

IV. Administración de Justicia

TRIBUNAL SUPREMO

SALA PRIMERA

Sentencias

En la villa de Madrid, a 26 de mayo de 1961; en el juicio declarativo de mayor cuantía seguido en el Juzgado de Primera Instancia de Vitoria y ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, por doña María de los Angeles Batibales Aguirre, soltera, Médico, y vecina de Vitoria, contra don Mariano Sopena Gábez, don Francisco Estibáñez Aguirre, comerciantes y de la misma vecindad, don Luis María Estibáñez Aguirre, religioso de la Compañía de Jesús y vecino de Bilbao, doña María Esther, doña María del Carmen y doña María de los Dolores Estibáñez Aguirre, solteras y casadas, respectivamente, vecinas de Vitoria, los cinco últimos no comparecidos en la segunda instancia, sobre nulidad de escritura y otros extremos; pendiente ante Nos en virtud del recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la demandante, representada por el Procurador don Francisco Brualla Entenza, con dirección del Letrado don Estanislao Pinacho; habiendo comparecido en este Tribunal Supremo el demandado y recurrido don Mariano Sopena Gábez, bajo la representación del Procurador don Santos de Gandarillas Calderón y la dirección del Letrado don Leandro Gómez de Carifanos; no habiéndolo verificado los demás demandados:

RESULTANDO qué ante el Juzgado de Primera Instancia de Vitoria y en escrito de fecha 15 de octubre de 1955, el Procurador don Santiago Usatorre, en nombre de doña María de los Angeles Estibáñez Aguirre formuló demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra don Mariano Sopena Gábez, don Francisco, don Luis María, doña María Esther, doña María del Carmen y doña María de los Dolores Estibáñez Aguirre, alegando los siguientes sustanciales hechos:

Primero. Que en 1902 don Antero Estibáñez Ortiz de Urbina inició el negocio de comercio de tejidos con la colaboración de sus hijos don Antero Valentín y don Juan José Estibáñez Ortiz de Latierro, bajo el nombre comercial de «Antero Estibáñez e Hijos», en cuyo negocio no tenía participación alguna el demandado don Mariano Sopena.

Segundo. Que en 1908 se retiró del negocio su fundador, dejándolo a sus dos citados hijos, según constaba en la escritura que se acompañaba bajo el número 1, siendo el capital que tenía entonces 111.069,31 pesetas, y por primera vez apareció relacionada con el negocio doña Elisa Estibáñez Ortiz de Latierro, entonces todavía soltera, la que había entregado a sus hermanos 10.635,85 pesetas, obligándose éstos a entregarle un 2 por 100 sobre el importe líquido de las ventas del establecimiento, conviniéndose en que llegado el caso de que aquella tomara estado, dejaría desde tal momento de pertenecer a la casa o comercio y en el plazo de un año se le reintegraría la cantidad entregada.

Tercero. Que por escritura de 15 de mayo de 1914, doña Elisa Estibáñez, casada con el demandado don Mariano Sopena, con intervención de éste, dió a sus

hermanos carta de pago de las pesetas 10.635,85 (documento número 2), y quedaron como partícipes únicos y exclusivos del negocio don Antero Valentín y don Juan José Estibáñez Ortiz de Latierro, siendo don Mariano Sopena dependiente del establecimiento.

Cuarto. Que pocos días después don Mariano Sopena logró convencer a sus cuñados de que le admitieran como socio, y entre los tres constituyeran la Sociedad regular colectiva «Hijos de Antero Estibáñez», a la que aportaron, don Juan José y don Antero Valentín Estibáñez 62.000 pesetas cada uno, y don Mariano Sopena, 33.000, según constaba que se acompañaba con el número 3, obligándose el señor Sopena a abonar el 4 por 100 de la suma aportada de menos en relación con sus cuñados.

Quinto. Que para reforzar mejor su posición en el negocio, logró don Mariano Sopena que el contrato de arrendamiento de los locales en que estaba instalada una tienda de «Hijos de Antero Estibáñez» y los pisos segundo y tercero de la misma finca, lo hiciera la propietaria del inmueble y tía de sus socios y de su esposa, doña Juana Estibáñez Ortiz de Urbina, a favor de la Sociedad y nominativamente de don Antero Valentín y don Juan José Estibáñez Ortiz de Latierro y don Mariano Sopena Gabas (documento número 4).

Sexto. Que don Juan José Estibáñez se retiró de la Sociedad en 7 de marzo de 1921, apenas siete años después de su constitución, y por su aportación le correspondieron 189.701,04 pesetas, lo que significaba que, además de vivir de los beneficios del negocio, había triplicado su capital (documento número 5).

Séptimo. Que el 2 de noviembre de 1923 falleció don Antero Valentín Estibáñez, sucediéndole su viuda, doña Francisca Aguirre Iribar, y sus hijos don Francisco, don Luis María, doña María del Carmen, doña María de los Dolores, doña María Esther y doña María de los Angeles Estibáñez Aguirre, lo que se acreditaba con la escritura de protocolización de las operaciones particionales de la herencia del finado (documento número 6).

Octavo. Que en la declaración final tercera del cuaderno particional, suscrita por don Mariano Sopena como albacea testamentario, constaba que los seis hijos de don Antero Valentín Estibáñez eran menores de edad, y en dicho cuaderno afirmaba el señor Sopena que al causante correspondía una participación de 192.423 pesetas en la Sociedad «Hijos de Antero Estibáñez», conforme al balance efectuado en 12 de enero de 1924, y los albaceas adjudicaron la totalidad de los bienes inventariados a la viuda de don Antero, con obligación de pagar a sus menores de edad, en metálico o en otra clase de bienes, cuando llegaran a la mayoría de edad o se emanciparan, 17.197,93 pesetas a cada uno, recalculándose esta obligación por los albaceas en la declaración final segunda, que era meramente personal, sin que mientras subsistiera pudiera considerarse como gravamen para ninguno de los inmuebles que pudiera adquirir doña Francisca.

Noveno. Que la partición de la herencia de don Antero Valentín Estibáñez fue practicada por don Mariano Sopena y el otro albacea en documento privado de

fecha 28 de junio de 1924, que no se protocolizó hasta el 7 de octubre del mismo año; pero el 14 de octubre de 1924, o sea catorce días antes de la redacción del cuaderno particional y unos tres meses antes de ser firmes las adjudicaciones, aparecía don Mariano Sopena, el albacea, y doña Francisca Aguirre, constituyendo una Sociedad regular colectiva con la misma razón social que la anterior «Hijos de Antero Estibáñez», y en la que en la escritura de constitución (documento número 7), aparecía que aportaban un capital de 50.000 pesetas, por mitad a iguales partes, los socios, en metálico y géneros de tejidos del ramo de comercio a que se dedicaban.

Décimo. Que en dicha Sociedad se pactó que la dirección y administración de la Compañía estaría a cargo de los dos socios, que indistintamente usarían de la firma social; mas la Sociedad se disolvió tres años más tarde, y en escritura pública de 6 de agosto de 1927 (documento número 8), decían los socios que se habían repartido el capital, importante 195.399,91 pesetas.

Undécimo. Que pocos días después, el 20 de agosto del mismo año 1927, aparecía don Mariano Sopena otorgando ante Notario como dueño de un comercio de tejidos y similares establecido en la planta baja de la casa de la plaza de Alfonso XIII, número 13, hoy calle de Postas, números 21 y 23, poder amplio para cuanto se refiere al giro o tráfico del establecimiento a su esposa doña Elisa Estibáñez y a doña Francisca Aguirre.

Duodécimo. Que don Mariano Sopena no pasó a ser, sino en apariencia, ante la Hacienda provincial y ante los Bancos, el único propietario del negocio, y por haber sido quien llevaba los libros y cuentas del establecimiento, guardándose celosamente, no sólo de miradas extrañas, sino incluso de las de quienes tenían participación en el negocio, no podía presentar de momento más prueba documental de la distribución de participaciones entre los socios que un libro de anotaciones de puño y letra de don Mariano, que era una demostración evidente de que tanto la constitución como la disolución de la Sociedad entre don Mariano y doña Francisca eran simuladas y de que la madre de la demandante tenía mayor participación que el demandado en el negocio común.

Décimotercero. Que cuatro días después de la muerte de doña Francisca Aguirre, el 1 de marzo de 1934, se otorgó nuevo contrato de arrendamiento del local en que estaba instalado el negocio, y lo firmaba «Hijo de Antero Estibáñez», desapareciendo el nombre de doña Francisca (documento número 13 bis).

Décimocuarto. Que don Mariano Sopena fue nombrado tutor de los hijos de doña Francisca Aguirre, entre ellos la demandante, todos los cuales eran menores de edad, salvo Luis María y María Esther.

Décimoquinto. Que dicho tutor no incluyó en el inventario de bienes de sus pupilos la participación que en el negocio «Hijos de Antero Estibáñez» les correspondía por herencia de su madre.

Décimosexto. Que llegadas las hermanas Estibáñez Aguirre a su mayoría de edad comenzaron a informarse de todo lo relatado y trataron por todos los medios, amistosos y persuasivos, de lograr que

su tío pusiera en claro la situación del negocio y les reconociera en forma solemne y documental la participación de cada una; y habiendo intervenido el Padre Luis María Estibález su requerimiento surtió efecto, suscribiendo el señor Sopena el documento anexo al número 15, en el que aparecían dos clases de inexactitudes, ya que decía que el comercio que actualmente giraba bajo el nombre de «Hijo de Antero Estibález» pertenecía por mitad e iguales partes a don Antero Valentín Estibález y al que suscribía, lo que no era cierto porque la participación de don Antero era superior a la de don Mariano, según demostraba la escritura de constitución de Sociedad acompañada bajo el número 3 y el libro de balances uno bajo el número 11, y se omitía al propio Padre Luis María; y que en dicho documento admitía implícitamente el señor Sopena la total ineficacia e inoperancia de las escrituras de constitución y disolución de la Sociedad otorgadas por él y doña Francisca Aguirre, escritura puramente ficticia y sin causa.

Décimoséptimo. Que después de firmar el documento referido, el 23 de marzo de 1953, escribió don Mariano Sopena al Padre Luis María Estibález la carta anexa al número 16, en la que decía: «Recibí tus cartas, pero concretándome a la última te diré que jamás negué a tus hermanos su propiedad por lo que me fue muy fácil su reconocimiento.»

Décimooctavo. Que las relaciones entre los hermanos Estibález Aguirre y don Mariano Sopena continuaban tirantes por culpa de la poca clara actuación de éste, que prohibió al cajero del establecimiento facilitar nota de las ventas diarias a los demás partícipes en el negocio (documento número 17).

Décimonoveno. Que el señor Sopena se arrogaba la exclusiva jefatura y dirección del negocio y no quería que nadie, ni aún los condueños del mismo, lo controlaran, porque tenía interés en que no supieran cuáles eran las verdaderas utilidades del establecimiento, siendo lo cierto que no las abonaba en la proporción debida, porque después de mucho forcejeo se avino a pagarles en concepto de atrasos nada menos que 200.000 pesetas, como acreditaba el documento número 19.

Vigésimo. Que el señor Sopena intentó eliminar las pruebas que pudieran existir de los derechos de sus sobrinos y, mediante la nota manuscrita anexa al número 20, exigió la entrega del libro de balances, del documento firmado en 23 de marzo de 1953 y del escrito, obligándose al pago de las 200.000 pesetas «por utilidades», a lo que se negaron las hermanas Estibález Aguirre.

Vigésimo primero. Que éstas decidieron ceder a su hermano don Francisco sus respectivas participaciones, pero reservándose el derecho de retraerlas, si las enajenare en el plazo de diez años; más para que la operación quedara perfectamente garantizada y asegurada, era menester un previo y solemne reconocimiento en documento público y además que constara fehacientemente cuál era la garantía de esas participaciones, y a tal efecto dirigieron a don Mariano Sopena la carta que se acompañó bajo el número 21, en la que le invitaban a otorgar la escritura pública correspondiente, de reconocimiento del 50 por 100 con la siguiente salvedad: «Esto siempre que no hubiera formada una Sociedad entre nuestra madre y tú que tuviera validez para sus herederos actualmente, en cuyo caso tú, como consocio y como tutor, debes saberlo y lo pondrás así; o si existió Sociedad válida antes del fallecimiento de nuestra madre que alcanzara a sus herederos y caducó anteriormente, pondrás la fecha desde la que estamos en comunidad de bienes»; a cuya carta contestó don Mariano Sopena con la que acompañaba bajo el número 22, en la

que prometía efectuar el reconocimiento público del 50 por 100 y otorgar con don Francisco Estibález Aguirre una escritura de Sociedad, pero añadía, refiriéndose a la pregunta que se le hacía respecto a la posibilidad de que la porción de sus sobrinos fuera superior al 50 por 100: «Ni antes ni después del fallecimiento de vuestra madre no han existido ni documentos ni Sociedad del negocio, al menos que yo recuerde; en aquellas fechas lo considerábamos innecesario, pero he visto que fui un equivocador; y que, por consiguiente, había que atenderse a la situación anterior al fallecimiento de don Antero Valentín, que era: Capital del negocio, 95.000 pesetas; haber de don Mariano Sopena, 33.000 pesetas.

Vigésimo segundo. Que agotadas las gestiones amistosas resolvió la demandante demandar de conciliación a su tío, para que dijera rotundamente y sin rodeos ni equívocos qué participación le correspondía en el negocio y por qué títulos; pero don Mariano Sopena no se dignó dar explicaciones ni reconocer nada (documento número 23).

Vigésimo tercero. Que en un nuevo acto de conciliación se avino don Francisco Estibález a consignar en escritura pública la participación que por herencia de sus padres correspondía a la demandante en el negocio; y en cuanto a don Mariano Sopena, aludió la cuestión y no hubo avenencia (documento número 24).

Vigésimo cuarto. Que hacía expresa reserva de las acciones que competían a la demandante para lograr la efectividad de sus derechos sobre el negocio y sobre los demás bienes que heredó de sus padres y que el demandado don Mariano Sopena poseyó y administró como tutor.

Vigésimo quinto. Que dirigió la demanda contra los demás interesados en el negocio además de don Mariano Sopena, aunque compartían integralmente su criterio y postura, para que la relación procesal quedara debidamente establecida y no se los exceptuase con base en la ausencia del juicio de otros partícipes en la cosa común.

Vigésimo sexto. Que era inestimable la cuantía de la litis, Alegó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y suplicó que se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos: Declarando, que al ocurrir el fallecimiento de don Arturo Valentín Estibález Ortiz de Latierro el 2 de noviembre de 1923, el capital de la Sociedad Regular Colectiva denominada «Hijos de Antero Estibález», constituida por escritura pública de 26 de mayo de 1914, era de noventa y cinco mil pesetas, de las cuales correspondían sesenta y dos mil, o sea, un 60,263 por 100 a don Antero Valentín Estibález, y treinta y tres mil, o sea, 34,736 por 100, a don Mariano Sopena Cabas; que las escrituras de constitución y disolución de la Sociedad Regular Colectiva denominada «Hijos de Antero Estibález», otorgadas por don Mariano Sopena y doña Francisca Aguirre en 14 de junio de 1924 y 6 de agosto de 1927, respectivamente, eran nulas, por simuladas y carentes de causa, no tenían valor ni eficacia; que los hermanos don Luis María, don Francisco, doña María Esther, doña María de los Angeles, doña María Dolores y doña María del Carmen Estibález Aguirre adquirieron, por sextas partes iguales, la participación que a su finado padre don Antero Valentín Estibález correspondía en el negocio que giraba bajo el nombre comercial «Hijos de Antero Estibález», y que giraba actualmente como «Hijo de Antero Estibález», dedicado al comercio de tejidos instalado en la planta baja de las casas número 21 y 23 de la calle Postas de aquella ciudad, o sea, el 60,263 por 100 de dicho negocio, por herencia de su madre doña Francisca Aguirre Iribar, quien, a su vez, la adquirió por adjudica-

cación que a su favor se hizo en el cuaderno particional de la herencia de su esposo don Antero Valentín Estibález, protocolizado en la Notaría de don Francisco de Ayala en 7 de octubre de 1924; y que, por tanto, la participación del demandante don Mariano Sopena en el referido negocio era de 34,736 por 100 del mismo; y condenando a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones a hacer constar ante Notario, en documento público, la participación que del referido negocio correspondía en la actualidad a cada uno de los condueños; y al pago de las costas.

RESULTANDO que admitida la demanda y emplazados los demandados, en nombre de don Mariano Sopena Cabas, compareció el Procurador don Gregorio Bariza, quien contestó y se opuso a la demanda exponiendo sustancialmente como hechos:

Primero. Que no le constaba lo relatado en el correlativo de la demanda, si bien no tenía inconveniente en aceptar que antes de 1902 el señor Sopena no tenía relación alguna con don Antero Valentín y don Juan José Estibález.

Segundo. Que era improcedente el hecho segundo de la demanda.

Tercero. Que negaba el hecho tercero de la misma, en el que se afirmaba que don Mariano Sopena había sido en algún momento dependiente del establecimiento donde desarrollaban su negocio don Antero Valentín y don Juan José Estibález.

Cuarto. Que rechazaba las afirmaciones que la parte demandante hacía en el hecho cuarto de la demanda, de que don Mariano Sopena «logró convencer» a sus cuñados de que le admitieran como socio para constituir los tres una sociedad regular colectiva y de que don Mariano era el socio privilegiado, a juzgar que el hecho de que aportó menos capital que ellos.

Quinto. Que rechazaba el correlativo de la demanda, pues su simple lectura llevaba a la convicción de que, por error, se había dicho algo distinto de lo que se pretendía decir, ya que se afirmaba que don Antero Valentín y don Juan José Estibález y don Mariano Sopena constituyeron una sociedad mercantil regular colectiva y no tenía nada de particular que el contrato de arrendamiento del local, según se decía en el apartado segundo del mismo, se pusiera a nombre de los tres, o sea, «Hijos de Antero Estibález».

Sexto. Que era improcedente lo contenido en el hecho sexto de la demanda, porque, en primer lugar, don Juan José Estibález era mayor de edad y casado cuando se retiró de la sociedad, por lo que era de suponer que sabía lo que le convenía, y porque deducir de que a don Juan José, al salir de la sociedad, se le entregó una cantidad superior a su aportación, que la entrada de don Mariano en aquello era algo incorrecto, estaba totalmente fuera de lugar.

Séptimo. Que nada tenía que oponer a lo consignado en el hecho séptimo de la demanda.

Octavo. Que en el correlativo de la demanda se manifestaba que el cuaderno particional fué suscrito por don Mariano Sopena Gabas como albacea testamentario del causante don Antero Valentín Estibález, cuidando de subrayar ese hecho, y, sin embargo, se silenciaba que en dicho cuaderno intervinieron otros dos albaceas, don Hermenegildo Martínez de Osaba y don José Marquategui, ambos Presbíteros, amén de la viuda del causante, y que los albaceas adjudicaron la totalidad de los bienes a la viuda, con obligación de ésta de pagar a sus hijos en metálico su parte cuando llegasen a la mayoría de edad, pero se silenciaba que tales operaciones testamentarias fueron aprobadas judicialmente, circunstancia que era la mejor demos-

tración y garantía de que estaban perfectamente realizadas.

Noveno. Que en cuanto al hecho noveno de la demanda, en primer lugar, partía de una afirmación inexacta, cual era la de decir que la sociedad constituida por escritura pública de 14 de junio de 1924, entre doña Francisca Aguirre y don Mariano Sopena, para la explotación de un comercio de tejidos, recayó sobre un negocio que era el mismo iniciado en 1902, pues la circunstancia de que la denominación comercial fuera «Hijos de Antero Estibáñez», único punto de coincidencia con todo lo anterior, no suponía que el negocio fuera el mismo, porque frente a esa coincidencia estaban la diferencia de las personas que constituían la última sociedad y la de capital aportado, que demostraban la sin razón de la parte demandante; que el contrato de sociedad formado el 26 de mayo de 1914 expiraba necesariamente el 26 de mayo de 1924, y, en consecuencia, si en 14 de junio de 1924 doña Francisca Aguirre y don Mariano Sopena decidieron constituir una sociedad regular colectiva, ante Notario, podían hacerlo sin que en contra de esa sociedad se pudiera alegar nada de lo que alegaba la parte demandante; y que asimismo era inexacto que la sociedad constituida por doña Francisca y don Mariano el 14 de junio de 1924 tuviera como base la aportación a la misma por doña Francisca de la parte que le correspondiera en la sociedad que en algún tiempo tuvieron su difunto esposo, don Juan José Estibáñez y don Mariano Sopena, pues la sociedad constituida el 14 de junio de 1924 era una sociedad completamente nueva.

Décimo. Que contestando a los hechos décimo, undécimo y duodécimo, por entender conveniente hacerlo en esta forma, nada había de particular en que doña Francisca Aguirre y don Mariano Sopena conviniere tres años después la disolución de la sociedad que había constituido; que el poder otorgado por don Mariano demostraba lo contrario de lo que la parte demandante afirmaba; que la misma parte demandante, en el hecho duodécimo, reconocía que el negocio siguió en la misma forma, no pasando de ser don Mariano un aparte propietario del mismo; y que rechazaba la totalidad de lo consignado en el citado hecho duodécimo.

Undécimo. Que en el hecho décimotercero de la demanda se decía, que en primer de marzo de 1934 don Mariano Sopena firmó nuevo contrato de arrendamiento desapareciendo el nombre de Francisca del mismo, pero la misma parte demandante afirmaba un momento antes que hacía cuatro días que había fallecido doña Francisca.

Duodécimo. Que el nombramiento de don Mariano Sopena como tutor de los hijos de doña Francisca demostraba todo lo contrario de lo que la parte demandante consignaba en su demanda, pues ese nombramiento lo único que probaba era la confianza que la persona designada merecía.

Décimotercero. Que en el hecho décimoquinto de la demanda se decía que don Mariano Sopena, como tutor, no incluyó en el inventario de bienes de sus pupillos la participación que en el negocio les correspondía, con lo cual suponía que no se quería afirmar que don Mariano se quedó con esa participación, puesto que el reconocimiento del 50 por ciento del negocio siempre se hizo a favor de los menores.

Décimocuarto. Que era improcedente el hecho décimosexto, que rechazaba en su totalidad.

Décimoquinto. Que el hecho décimoséptimo de la demanda demostraba todo lo contrario de lo que pretendía la parte demandante.

Décimosexto. Que era completamente intrascendente el hecho décimoctavo

de la demanda, pues don Mariano Sopena nunca se había negado a lo que se le pedía en el requerimiento, y si manifestó que no quería que saliera nota alguna fuera del comercio, estaba en su perfecto derecho para hacerlo.

Décimoséptimo. Que era improcedente el hecho décimonoveno de la demanda.

Décimooctavo. Que era inexacto el hecho vigésimo de la demanda, que rechazaba en su totalidad, pues suponiendo que don Mariano reclamara el libro de Balances, no solamente no tenía esto nada de particular, sino que estaba en su perfecto derecho de hacerlo, ya que tal libro debía estar en la oficina del local donde el negocio se explotaba.

Décimonoveno. Que del hecho vigésimo primero de la demanda únicamente aceptaba el que las hermanas Estibáñez vendieron a su hermano su participación en el negocio, sin restricción ni reserva de ninguna clase.

Vigésimo. Que respecto a lo consignado en los hechos veintidós y veintitrés, referentes a los actos de conciliación celebrados, había de llamar la atención sobre las diferencias esenciales que existían entre uno y otro, ya que en uno se demandaba a don Mariano Sopena, exigiéndole incluso obligaciones como tutor, y en el otro se prescindía de esto y no se tocaba siquiera esta petición en la demanda; se alegaba en el acto de conciliación que se le informase a la demandante sobre la participación que le correspondía en el negocio; y en dichos actos de conciliación no se reclamaba al demandado la participación que actualmente reclamaba la demandante en el negocio para ella y sus hermanos, sino que se reconociera ese derecho por escritura pública, a lo que no se había negado nunca el demandado.

Vigésimo primero. Que en cuanto al hecho veinticuatro de la demanda, nada le cabía oponer a la reserva que se anunciaba en el mismo, en cuanto al hecho veinticinco que en el intentaba justificar la parte demandante el por qué dirigía la demanda no solamente contra don Mariano Sopena, sino contra los cinco hermanos restantes de la demandante, discrepando de sus tesis; y en cuanto al hecho veintiséis, que nada tenía que oponer respecto a lo que era inestimable la cuantía de la litis.

Vigésimo segundo. Que la demandante no tenía participación alguna en el negocio objeto de esta litis, ya que reconocía en el hecho vigésimo primero de su demanda que ella y sus hermanas cedieron o vendieron a su hermano la participación que en el negocio les correspondía, por lo que era improcedente la demanda; y que demostraban tal venta los recibos de alquiler de los locales donde se desarrollaba el negocio, el seguro de lunas y la certificación del administrador de las fincas, que se acompañaban.

Vigésimo tercero. Que don Mariano Sopena no tomó unilateralmente ninguna decisión, sino que actuó en unión de las demás personas designadas para la práctica de la testamentaria; que informó en todo momento a don Luis María Estibáñez, hijo mayor de doña Francisca Aguirre, de todo lo relativo a la testamentaria, enviándole el borrador para que lo revisara, o por lo menos ofreciéndoselo; y que igualmente estaba en contacto, sobre los mismos particulares, con dicho Padre Luis María su hermana María Esther.

Vigésimo cuarto. Que la demandante y sus hermanos no se habían preocupado en absoluto del negocio, recayendo todo el peso sobre don Mariano Sopena y el hermano don Francisco Javier, por lo que habían tenido, no obstante, el control sobre dicho negocio y habían podido conocer, y conocer, su marcha; y don Francisco Javier había tenido en todo momento el control del negocio, en

su poder o a su disposición, los libros comerciales, en su poder una de las dos llaves de la caja fuerte y actuación e intervención en el negocio a los efectos de compras, ventas, etcétera.

Vigésimo quinto. Que entre don Mariano Sopena, la demandante y sus hermanas no existía relación alguna, que quedó extinguida, ya que la misma demandante presentaba, bajo el número 19, una escritura privada de compromiso en la que se decía que «satisfechas las antedichas cantidades queda extinguida o terminada la relación de las hermanas acreedoras con la razón social «Hijo de Antero Estibáñez» y liquidadas con el todas sus cuentas», y firmaban la demandante, sus hermanas, los esposos de sus hermanas casadas y el demandado.

Vigésimo sexto. Que la demandante no había citado de conciliación a los otros demandados, ni acompañaba certificación de esos actos.

Vigésimo séptimo. Que la demandante y sus hermanas vendieron su parte a su hermano don Francisco Javier, constituyendo esta sociedad con don Mariano Sopena.

Vigésimo octavo. Que la fecha en que formulaba su reclamación la parte demandante era otra prueba de su mala fe, pues era sumamente extraño que en noviembre de 1955 se formulase una demanda para pedir la nulidad de unas escrituras otorgadas en junio de 1924 y agosto de 1927, y por personas que alcanzaron la mayoría de edad hacia quince años.

Vigésimo noveno. Que era inexacta la participación que atribuía en el negocio la parte demandante a los hermanos Estibáñez en el hecho 26 de la demanda; y que aunque era intrascendente a los efectos de este litigio el estudio de la escritura de 26 de mayo de 1914, en la cual basaba su supuesto derecho la actora, llamaba la atención sobre la argumentación de ésta en el hecho 16.

Trigésimo. Que como resumen de todo lo expuesto, de lo que aceptaba de la parte contraria y alegaba por su parte, resultaba: Que en 26 de mayo de 1914 don Juan José y don Antero Valentín Estibáñez y don Mariano Sopena constituyeron una sociedad mercantil regular colectiva con capital de 157.000 pesetas, aportadas, 62.000 por el primero, igual cantidad por el segundo y 33.000 por el tercero, quien se obligaba, además, a abonar el interés de un 4 por 100 por las 29.000 pesetas que aportaba de menos, estableciéndose en la cláusula tercera de dicha sociedad un plazo de duración de cinco años, prorrogable por otros cinco más si seis meses antes del primer período no se denunciaba por algún socio, y en el año 1921 el socio don Juan José Estibáñez solicitó su salida de la sociedad, abonándole los otros dos socios su parte, otorgándose por escritura pública la correspondiente carta de pago, según la cual quedaban dueños absolutos del negocio don Antero Valentín Estibáñez y don Mariano Sopena; que con fecha 14 de junio de 1924, unos meses después del fallecimiento de don Antero Valentín Estibáñez, don Mariano Sopena y doña Francisca Aguirre, viuda de don Antero Valentín Estibáñez, constituyeron una sociedad para dedicarse a la explotación de un comercio de tejidos, sociedad que nada tenía que ver con la anterior y no podía ser continuación de la misma; que en 6 de agosto de 1927, por conveniencias de doña Francisca, se otorgó escritura de disolución de la sociedad constituida el 14 de junio de 1924, disolución que sólo se hizo oficialmente, continuando la sociedad entre don Mariano y doña Francisca bajo una forma de sociedad civil regida por los preceptos de comunidad de bienes y naturalmente con la misma participación para ambos, de un 50 por 100 cada uno; que en febrero de 1934 falleció doña Francisca Aguirre, dejando seis hijos, dos mayores

de edad y los otros cuatro menores, siendo uno de aquéllos religioso Jesuita en el momento del fallecimiento de su madre; se hizo el reparto de bienes de los menores y, con la conformidad del hijo mayor Jesuita, se adjudicó la participación que doña Francisca tenía en el negocio, es decir, el 50 por 100 del mismo a los cinco hijos restantes; que desde febrero de 1934 hasta 1954 el referido negocio subsistió funcionando en la misma proporción; que en 30 de octubre de 1954 las cuatro hermanas Estibález dirigieron una carta a don Mariano en la que reconocían expresamente que sólo poseían el 50 por 100 del negocio denominado «Hijo de Antero Estibález» que venía funcionando bajo el régimen de comunidad de bienes, y en dicha carta se reconocía derecho sobre esa participación a los cinco hermanos, no mencionándose para nada al Religioso Jesuita don Luis María; y que doña María de los Angeles Estibález formulaba la demanda contra don Mariano Sopena, así como contra sus hermanos, en la cual, entre otras cosas, pedía que en esa participación se le reconociera derecho también a don Luis María Estibález, que nunca lo había tenido. Alegó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes, entre ellos las excepciones de incompetencia de jurisdicción de falta de personalidad de la demandante, de falta de acción, de falta de personalidad en el demandado, de prescripción y de falta de acción, y suplico que se dictara sentencia estimando las excepciones alegadas en el orden en que habían sido planteadas, y, en todo caso, declarando no haber lugar a la demanda, absolviendo de la misma al demandado don Mariano Sopena, con imposición de costas a la parte demandante. Al Procurador don Felipe Díaz de Espada, persona en nombre de los demandados don Francisco, don Luis María, doña María Esther, doña María del Carmen y doña María Dolores Estibález Aguirre, se le tuvo por allanado a la demanda.

RESULTANDO que en réplica y duplica mantuvieron las partes sus respectivas alegaciones y pretensiones:

RESULTANDO que unidos a los autos las pruebas practicadas y evacuados por las partes los traslados para conclusiones, el Juez de Primera Instancia de Vitoria, en 24 de julio de 1956, dictó sentencia por la que, desestimando la demanda, absolvió de la misma al demandado don Mariano Sopena Gabas, sin hacer expresa imposición de costas:

RESULTANDO que admitida en ambos efectos la apelación que contra la anterior sentencia interpuso la representación de la parte demandante, se elevaron los autos a la superioridad; y sustanciada en legal forma la alzada, con la intervención de la apelante y del demandado don Mariano Sopena Gabas, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, en 24 de marzo de 1957, dictó sentencia por la que, estimando en parte la demanda, declaró:

Primero. Que al ocurrir el fallecimiento de don Antero Valentín Estibález Ortiz de Latierra, el día 2 de noviembre de 1923, el capital de la Sociedad Regular Colectiva denominada «Hijos de Antero Estibález», constituida por escritura pública de 26 de marzo de 1914, era de 95.000 pesetas de las cuales correspondían 62.000 pesetas, o sea, un 65,263 por ciento a don Antero Valentín Estibález y 33.000 pesetas, o sea, 34,736 por ciento a don Mariano Sopena Gabas.

Segundo. Que los hermanos don Luis María, don Francisco, doña María Esther, doña María de los Angeles, doña María de los Dolores y doña María del Carmen Estibález Aguirre, adquirieron y les correspondía la participación en común por sextas partes iguales, en el negocio que giraba actualmente como «Hijo de Antero Estibález» dedicado al comercio de tejidos, instalado en la planta baja de las casas números 21 y 23 de la

calle de Postas, de Vitoria, del 50 por ciento, o sea, la mitad de dicho negocio, por herencia de su madre doña Francisca Aguirre e Iribar; y

Tercero.—Que la participación del demandado don Mariano Sopena Gabas, en el referido negocio era del 50 por 100, o sea la mitad del mismo.

B) Condeno a los demandados:

Primero.—A estar y pasar por estas declaraciones; y

Segundo.—A hacer constar ante Notario en documento público la participación que del referido negocio correspondía en la actualidad a cada uno de los condeños; y

C) Desestimó los demás pedimentos en las precedentes declaraciones no estimadas de la demanda reseñada y de los cuales absolvió a los demandados. Revocando la sentencia apelada en cuanto no coincidiera con los anteriores pronunciamientos, manteniéndola en el resto, y sin hacer especial imposición de costas de la apelación:

RESULTANDO que sin constitución de depósito, dada la disconformidad de las sentencias de primera y segunda instancia, el Procurador don Francisco Brualla Entenza, en nombre de doña María de los Angeles Estibález Aguirre, ha interpuesto recurso de casación por infracción de Ley, alegando los siguientes motivos:

Primero.—Amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción, por violación, del artículo 609 del Código Civil. Declara la sentencia recurrida que al ocurrir el fallecimiento de don Antero Valentín Estibález Ortiz de Latierra el día 2 de noviembre de 1923, el capital de la Sociedad Regular Colectiva denominada «Hijos de Antero Estibález», constituida por escritura pública de 26 de marzo de 1914, era de noventa y cinco mil pesetas, de las cuales correspondía sesenta y dos mil pesetas, o sea un 65,263 por 100 a don Antero Valentín Estibález y treinta y tres mil pesetas, o sea un 34,736 por 100 a don Mariano Sopena Gabas. Y estima probado, en su segundo considerando que los albaceas y contadores partidarios testamentarios de don Antero Valentín, uno de ellos don Mariano Sopena, realizaron las operaciones particionales de la herencia de aquél, adjudicando a su viuda, doña Francisca Aguirre Iribar, la totalidad de la participación que le correspondía en la expresada Sociedad, y que al óbito de doña Francisca Aguirre le sucedieron en la universalidad de sus bienes, derechos y acciones sus seis hijos, es decir, la recurrente y sus hermanos, pese a que don Mariano Sopena, albacea de doña Francisca y tutor de los herederos menores, omitiera —maliciosa y deliberadamente— incluir en el inventario de los bienes relictos la participación en el negocio común. Establecida así la cadena de transmisiones, forzosamente tenían que recibir los hijos de don Antero Valentín Estibález el 65,263 por 100 que a éste pertenecía en el capital del negocio explotado por «Hijos de Antero Estibález», a menos que en algún momento intermedio entre el fallecimiento de don Antero y el de su esposa ocurriera algo que hiciera disminuir la participación transmitida. Es evidente que ese «algo» ha de ser un negocio jurídico válido y eficaz por virtud del cual cediera doña Francisca a don Mariano Sopena una parte de su haber, bien fuera a título de donación, compraventa, adjudicación en pago de deudas, etc., porque no cabe suponer, y menos aún afirmar, que una porción del caudal de doña Francisca pasara a engrosar el patrimonio de don Mariano Sopena sin justificación ni causa alguna. Por eso la sentencia recurrida ha dejado de aplicar, indebidamente, violándolo, el artículo 609 del Código Civil, puesto que sin prueba de la existencia de una transmisión de doña Francisca a don Mariano, reconoce a éste un 50 por 100 del nego-

cio litigioso, sin causa jurídica que lo justifique. Aun más, sin que siquiera haya alegado don Mariano Sopena en todo el curso del pleito cómo y por qué ha pasado a su poder el 15,264 por 100 que le faltaba para completar la mitad. No basta para entender operada la transmisión aludida, no probada ni aún invocada, el otorgamiento de la escritura de constitución de una nueva Sociedad entre doña Francisca Aguirre y don Mariano Sopena con fecha 14 de junio de 1923, pues además de ser simulada no bastaría para explicar cómo y por qué adquirió el señor Sopena el 50 por 100 del negocio, correspondiéndole anteriormente el 34,756 por 100. No basta porque es incierto que, como don Mariano Sopena ha sostenido con reiteración, esa nueva Sociedad nada tenía que ver con la anterior, ni los bienes aportados a ella eran los mismos que formaban parte integrante de la precedente en la que era partícipe don Antero Valentín Estibález. Admitiendo esa afirmación quedaría envuelto en un inadmisble misterio lo ocurrido con todos los bienes, mercaderías, créditos y derechos que integraban el activo de la Sociedad primitiva. La sentencia recurrida considera aisladamente distintos momentos y épocas en la vida jurídica del negocio «Hijos de Antero Estibález», sin determinar la lógica continuidad que ha de haber entre ellos, máxime cuando esa continuidad y «la historia» del negocio es lo que constituye la médula del litigio. Y así, asegura que al fallecer don Antero Valentín era titular éste del 65,263 por 100 del negocio, y de la fecha del fallecimiento, 2 de noviembre de 1923, salta al 14 de junio de 1924, para afirmar que en esta fecha se constituye una nueva Sociedad aportando el capital por mitad a iguales partes la viuda de don Antero y su cuñado don Mariano Sopena, sin hacer mención del destino del capital de la primera Sociedad; sin que los interesados se repartieran las piezas de tela; ni hicieran una subasta o las cedieran en bloque a un tercero, y se repartieran el dinero; ni se traspasara el local y se volviera a adquirir instantáneamente, y no ocurrió nada de eso, porque en la escritura de 14 de junio de 1924 aparecen don Mariano Sopena y doña Francisca Aguirre aportando a la nueva Sociedad un capital en metálico y géneros de tejidos del ramo de comercio a que se dedican. Si los bienes que figuran aportados a la nueva Sociedad son los mismos que integran la antigua, y de él correspondía a don Mariano Sopena solamente el 34,736 por 100 y a doña Francisca Aguirre el 65,263 por 100 restante, es incontestable que o doña Francisca aportó sólo otro 34,736 por 100, en cuyo caso hubo de devolversele el 31,527 por 100 que le sobraba; o que doña Francisca vendió o cedió el 15,264 por 100 que le faltaba al señor Sopena para igualarse, o no responden a la realidad las manifestaciones hechas en el documento comentado. Y como el señor Sopena ni siquiera alegó que se dieran las hipótesis primera y segunda, la auténtica es la tercera. La circunstancia de que no se haya alegado por la parte demandada-recurrida la existencia de las hipotéticas transmisiones necesarias para igualar la participación suya con la de doña Francisca Aguirre, ni se haya, por tanto, practicado prueba alguna sobre aquéllas, permite denunciar la infracción apuntada, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley ritual, sin necesidad de hacerlo por la vía del número séptimo, puesto que el Tribunal «a quo» no se basa en prueba alguna sobre la cual pueda usar su soberanía de apreciación; lo que impide asimismo rechazar el recurso con fundamento en que no es lícito oponer a la aprobación de las probanzas por el Tribunal de instancia el particular criterio

del recurrente, y en que no le está permitido tampoco desarticular las pruebas para enfrentar el examen concreto de alguna de ellas con la conclusión extraída por la Sala mediante la apreciación conjunta de todas; siendo de advertir que el Tribunal «a quo» argumenta con inconsecuencia, pues tras estimar la demanda en lo que respecta a la declaración de la participación del 65.263 por 100 que a don Antero Valentín Estibález correspondía en el negocio común, con fundamento en la escritura de 9 de marzo de 1921, «sin que conste hubiese habido modificación posterior a ésta» (considerando cuarto), pasa a concretar una situación posterior distinta, a pesar de que no consta ni probada ni siquiera alegada una modificación ulterior.

Segundo.—Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción, por interpretación errónea, del artículo 222 del Código de Comercio y violación, por inaplicación, de la doctrina contenida en las sentencias de este Tribunal de 9 de julio de 1940 y 21 de mayo de 1941, en parte alguna de los autos queda acreditado, explicado, ni siquiera alegado, que la primera Sociedad se extinguiera mediante su liquidación, y adjudicación y entrega a cada socio «en este caso a don Mariano Sopena y a los herederos de don Antero Valentín Estibález» de la parte que, en el haber liquidado les correspondía. Por el contrario, en el cuaderno particional de la herencia de don Antero Valentín, protocolizado en 22 de septiembre de 1924 se adjudica al cónyuge sobreviviente la participación en la Sociedad «Hijos de Antero Estibález», que correspondía al causante, según balance efectuado el día 12 de enero del año actual (1924), dos meses después del óbito de don Antero, como participación en una Sociedad viva y operante, según lo demuestran la redacción de esta partida del inventario, confeccionado por el propio señor Sopena en su función de albacea contador partidor, y el indicado balance, que no está efectuado al 2 de noviembre de 1923, fecha del fallecimiento de don Antero, sino en otra posterior. El fallecimiento de don Antero Valentín Estibález, sin acuerdo de continuación de la relación social con sus herederos, y el transcurso del plazo por el que se constituyó la Sociedad, son causas de disolución, de conformidad con los artículos 221, número primero, y 222, número primero, del Código de Comercio, pero no por ello queda extinguida la Sociedad, sino que ésta entra en el complejo período de liquidación, que culmina con la división entre los socios del capital líquido resultante, realizada la cual se produce la extinción definitiva de la Compañía. Al no tener en cuenta estos conceptos, y declarar la sentencia recurrida en su considerando cuarto que es indiscutible que la referida Sociedad o Compañía mercantil, de tipo personalista, desapareció o quedó totalmente disuelta por la muerte del socio don Antero Valentín Estibález, a tenor de lo dispuesto en el artículo 222 del Código de Comercio..., asimilando una causa de disolución a la desaparición o extinción de la Sociedad, interpreta erróneamente el mencionado precepto, y viola, por inaplicación, la doctrina sentada por este Tribunal Supremo, en cuanto declara que «las causas de disolución de las Sociedades no son causa de terminación, sino supuestos, jurídicos para que en su día ésta se produzca» (sentencia de 9 de julio de 1940) y que «las causas de disolución no operan en sí, ni de modo que, al producirse, extingan inmediatamente la Sociedad» (sentencia de 21 de mayo de 1941). No siendo preciso impugnar la apreciación de pruebas no practicadas.

Tercero.—Al amparo de los números primero y séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infrac-

ción, por indebida aplicación, del artículo 116 del Código de Comercio, artículo 1.218 del Código Civil y doctrina de las sentencias de este Tribunal Supremo de 8 de enero y 16 de febrero de 1945, 8 de mayo y 4 de julio de 1944 y 7 y 23 de febrero de 1946; por inaplicación del artículo 1.261 del Código Civil, y por errónea interpretación de los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil. Está acreditado que don Mariano Sopena, que únicamente era titular del 34.736 por 100 del negocio «Hijos de Antero Estibález», al fallecer don Antero Valentín, según ha fallado el Tribunal de Instancia, seguía siendo dueño de la misma participación hasta el momento de otorgarse la escritura de 14 de junio de 1924, pues hasta entonces no hubo ninguna transmisión de bienes, ni de la Sociedad primitiva, disuelta, pero no extinguida, a doña Francisca Aguirre, ni de ésta al señor Sopena. Por tanto, es suficiente esta base de hecho para llegar a la conclusión de que la escritura de 14 de junio de 1924 no refleja la realidad. Mas esa misma escritura, de constitución de otra Sociedad con igual denominación de «Hijos de Antero Estibález», es inexistente, por simulada y carente de causa. Siendo la Sociedad en contrato, como proclaman y definen los artículos 1.665 del Código Civil y 116 del de Comercio, para su legal nacimiento y existencia es menester la concurrencia de los requisitos generales de todo contrato y los especiales característicos de esta especie contractual. Los generales los enumera el artículo 1.261 del Código Civil, al decir que «no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:

Primero.—Consentimiento de los contratantes.

Segundo.—Objeto cierto que sea materia del contrato.

Tercero.—Causa de la obligación que se establezca».

