que indemnice a los actores los daños y le resarza los perjuicios que, por virtud y como consecuencia del indicado procedimiento judicial, les ha originado, representados por el interés legal de las cantidades que importan las rentas percibidas por la administración del piso.

Cuarto. Y para que se condene a la demandada a que rinda cuentas de la administración y de las rentas cobradas; y

Quinto. Al pago de las costas.

RESULTANDO que por el Procurador don Francisco Brualta Entenza, en nombre de doña Mercedes Hermida Mella, mediante escrito de 4 de marzo de 1955, se contestó a la demanda, reconociendo como ciertos los hechos de la misma, y formuló acto seguido reconvencción, que basó en los siguientes hechos:

Primero. Que en la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número tres de los de esta capital en autos de mayor cuantía seguidos por doña Mercedes Hermida contra don Moisés Alvarez, doña Juana Ibáñez y otros, con fecha 18 de noviembre de 1953 se dice en el considerando octavo (sin perjuicio de los derechos que puedan asistir a doña Mercedes Hermida contra tales herederos (doña Juana Ibáñez y sus hijos) para repetir por título y hechos distintos de la improbada sociedad, los cuales se les reservan por sí estimara oportuno ejercitarlos); y en el considerando decimotercero de lo misma sentencia se dice: «Que aun admitida la versión de la demandada doña Juana Ibáñez, no puede conceptuarse existente el negocio ni tampoco ordenarse la cancelación de las garantías tomadas —hipoteca y prenda— ínterin no están extinguidas las obligaciones que aquéllas aseguran hecho extintivo que al amparo de la doctrina sobre el «onus probandi», ya invocada, anteriormente incumbía acreditar a la dicha doña Juana, la cual no sólo no ha traído plena probanza de la solución de las obligaciones de su difunto esposo, avaladas por su señora madre, sino que en autos hay constancia plena, alguna de ellas en trance de reclamación, tales como referentes a las letras de cambio (crédito esgrimido por don Moisés Alvarez) a que antes se ha aludido, y por ello procede desestimar la pretensión deducida por la señora Ibáñez...»; que como corolario de lo anterior, la parte dispositiva de la sentencia referida dice: «Tercero. Que estimando totalmente la reconvencción deducida por don Moisés Alvarez contra doña Mercedes Hermida, debo condenar y condeno a ésta a satisfacer al señor Alvarez la suma de 480.000 pesetas, importe de la letra de cambio por ella aceptada y a que se reñere el considerando decimotercero de esta resolución, más los intereses legales de la referida suma, computados a partir del día siguiente al que tuvo lugar el protesto por impago de la mencionada cambial; todo ello con las reservas de derecho a que se ha hecho alusión también en los fundamentos jurídicos de esta sentencia...» Que queda acreditado con la cantidad de cosa juzgada que doña Mercedes Hermida ha sido condenada al pago de la citada suma a don Moisés Alvarez por concepto o causa de una deuda del difunto hijo don José Antonio Serraller Hermida.

Segundo.—Prescindiendo de si la escritura de préstamo hipotecario, prenda otorgada ante el Notario de Madrid don Santiago Pelayo, con fecha 10 de julio

de 1947, por doña Mercedes Hermida y su difunto citado hijo de si es un fiel reflejo de lo que ella ha consignado o encubre un contrato de garantía, lo cierto es que la señora Hermida está pagando en ejecución de sentencia a don Moisés Alvarez Alonso la suma de 480.000 pesetas de principal, intereses, etc.; que en su consecuencia la señora Hermida reconviene a los actores de esta litis de pago de las cantidades precitadas, no sólo en mérito de lo expuesto, sino en el requerimiento notarial (documento número uno); que en dicho requerimiento dice la ahora demandante: «Segundo. Que como la expresada letra-tapoco responde a deuda efectiva a favor de don Moisés Alvarez, sino que fué librada como garantía de una operación entre dicho señor y don José Antonio Serraller, que oportunamente fué salvada.»

Tercero. Que del requerimiento notarial antes aludido y de la sentencia dictada que ejecuta don Moisés Alvarez resulta que si se atiende a dicho requerimiento, este señor ha cometido varias figuras de delito al cobrar o haber efectiva dicha cambial, y si, por el contrario, fuese cierta la venta, sería la demandante doña Juana Ibáñez quien estaría incurso en responsabilidad penal por hacer tan graves afirmaciones en documento público a ciencia y paciencia de su falsedad. Y después de invocar los fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando se dictase sentencia estimando en todas sus partes la reconvencción formulada y condene a los demandados a hacer pago a la demandada de las 480.000 pesetas de principal reclamadas y ejecutadas por don Moisés Alvarez Alonso en virtud de la sentencia dictada con fecha 18 de noviembre de 1953 por el Juzgado de Primera Instancia número tres de esta capital, más intereses legales de gastos y costas que resultaren en dicho procedimiento por ese concepto junto con los intereses legales de la suma que resultare y daños y perjuicios que serán fijados en ejecución de sentencia y costas del presente procedimiento en cuanto a la reconvencción afecta.

RESULTANDO que por el Procurador don Paulino Monsalve Flores, en nombre de doña Juana Ibáñez e hijos, mediante escrito de 18 de marzo de 1955, evacuó el traslado que para réplica le fué concedido, ratificando los hechos y fundamentos de derecho expuestos en su escrito de demanda, y contestó a la reconvencción exponiendo como hechos:

Primero. Por él manifiesta su conformidad con el de la reconvencción; que no obstante esta coincidencia de verdades, no puede admitir, porque no es, a su juicio, alegación factiva oportuna, que referida sentencia tenga valor de cosa juzgada, por la condena a doña Mercedes Hermida Mella obligándole a pagar a don Moisés Alvarez Alonso, en virtud, o por vía, dicha responsabilidad (venganza de una deuda del difunto don José Antonio, marido y padre de los actores, con aquel señor. Contra tal pretensión o pone, como cosa verídica, de más significación y trascendencia al respecto, que esa condena no obedece a ninguna declaración de responsabilidad de dicha señora por obligaciones cumplidas o a cumplir, contraídas por su finado hijo, estando claramente perceptible que son cosas distintas las de dicho fallo y que por su virtud nace derecho a su favor para reintegrarse del importe a que ascienda de los herederos de su referido finado hijo José Antonio; que ante esta inadmisibile pretensión procede fijar con la mayor exactitud el motivo a que ha de atribuirse indicado fallo, ya que por ello se verá y comprenderá la inexistencia de derecho que confiere acción a doña Mercedes para pedir y conseguir sobre todo el reembolso del importe de lo que haya pagado o tenga que pagar al señor Alvarez Alonso, objeto preciso de la re-

convención, a cuyo fin considera de imprescindible conocimiento, dándole su necesaria intrascendencia de los antecedentes que pasa a referir:

a) Con causa o razón de las operaciones mercantiles a que se dedicaba el difunto José Antonio, su madre doña Mercedes intervenía en ellas garantizándole según las exigencias de cada operación o acomodándose a las que pedían las personas que contrataban con su hijo, garantía que se garantizaba en afianzamiento, créditos bancarios, vaies e incluso aceptando letras de cambio en la que intervenía como librador su referido hijo.