Y los especiales, señalados en los preceptos definidores de la Sociedad, son: La puesta en común de dinero, bienes o industria y la intención de obtener lucro y a partir las ganancias. La sentencia recurrida viola los citados artículos 116 del Código de Comercio y 1.261 del Código Civil, por indebida aplicación de aquel o inaplicación de éste. Porque la Sociedad escriturada en 14 de junio de 1924 no tiene de tal más que la forma. No hubo consentimiento válido, pues doña Francisca Aguirre firmó el instrumento víctima del dolo empleado por don Mariano Sopena y en la convicción de que se trataba meramente de cubrir una fórmula ficticia para evitar gastos fiscales. El dolo está patente en la conducta del señor Sopena a lo largo de los últimos treinta y cinco años. No hubo objeto, pues ni don Mariano Sopena ni doña Francisca Aguirre hicieron ninguna aportación real a la Sociedad; no lo hizo don Mariano Sopena porque las aportaciones eran sobre el papel «dinero y géneros de tejidos del comercio a que se dedicaba» y esos géneros continuaban perteneciendo a una Sociedad incurra en causa de disolución, pero no liquidada ni extinguida. Y tampoco realizó la aportación doña Francisca Aguirre por la misma razón, y porque al otorgarse la escritura de 14 de junio todavía no era ella adjudicataria de la participación de su finado esposo en la primera Sociedad, toda vez que la partición no se formalizó hasta el 22 de septiembre de 1924. Ciertamente que podía haberse obligado a aportar lo que no le pertenecía, pero sobre no tener efectividad real una Sociedad a la que se aporta una simple promesa de aportar, en la escritura no se habla de obligación de aportar, sino de efectiva coetánea aportación, que es visto era imposible e inexistente. No hubo causa, voluntad de constituir una nueva Sociedad o intención de ligarse las partes con el vínculo societario en los términos reflejados en la escritura. El mismo don

Mariano Sopena, como albacea de don Antero Valentín, valora la participación de éste en la antigua Sociedad en cerca de doscientas mil pesetas, lo que revela que el balance ascendía a unas trescientas mil pesetas, puesto que a aquel correspondía alrededor de dos terceras partes del capital. El activo líquido de la antigua Sociedad era de mas de trescientas mil pesetas, y, sin embargo, figurando aportar a la nueva los mismos bienes, se valoran en sólo cincuenta mil pesetas. Con ello, en lo sucesivo, se pagaría una cuota enormemente superior por impuesto de utilidades y existía el peligro de que considerara fiscalmente como beneficio la diferencia entre el capital nominal de la primera Sociedad y el real, de trescientas mil pesetas, en cuanto luciera en cuentas. Esto no tenía la finalidad, por parte de don Mariano Sopena, de dejar un rastro documental, transitorio, de que en el negocio le pertenecía el 50 por 100 en vez del 34.736 por 100 que realmente le correspondía. La escritura de constitución de la Sociedad no tenía más finalidad que esa; no iba a funcionar jamás; estaba destinada a morir inmediatamente y, por ello, lo mismo daba un capital de trescientas mil pesetas que de cincuenta mil; el caso es que figurara aportado por partes iguales por el demandado y doña Francisca Aguirre, y previniéndose la próxima disolución interesaba simular un capital pequeño, para que las liquidaciones, por el impuesto de Derechos reales a la constitución y a la disolución fueran también pequeñas.

Efectivamente, tres años después, en 1927, se disuelve esa ficticia Sociedad, y en la escritura pública otorgada al efecto se dice que los socios se han repartido el capital y han liquidado por completo el pasivo, deducido del balance cerrado el día anterior. Esto no es posible más que si la liquidación como la constitución son absolutamente simuladas. Aparte el error de derecho apuntado, incurre la sentencia en error de hecho en la apreciación de las pruebas, resultante de los siguientes documentos auténticos:

Primero.—La escritura de aprobación y protocolización de las operaciones particionales de la herencia de don Antero Valentín Estibález de 22 de septiembre de 1924, en cuanto demuestra que no se adjudicó a doña Francisca Aguirre hasta fecha muy posterior al 14 de junio la participación del causante en el negocio «Hijos de Antero Estibález», por lo que no pudo aportar en esta última fecha los géneros de tejidos del comercio a que se dedicaba.

Segundo.—La carta de don Mariano Sopena fechada el 2 de noviembre de 1954, reconocida por él y en la que testificando otra de la recurrente y sus hermanas en la que le requieren para que conteste sin rodeos ni ambigüedades si había existido alguna Sociedad válida entre él y doña Francisca Aguirre, contesta: «... ni antes ni después del fallecimiento de nuestra madre no han existido documentos ni Sociedad del negocio».

Tercero.—El documento de 23 de marzo de 1953, en el que el señor Sopena declara y reconoce que pertenece a sus sobrinos, «... la porción que perteneció a don Antero Valentín Estibález»; porción que era del 65.263 por 100, no haciéndose en el documento ninguna alusión a la escritura de constitución de Sociedad de 14 de junio de 1924.

Cuarto.—El libro-diario averado de contrario, escrito de puño y letra del señor Sopena, que refleja, sin solución de continuidad el movimiento del negocio «Hijos de Antero Estibález», desde el año 1922 al 1929, es decir, desde antes de la simulada constitución de Sociedad, hasta después de su también simulada disolución; prueba de que la Sociedad ni funcionó.

Quinto.—El libro de inventarios y balances, también llevado por el propio don Mariano Sopena y en el que se anotan

balances de fechas posteriores a la constitución y disolución de la Sociedad, y en los que se atribuye a doña Francisca Aguirre un haber superior al líquido del negocio común. No sólo incurre la sentencia recurrida en el expresado error de hecho, sino también en el de derecho consistente en la equivocada apreciación de las pruebas y concretamente de las presunciones, con infracción de los artículos 1.249 y 1.253 del Código Civil, erróneamente interpretados, dado que hay un hecho cierto e indiscutible, reconocido en la sentencia recurrida, de que al fallecer don Antero Valentín Estibález le correspondía, y por tanto a sus herederos, el 65.263 por 100 del capital del negocio «Hijos de Antero Estibález», de cuyo hecho se deriva inmediatamente, con enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, el hecho, no admitido por el Tribunal «a quo», de que no constando demostrado ni alegado de adverso, que hubieran dichos herederos transmitido por cualquier título ninguna porción de dicha participación a don Mariano Sopena, no se alteró la distribución del capital entre los titulares del negocio común. Asimismo se infringe, por indebida aplicación, el artículo 1.218 del Código Civil, y las sentencias de 6 de enero y 16 de febrero de 1945, entre otras, que permiten desvirtuar el valor probatorio de los comentarios públicos mediante otras pruebas, y las sentencias de 8 de mayo y 4 de julio de 1944, conforme a las cuales la escritura pública prueba que los otorgantes hicieron las manifestaciones que en ella constan, pero no la certidumbre del contenido de las mismas, y las de 7 y 22 de febrero de 1946, que prevén la posibilidad de que se impugne y distribuya por otros medios de prueba el contenido de una escritura pública, aunque esté revestida de todos los requisitos y solemnidades, pudiendo acreditarse que el contrato que integra tal contenido fue simulado. Doctrina violada por la sentencia recurrida, que atribuye pleno valor probatorio a la escritura de 14 de junio de 1924.

Cuarto.—Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción, por errónea interpretación e indebida aplicación, del artículo 1.214 del Código Civil y jurisprudencia sobre el mismo. La sentencia del Juzgado, cuyos considerandos acepta la recurrida, arguye que incumbía a la parte actora la prueba de la inexistencia de los requisitos exigidos en el artículo 1.261 del Código Civil, en cuanto a la Sociedad constituida en 14 de junio de 1924. En cambio, no carga sobre el demandado el deber de probar la existencia de una transmisión de participaciones en el negocio primitivo «Hijos de Antero Estibález», de doña Francisca Aguirre a don Mariano Sopena, y la obligación de acreditar la liquidación de la primera Sociedad, que alega como excepción. Y, sin embargo, esa previa liquidación y consiguiente adjudicación del haber de la primitiva Sociedad es presupuesto indispensable para que las aportaciones a la segunda fueran indispensables y reales. Resulta, por tanto, violado el citado artículo 1.214 y las sentencias de este Tribunal Supremo de 30 de junio de 1942 y 16 de marzo de 1944, entre otras, que declaran incumbir al demandado la prueba de los hechos en que funda su oposición y de los impeditivos y extintivos.

Quinto.—Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por cuanto las sentencias pronunciadas en ambas instancias no aprecian la inexistencia de causa en el contrato de sociedad figurado en escritura pública de 14 de junio de 1924, porque consideran como suficiente la libre voluntad de las partes en el otorgamiento de aquella, siendo así que, aun en el supuesto de que el consentimiento prestado por doña Francisca Aguirre no estuviera viciado por el indudable dolo desplegado

por el señor Sopena, no puede confundirse la voluntad de firmar un documento de constitución de sociedad con la voluntad de constituirlo y ligarse por el vínculo contractual ni con la causa, que es para cada parte contratante, según el artículo 1.264 del Código Civil la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte en los contratos remuneratorios, prestación o promesa que no existe en el caso de autos.

Sexto.—Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción de los artículos 1.265 y 1.266 del Código Civil y sentencia de 14 de mayo de 1941. Desconoce el fallo e infringe, por inaplicación, estos artículos y jurisprudencia al conceder valor como acto propio tanto a las reclamaciones hechas por los hermanos Estibález Aguirre del 50 por 100 del negocio —a pesar de ser dueños de una mayor parte como a alguna carta de agradecimiento escrita por el P. Luis María, S. J.—. Tales reclamaciones y cartas obedecen al error en que hasta fecha muy reciente se encontraban los recurrentes y sus hermanos; error lento, largo y premeditado mente preparado, provocado y mantenido por don Mariano Sopena, como se deduce de los antecedentes del pleito e historia del negocio «Hijos de Antero Estibález», error que explica la confianza ciega que la familia Estibález había depositado en el señor Sopena y de que no era merecedor, hasta el extremo de que el padre y la madre de la actora le designaron su albacea testamentario, y los demás familiares le nombraron tutor de los menores. La percepción de utilidades del negocio por la recurrente y hermanos, que la sentencia del Juzgado conceptúa como aceptación de la situación igualitaria que don Mariano Sopena defiende, es inoperante a esos efectos, demostrando que aquellos eran condueños del negocio y como tal se ignoraban, pero no que lo hicieran en una cuantía determinada —sobre la que no se ha practicado prueba alguna—. Es más, está acreditado que ante la reclamación de los señores Estibález Aguirre hubo de abonarles el señor Sopena doscientas mil pesetas por beneficios atrasados. Por último, la manifestación de la señorita María Esther Estibález, de que encontraba normales los detalles dados por su tío de libros y documentos no significa que comprobara los mismos libros, para lo que no tuvo tiempo material, sino que había recibido unas explicaciones, que no consta cuáles fueran ni si eran ciertas. En todo caso, la conformidad de unas cuentas, creyendo ella por error que era participe, en unión de sus hermanos, del 50 por 100 no es susceptible de catalogarse como «acto propio». La sentencia de este Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1951 declara que «... es sabido que según repetida jurisprudencia de esta Sala los actos contra los que es lícito accionar a quien los ha ejercitado son aquellos que por su carácter irascendental o por constituir convención causa estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica del autor, los que se realizan con el designio de crear o modificar algún derecho y que es necesario exista demostrada una íntima relación de causa a efectos entre el acto ejecutado y el que posteriormente se realiza con las consecuencias de aquél, con pleno conocimiento consentidas». Los actos a que este motivo alude no pueden encuadrarse entre los definidos en la sentencia transcrita que ha sido infringida.

Séptimo.—Al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Infracción, por errónea interpretación e inaplicación, de los artículos 1.255, 1.228, 1.232 y 1.233, y 1.249 y 1.253 del Código Civil. Se base este motivo en que la sentencia recurrida niega el valor que tiene, como prueba, las anotaciones hechas por el demandado en el libro de inventarios y balances, y la carta

de 2 de noviembre de 1954. En aquel libro sienta don Mariano Sopena unos balances, posteriores a la constitución de la Sociedad, simulados, en los que atribuye mayor capital a doña Francisca Aguirre que el que el mismo señala. Y la Audiencia afirma que esos balances son inoperantes porque tras ellos escribió el Sopena, en 1933, que quedaba igualado el capital para el año 1934: porque más adelante, cuando fallece doña Francisca, vuelve a escribir don Mariano que queda el dueño exclusivo, y porque, de conformidad al artículo 1.228 del Código Civil, si bien los asientos, registros y papeles privados hacen prueba contra el que los ha escrito, el que quiera aprovecharse de ello habrá de aceptarlos en la parte que le perjudiquen. Ahora bien, esta parte no apoya su reclamación en ese libro, que aun reconociendo a doña Francisca Aguirre un capital superior al 50 por 100 del total no lo hace en el 65.263 por 100 de que efectivamente era titular, sino para demostrar que la Sociedad de 14 de junio de 1924 era simulada y no había tenido la virtud —perseguida por el señor Sopena— de igualar las participaciones de los condueños. Si, por regla general, la prueba de asientos y papeles privados es indivisible, como la confesión (artículo 1.233), puede dividirse cuando parte de los hechos que están probados por otros medios. Y puesto que la sentencia declara a favor de los hermanos Estibález Aguirre el 50 por 100 del negocio, es falsa la atribución que se hace a sí mismo el señor Sopena de la totalidad del capital. No existiendo, por otra parte, justificación de que el año 1933, cuando escribe en el libro el señor Sopena, se produjera un acto o negocio jurídico igualador del capital, igualación que la sentencia recurrida hace constar del año 1924. Por otra parte, al estar acreditada una participación de doña Francisca Aguirre en el año 1953 superior al 50 por 100 infringe la sentencia los artículos 1.249 y 1.253, dado que no deduce de ese hecho el de que la Sociedad, que externamente se hizo constar en escritura de 14 de junio de 1924 era simulada y radicalmente inexistente y nula. Se denuncia también la violación de los artículos 1.225 y 1.232, por no valorarse en lo que procede la carta suscrita por don Mariano Sopena en 2 de noviembre de 1954, aprobatoria contra su autor, sin que pueda entenderse desvirtuada la confesión en esa carta contenida por la adición de la frase al menos que yo recuerde, pues no cabe admitir que el firmante hubiera olvidado la constitución de la Sociedad y su disolución:

RESULTANDO que admitido el recurso al instruirse la parte recurrente solicitó que se reclamaran de la Audiencia los siguientes documentos:

Primero.—Un libro de inventarios y balances, presentado con la demanda al número once.

Segundo.—Un libro mayor, unido al escrito de réplica con el número uno.

Tercero.—Un libro de actas de Consejo de Familia, anexo a la demanda con el número catorce; y

Cuarto.—Un documento de reconocimiento suscrito por don Mariano Sopena Caba, unido a la demanda con el número quince.

Instruida también la parte recurrida, acordó la Sala que se reclamara el documento señalado en cuarto lugar por facultad de reclamar los restantes para la parte recurrente, sin perjuicio de su facultad de reclamar los restantes para mejor proveer. Remitido oportunamente en dicho documento fechado en Vitoria a 23 de marzo de 1953, don Mariano Sopena Caba declara y reconoce:

Primero.—Que el comercio de tejidos abierto en esta ciudad de Vitoria, que giró bajo nombre de «Hijos de Antero Estibález», y que hoy gira bajo el nombre de «Hijo de Antero Estibález», pertenencia, por mitad e iguales partes, a don Antero

Valentín Estibáñez y Ortiz de Latierra y al suscrito.

Segundo.—Por muerte del indicado don Antero V. Estibáñez, así como de su esposa, doña Francisca Aguirre e Iribar, la porción que en dicha casa comercial perteneció al repetido don Antero V. Estibáñez pertenece hoy, por quintas e iguales partes a sus citados hijos doña María Esther, don Francisco Javier, doña María de los Dolores, doña María del Carmen y doña María de los Angeles Estibáñez y Aguirre.

E instruidas del mismo las partes, se declararon concluidos los autos, mandándose traerlos a la vista, con las citaciones correspondientes. Acto que tuvo lugar el día 16 de mayo actual, con asistencia de los Letrados de las partes recurrente y recurrida, don Gonzalo de la Calle y don Luis García Lozano, que informaron en apoyo de sus respectivas pretensiones:

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

CONSIDERANDO que teniendo por base el derecho aplicable a la acción ejercitada, las declaraciones de hecho de la sentencia recurrida, se impone examinar en primer lugar los motivos tercero y séptimo del recurso, que se amparan en el número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y están directamente relacionados con la eficacia y subsistencia de aquellas declaraciones:

CONSIDERANDO que respecto al motivo tercero ha de advertirse que, además de invocar el citado número séptimo, se acoge también al número primero del mismo artículo 1.692, denunciándose en él la infracción por indebida aplicación del artículo 116 del Código de Comercio, del artículo 1.218 del Código Civil y de la doctrina legal de las sentencias que se indican: por inaplicación del artículo 1.261 del último de los mencionados Códigos y por errónea interpretación la de los artículos 1.249 y 1.253 del propio Código legal; pero es forzoso tener en cuenta que el segundo párrafo del artículo 1.620 de la Ley Procesal ordena que si fueran dos o más los fundamentos o motivos del recurso, se expresen en párrafos separados y numerados, habiéndose declarado por este Tribunal en sentencias de 26 de noviembre y 15 de diciembre de 1953, 5 y 8 de junio de 1954, 22 de noviembre de 1958 y 19 de febrero, 19 de abril y 18 de junio de 1960 y otras, que al acumular distintos fundamentos en un solo motivo contraviniendo lo establecido en el indicado párrafo segundo del artículo 1.720, por afectar a la precisión y claridad que se exige en el primero, y dado el rigor formal del recurso, constituye un defecto esencial de forma que con arreglo al número cuarto del artículo 1.729 de dicha Ley (sentencias antes citadas de quince de diciembre de 1953 y 8 de junio de 1954), determina la inadmisión del motivo en que concurra y que en la fase de decisión, y a tenor de reiterada jurisprudencia (sentencia de 27 de noviembre de 1922, 4 de junio de 1947, 16 de mayo de 1957 y muchas otras) se convierte en causa de desestimación; aparte de que la simulación de los contratos, que es lo que constituye en su fondo, en relación principalmente con el de Sociedad de la escritura de 14 de junio de 1924, aunque también se alude a la de disolución de 6 de agosto de 1927, el objeto del motivo tercero es una cuestión de hecho, de la privativa facultad del Tribunal de Instancia, cuyas declaraciones en este orden es obligado respetar, a menos que se compruebe, mediante acto o documento auténtico, la evidente equivocación del juzgador, según requiere el número séptimo del artículo 1.692, y ni los documentos que se mencionan ni las presunciones que se invocan demuestran con la evidencia requerida el error del juzgador, más aún tratándose de la adjudicación posterior por herencia de la participación social no pueden olvidarse los efectos retroactivos de toda

transmisión hereditaria, con sujeción a los artículos 440 y 657 del Código Civil, ni que por la proximidad de las fechas de la escritura de Sociedad y del cuaderno particional pudiera estar convenida la adjudicación, ni excluye tampoco que la aportación, como se desprende de lo dispuesto en los artículos 170 y 171 del Código de Comercio, se realice con posterioridad al otorgamiento del contrato, habiendo además subsistido y funcionado la Sociedad durante tres años sin reclamación alguna de los interesados:

CONSIDERANDO que en cuanto al motivo séptimo que, fundado en dicho número séptimo del artículo 1.692, alega la interpretación errónea e inaplicación de los artículos 1.225, 1.228, 1.232, 1.233, 1.249 y 1.253 del Código Civil, aparte de que por jurisprudencia de esta Sala la interpretación errónea y la inaplicación son conceptos incompatibles, y que en tanto que el artículo 1.249 se refiere al hecho que ha de servir de base a la deducción, el 1.253 se contrae al juicio lógico que hace formar el Tribunal en la apreciación de las presunciones y sólo puede ser invocado al amparo del número segundo del artículo 1.692, debe observarse que en el motivo no se expresa ni se trata de error de hecho o de derecho o de ambas clases, determinando verdadera imprecisión en su desarrollo: sin que por otra parte resulte exacto que el Tribunal «a quo» haya prescindido de los asientos de los libros y del contenido de la carta de 2 noviembre de 1954, pues los tuvo en cuenta relacionando las diversas partidas de los primeros, en una de las cuales aparecen igualadas las participaciones y atendiendo el sentido y términos de la referida carta y la reserva que contiene para concluir en la forma que lo hizo sin infringir los preceptos que se alegan, y además el motivo tiene por objeto, en cuanto a las anotaciones de los libros y según en él se expresa, demostrar la simulación de la Sociedad de 14 de junio de 1924, a pesar de invocar unos asientos que la propia recurrente reconoce que no son exactos ni puede aceptar (hecho doce de la demanda y el texto del motivo mismo):

CONSIDERANDO que ineficaces los motivos tercero y séptimo, han de quedar subsistentes las declaraciones de hecho de la sentencia recurrida; no siendo posible acoger el motivo primero que, amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley hipotecaria, estima infringido el artículo 609 del Código Civil, porque para ello tiene que partir de la simulación de la escritura de 14 de junio de 1924 y negar que ésta basta para demostrar la transmisión de la diferencia de quince mil doscientas sesenta y cuatro pesetas a favor del demandado Sopena, sin tener en cuenta que por esa escritura y por los demás antecedentes del pleito, dicho demandado, según la sentencia, tenía reconocido por la doña Francisca Aguirre el 50 por 100 que ahora se le discute; declarando luego la sentencia que esa participación es a la única que los antecedentes del pleito —apreciación de conjunto— permiten fundadamente establecer continuo correspondiendo a la viuda en el negocio después de cesar definitivamente la persona social y proseguir los intereses en nueva comunidad y condominio, y si bien en el considerando cuarto se consigna que no consta que hubiera modificación posterior a la escritura de 9 de marzo de 1921, agrega éntala el fallecimiento del último de ellos, o sea del don Antero: sin que por medio de conjeturas o presunciones quepa desvirtuar de modo evidente y menos por el cauce del número primero del citado artículo 1.692, las apreciaciones de la Sala de Instancia:

CONSIDERANDO que tampoco es viable el motivo segundo, en el que, acogido el número primero del referido artículo 1.692, se estima infringido el artículo 222 del Código de Comercio y la doctrina de

las sentencias de este Tribunal que se indican, puesto que según afirma la recurrente la Sociedad, nuevamente constituida por doña Francisca Aguirre y don Mariano Sopena tuvo por objeto el mismo negocio de la anteriormente formada con don Antero Valentín, su marido, y que la participación correspondiente al último le fue adjudicada a la viuda en su totalidad en la partición de bienes, reconociendo la doña Francisca Aguirre en las escrituras de 14 de junio de 1924 y 6 de agosto de 1927 la participación por igual de ambos socios, que es lo único que interesa para el tema que en materia de discusión en el litigio y en el recurso, sin que tenga trascendencia al efecto que la disolución por fallecimiento del anterior socio llevara consigo la existencia de la personalidad social durante el período liquidatorio: ni a ello obste por lo ya razonado el que la adjudicación a la viuda se formalizase catorce días después de la constitución de la nueva Sociedad, ya que pudo subsistir y subsistió después sin reclamación alguna en los tres años siguientes; siendo lógico entender por tal razón que la liquidación de la precedente Sociedad se practicó de común acuerdo entre ellos, por lo que no puede considerarse incurra la sentencia en las infracciones que en este motivo se le atribuyen; debiendo reputarse igualmente desestimable el motivo cuarto en que se supone la infracción del artículo 1.214 del Código Civil, respecto a la liquidación de la primitiva Sociedad, bastando con lo antes expuesto para que sea rechazado:

CONSIDERANDO que de la propia suerte debe ser desestimado el motivo quinto en que con apoyo en el número primero del expresado artículo 1.692 se reputan infringidos los artículos 1.264 y 1.265 del Código Civil, por inexistencia de causa en el contrato de Sociedad objeto de la escritura pública de 14 de junio de 1924, cuando de modo terminante declara la sentencia recurrida que del ponderado y sereno estudio de los antecedentes del pleito no hay nada que permita ni siquiera sospechar la carencia de causa de la escritura mencionada, y de la de disolución posterior, y contra esta declaración en modo alguno puede prosperar el opuesto criterio de la recurrente, máxime habiendo sido eliminados los motivos tercero y séptimo:

CONSIDERANDO que por la propia razón procede la desestimación del motivo sexto, en que autorizado por el número primero del artículo 1.692 se denuncia la infracción de los artículos 1.265 y 1.263 del Código Civil y sentencia de 14 de mayo de 1941, luego rectificada como de 17 de mayo de 1941, dando por cierto que los reconocimientos hechos por los hermanos Estibáñez en cuanto a la participación del 50 por 100 obedecieron al error en que se encontraban al formular sus reclamaciones, y como este error no se apoya en declaración alguna de hecho de la Sala sentenciadora, carece de eficacia el motivo en este particular, y en cuanto a la doctrina de los actos propios, al invocarla el Tribunal «a quo» lo hace con referencia a los del demandado, y su afirmación de la participación igualitaria del 50 por 100 por ambas partes se funda en el documento de 23 de marzo de 1953, 22 de julio del mismo año y cartas del 30 de octubre de 1954 y 2 de noviembre del mismo año, así como en las escrituras de 14 de junio de 1924 y 6 de agosto de 1927, considerados y valorados como elementos de prueba y con la interpretación que le corresponde, que no se ha combatido eficazmente por la vía del número séptimo del artículo 1.692, ni mediante la invocación de las reglas de hermenéutica de los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil, lo que obliga a rechazar el motivo:

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de ca-

sación por infracción de Ley interpuesto a nombre de doña María de los Angeles Estibalez Aguirre contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, con fecha 25 de marzo de 1957, en los autos de que este recurso dimana, condenamos a dicha recurrente al pago de las costas causadas en este Tribunal Supremo, y, a su tiempo, librese certificación de esta resolución a mencionada Audiencia, acompañándole el apuntamiento y documentos remitidos:

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.—Pablo Murga Castro.—Joaquín Domínguez de Molina.—Francisco Rodríguez Valcarlos.—Diego de la Cruz Díaz.—Rubricados.

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

En la villa de Madrid, a 26 de mayo de 1961; en la cuestión de competencia pendiente ante esta Sala, en virtud de inhibitoria suscitada por el Juzgado Municipal número catorce de los de Barcelona, al de igual clase de Villena, para el conocimiento del proceso de cognición entablado ante el último, contra doña Dolores Rius Vidal, comerciante y vecina de Barcelona, por don Daniel Martínez Jiménez, industrial y vecino de Villena, sobre pago de pesetas; habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo la demandada, representada por el Procurador don Ramón Galán Calvillo y defendida por el Letrado don José Ruiz Yañez, no habiéndolo verificado el demandante:

RESULTANDO que mediante escrito de fecha de 15 de marzo de 1960, el Procurador don Manuel Soriano Soriano, en nombre y representación de don Daniel Martínez Jiménez, dedujo ante el Juzgado Municipal de Villena demanda de proceso de cognición contra doña Dolores Rius Vidal y su esposo, don Rafael Gimeno Vñels, del comercio y vecino de Barcelona, alegando: que al actor compete y ejercita acción legal de carácter personal para reclamar a la vecina de Barcelona doña Dolores Rius Vidal, mayor de edad, casada, del comercio con domicilio industrial en plaza Maragall, número 7, bajos, y particular en Manigua, número 28, la cantidad de 7.071,60 pesetas que es en adeudarla, como precio de unos calzados que le vendió y no ha satisfecho; que a los solos efectos de lo establecido en el artículo 144 del vigente reglamento hipotecario, reformado por Decreto de 17 de marzo de 1959, y para el caso de que se embargasen bienes gananciales, se demandaba igualmente a su esposo, don Rafael Gimeno Vñels, mayor de edad, casado, del comercio y con domicilio industrial en calle Garrotxa, número 42; que el cauce judicial adecuado por donde debe discurrir esta acción es el proceso de cognición al que sirven de motivo y origen los siguientes hechos:

Primero. Que la señora Rius Vidal, dada su profesión, efectuó al actor un pedido de calzados, de los fabricados por el mismo, el día 26 de mayo de 1959, por medio de su representante don José Gracia, según nota de pedido que se acompañaba.

Segundo. Que el actor, obediendo al mentado pedido de la señora Rius Vidal, le hace dos envíos, uno en 2 de julio siguiente y otro días más tarde, siendo objeto de la presente reclamación solamen-

te el primero, por mediación de la agencia de transportes «Transportes Gómez», remitiéndole al unísono la factura correspondiente, por un total de 7.071,60 pesetas de fecha 2 de julio de 1959.

Tercero. Que para el cobro de la citada suma, y para el cobro de otra partida de calzados adeudada, que no es objeto de esta reclamación, el actor puso en circulación varios efectos cambiarios, y, entre ellos, las dos letras, una de 3 de julio y otra del 25 de septiembre del mismo año 1959, con vencimientos respectivos al 8 de octubre del mismo año, y la segunda, a los ocho días vista, por cantidades cada una de ellas de 4.280,20 pesetas y 4.332,20 pesetas, haciendo constar sobre ello que si el importe de ambas cambiales supera el total de la factura acompañada, es por la razón aludida de que la hoy demandada era deudora y lo es, por otra suma, del demandante, y se acumularon en los efectos en circulación, los cuales, al llegar sus respectivos vencimientos, no fueron satisfechos de pago por la librada, por lo que fueron devueltos y cargados en la cuenta del actor.

Cuarto. Que después de transcurridos cerca de tres meses de recibida la mercancía, el actor recibe carta de la deudora señora Rius Vidal, fechada en 26 de septiembre de 1959, manifestando por la misma que le devuelve todo el pedido, alegando excusas de mal comerciante, no correspondiendo el artículo con las muestras, y de esto se cerciora casi a los tres meses de tenerlo en su poder, que es cuando lo comunica a la actora por vez primera, haciéndose caso omiso de las obligaciones que, como comerciante, tiene y le ordena el Código de Comercio; que a la mencionada carta, el señor Martínez Jiménez contesta a la señora Rius en 30 del mismo mes, indicando no se hacía cargo de la mercancía, ya que no estimaba verídicas las aseveraciones de la demandada, como no lo eran, y que no era procedente, legal y comercial; que a continuación escribe a la expresada señora, en nombre del actor, don Pablo Castelo, Procurador judicial, a la que la misma le contesta, reproduciendo su anterior carta.

Quinto. Que fueron condiciones de este contrato de compraventa mercantil, perfeccionado desde el momento en que la señora Rius Vidal hizo suyos los calzados remitidos por don Daniel Martínez Jiménez, sin oponer objeción dentro del plazo que preceptúa el vigente Código de Comercio, que las mercancías viajaban de cuenta y riesgo del comprador, por cuyo motivo se le cargan los embalajes en la factura, y que las mercancías viajan a portes debidos, como se reseña en el resguardo del transporte, que se vendían en Villena.

Sexto. Que se hacía constar que la hoy demandada también es deudora del señor Martínez Jiménez de otra suma, cuyo origen es, igualmente, calzado servido y no pagado, crédito al cual no renunciaba y reclamaria en vía y procedimiento adecuado, por corresponder a operaciones mercantiles distintas; y después de citar los fundamentos legales que estimó aplicables, invocó en orden a la competencia la regla primera del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y las sentencias de este Tribunal Supremo de 13 de febrero, 6 de marzo, 31 de mayo y 11 de diciembre de 1946; 27 de abril de 1958; 18 de abril de 1959, 24 de septiembre de 1941 y 25 de febrero de 1947, y terminó suplicando se dictara sentencia por la que se condenase a doña Dolores Rius Vidal a pagar al actor la suma de 7.071,60 pesetas, intereses legales y costas.

Con el referido escrito, y entre otros documentos, se acompañó una nota de pedido, en la que se hace constar, entre otros extremos: «Daniel Martínez Jiménez, Manufactura de calzados de niños, Villena. Intermediario: José Gracia, Barcelona. Pedido que hace doña Dolores Rius, Plaza Maragall, 7, Barcelona. Mo-

delo 3.027. Boscafi, marrón, color muestra, ocho pares. Modelo 3.027 Boscafi, marrón, color muestra, ocho pares. Modelo 3.028 Boscafi, negro, igual muestra, cuatro pares. Boscafi, color camello. Condiciones venta. Comprador y vendedor se someten a los Tribunales de Villena, los cuales serán competentes para entender en las diferencias que pudieran surgir entre ambos. El pago deberá verificarse en mi domicilio de esta ciudad, sin que ello obste el hecho de girar a cargo del comprador; y asimismo se acompañó una carta del siguiente tenor: «Calzados Dolores Rius, Barcelona, 26 de septiembre de 1959. Señor don Daniel Martínez Jiménez, Villena. Muy señor mío: Por Agencia Gómez le devuelvo todo el pedido servido en el mes de agosto, por no corresponder el artículo a las muestras exhibidas por su representante. Esta circunstancia fué puesta inmediatamente en conocimiento del mismo, el cual dijo que escribiría a la casa para ver qué solución adoptar, pero en vista de que ha transcurrido tanto tiempo y no hace acto de presencia, ni he recibido comunicación alguna sobre el particular, le devuelvo todo el género. Este artículo parece estar hecho en su mayoría de retales y su venta nos ocasionaría a ambos gran perjuicio y descrédito. Lamentamos este contratiempo y le saludamos. Dolores Rius.»

RESULTANDO que emplazados los demandados por medio del oportuno exhorto, comparecieron ante el Juzgado municipal número 14 de Barcelona, representados por el Procurador don José María Rodese Arenas, el cual, por medio de escrito de fecha 31 de mayo de 1960, promovió cuestión de competencia por inhibitoria, con protesta de no haber hecho uso de la declinatoria; alegando: que en la demanda origen de los autos de juicio de cognición promovidos por el actor señor Martínez, se ejercita una acción personal, nacida de un contrato de compraventa mercantil, pero de una compraventa mercantil conocida en la práctica y recogida en el Código de Comercio, en su artículo 327, con el nombre de compraventa sobre muestra; que tal carácter viene implícitamente reconocido por el actor en el hecho primero de la demanda, quien al exponer el origen de la presunta obligación, cuyo cumplimiento reclama de la demandada señora Rius Vidal, afirma que el pedido de calzado fué realizado por mediación de don José Gracia, representante del actor en Barcelona; con ello se evidencia que se está en presencia de uno de aquellos contratos de compraventa que tan reiteradamente se presentan en el tráfico mercantil, realizado por mediación de un agente del vendedor a la vista del muestrario por éste presentado al presunto comprador; que, en efecto doña Dolores Rius Vidal, comerciante, propietaria de un establecimiento mercantil dedicado a la venta de calzado, radicado en Barcelona, recibió en 26 de mayo de 1959 la visita de don José Gracia, corredor de comercio en artículos de zapatería y representante del actor, quien le exhibió el muestrario de que era portador, y a la vista del cual, la demandada señora Rius eligió determinados modelos, y sobre los mismos, es decir, sobre las muestras exhibidas, formuló, a través del propio representante, según el uso comercial, el correspondiente pedido, con indicación de número, series, pares, etc., conforme aparece del documento número 1 de los acompañados a la demanda; que este solo documento revela de por sí el carácter de compra sobre muestra que ha tenido la relación comercial entre el actor y demandada señora Rius; pero es que, además, vuelve a reconocerlo el señor Martínez, en el hecho cuarto de la demanda, al referirse a la carta que le remitió la demandada en 26 de septiembre de 1959, y en la que le manifestaba que la causa de la devolución del calzado era la de uno corresponder el

artículo con las muestras», párrafo que apostilla el actor con el siguiente comentario: «y de esto se cerciora casi a los tres meses de tenerlo en su poder», de donde claramente se desprende que el señor Martínez Jiménez está de acuerdo con la calificación de venta sobre muestra, si bien no lo está en cuanto al plazo en que se formula la reclamación; pues bien, sentado que se trata de venta sobre muestra, único extremo que interesa en este momento traer a colación, la competencia territorial para conocer del litigio, se ha de resolver a favor del domicilio del comprador, y ello es natural, porque se compra bajo una condición: «Adquiero» esa partida, si verdaderamente es de la misma calidad que la muestra que he tenido a la vista para decidirme a comprar; «porque si resulta» que tal partida no es de aquella calidad, «no» compro; es decir, que el contrato no queda perfeccionado hasta que el comprador no verifica la recepción de la mercancía, comprueba que ésta coincide con la muestra; no existiendo hasta tal momento más que una mera tentativa de contrato; que por eso, la jurisprudencia, al interpretar el alcance del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando de compra sobre muestras se trata, ha sentado un criterio contrario al que sostiene en las compraventas mercantiles normales, en las que haciendo uso de una ficción, atribuye competencia al Juez del lugar donde se verificó la facturación; y así, en una reiteradísima jurisprudencia, entre las que pueden citarse las sentencias de 17 de junio de 1925, 30 de marzo de 1928, 14 de enero, 9 de marzo y 11 de julio de 1946, el Tribunal Supremo se pronuncia en favor del fuero del comprador, y en igual criterio abunda la sentencia de 9 de junio de 1950, en la que declara: «No se aplica la regla general de que la compraventa sobre muestra, porque como en el lugar donde se encuentra la muestra es donde se ha de rechazar o aceptar la mercancía, según se ajuste o no a aquella, en dicho lugar se ha de entregar, y esta entrega real prevalece sobre la entrega ficta, para determinar la competencia, sin que a ello obste el que la remisión se hiciera por ferrocarril y a porte debido»; y como colofón, se transcriben unos considerandos de un caso de extraordinaria similitud con el presente, resuelto por este Supremo Tribunal en sentencia de 13 de mayo de 1952: «Considerando: que no constituye principio de prueba a efectos de prueba territorial, la copia de la factura con nota impresa de sujeción a determinado Juez, si cual ocurre en el caso de autos, no aparece suscrita por el comprador, ni consta de modo claro y preciso que haya aceptado la nota, renunciando a su propio fuero. Considerando que reconocido en los hechos primero y quinto de la demanda que la mercancía fué vendida sobre muestra, no se entiende entregada aquella mientras no llegue al punto de destino y sea cotejada con la muestra, como lo fué en el pueblo de la residencia del demandado, la vendida por el actor, y sin que esta designación del lugar de la entrega obste a la circunstancia de que lo vendido fuera transportado a portes debidos, porque en tal supuesto, aisladamente considerado, se presume entregada la mercancía en el lugar en que fué facturada, la presunción cede ante la realidad de que en la venta sobre muestra, el comprador no se hace cargo de lo comprado, mientras no compruebe que la mercancía servida es de la misma clase y calidad que la muestra, por lo que, de conformidad con la regla primera del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, interpretado y aplicado por muy nutrida doctrina jurisprudencial, proceda decidir la competencia en favor del Juzgado de X a la jurisdicción del cual corresponde el lugar de destino de la mercancía.»

RESULTANDO que previo dictamen

del Ministerio Fiscal, y de conformidad con el mismo, el Juez municipal número 14 de Barcelona dictó auto con fecha 9 de junio de 1960 dando lugar a la inhibitoria propuesta, por considerar que ejercitaba en el presente juicio una acción relativa al cumplimiento de un contrato sobre cuya realidad y naturaleza—compraventa sobre muestra—están de acuerdo ambos litigantes, es indudable a tenor del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que la competencia debe deferirse a favor del órgano correspondiente al lugar del cumplimiento de la obligación; que según reiterada doctrina del Tribunal Supremo (sentencias de 9 de junio de 1950 y 13 de mayo y 14 de octubre de 1952) en los contratos de compraventa sobre muestra con remisión de mercancías del lugar del vendedor al del comprador, se entiende realizada la entrega en este último lugar, doctrina que aplicada al supuesto de autos en que el vendedor domiciliado en Villena remitió las mercaderías al comprador domiciliado en Barcelona determina la competencia de los Juzgados de Barcelona:

RESULTANDO que dirigido oficio y testimonio al Juzgado Municipal de Villena y dado traslado al demandante, éste, por medio de escrito de fecha 25 de junio de 1960, impugnó la inhibitoria propuesta, alegando, oponiendo a las alegaciones de los demandados que si el contrato celebrado entre don Daniel Martínez Jiménez, como vendedor, y la demandada, doña Dolores Rius Didal, como compradora, no es más que un simple contrato de compraventa mercantil no sujeto a ninguna condición especial y cuya existencia entre comprador y vendedor y nunca entre representante o corredor y el adquirente de la mercancía tiene su base en el artículo 1.254 del Código Civil, sin que se encontrase sometido en su iniciación y perfección a la condición expresa de que hubiera que realizarse sobre muestras, resulta evidente que en aplicación de la nutrida jurisprudencia que tiene señalada en el escrito de la demanda, la competencia corresponde al Juzgado Municipal de Villena, por ser éste el lugar del establecimiento mercantil del vendedor, donde radicaba la mercancía en el acto de ser vendida, y donde tenía la obligación de pagar su precio la compradora, siendo a su cargo el transporte al lugar de su domicilio; que así hay forzosamente que desprenderlo y deducirlo de las sentencias del Tribunal Supremo citadas por el demandado con base en el artículo 327 del Código de Comercio y que todas se refieren a las ventas pactadas con la condición expresa de atribuir al comprador la facultad de no pagar el precio de la mercancía hasta tanto no se haya cerciorado de que es igual a las muestras sobre las que realizó su pedido; y así naturalmente hay que deducirlo de la correcta interpretación de lo dispuesto en el artículo 336 del Código de Comercio, que priva de acción al comprador para repetir contra el vendedor si los defectos en la calidad en el plazo de cuatro días a los dos de su recibo, lo que se ha de traducir en el sentido de que si así no lo hizo es porque carecía de las facultades que son consecuencia directa del contrato de venta sobre muestras, y por consiguiente que lo estimó perfeccionado al convenir sobre el objeto y precio; que por ello, el propio Tribunal Supremo, en sus sentencias de 19 de enero, 13 de febrero, 18 de febrero, 6 de marzo, 31 de mayo, 19 de junio y especialmente en la de 19 de noviembre de 1946, no considera celebrado el contrato de venta sobre muestras, más que cuando la facultad del comprador de rehusar la mercancía si no fuera conforme se halle previa, expresa y formalmente pactada, sin darle valor ni eficacia alguna a la simple alegación del comprador, que es en el sentido a que en la demanda se alude y comenta esta

manifestación tan sólo de la adquirente; y para evitar mayores comentarios que llevarían a pensar que en todos los casos, los fabricantes de calzados de España, en general, habrían de sucumbir a la competencia de sus compradores que no pagan, puesto que estas ventas siempre se realizan en la misma forma, siguiendo el sistema de los propios demandados, se consignan literalmente los considerandos de la sentencia citada de 19 de noviembre de 1946:

«Considerando que de los documentos aportados con la demanda y de las manifestaciones de las partes se infiere que el demandante, domiciliado en Alicante, donde tiene su establecimiento mercantil, vendió al demandado por medio de un Agente Comercial, representante de éste, una partida de chufas, cuyo importe se reclama en la demanda, y a la que dió su conformidad el demandado, si bien dejó de pagar la letra de cambio que por su importe le girara el actor, como tampoco le proveyó de fondos según ofreció después en telegrama unido a autos.»

«Considerando que en tales condiciones debe estimarse de aplicación la reiterada jurisprudencia de esta Sala contenida entre otras en sentencias de 15 de junio y 14 de diciembre de 1931, según la cual corresponde conocer de las reclamaciones nacidas de compraventas mercantiles al Juez del lugar del establecimiento vendedor.»

«Considerando que aunque es lo cierto que en carta del demandado unida a los autos se dice que ha recibido la carta correspondiente al pedido, «restandole solamente conocer la misma a su llegada suponiendo sea igual a la muestra que sirvió de base para pasarle mi nota» esta simple manifestación no es suficiente para afirmar que se trata de un contrato sobre muestra con la facultad del comprador para rehusar la mercancía si no fuera conforme, en cuyo caso habría de entender era competente el Juez del domicilio del comprador de la mercancía, que por otra parte fué recibida en ésta sin protesta alguna, comprometiéndose el comprador a proveer fondos, como hizo constar en su informe el Fiscal.»

RESULTANDO que oído el Ministerio Fiscal, y de conformidad con su dictamen, el Juez Municipal de Villena dictó auto con fecha 25 de agosto de 1960, no dando lugar a la inhibitoria propuesta, por considerar que claramente se desprende de todo lo actuado, que para dilucidar la cuestión de competencia planteada hay que distinguir si el contrato de compraventa del que dimana la acción que se ejercita y que dió origen al presente juicio e incidente tiene el carácter de «sobre muestras», como afirma la parte demandada y recoge el Juzgado requirente, o se trata de un contrato realizado por medio de representante sin aquella condición o carácter, pues según fuere su carácter sería su competencia; que como principio general, y con ello bastaría para solventar y aclarar aquellos extremos, es decir si era o no contrato sobre muestra, no hay que olvidar que en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha precisado que para que los contratos de compraventa tengan el carácter de «sobre muestras», es requisito indispensable de que tal condición haya sido pactada y conste de manera expresa, precisa y formal en dicho contrato; y del examen somero de la documentación acompañada, y muy especialmente la nota de pedido que dió origen al contrato se aprecia claramente no existe en parte alguna estipulada aquella condición (sentencias de 19 de enero, 13 y 18 de febrero, 6 de marzo, 31 de mayo, 19 de junio y 19 de noviembre de 1946; que a mayor abundamiento y no obstante estar aclarada la cuestión en el anterior considerando, analizando los documentos y actuaciones, se observa que la nota de pe-

dido, de la que al tiempo de extenderla por el representante que la extendió se debió de dar copia a la demandada, contiene a su respaldo unas cláusulas especiales sobre precios, descuentos, fecha a servir las mercancías y forma de pago no contiene otra cláusula sobre muestras y de haberse así convenido. Igualmente como figuraron aquéllas pudo figurar ésta, pero es de presumir que no se contrató con tal carácter además, por la conducta del vendedor posterior, quien al mismo tiempo que remite la mercancía en la forma convenida remite la copia de factura y pone en circulación los efectos cambiales que facilitaban el pago de aquel género; y también por la conducta del comprador, quien tiene en su poder dos meses y medio la mercancía, del 2 de julio en que se remite por Transportes Gómez al 26 de septiembre, en que devuelve el pedido, manifestando en su carta que lo hace «por no corresponder el artículo a las muestras exhibidas por su representante, sin que en su carta posterior de fecha 18 de noviembre haga mención a dichas muestras, ratificando tan sólo que la operación se realizó por medio de representante; que continuando aquel análisis, se observa que la tesis de la parte demandada, de la forma en que se sustenta, es tanto como afirmar que todos, absolutamente todos los contratos de compraventa tienen el carácter de sobre muestra regulados en el artículo 327 del Código de Comercio, pues dice que los contratos en que intervienen representantes y exhiben su muestrario, son sobre muestras, y notorio es que todas las industrias nacionales y extranjeras expenden sus productos por medio de sus representantes o viajeros que visitan a sus clientes exhibiendo sus muestrarios; pero la parte demandada olvida que aquéllos actúan como mandatarios de los industriales y las cláusulas de sus convenios obligan a sus representados, como obligan al comprador, y por tanto, cuando los contratos tienen carácter especial lo hacen figurar en sus notas de pedido o contratos, y así se hizo en este caso, haciendo figurar descuentos especiales, fechas de entrega especiales y forma de pago especiales; pero es más, es que de llegar a la conclusión que sustenta la parte demandada y que recoge el Juzgado requirente es visto sobrarían todos aquellos preceptos del Código Civil y Código de Comercio que regulan el contrato de compraventa y se opongan al artículo 327 del Código de Comercio, que sería el único valorable; que por otra parte, tampoco es cierto que el contrato que se discute lo fuera sobre muestra, como hoy pretende achacarle la parte demandada, porque si así hubiera sido, la propia parte demandada hubiere actuado de muy distinta manera a como actuó, pues ateniéndose al propio artículo 327 que invoca, se observa que cuando el contrato tiene tal carácter, el comprador al recibir la mercancía y entender no ser conforme a las muestras, debe negarse a recibirlas y nombrar perito para que con el que en su caso nombrase el comprador informen si los géneros son o no de recibo; y doña Dolores Rius no se negó a recibir los géneros, los recibió y tuvo en su poder más de dos meses, no nombró perito, no cumplió dicho precepto legal; luego si la misma demandada no se amparó a dicho precepto en el momento oportuno, mal puede hoy acogerse al mismo, pues nadie puede ir contra sus propios actos; claro está que doña Dolores Rius es visto actuó como en todos estos casos actúan los comerciantes-compradores en general conforme preceptúan los restantes preceptos que regulan el contrato de compraventa ordinario y que vulgarmente llaman «dejar de cuenta» por causas que no son del momento oportuno y por falta de pruebas analizar; que por último, si bien es cierto que la parte demandada en su carta del 26 de septiembre dice que los gé-

neros no correspondían a las muestras, ello no obstante para llegar a la conclusión de que tal contrato fuere sobre muestra y así lo afirma categóricamente, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo que transcribe la parte demandante de 19 de noviembre de 1946 y que cita la parte demandada como fundamento suyo al plantear el incidente, cuando dice que «esta simple manifestación no es suficiente para afirmar que se trata de un contrato sobre muestras» y en cuya sentencia se termina afirmando que el contrato allí estudiado resultaba su cumplimiento de la competencia del domicilio del vendedor, por haberse remitido la mercancía a portes debidos y ser éste el lugar del cumplimiento de la obligación por ser contrato realizado por representante; luego si esto es así, si no hay materia ni base legal alguna para considerar dicho contrato como amparado por el artículo 327 del Código de Comercio, hay que convenir que el contrato del que dimana la acción de estos autos se halla amparado por los demás preceptos del Libro segundo, del Título sexto de dicho Cuerpo legal en relación con el 1.254 y siguientes del Código Civil:

RESULTANDO que dirigido oficio y testimonio al Juzgado Municipal número 14 de Barcelona, éste, por auto de fecha 5 de septiembre de 1960, insistió en su competencia, por considerar que por los propios fundamentos del auto de 9 de junio anterior por el que se acordó requerir de inhibición al Juzgado de Villena, procedía insistir en la afirmación de la competencia del Juzgado de Barcelona, siendo patente como es a la vista de la nota de pedido formulada al vendedor, que la compra de autos no tuvo por objeto cosas absolutamente genéricas, sino de un determinado tipo de los contenidos en el muestrario exhibido al adquirente y que por tanto la operación de compraventa se halla sometida a la norma del artículo 327 del Código de Comercio; y en consecuencia, ambos Juzgados contendientes han remitido sus respectivas actuaciones a este Tribunal Supremo para la decisión del conflicto jurisdiccional; oyéndose al Ministerio Fiscal.

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Francisco Eyre Varela:

CONSIDERANDO que la cuestión de competencia objeto de esta resolución surge de la distinta estimación que los Juzgados requirente y requerido hacen del contrato mediado entre las partes que aquí reputa de compraventa mercantil sobre muestra y éste de compraventa simple y no sobre muestra, pues en lo demás hay sustancial conformidad, pudiendo asegurarse, prescindiendo de esa nota, que medió entre las partes un contrato por intermediario de compraventa mercantil de calzado, según pedido del demandado al demandante, que éste sirvió en su establecimiento de Villena, expidiéndolo a porte debido a Barcelona, en donde aquél lo recibió, si bien meses después trató de devolverlo dejándolo de cuenta, no aceptado:

CONSIDERANDO que de todos los documentos aportados aceptados por ambas partes, de ninguno resulta que los tratos se hicieran sobre muestras y buena prueba de ello, además del silencio de aquellos mentados documentos, es que el comprador no se acogió, según debió hacerlo, a los trámites que el artículo 327 del Código de Comercio establece, y por tanto, según acertadamente sostiene el Juzgado de Villena, dicha compra ha de ajustarse a las prescripciones generales, entre ellas la de realizar el pago del precio en el lugar de la entrega de la cosa vendida, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1500 del Código Civil, que siendo Villena lugar del establecimiento y entrega, y tratándose de una acción personal para reclamar el precio debido, define la competencia del Juzgado requerido conforme con la regla primera del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a falta

de sumisión expresa, aquí siquiera aludida, y el artículo primero, párrafo segundo, de la Ley de 17 de julio de 1948, y así procede decidirla, debiendo pagarse las costas por mitad y las demás cada uno las suyas:

FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos que corresponde al Juzgado Municipal de Villena el conocimiento del proceso de cognición en que se ha suscitado la presente cuestión de competencia, al que se remitirán todas las actuaciones con certificación de esta sentencia, poniéndolo en conocimiento del de igual clase número 14 de Barcelona; declarando las costas de cuenta respectiva de las partes y las comunes por mitad.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» e insertará en la «Colección Legislativa», pasándose al efecto las copias necesarias lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Francisco Eyre Varela.—Joaquín Domínguez.—Obdulio Siboni Cuenca.—Antonio de V. Tutor.—Manuel Taboada Roca (Rubricados.)

Publicación.—Leída y publicada fué la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Francisco Eyre Varela, 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 27 de mayo de 1961; en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Igualada y en grado de apelación ante la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona por doña Carmen Palmes Colom, mayor de edad, viuda y vecina de Barcelona, con «Mutua Igualadina de Seguros contra Accidentes de Trabajo», domiciliada en Igualada, sobre retracto arrendaticio; autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de injusticia notoria interpuesto por la parte actora, representada por el Procurador don Paulino Monsalve Flores y dirigida por el Letrado don Antonio Torredellas; habiendo comparecido en el presente recurso la parte demandada y recurrida, representada por el Procurador don Adolfo Morales Vilanova y dirigida por el Letrado don José María Hueso Ballester:

RESULTANDO que por el Procurador don Isidro Solá Díaz, en nombre de doña Carmen Palmes Colom, mediante escrito de 9 de febrero de 1956, dirigido al Juzgado de Primera Instancia de Igualada, se formuló demanda contra la Entidad «Mutua Igualadina de Seguros contra Accidentes del Trabajo», sobre retracto legal arrendaticio, y cuya demanda basó en los siguientes hechos:

Primero. Que la actora es arrendataria única en virtud de contrato verbal de arrendamiento que en el año 1941 le otorgó doña Candelaria Rovira Rovira, de la casa número 35 de la calle nueva de Igualada, compuesta de planta baja y dos pisos, constitutiva en su totalidad de una sola vivienda o local, que la arrendataria destina a almacén.

Segundo. Que la renta anual inicial convenida fué la de 600 pesetas, la cual, en virtud de sucesivos aumentos, en la actualidad es la de 960 pesetas, pagaderas por trimestres anticipados, a razón de 240 pesetas por trimestre, estando la actora al corriente de pago, según se demuestra con diversos recibos escalonados que acompaña, los cuales, a su vez, sirven de justificante bastante del título de arrendamiento en el que la actora funda su derecho al retracto, pues, según ha manifestado, el contrato de arrendamiento fué convenido en forma verbal.

Tercero. Que la arrendadora, doña Candelaria Rovira Rovira, omitiendo la obligación que le impone el artículo 47 de la vigente Ley de Arrendamientos

Urbanos, de notificar al arrendatario en forma fehaciente la decisión de vender la vivienda o local de negocio en su totalidad ocupado por la demandante y previa la agrupación registral de dicha finca en la casa colindante, y creyendo que de esta manera podrían ser burlados los derechos de la actora, procedió a la venta de las dos fincas ya agrupadas y que en realidad constituyen dos predios independientes, tanto física como hipotecariamente, a la Entidad demandada, por el precio global, sin distribuir, de pesetas 450.000, mediante escritura otorgada en Igualada ante el Notario de la misma don Julio Portegaz Uso, con fecha 5 de noviembre de 1956; que asimismo la Entidad adquirente y actualmente demandada ha omitido la notificación a la arrendataria de las condiciones esenciales en que se efectuó la transmisión, mediante entrega de la copia de la escritura en que fué normalizada, por lo que la parte demandante solamente ha podido enterarse de dicha transmisión y condiciones por referencias particulares, después de haberse inscrito la compraventa en el Registro de la Propiedad, por lo que no pudiendo aportar la copia de la escritura de venta por no haber la actora sido parte en el contrato; en su sustitución acompaña certificación librada por el Registrador de la Propiedad de Igualada.

Cuarto. Que con lo que antecede se evidencia el derecho que tiene la actora doña Carmen Palmes Colom al retracto legal limitado a la finca de la calle Nueva, número 35, que como arrendataria única ocupa en su totalidad, como predio único, real, física e hipotecariamente independiente de la otra finca, con la que previamente fué agrupada por la vendedora, no siendo óbice para ellos dicha agrupación previa, pues de no ser así, quedarían en este caso frustrados los propósitos del legislador, burlando con tal procedimiento el derecho que a la actora concede la Ley de Arrendamientos Urbanos, como ocupante de una finca en la que existe un solo local destinado a almacén, ni tampoco la circunstancia de haberse concertado la venta de las casas señaladas con el número 35 de la calle Nueva y con los números 16 y 37 de la Rambla de San Isidro y calle Nueva, por un solo precio, no puede ser obstáculo que se oponga al retracto de la ocupada en su totalidad por la demandante doña Carmen Palmes Colom, porque equivaliendo el contrato celebrado a la venta de tantas casas o locales como hayan sido objeto de la previa agrupación, puede la actora subrogarse en el lugar de la Entidad adquirente por lo que respecta a la finca de la calle Nueva, número 35, por la misma ocupada, no sólo en las condiciones estipuladas en el contrato, sino también en cuanto al precio una vez determinada la parte del mismo que corresponda a la finca que se retrae, determinación que puede hacerse por capitalización de la renta anual al 3 por 100 o por dictamen pericial, según doctrina sentada por el Tribunal Supremo en sentencias de 8 de julio de 1952, 18 de diciembre de 1954 y 4 de noviembre y 30 de diciembre de 1955, entre otras.

Quinto. Que la actora ha intentado que la Entidad demandada se aviniera de una manera amistosa a otorgar la pertinente escritura de retroventa de la finca arrendada, a cuyo efecto le citó a conciliación ante el Juzgado Comarcal de Igualada.

Sexto. Teniendo en cuenta que en la venta otorgada por doña Candelaria Rovira Rovira a la Entidad demandada «Mutua Igualadina de Seguros contra Accidentes del Trabajo», de las dos fincas agrupadas, se fijó un precio global, sin distribuir y, por lo tanto, siendo desconocido el que corresponde a la casa número 35 de la calle Nueva de Igualada, que es la finca que se retrae, en cumplimiento de lo dispuesto en el número

segundo del artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dió fianza en la cantidad de 32.000 pesetas, que es el capital resultante de la capitalización al 3 por 100 de la renta de 960 pesetas que anualmente satisface la actora por la finca que se retrae, de conformidad con lo que, por analogía, dispone el artículo 53 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, ofreciendo solemnemente la ampliación de la consignación como fianza para responder del pago del precio, si de las pruebas resultare ser superior dicho precio, y al propio tiempo, se compromete a reembolsar a la Entidad demandada de los gastos que previene el artículo 1.518 del Código Civil, a cuyo efecto y en lo menester, consigna asimismo la suma de otras 3.000 pesetas.

Séptimo. En cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 51 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, la actora se comprometió a no transmitir la finca objeto del retracto hasta que transcurran, por lo menos, dos años desde la fecha de la adquisición.

Y después de invocar los fundamentos de Derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando se tuviese por consignada la cantidad de 35.000 pesetas como fianza para responder del precio de la venta una vez sea conocido de la finca que se retrae y del reembolso de los gastos que preceptúa el artículo 1.518 del Código Civil, con el ofrecimiento de ampliar dicha consignación si uno y otro rebasaran dicha cantidad; por contralido el compromiso de no transmitir la finca durante dos años por actos «inter-vivos» desde la adquisición; y se dictase en su día sentencia declarando que el actor tiene derecho a retraer la finca descrita en el hecho primero de la demanda, la cual habrá de ser segregada de la formada por la agrupación con la otra colindante reseñada en el hecho cuarto de la misma; condenando al comprador «Mutua Igualadina de Seguros contra Accidentes del Trabajo» a que otorgue la correspondiente escritura de venta a favor de doña Carmen Palmes Colom, bajo apercibimiento de hacerlo de oficio, a su costa, caso de incumplimiento, y condenando a la parte demandada al pago de las costas del juicio.

RESULTANDO que admitida a trámite la demanda y emplazada la parte demandada, compareció en su nombre el Procurador don Antonio Dalmau Jover, quien mediante escrito de 28 de febrero de 1957, contestó a la demanda, oponiéndose a la misma, en base a los siguientes hechos:

Primero. Niega el hecho primero de la demanda por no ser cierto que la actora tenga u ocupe en arrendamiento el almacén del inmueble número 35 de la calle Nueva de Igualada; que lo único que hay de cierto es que la viuda de A. Castelltort fué durante muchos años arrendataria de dicho cuarto, que le servía de almacén o depósito anejo a su negocio de ferretería, pero en la actualidad ya no ocupa dicho almacén por haber traspasado su negocio de ferretería, y junto con el negocio el almacén, a su hijo don Magin Castelltort Palmes; acompaña para demostrarlo un anuncio o circular que la señora Palmes y su hijo repartieron entre su clientela comunicando que se ha cedido en escritura pública a favor de su hijo un negocio de ferretería, y una certificación del Ayuntamiento de Igualada acreditando que la señora Palmes causó baja en la contribución industrial relativa al negocio de ferretería; que queda así demostrada la realidad del traspaso del negocio de ferretería, y que este negocio de ferretería está instalado en los bajos del inmueble número 13 de la calle de Borne, de Igualada, teniendo salida estos bajos precisamente en el número 44 de la calle Nueva, poca diferencia, casi al frente del almacén del número 35 de la calle Nueva; que dicho almacén ha servido siempre desde que lo arrendó la señora Pal-

més como almacén o depósito de mercancías anejo al negocio de ferretería antes dicho, y después de haber tenido lugar el traspaso del negocio que se acaba de relatar, sigue este almacén como anejo al negocio, de lo que se deduce que si el negocio se ha traspasado, este almacén también ha sido traspasado a favor de don Magin Castelltort; para probar esta realidad se practicó un requerimiento notarial al objeto de que el fedatario se trasladase a dicho almacén y preguntara a la persona que hallare, si era dependiente de don Magin Castelltort, y si aquella era un almacén complementario del negocio de ferretería de dicho señor, y el resultado de este requerimiento fué que se halló a un señor que dijo llamarse Payeras y que manifestó ser dependiente del don Magin Castelltort, añadiendo que aquello era un almacén de la ferretería del propio don Magin Castelltort; que con esta acta se demuestra que quien ocupa el almacén no es la señora Palmes, sino su hijo, quedando probada la falta de personalidad y de legitimación activa de la actora.

Segundo. Que la finalidad perseguida por la Ley de Arrendamientos Urbanos es la de facilitar a los arrendatarios el acceso a la propiedad de la finca que ocupan como tales arrendatarios, dándoles una preferencia, verdadero derecho de tanteo y retracto, para adquirir la finca frente a terceras personas, pero ahora bien, la finalidad perseguida desaparece y cae por su base cuando se trata de una sencilla especulación, como en el caso presente; doña Carmen Palmes no puede ejercitar el retracto porque si prosperase esta acción y se convirtiera en propleitaria, inmediatamente, como que quien ocupa el almacén es su hijo, se concertaría un arrendamiento a favor del hijo; con lo que nada se habría adelantado al dar lugar al retracto, pues si antes había un propietario—la Mutua—y un arrendatario, ahora habría una propietaria, que sería la señora Palmes, y un arrendatario, con lo cual la finalidad del retracto habría quedado burlada; el artículo quinto de la Ley de Arrendamientos Urbanos previene la prohibición del traspaso o cesión de los almacenes y ante esta prohibición, en relación con las causas de resolución de contrato de arrendamiento del artículo 114 de la misma Ley, se demuestra la ilegalidad de tales actos; y aquí es donde cabe aplicar el artículo cuarto del Código Civil, ya que son nulos los actos ejecutados contra las leyes y, por ello, la actora, al amparo de tal ilegalidad, no puede ejercitar en derecho de retracto que, además, por constituir un verdadero privilegio y ser contrario a la libertad de la propiedad, ha de interpretarse restrictivamente; que toda esta argumentación la Ley la recoge en su artículo 47 y así se ve que en el artículo 47 de la vigente Ley de Arrendamiento, en su párrafo primero, textualmente se dice: «...podrá el inquilino o arrendatario utilizar el derecho de tanteo sobre el piso o locales que ocupare...», estas palabras «que ocupare», gramaticalmente tienen un valor importante, pero más lo tienen si se compara que en la redacción del artículo 63 de la antigua Ley de Arrendamientos (que corresponde al actual 47) no se contenían estas palabras; ello demuestra que al modificar la Ley se tuvo en cuenta la realidad de la ocupación por parte del arrendatario del local o vivienda objeto de retracto; en el caso presente, la señora Palmes no ocupa el almacén, ya que en realidad su ocupante es don Magin Castelltort; cita la parte demandada la sentencia de 17 de mayo de 1955, en la que se resuelve un caso en que no se da lugar a retracto por motivo de tener el arrendatario retrayente subarrendado en parte el local y sienta la doctrina de que el retracto, por revestir carácter excepcional en cuanto limita las libres facultades del dominio, debe interpretarse restrictivamente, y añade que, la Ley no

quiere proteger especulaciones de tal naturaleza para permitir que tengan acceso a la propiedad quienes utilicen los locales arrendados con fines ajenos a la esencia propia de estos contratos, cual sucede si los subarrienda; existe, además, la sentencia de 4 de noviembre de 1955, en que se da lugar al retracto por no haberse probado suficientemente que el arrendatario dejó de serlo por haber subarrendado o cedido el local, cual sentencia a sensu contrario daba a entender que de haberse probado, eficaz y suficientemente, el subarriendo o traspaso no se habría dado lugar al retracto.

Tercero. Que existen también otros motivos para no dar lugar a la pretensión actora; efectivamente, la Ley de Arrendamientos, en su artículo 47, concede el derecho de tanteo y por ende el de retracto, según el artículo siguiente: «Cuando en la finca existiera una sola vivienda o un solo local de negocio»; de la interpretación gramatical de este párrafo, se deduce que cuando se trata de una finca donde existe solamente un «almacén» no se da el derecho de retracto; como que el derecho de retracto tiene carácter excepcional, en cuanto limita las facultades dominicales, coarta la libertad del propietario y supone un verdadero privilegio a favor del arrendatario, su interpretación ha de ser restrictiva, como ya se ha dicho declara la sentencia de 17 de mayo de 1955, y, por tanto, no puede darse el retracto a casos distintos de los claramente prevenidos en la Ley: es cierto que la Ley equipara los almacenes a los locales de negocio, pero una cosa es que se equiparen y otra entender que los almacenes son verdaderos locales de negocio; que la Ley, con su redacción actual, al nombrar las viviendas y locales de negocio en el artículo 47, excluye claramente a los almacenes; que analizando el comportamiento de la Ley frente a los almacenes, se llega a la misma conclusión que en el retracto no se da para los arrendatarios de almacenes, la Ley de Arrendamientos se dictó para regular los arrendamientos de locales de negocio y de viviendas, ya que ante las necesidades de carácter social sentidas se precisaba una ley protectora de dichos arrendamientos; ahora bien, hay situaciones intermedias o distintas del local y la vivienda que la ley no podía olvidar, pero en los que, sin embargo, no se sentía la necesidad de su tan pronunciada protección, estos arrendamientos en los que se refieren a almacén, depósitos, etcétera, que menciona el artículo quinto. Todo el sistema proteccionista hace referencia a las viviendas y a los locales y a la necesidad absoluta que tienen las personas de unos y otros; pero no resulta así en el caso de los almacenes, pues así como en el desahucio de una vivienda se motiva una perturbación de orden familiar a veces gravísima si no se halla otra vivienda, y en el desahucio de local de negocio se produce siempre una perturbación económica que puede causar el cierre o ruina de un negocio, no ocurre esto en el caso de un almacén ya que su desahucio puede motivar molestias, pero nunca será una causa de ruina o cierre de un establecimiento; estas diferencias son las que motivan el distinto trato que da la Ley a los almacenes y son causa de que alguno de los privilegios que la Ley de Arrendamientos Urbanos desarrolla no se den para los almacenes, como en el caso del derecho de retracto presente.

Cuarto. Que sentado lo expuesto en el hecho anterior, sólo falta probar que la finca que se pretende retraer sirve y ha servido siempre de que la actora lo arrendó como almacén; como prueba más evidente se tiene en las propias manifestaciones de la parte actora vertidas a lo largo de la demanda, principalmente en los hechos primero y cuarto, y también en el contenido del acta notarial acompañada como documento de nú-

mero tres, de la que se infiere que se trata de un almacén complementario o anejo a la ferretería de don Magín Castelltort; por otra parte, es público y notorio en Igualada que desde que la actora arrendó este almacén, sirvió como depósito o almacén de mercancías de la ferretería, y ahora que este negocio ha sido traspasado al hijo de don Magín Castelltort, sigue igualmente como almacén anejo a la ferretería.

Quinto. Que examinado el Registro de la Propiedad, en lo que hace referencia a la finca comprada por la entidad demandada, resulta ser cierto que el predio comprado fue anteriormente a la venta el resultado de una agrupación de dos fincas registrales; termina este hecho la parte demandada dedicándolo a demostrar que las dos fincas registrales formaban, en la fecha de la contestación, una sola, y que para resolver con justicia la posibilidad del retracto visto desde este punto, entiende que es más importante la realidad física de entonces a la realidad histórica registral.

Sexto. Explica la parte demandada en este hecho los perjuicios que se originan a su parte si fuese viable el retracto.

Séptimo. Que acompaña la escritura de compraventa y de ella resulta que se ha adquirido la totalidad de la finca por un precio de 450.000 pesetas; desde luego, el precio es global, y tratándose de una sola finca no existe separación entre lo que puede valer la porción ocupada por el almacén objeto del retracto y el resto de la finca; que el precio que en todo caso pueda corresponder al almacén es, desde luego, en mucho superior al precio consignado o depositado por la parte contraria; que, por otra parte, según resulta de los artículos 47 y 48 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el retracto debe efectuarse en las mismas condiciones de precio por las que se hizo la venta, y por ello, a pesar de que no conste el precio que corresponde a la parte del almacén, desde luego ha de guardar proporción con el precio total; por tanto, no es aceptable la cantidad consignada o depositada por la parte adversa de 32.000 pesetas, que corresponden a la capitalización del 3 por ciento de la renta que se paga por el almacén; que examinada la superficie, o, mejor dicho, el volumen ocupado por el almacén en relación con la totalidad de la finca, considera un valor para esta porción de finca de 150.000 pesetas ya que la superficie del almacén equivale a un tercio de la finca, aproximadamente; haciendo constar que señala este precio, sin perjuicio de la peritación que se efectuaría en período de prueba, y ello para el negado supuesto de que prosperase la demanda. Y después de invocar los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando se dictase sentencia no dando lugar a la demanda y se absolviera libremente a la demandada, con costas al actor.

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

RESULTANDO que unidas a los autos las pruebas practicadas, el Juez de Primera Instancia de Igualada dictó sentencia con fecha 11 de abril de 1957, por la que desestimó la acción de retracto interpuesta por la actora contra la demandada, a quien absolvió de la misma, sin expresa condena de costas.

RESULTANDO que apelada dicha sentencia por la representación de la parte actora, y sustentada la alzada con arreglo a derecho, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona dictó sentencia, con fecha 14 de octubre de 1957, confirmando la apela-

da, sin hacer declaración especial de las costas del recurso.

RESULTANDO que previa constitución de depósito de 5.000 pesetas, por el Procurador don Paulino Monsalve Flores, en nombre de doña Carmen Palmés Colom, viuda, de Castelltort, se interpuso contra la anterior sentencia, recurso de injusticia notoria, con base en los siguientes motivos:

Primero. Al amparo de la causa cuarta del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente, por manifiesto error en la apreciación de la prueba acreditada por la documental obrante en autos. Que al fallo de la Audiencia parte del supuesto de hecho que se recoge en su primer considerando de que el almacén de autos no es asimilable a local de negocio, al no valerle la arrendataria de él para ejercer actividad de comercio, y este manifiesto error se desmiente por la prueba documental obrante en autos, que acredita lo contrario, o sea, que la señora viuda de Castelltort ocupa una finca habitable de planta y dos pisos destinándola a almacén de ferretería, con signos evidentes de actividad mercantil, siendo los documentos que se invocan:

Primero. El acta notarial que aportó la entidad demandada, de fecha 27 de febrero de 1957, y en la que en forma fidedigna se constaba el referido almacén reúne las siguientes características: la puerta de entrada es toda ella de madera, de dos hojas, una de las cuales permanece cerrada y la otra abierta; las paredes están cubiertas de estanterías, todas ellas llenas de cajitas de cartón; en el suelo y cerca de la puerta hay varios rollos de tela metálica de distintos tamaños; existe un pequeño mostrador, tras el cual hemos hallado al requerido señor Payaras; encima de dicho mostrador existen artículos diversos de ferretería.

Segundo. La certificación de la propia demandada «Mutua Igualadina» que como entidad aseguradora de Accidentes de Trabajo acredita que doña Carmen Palmés Colom, viuda, de Castelltort y arrendataria del referido almacén tiene concertada una póliza de Seguros de Accidentes del Trabajo para sus asalariados, que la misma se halla vigente y en la que se acredita afectar a siete productores.

Tercero. Certificación de «Fuerzas Eléctricas de Cataluña, S. A.», que en sus tres apartados acredita que se concertó el suministro de alumbrado por doña Carmen Palmés, viuda de Castelltort, para el establecimiento de ferretería que dicha señora tiene instalado en la calle Nueva, número 35, de Igualada, o sea, la finca retratada, que el referido contrato continúa en pleno vigor al haber sido renovado con fecha 1 de diciembre de 1943, manteniéndose colocado el mismo contador propiedad del abonado, que se instaló al conectarse el suministro, y que es la propia abonada la que viene atendiendo normalmente las facturaciones de consumo a su cargo; que tales documentos no sólo coinciden a demostrar el manifiesto error de hecho sufrido por la Audiencia, sino que guardan parangón con cuanto se ha dicho y sostenido por las partes a través del juicio, siendo de destacar que la actividad comercial atribuible a la retrayente se ha mantenido sin alteración durante más de veinticinco años, pudiendo verse a mayor abundamiento en el acta de inspección ocular una descripción más detallada que la del documento notarial, invocado de orden primero y confirmatoria sin ningún género de duda de que el almacén en cuestión se dedica a una actividad de comercio con fin lucrativo; que los casos en que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha negado aquella condición, son luminosos a los fines de este motivo, pues se referían a cuadras o garajes particulares en donde aquella actividad exigida por la Ley no era presumible

ni se había demostrado, pero de presente la simple idea de que la actora pueda poseer sin actividad mercantil un a modo de museo de ferretería conduce al absurdo siempre rechazable en derecho; que el error que se denuncia en el presente motivo consiste en haber negado lo que los documentos auténticos afirman, por lo que procede su estimación de acuerdo con la doctrina de este Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 26 de diciembre de 1940, 7 de mayo de 1942 y 11 de abril de 1947; al presente no se combate la eficacia de una prueba determinada que el Tribunal hubiera apreciado en combinación con otras, sino que todas las aducidas y las demás llevadas a término en el juicio, singularmente la de reconocimiento judicial, coinciden en resaltar el manifiesto error de hecho que se contiene en la sentencia recurrida, al estimar que el almacén objeto de retracto no se destinaba por la arrendataria a actividad mercantil con fin lucrativo: se invoca al respecto y a contrario sensu la doctrina de las sentencias de este Tribunal, entre otras, de 27 de abril y 13 de junio de 1936 y 30 de noviembre de 1936; documentos auténticos son aquellos que por sí mismos hacen prueba de su contenido según dicen las sentencias de este Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1897 y 12 de abril de 1944, entre otras muchas, hallándose en tal supuesto cuantos se han producido en apoyo de este motivo. Que todos y cada uno de los tres documentos que se dejan articulados contienen la demostración irrefutable de un hecho absolutamente contrario a las afirmaciones del juzgador, acorde todo ello con la doctrina de este Tribunal en sentencias, entre otras, de 13 de diciembre de 1935, 17 de mayo de 1940 y 27 de abril de 1942.

Son documentos auténticos los notariales en cuanto certifican lo que pasa ante el Notario que da fe, cual ocurre en el acta invocada de orden primero, tal y como tiene sentada la jurisprudencia de este Tribunal Supremo en sus sentencias de 16 de junio de 1932 y 14 de julio de 1941. El error de hecho que se contiene en la sentencia recurrida, es tanto más notorio, por cuanto hace por primera vez en las actuaciones en el momento del fallo, ya que antes, ni la parte demandada en su extenso escrito de contestación, ni a través de las pruebas ha intentado el aserto de negar la actividad mercantil con fin lucrativo del almacén de autos, ni tampoco el Juzgado de Primera Instancia en su sentencia afirma el hecho erróneo en que ha incidido el Tribunal «a quo», ya que se limita a atribuirlo a un supuesto cesionario.

Segundo. Al amparo de la causa cuarta del artículo 136 de la propia Ley de Arrendamientos Urbanos, en cuanto al hacer suya la sentencia recurrida los considerandos que se contienen en la del Juzgado inferior, sienta en los de orden segundo y quinto el hecho erróneo de que la retrayente no ocupa el local de autos, por haberlo traspasado a su hijo, y tal error de hecho que resulta básico y trascendente para el fallo se desvirtúa por la prueba documental obrante en autos:

a) En efecto, la escritura pública de traspaso de negocio otorgada por doña Carmen Palmés Colom en favor de su hijo don Magín Castellort Palmés con fecha 23 de junio de 1956, bajo la fe del Notario don Julio Pertegaz Urso, que figura en autos a instancia de la demandada, dice textualmente: Que doña Carmen Palmés Colom vende, cede y traspasa, a su hijo don Magín Castellort Palmés el negocio comercial de ferretería y derivados que la misma posee en esta ciudad, plaza del Borne, número 13, que gira bajo el nombre comercial de «Viuda de A. Castellort», figurando en la contribución industrial a nombre de la cedente, en cuya cesión van comprendidos todos los derechos inherentes al citado establecimiento de ferretería con las instalaciones propias

en la misma existentes, con sus estantes, mostradores, utensilios, máquinas registradoras, de escribir, de calcular, cajas de caudales, básculas, pesos y existencias de toda clase y todo el mobiliario del referido establecimiento, exceptuando en esta cesión las existencias que son en la actualidad de la exclusiva pertenencia del cesionario señor Castellort. Osea, que bajo la fe notarial y en forma auténtica, se define y perfila un contenido enumerado y casuístico de los bienes objeto de cesión y traspaso, sin que en los tales se incluya el almacén objeto de retracto, sito en la calle Nueva, número 35 de la propia ciudad de Igualada, sin comunicación y separado del establecimiento transmitido a través de dicha escritura pública, ubicado en la plaza del Borne, número 13.

El error en que incide el fallo se desmiente por el documento auténtico señalado.

b) Que no constituye obstáculo a cuanto se afirma la circunstancia de que, se diga en el considerando de orden quinto de la sentencia de primera instancia como base de su apreciación de hecho, de que la retrayente no ocupaba el almacén, ya que la misma se había dado de baja en la contribución industrial, según certificado del Ayuntamiento, ya que esta prueba documental que se designa a los fines de este motivo de recurso, corrobora el anterior aserto al referirse por modo concreto a la actividad industrial de doña Carmen Palmés Colom en su establecimiento de la plaza del Borne, número 13, y en modo alguno a la que era propia como titular del almacén comunicado con dicho establecimiento de la calle Nueva, número 35. Que es obvio que los documentos han de tenerse en cuenta por su contenido y no por su continente, y que el fallo incide en un error manifiesto que por ambas documentales citadas obrantes en los autos se desvirtúa en absoluto, termina el recurrente este motivo por reproducir toda la doctrina jurisprudencial aducida en el anterior.

Tercero. Al amparo de la causa tercera del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, o sea, fundado en injusticia notoria por infracción de precepto y de doctrina legal, la sentencia recurrida al hacer suyos los considerandos de la del Juzgado de Primera Instancia admitiendo en su virtud la doctrina sustentada incide en los de orden segundo, tercero y quinto, en abierta infracción del artículo 47 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, en el sentido de atribuir tan sólo el derecho de retracto en dicha norma contemplado a los pisos o locales de negocios, en razón de no citarse casuísticamente a los almacenes, olvidando y omitiendo la preceptiva del artículo quinto, párrafo segundo, de la propia Ley que los asimila, con excepción única del derecho de traspaso a los propios locales de negocios y confiriendo a la palabra de dicho artículo 47 «ocupare» un sentido en un todo distinto a la interpretación gramatical, lógica y jurídica.

La injusticia notoria por infracción de precepto y de doctrina legal en que se apoya el presente motivo, deriva del signo contrario con que el juzgador enfocó el examen del artículo 47 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, toda vez que confiere al mismo un sentido restrictivo con referencia a sus precedentes legales, cuando es lo cierto que el mismo, al tenor precisamente de la jurisprudencia inmediata anterior de su correspondiente en la Ley de 1946 y artículo 43 de la misma, responde a un criterio extensivo, y así, en efecto, la razón de presencia de la palabra «ocupare» que figura en dicho artículo 47 y en estos términos en los casos de venta por pisos, aunque se transmitan por plantas o agrupados a otros, podrá el inquilino o arrendatario utilizar el derecho de tanteo sobre el piso o locales que ocupare..., responde al equitativo afán del legislador de salir al paso de especulacio-

nes de los propietarios urbanos, por cierto atribuibles también a la «Mutua Igualadina de Seguros de Accidentes del Trabajo» de agrupar bien pisos o locales en una sola transmisión para que no ocurrieran los derechos previstos en el caso de unidad arrendaticia, y por ello era obligado, lógico y natural que el precepto de mérito ampliando precisamente su ámbito confiera los derechos de tanteo y retracto al inquilino o arrendatario en cuanto al piso o local que ocupare, en caso de enajenarse agrupado con otro u otros, lo que vale tanto como decir, en una sana interpretación, a pesar de que se haya pretendido desvirtuar las esencias vitandas del arrendamiento único concurrente.

Cita el recurrente las sentencias de este Tribunal de 27 de noviembre de 1947, 8 de julio de 1952 y 18 de diciembre de 1954, que recoge la doctrina sostenida y constituyen un antecedente incuestionable del ánimo del legislador al promulgar en sus nuevos términos de redacción el artículo 47 de la Ley vigente, sustituyendo el 63 de la anterior, con un sentido ampliatorio evidente en pro del acceso a la propiedad de los locatarios. El propio artículo 47 es aplicado con manifiesta injusticia notoria, al estimar que al referirse el mismo a pisos o locales de negocio, no comprende ni abarca a los locales asimilables a esta última concepción por imperio de la propia Ley de Arrendamientos Urbanos, en razón de no citarlos expresamente. Tal teoría que el propio juzgador de instancia en su considerando de orden cuarto aconseja como tesis que puede parecer aventurada, no tiene la menor sustentación, pues toda la Ley de Arrendamientos Urbanos vigente, como la anterior, se refiere repetidamente a inquilinos y arrendatarios, o sea, a ocupantes de «viviendas» y de «locales de negocio», sin que en caso alguno incluya una lista exhaustiva de todos los locatarios comprendidos en su órbita legal. A título de ejemplo cita los artículos 98 y 114 de la tan invocada Ley de Arrendamientos Urbanos, relativos a la elevación y reducción de la renta base, y a las causas de resolución, en los que el legislador cita al igual que lo hace en el artículo 47, tan sólo a las viviendas y los locales de negocio, para demostrar que según la rechazable tesis recogida en la sentencia y determinante del fallo, no cabría aplicarlos a los arrendamientos de almacenes urbanos, y como tal absurdo es por demás evidente resultan excusados ulteriores comentarios y argumentaciones demostrativas de la injusticia notoria por flagrante error de precepto legal y de doctrina aplicable, que se sustentan en el presente motivo de recurso. Ente múltiple jurisprudencia que sobre retracto arrendaticio urbano ha dictado este Tribunal escoge para poner de manifiesto la injusticia notoria en que se apoya el presente motivo, y por su parangón con el caso de autos, la de 14 de noviembre de 1956, que sienta que no puede entenderse dimitida la cualidad de inquilino al tiempo de ejercitar el retracto, por la sola consideración de que la casa litigiosa la ocupe su hijo, en virtud de un acto de liberalidad, puesto que ni la ocupación implica forzosamente una formal cesión del derecho de arrendamiento, ni cabe inferir de lo dispuesto en el artículo 34 (hoy 24), en relación con los 36, 37 y 39 de la misma (al presente 35, 36 y suprimido). Si ello es así mucho más en el caso de autos, en que no ha existido tal cesión ni por tanto ha dejado de ocuparse con fin lucrativo el almacén objeto de arrendamiento. Y añade la propia sentencia que «dada la finalidad protectora de la Ley tendiente a facilitar a los inquilinos el acceso a la propiedad de la vivienda, las normas que regulan el derecho de retracto deben interpretarse y aplicarse con un criterio extensivo; que al regular tal derecho, la Ley atiende esencialmente a la unidad contractual y, por lo tanto, tratándose de una finca arrendada a un solo inquilino el supuesto debe estimarse com-

prendido en el párrafo segundo del artículo 63 (hoy 47) que no obsta su aplicación la circunstancia de que el demandado adquiriese conjuntamente por un precio global el solar y las dos casas en el edificadas por ser cada una de éstas susceptibles de disfrute independiente». O sea, que en esta doctrina jurisprudencial, acorde con todo lo concerniente a tal materia de este Tribunal, se destaca la injusticia notoria que se denuncia en el presente motivo por errónea aplicación del artículo 47 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos.

Cuarto. Fundado en la causa tercera del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y consistentes en injusticia notoria por infracción de precepto y doctrina legal de cuanto el fallo de la sentencia recurrida se apoya en el supuesto que se recoge en el considerando primero de la sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona y en el cuarto de la resolución del inferior, aplicando con abierta infracción de precepto y de doctrina legal el artículo quinto del párrafo segundo, en relación al artículo primero, ambos de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos. Este último precepto estima comprendidos en el ámbito legal los arrendamientos de viviendas o inquilinato y el de «locales de negocio», refiriéndose esta última denominación a los contratos de arriendo que recaigan sobre aquellas otras edificaciones habitables cuyo destino primordial no sea la vivienda, sino el de ejercerse en ellas con establecimiento abierto una actividad de industria, comercio o enseñanza con fin lucrativo. Y el párrafo segundo del artículo quinto añade que el arrendamiento del local destinado a escritorio, oficina, depósito o almacenes, se asimilará al del local de negocio, cuando el arrendatario se valga de él para ejercer actividad de comercio, de industria o de enseñanza con fin lucrativo, aunque dicho local no se hallare abierto al público. Sostenido y demostrado en el presente recurso y en sus motivos primero y segundo la realidad cierta de que el retracto se ejercita por la arrendataria única de un almacén de ferretería, establecido en finca habitable desde hace más de veinticinco años, y que se vale del mismo para su actividad mercantil con fines lucrativos, es inconcusa la aplicabilidad de tales artículos y la injusticia notoria en que incide el fallo que se recurre. El propio artículo quinto de la mencionada Ley termina su párrafo segundo en estos términos: «los arrendatarios de estos locales no tendrán derecho de traspaso según lo dispuesto en el artículo 30, o sea, que si lo tendrán en cuanto a los demás atribuidos por la propia Ley y, por tanto, los de tanteo y retracto, cuando concurran, como en el caso de esta litis, el requisito de unicidad arrendaticia, ya que de otra suerte, la propia norma así lo hubiera consignado en fuerza de aforismo «*legislator quod voluit dixit, quod non voluit tacuit*».

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Eduardo Ruiz Carrillo:

CONSIDERANDO que si los documentos expedidos por dos empresas privadas justifican que a nombre de la recurrente se hallan extendidos y vigentes un contrato de suministro de energía eléctrica para un almacén de ferretería instalado en el local arrendado y otro de seguro de accidentes del trabajo de seis productores, los dos instrumentos notariales, que, con aquéllos, son los cuatro elementos de la prueba obrantes en autos señalados para mostrar el manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba que el juzgador imputan los motivos primero y segundo, lejos de acreditar tal defecto, prueban auténticamente que dicho local, arrendado y vendido, objeto de retracto, no lo ocupa la recurrente sino su hijo, que actualmente paga la contribución industrial pertinente, quien lo usa para almacén accesorio del expresado negocio mercantil de ferretería con despacho en otro local,

cuyo dominio con todos los derechos a él inherentes, cual el de arriendo del almacén adquirió de su madre, que el 30 de junio de 1936 pidió su baja en la mentada contribución por la que nada paga, a virtud del contrato de traspaso de 23 de junio de 1956, válido entre los contratantes, pero ineficaz frente al arrendador que no intervino en su celebración, ni lo consintió, ni puede serle impuesto por la Ley, ya que en su celebración dejaron de observarse los requisitos que ésta, al efecto exige, y, en consecuencia, muestran inequívocadamente que, cual afirma la sentencia impugnada como premisa de su fallo, el local almacén de ferretería vendido y cuyo retracto se postula, no lo ocupa la demandante, la cual ha dejado de ser su arrendataria por haber enajenado voluntaria e irrevocablemente la facultad de tracto sucesivo del uso temporal y oneroso de cosa ajena, que irrevocablemente ha adquirido quien actualmente la utiliza por el expresado contrato de traspaso:

CONSIDERANDO que lejos de incidir en la infracción de los artículos 47 y cinco, en relación con el primero de la vigente Ley de Arrendamientos de Edificaciones Urbanas, que le atribuyen los motivos tercero y cuarto, la sentencia recurrida los aplica con toda corrección, pues es obvio que por su destino a almacén se asimile a vivienda o a local de negocio, o sea, local de negocio o de vivienda el objeto de arrendamiento, no es posible se estime la acción de retracto ejercitada y desestimada en atención a que aquel primer precepto sólo concede al arrendatario ocupante u ocupante de la totalidad de la cosa locada consumidor de su uso en la satisfacción de sus propias necesidades, a título de arrendatario, y, secuentemente, la niega a quien no lo ocupa en su totalidad, aunque concertara el contrato de arrendamiento, y menos al que no es siquiera arrendatario, por haber perdido tal cualidad a virtud de la transferencia de tal uso a tercero, arrogándose facultades de disposición que no corresponden a los arrendatarios de almacenes y cuyo ilegal ejercicio manifiesta la falta de necesidad de uso para el consumo del recurrente y su decisión de hacerle objeto de una especulación o de un tráfico prohibido por la Ley al propietario, todo ello prescindiendo de que aquellos preceptos quinto y primero, cuya infracción también se denuncia, afirman que los almacenes no se asimilan a locales de negocios más que cuando, aun sin hallarse abiertos al público, se destinan a la misma actividad que los últimos, extremo que no sólo no ha probado la recurrente, ni ha aceptado el fallo combatido, sino que, por el contrario, niega éste, aseverando que la recurrente no la ejerce desde que se dió de baja en la contribución industrial en 1956, a los siete días de traspasar a su hijo el negocio de ferretería por el que éste tributa actualmente y del cual el almacén es un accesorio que el hijo ocupa, según aparece del acta notarial señalada en el recurso.

FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de injusticia notoria interpuesto a nombre de doña Carmen Palmés Colom contra sentencia que con fecha 14 de octubre de 1957 dictó la Sala Primera de la Audiencia Territorial de Barcelona; se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas y a la pérdida de la cantidad que por razón de depósito tiene constituida, a la que se dará el destino que previene la Ley; y librese al Presidente de la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos originales y rollo de Sala que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» e insertará en la «Colección Legislativa», pasando al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

En la villa de Madrid a 27 de mayo de 1961; en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Bilbao, y en grado de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos por don Francisco, don José Antonio, don Serafín, don Ramón, don Joaquín y don Jesús de Olano y López de Letona, mayores de edad, casados los tres primeros y solteros los últimos y vecinos, respectivamente, los dos primeros de Burgos, el tercero de Santander, y el cuarto, quinto y sexto, de Madrid, con don Isidoro Escagues Javierre, mayor de edad, viudo, Catedrático y vecino de Bilbao, habiendo sido también parte el Ministerio Fiscal, sobre nulidad de donaciones y otros extremos; autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el demandado, representado por el Procurador don Antonio Gorriiz Marco, y posteriormente por su fallecimiento, por el también Procurador don Eduardo Muñoz Cuéllar, y dirigido por el Letrado don Nicolás Pérez Serrano, y en el acto de la vista por don Felipe Ruiz de Velasco; habiendo comparecido en el presente recurso la parte actora y recurrida, representada por el Procurador don Santos de Gandarillas Calderón y dirigida por el Letrado don Pedro Alfaro:

RESULTANDO que por el Procurador don Amancio González Arnal, en nombre de don Francisco, don José Antonio, don Serafín, don Ramón, don Joaquín y don Jesús de Olano y López de Letona, y mediante escrito de fecha 15 de diciembre de 1953, que por reparto correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 4 de los de Bilbao, se dedujo demanda contra don Isidoro Escagues Javierre y el Ministerio Fiscal sobre nulidad de donaciones y otros extremos y cuya demanda basó en los siguientes hechos:

Primero.—Que don Francisco Paula de Olano y Zugasti, hijo de don José Domingo y de doña Dominga, natural y vecino de la Anteglesia de Echano, y doña María Asunción de Abaitua y Solagui, hija de don Serafín y de doña Josefa, contrajeron matrimonio canónico en la Iglesia Parroquial de Nuestra Señora de Begoña el día 13 de junio de 1870. De dicho matrimonio nacieron en la anteglesia de Echano tres hijos, llamados don Ramón, doña María Asunción y doña María del Pilar de Olano y Abaitua.

Segundo.—Que don Francisco de Olano Zugasti, que conservaba su constante vecindad en la anteglesia de Echano, falleció en Bilbao el día 13 de octubre de 1927 en estado de casado en únicas nupcias con dicha Asunción de Abaitua y Solagui, dejando como única sucesión a los tres mencionados hijos. La certificación del Registro General de Actos de Últimas Voluntades, que se presenta, señala como última disposición del finado don Francisco de Olano el poder comisario otorgado en Bilbao ante don Celestino María del Arenal el 5 de octubre de 1927, presentando también copia del poder testatario aludido que entre otras cosas disponía lo siguiente: Declara hallarse casado con doña Asunción Abaitua Solagui, del cual matrimonio tiene tres hijos, llamados don Ramón, doña María y doña Pilar de Olano y Abaitua, y que se halla sometido el matrimonio al Fuero de Vizcaya, conforme a las disposiciones del cual va a ordenar el testamento. En uso del derecho reconocido en el Fuero de Vizcaya, da o confiere a su esposa,

doña Asunción Abaitua y Solaegui, poder testatario o comisario tan cumplido como en derecho y Fuero sea necesario para que ocurrida la defunción del testador disponga en su nombre y representación de todos sus bienes, entre los expresados hijos o sus descendientes, ya por testamento, ya por donación, bien a partes iguales o con las aportaciones, exclusiones o pensiones que a bien tenga y le prorrogue por ello el plazo legal por todos los días que le sobreviva su esposa y apoderada, facultándola para legarse asimismo el quinto de su herencia en bienes muebles. La viuda y comisaria doña Asunción Abaitua y Solaegui en fecha 30 de julio de 1928 y ante el Notario de Amorebieta don Luis de Zubiaga otorgó testamento por sí y en nombre propio y a la vez en nombre como comisaria foral de su finado esposo, don Francisco de Olano y Zugasti, en uso del poder testatario que le confirió en el testamento bajo el cual falleció y que fué otorgado ante el Notario de Bilbao don Celestino María del Arenal en la misma villa a 5 de octubre de 1952; disponiendo en dicho testamento, entre otros extremos, los siguientes: a) Declara ser viuda de únicas y legítimas nupcias con don Francisco de Olano, teniendo de este matrimonio tres hijos, llamados Ramón, María y Pilar. b) Declara que su hijo don Ramón tiene recibidas de sus padres y adeuda a la sociedad conyugal y foral de los mismos cantidades que le fueron entregadas en diferentes ocasiones y para distintos objetos, ascendiendo en total y con deducción de las diez mil pesetas que tiene satisfechas, a ciento dieciocho mil quinientas pesetas, sin incluir otros diversos anticipos de menor importancia. c) Lega al mismo su hijo don Ramón de Olano y Abaitua cincuenta acciones del Banco de Vizcaya, y de la serie A, remitiendo y condenándolo en igual concepto de legado las cantidades que adeuda y antes referidas. d) Lega a su nieta María Asunción Alzaga y Olano diez acciones del Banco de Vizcaya y serie A. e) Lega a su nieto don Francisco Olano el reloj de oro de su abuelo paterno y a sus también nietos Ramón y José Antonio Olano los gemelos de oro de su abuelo. f) En el remanente de sus bienes, derechos y acciones y de los de su finado esposo y comitente instituye y nombra por únicos y universales herederos de ambos a sus dos hijas, doña María y doña Pilar de Olano y Abaitua, por iguales partes, apartando a su otro hijo y demás descendientes y excluyéndolos de esta institución, como excluye y aparta también de los legados precedentes a los mismos, a los no llamados a los mismos, con la legítima foral, de un real de vellón y un palmo de tierra, una teja y el árbol más remoto e infructífero. g) Y finalmente revoca, anula y da por ningún valor ni efecto toda otra disposición testamentaria que haya podido otorgar anteriormente, ordenando valga tan sólo la presente, que quiere que guarde, cumpla y ejecute en todas sus partes y sin intervención judicial por ningún concepto, pues que la prohíbe en absoluto. Que en 3 de marzo de 1933 y ante el Notario de Vilaro don Mario de Zubiaga, doña Asunción Abaitua y Solaegui formalizó con su hija doña Pilar Olano y Abaitua escritura por la que relacionando el fallecimiento y poder comisario de su finado marido, don Francisco Olano, y aludiendo a la comunicación de bienes, operada entre ambos cónyuges por razón de la legislación vizcaína, a la que el consorcio estaba sometido por sí y en nombre propio y como comisario foral de su referido esposo don Francisco de Olano y Zugasti, en virtud y uso del poder testatario referido, hizo donación inter vivos pura, perfecta e irrevocablemente a favor de la hija de ambos doña Pilar, que aceptó la donación y con apartamiento de los demás hijos y descendientes de las siguientes fincas sujetas a comunicación foral, a saber:

1.º Un trozo de terreno jaral llamado «Larrabasca», radicante en el sitio de su nombre, jurisdicción de la anteiglesia de Echano, destinado hoy en día a manzanal y huertas de cabida de cincuenta y seis mil ochocientos cuarenta y nueve metros cuadrados. La atraviesa una carretera de propiedad particular perteneciente a la casa palacio de Larrea, de doscientos ochenta y cinco metros de largo por un promedio de cinco metros veinte centímetros de ancho. Tiene derecho de paso de carros, ganados y demás servicios por dicha carretera. Fué adquirida por el finado don Francisco de Olano por compra a doña Dolores Armendia y Sigler en escritura otorgada en Bilbao y ante el Notario que fué de dicha capital don Ildefonso de Urizar con fecha 9 de octubre de 1912, e inscrita en el Registro de la Propiedad de Bilbao.

2.º Casa nombrada Echezuri, radicante en la plaza de villa de Larrabezúa, señalada con el número cinco; consta de piso bajo en cuartos, principal y desván.

3.º Herederas denominada Echeondoa, radicante también en jurisdicción de villa de Larrabezúa; adquirió estas dos fincas el propio don Francisco de Olano por herencia de su madre doña Casilda de Zugasti y Zabalduri, habiéndolas inscrito en el Registro de la Propiedad de Bilbao mediante certificación posesoria, autorizada por el Alcalde, Regidor Síndico y el Secretario del Ayuntamiento de Larrabezúa, con fecha 18 de octubre de 1906 (sic).

4.º Que en la finca descrita en primer lugar fué construida durante su aludido matrimonio un edificio de nueva planta cuya inscripción solicita formando una sola y misma finca con dicho terreno en que se halla enclavado y con la descripción siguiente: Casa a que se da el nombre de Ategorrieta, sin número, construida de mampostería en sus paredes exteriores, divisiones interiores de ladrillo entramados y suelos de madera y cubierta de teja plana; consta de planta baja distribuida en cocina, alcora y cuadra; piso primero destinado a habitaciones y desván o camarote. En escritura de 12 de abril de 1943, y ante el Notario de Bilbao don Joaquín de Antuña, doña Asunción de Abaitua y Solaegui, viuda de don Francisco de Olano, y haciendo constar que a la disolución del matrimonio referido conservando ambos consortes la vecindad civil del infanzonado y la consiguiente condición legal de aforados vizcaínos, hubo de realizar la comunicación de bienes que determina el Fuero de Vizcaya, correspondiendo, en su virtud y de lo expresado anteriormente, todos los bienes del consorcio y de cada uno de los consortes en una mitad indivisa a la cónyuge sobreviviente, y en la otra mitad constitutiva de la herencia del difunto al hijo o hijos de ambos que tenga a bien designar la primera, en uso del poder testatario referido del segundo y declarando que a la muerte del citado causante quedaron como bienes sujetos a la comunicación foral ochenta y seis fincas que describe y relaciona: Que la herencia de su marido don Francisco de Olano y Zugasti está constituida por las ochenta y seis fincas antes referidas. Que se adjudica la mitad indivisa de todos y cada uno de los bienes inventariados, reservándose el derecho de disponer de la otra mitad entre los hijos o descendientes legítimos del causante, ya por testamento, ya por donación, bien en partes iguales o con las aportaciones, exclusiones o pensiones que a bien tenga, de acuerdo con la cláusula del testamento tercera que sirve de base a la indicada escritura. A continuación se describen las ochenta y seis fincas a que antes hace referencia; que por escritura de 17 de junio de 1943, ante el Notario de Bilbao don Joaquín Antuña, la propia viuda doña Asunción Abaitua Solaegui, tras de relacionar el fallecimiento, sucesión y consabido poder testatario de su marido don Francisco Olano e invocar también la comunicación de bienes, operada conforme a la legislación vizcaína que regia el con-

sorcio, manifestó que a la muerte de don Francisco y sujetos a dicha comunicación, además de los bienes reseñados anteriormente, quedó la finca caserio manzanal conocida en el nombre de Olanona, radicante con sus heredades, prados y manzanas en término municipal de Lezama, cuya descripción se detallaba en referida escritura de 12 de abril de 1943; en otra escritura que en fecha 20 de octubre de 1943 otorgó la propia doña Asunción Abaitua y Solaegui, actuando como comisaria de don Francisco de Olano y Zugasti, en virtud del poder testatario, a la vez que como tutora de su nieta María Asunción Alzaga Olano, y poder testatario de su citado finado marido, hace constar que por la ya aludida escritura de 12 de abril de 1943 dejó formalizada la herencia del mismo, con reseña de los bienes que la integran y recordar la adjudicación de su mitad para sí con reserva del derecho de disponer de la otra mitad entre los hijos o descendientes legítimos, expresar que los bienes de dicha herencia figuran descritos en la aludida escritura y manifestar su propósito del poder de referencia, otorgó que en uso del poder testatario que le confirió su marido en el testamento otorgado el 5 de octubre de 1927, ante el Notario de Bilbao señor Arenal, dona pura y simplemente a su nieta doña María Asunción Alzaga y Olano la mitad indivisa correspondiente a dicho causante en todas y cada una de las fincas descritas en relación que bajo la firma de doña Asunción Abaitua y Solaegui quedó incorporado la matriz de la mencionada escritura de octubre de 1943, apartando a los demás hijos y descendientes legítimos de los bienes donados con un real de vellón, con un palmo de tierra y una teja y a mayor abundamiento, con arreglo al Fuero de Vizcaya, y que como tutora de su nieta María Asunción Alzaga y Olano aceptaba la donación y solicitaba la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad.

Tercero.—Que doña María Olano Abaitua, hija de los mencionados cónyuges don Francisco y doña Asunción, natural y avencuada en la anteiglesia de Echano, falleció en ella el día 29 de octubre de 1934, en estado de casada en nupcias únicas con don Juan Alzaga e Iturriza, dejando de dicho matrimonio a su fallecimiento como descendiente única la hija llamada Asunción Alzaga y Olano. La correspondiente certificación del Registro General de Actas de Últimas Voluntades acredita que no aparece testamento de la finada, sin que tampoco se conozca disposición alguna de dicha indole presentando a la vez certificaciones del Registro Civil de Echano que acreditan las circunstancias familiares antes expresadas.

Cuarto.—Doña Pilar Olano Abaitua, hija de los mencionados cónyuges don Francisco y doña Asunción, natural y vecina que fué de la anteiglesia de Echano, falleció el día 9 de septiembre de 1936, en estado de soltera, sin dejar descendientes, ni más ascendientes que su madre doña Asunción Abaitua Solaegui, así como su hermano legítimo de doble vínculo don Ramón Olano Abaitua. Según expresa la correspondiente certificación del Registro General de Actas de Últimas Voluntades que presentó al igual que la certificación de fallecimiento de la referida causante, no aparece testamento de la finada, sin que tampoco se conozca otra alguna disposición de dicha indole, por lo que la sucesión hereditaria habrá de regirse por las correspondientes normas de la herencia intestada.

Quinto.—Que don Ramón Olano Abaitua, hijo también de los expresados cónyuges don Francisco y doña Asunción, natural de la anteiglesia de Echano y vecino constante que fué de la misma, falleció en Madrid el día 22 de abril de 1939, en estado de casado en nupcias únicas con doña María López de Letona y Gómez Rueda, de cuyo matrimonio nacieron y a la muerte de aquél quedaron como descendientes únicos seis hijos, sus actuales re-

presentados, llamados don Ramón, don Francisco, don José Antonio, don Serafín, don Joaquín y don Jesús Olano y López de Letona. La correspondiente y adjunta certificación del Registro General de Actos de Última Voluntad señala como postrera disposición de tal índole el testamento de fecha 14 de diciembre de 1934 ante el Notario de Bilbao don Celestino María del Arenal por virtud del cual instituye y nombra herederos de todos sus bienes, derechos y acciones por partes iguales a sus referidos hijos.

Sexto.—Que doña Asunción Abaitúa Solagui, hija de don Serafín y doña Josefa, nacida en Bilbao y vecindada constantemente desde su expresado matrimonio en la iglesia de Echano, falleció en Bilbao el día 15 de abril de 1945, en estado de viuda de sus únicas nupcias con don Francisco Olano y Zugasti, sin dejar a su fallecimiento hijo alguno, aunque sí nietos. La correspondiente certificación del Registro General de Actos de Última Voluntad expresa como postrera disposición de dicha índole de la doña Asunción Abaitúa el testamento que en fecha 20 de octubre de 1943 otorgó ante el Notario de Bilbao don Joaquín Antuña, en el que se contemplan, aparte de otras que no interesan al caso, las siguientes declaraciones:

2.ª Manifiesta ser hija legítima de los finados don Serafín y doña Josefa y hallarse viuda de su único matrimonio con don Francisco Olano y Zugasti, de cuya unión le sobreviven seis nietos, hijos de su difunto hijo Ramón, llamados Ramón, Francisco, José Antonio, Serafín, Joaquín y Jesús Olano y López de Letona, y una nieta, hija de su difunta hija María, llamada María Asunción Alzaga Olano.

3.ª Hace constar la señora compareciente que por su matrimonio con el citado don Francisco de Olano y Zugasti, que era natural y vecino de Echano, Vizcaya, perdió la ciudadanía común, adquiriendo la foral, en la cual permanece con casa solariega en el citado Echano y la que tiene derecho a invocar en el otorgamiento de su última voluntad, que lo hace, desde luego, con arreglo a las disposiciones del Fuero de esta provincia...

5.ª En el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones instituye y nombra universal heredera a su nieta María Asunción Alzaga y Olano, apartando a los demás herederos forzosos con los bienes que anteriormente les lega y por añadidura con lo que dispone el Fuero de Vizcaya. Caso de fallecer la heredera sin sucesión legítima pasarán los bienes de esta herencia a los demás nietos de la testadora, por cabezas...

7.ª Prohíbe la intervención judicial en su testamentaria, aunque intervengan menores, ausente o incapacitados, y nombra albaceas universales a don Jaime Arroyo y don Francisco Imaz, los cuales quedan facultados solidariamente para practicar todos los actos y gestiones propios del albaceazgo y además los de incautarse de la herencia, administrarla durante la indivisión, cobrar créditos, pagar deudas, cancelar hipotecas y disponer de efectivo de cuentas corrientes para necesidades de la herencia, así como para pagar legados, pudiendo al efecto vender bienes suficientes y representar a la testamentaria en juicio y fuera de él. Todas o parte de estas facultades podrán delegarlas en terceras personas y confiándoles los oportunos poderes notariales. Para contador-partidor designa al citado don Jaime Arroyo y Barrio, con las facultades previstas en los artículos mil cincuenta y siete del Código Civil, rogándole que, una vez practicada la división de herencia y fijados los bienes que corresponden a la herencia, los coloque y suministre como tutor en la forma más conveniente a los intereses de la misma. En 6 de julio de 1945, y ante el Notario de Bilbao don Joaquín Antuña, don Jaime Arroyo, como contador-partidor de la finada doña Asunción Abaitúa Solagui, y doña Asunción Alzaga Olano, como heredera de la misma, formalizaron

escritura pública en la que, relatando su fallecimiento, sus circunstancias personales y familiares y su testamento, manifestaba que los bienes relictos integrantes de su herencia se consignaban y detallaban en un anexo a la propia escritura, y otorgaban lo siguiente:

a) Don Jaime Arroyo y Barrio, que deja formalizada la distribución de la herencia de doña Asunción de Abaitúa y Solagui, compuesta de los bienes descritos en el anexo incorporado a la referida escritura, de cuyos bienes hace formal entrega mediante la presente escritura a la heredera doña María Asunción Alzaga y Olano, imponiendo a la misma la obligación de pagar las partidas que integran el pasivo hereditario y en particular los legados hechos por la testadora.

b) Doña María Asunción Alzaga y Olano acepta la herencia de su abuela doña Asunción Abaitúa y Solagui, pura y simplemente, y se obliga al pago del pasivo hereditario, lo que justifica documental y a efectos registrales y en armonía con lo dispuesto en el artículo cuarenta y cinco de la Ley Hipotecaria. La relación de bienes hereditarios de referencia comprendía en cuenta corriente con el Banco de Vizcaya por importe de catorce mil quinientas cuarenta y cinco pesetas diecinueve céntimos; doscientas treinta y tres acciones serie A del Banco de Vizcaya, de quinientas pesetas nominales cada una; setenta acciones, serie B, del propio Banco de Vizcaya, de ciento veinticinco pesetas nominales cada una; sesenta y cinco acciones preferentes de la Sociedad Minera de Sierra Menera, de quinientas pesetas nominales cada una. La mitad individua de ochenta y seis fincas que por detallado se describen.

d) En 7 de abril de 1942 y ante el Notario de Bilbao señor Antuña la mencionada nieta heredera doña Asunción Alzaga Olano, asistida y con licencia de su marido don Isidoro Escagües, otorgó escritura en la que adicionaba la indicada precedente de 6 de julio de 1945, reiterando que en la herencia de doña Asunción Abaitúa Solagui recaían como bienes probativos de esta causante once acciones serie A del Banco de Vizcaya, así como cuatro acciones de la serie B del propio Banco y manifestando que además existían las siguientes, no mencionadas en dicha anterior escritura, a saber: Dos acciones de la serie B del Banco de Vizcaya; y otorgado que declaraba dichos valores como omitidos en la anterior y que se los adjudica, aceptando tal herencia.

Septimo.—En la propia escritura de 7 de abril de 1952, reñada en el párrafo D) del precedente hecho sexto de este escrito, la doña Asunción Alzaga Olano, relatando el fallecimiento de su abuelo don Francisco Olano Zugasti, y sus circunstancias personales y familiares, así como el poder testatorio del mismo y el otorgamiento por la viuda doña Asunción Abaitúa Solagui de las escrituras de 12 de abril y 20 de octubre de 1943 relacionadas en los párrafos E) y G) del hecho segundo de este escrito y también el fallecimiento y testamento de su mencionada abuela doña Asunción Abaitúa, así como la escritura de 6 de julio de 1945, relacionados en los párrafos A) y B) y C) del precedente hecho sexto de este escrito, manifestó que por olvido involuntario se omitieron en la testamentaria de doña Asunción Abaitúa diversos bienes, unos de procedencia del marido y otros de la hija del matrimonio, doña Pilar, detallando en tal concepto: Como procedente del don Francisco Olano Zugasti, la finca Olanona, descrita en el párrafo F) del hecho segundo de este escrito, y como procedentes de la hija doña Pilar Abaitúa, las fincas, casa Echezuria, terrenos Larrabazas, con la casa Ategorrieta erigida en ellos y heredad Echeondoa, cuyas descripciones se corresponden con las que han quedado expuestas en el párrafo D) del hecho segundo de este escrito; fincas todas ellas que la doña Asunción Alzaga, como heredera de

su abuela doña Asunción Abaitúa Solagui, se adjudicó aceptando la herencia de la misma.

8.º En la misma fecha de 7 de abril de 1952 y ante también el Notario de Bilbao señor Antuña, la propia doña Asunción Alzaga Olano, con igual asistencia de su marido don Isidoro Escagües, formalizó escritura en la que con análoga reiteración de los antecedentes antes aludidos manifestó lo siguiente:

4.º Por olvido involuntario, sin duda, se omitió incluir en la testamentaria de don Francisco de Olano y Zugasti, y después en la de doña Asunción de Abaitúa y Solagui, la siguiente finca: El caserío denominado Olarreta, que se compone de tres partes: viña heredada de pan sembrar y baldío radicante en jurisdicción de la villa de Larrabezua...

6.º La finca anteriormente descrita debe comunicarse perteneciente a las herencias de don Francisco de Olano y Zugasti y doña Asunción de Abaitúa y Solagui, teniendo en cuenta que a esta última se le adjudicó la mitad indivisa de dicha finca a título de comunicación foral, pasando la otra mitad a su nieta María Asunción Alzaga, como heredera de don Francisco de Olano y Zugasti, y siendo dicha doña María Asunción Alzaga Olano heredera, a su vez, de su abuela doña Asunción de Abaitúa Solagui, procede se le adjudique también la otra mitad de finca que en su día esta última se adjudicó por comunicación adjudicada a doña Asunción de Abaitúa Solagui, pasa también a su nieta doña María Asunción Alzaga Olano, a título de herencia de aquella. Y con tales antecedentes otorgó:

«I. Que adiciona las herencias a don Francisco Olano y Zugasti y doña Asunción de Abaitúa Solagui, en la finca descrita en el párrafo quinto de esta escritura.

II. Doña María Asunción Alzaga Olano se adjudica la finca mencionada, por herencia de sus abuelos don Francisco de Olano Zugasti y doña Asunción de Abaitúa y Solagui.»

Noveno.—A) La mencionada nieta doña Asunción Alzaga Olano, hija de don Juan y de doña María, nacida en Bilbao, pero vecindada en Echano, como menor de edad, en compañía de su abuela doña Asunción hasta después del fallecimiento de ésta en 1945, falleció en Bilbao el día 21 de marzo de 1953, en estado de casada en nupcias únicas con don Isidoro Escagües Javierre, y sin dejar descendientes, ni ascendientes, ni colaterales más próximos por línea materna que sus seis primos carnales, parientes en cuarto grado civil, don Ramón, don Francisco, don José Antonio, don Serafín, don Joaquín y don Jesús Olano y López de Letona.

B) La correspondiente certificación del Registro General de Actos de Última Voluntad, expresa que no aparece testamento de dicha finada doña Asunción Alzaga, de la que los actores tampoco conocen otra alguna disposición de tal índole.

C) Basándose en el indicado fallecimiento intestado, el viudo don Isidoro Escagües Javierre instó en el Juzgado de Primera Instancia número tres de Bilbao, expediente de declaración de herederos abintestato que culminó en auto de fecha 5 de mayo de 1953, por el que fué el declarado tal heredero universal de la finada.

Décimo.—De todas las transmisiones de inmuebles que quedan reñadas en los hechos precedentes, no hay noticias de que en los correspondientes Registro de la Propiedad se hayan efectuado otras inscripciones que las que se relacionen con la donación por doña Asunción Abaitúa Solagui, por sí y como comisaria de su finado marido don Francisco Olano Zugasti, a favor de su hija común doña Pilar Olano Abaitúa en la escritura de fecha 3 de marzo de 1933, ante el Notario de Villaro don Mario Zubiaga, relacionada en el párrafo D) del hecho segundo de este es-

crito, de las fincas que en las propias escrituras y lugar se describen por detallado, las cuales inscripciones se efectuaron, en cuanto a los terrenos Larrabosos y casa Ategorrieta en el Registro de la Propiedad de Durango; al folio ciento tres del tomo cuarto de Echano, finca número ciento cincuenta y tres, inscripción tercera; en cuanto a la casa Echazuria en el Registro de la Propiedad de Bilbao, al folio setenta y nueve vuelto, del libro tercero de Larrabezu, finca número ciento sesenta y nueve, inscripción segunda; en cuanto a la heredad Echeondoa, al folio ciento veintisiete vuelto del mismo libro tercero de Larrabezu, finca número ciento ochenta y uno, inscripción segunda.

Undécimo.—Los finados conyuges don Francisco Olano Zugasti y doña Asunción Abaitua Solaegui, además de las fincas de que en precedentes hechos se hace circunstancia de referencia, poseían como dueños mobiliario y ajuar ampollo y valioso, que subsistía en las fechas de sus respectivos fallecimientos y que, por tanto, recaía y se integraba en su sociedad conyugal y respectivas herencias; que por falta de datos concretos no es posible a los actores detallar en este momento cuáles fueron los muebles y ajuar que se aluden; pero cabrá acaso hacerlo durante el curso de este litigio y en todo caso podrá efectuarse en el período de ejecución de sentencia, bastando por ahora con aducir que todo dicho mobiliario y ajuar quedado en poder primero de la viuda doña Asunción Abaitua y luego de la nieta doña Asunción Alzaga Olano, de quienes salvo en aquellas piezas que se sospecha y en su día cabrá acreditar que dichas señoras las hubieron enajenado, ha pasado a su viudo y heredero aquí demandado don Isidoro Escagües, quien lo conserva y retiene. Excepción de esto lo constituye el mobiliario y ajuar de pertenencia de la doña Asunción Abaitua que existía en la casa llamada de Nafarroa, en Echano, y que, habiendo sido legado por ella al nieto don Ramón Olano se le hizo entrega formalizada en escritura de fecha 13 de octubre de 1952, ante el Notario de Amorebieta-Echano don José Salamero.

Duodécimo.—Otro tanto ha de decirse de numerosas y valiosas joyas igualmente poseídas por los conyuges don Francisco Olano y doña Asunción Abaitua, quedadas a sus respectivos fallecimientos y recaentes integrantes en su sociedad conyugal y respectivas herencias. En este respecto parece ser que buen número de joyas estuvieron depositadas en la caja de seguridad del Banco de Vizcaya en Bilbao a nombre de doña Asunción Abaitua y Solaegui y que ocurrido el fallecimiento de ésta fue formulada por su nieta doña Asunción Alzaga Olano relación de las mismas, que a efectos de liquidación del precedente impuesto de Derechos Reales, fue presentada en la Abogacía del Estado. Convendrá aducir que también a nombre de la nieta Asunción Alzaga, ha habido en la caja de seguridad del propio Banco de Vizcaya, en Bilbao, análogo depósito de joyas, que ya en su totalidad y en muy buena parte debe presumirse que tuvieron su procedencia en la herencia de la abuela doña Asunción Abaitua Solaegui, y añadir que tales joyas han sido extraídas de dicha caja por el viudo y heredero de la titular don Isidoro Escagües, sin intervención de los actores, no obstante la insistencia de éstos para que se les diera conocimiento y vista de aquéllas a los efectos procedentes y hasta intervención en su custodia y conservación por el interés que ofrecía su notoria participación legal en las mismas.

Decimotercero.—Las cartas que respondiendo a pregunta de uno de los actores le dirigió el representante legal de la Empresa muestra que doña Pilar Olano Abaitua poseía y entran en su herencia veintuna acciones de la Sociedad Central

Azucarera de La Carlota, Elizalde y Co. Inc. Gen. Mtrs., de Manila.

Decimocuarto.—Los valores de pertenencia de doña Asunción Abaitua Solaegui y recaentes en su herencia que en precedentes números han sido mencionados, al igual que cualquier otro de igual condición que pudiera existir, han producido después del fallecimiento de aquella frutos, ya por intereses o dividendos llamados activos, ya por derechos de ampliación de capital. Concretamente conocen los actores, por ahora, los siguientes: cincuenta y cinco acciones serie A del Banco de Vizcaya, de quinientas pesetas de valor nominal cada una. Treinta y tres acciones serie B del Banco de Vizcaya, de ciento veintiocho pesetas de valor nominal cada una. Los títulos o valores que se dejan reseñados como de ampliación o nueva adquisición con cupones de los anteriores, fueron suscritos y adquiridos por doña Asunción Alzaga Olano.

Decimocuarto.—En el presentado testamento de doña Asunción Abaitua Solaegui puede verse que, además de la institución hereditaria ya relacionada en el párrafo B) del hecho sexto de este escrito, dispuso varios legados, y, entre ellos, a favor de su nieto don Ramón Olano, el de especie consistente en «la casa llamada Nafarroa con su huerta y jardín, formando todo un solo perímetro, rodeado de tapia de mampostería y atravesando en toda su extensión por el cauce del arroyo que surte de aguas al molino, comprendiéndose en el legado «todos los enseres, ropas, muebles, etc., que se encuentran en el inmueble de referencia el día del fallecimiento de la testadora y que sean propiedad de la misma». Cual se ha insinuado ya en el hecho once de este escrito, de todo este legado y, por tanto, la casa aludida, se hizo oportuna entrega al legatario, formalizándola en la citada escritura de 13 de octubre de 1952, ante el Notario de Amorebieta-Echano, don José Salamero.

Decimocuarto.—Doña Asunción Alzaga Olano ha venido percibiendo las rentas y frutos de todo género producidos desde la fecha del fallecimiento de su abuela doña Asunción Abaitua Solaegui, tanto por los consabidos valores de éste como de las fincas que pertenecieron a la misma y al abuelo don Francisco Olano Zugasti y recaían en la sociedad conyugal y herencia de ambos, con la natural excepción de las correspondientes a la casa Nafarroa, afectada por el legado mencionado en el precedente hecho quince.

Decimoseptimo.—Por contra, la propia doña Asunción Alzaga Olano satisfizo desde el fallecimiento de la abuela doña Asunción Abaitua Solaegui los gastos que por todos conceptos originaban las aludidas fincas y ha satisfecho también los dividendos pasivos o cuotas de suscripción de los valores de ampliación que se aluden en el hecho quinto y satisfizo, asimismo, los gastos que originó la testamentaria de dicha su abuela. Natural y legalmente obligado es que los actores reintegren a la herencia de dicha doña Asunción Alzaga Olano la parte de todos dichos gastos que corresponda a la participación de aquéllos en los bienes y actos que los han originado.

Decimocuarto.—Se ha celebrado sin avenencia con el aquí demandado, don Isidoro Escagües, acto conciliatorio en reclamación de la más fundamental de las reclamaciones que se concretan en la súplica de esta demanda. Adujo los fundamentos de derecho que estimó eran de aplicación al caso y terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declarase:

1.º Se declare nula y sin valor ni efecto en la mitad que se corresponde con la condición de comisaria de su finado marido don Francisco Olano la donación hecha por doña Asunción Abaitua Solaegui a favor de su hija doña Pilar en la escritura de 3 de marzo de 1933, ante el

Notario de Villaro don Mario Zubiaga, relacionada en el párrafo D) del hecho segundo de este escrito, de las tres fincas Larrabaso con Ategorrieta, Echezuria y Echeondoa, que en los propios escritura y hecho se relacionan.

2.º Se declaren también nulas y sin ningún valor ni efecto las inscripciones de la donación indicada en el número precedente que se efectuaron en los Registros de la Propiedad de Durango y Bilbao en los términos y circunstancias que se detallan en el hecho décimo del presente escrito, en cuanto tales inscripciones afectan a la mitad de la donación cuya nulidad se pide precedentemente.

3.º Declarar asimismo nula en su totalidad la donación que en concepto de comisaria de su finado marido don Francisco de Olano Zugasti hizo la propia viuda de éste, doña Asunción Abaitua Solaegui, a favor de su nieta doña Asunción Alzaga Olano en escritura de 20 de octubre de 1943 ante el Notario de Bilbao don Joaquín Antuña, de la mitad de las ochenta y seis fincas que se relacionan en la propia escritura y en el apartado E) del hecho segundo del presente escrito.

4.º Declarar igualmente nula y sin ningún valor ni efecto la declaración de herederos abintestato de la finada doña Asunción Alzaga Olano, que a su favor instó su viudo don Isidoro Escagües Javierre y causó el Juzgado de Primera Instancia número tres de Bilbao, según se relaciona en el hecho noveno del presente escrito, apartado C).

5.º Causar las declaraciones de herederos abintestato de los causantes muertos intestados que se relacionan en los diversos párrafos del segundo apartado de los fundamentos de derecho de la presente demanda, a favor de las respectivas personas y en los términos que allí se indican.

6.º Declarar que las herencias testadas e intestadas de los diversos causantes que se mencionan en los diversos párrafos del expresado apartado segundo de los fundamentos legales de la presente demanda corresponden y han derivado las transmisiones que allí se indican a favor de las personas que respectivamente se mencionan y en las porciones y proporciones que se expresan, ya que dichas herencias abarcan, respectivamente, los bienes que se detallan en los diversos párrafos del tercer apartado de los fundamentos legales de la presente demanda.

7.º Declarar la nulidad e ineficacia de cualquiera inscripción que además de las aludidas en el número segundo de la presente súplica se hubiere efectuado y hoy se desconoce por los actores en los libros de cualquier Registro de la Propiedad.

8.º Declarar que el demandado don Isidoro Escagües Javierre, como pretendido heredero de su finada mujer doña Asunción Alzaga Olano, está obligado a hacer entrega a los actores de los bienes que como transmitidos a éstos y de su pertenencia por razón de los títulos y derechos hereditarios que se mencionan en dichos apartados segundo y tercero de los fundamentos legales de este escrito los corresponde, así como a rendir cuentas y hacer entrega del saldo correspondiente de los frutos producidos por dichos bienes a partir de la fecha 21 de marzo de 1953, de fallecimiento de aquélla.

9.º Condenar al propio demandado don Isidoro Escagües Javierre a estar y pasar por todas las declaraciones precedentes y a cumplirlas en la parte que le correspondan.

10. Condenar al propio demandado al pago de todas las costas del juicio.

RESULTANDO que admitida la demanda y emplazada la parte demandada, compareció en los autos el Procurador don Mariano Escolar Martínez, representando a don Isidoro Escagües Javierre, quien, mediante escrito, contestó a la referida demanda, oponiéndose a la misma, en base a los siguientes hechos:

Primero. Ciertamente lo expuesto de contrario en el correlativo del escrito de demanda.

Segundo. Asimismo cierto que don Francisco de Olano y Zugasti falleció en Bilbao el 13 de octubre de 1927, en estado de casado en únicas nupcias con la mencionada doña Asunción de Abaitua y Solaequi, y dejando como únicos hijos a los antes referidos, don Ramón, doña María y doña Pilar de Olano y López de Letona.

Igualmente cierto que la última disposición de don Francisco de Olano y Zugasti fué el testamento otorgado con fecha 5 de octubre de 1927, ante el Notario de Bilbao, don Celestino María del Arenal y por virtud del cual se confería poder testatorio o comisario a su esposa doña Asunción de Abaitua y Solaequi, para que ocurrida su defunción pudiera disponer en su nombre y representación de todos los bienes, entre sus hijos o descendientes, ya por testamento, ya por donación, bien a partes iguales o con las aportaciones, exclusiones o pensiones, que a bien tuviere, y prorrogándola para ello el plazo legal, reconociendo como cierto y auténtico el testimonio de dicho testamento acompañado con el escrito de demanda. Igualmente cierto que la viuda y comisaria doña Asunción de Abaitua y Solaequi otorgó ante el Notario de Amorebieta, don Luis de Zubiaga, con fecha 30 de julio de 1928, testamento por sí y en nombre propio y a la vez en nombre como comisaria foral de su finado esposo, en uso del poder testatorio que le confirió en 5 de octubre de 1927 ante el Notario don Celestino María del Arenal. Pero mostrando conformidad con el contenido de dicho testamento, del que resulta que doña Asunción de Abaitua y Solaequi, como comisaria de su finado esposo, don Francisco de Olano y Zugasti, instituyó herederos de éste, a partes iguales, a sus hijas doña María y doña Pilar de Olano y Abaitua, apartando a su otro hijo, don Ramón, y demás descendientes con la legítima foral estricta, con la salvedad de los legados instituidos que en dicho documento se expresa. Igualmente cierto que con fecha 3 de marzo de 1933, y ante el Notario de Villaro, don Mario de Zubiaga, la mencionada doña Asunción de Abaitua y Solaequi formalizó con su hija doña Pilar de Olano y Abaitua escritura por la que relacionando el fallecimiento y consabido poder comisario de su finado marido, don Francisco de Olano y Zugasti y audiendo a la comunicación de bienes operada entre ambos cónyuges por razón de la legislación vizcaína a la que estaban sometidos, hizo donación inter vivos, perfecta e irrevocable a favor de la hija de ambos, doña Pilar, que aceptó la donación y con apartamiento de los demás hijos y descendientes, de las fincas sujetas, a la aludida comunicación foral, un trozo de terreno jaral, llamado Larra-baso, sito en la localidad de Echano de la casa nombrada Echezuria, radicante en la villa de Larra-bezua, la heredad denominada Echeandoa, sita también en Larra-bezua, y la casa nombrada Ategorrieta, construida sobre la citada finca Larra-baso, cuya superficie, pertenencias, linderos y demás características se describen en la escritura de donación referida. Pero no se crea que el testamento de 30 de julio de 1928 y la mencionada donación de 3 de marzo de 1933, además de la donación de 20 de octubre de 1943, cuya nulidad se interesa en la demanda que se contesta, han sido las únicas disposiciones otorgadas por doña Asunción de Abaitua y Solaequi en relación con los bienes de su herencia y de los de la de su esposo don Francisco de Olano y Zugasti, sino que, en total y siguiendo un orden cronológico de otorgamiento han sido los siguientes:

Primero. El testamento otorgado ante el Notario de Amorebieta don Luis de Zubiaga y Arana el día 31 de julio de 1928; testamento otorgado ante el Notario de Amorebieta, don Luis de Zubiaga

y Arana el día 5 de septiembre de 1929 en nombre propio y como comisaria de su fallecido esposo don Francisco de Olano y Zugasti; donación en escritura otorgada ante el Notario de Villaro don Mario de Zubiaga y Ozamiz, en 3 de marzo de 1933, en nombre propio y como comisaria de su finado esposo a favor de su hija doña Pilar; donación en escritura otorgada ante el Notario de Villaro don Mario de Zubiaga y Ozamiz el 3 de marzo de 1933 también en nombre propio y como comisaria de su finado esposo don Francisco de Olano y Zugasti a favor de su hija doña Pilar y con apartamiento de los demás hijos y descendientes de las fincas casa llamada «Astobiza-Aurrecoa», «Astobiza-Ostecoa»; heredades llamadas «Astobizar», pertenecientes a la casa Astobiza-Aurrecoa, heredades llamadas también Astobizas, pertenecientes a la otra casa Astobiza-Astecoa; heredad llamada Arcocheco-Soraa, monte llamado Acheondecoa, un jaral llamado Archa, otro llamado Echeostecoa, sitas todas en el término municipal de Lezama, cuya superficie, situación, linderos y demás características se expresan en la mencionada escritura; donación en escritura otorgada ante el Notario de Villaro con Mario de Zubiaga y Ozamiz, con fecha 21 de junio de 1935, en nombre propio como comisaria de su finado esposo don Francisco de Olano y Zugasti a favor de su hija doña Pilar, con apartamiento de sus demás hijos y descendientes, de la mitad indivisa correspondiente a la herencia de su repetido finado esposo de la finca denominada «Porción Oeste» de la vega de Nafarroa, sita en el término de Echano que se describen en referida escritura; testamento otorgado ante el Notario de Villaro don Mario de Zubiaga y Ozamiz el día 23 de julio de 1937, en nombre propio y como comisaria de su finado esposo don Francisco de Olano y Zugasti, en el que tras diversos legados instituye como única y universal heredera de sus bienes, y única y universal heredera de los bienes de su finado esposo, a su nieta doña María Asunción de Alzaga y Olano, esposa que fué del demandado don Isidoro Escagües Javierre con apartamiento de sus hijos y descendientes con los legados expresados y la legítima estricta foral; testamento otorgado ante el Notario de Villaro don Mario de Zubiaga y Ozamiz el día 6 de septiembre de 1939 en nombre propio y como comisaria de su mencionado esposo, en el que tras diversos legados instituyó como única y universal heredera de sus bienes, y única y universal heredera de los bienes de su referido esposo, a su nieta doña María Asunción de Alzaga y Olano, esposa que fué del demandado don Isidoro Escagües Javierre, con apartamiento de sus otros nietos y parientes con la legítima estricta foral. Donación en escritura otorgada ante el Notario de Bilbao, don Joaquín Antuña, con fecha 19 de mayo de 1941, como comisaria de su finado esposo expresado don Francisco de Olano y Zugasti a favor de su nieto, y ahora demandante, don Ramón de Olano y López de Letona, con apartamiento de los demás nietos con la legítima estricta foral, de la mitad indivisa correspondiente a la herencia de su finado esposo en la casa denominada «Echechiquerre» y sus pertenencias señalados con el número 15 del barrio de Zurbarán de Begona-Bilbao, cuya superficie, linderos, situación y demás características se expresan en la referida escritura; testamento otorgado ante el Notario de Bilbao don Joaquín Antuña, el día 8 de mayo de 1942, en nombre propio solamente, y en el que tras diversos legados instituye como única y universal heredera de todos sus bienes, derechos y acciones a su nieta doña María Asunción de Alzaga y Olano, esposa que fué del demandado señor Escagües, con apartamiento de los demás herederos forzosos con los legados señalados y con la legítima estricta foral; donación en escritura

otorgada ante el Notario de Bilbao don Joaquín Antuña, el día 20 de octubre de 1943, cuya nulidad se interesa en la demanda que se contesta, actuando como comisaria de su finado esposo don Francisco de Olano y Zugasti, a favor de su nieta doña María Asunción de Alzaga y Olano, esposa que fué del demandado señor Escagües de la mitad indivisa perteneciente a dicho causante de todas y cada una de las fincas que en ellas se describe, y asimismo en la demanda, con apartamiento de los demás hijos y descendientes con la legítima foral estricta. Y testamento otorgado ante el Notario de Bilbao don Joaquín Antuña, con fecha 20 de octubre de 1943, en nombre propio solamente y en el que tras de diversos legados, instituyó única y universal heredera de sus bienes a su nieta doña María Asunción de Alzaga y Olano, apartando a los demás herederos forzosos con la legítima foral estricta. De todas las referidas disposiciones se infiere como indudables e incuestionables las conclusiones, siguientes:

a) Que doña Asunción de Abaitua y Solaequi, entendido en todo momento, y así lo estimaron también los Notarios que en él intervinieron, que era totalmente válida y eficaz la prórroga que sobre el plazo legal le concedió su finado esposo don Francisco de Olano y Zugasti para el uso y ejercicio del poder testatorio que le confirió, así como que su uso o ejercicio, en testamento, ni agota ni consume dicho poder-testatorio; que ha sido constante deseo e intención de doña Asunción de Abaitua y Solaequi, designar como sus herederas y como herederas de su finado esposo, primeramente a sus hijas doña María y doña Pilar, y después de fallecidas dichas hijas a su nieta doña María Asunción de Alzaga y Olano, hija de doña María y esposa que fué del demandado señor Escagües Javierre, con apartamiento de los otros nietos, los ahora actores hermanos Olano y López de Letona; apartamiento que no fueron causados por móviles caprichosos o injustificados, sino por el contrario, fundados en razones justas, equitativas y morales. Ciertamente, como se dice de contrario en el correlativo de la demanda, que, en escritura de 12 de abril de 1943 y ante el Notario de Bilbao don Joaquín Antuña, la citada doña Asunción de Abaitua y Solaequi, expresando los indicados matrimonio, fallecimiento, sucesión y poder comisario de su finado marido don Francisco de Olano y Zugasti, y haciendo constar que a la disolución del matrimonio referido, conservando ambos consortes la vecindad civil del infanzonado y la consiguiente condición legal de aforados vizcaínos, hubo de realizarse la comunicación de bienes que determina la Ley del Fuero de Vizcaya, correspondiente en su virtud y de lo consignado precedentemente, todos los bienes del consorcio a cada uno de los consortes, en una mitad indivisa a la cónyuge sobreviviente, y en la otra mitad constitutiva de la herencia del difunto, al hijo o hijos de ambos que tenga a bien designar la primera en uso del poder comisario que el segundo le confirió y tras declarar que a la muerte de don Francisco de Olano y Zugasti quedaron como bienes sujetos a la comunicación foral expresadas las ochenta y seis fincas que en dicha escritura se describían, otorgó:

a) Que declaraba la herencia de su finado marido don Francisco de Olano y Zugasti, la que estaba constituida por todos los bienes descritos en dicha escritura.