b) Ambos estimaron preciso prever los riesgos que la madre afrontaba, para que siempre quedara a salvo y bien respaldado de peligro económico la responsabilidad que contraía en favor de su hijo; que para ello pensaron en un documento en el que se figurarían las declaraciones de un préstamo simple hecho por la madre al hijo, garantizándosele con hipoteca al piso de la calle del General Mola, número 27, duplicado, propiedad de José Antonio; una vez que esto quedó perfezado y concretado, ambos acudieron ante el Notario don Santiago Pelayo Hore, otorgando una escritura pública en la que quedó reflejadas las relaciones jurídicas que ha indicado, manifestándose contra la verdad un préstamo de 875.000 pesetas, facilitadas con anterioridad por la madre al hijo y que éste le garantiza por 300.000 pesetas de principal con la hipoteca voluntaria que constituye sobre su referido piso y las restantes 375.000 pesetas del fallo, crédito que reza en la escritura, con prenda sin desplazamiento, de los muebles y ajuar ya referidos, garantía inmobiliaria que debida a su causa tenía veto de acceso al Registro de la Propiedad, ya que ésta penidía del hecho que determinó su constitución, no la del supuesto préstamo que se figuraba en cuanto fué prevista como fórmula de seguridad a dicha señora por los riesgos que corriera su patrimonio debido a las responsabilidades que compartía o que corría su patrimonio por obligaciones de su hijo, ante lo que bien se comprende, que sería únicamente exigible, y por tanto inscribible en el caso de que por sus intervenciones se viera en el trance de cumplir pagando por su hijo obligaciones que le garantizaba; es cierto que así procedió doña Mercedes en vida de su hijo; es decir, con la escritura en su poder y con la evidente posibilidad de proceder a la inscripción de la garantía siempre que la fuera inmediatamente necesaria por cualquier evento de los previstos para su otorgamiento; pero una vez fallecido su hijo, con la escritura en su mano y con la facilidad de convertir en un crédito a su favor cierto líquido y vencido lo que no era otra cosa que la expresión de una fiducia o contrato fiduciario concedido bajo la apariencia de préstamo y de la hipoteca explicados, sintió la ambición de cobrar lo que no tenía derecho alguno, y llevándose de este mal pensamiento presentó la escritura en el Registro, inscribió la hipoteca y en seguida ejecutó, al amparo del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, la acción que dicho precepto desenvuelve, provocando ante el Juzgado de Primera Instancia número 12 de esta capital las actuaciones que dan sentido a indicado procedimiento, nada menos que el reembolso del capital prestado, intereses, y costas y ya en la pendiente de la ambición la posesión interina del piso y la administración del mismo; que se desenvolvió y sigue actuando como se dice, la nulidad de este procedimiento una de las pretensiones que formula en la demanda que inicia este declarativo no ofrece duda en vista de lo que acaba de exponer puesto que su veracidad por el señor Juez de Primera Instancia del Juzgado número tres de esta capital en pleito declarativo de mayor cuantía, instado por la ahora reconveniente contra los actores y varios

procedimientos a los que ha aludido invocándolas por su interés a los más fines del presente pleito.

c) Por intervención de esta señora aceptando una letra de cambio librada por su hijo a la orden de Moisés Alvarez Alonso, por valor de 480.000 pesetas, el día de su vencimiento no la hizo efectiva, por lo que dicho tenedor ordenó su protesto, y ante el Notario que procedió a levantarlo tachó de falsa, la firma de aceptación; el señor Alvarez Alonso, al enterarse de todo ello, promovió juicio ejecutivo y se procedió al embargo; la ejecutada se opuso formulando incidente que fué resuelto por sentencia mandando seguir la ejecución, y apelada esta sentencia la Sala revocó la misma absolviéndola y declarando nulo el juicio ejecutivo; don Moisés Alvarez Alonso en definitiva dedujo demanda de juicio de mayor cuantía; en este nuevo pleito el citado Alvarez Alonso reconviene para padir contra doña Mercedes sentencia que la condene como librada aceptante al pago de la letra de cambio de que es titular como tenedor legítimo, o sea la cantidad de 480.000 pesetas, intereses legales y costas y por el Juez número tres se dictó sentencia por la que resulta condenada doña Mercedes a pagar a Alvarez Alonso esa cantidad, sus intereses desde el día del protesto; que tal sentencia no cabe estimarla ahora a los fines de la reconvencción, cosa juzgada, para por virtud de su santidad comprender incluidos en el particular tercero del fallo a doña Juana Ibañez e hijos.

Tercero. Vuelve a insistir esta parte en que ni como supuesto se puede admitir de que le escritura de 10 de junio de 1947, otorgada por las partes ante el Notario don Santiago Pelayo, exprese o sirva de título a un préstamo simple con garantías hipotecaria y pignoraticia, como asimismo insiste en que por sentencia firme del Juzgado número tres, actualmente cosa juzgada, la escritura ha sido valorada como título que bajo la apariencia del contrato de préstamo a que de expresión encubre realmente otro de garantía por el cual doña Mercedes cubría los riesgos que pudieran acarrearles las que prestaban a su difunto hijo José Antonio; que tampoco puede admitirse que por tener que pagar dicha señora a Moisés Alvarez Alonso las 480.000 pesetas intereses y costas haya que reconocer que lo sea por virtud de obligaciones cumplidas derivadas por las garantías prestadas a su hijo. Y después de alegar como fundamentos de derechos aquellos que estimó de aplicación, terminó suplicando se dictase sentencia en los términos que tenía interesados y a la vez rechazando la reconvencción y absolviendo a sus representados.

RESULTANDO que por el Procurador don Francisco Brualla, en nombre de doña Mercedes Hermida Mella, mediante escrito de 13 de abril de 1955, evacuó el traslado de dúplica dando por reproducidos los hechos consignados en su escrito de contestación y reconvencción y ratificando los fundamentos de derecho alegados, para terminar suplicando se dictase sentencia según tenía interesado. Por medio de otrosí solicitó el recibimiento del pleito a prueba:

RESULTANDO que recibido el pleito a prueba se practicó a instancia de la demandante la de confesión judicial y testifical; y a instancia de la parte demandante la de confesión judicial, documental pública y testifical:

RESULTANDO que unidas a los autos las pruebas practicadas y seguido el juicio por sus restantes trámites, el Juez de Primera Instancia número 23 de los de esta capital dictó sentencia con fecha 13 de octubre de 1955, con el siguiente fallo: Que estimando la demanda formulada por el Procurador don Paulino Monsalve Flores, en nombre y representación de doña Juana Ibañez Ajuria, por sí y en representación de sus hijos menores don Francisco José, don José Antonio, don Juan