b) Que se adjudicaba la mitad indivisa en todos y cada uno de los bienes inventariados, reservándose el derecho de disponer de la otra mitad entre los hijos y descendientes del causante, ya por testamento, ya por donación, bien a partes iguales o con las aportaciones, exclusiones o pensiones que a bien tengan, de acuerdo con la cláusula tercera del testamento que su finado marido otorgó. El contenido de

dicha escritura es una muestra más, fehaciente y rotunda, de la decisión de doña Asunción de Abaitua y Solaegui, de estimar como subsistente en tal fecha, 12 de abril de 1943, el poder testatorio que la confirió su finado esposo don Francisco de Olano y Zugasti, y de que dicho poder testatorio no estaba en dicha fecha ni agotado ni consumido por las disposiciones testamentarias, que haciendo uso de él había otorgado anteriormente. Ciertamente también como se afirma de contrario, que en escritura de fecha 17 de junio de 1943, autorizada por el Notario de Bilbao señor Antuña, la propia doña Asunción de Abaitua y Solaegui, tras relacionar el fallecimiento, sucesión y consabido poder testatorio de su finado marido don Francisco de Olano y Zugasti, e invocar también la comunicación de bienes operada conforme a la legislación vizcaína que regía el consorte, manifestó que a la muerte de dicho don Francisco de Olano y sujeto a dicha comunicación, además de lo reseñado en el apartado e) de la escritura de 12 de abril anterior, quedó la finca caserio manzanal «Olanone» radicante con sus heredades prados y manzanas en el término municipal de Lezama, que es describe en dicha escritura. Nuevamente y en esta escritura, se encuentra otra manifestación de voluntad de doña Asunción de Abaitua y Solaegui de estimar en tal fecha como válido y subsistente el poder testatorio que le confirió su finado esposo a pesar de haber transcurrido el plazo legal, aun cuando no la prórroga conferida, y de haber hecho uso o ejercicio de él anteriormente y en diversas ocasiones, en testamento. Igualmente cierto cuando se afirma de contrario en el hecho correlativo del escrito de demanda en orden a que en escritura de fecha, 20 de octubre de 1943, y ante el Notario de Bilbao señor Antuña, otorgó la propia doña Asunción de Abaitua y Solaegui, actuando como comisaria de su esposo don Francisco de Olano y Zugasti, en virtud del poder testatorio conferido y a la vez como tutora de su nieta doña María Asunción de Alzaga y Olano, tras de relacionar también el matrimonio, fallecimiento, sucesión y poder testatorio de su citado finado marido, hace constar que por la ya aludida escritura de 12 de abril de 1943 dejó formalizada la herencia del mismo con la reseña de los bienes que la integran y recordar la adjudicación de su mitad para sí con reserva del derecho de disponer de la otra mitad entre los hijos o descendientes legítimos, expresar que los bienes de dicha herencia figuraban inscritos en la referida escritura de 12 de abril anterior y manifestar su propósito de usar del poder de referencia, otorgó en el testamento de 5 de noviembre de 1927, ante el Notario de Bilbao, señor Arenal, dona pura y simplemente a su nieta doña María Asunción de Alzaga y Olano, la mitad indivisa correspondiente a dicho causante en todas y cada una de las fincas descritas en relación que bajo la firma de doña Asunción de Abaitua se incorporó a la matriz de la referida escritura, apartando a los demás hijos y descendientes legítimos de los bienes donados con un real de vellón, un palmo de tierra y una teja y a mayor abundamiento con arreglo al Fuero de Vizcaya y que como tutora de su nieta doña Asunción de Alzaga y Olano, aceptaba la donación y solicitaba la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad, donación ésta en plena validez y eficacia. Otorgada por doña Asunción de Abaitua y Solaegui la escritura de manifestación de herencia ante el Notario de Bilbao señor Antuña, de fecha 12 de abril de 1943, por la que se adjudicaba la mitad indivisa de todos y cada uno de los bienes conyugales y manifestaba que la otra mitad constituía la herencia del finado marido que correspondería al hijo o hijos de ambos que ella designará en uso del poder testatorio conferido por su finado esposo, fue

presentada dicha escritura a la liquidación de derechos reales y se giró, entre otras, las liquidaciones número 8.199 por el concepto de herencia de dicho don Francisco de Olano y Zugasti por un importe de treinta y un mil sesenta y cuatro pesetas con sesenta céntimos a cargo de sus hijos don Ramón Olano y dos más. Al realizar doña Asunción de Abaitua y Solaegui en la escritura de 20 de octubre de 1943, cuya nulidad se solicita en la presente demanda, ante el Notario señor Antuña, la donación pura y simple a favor de su nieta doña Asunción de Alzaga y Olano de todos los bienes que constituían la herencia de su finado marido y ser presentada dicha escritura a la liquidación de derechos reales, por la Abogacía del Estado de Bilbao, se giró la correspondiente liquidación por un importe de treinta y seis mil seiscientos sesenta y siete pesetas con cincuenta y cinco céntimos, en concepto de herencia, fue ingresada el 30 de enero de 1945, según carta de pago número 1.762. Y como de ello resultaba que por el concepto de herencia de don Francisco de Olano y Zugasti se habían satisfecho dos liquidaciones por el importe, una de treinta y un mil sesenta y cuatro pesetas con cuarenta céntimos, como consecuencia de la escritura de manifestación de herencia de 12 de abril de 1943, y otra por el importe de treinta y seis mil seiscientos sesenta y siete pesetas con cincuenta y cinco céntimos, como consecuencia de la escritura de donación de 20 de octubre de 1943, o sea, que se había verificado una duplicidad de pago por el mismo concepto los ahora actores don Francisco, don José Antonio, don Serafín, don Ramón, don Joaquín y don Jesús de Olano y López de Letona, y doña María Asunción de Alzaga y Olano, formularon una reclamación ante la Delegación de Hacienda de la Provincia de Vizcaya, en 20 de febrero de 1948, solicitando la devolución del importe de dicha primera liquidación, la girada a Ramón Olano y dos más y en la cual reclamación se dictó resolución en 22 de diciembre de 1949, acordando la devolución del importe de dicha primera reclamación aun cuando en cuantía algo inferior a la reclamada por las razones que en dicha resolución se contienen y expresan de cuya cantidad se hicieron cargo los reclamantes. En dicho escrito formulatorio de tal reclamación se hicieron constar, entre otras, las siguientes manifestaciones. En virtud de poder comisario que le fue conferido en el apartado tercero del testamento abierto de 5 de octubre de 1927 por su esposo don Francisco de Olano y Zugasti, doña Asunción de Abaitua y Solaegui, mediante escritura de 12 de abril de 1943 ante el Notario de Bilbao señor Antuña, declaró la herencia de su marido, adjudicándose la mitad indivisa de todos y cada uno de los bienes inventariados, conforme a la Ley primera, título veinte del Fuero de Vizcaya, y reservándose el derecho de disponer de la otra mitad entre los hijos o descendientes legítimos del causante, ya por testamento, bien en partes iguales o con las aportaciones, exclusiones o pensiones que a bien tuviera, de acuerdo con la cláusula tercera del testamento de su citado esposo; y mediante otra escritura que ante el citado Notario señor Antuña otorgó doña Asunción de Abaitua y Solaegui a 20 de octubre de 1943, dicha señora, después de hacer historia de la sucesión de su marido y de reproducir los principales párrafos de la escritura por la misma otorgada el 12 de abril de 1943, manifestó que era su propósito hacer uso del poder testatorio o comisario que su esposo le había conferido, disponiendo de los bienes pertenecientes a la herencia del mismo en favor de las personas que al efecto se dirían; y desde luego en la parte dispositiva del mencionado documento, doña Asunción Abaitua donó pura y simplemente a su nieta doña María Asunción

Alzaga y Olano, la mitad indivisa correspondiente a don Francisco de Olano y Zugasti, en todas y cada una de las fincas dejadas por el mismo, apartando a los demás hijos y descendientes legítimos de los bienes donados con un real de vellón, un palmo de tierra y una teja y a mayor abundamiento con arreglo al Fuero de Vizcaya. Como es visto y resulta paladinamente de los hechos expuestos, ha habido duplicación de pago de cuotas por el mismo concepto, toda vez, que habiendo sido liquidada la herencia de don Francisco de Olano y Zugasti al presentarse en la Abogacía del Estado de Vizcaya, la escritura de 12 de abril de 1943, incluso por la mitad indivisa que de la misma se reservaba la viuda del causante, doña Asunción de Abaitua para disponer conforme al poder testatorio que tenía de su marido, posteriormente fue liquidada dicha mitad indivisa a cargo de doña María Asunción Alzaga y Olano. Conforme a estos hechos, parece desprenderse que la liquidación improcedente y que produjo duplicación de pago, fue la girada al presentarse la escritura de 20 de octubre de 1943, con motivo de la donación otorgada por doña Asunción Abaitua a favor de su nieta doña María Asunción Alzaga de la mitad indivisa de la herencia de su marido, pero teniendo en cuenta que dicha doña María Asunción Alzaga y Olano es propiamente la heredera de su abuelo don Francisco de Olano y Zugasti y, por tanto, a quien corresponde el pago del impuesto sucesorio, conforme al artículo 59 del Reglamento, la liquidación improcedente y que ha causado duplicación de pago, ha sido girada a cargo de Ramón Olano y dos más por pesetas treinta y un mil sesenta y cuatro con el número ocho mil ciento noventa y nueve, cantidad ingresada contra la carta de pago el día 8 de noviembre de 1943. No puede haber manifestación más tajante, rotunda y plena de la validez de la donación otorgada por doña Asunción de Abaitua y Solaegui a favor de su nieta doña María Asunción de Alzaga y Olano, de todos los bienes pertenecientes a la herencia de su finado marido don Francisco de Olano y Zugasti, en uso del poder testatorio conferido por éste, aceptación plena y expresada de quienes ahora, en la presente demanda, solicitan su nulidad, aun cuando en aquel momento expresaron otra declaración y obtuvieron de ello un lucro económico.

Tercero. Ciertamente el correlativo.

Cuarto. Asimismo cierto el del mismo número de la demanda.

Quinto. Que nada consta a la parte demandada de lo que se afirma de contrario en el hecho correlativo del escrito de demanda, pero sí es necesario resaltar la evidente contradicción entre lo que se afirma en la demanda de que don Ramón de Olano y Abaitua, fuera vecino constante de la anteiglesia de Echano y lo que expresan los documentos aportados con el escrito de demanda, de los que se deduce que dicho señor fue sucesivamente vecino de diversas localidades repartidas por los más distintos lugares del orbe, y que incluso cuando falleció no era vecino de Echano, sino de Madrid.

Sexto. Ciertamente el correlativo.

Séptimo. Que es cierto el correlativo que contesta.

Octavo. Ciertamente también lo que se afirma de contrario en el correlativo de la demanda, en orden al otorgamiento de la escritura pública que se menciona.

Noveno. Que es cierto el del mismo número de la demanda, y añade: Que con Isidoro Escagles nació en la población de Uncatillo de la provincia de Zaragoza, siendo, por tanto, de nacimiento aragonés; pero por Orden ministerial de 3 de julio de 1942 y en virtud de concurso de traslado fue destinado como Catedrático Numerario de «Geografía e Historia» al Instituto Nacional de Enseñanza Media de Vitoria, de cuyo cargo se posesionó el

1 de agosto de 1942, y en el cual permaneció hasta el día 9 de diciembre de 1952, fecha en la que cesó por Orden ministerial de 25 de noviembre de dicho año, donde resulta que el señor Escagües permaneció en dicho Centro como titular de la Catedral mencionada y residió en la localidad o población de Vitoria un total de diez años, cuatro meses y nueve días. Durante el período que el demandado señor Escagües permaneció en Vitoria, no verificó ninguna manifestación ante el Juzgado Municipal de dicha población sobre adquisición, conservación o recuperación de vecindad civil, de donde resulta que en mérito a lo dispuesto en las leyes que regulan la materia y en virtud de dicha residencia, adquirió la vecindad de Vitoria, a todos los efectos: vecindad a la que quedó sujeta doña María Asunción de Alzaga y Olano, desde el momento mismo en que contrajo con él matrimonio, perdiendo la suya originaria y sin que posteriormente hubiera adquirido dicho matrimonio, con efectos legales, ninguna otra vecindad.

Décimo. Ciertamente lo que se manifiesta de contrario en el correlativo de la demanda en orden a la situación registral de las transmisiones de inmuebles realizadas en la escritura o escrituras que han sido mencionadas en esta contestación.

Once. Ciertamente lo que los cónyuges don Francisco Olano Zugasti y doña Asunción de Abaitua y Solagui, poseyeron, como dueños, mobiliario y ajuar amplio y valioso instalado en la casa Nafarroa, sita en Echano, y que fué siempre el único domicilio conyugal de dicho matrimonio. Por otra parte al contraer matrimonio don Juan Alzaga Iturriza y doña María de Olano Abaitua instalaron su domicilio conyugal en el piso segundo de la casa número 2 de la calle de Somera, de Bilbao, vivienda espaciosa y que fué totalmente amueblada por dicho matrimonio, en la cual habitaron y en la que nació su única hija, doña María Asunción de Alzaga y Olano. Al quedar sola doña Asunción de Abaitua y Solagui y su nieta doña María Asunción de Alzaga y Olano, después del fallecimiento de sus padres don Juan Alzaga Iturriza y doña Pilar de Olano y Abaitua, se trasladaron a vivir al repetido domicilio de Somera de Bilbao pero sin que de ello pudiera nacer ningún derecho dominical a favor de doña Asunción de Abaitua Solagui de los muebles y enseres que en ella hubieran, que eran de la sola exclusiva propiedad de su nieta doña María Asunción de Alzaga y Olano por el fallecimiento de sus padres y como herencia de los mismos. Más tarde, como consecuencia de verificarse obras de reparación y de habilitación de más viviendas en el piso segundo de la casa número dos de la calle de Somera, doña Asunción de Abaitua y Solagui y su nieta doña Asunción de Alzaga y Olano se trasladaron a vivir al piso segundo de la casa número uno de la calle de Viuda de Epalza de Bilbao, que le amueblaron con los muebles y enseres procedentes de la vivienda de la casa número dos de la calle de Somera, o sea, de la propiedad exclusiva de doña María Asunción de Alzaga y Olano. Y como en dicha vivienda no pudieron instalarse la totalidad de los muebles procedentes de la vivienda de la calle de Somera, por ser ésta de mayores proporciones que la de la Viuda de Epalza, fueron varios de ellos trasladados a la casa Nafarroa, de Echano, donde deben de estar a no ser que el actor don Ramón de Olano haya dispuesto de ellos.

Doce. Ninguna noticia concreta existe de las joyas que hubiera podido poseer los cónyuges don Francisco de Olano y doña Asunción Abaitua, aunque sí que en gran parte de ellas pasaron a poder de los actores, o de sus familiares, por regalos verificados por doña Asunción, así como que también otra gran parte de ellas desaparecieron en el saqueo de la casa Nafarroa. Con relación a las joyas

existentes en la caja fuerte del Banco de Vizcaya arrendada por doña María Asunción de Alzaga y Olano, se ha de afirmar que eran todas ellas de la propiedad exclusiva de repetida señora como procedentes de su madre doña María de Olano y de regalos que recibió con motivo de su matrimonio con don Isidoro Escagües, así como de su citado esposo que las depositó en ella con anterioridad a la fecha en que contrajo matrimonio, pudiendo afirmarse que no existía joya alguna correspondiente a la herencia de los cónyuges don Francisco de Olano y doña Asunción Abaitua. Después de fallecida doña María Asunción de Alzaga y Olano, dicha caja fué abierta por primera vez, en presencia del Notario de Bilbao don José María Gómez y Rodríguez-Alcalde con fecha 4 de noviembre de 1953, quien levantó acta de su contenido a la cual se remite esta parte.

Trece. Se atiene la parte demandada al contenido de la carta mencionada en el correlativo de la demanda, en cuanto a lo que en ella se refiere, haciendo constar que el señor Escagües aún ni ha tomado posesión de los bienes, ni de los mismos percibió el menor beneficio.

Catorce. Idéntica manifestación se ha de consignar en relación a lo que se afirma de contrario en el correlativo de la demanda.

Quince. Ciertamente la institución del legado que se menciona en el correlativo de la demanda sobre la casa Nafarroa, sita en Echano, a favor del actor don Ramón de Olano y López de Letona, así como también de que con ello dio muestras doña María Asunción de Alzaga y Olano de lo que obliga moralmente la voluntad de su abuela y del respeto que a dicha voluntad se debe, como consecuencia del cual hizo entrega de dicho legado al legatario aun cuando coactivamente no hubiera podido ser compelida para ello. Quede, pues, en relación con dicha cuestión la realidad de las siguientes conclusiones:

a) Que doña María Asunción de Alzaga y Olano verificó la entrega a don Ramón de Olano y López de Letona del legado instituido a su favor por doña Asunción de Abaitua y Solagui de la casa Nafarroa, sita en Echano, en cumplimiento de un deseo o voluntad de dicha señora.

b) Que dicho don Ramón de Olano y López de Letona aceptó y se hizo cargo de tal legado, según consta en la escritura notarial que de contrario se refiere en el correlativo de la demanda.

Dieciséis. Que aun cuando ello se oculte en el escrito de demanda, es cierto que han sido los actores hermanos Olano y López de Letona, quienes han percibido las rentas de los bienes que son objeto de discusión en la presente demanda, correspondiente al año 1952 por mediación del señor Zorroza, apoderado y mandatario de ellos, y de lo cual habrá de rendir cuentas al demandado señor Escagües.

Diecisiete. Ciertamente que doña María Asunción de Alzaga y Olano, satisfecho de su peculio particular diversos gastos correspondientes a las herencias de los cónyuges don Francisco de Olano y doña Asunción Abaitua, así como los legados que en los mismos se instituyeron, así como otros diversos cuyo pago se exigirá reconventionalmente.

Dieciocho. Ciertamente la celebración del acto de conciliación que se menciona; adujo los fundamentos de derecho que estimó eran de aplicación al caso, formulando reconvencción al amparo de lo dispuesto por el artículo 542 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exponiendo como hechos:

Primero. Que doña Asunción de Abaitua Solagui otorgó su última disposición en relación con sus propios bienes, en el testamento de 20 de octubre de 1943, autorizado por el Notario de Bilbao, don Joaquín Antuña y en el que tras de estable-

cer diversos legados, dispuso en su cláusula quinta en el mismo testamento sus bienes, derechos y acciones, instituye y nombra universal heredera a su nieta doña María Asunción de Alzaga y Olano, apartando a los demás herederos forzosos con los bienes que anteriormente les lega y por añadidura con lo que dispone el Puerto de Vizcaya; y caso de fallecer la heredera sin sucesión legítima pasarán los bienes de esta herencia a los demás nietos de la testadora, por cabeza. Y habiendo fallecido doña Asunción de Abaitua y Solagui en Bilbao el día 15 de abril de 1945 en mérito a lo dispuesto en el testamento, se otorgó por don Jaime Arroyo Barrio, como contador-partidor de la testadora y por doña María Asunción de Alzaga y Olano, como heredera, la escritura, de manifestación de bienes y aceptación de la herencia de dicha doña Asunción de Abaitua y Solagui, con fecha 6 de julio de 1945 y ante el Notario de Bilbao don Joaquín Antuña, cuya copia se ha presentado de contrario con el escrito de demanda la cual se reconoce como auténtica. Fallecida doña María Asunción de Alzaga y Olano sin descendientes legítimos, los actores hermanos Olano y López de Letona, acogidos a lo dispuesto en la cláusula quinta del testamento de doña Asunción de Abaitua y Solagui, se abrogaron, sin el menor derecho para ello la condición de herederos de dicha doña Asunción de Abaitua y Solagui y según noticias de ellos recibidas sabe el señor Escagües que han otorgado una escritura de aceptación de dicha herencia ante el Notario de Amorebieta, don Juan José Salamero, y cuya nulidad se solicita en la presente reconvencción.

Segundo. Viuda doña Asunción de Abaitua y Solagui y de muy avanzada edad, y por añadidura con la única compañía de su nieta doña María Asunción de Alzaga y Olano, niña aún, fué fácil víctima de sujetos sin escrúpulos, quienes lograron de ella autorizaciones de venta del arbolado existente en las fincas de su pertenencia y de la pertenencia de la herencia de su finado marido don Francisco de Olano y Zugasti, resultando de ello que en el momento en que falleció todos tales montes se hallaban calvos, sin el menor arbolado. Ante ello, mejor aconsejada doña María Asunción de Alzaga y Olano, comenzó una labor intensa de repoblación de tales montes, labor en la que siguió a su fallecimiento su viudo y herederos don Isidoro Escagües Javiere, invirtiendo en ello muy elevadas sumas y produciendo una mejoras en relación con el valor de tales fincas, de las que debe ser reembolsado y pagado dicho don Isidoro Escagües Javiere.

Tercero. Con motivo de las disposiciones testamentarias otorgadas por doña María Asunción de Abaitua y Solagui, se vió precisada su heredera doña María Asunción de Alzaga y Olano a verificar el pago de los legados instituidos por dicha testadora, y entre ellos la suma de treinta mil pesetas a cada uno de los ahora actores que fueron percibidos por éste como se justifica con las primeras copias de escritura de entrega de tales legados y se acompañan a este escrito y que fueron satisfechas del peculio particular de doña Asunción de Alzaga y Olano. Por ello en el supuesto de que en el presente litigio se declarara que los herederos legítimos de doña Asunción de Abaitua y Solagui son los actores hermanos Olano y López de Letona, deberán reembolsar a don Isidoro Escagües Javiere, como heredero de su esposa doña María Asunción de Alzaga y Olano el importe de todos los legados, ascendentes cada uno a la suma de treinta mil pesetas, porque dicha obligación habría de ser pagada por quienes fueran en definitiva los herederos de doña Asunción Abaitua y Solagui y solamente hubiera verificado dicha doña Asunción de Alzaga

ga y Olano un anticipo del cual debería ser reembolsada.

Cuarto. En virtud de lo dispuesto en el testamento otorgado en 20 de octubre de 1943, por doña Asunción de Abaitua, instituyó el siguiente legado: «a su nieto don Ramón Olano, la casa llamada «Nafarroa», con su huerta y jardín, formando todo un solo perímetro rodeado de tapia y de mampostería, y atravesando en todas su extensión por el cauce del arroyo que surte de aguas al molino. En este legado se entenderán comprendidos todos los enseres, ropas, muebles, etcétera, que se encuentren en el inmueble de referencia, el día del fallecimiento de la testadora y que sean propiedad de la misma (toda vez que a casa está habitada por otra persona que tiene en ella sus propios bienes); en su virtud y atendiendo a la voluntad de la testadora, y aunque dicho legado excedía de lo que tal testadora podía disponer por pertenecer el cincuenta por ciento o mitad indivisa de dicha finca a la herencia de su finado marido don Francisco de Olano y Zugasti, que había sido donada a doña María Asunción de Alzaga y Olano en escritura de igual fecha y de número de protocolo anterior del mismo Notario, dicha doña María Asunción de Alzaga y Olano hizo entrega de la totalidad de tal legado al legatario don Ramón de Olano y López de Letona en escritura otorgada ante el Notario de Amorebieta don Juan José Salameiro, el día 13 de octubre de 1952, y el cual legado fue aceptado por el legatario como se expresa en el escrito de demanda en su hecho décimo y lo reconoció el propio legatario en fecha 24 de noviembre de 1952, dirigida a doña María Asunción de Alzaga y Olano que como documento número 26 se acompaña original».

Quinto. Como se ha expresado al contestar al hecho once de la demanda, al trasladarse a vivir doña Asunción de Abaitua y Solagui y su nieto doña María Asunción de Alzaga y Olano a la vivienda del piso tercero de la casa número uno de la calle Viuda de Epalza, de Bilbao, siendo esta vivienda de más reducidas proporciones que la del piso segundo de la casa número dos de la calle de Somera de Bilbao, y no pudiendo instalar en ella todos los muebles procedentes de esta última vivienda, que eran de la exclusiva propiedad de doña María Asunción de Alzaga y Olano, por herencia de sus padres, fueron trasladados a la casa Nafarroa de Echano en donde deben de estar, a no ser que el actor don Ramón Olano y López de Letona a quien le fue legada dicha casa como se expresó anteriormente, haya dispuesto de ellos o los haya trasladado a otro lugar. Por ello se deduce también el pedimento de que se condene a dicho actor a la devolución de los expresados muebles a don Isidoro Escagües, que ha advenido propietario de los mismos por ser el heredero de doña María Asunción de Alzaga y Olano. Expuso igualmente los fundamentos de derecho que estimó eran de aplicación al caso a la reconvencción formulada, terminando con la súplica de que se dictara sentencia, condenando:

a) Que es totalmente legal, válido y eficaz en derecho la donación que como comisaria de su finado marido don Francisco de Olano y Zugasti, hizo doña Asunción de Abaitua y Solagui a favor de su nieto doña María Asunción de Alzaga y Olano en la escritura de 20 de octubre de 1943, autorizada por el Notario de Bilbao don Joaquín Antuña Montoto, de las fincas que en dicha escritura se mencionan y describen.

b) Que alternativamente y para el supuesto de que se declara la nulidad de la donación mencionada en el apartado anterior la sucesión hereditaria de don Francisco de Olano y Zugasti debe diferirse de conformidad con las disposiciones contenidas en el testamento que su comisaria y esposa doña Asunción de Abaitua y Solagui otorgó, en tal condición el día

31 de julio de 1928 ante el Notario que fué de Amorebieta don Luis de Zubiaga y Arana, y que, en consecuencia, y con el respeto de los legados establecidos, fueron sus únicas y universales herederas sus dos hijas doña María y doña Pilar de Olano y Abaitua.

c) Que la única y universal heredera de doña María de Olano y Abaitua y su esposo don Juan de Alzaga e Iturriza lo fué la única hija de ambos doña María Asunción de Alzaga y Olano, siendo enteramente legal, válida y eficaz en derecho las declaraciones que en tal sentido dictaron, respectivamente, los Juzgados de Primera Instancia de Guernica, el día 8 de noviembre de 1935, y el de Primera Instancia número uno de Bilbao, el día dos de junio de 1939.

d) Que la única y universal heredera de doña Pilar de Olano y Abaitua, fué su madre doña Asunción de Abaitua y Solagui, siendo enteramente legal, válida y eficaz en derecho la declaración que en tal sentido dictó el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Bilbao, con fecha 5 de febrero de 1943.

e) Que la única y universal heredera de doña Asunción de Abaitua y Solagui, con respecto a los legados establecidos, fué su nieta doña María Asunción de Alzaga y Olano, siendo enteramente legal, válida y eficaz en derecho la escritura que en aceptación de dicha herencia otorgó con fecha 6 de julio de 1945 ante el Notario de Bilbao don Joaquín Antuña.

f) Que es totalmente nula e ineficaz y por lo tanto sin ningún valor ni efecto, la estipulación que doña Asunción de Abaitua y Solagui, expresó en la cláusula quinta de su testamento de 20 de octubre de 1943, autorizado por el Notario de Bilbao don Joaquín Antuña Montoto, y que disponía que «en cada de fallecer la heredera sin sucesión legítima pasarán los bienes de esta herencia a los demás nietos de la testadora, por cabezas», o —alternativamente y para el supuesto de que se declarara la validez de dicha estipulación— que doña María Asunción de Alzaga y Olano tuvo sucesión legítima, su viudo don Isidoro Escagües Javierre; y en ambos casos que los actores no tienen derecho a ser considerados como herederos de doña Asunción de Abaitua y Solagui, siendo enteramente nula y sin ningún valor ni efecto la institución de herederos verificada a su favor en el mencionado testamento, como asimismo nula y sin ningún valor ni efecto cualquier escritura pública que hubieren otorgado en aceptación de dicha herencia, así como nulas y sin ningún valor ni efectos cuantas inscripciones o asientos se hubiera podido realizar, o se realizaren, en los Registros de la Propiedad de Durango y de Bilbao, o en cualquiera otro, como consecuencia de tal escritura.

g) Que el único y universal heredero de doña María Asunción de Alzaga y Olano es su viudo don Isidoro Escagües Javierre, siendo enteramente legal, válida y eficaz en derecho la declaración que en tal sentido dictó el Juzgado de Primera Instancia número tres de los de Bilbao, con fecha 5 de mayo de 1953.

h) Que los actores están obligados a devolver a don Isidoro Escagües Javierre cada uno de ellos la suma de treinta mil pesetas, importe de los legados que recibieron con fecha 28 de mayo de 1946 correspondientes a la herencia de doña Asunción de Abaitua y Solagui, con los intereses legales de dicha cantidad a partir de la expresada fecha de 28 de mayo de 1946.

i) Que el actor, don Ramón de Olano y López de Letona, está obligado a devolver al demandado don Isidoro Escagües Javierre la mitad del legado que doña María Asunción de Alzaga y Olano le hizo entrega en la escritura autorizada por el Notario de Amorebieta don Juan José Salameiro, con fecha 13 de octubre de 1952, o sea, la mitad indivisa de la casa Nafarroa, sita en Echano, y la mitad de los

muebles y enseres que en ella se hallaren y fueren de la fecha en que falleció doña Asunción de Abaitua y Solagui, el día 15 de abril de 1945.

j) Que los actores están obligados a entregar a don Isidoro Escagües Javierre cuantos frutos hubieren percibido de los producidos por los bienes que constituyeron las herencias de don Francisco de Olano y Zugasti y de su esposa, doña Asunción de Abaitua y Solagui.

k) Que el actor don Ramón Olano y López de Letona está obligado a devolver al demandado don Isidoro Escagües Javierre los muebles que fueron de la propiedad de doña María Asunción de Alzaga, y que por no tener cabida en la vivienda del piso segundo de la casa número 1 de la calle Vda. de Epalza, de Bilbao, fueron transportados y depositados en la casa Nafarroa, en Echano.

l) Que alternativamente, y en el supuesto de que se declarara que los actores tienen derecho, en todo o en parte, a la propiedad de los bienes pertenecientes a las herencias de don Francisco de Olano y Zugasti y de doña Asunción de Abaitua y Solagui, los actores están obligados a indemnizar al demandado don Isidoro Escagües Javierre el importe de las mejoras por éste y su esposa, doña María Asunción de Alzaga y Olano, realizadas en tales fincas, tales como sembrados, plantaciones de árboles y demás, en la proporción correspondiente al de la propiedad que se les reconociere y que será concretado en período de ejecución de sentencia, condenando:

A) A los actores hermanos Olano y López de Letona a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a cumplirlas en la parte que les afectare y correspondiere.

B) A los actores hermanos Olano y López de Letona al pago de todas las costas, incluso los de la reconvencción, de este juicio.

RESULTANDO que dado traslado a la parte actora para evacuar el traslado de réplica lo llevó a efecto mediante escrito por el que mantuvo sus puntos de vista en cuanto a los hechos de la demanda, rebatiendo las afirmaciones de la contestación que no se ajustaren a aquellos y adicionando el siguiente hecho: Que con posterioridad a la formulación de la demanda, con fecha 24 de mayo de 1947, y ante el Notario de Bilbao, señor Antuña, don Jaime Arroyo, albacea testamentario y contador partidor de doña Asunción Abaitua y doña María Asunción Alzaga, otorgaron escritura adicional de la anterior de 6 de julio de 1945, manifestando que en esta, por olvido involuntario, había omitido la mención en la herencia de dicha causante de los valores que a continuación describía, y en su respecto hace notar que si bien doña Asunción dice en ella en último término haber quedado recayendo en la herencia de doña Asunción Abaitua «sesenta y cinco» acciones de la consabida Compañía «Minera Sierra Menera», y al individualizarlas les asigna la numeración «veintidós mil novecientos cuatro setenta y ocho» que se corresponde, no con las sesenta y cinco acciones, sino con setenta y cinco, lo que refleja un error, que desde luego lo atribuye a las cifras de la numeración, dando por cierto que las acciones fueran solamente sesenta y cinco, en la anterior escritura de fecha 6 de julio de 1945, para aceptación de la herencia de doña Asunción Abaitua y manifestación de los bienes recayentes en ella, se mencionaban sesenta y cinco acciones preferentes de la Sociedad «Minera de Sierra Menera», números 22.904 al 22.968; y cree que estas acciones son las mismas que, con el apuntado error material de numeración, volvió a declarar doña María Asunción Alzaga en esa nueva escritura de 24 de mayo de 1947, que se comenta aquí; en atención a ello entiende y establece que la manifestación de adición a la herencia de doña Asun-

ción Abaitua que la doña María Asunción Alzaga causó en esa nueva escritura de 24 de mayo de 1947, ante el Notario de Bilbao señor Antuña, ha de considerarse referida únicamente a las solas tres primeras partidas que en ella se mencionan, es decir, a las diez, veinticinco y treinta, o sea en total sesenta y cinco obligaciones de la Compañía «Minera Sierra Menera», 6 por 100 cuya respectiva numeración se expresa allí. Reitero los propios fundamentos de Derecho que consigné en la demanda y aduciendo de nuevos los que estimé eran de aplicación para rebatir los expuestos de contrario, y en cuanto a la reconvencción le contestó oponiéndose a ella en virtud de los hechos siguientes:

Primero. Que era cierto que doña Asunción de Abaitua otorgó en última disposición testamentaria en fecha 20 de octubre de 1943, ante el Notario de Bilbao señor Antuña, en los términos que reproduce el demandado reconviniendo, reconociendo como exacta la copia simple del aludido testamento presentado de contrario al propio tiempo que hace constar que analoga copia simple del mismo igualmente aceptada como exacta de adverso se había presentado con la demanda y obra en autos para justificación de lo alegado en el hecho sexto de la misma; y reproduciendo lo que en dicho sexto se manifestaba, añade que esos «demás nietos» que la testadora doña Asunción designaba como sustitutos de la doña María Asunción lo eran y lo son los seis aquí demandantes; expresó además que los bienes hereditarios de la causante doña Asunción Abaitua no era solamente los enumerados y relacionados en la escritura ya referida, sino que además lo eran cuando menos los que asimismo se enumeraban y relacionaban en las posteriores escrituras de 7 de abril de 1952, ante el Notario señor Antuña, y ya reseñada en el propio hecho sexto de la demanda y justificada con copia simple aceptada de contrario como exacta en el hecho séptimo de la demanda, así como la de 7 de abril de 1952, también otorgada ante el propio Notario señor Antuña y reseñada en el octavo hecho de la demanda e incluso también en la escritura de 24 de mayo de 1947, otorgada igualmente ante el Notario señor Antuña y reseñada y justificada con la presentación de copia fehaciente que obra en autos. Ciertamente el otorgamiento por los actores reconvenidos de la escritura a que alude el demandado reconviniendo en que, a base del párrafo segundo de la indicada cláusula testamentaria se adjuntaron a aquéllas parte de los bienes recayentes en la herencia de doña Asunción Abaitua; y aunque el señor Escagües no la reseña ni detalla, lo hace esta parte, manifestando que tal escritura fué otorgada en 25 de julio de 1953, ante el Notario de Amorebieta don Juan José Salamero, y para exacto conocimiento de litigantes y Juzgado presentaba copia simple de la misma por carecer de fehaciente.

Segundo. Que desconocía en absoluto cuanto se afirmaba en el correlativo de la reconvencción, por lo tanto a las justificaciones que a su respecto pueda aportarse a los autos. Ciertamente que doña María Asunción Alzaga hizo algunas plantaciones en los montes de las herencias de los cónyuges Olano-Abaitua, pero ignora el detalle, así como la importancia y cuantía y que por lo tanto se remite a las justificaciones oportunas. Niega en cambio en absoluto que se costearan del peculio particular de doña María Asunción y asimismo que el señor Escagües haya realizado ni costeado en dichos montes plantación alguna, como no sea un millar corto puestas para cubrir faltas de plantaciones anteriores, reposición ésta de escasísima importancia y valor.

Tercero. Ciertamente que doña Asunción Alzaga hizo pago de los legados instituidos por doña Asunción Abaitua a favor de los aquí actores y para ello reco-

noce como auténticas y exactas las copias de las correspondientes escrituras de tales legados que de adverso se han presentado; pero incierto en cambio que el pago de tales legados se efectuara del peculio particular de doña María Asunción Alzaga. Por el contrario, lo efectuó con dinero procedente de la venta de bienes hereditarios de su abuela doña Asunción, y entre ellos concretamente de las 163 acciones del Banco de Vizcaya, la serie A, números 11.010-89, 11.130-49, 11.150-9 y 11.183-210, y espera esta parte que así lo reconozca el demandado reconviniendo y que por lo tanto no ha lugar a reembolso alguno, cual se apunta de contrario, máxime recayendo, como es sabido, en los actores la total herencia de doña Asunción Abaitua, en la que naturalmente sería baja el importe de los legados satisfechos con cargo a la masa hereditaria.

Cuarto. Ciertamente que el testamento de 20 de octubre de 1943, por el cual doña Asunción Abaitua instituyó heredero a su nieto, hoy actor aquí, don Ramón Olano en los términos que reproduce el escrito reconvenccional del señor Escagües; y cierto igualmente también que entendiendo cumplirlo fué otorgada la escritura de 13 de octubre de 1952 ante el Notario de Amorebieta señor Salamero, cuya escritura se acepta como exacta, así como la carta original de 24 de noviembre de 1952 como original de don Ramón, cuya carta se presenta de adverso. En relación a ella y para fijar posiciones con plena exactitud no estará de más hacer constar que a su otorgamiento no concurrió don Ramón Olano, expresándose en su cláusula undécima que aceptará el legado por escritura separada de la que nada dice la reconvencción; y por otra parte la cláusula novena razona ampliamente el por qué de la entrega al legatario don Ramón de la totalidad de la porción de finca mencionada en el legado, atendiendo por lo tanto a lo que se expresa en las aludidas cláusulas. Ahora bien, existen antecedentes que a efectos de la indicada fijación exacta de posiciones han de ser expuestos, y éstos son los siguientes: En escritura pública de 6 de julio de 1945, número 538, ante el Notario de Bilbao señor Antuña, y con presencia e intervención de don Ramón Olano, el albacea testamentario de la testadora, don Jaime Arroyo, había hecho a título de cumplimiento del legado de que se trata entrega formal y solemne de la mitad indivisa de la totalidad de la finca Nafarroa, siquiera fuera con mayor amplitud que la porción de la misma delimitada en el testamento. Y por otra escritura de igual fecha de 6 de julio de 1945, número 539, ante el propio Notario de Bilbao señor Antuña, la heredera María Asunción Alzaga vendió al propio don Ramón Olano en precio de pesetas 14.062,50 la otra mitad de la totalidad de dicha finca. La contemplación, lectura y análisis de dichas dos escrituras y su cotejo con la de 13 de octubre de 1952 permite e impone ver en esta última, más propiamente que la formalización del cumplimiento de legados, dispuestos por doña Asunción Abaitua y entrega del mismo al legatario, una simple rectificación de error sufrido en las dos primeras, entregando y vendiendo al don Ramón la totalidad de la finca «Nafarroa» con todos los terrenos y edificios que la integraban, en lugar de sólo la porción delimitada de la misma que por voluntad de doña Asunción había de pasar al patrimonio de don Ramón y éste conserva. Prueba cumplida de ello es el hecho de que no obstante la excesiva amplitud asignada a la finca en las transmisiones formalizadas en dichas dos primeras escrituras, de hecho don Ramón no se posesionó ni conserva de más que la porción delimitada que expresaba el legado, es decir, la casa llamada «Nafarroa» con su huerta y jardín formando un sólo perímetro rodeado de tapia que con toda minuciosidad y concreción

se cuida de describir y delimitar y concretar; la tal porción de finca pasada al patrimonio de don Ramón. Es sin duda en este sentido y con este solo alcance como cabe y debe ser entendida la conformidad manifestada por el don Ramón en su carta de 24 de noviembre de 1952, que se presenta con la contestación reconvenccional del demandado.

Quinto. Incierto, o al menos desconocido por su representado, que a la casa «Nafarroa», de Echano, poseída por don Ramón Olano, se haya llevado mueble alguno de la propiedad de doña María Asunción Alzaga y Olano. Adujo los fundamentos de Derecho que estimé eran de aplicación a la demanda reconvenccional que contestaba y terminó suplicando se dictara sentencia desestimando la reconvencción y absolviendo a sus representantes de todas y cada una de las peticiones que contiene, así como causando los pronunciamientos, declaraciones y condenas consiguientes en el suplico de la demanda y además las siguientes: Primero. Declarar que en la herencia de doña Asunción Abaitua Solaequi, transmitida en primer término a su nieto doña Asunción Alzaga Olano, pero al fallecimiento de ésta sin sucesión legítima a los otros nietos aquí demandantes, don Ramón, don Francisco, don José Antonio, don Serafín, don Joaquín y don Jesús de Olano y López de Letona, por sextas e iguales partes indivisas, además de los bienes que se enumeran por detallado en el apartado E) del tercer fundamento legal de la demanda, están comprendidas también las sesenta y cinco obligaciones de la Sociedad o Compañía «Minera Sierra Menera», que se mencionan y detallan en el hecho diecinueve del presente escrito. Segundo. Declarar nula y sin ningún efecto la declaración de herederos «ab intestato» de doña Pilar Olano Abaitua, causada a favor de su madre doña Asunción Abaitua Solaequi por auto del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Bilbao de fecha 5 de febrero de 1943, en los términos en que fué hecha tal declaración según manifiesta el demandado en el hecho cuarto de su contestación a la demanda y nula y consiguientemente sin ningún valor ni efecto la escritura pública de fecha 12 de abril de 1943 ante el Notario de Bilbao, señor Antuña, que en igual lugar reseña como hecha en aceptación de la herencia y manifestación de los bienes correspondientes a la sucesión de dicha causante doña Pilar y nulas asimismo por tanto las inscripciones que al amparo de tal escritura se hayan podido efectuar en los correspondientes Registros de la Propiedad. Tercero. Para el hipotético y por esta parte rechazado supuesto de que se entendiera que la sucesión hereditaria de doña Asunción Alzaga Olano está regida, no por el Fuero de Vizcaya, sino por la legislación común, declarar que a tal sucesión alcanza la norma establecida en el párrafo tercero del artículo diez del Código Civil, y que en consecuencia con ello todos los bienes raíces sitos en territorio de Infanzón de Vizcaya y procedentes a ella de sus ascendientes por las líneas Olano y Abaitua, que por cualquier título hubiera ingresado en su patrimonio y a su fallecimiento subsistiera recayendo en su herencia, corresponden y quedan transmitidos a sus parientes tronqueros de la línea Olano y Abaitua, y como tales como más próximos en grado a sus primos los demandantes don Ramón, don Francisco, don José Antonio, don Serafín, don Joaquín y don Jesús Olano López de Letona. Cuarto. Condenar al demandado don Isidoro Escagües a estar y pasar por las precedentes declaraciones y a cumplirlas en la parte que le correspondan.