Ignacio y doña María del Carmen Serraller Ibañez, debo declarar y declaro la nulidad del procedimiento judicial sumario que instó la demandada doña Mercedes Hermida Mella y está en trámite, ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de esta capital, sobre reclamación de préstamo, con garantía hipotecaria, mediante efectividad de dicho gravamen, sobre el inmueble piso cuarto izquierda, correspondiente a la planta sexta de elevación de la casa número 29, antes 27 duplicado, de la avenida del General Mola, de esta capital. Por consecuencia, debo mandar y mando dejar sin efecto la administración y posesión interina constituida sobre el referido piso, condenando a la expresada doña Mercedes Hermida Mella a que devuelva a los actores en importe de lo recaudado por la administración, sin deducir de la misma nada por gastos ni concepto alguno, condenándola también a que indemnice a los demandantes los daños y perjuicios que, por virtud y como consecuencia del indicado procedimiento judicial, les ha originado, y están representados por el interés legal de las cantidades que importan las rentas percibidas por la administración del piso, a liquidar desde las fechas respectivas de la recaudación de las mismas, y por todos los gastos judiciales, honorarios del señor Secretario judicial, Procurador, Letrado, y suplidos originados en el procedimiento, que se hayan hecho efectivos o tengan que sufragar los demandantes; y condenando asimismo a doña Mercedes Hermida a que rinda cuentas a los actores de la administración y de las rentas cobradas por su participación del 17,80 por 100 de la casa sita en la plaza de la Beata María Ana de Jesús, sin número de orden, hoy señalada con el número 13, administración que viene ejerciendo doña Mercedes Hermida Mella desde el día de la muerte de su hijo don José Antonio Serraller Hermida, condenándola, como consecuencia de ello, a que le reembolse las cantidades que les corresponde por su participación en las indicadas rentas, conforme a la rendición que debe hacerse de las mismas, que ha de remitirse (conforme se interesa en el escrito de réplica, folio 154 vuelto) a lo correspondiente al período de tiempo comprendido desde el día siguiente al fallecimiento de don José Antonio Serraller Hermida (ocurrido en 6 de agosto de 1949) hasta el 21 de marzo de 1954, en que dejó de cobrar dichas rentas doña Mercedes Hermida, por haber constituido administración judicial sobre las mismas el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Madrid a solicitud de don Moisés Alvarez Alonso. Estimando la reconvencción formulada por el Procurador don Francisco Brualla Entenza, en nombre y representación de la demandada doña Mercedes Hermida Mella, y desestimando las excepciones opuestas por los actores reconvenidos, debo condenar y condeno a estos últimos a que paguen a la referida doña Mercedes las 480.000 pesetas de principal reclamado y ejecutadas por don Moisés Alvarez Alonso, en virtud de la sentencia dictada con fecha 18 de noviembre de 1953 por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de esta capital en los autos de mayor cuantía seguidos a instancia de dicha doña Mercedes Hermida contra el expresado don Moisés Alvarez y otros, más intereses legales, gastos y costas que resultaren de dicho procedimiento por ese concepto y daños y perjuicios que serán fijados en ejecución de sentencia; desestimando el pecuniario relativo al pago de los intereses de la suma que resultare, del que absuelvo a los actores reconvenidos. Todo ello sin condena de costas:

RESULTANDO que apelada dicha sentencia por la representación de doña Juana Ibañez Ajuria, por sí y en representación de sus hijos, y sustentada la alzada con arreglo a derecho, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de esta capital dictó sentencia con fecha 9 de abril de 1956, revocando la recurrida en el particular relativo a la demanda recon-

venacional, único tema del presente recurso y desestimando dicha demanda, absolviendo a los demandados en la misma, y no hizo declaración en cuanto a las costas causadas en ambas instancias:

**RESULTANDO** que por el Procurador don Francisco Brualla Entenza, en nombre de doña Mercedes Hermida Mella, se ha interpuesto recurso de casación por infracción de Ley contra la anterior sentencia, al amparo de los números primero y séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y con base en los siguientes motivos:

Primero. Autorizada por el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción por no aplicación de los artículos 1.838 y 1.839 del Código Civil y de la doctrina recogida en las sentencias del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1898 y 21 de abril de 1931. Dice el recurrente que la sentencia recurrida fundamenta su fallo en los considerandos segundo y tercero de la misma y que copia a continuación, añadiendo que no tuvo presente el Tribunal «a quo» que el crédito que ejecutó y realiza el señor Alvarez contra el recurrente trae por causa un contrato de garantía en sentido estricto, en virtud del cual la recurrente pone su firma como aceptante de una letra para garantizar a su hijo don José Antonio Serraller del pago de una deuda al citado señor Alvarez; y tal giro cambiario ha sido hecho efectivo por la recurrente como fiadora no subsidiaria, sino con carácter principal, extremo que no hace inoperante el contrato de fianza porque ese Alto Tribunal enseña que «por consistir la fianza en la obligación de cumplir los compromisos contraídos por un tercero para el caso de no hacerlo éste, cabe que el fiador se obligue solidariamente con el deudor principal, sin perder con ello el contrato su naturaleza propia», enseñando también que el fiador que haya pagado podrá repetir contra el deudor por la totalidad de lo que por él hubiera satisfecho; y añade la parte recurrente que, aun con independencia del negocio causal y considerando solamente el negocio «sine causa» de la letra, resulta que de ésta aparece la obligación de pago del señor Serraller, ya que dicho instrumento cambiario fué librado por dicho señor a la orden de don Moisés Alvarez, siendo aceptada cambiaria la recurrente, por lo que inicia el Tribunal «a quo» cuando considera «que no se sabe con certeza si el valor del efecto pagado benefició o no a don José Antonio Serraller Hermida para en caso afirmativo repetir lo pagado contra sus herederos; que tanto por el negocio causal como por la letra, el señor Serraller venía obligado al pago al señor Alvarez, y si dicho pago no lo hubiese hecho efectivo la recurrente como aceptante, es claro que el librador de la letra respondería frente al tenedor de la misma, a cuya orden se le giró, señor Alvarez; ello acreditado en definitiva que aunque en los autos no se hubiera probado, como efectivamente se probó, cuál era el origen de la letra, lo incontestable es que la obligación como deudor del señor Serraller frente al señor Alvarez estaba implícitamente en el propio instrumento de cambio; que, como dice la sentencia apelada, fué condenada la recurrente al pago de 480.000 pesetas, importe de la susodicha letra, al señor Alvarez Alonso, por concepto o causa de deuda del difunto hijo de doña Mercedes, don José Antonio Serraller, de quien son herederos o causahabientes doña Juana Ibáñez Ajuria y sus hijos, habiendo reconocido dicha señora doña Juana que dichas pesetas 480.000 no representan una deuda de doña Mercedes, sino una deuda de don José Antonio Serraller, extremo que reconoció en documento público unido a los autos (documento número 1 de la reconvencción).