RESULTANDO que dado traslado para duplica a la parte demandada, lo llevó a efecto mediante escrito en el que, después de dar por reproducidos los hechos expuestos en el escrito de contestación a la demanda y a los de su demanda re-

convencional, así como de rebatir las manifestaciones expuestas por la parte actora en el escrito de réplica que no estuvieran de acuerdo con lo consignado por su parte y de rebatir así bien lo alegado por el actor al contestar la reconvencción, terminó suplicando se dictara sentencia de conformidad con lo interesado en el referido escrito de contestación, causando los pronunciamientos, declaraciones y condenas que en el mismo se interesan y desestimando totalmente cuantas peticiones se formulan por la parte adversa en los escritos de demanda y réplica en cuanto contradigan a sus pedimentos, y con la aclaración de que habiendo tenido conocimiento con lo expresado en el escrito de réplica y con la copia de la escritura otorgada con fecha 25 de julio de 1953 ante el Notario de Amorebieta señor Salamero, de manifestación de bienes y aceptación y adjudicación de la herencia de doña Asunción de Abaitua y Solagui, se tenga por referida a dicha escritura la declaración de nulidad que se interesa en el escrito de contestación; y además, en su caso a), que son de la propiedad del demandado don Isidoro Escagües en todo caso los frutos que hubieren producido los bienes de la herencia de don Francisco de Olano y Zugasti a partir del 20 de octubre de 1943, y los que hubieran producido los de la herencia de doña Asunción de Abaitua y Solagui a partir del día 15 de abril de 1945; condenando a los actores hermanos Olano y López de Letona a estar y pasar por la anterior declaración y restituir a dicho demandado los frutos a que se refiere dicha declaración y que ellos hubieran recibido o percibido:

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

RESULTANDO que unidas a los autos las pruebas practicadas, el Juez de Primera Instancia del número 4 de los de Bilbao dictó sentencia con fecha 30 de diciembre de 1955, con la siguiente parte dispositiva: «Fallo que estimando en parte la presente demanda, interpuesta por el Procurador señor González Arnaiz, y hoy por su fallecimiento continuada por el Procurador señor Pérez Salazar, en nombre y representación de don Francisco, don José Antonio, don Serafín, don Ramón, don Joaquín y don Jesús de Olano y López de Letona, contra don Isidoro Escagües Javierre, y estimando también en parte la reconvencción formulada por dicho demandado, debo declarar y declarar:

Primero. Que no ha lugar a declarar la nulidad de la donación que como comisaria foral de su finado esposo, don Francisco Olano Zugasti, hizo doña María Asunción Abaitua a favor de su nieta doña María Asunción Alzaga Olano en escritura pública de fecha 20 de octubre de 1943, ante el Notario de Bilbao señor Antuña, y en consecuencia debo declarar y declaro válida y eficaz tal donación.

Segundo. Que no ha lugar a declarar la nulidad de la donación otorgada por la misma señora y en igual concepto a favor de su hija doña Pilar Olano Abaitua en escritura pública de fecha 3 de marzo de 1933, ante el Notario de Villaro señor Zubiaga, y en consecuencia, debo declarar y declaro válida y eficaz tal donación.

Tercero. Que debo declarar y declaro válido y eficaz el auto de fecha 5 de mayo de 1953 dictado por el Juez de Primera Instancia número tres de Bilbao, por el que se declara único y universal heredero de doña María Asunción Alzaga Olano a su esposo don Isidoro Escagües Javierre, y que no ha lugar a declarar que a tal sucesión le alcance la excepción establecida en el último párrafo del artículo diez del Código

Civil respecto a los bienes raíces sitos en territorio de Infanzón de Vizcaya, y en consecuencia, que dicho único y universal heredero señor Escagües lo es en todos los bienes de tal herencia, sin excepción alguna.

Cuarto. Que es válido y eficaz el auto dictado en 8 de noviembre de 1935 por el Juez de Primera Instancia de Guernica por el que se declara única y universal heredera de doña María Olano Abaitua a su hija doña María Asunción Olano.

Quinto. Que igualmente es válido y eficaz el auto de fecha 2 de julio de 1939, dictado por el Juez de Primera Instancia número uno de Bilbao, por el que se declara única y universal heredera de don Juan Alzaga e Iturriza a su única hija doña María Asunción Alzaga Olano.

Sexto. Que debo declarar y declaro nulo el auto de declaración de herederos dictado por el Juez de Primera Instancia número cuatro de Bilbao en 5 de febrero de 1943, por el que se declaró única y universal heredera de doña Pilar Olano Abaitua a su madre doña Asunción Abaitua Solagui, y en consecuencia nula la aceptación de tal herencia otorgada por ésta en escritura pública ante el Notario de Bilbao señor Antuña en 12 de abril de 1943, y nulas las inscripciones que al amparo de ella se hayan podido efectuar en los correspondientes Registros de la Propiedad.

Séptimo. Que debo declarar y declaro heredera de dicha doña Pilar Olano Abaitua a su madre doña Asunción Abaitua Solagui, en cuanto a todos los bienes de dicha causante, excepción hecha de los bienes raíces trancales, sitos en territorio foral de Vizcaya, que proceden de la línea paterna de tal causante, en cuyos bienes debo declarar y declaro heredero de la misma a su hermano don Ramón Olano Abaitua.

Octavo. Que debo declarar y declaro válido y eficaz el contenido del párrafo segundo de la cláusula quinta del testamento de doña Asunción Abaitua Solagui, otorgado por la misma ante el Notario de Bilbao señor Antuña, en 20 de octubre de 1943, y cuyo párrafo dice: «Caso de fallecer la heredera sin sucesión legítima, pasarán los bienes de esta herencia a los demás nietos de la testadora, por cabezas», y en consecuencia que los bienes de tal herencia los adquirió al fallecer la testadora la heredera doña María Asunción Alzaga Olano, y fallecida ésta sin sucesión legítima pasan tales bienes a los otros nietos de la testadora, los demandantes.

Noveno. Que debo declarar y declaro que los bienes que integran la herencia de doña Asunción Abaitua Solagui son los que figuran inventariados en las escritas públicas de aceptación de herencia y manifestación de bienes otorgados por doña María Asunción Alzaga Olano ante el Notario de Bilbao señor Antuña, en escrituras públicas de 6 de julio de 1945 y dos en 7 de abril de 1952, en las que se especifican también los que proceden de doña Pilar Olano Abaitua, sin perjuicio de que en trámite de ejecución de esta sentencia pueda acreditarse la existencia de otros bienes de dicha causante, incluso mobiliario y alhajas.

Décimo. Que caso que el demandado don Isidoro Escagües Javierre hubiera continuado disfrutando después del 21 de marzo de 1953, fecha del fallecimiento de su esposa doña María Asunción Alzaga Olano, bienes procedentes de la herencia en trámite de ejecución de esta sentencia, está obligado a entregar a los actores tales bienes y el saldo de los frutos por ellos producidos, a partir de tal fecha, previa rendición de cuentas.

Once. Que no ha lugar a declarar que los demandantes están obligados a devolver al demandado la cantidad de pesetas 30.000 cada uno, importe del legado instituido a favor de ellos por doña Asunción Abaitua.

Doce. Que no ha lugar a declarar que

el demandante don Ramón Olano y López de Letona esté obligado a devolver al demandado la mitad indivisa de la casa «Nafarroa», sita en Echano, y de los muebles y enseres que en ella se hallaren en la fecha del fallecimiento de doña Asunción Abaitua Solagui, que se solicita en el apartado i) del suplico de la reconvencción.

Trece. Que los actores están obligados a devolver al demandado los bienes de que se hubieren posesionado, de los comprendidos en la donación a favor de doña María Asunción Alzaga Olano, que constan en la escritura de donación de fecha 20 de octubre de 1943, otorgada a favor de ésta por doña Asunción Abaitua Solagui, como comisaria foral de su finado esposo don Francisco Olano Zugasti, ante el Notario de Bilbao señor Antuña con los frutos que hubieren producido, previa rendición de cuentas, lo que se concretará y determinará a trámite de esta sentencia.

Catorce. Que asimismo el demandante don Ramón Olano y López de Letona está obligado a devolver al demandado los muebles que propiedad de doña María Asunción Alzaga Olano, fueron llevados desde Bilbao a la casa «Nafarroa», de Echano, y que se determinarán en trámite de ejecución de esta sentencia.

Quince. Que los demandantes están obligados a abonar al demandado el importe de las mejoras que éste o su finada esposa doña María Asunción Alzaga Olano han realizado en los bienes de la herencia de doña Asunción Abaitua Solagui, propiedad ahora de dichos demandantes, cuya cuantía se fijará en trámite de ejecución de esta sentencia.

Dieciséis. Que no ha lugar a hacer en los presentes autos otras declaraciones que las anteriormente expresadas, y, finalmente, que debo condenar y condeno a demandantes y demandados a estar, pasar y cumplir las anteriores declaraciones, en lo que a cada uno de ellos le correspondiere, todo ello sin hacer expresa imposición de las costas de este procedimiento:

RESULTANDO que apelada la anterior sentencia por la representación de ambas partes, y sustentada la alzada con arreglo a Derecho, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos dictó sentencia con fecha 10 de julio de 1957, con la siguiente parte dispositiva: «Fallamos que debemos declarar como declaramos:

Primero. Que no ha lugar a la nulidad de la donación que como comisaria foral de su finado esposo don Francisco Paula de Olano Zugasti hizo doña María Asunción Abaitua a favor de su nieta doña María Asunción Alzaga Olano en escritura pública de fecha 20 de octubre de 1943, ante el Notario de Bilbao señor Antuña y en consecuencia, que es válida y eficaz tal donación.

Segundo. Que no ha lugar a la donación, digo a la nulidad de la donación, otorgada por la misma señora y en igual concepto a favor de su hija doña Pilar Olano Abaitua, en escritura pública de fecha 3 de marzo de 1933 ante el Notario de Villaro señor Zubiaga, y en consecuencia, que es válida y eficaz tal donación.

Tercero. Que es válido y eficaz el auto dictado en 8 de noviembre de 1935 por el Juez de Primera Instancia de Guernica, por el que se declara única y universal heredera de doña María Olano Abaitua a su hija doña María Asunción Alzaga Olano.

Cuarto. Que igualmente es válido y eficaz el auto de fecha 2 de junio de 1939, dictado por el Juez de Primera Instancia número uno de Bilbao, por el que se declara única y universal heredera de don Juan de Alzaga e Iturriza a su única hija doña María Asunción Alzaga Olano.

Quinto. Que es nulo el auto de declaración de herederos dictado por el Juez de Primera Instancia número cuatro de Bilbao en 5 de febrero de 1943, por el

que se declaraba única y universal heredera de doña Pilar Olano Abaitua a su madre, doña Asunción Abaitua Solaegui, y, en consecuencia, nula la aceptación de tal herencia, otorgada por esta en escritura pública ante el Notario de Bilbao señor Antuña, en 12 de abril de 1943, y nulas las inscripciones que al amparo de ella se hayan podido efectuar en los correspondientes Registros de la Propiedad.

Sexto. Que asimismo declaramos heredera de dicha doña Pilar Olano Abaitua a su madre, doña Asunción Abaitua Solaegui, en cuanto a todos los bienes de dicha causante, excepción hecha de los bienes raíces troncales sitos en territorio foral de Vizcaya, ya que procedan de la línea paterna de tal causante, en cuyos bienes se declara heredero de la misma a su hermano don Ramón Olano Abaitua.

Séptimo. Que es nulo e ineficaz el auto de fecha 5 de mayo de 1953, dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Bilbao en cuanto se declara único y universal heredero de doña María Asunción Alzaga Olano a su esposo don Isidoro Escagües Javierre, y en su lugar declaramos que el último es heredero de aquella en todos sus bienes, menos en los raíces sitos en territorio de Infanzón, de Vizcaya, y procedentes a la causante de sus ascendientes por las líneas Olano y Abaitua y que por cualquier título hubieran ingresado en su patrimonio y a su fallecimiento subsistieran recayendo en su herencia, corresponden y quedan transmitidos a sus parientes tronqueros de la línea Olano y Abaitua y como tales como más próximos en grado a sus primos los demandantes don Francisco, don José Antonio, don Serafín, don Ramón, don Joaquín y don Jesús de Olano y López de Letona.

Octavo. Que es válido y eficaz el contenido del párrafo segundo de la cláusula quinta del testamento de doña Asunción Abaitua Solaegui, otorgado por la misma ante el Notario de Bilbao señor Antuña en 20 de octubre de 1943, y cuyo párrafo dice: «Caso de fallecer la heredera sin sucesión legítima pasarán los bienes de esta herencia a los demás nietos de la testadora, por cabezas», y, en consecuencia, que los bienes de tal herencia los adquirió al fallecer la testadora la heredera doña María Asunción Alzaga Olano, y fallecida ésta sin sucesión legítima, pasan tales bienes a los otros nietos de la testadora, los demandantes.

Noveno. Que los bienes que integran la herencia de doña Asunción Abaitua Solaegui son los que figuran inventariados en las escrituras públicas de aceptación de herencia y manifestación de bienes otorgadas por doña María Asunción Alzaga Olano ante el Notario de Bilbao señor Antuña, en escrituras públicas de 6 de julio de 1945 y dos en 7 de abril de 1952, en las que se especifican también los que proceden de doña Pilar Olano Abaitua, sin perjuicio de que en trámite de ejecución de esta sentencia pueda acreditarse la existencia de otros bienes de dicha causante, incluso mobiliario y alhajas.

Décimo. Caso que el demandado don Isidoro Escagües Javierre hubiera continuado disfrutando después del 21 de marzo de 1953, fecha del fallecimiento de su esposa doña María Asunción Alzaga Olano, bienes procedentes de la herencia de doña Asunción Abaitua Solaegui, lo que se acreditará en trámite de ejecución de esta sentencia, está obligado a entregar a los actores tales bienes y el saldo de los frutos por ellos producidos, a partir de tal fecha, previa rendición de cuentas.

Once. Que no ha lugar a declarar que los demandantes están obligados a devolver al demandado la cantidad de pesetas 30.000 cada uno, importe del legado instituido a favor de ellos por doña Asunción Abaitua.

Doce. Que no ha lugar a declarar que

el demandante don Ramón Olano y López de Letona este obligado a devolver al demandado la mitad indivisa de la casa «Nafarroa», sita en Echano, y de los muebles y enseres que en ella se hallaren en la fecha del fallecimiento de doña Asunción Abaitua Solaegui, que se solicita en el apartado 11 del suplico de la reconvencción.

Trece. Que los actores están obligados a devolver al demandado los bienes que no sean raíces, sitos en territorio de Infanzón, de Vizcaya, a que se refiere el pronunciamiento séptimo de los precedentes, de que se hubieren posesionado, de los comprendidos en la donación a favor de doña María Asunción Alzaga Olano que constan en la escritura de donación de fecha 20 de octubre de 1943, otorgada a favor de ésta por doña Asunción Abaitua Solaegui, como comisaria foral de su finado esposo don Francisco Olano Zugasti, ante el Notario de Bilbao señor Antuña, con los frutos que hubieren producido, previa rendición de cuentas, lo que se concretará y determinará en trámite de ejecución de esta sentencia.

Catorce. Que asimismo el demandante don Ramón Olano y López de Letona está obligado a devolver al demandado los muebles que propiedad de doña María Asunción Alzaga Olano fueron llevados desde Bilbao a la casa «Nafarroa», de Echano, y que se determinará en trámite de ejecución de esta sentencia.

Quince. Que los demandantes están obligados a abonar al demandado el importe de las mejoras que éste o su finada esposa doña María Asunción Alzaga Olano han realizado en los bienes de la herencia de doña Asunción Abaitua Solaegui, propiedad ahora de dichos demandantes, cuya cuantía se fijará en trámite de ejecución de esta sentencia.

Mantenemos el fallo recurrido en cuanto esté conforme con los anteriores pronunciamientos y lo revocamos en lo demás, sin hacer imposición de las costas del presente recurso».

RESULTANDO que por el Procurador don Antonio Górriz Marco, en nombre de don Isidoro Escagües Javierre, y sin constituir depósito, por no ser necesario, se ha interpuesto, contra la anterior sentencia, recurso de casación por infracción de ley, al amparo de los siguientes motivos:

Primero. Al amparo del número primero, del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega infracción legal por no aplicación de los artículos 15, 946 y 952 del Código Civil, así como aplicación indebida del artículo 10 del propio texto legal en lo que respecta a su párrafo tercero y aplicación indebida de la Ley XV, título XX del Fuero de Vizcaya, con infracción igualmente de la doctrina legal contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 19 de diciembre de 1942, 30 de diciembre de 1942, 3 de abril de 1945, 24 de mayo de 1945, 31 de enero de 1950, y primero de febrero de 1958. Que forzoso resulta al iniciar el desarrollo del presente recurso de casación realizar un a modo de plan que sirva para centrar con el mayor orden posible la serie de cuestiones que las partes plantearon en sus escritos iniciales, cuestiones alguna de ellas muy complicadas, por encuadrar otros temas de menos trascendencia subordinados a la solución que hubiere de dictarse en cuanto a lo que pudiera considerarse como problema principal. La serie que antecede antes de hecho que sirven de base al recurso introducen una cierta confusión, que se propone aclarar para evitar que la congruencia pueda no respetarse en la articulación de los sucesivos motivos de casación. Realmente, con ese propósito de resumir son tres las cuestiones que destacan en el ámbito del litigio, cuestiones verdaderamente trascendentales, y alrededor de las cuales, la Territorial de Burgos se pronunció en sentido negativo a las pretensiones del

señor Escagües. Prácticamente existía una cuarta, cuestión tan importante como las anteriores, pero sobre ella hubo coincidencia total en las sentencias de instancia al resolver la misma en sentido favorable, en cambio, al actual recurrente se refiere al problema relacionado con la validez de las donaciones realizadas por doña Asunción a favor de su hija Pilar y a favor de su nieta María de la Asunción Alzaga. En consecuencia, respecto a estas donaciones nada cabe decir en el presente recurso de casación, toda vez que la Territorial de Burgos entendió que doña Asunción obraba en uso de las facultades que le había otorgado su marido, don Francisco de Paula Olano, y podía realizar esas donaciones, tanto en lo que se refiere a su hija Pilar —escritura pública de 3 de marzo de 1933—, como en lo que respecta a su nieta Asunción —escritura de 20 de octubre de 1943—. Que es importante, sin embargo, resaltar el pronunciamiento de la Territorial de Burgos con respecto a la validez de ambas donaciones, porque la pretensión fundamental de la demanda promovida por los hermanos Olano y López de Letona estribaba, precisamente, en tratar de conseguir la nulidad de aquellas donaciones que se podían considerar como los cimientos de todo el edificio posterior. Las donaciones son válidas por imperio de la doctrina de los actos propios, y sin entrar en el estudio profundo del argumento, no es posible hacer ahora otra cosa si no aceptar la tesis que favorece la posición del recurrente en cuanto aquella donación realizada por doña Asunción a favor de su nieta constituía uno de los motivos de combate de los actuales demandantes, empeñados en evitar que los bienes de doña Asunción pudieran transmitirse a su nieta preferida, y empeñados en olvidar que si realmente hay algo claro a lo largo del pleito, si algo replantece en el mismo, es el propósito de doña Asunción de eliminar totalmente a la rama de su hijo Ramón. Precisamente la sentencia de la Territorial de Burgos constituye la interpretación más contraria al interés y voluntad de la testadora que cabe admitirse. Expuesto lo que antecede, aquellas tres cuestiones fundamentales resueltas en contra de los intereses del señor Escagües, cabe resumirlas en la forma siguiente:

- a) La sucesión hereditaria de doña María Asunción de Alzaga, esposa que fue del actual recurrente don Isidoro Escagües.
- b) La sucesión hereditaria de doña Pilar Olano Abaitua, hija de doña María de la Asunción Abaitua y tía carnal de doña María de la Asunción de Alzaga.
- c) La validez o nulidad de la cláusula quinta del testamento otorgado por doña Asunción de Abaitua y Solaegui, de fecha 20 de octubre de 1943. Que con independencia de esas tres cuestiones que ha recogido en síntesis concreta, existen, como antes indicaba, otros temas de menor interés, respecto de los cuales la Territorial de Burgos se ha pronunciado, con carácter general, en contra del recurrente, y que, en lo posible y con ese carácter secundario o complementario a que se refiere, serán tratados con carácter independiente en motivos posteriores del presente recurso. Que por lo que atañe a este primer motivo de casación, su ámbito quedará reducido al problema que representa la extraña decisión adoptada por la Territorial de Burgos al decretar la nulidad del auto de declaración de herederos otorgado con fecha 5 de mayo 1953, por el Juzgado de Primera Instancia número tres de Bilbao, a favor de don Isidoro Escagües Javierre, declaración de herederos causada a la muerte de doña María Asunción Alzaga Olano, esposa del señor Escagües, de cuyo matrimonio no hubo descendientes. Que sobre este tema, el Juzgado de Primera Instancia adoptó una postura que estima impecable, porque partiendo del supuesto de que el matrimonio Escagües-Alzaga estaba sometido

a la legislación del derecho común, el Juzgado entiende que las normas por las cuales se ha de regir la sucesión de doña Asunción no pueden ser otras que las contenidas en los preceptos del Código Civil que regulan la materia —artículos 946 y 952 del texto legal— sin que sea posible aplicar bajo ningún concepto a una mujer casada con persona sometida a derecho común, y con residencia en derecho común las normas que sobre sucesión establece el Fuero de Vizcaya. La Territorial de Burgos, partiendo del mismo supuesto, llega a diferente conclusión por imperio del párrafo tercero del artículo 10 del Código Civil. Con una interpretación contraria a derecho, y lo que es peor, contraria a la lógica, la sentencia que combate entiende que el párrafo tercero del artículo 10 del Código se refiere, sin distinción alguna, a todas las personas que pueden tener bienes raíces en Vizcaya, y para apoyar esta tesis, totalmente contraria a las soluciones dadas por los tratadistas y por el Tribunal Supremo —cita la sentencia la doctrina del juriconsulto don Manuel Alonso Martínez, que precisamente entendía todo lo contrario—. Que forzoso resulta partir de unos supuestos de hecho que han quedado indiscutidos en cuanto las partes y los Tribunales los han aceptado como base fáctica a los efectos del razonamiento jurídico posterior. Don Isidoro Escagües Javierre nació en la localidad de Uncastillo, provincia de Zaragoza, siendo, por tanto, de nacimiento aforado aragonés; pero por Orden ministerial de 3 de julio de 1942, y en virtud de concurso de traslado, fué destinado como Catedrático numerario de Geografía e Historia al Instituto Nacional de Enseñanza Media «Ramiro de Maeztu», de Vitoria, de cuyo cargo se posesionó el día 1 de agosto de 1942, y en el cual permaneció ininterrumpidamente hasta el día 9 de diciembre de 1952, fecha en la que cesó por traslado y Orden ministerial de 25 de noviembre de dicho año, resultando por ello que dicho demandado señor Escagües permaneció en dicho centro, como titular de la cátedra mencionada, un total de diez años, cuatro meses y nueve días. Es de resaltar —como se ha justificado en autos con la oportuna certificación— que durante su residencia en Vitoria el demandado señor Escagües no verificó manifestación alguna ante el Juzgado Municipal de dicha población sobre adquisición, conservación o recuperación de vecindad civil, resultando de ello que al transcurso de diez años perdió su primitiva condición civil de aforado aragonés, adquiriendo la de la legislación común, como consecuencia de la adquisición de la vecindad civil de Vitoria. El día 23 de noviembre de 1951 contrajo matrimonio con doña María de la Asunción de Alzaga y Olano, que automáticamente adquirió la condición civil de su esposo, en mérito a las disposiciones contenidas en el artículo 15 del Código Civil, que estatuye que en todo caso, la mujer seguirá la condición del marido, siguiendo las vicisitudes de la de su marido, adquiriendo la vecindad de derecho común cuando su marido la adquirió al llevar residiendo ininterrumpidamente en Vitoria durante un período de diez años, en mérito a lo dispuesto en el mismo artículo 15 de dicho cuerpo legal; vecindad que conservaba al fallecer en Bilbao el día 21 de marzo de 1953, en donde residía con su esposo desde el mes de diciembre de 1952, por el traslado de éste al Instituto Nacional de Enseñanza Media de dicha capital, por no haber perdido por la residencia, cuatro meses, que en la misma llevaba, la adquirida vecindad civil de Vitoria. Que, por último, para finalizar la exposición de los hechos, se queda por referir que al fallecer doña María Asunción de Olano y resultar que no había otorgado disposición testamentaria alguna su sucesión, fué intestada. Que por todo ello resulta evi-

dente que teniendo dicha doña María Asunción de Alzaga y Olano la condición civil o vecindad civil de la legislación común —con pérdida de su vizcaina original— en el momento de su fallecimiento, y habiendo fallecido además intestada, la única legislación aplicable a su sucesión es la de derecho común, con exclusión plena y absoluta de la legislación foral vizcaina, tanto en relación con los bienes sitos en el Infanzonado vizcaino como fuera de él. Ello por las siguientes razones: a) Por lo que dispone el artículo 10, párrafo segundo, del Código Civil. b) En mérito a lo estatuido en el artículo 14 del mismo Código Civil es aplicable a las personas, actos y bienes de los españoles en territorios o provincias de diferente legislación civil, el precepto antes indicado. c) El artículo 15 del Código Civil dispone que las ordenaciones de dicho Código son aplicables a los que, procediendo de provincias o territorios forales hubiesen ganado vecindad en otro sujeto al Derecho común. Que las normas que acaba de recoger han sido totalmente infringidas por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, al tender que la declaración de herederos de doña María Asunción de Alzaga y Olano a favor de su marido, don Isidoro Escagües es nula, porque la sucesión de doña María de la Asunción debía regularse por el Fuero de Vizcaya. La tesis es tanto más equivocada cuanto que, de acuerdo con los artículos a los que anteriormente se ha referido, resulta imprescindible el cumplimiento de una serie de requisitos que seguidamente analiza, para que se pudiera aplicar a la sucesión de doña María Asunción de Alzaga y Olano las disposiciones del Fuero de Vizcaya. Los requisitos serían los siguientes: a) Que tuviera la condición legal de vizcaina, o sea, la vecindad civil vizcaina en el momento de su fallecimiento. b) Que aun residiendo en villa, tuviera bienes raíces en tierra llana; y c) Que falleciera habiendo otorgado testamento. Que la primera de las circunstancias que acaba de resaltar resulta totalmente esencial si se piensa que el artículo 10 del Código Civil consagra el principio del estatuto personal, ley nacional deusante como norma reguladora de la sucesión, disposición aplicable a todo el territorio nacional, toda vez que las disposiciones del título preliminar del Código Civil son aplicables a los territorios que pudiera denominar forales. La Ley nacional de doña María Asunción de Alzaga en el momento de su fallecimiento no podía ser otra si no la legislación común, y ello por las siguientes razones: a) Por su vecindad civil de derecho común adquirida por residencia de más de diez años en la ciudad de Vitoria. b) Por estar casada con un funcionario público con destino durante más de diez años consecutivos en la ciudad de Vitoria; y c) Porque el marido de doña Asunción, don Isidoro Escagües estaba acogido a la legislación común, sin que durante su estancia en Vitoria hiciera manifestación alguna ante los organismos competentes para acogerse a la legislación foral. Que sobre esta base resulta de indiscutible aplicación a la sucesión de doña María Asunción de Alzaga y Olano lo dispuesto en los artículos 946 y 952 del Código Civil. A falta de descendientes y ascendientes y a falta de hermanos de doble vínculo o sobrinos o hijos de éstos sucederá en todos los bienes del difunto el cónyuge sobreviviente. Es decir, como doña María de la Asunción Alzaga y Olano falleció sin descendientes ni ascendientes, ni hermanos de doble vínculo, ni sobrinos de éstos en la totalidad de sus bienes sin limitaciones de clase alguna, la sucede su cónyuge don Isidoro Escagües.

Que la infracción de estos dos artículos del Código Civil por la sentencia que se recurre resulta indiscutible en el momento en que se declara nulo el auto de declaración de herederos que, dictado por

el Juzgado de Primera Instancia de Bilbao, se limitaba a poner en práctica lo dispuesto por esos dos artículos del Código Civil. Que no sólo no se cumple ese requisito a que antes hacía mención de que doña María Asunción de Alzaga tuviera la condición legal de vizcaina, sino que además, y por si ello no fuera bastante, la citada señora murió sin testamento, lo que en todo caso imposibilitaría definitivamente la posibilidad de acudir al Fuero de Vizcaya para regular su sucesión. Que en esas condiciones se explica el gravísimo error legal de la Territorial de Burgos, porque la Territorial reconoce que doña María Asunción falleció intestada, reconoce que doña María Asunción falleció sin conservar la condición de aforada, pese a la cual la aplica las normas del Fuero de Vizcaya, incurriendo en la infracción que se acusa en el presente motivo de casación, que forzosamente entiende que habrá de prosperar.

La base del error se encuentra en la equivocada interpretación de lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 10 del Código Civil. Que el Tribunal Supremo, cuando se ha enfrentado con el problema de la aplicación en las regiones forales de los preceptos sobre sucesión intestada, ha mantenido una línea de doctrina cuya claridad es absoluta. Si inició el camino con la sentencia de 20 de marzo de 1893 y posteriormente ha continuado con las que se citan en el preámbulo del presente motivo de casación y, sobre todo, con esa última de 1 de febrero de 1958, que, por su fecha, indica que la tesis del Tribunal Supremo sigue siendo, en cuanto a esta tema, la de que en las regiones forales, y, por lo tanto, en Vizcaya rigen con carácter preferente los preceptos del Código Civil en materia de sucesión intestada. Renuncia el recurrente a citar textualmente los considerando de algunas de estas sentencias, porque ello haría extremadamente difícil la concreción que se ha prometido, pero si algo queda claro en la materia, es el hecho de que las disposiciones del Código Civil tienen preferencia sobre cualquier otro precepto legal para regular la sucesión intestada.

Por vía de ejemplo, recuerda la sentencia de 31 de enero de 1950, que aplica las normas del Código Civil a la sucesión intestada de un vizcaino vecino de la tierra llana y poseedor de bienes troncales. Que ello agranda el error cometido por la Territorial de Burgos, porque olvida todo lo que viene afirmando, olvida esos preceptos del Código Civil aplicables a la sucesión intestada; olvida la jurisprudencia que ha recogido para adoptar una postura que además esta en contradicción con la mantenida por la propia Territorial en otros casos. Hace expresa mención a la sentencia de la propia Sala de la Territorial de Burgos de 15 de diciembre de 1953, y dice que ya sabe que no es posible invocar en este trance sentencias dictadas por las Audiencias, pero la coincidencia de que la misma Territorial sea la que adopte tan contradictorias posiciones, es el origen de la cita que acaba de realizar. Que el párrafo tercero, del artículo 10, constituye una excepción que obliga a cualquier persona que tenga bienes en Vizcaya, tenga que sujetarse a la Ley XV del título XX del Fuero vizcaino, es una conclusión totalmente contraria al propio precepto y aun sentido de pura lógica, sin que ni siquiera el hecho de citar al señor Alonso Martínez sirva para mantener esta idea de la troncalidad e imponer el citado precepto a personas que no tienen la condición aforadas, es decir, que no tienen la condición de vizcainos en el momento del fallecimiento.

Que como la Territorial, al estudiar el problema que analiza en el presente motivo discurre alrededor de la interpretación del precepto, se fija detenidamente en el mismo, sin perjuicio de que el motivo posterior analice hasta el menor deta-

lle de las consecuencias derivadas de su aplicación. Esto lo hará al referirse a la sucesión de doña Pilar Olano, que murió sujeta al Fuero de Vizcaya, en cuanto que no había perdido la vecindad vizcaína, porque al tratarse de doña Asunción, falta el elemento habitante de que la misma fuera vizcaína, de tal manera que al faltar este requisito resulta innecesario toda argumentación posterior.

Gramaticalmente, el párrafo tercero del artículo 10 se refiere a los vizcaínos y únicamente a los vizcaínos, sin que sea lícito otro tipo de interpretación cuando la Ley no ofrece la más pequeña duda. El Fuero de Vizcaya se refiere exclusivamente a los vecinos de Vizcaya, y lo que no es posible es ampliar el concepto a las personas que no tienen esa condición, aunque sus bienes se encuentran en Vizcaya, como podrían estarlo en Aragón o en Extremadura.

Vizcaino equivale a vecino civil de Vizcaya, por lo que el párrafo tercero se refiere exclusivamente a los que tienen esa condición, condición que, por lo demás, no tenía en el momento de fallecer doña María de la Asunción Alzaga y Olano. Ciertamente que algún tratadista, profundamente equivocado, quiso llegar a sostener un criterio parecido al de la Territorial de Burgos; es decir, aplicar el Fuero a todos aquellos, sean vizcaínos o no, que tuvieran bienes en Vizcaya; pero tal criterio quedó totalmente rechazado cuando la doctrina fué desarrollándose, hasta llegar a las definitivas conclusiones adoptadas por el Tribunal Supremo a que antes se ha referido. Alonso Martínez, citado por la Territorial de Burgos en el considerando que dedica la materia, tampoco mantiene esa extraña doctrina; por Alonso Martínez deseaba a toda costa la unidad legislativa, y en una obra titulada «Fundamento del Código Civil de 1889» —el hoy vigente—, dice «que resulta la máxima tradicional en España que los inmuebles se rijan por la Ley del territorio en que están situados y los muebles por el Estatuto personal, tradición posteriormente rota por la vía de la doctrina y de la jurisprudencia de los Tribunales». Es decir, que si en algún momento pudo pensarse en mantener a ultranza una doctrina como la recogida en la sentencia de la Territorial de Burgos, se impuso posteriormente la lógica para establecer esa primera distinción de tipo elemental que es la que la preocupa en cuanto a este primer motivo de casación. La distinción a que se refiere se limita a excluir totalmente del párrafo tercero a las personas que no tuvieran la vecindad vizcaína. Dentro de ese grupo figura incluida doña María Asunción de Alzaga y Olano. Antes ha indicado que en materia de sucesión intestada —el caso de doña Asunción—, el Supremo impone el Código Civil sobre toda norma; pero por si ello no fuera bastante, recuerda la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la interpretación que ha de darse al párrafo tercero. Que la sentencia de 8 de junio de 1874 sostiene el criterio de que sólo al disponer por actos intervivos o «mortis causa» de bienes raíces sitos en Vizcaya hay que someterse a las Leyes del país en que los bienes se encuentran. Que el Tribunal Supremo habla de disponer. En 1 de abril de 1891 —sic—, el Tribunal Supremo dice «que los derechos y deberes de familia, los relativos al Estado, condición y capacidad legal de las personas y los de la sucesión testada e intestada, no pueden aplicarse a personas nacidas en territorios de derecho foral si no hubiesen ganado vecindad en territorios regidos por Derecho común».

La sentencia de 11 de noviembre de 1902 contempla ya más concretamente el tema de un vizcaino de villa con bienes en el infanzonado, y al hacerlo aplica el párrafo tercero del artículo 10, exclusivamente por el hecho de que la persona interesada era vizcaína. La resolución de la Di-

rección de los Registros de 4 de julio de 1911 afronta de manera clara y contundente al ámbito del párrafo tercero del artículo 10, para afirmar resueltamente que no es aplicable al vizcaino que pierde su condición por cambio de vecindad.

Con ello, la Dirección General no hizo otra cosa sino adaptarse a la doctrina del Tribunal Supremo en la sentencia de 11 de noviembre de 1902, posteriormente, en 18 de marzo de 1925 y 26 de enero de 1928, el Tribunal Supremo vuelve a decir en forma incuestionable que el párrafo tercero del artículo 10 del Código Civil sólo tiene aplicación cuando los causantes tengan la vecindad civil vizcaína, despenando toda posible duda de interpretación sobre la materia. Por último cita la sentencia de 31 de enero de 1950, en la cual se sostiene idéntico criterio de eliminar en la aplicación del fuero de Vizcaya a las personas que no tienen la condición de vizcaínos. Que doña María de la Asunción Alzaga y Olano no era vizcaína; murió sin testamento, casada con don Isidoro Escagüés, y su sucesión sólo podía regularse por las normas del Código Civil, y entre ellas, por los artículos a que anteriormente se ha referido. Frente a esta tesis, la doctrina mantenida por la Territorial de Burgos implica un infracción total de los preceptos a que ha hecho referencia y que constituyen la base esencial de este primer motivo de casación.

Segundo. Al amparo del número primero del artículo 1.692, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alega infracción legal por aplicación indebida del párrafo tercero del artículo 10 del Código Civil, así como de la Ley XV, título XX del Fuero de Vizcaya e infracción por no aplicación de los artículos 938 del Código Civil, en relación con el artículo 912 del propio texto legal e infracción igualmente de la Ley VII del título XXI del propio Fuero de Vizcaya, como en los casos anteriores por aplicación indebida.

El segundo de los problemas, verdaderamente graves que se plantean en el presente recurso de casación se refiere al tema de la sucesión de doña Pilar Olano Abaitua. Si bien, cuando se trataba de doña María de la Asunción de Alzaga hubo discrepancia entre el Juzgado de Primera Instancia, que cogió la tesis desarrollada en el motivo de casación anterior, y la Territorial de Burgos con la extraña conclusión que ha combatido, es lo cierto que cuando los Tribunales se enfrentan con el auto de declaración de herederos de doña Pilar de fecha 5 de febrero de 1943, en el que se declara universal heredera de la misma a su madre doña Asunción de Abaitua por imperio de lo dispuesto en el artículo 935 del Código Civil, llegan a una coincidencia absoluta, de tal manera, que anulan aquel auto de declaración de herederos y estiman que la sucesión de doña Pilar debe regirse por el Fuero de Vizcaya, porque en el momento de morir se encontraba acogida a la vecindad vizcaína. Que este segundo motivo de casación tiene por objeto demostrar que tampoco la sucesión de doña Pilar debe regirse por el Fuero de Vizcaya, que no es lícito decretar la nulidad del auto de 5 de febrero de 1943, y que en este caso como en el anterior, el párrafo tercero del artículo 10 del Código Civil no tiene absolutamente nada que hacer. Copia el párrafo tercero del artículo 10 del Código Civil y dice que el mandato encerrado en esa norma afecta a las personas que posean la condición civil de vizcaínas, bien sean de la tierra llana o bien hayan ganado la vecindad civil en alguna villa de Vizcaya mediante la residencia en ella de diez años, o de dos, haciendo manifestación expresa de tal deseo ante el Juez Municipal, conforme ordena el artículo 15 del Código Civil y el Real Decreto del 12 de junio de 1899. A esta opinión se ha objetado que como para los efectos de las Leyes civiles sólo

son vizcaínos los que, según el artículo 15 del Código Civil están sujetos a la legislación especial vizcaína, resultaría la disposición del párrafo tercero, tomada literalmente, una redundancia inútil; pero quien así ha opinado se ha olvidado intencionadamente que en la provincia, y según el lugar de su residencia, existen, desde la vigencia del Código Civil, tres clases de moradores:

a) Los vizcaínos residentes en la tierra llana, sujetos a los preceptos del Fuero que se mantienen vigentes.

b) Los vizcaínos de villas, sometidos únicamente a la Ley XV del título XX, y ello en virtud de la disposición expresa del párrafo tercero del artículo 10; y

c) Los moradores no comprendidos ni en el primero ni en el segundo caso, y que son todas aquellas personas naturales de otras provincias españolas, que por no llevar residiendo diez años en villas vizcaínas, o en la tierra llana, se hallan sometidos al Código Civil, sin la excepción marcada en el párrafo tercero indicado.

Que no hay, pues, redundancia al emplearse en este párrafo la palabra «vizcaino», pues, como acaba de señalar, existen en Vizcaya dos clases de personas a la que civilmente les cabe tal denominación, a pesar de que el imperio que sobre unas y otras ejerce el Fuero de Vizcaya es de muy distinta amplitud. La Ley XV del título XX, la única y exclusiva norma puesta en vigor especialmente por el párrafo tercero del artículo 10, que copia el recurrente. Que en esa Ley se expresa una faceta dispositiva por actos intervivos o «mortis causa»; con ella el Fuero establece como principio que los raíces situados en el infanzonado y poseídos por los vecinos de las villas se han de regir por ese precepto, y no por los mandatos de la Ley común, a la que están sometidas las villas de la provincia. Ni en el epígrafe ni en el texto de la Ley, de da norma alguna para cuando el propietario no dispone de los bienes, que es precisamente lo que sucede si el causante fallece abintestato. La Ley XV habla repetidas veces de disponer: habla de vender y mandar, es decir, de actos dispositivos, y por ello no puede extenderse su sentido a aquellos actos en los que no se determina por la voluntad individual el destino de los bienes, no sólo porque en el mismo Fuero se ordena que sus preceptos se han de observar literalmente, sino porque hay en el propio Código Foral una norma que trata especialmente de las sucesiones intestadas, que es la VIII del título XXI. Que esta última Ley, la VIII del título XXI, es la única que en el Fuero trata de los abintestatos; rareza que se explica porque no es frecuente, sino por el contrario, muy raro, el caso en que se obra la sucesión intestada por fallecimiento de uno de los cónyuges en los matrimonios vizcaínos, pues aquellos procuran evitarlo y lo consiguen, concediéndose mutuamente poder para testar en capitulaciones matrimoniales. Y pregunta el recurrente a qué norma jurídica nos remite el párrafo tercero del artículo, y dice que a la XV del título XX, pero no a la VIII del título XXI, que es la sola y exclusiva Ley que en el Fuero vizcaino regula la sucesión de los fallecidos sin testamento.

Que el párrafo tercero del artículo 10 establece como vigente esa Ley XV del título XX para los vecinos civiles de Vizcaya; llama, pues, el Código Civil al Derecho foral para que funcione, pero sólo en el caso previsto por aquél. Si el legislador hubiera querido que en las sucesiones intestadas por los vizcaínos de las villas rigiera el Fuero de Vizcaya, hubiera remitido en los abintestatos a la Ley VIII del título XXI, como dispuso la Ley XV del título XX para las sucesiones testamentarias. Que si ese hubiese sido su deseo, en el párrafo tercero se diría: «Los vizcaínos seguirán sometidos en cuanto a los bienes que posean en la tierra llana

al Fuero de Vizcaya.» O bien: «Los vizcaínos seguirán sometidos a las Leyes XV del título X y VIII del título XXI del Fuero de Vizcaya; pero no es esto lo que se declara, sino que en el párrafo se alude solamente a los actos dispositivos realizados por los causantes. Parezca o no suficiente la indicación del párrafo tercero, vengase o no a censurar la obra del legislador, lo que no sabe es achacarle gratuita e infundadamente una inspiración doctrinal cualquiera, cual sería regular la sucesión intestada vizcaína por las normas de la Ley XV; y esta interpretación no se razona con el solo hecho de expresarse en la Ley VIII del título XXI, lo que calle del párrafo tercero; hecho tal no autoriza para suplir el silencio del legislador, dando por incluido en el artículo 10 del Código Civil la declaración que contiene la Ley VIII del título XXI; ni tampoco para que el silencio de esta última valga como expreso reconocimiento en favor de su admisión en el párrafo tercero mentado. Y siendo pues el contenido del párrafo tercero el que ha indicado, no le queda más remedio que cumplirlo, pues de lo contrario quedaría infringida esa norma, que será buena o mala, pero que, al fin y al cabo, existe. Si ese párrafo tercero está mal, si es muy rigurosa la interpretación de la Ley, estudiéese su texto con detenimiento, y después se reforme; pero mientras que el legislador no lo altere, no hay más remedio que aplicarlo en su exacto contenido, puesto, siendo el texto de esa norma terminante, cualquiera que sea la razón en que quiera apoyarse otra interpretación nunca será bastante para motivar un fallo judicial, que ha de fundarse, necesariamente, en Ley o doctrina legal, citando aquella o determinando esta con precisión. Cuando los términos de una Ley, cual es el párrafo citado, son claros y precisos, no puede haber lugar a la interpretación; y si además esa Ley es excepcional, es imposible legalmente entrar a interpretarla en sentido restrictivo, considerando incluidas en ella preceptos distintos a los en ella comprendidos.