Segundo. Autorizado por el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documentos auténticos, que demuestra la

evidente equivocación del juzgador. Se basa la sentencia recurrida para desestimar la reconvencción formulada por la recurrente en la consideración básica de que tal acción reconvenccional «precisa ser probada en su realidad fáctica, o sea, que la deuda era personal y gravaba, por tanto, el patrimonio del esposo y padre de los aquí reconocidos (sic)»; dice la recurrente que es inconcuso que se trata de una deuda personal del difunto señor Serraller, según resulta no sólo de la cantidad de cosa juzgada, sino también del contrato mercantil cambiario, en donde el señor Serraller gira como librador a la orden del señor Alvarez y a cargo de su madre, quien aceptó; como se ha visto, todas estas cuestiones han sido objeto de distintos «cuasi contratos de litis contestatio» en los que han sido y son parte los recurrentes en este trámite, por cuyo motivo están ligados por las consecuencias que de los mismos se siguieren, inversamente a lo que parece afirmarse en la sentencia, y que ha relatado en lo esencial; que aunque dichas resoluciones judiciales no dejaran patentes el evidente error de hecho en la apreciación de las pruebas, resulta éste, por otra parte, según se acredita de manera inconcusa, de los resultados de los dos fallos originadores, donde la esposa y madre reconvenida, señora Ibáñez, dice en documento público a la recurrente y vuelve a reafirmarlo en confesión judicial (extremos estos documentos público y confesión misma, que olvida la sentencia de la Audiencia, al afirmar en el primero de los dos considerandos que transcribió que sólo se basaba la reconvencción en la sentencia del Juzgado número 3, lo que es totalmente incierto), con relación al fondo de la acción reconvenccional «que como la expresada letra tampoco corresponde (sic, debe ser «responde») a deuda efectiva a favor de don Moisés Alvarez, sino que fué librada como garantía de una operación entre dicho señor (don Moisés Alvarez) y don José Antonio Serraller que oportunamente fué saldada...», lo cual acredita plenamente que aun haciendo caso omiso del resto de las pruebas, cosa imposible en sí misma, la recurrente pagó como fiadora del esposo y padre de los reconvenidos, y precisamente en cumplimiento de un mandato judicial, con lo cual ha dado cumplimiento total al principio de carga de la prueba que sanciona el artículo 1.214 del Código Civil, invocado por la sentencia recurrida, para achacar con manifiesto error, que no dió cumplimiento al mismo en su momento procesal y cuando es más cierto que el documento público a que viene refiriéndose aparece unido con el número 1 a la demanda de reconvencción tan repetida:

**VISTO**, siendo Ponente el Magistrado don Pablo Murga Castro:

**CONSIDERANDO** que contraído el presente recurso de casación al examen de la demanda reconvenccional propuesta por doña Mercedes Hermida Mella, en los autos promovidos por doña Juana Ibáñez Ajuria, por sí y en representación de sus hijos, cuya sentencia quedó firme, a excepción del pronunciamiento a que hace relación este recurso, acotado igualmente para el trámite de apelación, siendo objeto de reconvencción por el Tribunal de instancia, contra la sentencia por éste pronunciada, se alza el presente recurso, preparado y después formalizado por la parte demandada en el pleito y en los dos motivos que contiene, denunciando en el primero, al amparo del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, la infracción, por el concepto de no aplicación, de los artículos 1.838 y 1.839 del Código Civil y de la doctrina comprendida en las sentencias de esta Sala de 29 de diciembre de 1898 y 21 de abril de 1931; y en el segundo, acogido al número 7 del mismo artículo de la Ley Procesal, el error de hecho que atribuye al juzgador, demostrativo de su evidente equivocación, error que, a su entender, re-

sulta de los documentos que, como auténticos, señala:

**CONSIDERANDO** que en este segundo motivo, fundado en que según la sentencia impugnada la actora en la reconvencción, doña Mercedes Hermida Mella, precisaba probar que la deuda que reclama era personal del librador de la letra, don José Antonio Serraller, marido de la hoy recurrida, deuda que agravaba el patrimonio de su esposo, y que por consiguiente a aquélla no pertenecía, aun cuando figurase como aceptante, debe ser desestimado, en razón a que el error de hecho que denuncia, deriva, según la recurrente, de los resultandos de los dos fallos originadores donde la reconvenida ha sostenido en documento público y en confesión judicial que la expresada letra no corresponde a deuda efectiva a favor de don Moisés Alvarez, sino que fué librada como garantía de una operación entre éste y don José Antonio Serraller, que oportunamente fué saldada; manifestación esta que no conduce a la consecuencia que pretende: primero, porque siendo doctrina de esta Sala, que el recurso sólo se da contra el fallo y no contra los considerandos, salvo que constituyan premisas esenciales de aquél, se ha de expresar, que la impugnación que se promueve, menos aún se dará contra los resultandos, por estar limitados a recoger las afirmaciones de las partes; segundo, porque tanto las actuaciones judiciales como las notariales, no son, en principio, documentos ni actos auténticos, según está declarado en las sentencias de 5 de abril de 1943 y 26 de febrero de 1958, respecto a la prueba de confesión y 30 de diciembre de 1955 sobre actas amparadas por la fe extrajudicial; tercero, porque las manifestaciones entrecuñadas y subrayadas, contenidas en el recurso, no se oponen al pronunciamiento impugnado, dado que sólo se dice en éste que no está acreditado por la que ocurre, que la indicada deuda correspondiera al patrimonio del señor Serraller, lo que ya fué antes declarado por el Juzgado número 3—considerando sexto—al indicar que no estaba justificada la simulación relativa que acerca de su importe habla, en aquel entonces, invocado; cuarto, por no haber sido admitida, tanto en el proceso anteriormente sustanciado como en el actual deducido, la existencia de esa supuesta sociedad integrada por la madre y el hijo, pretendida por ella, con tan adverso resultado; y quinto, porque es la propia recurrente la que se encarga de reconocer la ausencia de razón que el motivo envuelve, cuando afirma que las resoluciones judiciales que esgrime para enervar su posición en el recurso «no dejarán patentes el error de hecho que alega sobre la apreciación de la prueba»:

**CONSIDERANDO** que firmes en casación los hechos contenidos en la sentencia recurrida, procede igualmente la desestimación del motivo primero, en razón a no haber sufrido alteración las circunstancias que la Sala de instancia tuvo en cuenta para entender, contra la aseveración de la recurrente, que su firma, como aceptante de la letra de cambio, tuviera origen en la fianza que en favor de su hijo le prestó, a fin de afianzar diversas operaciones por él contraídas, dado que lo cierto es, que, cual se sostiene en la sentencia impugnada, la actora de la reconvencción, lejos de demostrar que dicha cantidad, representativa de 480.000 pesetas fuera abonada, no aparece su aserto acreditado, ni que con su importe, por ella satisfecho, quedarán extinguidas las obligaciones cuya cobertura garantizaba, caso que facultaba al fiador para solicitar del deudor el reintegro de las sumas en su beneficio entregadas, ya que continúa latente la reclamación del acreedor que las facilitó, extinción que no cabe estimar, como se dice en el fallo recurrido «a la mera luz sombría de conjeturas e hipótesis», y si por afirmaciones firmes y categóricas, siendo de extraer las dudas que ha tenido para, en

forma alternativa, solicitar en los autos a su instancia tramitados en el Juzgado 23, que le fueron abonadas, por la actora en el actual, doña Juana Ibáñez Ajuria; bien el importe total de las sumas que reclama o en su defecto el cincuenta por ciento de las mismas, incertidumbre que tuvo en el inicio de aquella reclamación y que le lleva a postular la rendición de unas cuentas y su liquidación, en cuanto a una Sociedad que dice que, con su hijo, ha tenido constituida y que no ha conseguido demostrar, ni con la viuda ni con los otros demandados, dudas en las que aún continúa al no poder ofrecer prueba alguna que sea base y pilar de su pretensión, razones todas, incompatibles con la seguridad que reclaman las actuaciones judiciales, y por las cuales procede rechazar este motivo, y con él, el recurso en su totalidad:

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto a nombre de doña Mercedes Hermida Mella, contra la sentencia que con fecha 9 de abril de 1946 dictó la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid; 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 Pablo Murga Castro, Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y Ponente que ha sido en estos autos, celebrando audiencia pública, la misma en el día de su fecha, de que como Secretario certifico.—Por mi compañero señor Rey-Stolle.

#### Autos

Don Rafael González Besada y Caballero, Secretario de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo,

Certifico: Que en el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por doña Irene Tercero Laurenz y otros en los autos seguidos contra doña Martina Larrayoz Tornacoa y otras, sobre cumplimiento de contrato de mandato y otros extremos, aparece haberse dictado por la expresada Sala el siguiente auto:

RESULTANDO que ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Pamplona se presentó demanda de juicio declarativo de mayor cuantía por doña Irene Tercero Laurenz y otros contra doña Martina Larrayoz Tornacoa y otras, sobre cumplimiento de contrato de mandato y otros extremos, dictándose sentencia por dicho Juzgado con fecha 28 de junio de 1959, por la que desestimando la demanda formulada, absolvió de la misma a los demandados:

RESULTANDO que apelada dicha resolución por la parte demandante, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona dictó sentencia con fecha 10 de febrero de 1959, confirmando la del Juzgado, e interpuesto recurso de casación por infracción de ley por la propia parte, ha sido formalizado ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y comunicados los autos al Ministerio Fiscal, los despachó con la fórmula de «Vistos»:

RESULTANDO que la parte recurrente, en los fundamentos de derecho del recurso alega que aunque han sido conformes de toda conformidad las sentencias dictadas en primera y segunda instancia, sus representados no están obligados a tener de lo que dispone el artículo 1.698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a constituir el depósito a que se refiere dicho

precepto, ya que han sido declarados pobres por sentencia:

RESULTANDO que ofreciendo dudas a la Sala la admisión del recurso por si pudiera estar comprendido en el número segundo del artículo 1.729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no aparecer cumplido el requisito del número cuarto del artículo 14 de dicha Ley, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 1.625, acordó traer los autos a vista sobre admisión, con las debidas citaciones.

VISTO siendo ponente el Magistrado don Joaquín Domínguez de Molina:

CONSIDERANDO que si bien los recurrentes se hallan declarados pobres por sentencia firme para litigar en estos autos, y por ello están exentos de constituir depósito prevenido en el artículo 1.698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tratándose como en este caso de sentencias conformes de toda conformidad, están obligados a prestar la sanción juratoria ordenada en el número cuarto del artículo 14 de dicha Ley, lo que en el recurso interpuesto se ha omitido, omisión que según tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala, produce iguales efectos, que la del depósito a que la sanción sustituye, constituyendo la causa de inadmisión del número segundo del artículo 1.629 de la expresada Ley e imponiéndose la declaración primera del artículo 1.628 de la misma, con las costas a los recurrentes.

No ha lugar a admitir el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por doña Irene Tercero Laurenz, doña Matilde Tere Martínez, casada con don Salvador Ruiz Yanguex, doña Pilar Sagues Ortozabala, don Joaquín Lázaro German, doña Engracia Olangua Salvador y doña Isabel Guerdain, casada con don Paulino Vacas Jaunpúa, contra la sentencia que en 10 de febrero de 1959 dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona; se condena a dichos recurrentes al pago de las costas; publíquese esta resolución en la forma prevenida en la Ley; y librese a la citada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.

Madrid, 9 de marzo de 1961.—Juan Serrada.—Luis Vacas.—Francisco Bonet.—Joaquín Domínguez.—Francisco R. Valcarlos.—(Rubricados).—Ante mí: Rafael G. Besada (Rubricado.)

#### SALA QUINTA

##### Secretaría

Por el presente anuncio 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 Miguel Falcón Suárez se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo sobre Resolución del Ministerio de la Gobernación de 3 de junio de 1961, que estimando en parte el recurso de alzada interpuesto por don Lorenzo Pérez Marrero contra Resolución de la Dirección General de Administración Local de 25 de marzo de igual año, confirmó el derecho del recurrente a tomar parte en el concurso convocado en 22 de diciembre de 1960, si bien modificando la puntuación que fué otorgada por la Resolución recurrida en alzada; pleito al que han correspondido el número general 6.502 y el 162 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 per-

juicio a que hubiere lugar en derecho, se hace público en cumplimiento de providencia fecha 16 de septiembre de 1961.

Madrid, 21 de septiembre de 1961.—El Secretario, José Benítez.—4.064.

Por el presente anuncio 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 doña Concepción Lapresta Calvo se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo sobre Orden del Ministerio de la Vivienda de 11 de abril de 1961, que decretó la denegación de la incorporación de la recurrente a la Rama Auxiliar de la Escala General Administrativa de dicho Departamento, así como de la dictada por el mismo Organismo con fecha 12 de junio de igual año, que confirmando la anterior desestimó el recurso interpuesto contra la primera; pleito al que han correspondido el número general 6.519 y el 164 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 16 de septiembre de 1961.

Madrid, 21 de septiembre de 1961.—El Secretario, José Benítez.—4.065.

Por el presente anuncio 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 «Inmobiliaria Jubán, S. A., de Construcciones» se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo sobre Resolución del Ministerio de la Vivienda de 24 de mayo de 1961, que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra resolución del Gobierno Civil de Madrid de 30 de abril de 1958 por la que se justificó la finca expropiada por dicha Inmobiliaria a doña Victoria Cabello (expediente 3.270/283/C-1949, fase primera); pleito al que han correspondido el número general 5.533 y el 168 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 16 de septiembre de 1961.

Madrid, 21 de septiembre de 1961.—El Secretario, José Benítez.—4.066.

#### JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION

##### ALMERIA

Don Rafael Casares Córdoba, Magistrado, Juez de Primera Instancia número 2 de Almería.