Que toda la doctrina que acaba de recoger facilita su conclusión de que tampoco la sucesión de doña Pilar Olano debe de regirse por las normas del Fuero de Vizcaya. La razón la encuentra en el importe hecho de que doña Pilar murió sin otorgar testamento, circunstancia no apreciada ni por el Juzgado de Primera Instancia número tres de Bilbao, ni por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos. De perfecta aplicación a este segundo motivo de casación sería la doctrina desarrollada en el anterior acerca del imperio del Código Civil en las legislaciones forales en materia de sucesión intestada. Siempre cuando se trate de la transmisión de bienes de una persona que no otorgó testamento, las normas del Código Civil tienen preferencia sobre aquellas otras de las legislaciones forales. En el supuesto de doña Pilar es patente que tampoco es posible acogerse a las normas del Fuero de Vizcaya para regular la sucesión de la misma. Que el Juzgado de Primera Instancia número tres de Bilbao —la Audiencia no hace otra cosa sino ratificar su doctrina— cuando se enfrenta con el problema se limita a sostener que visto el hecho de que doña Pilar muriera conservando la vecindad vizcaína, de tal manera que por esa sola circunstancia la transmisión de sus bienes debe realizarse con arreglo a las normas del Fuero de Vizcaya y no por las reglas del Código Civil y, concretamente, de su artículo 335. En el fondo no hay más razón que la que acaba de indicar con una curiosa circunstancia. En el considerando noveno de la sentencia del Juzgado se dice que a la sucesión de doña Pilar Olano es aplicable el párrafo tercero del artículo 10 del Código Civil, y siendo patente que la Ley XV, título XX, del Fuero de Vizcaya no tiene nada que ver con las sucesiones intesta-

das, ello no impide al Juzgado de Primera Instancia trasladar el problema a la Ley VIII del título XXI del propio Fuero; pregunta el recurrente, por qué ha de aplicarse una Ley y un título que no viene impuesto por el artículo 10 del Código Civil, y dice que no lo comprende. Que la tesis del Juzgado de Primera Instancia se atiene exclusivamente a la condición personal del fallecido. Si el fallecido perdió la vecindad vizcaína —caso de doña Asunción Alzaga— no hay discusión y cabe aplicarse a su sucesión el Código Civil, si, por el contrario, se conserva en el momento de morir la vecindad vizcaína, entonces hay que aplicar la Ley VIII del título XXI del Fuero de Vizcaya, y aunque viva la madre en los bienes raíces que procedan de la línea paterna debe ser declarado heredero el pariente más cercano de aquella línea; en este caso, el hermano Ramón Olano, causante de los actuales demandantes y recurridos. Que esta tesis no resiste, a juicio del recurrente, una crítica sensata, y ello por la simple transcripción literal de la Ley XV del título XX del Fuero de Vizcaya. Ante esta Ley y la VIII del título XXI no cabe relación alguna, no es posible ampliar su interpretación a cuestiones distintas, sin olvidar que el tema —el del párrafo tercero del artículo 10— tiene carácter excepcional. Sostener que el párrafo tercero del artículo 10 del Código Civil afecta a las sucesiones intestadas vizcaínas es no hacerse cargo del contenido de la Ley Foral, que se refiere únicamente a la disposición de bienes por actos intervivos o mortis causas. Que es tan clara esta doctrina y tan evidente el contenido de la misma, que resulta forzoso concluir que en materia a la sucesión intestada rige en Vizcaya los preceptos del Código Civil, pues los términos en que parece redactado el precepto foral —Ley XV del título XX— no permiten extender su aplicación en el supuesto de la sucesión intestada.

Si se hubiera dispuesto por actos «mortis causas»; si lo hizo por actos internos; si dispuso, en una palabra, entonces no cabe discutirlo y es aplicable el Fuero de Vizcaya; si, por el contrario, doña Pilar no dispuso de los bienes y al morir lo hizo sin testamento, no cabe admitir que también sea aplicable el Fuero de Vizcaya, porque entonces surge con carácter preferente el Código Civil y los artículos que en el mismo regulan la sucesión intestada. Que todo ello le conduce como final de este segundo motivo de casación a poner de manifiesto la infracción legal cometida por la Territorial de Burgos cuando declara la nulidad de auto de declaración de heredero de doña Pilar por el hecho de que por dicho auto se declara única y universal heredero de la misma a su madre. El auto era totalmente correcto.

Tercero. Al amparo del número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alega infracción legal del artículo 359 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto el fallo otorga más de lo pedido. Que en el motivo anterior que acaba de desarrollar atacaba el pronunciamiento de la Territorial de Burgos, referente a la declaración de nulidad del auto de declaración de herederos a favor de la madre de doña Pilar, doña Asunción Abaitua, como consecuencia del fallecimiento de la hija sin descendientes. La sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos no se limita a declarar la nulidad de aquel auto, sino que regula la sucesión de doña Pilar y expresamente declara en el apartado sexto del fallo lo siguiente:

«Que asimismo declaramos heredero de doña Pilar Olano Abaitua a su madre, doña Asunción Abaitua Solagui en cuanto a todos los bienes de dicha causante, excepción hecha de los bienes raíces troncales sitos en territorio foral de Vizcaya que proceden de la línea paterna de tal

causante, en cuyos bienes se declara heredero a su hermano don Ramón Olano Abaitua.»

Que parece inútil recordar una serie de temas que en materia de congruencia vienen perfilando las resoluciones de los Tribunales de Justicia. Es posible no resolver todas las cuestiones que en el pleito se debaten; es imposible no adaptarse a las peticiones de las partes litigantes; es imposible también otorgar más de lo pedido o hacer declaraciones sobre hechos o extremos no solicitados por los litigantes. Que, sin embargo, el supuesto que argumenta constituye uno de los casos de incongruencia más claros que ha conocido, porque no sólo se otorga más de lo pedido, sino que la incongruencia se produce en la parte dispositiva de la sentencia, es decir, donde el Tribunal Supremo tiene proclamado que, efectivamente, se comete. Cuando los demandantes promueven su procedimiento en la serie de peticiones que contiene la súplica de su demanda, aparece la siguiente: «Que se cursen las declaraciones de herederos de los causantes muertos intestados que se relacionan en los diversos párrafos del fundamento de derecho segundo de la demanda.» La petición es bien inconcreta, bien indeterminada, lo que sin duda motivó que en la súplica del escrito de réplica se concretase con más precisión cual era la intención o el propósito de los demandantes. Entonces, en la réplica se dice expresamente lo que sigue: «Apartado segundo. Declarar nula y sin ningún efecto la declaración de herederos de doña Pilar Olano, causados a favor de su madre, doña Asunción Abaitua, por auto del Juzgado de Primera Instancia número tres de Bilbao, de fecha cinco de febrero de 1943, en los términos en que fue hecha tal declaración, según manifiesta el demandado, y nulo y sin efecto la escritura pública de fecha 12 de abril de 1943, hecha en aceptación de la herencia de doña Pilar.» Esta es la petición de la demanda y de la réplica: la pretensión de los demandantes, la súplica de sus escritos de debate. Que no se pide que se declare heredero de doña Pilar a su hermano don Ramón, y, sin embargo, el Juzgado primero, y la Audiencia después, no dudan en acompañar a la declaración de nulidad del auto de declaración de heredero pedido por los demandantes la declaración de heredero en la persona de don Ramón Olano, hermano de doña Pilar, lo que no pidió ninguno de los demandantes. Que se concede más de lo pedido, se otorga más de lo solicitado, se infringe el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prohíbe totalmente estas desviaciones en pro del principio procesal de la congruencia. Que sabe que aquella declaración de la Audiencia infringe preceptos sustantivos que se analizaron en el anterior motivo de casación, pero ello no puede impedir que tenga que marcar este defecto grave de la parte dispositiva de la sentencia que combate, que formula una declaración que nadie hubo de solicitar. El Juzgado de Primera Instancia núm. tres de Bilbao se dio clara cuenta del defecto y, en el Considerando noveno de su sentencia trató de justificar el porque de la necesidad de declarar heredero de don Ramón Olano. Sin embargo, su tesis no cabe admitirla, porque parte del supuesto de que la mera declaración de nulidad del auto de declaración de heredero de doña Pilar obligó a señalar cuáles deben ser sus verdaderos herederos, obligación que no adivina por ninguna parte cuando precisamente los que se pudieran beneficiar de tal declaración ni siquiera la solicitan en la súplica de sus escritos. En consecuencia, se da en forma indiscutible la incongruencia que solicita y que obligará, aunque sólo fuera por esta causa, a dejar sin efecto el pronunciamiento de la sentencia de la Territorial de Burgos referente a la declaración de herederos, que se realiza en favor del causante de los actuales recurridos. Es decir, que con absoluta inde-

pendencia de que la Territorial de Burgos infringió los preceptos sustantivos antes analizados al declarar heredero de doña Pilar a su hermano don Ramón, es lo cierto que tal pronunciamiento constituye una verdadera incongruencia, porque ninguna de las partes litigantes lo pidió en sus escritos de debate.

Cuarto. Al amparo del número primero del artículo 1.692 del a Ley de Enjuiciamiento Civil alega infracción legal de los artículos 675 y 774 del Código Civil, ambos por no aplicación, e infracción legal de los artículos 791 y 1.113 del propio texto legal, en este caso por aplicación indebida de los mismos. Que hasta el momento ha estudiado dos de los problemas fundamentales que se ventilan en el presente recurso de casación: son los referentes al estudio de la sucesión de doña María Asunción Alzaga, de una parte, y al de la sucesión de doña Pilar Olano, de otra. Las dos interesadas fueron beneficiarias en su día de unas donaciones realizadas por doña María de la Asunción Abaitua, que respectivamente era abuela de doña María Asunción y madre de doña Pilar. Aquellas donaciones han sido declaradas válidas y por lo tanto el patrimonio de las donatarias se incrementó con los bienes objeto de la donación. Al morir doña Asunción Alzaga éstos bienes deben pasar a su marido por imperio de lo dispuesto en el Código Civil—primer motivo del recurso—; al morir doña Pilar los bienes debieron retornar a su madre—la donante—por imperio igualmente de lo dispuesto en el propio Código Civil—segundo motivo del recurso—. Ahora bien, con lo expuesto no se contempla el cuadro de problemas que en litigio se ventilaron, porque existe otro de enorme importancia que se resolvió en forma contraria a los intereses del señor Escagües, marido que fue de doña Asunción Alzaga, y actual recurrente en el presente procedimiento. Que en trámite de contestación de la demanda el señor Escagües planteó el problema de la validez o nulidad de una cláusula del testamento de doña Asunción Abaitua, fecha 20 de octubre de 1943. Que de tener en cuenta a los efectos de todo el razonamiento que ha de servir de base a este cuarto motivo de casación lo siguiente:

a) Doña Asunción de Abaitua y Solagui falleció en Bilbao el día 15 de abril de 1945, en estado de viuda en únicas nupcias de don Francisco Olano, sin hijos pero con nietos.

b) Su última disposición de voluntad fue el testamento de 20 de octubre de 1943, otorgado ante el Notario señor Antuña.

c) En dicho testamento, al margen de diversos legados y mandas, dispone en su cláusula quinta lo siguiente: «en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, instituye y nombra universal heredera a su nieta doña María Asunción Alzaga y Olano, apartando a los demás herederos forzosos con los bienes que anteriormente les lega y por añadidura con lo que dispone el Fuero de Vizcaya. Caso de fallecer la heredera sin sucesión legítima, pasarán los bienes de esta herencia a los demás nietos de la testadora, por cabezas»; y

d) En el momento de morir, doña Asunción de Abaitua y Solagui conservaba la vecindad vizcaína, y su sucesión es forzoso regularla por las normas del Fuero de Vizcaya. Es curioso esta circunstancia de que la sucesión de doña Asunción Abaitua se regule por el Fuero de Vizcaya, respecto del cual ha dicho que no tiene aplicación en los casos de doña Asunción Alzaga y doña Pilar Olano. Pero la divergencia es patente: doña Asunción no tenía la condición de vizcaína en el momento de morir y además lo hizo sin testamento. Doña Pilar, aunque tenía la condición de vizcaína en el momento de morir, lo hizo también sin testamento. Doña Asunción abuela tenía en cambio la condición de vizcaí-

na en el momento de morir y además murió con testamento. Que la diferencia se explica con toda perfección. Que sobre la base indicada surge el problema relativo a la validez por nulidad de esa cláusula quinta que ha transcrito en lo que respecta a su segunda parte; es decir, al extremo relativo al supuesto de que falleciera la heredera sin sucesión legítima, determinando entonces si los bienes de la herencia deben pasar o no a los otros nietos de la testadora por cabeza. Que el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Bilbao y la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos no dudaron un momento. Entendieron que la cláusula era perfectamente válida y habría de producir plenos efectos jurídicos. Que nada dice la sentencia de la Audiencia en pro de esta tesis por lo que resulta forzoso acudir al de los considerandos once, doce y trece de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que resuelven el problema sobre la base de entender que la cláusula es válida por dos razones fundamentales; a saber:

a) Porque encierra una institución de heredero sujeta a condición resolutoria, estando sujeta la adquisición de los bienes por la heredera doña María Asunción Alzaga a los efectos de la resolución; es decir, a los efectos de saber si la misma tendría o no hijos; y

b) Porque en todo caso la cláusula no va en contra de la legítima vizcaína—Ley XI, título XX, del Fuero de Vizcaya—.

Combate el recurrente ambas razones para demostrar en dos motivos de casación independientes que la institución de heredero no está sujeta a condición de tipo resolutorio como el Juzgado sostiene, y en todo caso—he aquí el argumento esencial—, la cláusula de que se trata va en contra de la intangibilidad de la legítima y constituye un gravamen o condición que no admite el Fuero de Vizcaya. Que las partes litigantes están de acuerdo en que la cláusula del testamento de doña Asunción de Abaitua que anteriormente ha transcrito es válida y eficaz en cuanto encierra una institución de heredero a favor de doña María Asunción de Alzaga y Olano. Reúne cuantos requisitos son necesarios incluso en lo que respecta al apartamiento del resto de los descendientes. Una vez despejada esta primera duda cabe afirmar que la parte segunda de la citada cláusula constituye un supuesto de sustitución vulgar consistente en que al premorir la testadora a la primeramente instituida heredera, operaría la institución sin limitación alguna, y sólo en el supuesto de que la heredera falleciera antes aquellos bienes pasarían a los demás nietos de la misma. Sustitución vulgar, tal como se razona y estudia en el artículo 774 del Código Civil. «Puede el testador substituir una o más personas al heredero o herederos instituidos para el caso en que mueran antes que él o no quieran o no puedan aceptar la herencia.» Ha transcrito el texto del artículo 764 del Código Civil por ser la disposición que regula el tipo de sustitución que pretendió en su testamento doña María de la Asunción Abaitua. Que el propio Juzgado de Primera Instancia afirma que no se está ante una sustitución fideicomisaria; afirma que tampoco se está ante una fideicomiso de residuo y niega la tesis de la sustitución vulgar y simplemente por entender que la intención de la testadora era la de que su nieta recibiese los bienes para sí, para sus descendientes, pero en el supuesto de que la nieta falleciera aquella intención de la testadora se desplaza al resto de sus descendientes para evitar que aquellos bienes vayan a parar a un extraño. El Juzgado interpreta la disposición de última voluntad sobre la base de creer que la testadora no pensó nunca en la premorencia de la heredera y al no pensar en este importante detalle es patente que la cláusula no podía en-

cerrar un supuesto de sustitución vulgar. Sin embargo, tal interpretación la estima contraria a Derecho y por ello la invocación del artículo 675 del Código Civil, que se limita a mantener la correcta tesis de que toda disposición testamentaria debe entenderse en el sentido literal de sus palabras, salvo el supuesto de que aparezca con claridad que la voluntad del testador no coincide con la literalidad de la disposición. Que en el presente caso entiende el recurrente que hay coincidencia absoluta entre la literalidad de la cláusula y la intención de la testadora. No puede caber duda alguna de que con la citada cláusula doña Asunción de Abaitua estableció una sustitución vulgar a favor del resto de sus nietos para el supuesto único de que la instituida heredera falleciera sin sucesor legítima. Heredero sustituto o vulgar es un segundo o ulterior heredero instituido por el caso de que el instituido en primero o anterior lugar no llegue a serlo; el heredero sustituto vulgar entra en la posesión de la herencia cuando el sustituto no llegue a serlo, por premorir al testador, por renuncia de la herencia o por cualquier otra causa. Que en presente caso se está ante un tipo de sustitución de la naturaleza de la que viene analizando, y ello por las siguientes razones:

a) Porque en todo momento fué deseo y decisión de la testadora doña Asunción de Abaitua el que su nieta, la primeramente instituida adquiriera los bienes de su herencia con plena y total facultad de disposición.

b) Porque al instituir heredera de sus bienes a su nieta, no le impuso obligación de conservarlos para ningún otro heredero de llamamiento posterior, ni le prohibió que dispusiera de ellos por disposición testamentaria.

c) Porque al disponer en la misma fecha—20 de octubre de 1943—de los bienes correspondientes a la herencia de su marido, en la escritura de donación que otorgó a favor de doña María Asunción Alzaga, le transmitió la propiedad de tales bienes con plena y total libertad de disposición; no le puso gravamen de ninguna clase sin duda porque entendió que no había razón ni motivo para ello. Que cabe alegar que sobraba la cláusula que analiza en el supuesto de que efectivamente se tratase de una sustitución vulgar, pero realmente en el supuesto de que la heredera hubiera muerto antes que la testadora, entonces los actuales recurridos hubieran podido beneficiarse de aquella sustitución realizada a su favor. Que sin embargo, frente a la claridad que se desprende de cuanto viene afirmando, es lo cierto que el Juzgado de Primera Instancia entendió que se estaba ante una institución de heredero sujeta a condición resolutoria y aplicó el artículo 791 del Código Civil en relación con el 1.113 del propio texto legal. Que tal criterio, aceptado más tarde por la Audiencia entiende que es erróneo, porque en ningún caso se trataría de una condición resolutoria, ya que si el testador subordinó la institución de heredero al hecho de que su heredero falleciera con descendientes, más bien se está ante una condición de tipo suspensivo, de efectos análogos al de la prohibición de enajenar tal como además se estudia en algunas resoluciones del Tribunal Supremo que comentan situaciones análogas (sentencias de 30 de junio de 1866, 5 de junio de 1874 y 4 de mayo de 1917). Que en todo caso es forzoso resaltar que a los efectos de su afirmación de que la cláusula que comenta es nula y no produce efectos jurídicos, carece de trascendencia esta tesis mantenida por el Juzgado de Primera Instancia, ya que en todo caso la cláusula va en contra de la legítima vizcaína. Que en el presente basta con consignar su criterio de que la cláusula en cuestión no puede producir efectos porque tenía su origen en la intención de la testadora de que si la instituida muriera antes que ella, los bienes

pasen al resto de sus nietos. Como no ocurrió así, sino por el contrario que la testadora murió y doña María Asunción Alzaga y Olano consolidó en su patrimonio la institución realizada por su abuela, es patente que aquella cláusula queda sin eficacia y no puede tener trascendencia práctica de ningún género.

Quinto. Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, alegamos infracción legal de las leyes XIV y XVIII del título XX del Fuero de Vizcaya y de las leyes V y X del título XXI del propio fuero, ambas disposiciones legales por no aplicación de las mismas, vulneración que se produce al estimar como válida la cláusula del testamento de doña Asunción antes referida; asimismo existe infracción de la Ley VII del título XXI del propio Fuero, como en los casos anteriores por no aplicación. Decía en el anterior motivo de casación que poco importaba a los efectos del recurso el hecho de que entendiera que la cláusula que estudia del testamento de doña Asunción pudiera tener la naturaleza de una institución de heredero sujeta a condición resolutoria. Aceptando el hecho—el motivo anterior demuestra que no está conforme con el criterio de la sentencia de instancia—es lo cierto que la cláusula tal como se encuentra redactada adolece de grave defecto motivador de nulidad porque va en contra de la intangibilidad de la legítima vizcaína, precepto que proclama la Ley VII del título XXI del Fuero de Vizcaya. Que ya dijo antes que no existía discusión en cuanto a la realidad de que la sucesión de doña Asunción Abaitua y Solagui debe regularse por las normas del Fuero de Vizcaya, con lo que este primer obstáculo que pudiera presentarse cabe eliminarlo en forma total y absoluta. Que esto expuesto la legítima en el derecho vizcaíno consiste en todos los bienes troncales y en una parte de los bienes muebles con respecto a los herederos descendientes y ascendientes legítimos. Normas reguladoras del problema lo son las que sirven de cabeza a este motivo de casación, y así en la Ley XIV se indica que faltando descendientes y ascendientes, se puede disponer de los muebles a voluntad, reservando la raíz para los profínos tronqueros; en la Ley XVIII se señala que de la raíz puede disponerse hasta el quinto por el alma, aunque haya parientes. La Ley XIV reserva todos los bienes raíces para los profínos tronqueros y la XVIII vuelve a exceptuar un quinto de estos bienes para disponer por el alma del testador. Que en concreto, la herencia en el Fuero de Vizcaya es en su totalidad legítima de los descendientes y ascendientes, y ello cualquiera que sea la naturaleza de los bienes que la integran, sin embargo, cuando de colaterales se trata solamente tiene matiz legítimo los bienes inmuebles, por lo que si el testador guarda silencio, todos los bienes en el primer caso son legítimos, y en cambio, solo los bienes inmuebles en el segundo tienen tal carácter. La facultad dispositiva del causante acerca de los bienes inmuebles solamente alcanza al quinto de aquellos, pero nunca a más, y ello aunque haya herederos forzosos según dispone expresamente la Ley XVIII, título XX. Curioso es observar que este quinto disponible sólo puede sacarse de los bienes raíces. En consecuencia, el testador no tiene facultad de dedicar los bienes raíces, sino aquella finalidad—en favor del alma—; los demás por ser legítima deberá entregarlos al pariente escogido. Que en estas condiciones cabe sentar una primera conclusión a través naturalmente del estudio de los preceptos a que acaba de referir. La herencia en el Fuero de Vizcaya es en totalidad legítima y en esas condiciones es patente que el propio Fuero faculta a designar la persona que ha de recibir inmediatamente que muera el testador la totalidad de los citados bienes. Se permite escoger entre el conjunto de

parientes el heredero preferente cuya elección excluye a la siguiente; es decir, los descendientes excluyen a los ascendientes y éstos a los colaterales, pero dentro de cada grupo el elegido excluye a los demás. Ello es así porque lo impone la legislación foral de tal manera que los padres no están obligados a repartir la legítima por igual entre sus hijos, y pueden señalar uno de ellos con derecho preferente apartando a los demás en la forma que el Fuero establece. El causante ejerciendo esta libertad puede apartar a todos los individuos del grupo preferente menos a uno, pues no tiene facultad de separar a todos con lo que su libertad no es total, ya que los bienes han de entregarse a un determinado pariente, y si resulta que en su disposición excluye a la totalidad de los herederos, infringe el precepto legal porque no designa heredero, y ello no es posible. Que sobre esta base y continuando de momento con el análisis de los preceptos que ha señalado como infringidos la Ley VII del título XXI impone al testador que la entrega de la legítima ha de ser efectiva y real, cualitativa y cuantitativamente y además ha de ser ingravada e incondicionada. He aquí el motivo de la nulidad de la cláusula del testamento de doña Asunción, aunque dicha cláusula constituía una condición. Doña Asunción no tenía facultad para condicionar a su heredera la institución. Dice la Ley VII del título XXI con el epígrafe de «en qué caso se puede poner gravamen a los hijos» lo siguiente: «En la legítima no ha lugar a gravamen, que habian de Fuero y establecían por Ley, que los padres u otros cualesquiera disponientes en vida o en muerte no puedan poner en perjuicio de la legítima, y de lo que se debe a aquellos en quien la tal disposición se hace, gravamen alguno, vínculo, sumisión, ni restitución en aquella tierra raíz, con que hacen la dicha aportación, sucede en lugar de la legítima, y de los bienes debidos, y si lo pusiesen no valga, y sea como si no lo hubieran puesto.»

Que la disposición es clara y terminante, no se puede imponer gravamen alguno, vínculo ni sumisión o restitución, con lo que al pensar en la condición que se impone a doña María Asunción Alzaga surge evidentemente la nulidad de la misma. En el testamento de 20 de octubre de 1943 doña Asunción de Abaitua al fallecer con descendientes estaba obligada a disponer de los bienes en favor de uno de sus herederos; la legítima de su herencia la constituían la totalidad de los bienes raíces, y en su caso, los bienes muebles con excepción de la cantidad de cinco mil pesetas de la que dispuso para actos propios. El grupo preferente de parientes de la testadora lo constituían sus nietos; los demandantes—hermanos Olano y doña María Asunción de Alzaga—esposa que fué del actual recurrente—. Dentro del grupo, con apartamiento de los demás nietos—cumpliendo lo dispuesto en el Fuero—la testadora eligió como heredera principal a doña Asunción de Alzaga y Olano, y la instituyó como su universal heredera en el remanente de todos sus bienes y derechos y acciones. Aquella institución doña Asunción no podía ni gravarla ni condicionarla, pues la totalidad de los bienes que transmitía constituía la legítima, con lo que al surgir aquella cláusula que viene examinando, nace una limitación a la facultad de disposición de doña María de la Asunción Alzaga, que no es posible aceptar ni admitir, por lo que la cláusula resulta nula de pleno derecho. Ahora bien, frente a esta claridad de doctrina que dice la sentencia de la Audiencia para defender la validez de la cláusula, absolutamente nada por sí misma, toda vez que se apoyó una vez más en la sentencia de Primera Instancia. El Juzgado entiende que es válida la cláusula por las siguientes razones:

a). Que el gravamen que la condición

supone es muy relativo, porque la heredera podía disponer libremente de todos los bienes de la herencia durante su vida, aunque no pudiera hacerlo en trance de muerte.

b). Que en el Fuero de Vizcaya no se establece un alegitima individual propiamente dicha, sino que más bien se establece una legítima que los tratadistas denominan generalmente colectiva en favor de un grupo determinado de personas y concretamente de los descendientes, por lo que no entra en juego la Ley VII del título XXI. Que la argumentación que ha recogido no puede ser más endeble ni más inconsistente, toda vez que infringe resueltamente las disposiciones legales que encabezan el presente motivo de casación. La nulidad o ineficacia de un gravamen sobre los derechos legítimos no depende de la mayor o menor importancia del gravamen; lo que se prohíbe es precisamente la existencia de dicho gravamen, y lo que no cabe admitir es que porque se entienda que la limitación es pequeña la admita, porque lo importante es el hecho en sí y no su mayor o menor trascendencia. Por eso cuando el Juzgado dice que el gravamen es muy relativo y por tal razón lo considera válido, altera profundamente la disposición legal, porque, no importa la cuantía sino el concepto. El primer argumento carece totalmente de valor. En cuanto al segundo de los razonamientos que sirven de base al Juzgado de Primera Instancia, la consecuencia será la misma. Es inexacto afirmar que la prohibición de gravar dispuesta por la Ley VII se refiere exclusivamente a la tierra de aportación, por cuanto que del contenido textual de la Ley claramente se acredita que lo que con ella se persigue es la finalidad de impedir que se grave la legítima. Ciertamente que la prohibición de la Ley se hace extensiva a la «tierra de aportación», que el Fuero equipara a la legítima al decir que «la tal tierra de aportación sucede en lugar de la legítima». Ahora bien, que la Ley haga extensiva a la tierra de «aportación» la prohibición de imponer gravamen alguno, no quiere decir que lo único que la Ley prohíbe es gravar la tierra de aportación, sino precisamente todo lo contrario, ya que la Ley consagra como principio primordial la prohibición de gravar la legítima, y sólo como mera consecuencia la prohibición de gravar «la tierra de aportación». Cuando el Juzgado entiende que lo único que el Fuero prohíbe es gravar la tierra de aportación incurre en flagrante infracción porque altera los términos de la Ley y clivida lo principal para fijarse en lo accesorio, además para salir del error el Juzgado dice que excluida la tierra de aportación—legítima propiamente dicha—todo lo demás—también legítima—, constituye una mejora que puede gravarse, introduciendo una gravísima confusión en la interpretación del precepto, nacida de que la mejora es institución que no existe en el derecho vizcaíno, ya que dentro de su actual sistema sucesorio no tiene cabida una disposición como la mejora castellana, puesto que la cuantía de la misma resultaría infijable y no cabe admitir disgregación alguna en la legítima, puesto que los bienes de la cuota de aportación son asimilables a la legítima y como ella absolutamente ingravables. Es decir, que todo es legítima y como el propio Juzgado reconoce. Por eso es anómala la sugerencia que la sentencia hace incluso a la palabra mejora. Por lo demás, el error es tanto más grave en cuanto se piensa que dentro del Fuero de Vizcaya todo lo que recibió doña María de la Asunción de Alzaga y Olano tiene la condición de legítima, por lo que llámese como se llame, lo que no podía hacer doña Asunción de Abaitua era imponer el más pequeño gravamen. Sin embargo, lejos de hacerlo así, aquel todo recibido por la heredera preferente, quedó condicionado en la forma que se deduce de la

cláusula que estudia. Se sometieron los bienes a la condición relativa a la existencia de descendientes y surgió una grave limitación que no admite el Fuero de Vizcaya ni los preceptos que expresamente analiza. Donde se encuentra el fallo principal es en el hecho de desconocer que lo recibido por doña Asunción de Alzaga fué la legítima de la herencia de su abuela, en virtud de su condición de heredera principal en representación del grupo preferente de parientes legitimarios. Esta legítima no podía ser gravada, no podía ser condicionada, y como sin embargo lo fué tal como entiende el Juzgado y la Audiencia, es patente que la cláusula ha de estipular la nula, ineficaz y siguiendo las palabras del propio Fuero cabría añadir que «si lo pusiere no valga y sea como sin o lo hubiera puesto». Que la cláusula discutida resulta ineficaz en un doble sentido, porque constituiría siempre y en todo caso una sustitución vulgar, y porque además la misma iría en contra de las disposiciones legales que sirven de base a este motivo del recurso.

Sexto. Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alega infracción legal por no aplicación de la Ley VII título XXI, Ley XI título XX y Ley VI título XX del Fuero de Vizcaya, así como infracción por aplicación indebida de la doctrina de los actos propios, e infracción por no aplicación de las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1896, 4 de mayo de 1897, 29 de octubre de 1913, 2 de enero de 1946. Que dentro todavía del tema relativo a la validez o nulidad de la cláusula del testamento de doña María Asunción Abaitua y Solaegui le resulta obligado formalizar un tercer motivo de casación sobre el mismo tema que se apoya en la infracción de los preceptos a que se ha referido en cuanto a la que pudiera considerarse como segunda institución—la que se hace a favor de los hijos de don Ramón adolece de vicio esencial en cuanto en el momento de hacerle falta el requisito o formalidad del apartamiento—. En efecto, dentro de los requisitos formales que el Fuero de Vizcaya exige para que las instituciones puedan ser consideradas como válidas y eficaces, recuerda la inexcusable necesidad del requisito denominado del «apartamiento». Es decir, para que una institución de heredero sea eficaz en el Derecho vizcaíno resulta imprescindible que el testador haga constar este requisito del apartamiento de los demás herederos que el Fuero exige en los preceptos que sirven de base a este motivo de casación. Por ello, aun en el supuesto de que aquella cláusula del testamento de doña Asunción Abaitua pudiera ser considerada como válida, olvidando que en el fondo implica un gravamen a la legítima prohibición por el Fuero de Vizcaya, es lo cierto que esa cláusula, en su párrafo segundo, cuando se produce el llamamiento de los actuales recurridos no se inserta la formalidad del apartamiento. Comienza el recurrente por consignar que las sentencias de instancia reconocen la imperiosa necesidad de este requisito impuesto por el Fuero de Vizcaya, pero la razón que alega para entender que no es aplicable al supuesto planteado es la siguiente: Inexcusable la necesidad del requisito del apartamiento para que una institución de heredero en el Derecho vizcaíno sea válida y eficaz, pero cuando se trata de una segunda institución no es necesario hacer aquel apartamiento en cuanto a la primera heredera, que ya había recibido la totalidad de los bienes de la herencia, y tampoco resulta preciso para el resto de los parientes no instituidos en el primero ni en el segundo llamamiento, porque habían sido apartados totalmente al hacer la primera institución, sin olvidar—tesis del Juzgado—que el contenido económico de los bienes de la apartación es nulo o casi nulo. Que la tesis que acaba de desarrollar, y que responde al criterio mantenido

en la sentencia que se recurre, infringe resueltamente por aplicación indebida la Ley VII del título XXI del Fuero de Vizcaya. El requisito del apartamiento es imprescindible en todo llamamiento, tanto en lo que respecta al primer instituido como en lo que al segundo se refiere. Cuando doña Asunción de Abaitua en la cláusula que comenta instituye a sus demás nietos, forzosamente debió hacer constar el apartamiento en cuanto a la primera heredera, toda vez que si bien ésta podía haber disfrutado en vida de los bienes de la herencia, al operar la segunda institución y cumplirse esa condición de que el Juzgado habla, resultaba patente que no recibía ninguna cuota o parte de herencia en pago de sus derechos legitimarios en plena disposición para poder transmitirla a sus legitimarios en plena disposición para poder transmitirla a sus legítimos herederos, que podían existir, como realmente han existido. Es decir, que instituida otra persona en la forma que se razona en las sentencias recurridas, si al hacer el segundo llamamiento no se incluye el requisito del apartamiento, se comete grave infracción del texto del Fuero y ello por la razón que puede ocurrir que el primer instituido no llegue a consolidar la facultad de disposición sobre los bienes recibidos, quedando prácticamente desheredado al tener eficacia el segundo llamamiento; con ello el primer instituido quedaría apartado de la herencia sin cumplirse aquella formalidad imprescindible de la declaración de apartamiento, formalidad tanto más necesaria cuanto que su falta provoca la nulidad e ineficacia de la institución. Por otra parte, es precisa también en la formalidad del apartamiento en la segunda institución en cuanto al resto de los posibles herederos o descendientes de la testadora, como asimismo de cuantos parientes colaterales pudieran existir, sin que tenga eficacia la argumentación contenida en la sentencia recurrida de que, por haberse hecho la apartación en la primera institución no es necesario repetirla en la segunda, ya que, en cada caso concreto de institución puede ser variable, por cuya razón el Fuero en los preceptos que ha reseñado obligaba al causante a fijar la extensión de esta cuota en cada caso individual y la omisión de tal formalidad en una segunda institución trae consigo la nulidad de la misma por faltar la expresión volitiva del testador, consistente en ese requisito formal. El criterio que desarrolla no solamente resulta de la recta interpretación de los preceptos del Fuero, sino que bien impuesto por el Tribunal Supremo en alguna sentencia, como la de 2 de enero de 1946, que dice «que el requisito de la apartación es inexcusable y en el supuesto de que no se consigne equivale a una verdadera desheredación». Por último, en cuanto al contenido económico de los bienes de la apartación—otro argumento de la sentencia del Juzgado—, es patente que no puede tener la trascendencia de que por la cuantía de la cuota se termine la validez o nulidad del requisito, toda vez que lo importante en este caso es el cumplimiento de la formalidad, y lo que resulta intrascendente es la cuantía mayor o menor de la cuota. Todo lo expuesto demuestra que la cláusula tan combatida en el presente recurso debe considerarse nula, aunque sólo fuera por el hecho de que en el momento de formalizar la segunda institución doña Asunción Abaitua no hizo constar el requisito de apartamiento. Claro es que la nulidad tiene su origen en un motivo mucho más grave, pero tampoco cabe olvidar este defecto tan esencial que provoca igualmente la ineficacia de aquella disposición. Por último, y con objeto de evitar que al impugnar el recurso se pudiera alegar por parte de don Isidoro Escagües y de la que fué su esposa doña Asunción Alzaga la doctrina de los actos propios, resulta forzoso salir al paso de un argumento exclusivo de la Territorial de Burgos que dice

que el señor Escagües no puede impugnar la cláusula quinta del testamento de doña Asunción Abaitua por el hecho de que aceptó pura y simplemente la herencia de dicho señor practicando incluso las operaciones testamentarias, adicionándola más tarde y en definitiva admitiendo en toda su extensión la eficacia de aquella disposición de última voluntad. Sin embargo, esta doctrina de los actos propios con la que se pretende avalar una disposición que infringe resueltamente preceptos legales sustantivos no cabe aplicarla con la extensión con que lo hace la Territorial de Burgos si se piensa que don Isidoro Escagües no dió nunca su consentimiento a la famosa cláusula quinta. En un principio tanto el citado señor como su causante doña María Asunción Alzaga entendieron que la cláusula implicaba una sustitución vulgar, con lo que no podía producir aquellos efectos que inesperadamente alcanza por la trascendencia que a dicha cláusula concede la sentencia de la Territorial de Burgos. Ello ya constituye una primera razón para poder desvirtuar la tesis de la Sala. Además, no se olvide que el Tribunal Supremo en esta cuestión, algo delicada, de los actos propios adopta una postura en la cual se distingue claramente el acto propio como manifestación de voluntad de una de las partes en relación con un determinado hecho objeto de discusión del acto propio que se enfrenta con un precepto legal que cualquiera que sea la voluntad de las partes no puede vulnerarse. El que actores y demandados aceptasen mutuamente la validez de la cláusula no puede convertirles inesperadamente en eficaz, y ello por la razón de que los Tribunales deben examinar la legalidad o ilegalidad de las estipulaciones, deben calificar las mismas, y sus resoluciones se imponen siempre sobre la voluntad de las partes litigantes. En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1949. El acto propio equivale a que nadie puede ir contra un hecho que hubo de reconocer, lo cual no quiere decir, ni nadie ha dicho nunca que frente a una estipulación o a una disposición ineficaz de pleno derecho pueda un acto propio convertirla en plenamente eficaz, en totalmente válida y en productora de efectos jurídicos. Piénsese que se está ante un supuesto de intangibilidad de la legítima vizcaína, lo que naturalmente no puede paliarse por un aceptamiento más o menos expreso de la voluntad de la testadora por parte del señor Escagües. El ámbito de la ineficacia de la cláusula discutida es bastante mayor de lo que la Territorial entiende y es evidente que no puede en este caso un acto propio atribuirle a uno de los litigantes convertir en eficaz una cláusula o una disposición que es nula de pleno derecho. Por eso, la doctrina de los actos propios en el presente caso tampoco sirve para que la disposición de última voluntad de doña Asunción de Abaitua en lo que respecta a la cláusula discutida pueda ser considerada como válida. La serie de motivos que justifican su criterio queda perfectamente explicada a lo largo de los argumentos contenidos en los tres motivos de casación que afectan a este importante problema.

Séptimo. Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alega infracción legal por no aplicación de la Ley XI del Título XX y de la Ley VI del Título XXI del Fuero de Vizcaya. Al iniciar el desarrollo del presente motivo de casación dijo que eran tres las cuestiones fundamentales que se ventilaban en el mismo, cuestiones que han sido ampliamente desarrolladas en los distintos motivos articulados hasta el momento. Entonces hubo que añadir que existían otros temas de mínima importancia respecto de los cuales se pronunciará en su momento. Estos dos últimos motivos de casación habrá de articularlos tienen por finalidad poner de manifiesto la infracción cometida

en la sentencia de la Territorial de Burgos en lo que respecta estos problemas de menor importancia. Concretamente dos son las cuestiones que seguidamente plantea. La primera la que se refiere a la restitución de los legados que se hicieron a favor de los actuales recurridos por doña Asunción Abaitua; la segunda la que se refiere a la omisión padecida por la sentencia de Burgos, que resulta imprescindible aclarar debidamente. El presente motivo queda referido únicamente al tema de los legados, comenzando por manifestar que en el apartado H) del suplico del escrito de contestación a la demanda se solicitó en trámite de reconvencción se condenara a los demandantes a devolver cada uno de ellos la suma de treinta mil pesetas, que como importe de los legados instituidos en su testamento por doña Asunción de Abaitua y Solazgui recibieron en las escrituras públicas, cuyo testimonio auténtico obra en los autos. Asimismo hubo de solicitar el señor Escagües en el propio escrito de contestación a la demanda la declaración de nulidad del legado de la casa «Nafarroa», legado que también realiza doña Asunción de Abaitua a favor de su nieto don Ramón Olano y López de Letona, uno de los demandantes en el presente procedimiento. Dos eran las razones que se alegaban para sostener la procedencia de la restitución de los legados consistentes en las treinta mil pesetas en metálico: la primera, la de que si el pago de tales legados se hizo por el albacea testamentario doña Asunción de Abaitua bajo la base de que el heredero de dicha señora era su nieto doña María Asunción de Alzaga y Olano, en el supuesto de que prosperara la tesis mantenida por la sentencia de la Territorial de Burgos, el pago de los citados legados debe de hacerse con los bienes que los propios legatarios reciben, pero nunca con aquellos bienes de doña Asunción de Alzaga con los que realmente se pagaron; la segunda razón, estricta en el hecho de que en el momento de instituir los legados la testadora olvidó el tan repetido requisito del apartamiento, lo que implica una infracción de los preceptos que sirven de base a este séptimo motivo de casación. Las sentencias recurridas adoptan en este tema de la restitución de los legados de las treinta mil pesetas una tesis puramente negativa, toda vez que se limitan a decir que desde el momento en que no ha probado de una manera auténtica que el pago de los citados legados lo hiciera doña María de la Asunción Alzaga, mal se puede pedir la restitución de aquellas cantidades. Sin embargo, la Audiencia olvida al hacer este argumento que la prueba de tal entrega se encuentra demostrada por el hecho de que los legados se pagaron con los bienes de la herencia recibida por doña Asunción. Si más tarde, como consecuencia del pleito que ventila aquellos bienes van a parar a otras personas, es lógico que sea de su cargo el abono de los repetidos legados. En todo caso, tanto en lo que se refiere a estos legados en metálico como en el que respecta al legado específico de la casa «Nafarroa», es la cierto que la testadora no hizo constar en el momento de hacer los legados el requisito del apartamiento, con lo que por imperio de lo dispuesto en el Fuero de Vizcaya, por cuantas razones se alegaron en el motivo de casación anterior y por resultar imprescindible la consignación de este requisito, aquellos legados resultan nulos de pleno derecho y así debe declararse en la sentencia que se dicte.

Octavo.—Al amparo del número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto el fallo que se impugna otorga más de lo pedido por los demandantes. Que en el apartado quince de la parte dispositiva de la sentencia que impugna se dice lo que sigue: «Los demandantes están obligados a abonar al demandado el importe de las mejoras que este o su finada esposa, doña María Asun-

ción Alzaga han realizado en los bienes de la herencia de doña Asunción Abaitua Solazgui, propiedad ahora de dichos demandantes, cuya cuantía se fijará en trámite de ejecución de sentencia». Que el Juzgado de Primera Instancia admitió que el señor Escagües era propietario a través de la declaración de herederos de su esposa de los bienes recibidos por aquella por la donación de su abuela, bienes que procedían de la herencia de don Francisco Olano. La Territorial de Burgos no lo entendió así y al anular aquella declaración de herederos privó al señor Escagües de esos otros bienes que poseían del señor Olano. En estos bienes también se hicieron mejoras por doña María Asunción Alzaga y por el señor Escagües, y como el concepto es el mismo y la razón idéntica, será forzoso, salvo que la congruencia falle que se declare el derecho del señor Escagües a percibir el importe de las mejoras no sólo de los bienes de la herencia de doña Asunción Abaitua, sino también en los bienes de la herencia o procedentes de don Francisco Olano. El hecho de que la Territorial de Burgos no hiciera esta declaración supone conceder a los demandantes más de lo que realmente pidieron, porque en el fondo les atribuye también las mejoras que doña Asunción Alzaga o su marido pudieran haber hecho en los bienes procedentes de la herencia de don Francisco Olano.