Hago saber: Que en el edicto publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de fecha 16 del actual, correspondiente a los autos número 97 de este año se-

guidos a instancia del Procurador don Angel Vizcaino Martínez, en nombre de don José Carretero Rodríguez, contra bienes pertenecientes a los cónyuges don Francisco Villegas Martín y doña Dolores Reyes Moral, especialmente hipotecados, en el cual edicto se anunciaba subasta a celebrar en la Sala Audiencia de este Juzgado el día 25 de octubre próximo y hora de las once, se padeció error en la inserción de los tipos de subasta, por bajo de cuyo tipo no se admitirá postura alguna, por lo que se expresa que tales tipos, con relación a las fincas que en aquel edicto se describieron, son:

Finca primera.—Quinientas mil pesetas.  
Finca segunda.—Seiscientas mil pesetas.  
Finca tercera.—Doscientas mil pesetas.  
Finca cuarta.—Cien mil pesetas.  
Finca quinta.—Cuatrocientas mil pesetas.  
Y finca sexta.—Trescientas mil pesetas.

Los demás extremos que contiene el edicto anterior referido se dan por reproducidos en el presente, que a aquel se remite.

Dado en Almería, a veintitrés de septiembre de mil novecientos sesenta y uno. El Juez, Rafael Casares.—El Secretario (ilegible).—7.498.

#### BARCELONA.

En virtud de lo dispuesto por el señor Juez de Primera Instancia del Juzgado número dieciséis de los de esta ciudad de Barcelona, en providencia de fecha quince del actual mes de septiembre, dictada en méritos de los autos de procedimiento judicial sumario del tenor del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, promovidos por don Francisco Molina Latorre, contra don Fernando Trabal y Lazar, se saca a pública subasta por primera vez, término de veinte días y precio de su valoración, que es la suma de doscientas cincuenta mil pesetas, la finca siguiente:

Una casa de reciente construcción, con su terreno, sita en la barriada de San Andrés de Palomar, de esta ciudad, con frente a la calle del Doctor Bové, donde le corresponde el número cincuenta y seis, que consta de un pequeño sótano que mide unos treinta metros cuadrados de otro sótano con dos viviendas de unos sesenta metros cuadrados, en junto, de planta baja con una tienda y una vivienda, de superficie unos sesenta metros, también en junto, y de dos pisos altos con dos viviendas cada uno, midiendo cada piso unos sesenta metros cuadrados. El terreno de esta finca tiene una superficie de doscientos ochenta metros veinticinco decímetros cuadrados, equivalentes a cinco mil quinientos once palmos y noventa y seis centésimas. Lindante: por el frente, Sur, en una línea de siete metros, con dicha calle del Doctor Bové; por la derecha, entrando, Este, en una línea de treinta y dos metros y setenta centímetros, con restante mayor finca de que procede; por el fondo, Norte, en una línea de nueve metros y quince centímetros, con finca de don José Balazur García, y por la izquierda, Oeste, en una línea de veintiséis metros y treinta centímetros, con finca propiedad de don Gonzalo Adelantado Garrafalla. Inscrita dicha finca en el Registro de la Propiedad número dos de esta ciudad, al tomo 612 del archivo, libro 437 de San Andrés de Palomar, folio 5, finca número 20.054, inscripción primera en cuanto al terreno, inscribiéndose la obra nueva en la inscripción segunda.

Se hace constar que los autos y la certificación del Registro de la Propiedad, a que se refiere la regla cuarta del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, estarán de manifiesto en la Secretaría, que se entenderá que todo licitador acepta como bastante la titulación y que las cargas o gravámenes anteriores y los preferentes, si los hubiere, al crédito del actor conti-

nuarán 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.

El remate tendrá lugar en este Juzgado de Primera Instancia número dieciséis de Barcelona, sito en el Palacio de Justicia, el día tres de noviembre próximo y hora de las doce, previniéndose a los licitadores que para tomar parte en la subasta deberán depositar previamente en la Mesa del Juzgado o en la Caja General de Depósitos una cantidad igual por lo menos al diez por ciento efectivo del tipo de subasta, sin cuyo requisito no serán admitidos, sirviendo de tipo para la subasta el pactado en la escritura de constitución de hipoteca, o sea la cantidad de doscientas cincuenta mil pesetas, y no se admitirá postura alguna que sea inferior a dicho tipo; las consignaciones serán devueltas a sus respectivos dueños acto continuo del remate, excepto la que corresponda al mejor postor, la cual se reservará en depósito como garantía del cumplimiento de su obligación, y en su caso, como parte del precio de la venta; que el acreedor podrá concurrir como postor a la subasta y no necesitará consignar cantidad alguna para tomar parte en la licitación, y que los gastos de subasta y demás que con la venta se originen vendrán a cargo del comprador.

Dado en Barcelona a dieciséis de septiembre de mil novecientos sesenta y uno El Secretario.—7.487.

#### MADRID

En virtud de providencia dictada en el día de hoy por el Ilustrísimo señor don Rafael Gimeto Gamarra, Magistrado y Juez de Primera Instancia número 4 de esta capital, en autos de juicio ejecutivo promovidos por el Procurador don Enrique Sorribes, en nombre y representación de don Eloy Anía Pedrosa, contra la Compañía Mercantil «Cerámica Romero, Sociedad Anónima», declarada en rebeldía, sobre pago de cantidad, intereses, gastos de protesto y costas, se sacan a la venta en pública subasta, que se celebrará por primera vez en la Sala Audiencia de este Juzgado el día treinta de octubre próximo, a las doce, y por el tipo de cinco millones ciento cuarenta y ocho mil setecientos treinta y seis pesetas con doce céntimos en que han sido tasados la finca y horno incorporado a ella, embargados a la entidad ejecutada, y que son los siguientes:

Una finca urbana situada en el término municipal de Villaverde (Madrid), a los sitios El Raudillo, Pradongullo o camino de la Cañada, de caber 4 hectáreas 38 áreas 16.50 centiáreas, cuyos linderos son: al Norte, la Cañada o camino de Villaverde; al Este, la carretera de Andalucía; al Oeste y Sur, tierras del Estado destinadas al Parque de Automóviles del Ejército, hoy Escuela de Suboficiales del Ejército. Dentro de esta finca hay construidas una caseta-transformador de unos 2,50 de ancho por 3,50 de largo por 5 de alto, una cuadra, un pajar, una caseta dedicada a oficina de 3 por 2,5 por 2,5 y el cobertizo dedicado a la fabricación, horno continuo sistema Hoffman, de una producción de 90.000 piezas, con capacidad de 12 porteros y secadero y sala de máquinas de una extensión superficial de 1.260 metros cuadrados, de dos plantas, y unos 150 metros cuadrados de porche, que se extienden a lo largo de la fábrica y que se destinan a secaderos naturales. Cuya finca se halla inscrita en el Registro de la Propiedad número 9, tomo 276, número 91 de Villaverde, folio 50, finca 7.215, inscripción primera.

Y se advierte a los licitadores que para tomar parte en la subasta deberán consignar previamente sobre la mesa del Juzgado o en la Caja General de Depósitos el diez por ciento del expresado tipo; que no

se admitirá postura alguna que no cubra, por lo menos, las dos terceras partes del mismo; que los títulos de la expresada finca, suplidos por certificación del Registro de la Propiedad, se hallan de manifiesto en la Secretaría del que refrenda, donde pueden examinarlos los licitadores, debiendo conformarse con ellos y sin derecho a exigir ningunos otros; que el remate puede hacerse a la calidad de ceder y que las cargas o gravámenes anteriores y preferentes al crédito del actor, si los hubiere, continuarán subsistentes, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate.

Y para su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» expido el presente, que firmo, con el visto bueno del señor Juez, en Madrid a 16 de septiembre de 1961.—El Secretario, Isidro Domínguez.—Visto bueno: el Juez de Primera Instancia, Rafael Gimeno Gamarra.—7.489.

Por el presente, que se expide cumpliendo lo mandado por este Juzgado de Primera Instancia número 18 de esta capital en providencia dictada en el día de hoy, en autos de procedimiento sumario de hipoteca mobiliaria, promovidos por doña Concepción Barbero Carriero contra la Compañía Mercantil Regular Colectiva «Villaverde y Compañía», se anuncia nuevamente la venta en pública subasta por segunda vez y sin sujeción a tipo los bienes muebles hipotecarios que subsisten afectos a la garantía hipotecaria y que se describen así:

91 perchas de loza, 41 estanterías de cristal, 13 tohalleres cristal, 15 fluorescentes, 33 brazos luz loza, 45 porta papel higiénico, 48 espejos baño, 58 vasos baño, 33 bañiquillos baño, Siete repisas loza, 33 camas de 0,90, 54 camas de 1,05, Seis camas de 1,35, Ocho camas turcas sultánicas, Un mueble cama, 25 mesillas de noche, habitación antigua, 25 coquetas, habitación nueva, Dos consolas, Seis comodines, 21 mesas centro habitación antigua, 27 mesas centro habitación nueva, 61 sillones tapicería, 51 sillas, 25 cubreradiadores, 45 espejos coqueta, Dos espejos consola, 43 portamaletas, 34 somiers de 0,90, 54 somiers de 1,05, Seis somiers de 1,35, 16 colchones de lana de 0,90, 20 colchones Sema de 0,90, 54 colchones Sema de 1,05, Dos colchones Sema de 1,35, Cuatro colchones de lana de 1,35, 34 almohadar de lana de 0,90, 20 almohadas de lana de 1,05, 35 almohadas de pluma de 1,05, Seis almohadas de lana de 1,35, 34 colchas de 0,90, 34 cubrecolchas de 0,90, 54 colchas de 1,05, 53 cubrecolchas de 1,05, Seis colchas de 1,35, Seis cubrecolchas de 1,35, Seis cubrecolchas de 1,35, 139 visillos, 112 cortinas, 61 bandeaux, Ocho alfombras coqueta, 47 lámparas habitación araña, 13 apliques una luz, 58 apliques dos luces, 24 paños mesa, 49 gradones armario, 33 faroles pasillo, 36 sillas comedor tapicería roja, 14 mesas comedor, Dos arañas comedor, Un fluorescente comedor, Un mostrador (instalación frigorífica), Una cafetera «Vázquez del Saz», Una trituradora «Turmix», 50 cubiertos completos loza comedor, 50 juegos completos loza comedor, Tres soperas completas loza comedor, Seis bandejas de plata, Tres salsas plata, Una bandeaux comedor (14 metros), Una cortina comedor, Dos mesitas centro (salón), Un trasillo cuero color tabaco, Un trasillo regencia, Dos butacas cuero color verde, Un trasillo tapicería color beige Isabelino, Tres cuadros, Dos alfombras nudo, Un aparato de pie de luz, Dos arañas (salón), Un mostrador conserjería, Un armario llavero conserjería, Una mesita conserjería, Un diván tapizado color beige, Una lámpara araña conserjería, Una mesa despacho, Tres sillas madera despacho, Tres mesas bureaux

despacho. Dos sillones madera despacho. Cuatro sillas madera despacho. Un armario fichero despacho. Un armario fichero despacho. Una mesita máquina de escribir. Una mesita teléfono. Una máquina de calcular eléctrica «Odag». Un molinillo de café eléctrico. Una lavadora eléctrica. Una centrifuga de enjugar ropa. Una secadora eléctrica. Un plantero de gas, con sus planchas. Una batería de cocina completa. Un armario desmontable de tres metros.

Y se advierte a los licitadores:

Que para su remate, que tendrá lugar en la Sala Audiencia de dicho Juzgado, sito en la calle del General Castaños, número 1, se ha señalado el día 19 de octubre próximo, a las once de su mañana; que los autos y la certificación del Registro, a que se refiere la regla segunda del artículo 84 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, estarán de manifiesto en la Secretaría; que los bienes se encuentran en el hotel denominado San Francisco, sito en la casa número 68 de la avenida de José Antonio, de esta capital, en las plantas que ocupa dicho hotel; que para tomar parte en la subasta deberán consignar los licitadores que quieren tomar parte en la misma el quince por ciento del precio de tasación, o sea la cantidad de quinientas noventa y tres mil pesetas.

Dado en Madrid a veintinueve de septiembre de mil novecientos sesenta y uno. El Juez de Primera Instancia, Pedro Martín de Hijas.—El Secretario, por suplencia, P. Almarcegui.—7.473.

Por el presente, que se expide cumpliendo lo mandado por este Juzgado de Primera Instancia número 18 de esta capital, en providencia dictada en el día de hoy, en autos ejecutivos promovidos por la sociedad «Beltran y Camporredondo, S. L.», contra «Francisco Fernández y Compañía, S. R. C.», en reclamación de cantidad, se anuncia de nuevo la venta en pública subasta, por tercera vez, sin sujeción a tipo y, en dos lotes, por separado, los bienes embargados a dicha entidad deudora, consistentes en los siguientes:

Primer lote.—Un aparato rectificador de anisados modelo «Chalentaix», construido por Canuto Serrano.

Tasado pericialmente en la cantidad de sesenta mil pesetas.

Segundo lote.—Los derechos de traspaso del local de negocio sito en la calle de Fernández de los Ríos, número 10, planta baja, destinado a destilería y anisados, denominado «Destilerías Porrás».

Tasados pericialmente en la cantidad de trescientas veinticinco mil pesetas.

Para cuyo remate, que tendrá lugar en la Sala Audiencia de dicho Juzgado, sito en la calle del General Castaños número 1, se ha señalado el día 17 de octubre próximo, a las once de su mañana, y se previene:

Que para tomar parte en la subasta deberán consignar previamente los licitadores en la Mesa del Juzgado o en el establecimiento público destinado al efecto una cantidad igual, por lo menos, al diez por ciento del tipo que sirvió de base para la segunda subasta, o sea del setenta y cinco por ciento del precio de tasación de cada uno de los mencionados lotes que les interese, sin cuyo requisito no serán admitidos.

Haciéndose constar, además, en cuanto a los derechos de traspaso que se subastan, que el remate de éstos no se aprobará hasta tanto transcurra el plazo previsto en la Ley de Arrendamientos Urbanos, a partir del día siguiente al de la notificación al arrendador o arrendatarios de la postura ofrecida y caso de no hacer uso éstos del derecho de tanteo, y que el adquirente deberá dedicar los referidos locales a la misma industria por

el plazo mínimo de un año, y demás particularidades que dicha Ley de Arrendamientos Urbanos exija.

Y para su fijación en el sitio público de costumbre de este Juzgado y su inserción en el «Boletín Oficial del Estado» y de esta provincia, se expide el presente en Madrid a 22 de septiembre de 1961.—El Juez, Martín de Hijas.—El Secretario, P. S., P. Almarcegui.—7.474.

En virtud de lo acordado por el señor Juez de Primera Instancia número 13 de los de esta capital en providencia de esta fecha, dictada en autos de menor cuantía que se siguen en este Juzgado a instancia de «Abonos Medem, S. A.», representada por el Procurador señor Padrón, contra la Hermandad de Labradores y Ganaderos de Constantí (Tarragona), sobre reclamación de 36.874,70 pesetas, por medio del presente se anuncia que el día 31 de octubre próximo y hora de la once tendrá lugar en la Sala Audiencia de este Juzgado, sito en la calle del General Castaños, número 1, la venta en pública y primera subasta de la siguiente finca:

Solar, de forma rectangular, sito en Constantí, calle del General Mola, sin número, de 200 metros cuadrados, que linda por la derecha, entrando, en línea de 20 metros, con finca de Francisco Bonet Mecadé y Montserrat Sardá Bonet; a la izquierda, con una línea también de 200 metros, con mayor porción de que se segregó; al detrás, en una línea de ocho metros, con finca matriz, y al frente, en línea de ocho metros, con la indicada calle del General Mola. Inscrita en el Registro de la Propiedad de Tarragona, al tomo 632, libro 103 de Constantí, folio 8, finca número 3.808, anotación letra A.

Se advierte que el tipo que servirá a esta primera subasta es el de tasación de la finca, o sea el de tres mil pesetas; que para tomar parte en la misma los licitadores deberán consignar en la mesa del Juzgado o en el establecimiento destinado al efecto una cantidad igual o superior al diez por ciento del tipo de tasación; que no se admitirán posturas que no cubran las dos terceras partes del tipo mencionado; que podrá hacerse postura a calidad de ceder a un tercero; que los autos, títulos y certificaciones de cargas del Registro se encuentran de manifiesto en Secretaría, donde podrán ser examinados por los que se interesen en la licitación, entendiéndose que todo el que concurra acepta como bastante la titulación, sin tener derecho a exigir otra, y que las cargas y gravámenes anteriores y los preferentes —si los hubiere—al crédito del actor continuarán subsistentes y sin cancelar, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate.

Y para su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» con veinte días de antelación a la fecha señalada para la subasta, expido el presente, con el visto bueno del señor Juez, en Madrid a diecinueve de septiembre de mil novecientos sesenta y uno.—El Secretario (ilegible).—V.º B.º el Juez de Primera Instancia, Aurcho Valenzuela.—7.472.

#### SANTA CRUZ DE TENERIFE

Don Manuel Derqui Balbuena, Magistrado, Juez de Primera Instancia número uno de Santa Cruz de Tenerife y su partido.

En virtud del presente se hace saber: Que el día treinta y uno de octubre próximo y hora de las once se celebrará en la Sala Audiencia de este Juzgado (Ruiz de Padrón, número 3) segunda subasta con rebaja del veinticinco por ciento de la finca siguiente:

«Un trozo de terreno situado en esta

ciudad, donde dicen «Llano de Regla», que tiene de cabida novecientos setenta y ocho metros cuadrados y cuarenta centímetros, que linda: por el Norte, con la calle de Pescadores, por cuyo frente mide treinta y cinco metros y ochenta centímetros; por el Sur, con servientía de un metro de ancho de la finca de donde ésta procede, que la separa de un estanque y tiene la misma longitud que el frente anterior; al Este, con terrenos y casa de (donde) dicese: Don José, don Daniel, doña Luz y don Tomás Siliuto, midiendo por este lado treinta metros de largo, y al Oeste, casas de don Domingo Hernández Galván, por cuyo costado tiene veinticuatro metros diez centímetros. Sobre la parte posterior de dicho trozo de terreno y ocupando una superficie de doscientos cuarenta metros cuadrados existe un almacén.

Dicha subasta la he acordado en autos número 88 de 1961 sobre procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, seguidos a instancias del Procurador don José Gutiérrez en nombre y representación de doña Carlota González Velarde contra don José Cabrera González, conocido por el primer apellido de «Cabrera-Pintos», y se hace constar: Que los autos y la certificación, a que se refiere la regla tercera del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, se hallan de manifiesto en Secretaría; 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 de la actora continuarán subsistentes, entendiéndose que le rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos sin destinarse a su extinción el precio del remate. El precio pactado en la escritura de constitución de hipoteca a efectos de subasta es el de ochocientas mil pesetas y servirá de tipo para esta segunda subasta el setenta y cinco por ciento de dicho precio, no habiéndose de admitir posturas que sean inferiores a dicho tipo; todo licitador que desee tomar parte en las subastas, a excepción de la acreedora, deberá consignar previamente en la Mesa del Juzgado o establecimiento público destinado al efecto el diez por ciento del tipo de subasta, sin cuyo requisito no serán admitidos.

Dado en Santa Cruz de Tenerife a veintiséis de agosto de mil novecientos sesenta y uno.—El Juez, Manuel Derqui.—El Secretario (ilegible).—7.480.

#### REQUISITORIAS

##### ANULACIONES

##### Juzgados Militares

El Juzgado Instructor número 3 del Tercio Duque de Alba II de la Legión, deja sin efecto las requisitorias referentes al legionario Julio Zala Aizorri.—(3.721).

##### Juzgados Civiles

El Juzgado de Instrucción número 15 de Barcelona deja sin efecto la requisitoria referente a la procesada en sumario número 468 de 1950, Margarita Monje Santamaría.—(3.701).

El Juzgado de Instrucción número 14 de Madrid deja sin efecto la requisitoria referente al procesado en sumario número 44 de 1954, Roberto López de Medrano y Palma.—(3.712).

El Juzgado de Instrucción de San Roque deja sin efecto la requisitoria referente al procesado en sumario número 27 de 1943, Matias Solves García.—(3.716).

El Juzgado de Instrucción de San Roque deja sin efecto la requisitoria referente al procesado en sumario número 164 de 1946, Matias Solves García.—(3.717).