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Francisco Eyre Varela:

CONSIDERANDO que es preciso antes de entrar en el examen del presente recurso aclarar que este pleito y, en consecuencia, esta casación, se rige por la legislación anterior al régimen legal instituido por la Compilación del Derecho civil de Vizcaya y Alava, Ley de 30 de junio de 1959, a tenor de sus disposiciones transitorias en relación con las del Código Civil, como también se reconoció en el acto de la vista:

CONSIDERANDO que es básico para el examen de los dos primeros motivos del recurso esclarecer que, como consecuencia de la Ley de Mostrencos, de 1835, de aplicación a toda España, el Tribunal Supremo, a partir de la conocida sentencia de 1893, viene constantemente declarando excluida una sentencia de la época republicana de 1936, que la sucesión intestada se rige en todo el territorio nacional por el Código Civil, con lo que para ese supuesto quedaron sin efecto los distintos regímenes sucesorios abintestato en toda su integridad de los territorios forales, excepto el aragonés desde la vigencia de su apéndice, sin que se excluya Vizcaya, porque para ese caso no es aplicable la Ley XV del Título XX de su Fuero, cuya vigencia se sanciona en el último párrafo del artículo 10 del Código Civil por no afectar a tal sucesión intestada, y así concretamente lo ha reconocido también la jurisprudencia del indicado Tribunal:

CONSIDERANDO que sin necesidad de otros argumentos, es indudable que habiendo fallecido abintestato doña Pilar de Olano y Abaitua y su sobrina doña Asunción Alzaga, tanto que fueran vizcainas como que no lo fueran, sus sucesiones se rigen ambas por el Código Civil, y al haberlo hecho así los Juzgados de Bilbao números 4 y 3 respectivamente en sus autos de 5 de febrero de 1943 y 5 de mayo de 1953, declarando heredera de aquella a su madre y de ésta a su esposo como más próximos parientes conforme al Código Civil, hicieron recta aplicación de derecho y deben mantenerse dichas resoluciones y, en su virtud, estimar los dos motivos primeros del recurso, que denuncian las infracciones legales en ellos consignadas cometidas por la Sala de instancia al declarar la nulidad de tales declaraciones de herederos, lo que sustancialmente ya venía establecido en pleito semejante sobre esas herencias, en senten-

cia de esta misma Sala de 11 de octubre de 1960:

CONSIDERANDO que es esencial para el estudio de los motivos de que luego se hará mención, destacar como hechos incontrovertibles que doña Asunción de Abaitua y Solazgui falleció bajo su último testamento otorgado en Bilbao en 30 de octubre de 1943, en el cual reconoce, como así es, que no tiene más herederos forzosos que sus nietos los actores y la esposa del demandado, entonces soltera, doña Asunción Alzaga Olano, por lo que instituye a ésta como heredera universal, apartando con legados a los demás, pero insertando en la cláusula quinta después de hacer esa institución, literalmente, lo siguiente: «Caso de fallecer la heredera sin sucesión legítima pasarán los bienes de esta herencia a los demás nietos de la testadora por cabezas», cuya validez fué impugnada por don Isidro Escagües, y rechazada en ambas instancias, viene a este recurso de casación por los motivos cuarto, quinto y sexto, en los cuales, al amparo del número primero del artículo 1.692, se impugna el fallo bajo los siguientes aspectos, ordenados en cada uno de esos motivos respectivamente: errónea interpretación de la cláusula, implicar ésta un evidente gravamen de la legítima y falta del «apartamiento» necesario según el Fuero de Vizcaya; y examinándolos por el mismo orden resulta: a) En cuanto a la primera, indudablemente no encierra como se pretende una sustitución vulgar, pues aun cuando conforme al artículo 774 del Código Civil, que se cita como infringido, no se limita sólo a designar sustituto para cuando el primer instituido fallezca antes que el testador, sino también para cuando no quiera o no pueda aceptar la herencia, los términos en que se expresa no permiten aceptar esa interpretación formulada por el recurrente, antes bien permiten lo contrario, pues de ninguna de esas palabras se deduce que tuviera otro propósito que el de establecer una institución condicional para que los bienes no salieran de la familia, pero, aunque otro pudiera ser el criterio de la Sala, ante la duda, y ésta está al margen de toda discusión, debe prevalecer la interpretación de instancia, salvo el caso de palmario desvío de las normas legales a que debe atenerse en su obligado cometido, de las que consta en esos términos no haberse separado. b) Por lo que respecta al gravamen de la legítima es un problema que no puede resolverse sin esclarecer el concepto y contenido de la legítima foral vizcaína, la cual está constituida en realidad, cuando se trata de casos como el que es objeto del pleito, por la integridad de la herencia, salvo el quinto de que puede disponer el testador en ciertas condiciones en favor de todos aquellos a quienes se la reconoce, pero con la facultad de designar heredero a uno o varios de los hijos o descendientes apartando a los demás; es decir, la legítima, que en último término, igual que en el Código Civil, la constituyen aquellos bienes de que el testador no puede disponer libremente, en Vizcaya corresponde en potencia a todos los llamados a ella, es una expectativa colectiva de la que son privados por voluntad del testador en favor de uno o varios, reduciendo a los demás a una formal participación sin verdadero contenido económico, incluso un centímetro cuadrado, una obrada de tierra expresa algún foralista, y claro que esa porción o cuota de apartamiento no puede estar sujeta a ninguna limitación, a ningún gravamen y así lo establece taxativamente la Ley VII del Título XXI del Fuero, de aplicación al caso, pero si admite, y esto es muy importante a los efectos que a continuación se asientan, que en lo que exceda incluso tratándose de «cualesquiera» bien raíz, establece que «qualquiera» u otro cualquier gravamen y disposición, que los tales padres o dispo-

nientes en vida o en muerte pusieren...», lo que si permite para los separados no puede estimarse negado en buenos principios lógicos e interpretativos respecto al heredero que se lleva la mayor parte de los bienes, cuando no la totalidad, mientras no aparezca lesionada la mínima parte de que el testador no podía disponer y cuando el gravamen se impone en beneficio de los demás legitimarios, que aunque apartados los llama luego el testador a la herencia legitimaria, cuya expectativa de derecho puede satisfacerse aquel como mejor le plazca, sin que pueda sentirse gravada la heredera universal, cuando al carecer de herederos con derecho a legítima disfruta todos los días de su vida sin limitaciones la herencia, beneficio muy superior al que en derecho estricto, como a los demás legitimarios, le correspondía, y lo expuesto tiene un mayor relieve si se considera que la doña Asunción Alzaga, heredera instituida con condición resolutoria, es tan legitimaria de su abuela la testadora foral como sus primos los demandantes; «a priori» con las mismas esperanzas de derecho respecto a ésta, a los que pudo instituir igualmente herederos, como en último término así lo realizó por dicha cláusula, en la cual viene a instituirlos sujetos a una condición suspensiva, que la primera instituida falleciera sin sucesión legítima, como así sucedió; y c) En cuanto a que no se contiene declaración de apartamiento tiene, todavía, menos virtualidad que lo expuesto debido a que en el testamento que rige la sucesión de doña María Asunción de Abaitua y Solaegui se contiene tal declaración en cuanto a los otros nietos sin tener que ocuparse de la heredera que adquiere y disfruta la herencia beneficio muy superior al que por estricto derecho, independientemente de la voluntad de la testadora, le correspondía, y en cuanto a la institución de los primos de aquella, como lo son por cabezas y como herederos, no tiene entre ellos lugar tal apartación, y en cuanto a la doña Asunción Alzaga tampoco porque cuando aquellos vienen llamados por su defunción, ya no había por qué apartarla por extinción de su condición de heredera legitimaria en este caso y ocasión, con todo lo cual se pone de manifiesto la improcedencia de los tres motivos examinados, reforzada por una estimación jurídica familiar de la nota más característica de tal Derecho foral: la troncabilidad, que, en definitiva, persigue como meta culminante que los bienes no salgan del tronco familiar, sin duda lo querido por la testadora al establecer esa cláusula, quien expresamente se acogió al Fuero que invoca en su testamento y a su amparo dispuso el llamamiento de todos sus nietos en la forma en que lo hizo, pensando en no contradecirlo, sino en observarlo y murmurarlo, y lo expuesto sin perjuicio de la discutible legitimación del recurrente para la impugnación que sostiene:

CONSIDERANDO que en el séptimo motivo se denuncia la infracción por no aplicación de la Ley XI del título XX, y la sexta, del XXI del Fuero, por cuanto la Sala de instancia no acordó la devolución o pago de los legados en metálico a que se refiere y no declaró la nulidad de los mismos y del legado de la casa de «Nafarroa», aquellos porque habían sido pagados indebidamente con cargo a la herencia de doña Asunción Alzaga, y todos por falta de «apartamientos» exigido por el Fuero, todo lo que debe ser rechazado, en el aspecto del pago por la herencia, porque la Sala niega que se pagara a tal cargo, faltando base para la infracción, la cual, además, no se ampara de precepto alguno a ese fin, y en el otro, porque sin entrar a examinar si los casos a que se refieren las leyes citadas alcanzan a esos legados, lo cierto es que todos los legatarios están expresamente declarados apartados en la cláusula quinta en toda la extensión que el Fuero requiera de la herencia de la testadora, con lo que está

cumplida en todo caso tal exigencia formal, cuya apartación de la herencia de la testadora, como herederos forzosos que son los nietos, según en la propia cláusula se reconoce, al ser apartados de la herencia, lo son entre sí y con respecto a la heredera instituida, con lo que este motivo es insostenible.

CONSIDERANDO que los motivos tercero y cuarto que alegan incongruencia de la sentencia, al amparo del número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimados los dos primeros no cuentan a los efectos de esta resolución, pues prevalecen las declaraciones de herederos impugnadas, lo que comporta que no hay que hacer nueva declaración de herederos ni nada se restituye por consecuencia de lo ahora resuelto, por lo que deben rechazarse.

CONSIDERANDO que los motivos tercero y cuarto que alegan incongruencia de la sentencia, al amparo del número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estimados los dos primeros no cuentan a los efectos de esta resolución, pues prevalecen las declaraciones de herederos impugnadas, lo que comporta que no hay que hacer nueva declaración de herederos ni nada se restituya por consecuencia de lo ahora resuelto, por lo que deben rechazarse.

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto a nombre de don Isidoro Escagües y Javierre, contra la sentencia que con fecha 10 de julio de 1957 dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, en cuanto a sus dos motivos primeros; no hacemos especial imposición en cuanto a las costas ocasionadas en este recurso, y librese al Presidente de la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que remitió.

Por esta nuestra sentencia, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» e insertará en la «Colección Legislativa», pasando al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.—Leída y publicada fue la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Francisco Eyre Varela, Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, y Ponente que ha sido en estos autos, estando celebrando audiencia pública la misma en el día de su fecha, de lo que como Secretario certifico.

Por mi compañero señor Rey-Stolle

En la villa de Madrid, a 27 de mayo de 1961: en los autos de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 8 de los de Madrid, y ante la Sala Tercera de lo civil de su Audiencia Territorial, por don Manuel Ignacio Senante Esplá y don José María Jiménez Laiglesia, aquel mayor de edad, casado, Agente Colegiado de la Propiedad Inmobiliaria y vecino de Madrid, y por fallecimiento del segundo, sus herederos doña María Rodríguez Avial Arcunaga, por sí y como representante legal de su menor hijo José María Jiménez Laiglesia y Rodríguez Avial; y don Carlos y doña María Isabel Jiménez Laiglesia y Rodríguez Avial asistida esta de su esposo don Bernardino Narváez Melgar, todos mayores de edad y vecinos de Madrid, contra la Compañía Mercantil Anónima «Campos Velázquez, S. A.», don Victoriano Maesso Miralpeix, don Pedro Suárez Rodríguez, don Angel Pérez de Leza, don Mariano y don Juan José Zúñiga Galindo y don Aurelio Sol Pagan, y por fallecimiento de éste, contra su viuda doña Adriana Mor Martí, por sí y como representante de su hija menor doña Adriana Sol Mor, y contra don Aurelio y don Mario Sol Mor, todos vecinos de Madrid, salvo don Juan José Zúñiga Galindo, que lo es de Ciudad Rodrigo,

versando el pleito sobre reclamación de cantidad por honorarios profesionales y estando pendientes los autos ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de Ley y de doctrina legal, interpuesto por referidos demandados (salvo la citada Empresa «Campos Velázquez, S. A.», que no ha comparecido), representados por el Procurador don César Escrivá de Romani y Veraza, y bajo la dirección del Letrado señor de la Herrán; habiendo comparecido el actor señor Senante y los herederos del otro demandante señor Jiménez Laiglesia, ya referidos, representados por el Procurador don Victoriano Gutiérrez Enecoliz y dirigidos por el Letrado don Hernani Rossi:

RESULTANDO que por medio de escrito de fecha 2 de julio de 1956, el Procurador don Victoriano Gutiérrez Enecoliz, en nombre y representación de don Manuel Ignacio Senante Esplá y don José María Jiménez Laiglesia, ejerció la acción preparatoria del artículo 497, número primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre reclamación de cantidad contra la Sociedad «Campos Velázquez, S. A.», don Victoriano Maesso Miralpeix, don Pedro Suárez Rodríguez, don Angel Pérez de Leza, don Mariano Zúñiga Galindo, don Juan José Zúñiga Galindo y contra don Aurelio Sol Pagan, interesando que la entidad, por medio de su debida representación y los demás en su persona, fuesen citados a la presencia judicial a fin de que, bajo juramento indecisorio, confesasen a tenor de las posiciones que en pliego cerrado se acompañaban al escrito, previa declaración de pertinencia por el Juzgado en el momento mismo de la confesión, siendo los fundamentos de esta presentación los siguientes: Don Manuel Ignacio Senante Esplá es Agente Oficial Colegiado de la Propiedad Inmobiliaria, y con él colabora en dichas actividades el otro demandante señor Jiménez Laiglesia; que en el mes de octubre de 1955 el señor Senante recibió del demandado don Pedro Suárez Rodríguez, Consejero Delegado de la Entidad, también demandada, «Campos Velázquez, S. A.», la autorización y encargo de gestionar la venta de los terrenos propiedad de ésta, sitos en Madrid en las calles de María de Molina, Velázquez, Núñez de Balboa, Valdivia y plaza de Carlos María de Castro, habiéndose de hacer la propuesta de venta mediante la fórmula de transmitir al adquirente la totalidad de las acciones que componían el capital social de dicha Empresa, fórmula que evitaba el pago de cuantiosos impuestos; que, posteriormente, el encargo o gestión citado fue confirmado por don Victoriano Maesso, también demandado y Presidente del Consejo de Administración de «Campos Velázquez, S. A.», que como figuraba entre los datos que poseían los demandantes, como interesado en la adquisición de terrenos, el Instituto Nacional de Industria, don José María Jiménez Laiglesia, colaborador del señor Senante, inició las gestiones oportunas para la venta al referido Instituto, cursando al efecto un escrito de proposición a éste con arreglo a minuta que, previamente exhibida al señor Suárez Rodríguez, fue enmendada de puño y letra de este mismo demandado; que ignorando si en nombre de los accionistas de «Campos Velázquez, Sociedad Anónima», o como Delegados de su Consejo de Administración, o como un simple grupo de accionistas interesados, lo cierto es que para intervenir en las negociaciones se constituyó una comisión integrada por los demandados señores Suárez Rodríguez, Maesso Miralpeix, Pérez de Leza, Zúñiga Galindo (don Mariano y don Juan José) y Sol Pagan, llegándose finalmente, en 9 de mayo de 1956, a la transferencia de las acciones al Instituto Nacional de Industria por un precio total de 40.000.000 de pesetas, y consumada así la venta, había llegado el momento de que los señores Senante

y Jiménez Laiglesia percibieran la comisión que tenían derecho con arreglo al Arancel, la que era de 2.000.000 de pesetas, con arreglo al precio satisfecho, a cuyo efecto, el mismo día de la venta acudieron a las oficinas de «Campos Velázquez, S. A.» donde el demandado señor Suárez Rodríguez les dijo que «no tenían derecho» a cobrar tal comisión, invocando para ello motivos que habrían de analizarse en el escrito de demanda; que ante la negativa a satisfacer la comisión devengada, se habían visto obligados los señores Senante y Jiménez Laiglesia a acudir a este trámite previo a la litis para aclarar extremos esenciales relativos a la personalidad de los demandados, a saber:

a) Si el encargo de venta hecho por don Pedro Suárez Rodríguez y confirmado por don Victoriano Maesso Miralpeix, fué cursado por orden y en representación del Consejo de «Campos Velázquez, S. A.» a que entonces pertenecían (ignorando si seguían perteneciendo), pues en tal caso sería la Sociedad citada quien habría de pagar la comisión devengada.

b) Si el encargo, aceptado y felizmente realizado, se cursó por los señores Suárez Rodríguez y Maesso Miralpeix en nombre y representación de las acciones de «Campos Velázquez, S. A.», entonces era obvio que las partes vendedoras eran los mismos accionistas que fueron de la Sociedad «Campos Velázquez, S. A.» y habiendo de pagar la comisión; y

c) Si los señores Suárez Rodríguez y Maesso Miralpeix confiaron a los señores Senante y Jiménez Laiglesia la gestión de que se trataba de un modo espontáneo y «modo propio», como representantes oficiosos de «Campos Velázquez, Sociedad Anónima» o de sus accionistas, pero sin mandato expreso de una u otros, entonces estos dos señores serían únicamente quienes, como comitentes, debían afrontar el pago de los servicios de los demandantes, sin perjuicio de su derecho a repetir, si procediera, contra la Sociedad o sus accionistas; que por las razones ya apuntadas, se encontraban los demandantes que no podían dirigir su acción contra persona o personas determinadas, por cuyo motivo acudían a este trámite previo suplicando que, por los trámites establecidos para la prueba de confesión en juicio, a tenor del artículo 498 de la Ley de Enjuiciamiento civil, acordase el Juzgado recibir declaración a los demandados en este incidente preliminar, bajo juramento indecisorio y según el pliego de preguntas que se acompañaba, previa declaración de pertinencia, practicándose tal medio de prueba y con el resultado que consta en el apuntamiento:

RESULTANDO que mediante escrito de fecha 21 de agosto de 1956, el Procurador don Victoriano Gutiérrez Encoliz, en nombre y representación de don Manuel Ignacio Senante Esplá y don José María Jiménez Laiglesia, formuló, ante el Juzgado de Primera Instancia número 8 de los de Madrid, el mismo que había entendido en las diligencias previas, demanda de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía contra «Campos Velázquez, S. A.», las personas inciertas o desconocidas que en 8 de mayo de 1955 habían transferido sus acciones de dicha Compañía al Instituto Nacional de Industria (por lo que procedía su citación y emplazamiento por edictos, sin perjuicio de dar el oportuno traslado al Ministerio Fiscal, si así procediera), y también contra don Victoriano Maesso Miralpeix, don Pedro Suárez Rodríguez, don Ángel Pérez de Leza, don Mariano y don Juan José Zuñiga Galindo y don Aurelio Sol Pagán, exponiendo en lo esencial, bajo el capítulo de hechos:

Primero. Que los señores Senante Esplá y Jiménez Laiglesia, recibieron por parte de los Servicios Técnicos de Arquitectura del Instituto Nacional de In-

dustria la petición de que les ofrecieran solares o terrenos que, reuniendo determinadas condiciones, interesase su adquisición al I. N. I., y, al efecto, consultando todos los antecedentes que tenían, hicieron ambos señores diversas ofertas al Instituto, quien, por medio de los Servicios Técnicos citados, seleccionó los solares en venta enclavados en Madrid entre las calles de María de Molina, Velázquez, Núñez de Balboa, Valdivia y la plaza de Carlos María de Castro, teniendo su entrada por la calle de Velázquez donde la correspondía el número 130, y que era propiedad de la Sociedad demandada, «Campos Velázquez, S. A.».

Segundo. Una vez realizada la elección por el Instituto, el señor Senante, a fines de octubre de 1955, se personó en el domicilio de la Entidad «Campos Velázquez, S. A.» para confirmar si seguían teniendo el propósito de vender dichos terrenos, y el señor Suárez Rodríguez, Consejero-delegado, lo confirmó si bien con la modalidad de vender la totalidad de las acciones, pues el único activo de la Sociedad eran los citados terrenos sobre los que pesaba una hipoteca del Banco Hipotecario de unos 4.000.000 de pesetas, vendiéndose libre de toda carga y hasta del personal de la Empresa, siendo tal modalidad de venta para evitar el pago de los impuestos de Utilidades y Plusvalía, muy cuantiosos al figurar los terrenos en la escritura social y en los balances de la Empresa con un valor de 10.000.000 de pesetas, denunciando el señor Suárez Rodríguez al señor Senante la existencia de un documento por el que todos los accionistas de la Sociedad estaban comprometidos a vender sus acciones a toda persona bajo determinado cambio mínimo.

Tercero. Que a fin de poner en relación vendedor con comprador para realizar la operación, los demandantes comunicaron a los Arquitectos del Instituto la indecisión de la Sociedad, entregándoles una nota con la propuesta de venta, juntamente con los planos referentes a los terrenos y que fueron facilitados al señor Senante, personalmente, por el señor Suárez Rodríguez, el que posteriormente hizo entrega de otros planos que los demandantes pusieron en manos de los Arquitectos del Instituto Nacional de Industria; y al ser aceptada, en principio, la propuesta de adquisición de los terrenos por el Instituto, el señor Senante, acompañado entonces por su colaborador señor Jiménez Laiglesia, visitó de nuevo al señor Suárez Rodríguez para manifestarle el nombre de la entidad compradora y estableciéndose que sobre el precio de venta percibirían (los demandantes) la comisión legal correspondiente, haciendo posteriormente diversas visitas, y en una de ellas (celebrada a fines de noviembre de 1955) concurrió don Victoriano Maesso Miralpeix, que fué presentado a los señores Senante y Jiménez Laiglesia como Presidente de «Campos Velázquez, Sociedad Anónima», quien informado de la marcha de las gestiones dió su expresa conformidad a las mismas, intervinieron luego en todas las reuniones, juntamente con el señor Suárez Rodríguez, dicho señor Maesso.

Cuarto. Llegó momento en que los Servicios de Arquitectura del I. N. I. expresaron a los actores la conveniencia de que se diera estado oficial al asunto, planteando formalmente la oferta de venta al Organismo comprador, y entonces los demandantes, juntamente con don Pedro Suárez Rodríguez, redactaron una carta-oferta marcando el precio que resultaba de multiplicar la superficie dada por el Consejero-delegado, por 300 pesetas pie, con lo que la cantidad total era de 55.000.000 de pesetas. Dicha carta, que fué redactada y entregada de acuerdo con el señor Suárez Rodríguez, sufrió correcciones en varios de sus párrafos de puño y letra de dicho señor, acompa-

ñando al efecto dicho borrador, y dicha carta, que por un olvido al ser puesta en limpio, no aparecía fechada, fué entregada a los Arquitectos del Instituto Nacional de Industria el 14 de diciembre de 1955, quienes, a su vez, con un «Saluda» lo remitieron al Gerente del Instituto con fecha 19 de diciembre, conforme se acreditaba, y a fines de este mes acordó el consejo del Instituto la compra de los citados terrenos, y por virtud del mismo, los Servicios Técnicos de Arquitectura avisaron al señor Jiménez Laiglesia para que se entrevistase, acompañado del representante de «Campos Velázquez, S. A.», con el señor González Mendoza, acudiendo aquél acompañado del señor Suárez Rodríguez y el señor González de Mendoza manifestó que el Instituto estaba dispuesto a comprar los terrenos al precio de pesetas 36.000.000, existiendo otras varias reuniones, a las que asistió el señor Maesso, llegándose a ofrecer por el Instituto hasta 46.500.000 pesetas.

Quinto. El Instituto Nacional de Industria prefería, lisa y llanamente, adquirir los terrenos de la entidad «Campos Velázquez, S. A.» en una escritura de compraventa que las acciones, aparte de que dicha adquisición de terrenos no tenía interés alguno para el Instituto si la Comisión de Urbanismo de Madrid no modificaba determinada ordenación por la cual se limitaba la construcción en referidos terrenos, y merced a la intervención del señor Jiménez Laiglesia se consiguió una rápida y favorable resolución de la nueva ordenación, y luego de varias gestiones y conversaciones con los representantes del I. N. I., llevadas directamente por los señores Maesso y Suárez Rodríguez, juntamente con el señor Jiménez Laiglesia, y otras por dichos señores solos, por haber rogado a los señores Senante y Jiménez Laiglesia que no hicieran más gestiones ya que el asunto lo llevaban ellos juntamente con una comisión especialmente nombrada—y que estaba integrada por los señores Maesso, Suárez Rodríguez, Pérez de Leza, Zuñiga Galindo (don Mariano y don Juan José) y Sol Pagán... se llegó al acuerdo de adquirir el Instituto la totalidad de las acciones en el precio de 40.000.000 de pesetas más la hipoteca que gravaba la finca, llevándose a cabo el citado acuerdo el día 8 de mayo de 1956 mediante la transferencia de la totalidad de las acciones de «Campos Velázquez, Sociedad Anónima», intervenida por Agente de Cambio y Bolsa, que según tiene declarado en confesión judicial el señor Suárez Rodríguez, fué el señor Rodríguez de los Salmones, cuyos archivos y libros se señalaban a efectos de prueba, así como los del Colegio Oficial de Agentes de Cambio y Bolsa de Madrid; que, al parecer, a la vez que se efectuaban estas transmisiones, se firmó entre los vendedores de las acciones, o una representación de ellos y la del Instituto, un documento en virtud del cual de la cantidad de 40.000.000 de pesetas se retenía 4.000.000 para atender al pago de diversas obligaciones eventuales, entre las que indudablemente tenía que estar el abono de la comisión devengada por los actores.

Sexto. Informados los demandantes por el propio Instituto de que la operación se había efectuado, se personaron inmediatamente en el edificio social de «Campos Velázquez, S. A.» en momento en que se encontraba reunida la comisión que había actuado, negándose, primero, a recibirlos, y, ante su insistencia, lo hizo el señor Suárez Rodríguez, quien les manifestó que respecto al cobro de la comisión «no había nada que decir, ya que estimaban que la negociación que se había realizado «era distinta» de la llevada por los señores Senante y Jiménez Laiglesia, e incluso que «habían sido ajenos a ella», por lo que ante tales falsas y dolosas manifestaciones, los acto-

res hubieron de formular un requerimiento notarial para que se les abonara la comisión convenida, y, posteriormente, se realizaron varias gestiones particulares que no llevaron a más resultado que el de hacer que pasase el tiempo, por lo que, cansados los señores Senante y Jiménez-Laiglesia, se vieron forzados a iniciar el correspondiente procedimiento judicial con el previo acto de conciliación, de resultado negativo, y cuya certificación se adjunta.

Séptimo. Que para que quedase acreditado que la iniciación y gestión de oferta de la totalidad de las acciones de «Campos Velázquez, S. A.» al Instituto Nacional de Industria fue hecha por los actores, realizándose la operación de acuerdo con los términos de la oferta sin más variante que el precio asignado, se acompañaba carta de dicho Instituto, fecha 7 de junio de 1956, registrada el día 8 de igual mes con el número 3.499, y en la que se reconocía tal extremo, y carta de los Arquitectos del I. N. I. señores Esquer y Velosillo, que acreditaban también lo expuesto.

Octavo. Con el fin de poder determinar la personalidad a quien se demandaba y que venía, por tanto, obligada al pago de la comisión devengada, se instaron diligencias preparatorias, y no habiendo dado éstas el resultado apetecido, era por lo que se demandaba a todos los que figuraban en el encabezamiento de la demanda, quedando a las resultas de la prueba, como se exponía más adelante en la súplica, la determinación concreta de las personas o Entidad obligadas a tal pago.

Noveno. Se acompañaba certificación del Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Madrid y su provincia, acreditando que, según el artículo 58 del Registro, vigente, aprobado por Orden ministerial de 29 de febrero de 1952, «los Agentes pertenecientes al colegio percibirán, en las operaciones en que intervengan, cuando se trate de carácter industrial—como en el caso de autos—el 5 por 100 sobre el precio de venta», y que con arreglo al artículo 59 venía obligado al pago de la citada comisión, salvo pacto en contrario, el vendedor. Invocaba los fundamentos legales que estimaba de aplicación al caso, y terminaba con la súplica de que se dictara, en su día, sentencia por la que se estableciera la obligación de pago, a favor de los demandantes, de la cantidad de 2.000.000 de pesetas, importe de sus honorarios profesionales en las gestiones de venta de la totalidad de las acciones que componían el capital social de «Campos Velázquez, Sociedad Anónima» como fórmula o modalidad arbitrada para la transmisión de los terrenos aludidos precedentemente sin devengo de gastos fiscales; al pago de cuya cantidad, de sus intereses desde la fecha de la demanda y de las costas, deberían ser condenados, sucesivamente, la Sociedad «Campos Velázquez, S. A.», los accionistas demandados y, en defecto de ambos, los señores don Victoriano Maesso Miralpeix, don Pedro Suárez Rodríguez, don Angel Pérez de Leza, don Mariano y don Juan José Zúñiga Galindo y don Aurelio Sol Pagán, o, en último término, aquel o aquellos de los mismos que, por actuar en su propio y exclusivo nombre y particular interés, fuera considerado por el Juzgado deudor de la cantidad reclamada:

RESULTANDO que por escrito fecha 30 de agosto de 1956, el Procurador señor Gutiérrez Enecoliz, en representación de los actores, adicionó la demanda, pendiente aún de ser admitida, en el sentido de que se solicitaba se entendiese también dirigida contra don Victoriano Maesso Miralpeix, don Pedro Suárez Rodríguez, don Angel Pérez de Leza, don Mariano y don Juan José Zúñiga Galindo y don Aurelio Sol Pagán, no sólo en el concepto en que se indica en la demanda

sino, además, como accionistas que fueron en la fecha señalada, en la propia demanda, de la Sociedad «Campos Velázquez, S. A.», las que vendieron al Instituto Nacional de Industria, sin perjuicio de mantener su acción contra la Sociedad «Campos Velázquez, S. A.» y contra los propios señores demandados como particulares acabados de relacionar, en los términos, puestos en la demanda; que respecto a los restantes ignorados accionistas de la citada Sociedad, esta parte, para simplificar el trámite judicial, interesaba no fuesen considerados como demandados, aunque reservándose expresamente los señores Senante y Jiménez-Laiglesia las acciones que les pudieran corresponder para demandarles en su día, en nuevo proceso, si así conviniera a sus intereses, y a la vista de la prueba que se efectuará en esta litis ya que en las diligencias preparatorias de este juicio don Pedro Suárez Rodríguez, como «Consejero-delegado de Campos Velázquez, S. A.», al absolver posiciones no se allanó a facilitar relación de accionistas afectados y desconocidos, por lo que ya no era precisa la intervención del Ministerio Público en los autos. Aportaba como documentos copia o minuta de carta dirigida por el señor Senante a don Victoriano Maesso en 16 de mayo de 1956, así como la contestación dada por éste, manuscrita y fechada el 22 de igual mes, y que el señor Maesso fuera requerido para que confesara o reconociera la autenticidad de la carta del señor Senante, o bien aportara accionistas de la citada Sociedad, esta la carta original, terminando con la súplica de que se tuviera por hecha la anterior aclaración a la demanda, mandando citar y emplazar a las partes a los efectos de los sucesivos trámites:

RESULTANDO que tenidos por el Juzgado por presentados los anteriores escritos y por formulada la demanda, se dió el oportuno traslado de contestación al Procurador don César Escrivá de Romani y Veraza, en nombre y representación de los demandados «Campos Velázquez, S. A.», don Victoriano Maesso Miralpeix, don Pedro Suárez Rodríguez, don Angel Pérez de Leza, don Mariano y don Juan José Zúñiga Galindo y don Aurelio Sol Pagán, cuyo Procurador, por medio de escrito de fecha 31 de octubre de 1956, expuso en lo esencial, bajo el capítulo de hechos:

Primero. Que ignoraban las actividades profesionales de los demandados, suponiendo que la habitual del señor Senante era la abogacía, no habiendo alegado ambos actores hasta momento posterior a la formulación de la venta de un paquete de acciones de «Campos Velázquez, S. A.», su condición de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, que tampoco figura en el membrete del único ejemplar de papel impreso que exhibió el señor Jiménez-Laiglesia no siendo tampoco conocidas de los demandados las relaciones de los actores con el Instituto Nacional de Industria ni las gestiones que éste, a través de sus Servicios Técnicos, les pudiera haber confiado; que debía hacerse resaltar que la finca de la calle de Velázquez, número 132 (antes 130), enclavada entre las calles de María de Molina, Núñez de Balboa, Valdivia y plaza de Carlos María Castro, propiedad de «Campos Velázquez, Sociedad Anónima», no estaba en venta, y, por lo tanto, cualquier ofrecimiento que de ella se hubiera hecho por los actores entrañaría una extralimitación sin consecuencia alguna para los demandados, que era de destacar también que, según la posición de hechos que realizaba la parte contraria, en la primera actuación de los demandantes figuraba con papel preponderante el señor Jiménez-Laiglesia, que no era ni es Agente Inmobiliario, ya que causó baja voluntaria en el Colegio Oficial de estos profesionales el 30 de abril de 1950, por lo que no

era de extrañar que en el ofrecimiento de compra de acciones que dichos señores insinuaron a algunos de los accionistas de «Campos Velázquez, S. A.» no se aludiera para nada a comisiones o corretajes, porque la postura que adoptaron desde un principio fue la de compradores directos de los valores mobiliarios y no la de corredores de fincas, que posteriormente, y a la vista de cómo se desenvolvían los acontecimientos, esta visible actuación del señor Jiménez-Laiglesia pasó a segundo término, destacándose la del señor Senante para hacer resaltar su carácter de Agente de la Propiedad Inmobiliaria, para revestir aquélla de un profesionalismo que pudiera hacer presumible un mandato retribuido.

Segundo. Negaba el correlativo contrario, ya que el señor Senante, al visitar al Director-Gerente de la Empresa, don Pedro Suárez Rodríguez, fue sobre la base de comprar las acciones y sin que el señor Suárez (que carecía de atribuciones para ello) encomendara a aquél la realización de gestiones algunas en tal sentido, ya que la actividad del señor Senante se dirigió más bien a indagar la situación económica de la Empresa, pero sin hablar para nada de impuestos estatales o arbitrios municipales, ni pudiendo aludir nunca a la firma de documento alguno de compromiso entre los titulares de las acciones de «Campos Velázquez, S. A.» por no existir, como tampoco se ha aludido a carta alguna o documento de comisión o corretaje.

Tercero. Negaba el correlativo contrario a que se contestaba, añadiendo que el señor Suárez Rodríguez jamás actuó, en las conversaciones que tuvo con los ahora demandantes, en nombre de la Compañía, sino en su propio nombre como accionista y no como Gerente de la Empresa, a la que la operación no afectaba en absoluto, ya que la transferencia de acciones no entrañaba modificación en su vida de persona jurídica, y sólo después de avanzadas entrevistas fue cuando los actores manifestaron al señor Suárez que la entidad en cuyo nombre actuaban era el Instituto Nacional de Industria, que quería incorporar a su cartera de valores de Empresas Industriales los de «Campos Velázquez, Sociedad Anónima», sin expresar claramente los propósitos de dicho Organismo, si bien insinuando como rumor que lo que trataba el Instituto de establecer en la finca de la calle de Velázquez era un hotel o establecimiento turístico para conectarlo con otras organizaciones del propio Instituto, y sin que en ningún momento se aludiera al percibo de comisión legal sobre el precio de venta de las acciones, cosa que tenía que haberse pactado expresamente, y al no hacerse así, era evidente que no había tal corretaje; que el señor Suárez Rodríguez, a reserva de lo que pudieran aceptar los demás tenedores de acciones, y por lo que a él afectaba, admitió, en principio, el precio de 52.000.000 de pesetas como valor total efectivo de las acciones representativas del capital social y al tipo que resultara individualmente por acción sobre tal precio global, no teniendo, en tal caso, inconveniente en vender sus propias acciones y consultar a los demás accionistas; que el señor Senante consideró razonable el precio indicado por el señor Suárez y propuso a éste que en el caso de obtenerse un sobreprecio por la venta de las acciones, sobre el fijado valor de 52.000.000 de pesetas, y siempre que éste lo aceptaran los otros accionistas, el sobreprecio de los 3.000.000 de pesetas, o el resto que quedara después de la baja que en esta cantidad quisieran hacer por sí los señores Senante y Jiménez-Laiglesia, quedaría en beneficio de los mismos; que a reserva de lo que luego pudieran decidir los otros accionistas, el señor Jiménez-Laiglesia en otra entrevista mostró al señor Suárez un

proyecto de carta, que éste intentó rectificar por no estar conforme su redacción con la operación tratada, pues en ella se hacía referencia a la enajenación de la finca, cosa no aceptada por la Sociedad, terminando por no encontrar adaptable dicha carta a lo pretendido, al no referirse de un modo rotundo a las acciones y tratarse con la carta de involucrar la finca y los valores; que en otras conversaciones privadas e intranscendentes con el señor Suárez, propusieron los señores Senante y Jiménez-Laiglesia que el sobreprecio antes indicado quedase a su beneficio, y como no se pudo hacer la operación que pretendían dichos señores, y luego la que se realizó fué completamente extraña a la primeramente proyectada, no hubo tal sobreprecio, por lo que trataban ahora los demandantes de dar a los hechos un sesgo distinto de la realidad para encuadrarlos dentro de sus actividades profesionales, a las que se escapaban, y por así hallar, por similitud de asuntos, un tipo de comisión presunta, hasta el extremo de que había que negar la intervención permanente del señor Maesso, la que, por el contrario, fué exclusivamente personal y accidental.

Cuarto. Niega en absoluto el hecho correlativo contrario, agregando que lo cierto era que, a mediados de diciembre de 1955, acudió el señor Suárez Rodríguez, acompañado del señor Jiménez-Laiglesia, a visitar al señor González-Mendoza, sin que en dicha entrevista se tratara de la compra por el Instituto de terreno alguno sino de acciones de la Empresa, ofreciendo aquél por todas las acciones de «Campos Velázquez, Sociedad Anónima», 36.000.000 de pesetas, rechazando este precio el propio señor Suárez por lo que a él afectaba, quedando en comunicar el parecer de algunos otros accionistas, que igualmente fué negativo, consintiendo únicamente el señor Suárez en que los actores trasladasen la proposición que a ellos se les hizo al referido Instituto sobre la rigida base de un precio mínimo de 52.000.000 de pesetas fijado a las acciones con la condición de reservar a los mismos el sobreprecio que pudieran conseguir para sí, si bien dentro de un máximo total de 55.000.000 de pesetas, por lo que dicho sobreprecio podría representar, de conseguirse íntegro, hasta un importe de 3.000.000 de pesetas, única y exclusiva remuneración como intermediarios en dicha operación de compraventa; que era cierto que, con posterioridad a esta reunión hubo otras, también en el mismo mes de diciembre, con el señor González-Mendoza, y a las que concurrió don Victoriano Maesso, como accionista que era de «Campos Velázquez, S. A.», e interesado en la venta de sus acciones si se llegaba al límite mínimo fijado de los 52.000.000 millones de pesetas, pero sin intervenir en concepto de Presidente de dicha Entidad, a la que la operación no afectaba para nada, va que en todo instante se trató de la venta de unos valores por los accionistas y nunca de la enajenación de un elemento patrimonial determinado de dicha Sociedad.

Quinto. Que no era cierto el correlativo a que se contestaba, pues los actores se presentaron en todo momento como presuntos adquirentes directos del paquete de acciones, primero, para sí, y, luego, apuntaron el cederlo a tercera persona, sin aludir concretamente a ésta hasta que, precisado el precio por el señor Suárez hasta que fuera aceptado por los demás accionistas, el señor Jiménez-Laiglesia presentó el proyecto de carta referida ya, y que fué rechazada su redacción por el señor Suárez después de haber intentado comenzar a enmendarla y recomendando al señor Jiménez-Laiglesia que confeccionase otra carta que reflejara, de una manera sencilla y concreta, el asunto en sus términos exactos, o sea, en el sentido de que el señor Suárez y seguramente los de-

más accionistas, venderían sus títulos sobre la base de un precio total de pesetas 55.000.000, sin recurrir a lucubraciones que convirtieran, en manos del Instituto, un paquete de títulos-valores en un inmueble, y lo que si quedó claro es que el precio que excediera de los cincuenta y dos millones de pesetas, sin pasar de los cincuenta y cinco, sería para beneficio del señor Senante y de su colaborador, y como quiera que las gestiones de estos señores fracasaron, no logrando la operación en la cuantía planteada, es por lo que el señor Suárez les rogó que, dando ya por terminada su actuación, desistieran de sus propósitos no interviniendo más en el asunto, ignorando las gestiones que luego pudieran haber hecho, en virtud de su libertad personal, en la Comisión de Urbanismo, ya que no se les encomendó tal gestión, y siendo de destacar que los actores, tan metódicos en recopilar antecedentes y documentos, sin embargo, no recabaron de los supuestos vendedores el oportuno escrito, reconociéndoles el derecho a percibir una comisión; que no habiéndose llegado a un acuerdo con el Instituto Nacional de Industria, cesó toda actuación de los señores Suárez y Maesso, dándose por terminada toda negociación, y transcurriendo de este modo cinco meses sin que durante los mismos los actores volvieran a hacer gestión ni insinuación alguna, y así en el mes de mayo de 1956 el Instituto Nacional de Industria se interesó directamente por la adquisición de las acciones de «Campos Velázquez, S. A.», y entonces los accionistas de esta Empresa comisionaron a los señores Pérez de Leza y Zúñiga (don Juan José) para que llegaran a un acuerdo en la venta de las acciones, sobre la base de determinadas condiciones y precio y sin que en ningún momento se previera el pago de comisión alguna al no haber corredores, llegándose así a un acuerdo con el Instituto, y según el cual, éste compraba, a cada uno de los accionistas, directamente las acciones que poseyera, con la intervención de Agente de Cambio y Bolsa, al tipo convenido, que representaba en total 40.000.000 de pesetas efectivos para los 10.000.000 de pesetas nominales integrantes del capital social, reteniendo dicho Organismo comprador, en su poder, 4.000.000 de pesetas como garantía del pago de las obligaciones que no figurasen en los balances y libros de comercio de la Compañía, caso de darse alguna, y sin que, como es natural, se deduciera del precio de venta el crédito hipotecario de pesetas 3.800.000 que gravaba la finca de la calle de Velázquez, número 130 o 132, perteneciente a la Compañía, ni los intereses de dicho crédito, lo que hubiera entrado una verdadera donación garantizándose también sin aquel depósito de efectivo, el desalojo de la referida finca por parte de los accionistas que vendían, de los socios de «Campos Velázquez, Sociedad Anónima» y de los contratistas o personal que pudiera actuar por razón del Club deportivo que funcionaba en tal domicilio.

Sexto. Que tanto el señor Pérez de Leza como el señor Suárez, actuaron en todo momento de un modo particular, con el carácter exclusivo de accionistas, por lo que malograda la operación que intentaron los señores Senante y Jiménez-Laiglesia, al conseguirse la venta en condiciones totalmente diferentes y de un modo directo al Instituto, sin la mediación de los citados actores, era evidente que no se debía comisión, alguna, y pese a ello, informado el señor Senante, por noticias que obtuvo, de que se había efectuado la venta, solicitó del señor Suárez que se abonara a los actores un millón de pesetas, teniendo en cuenta que habían sido ellos mismos quienes formularon la primera proposición de compra de los valores, aun cuando no fuera aceptada, y siempre que dicha comisión se abonara en el plazo de cua-

renta y ocho horas, según cartas que se acompañaban de fechas 9 de mayo y 15 de junio de 1956.

Séptimo. Que se negaba totalmente el correlativo contrario, puesto que se quería dar apariencia de indicios o actos que, teniendo una doble interpretación, se podían conducir en el sentido que les conviniera a los actores, pero que, desde luego, no podían servir de base a presunciones lógicas, porque las visitas y conversaciones entre los demandantes y demandados, mejor dicho, con alguno sólo de éstos, no probaban nada, como se acreditaba en su día. Solamente quedaba como débil base la carta fechada en diciembre de 1955, redactada por uno de los actores y con enmiendas interlineadas del señor Suárez, dirigida al Instituto Nacional de Industria con proposición de adquisición de las acciones de «Campos Velázquez, Sociedad Anónima», que es la tantas veces dicha de 55.000.000 de pesetas, habiendo, posteriormente, una oferta directa del Instituto a esta entidad (mayo de 1956), culminada en la compra de las acciones por un precio de 40.000.000 de pesetas y en condiciones totalmente distintas de las propuestas por los demandantes con anterioridad, significando que durante este lapso de cinco meses la actividad de éstos brilló por su ausencia.

Octavo. Que en consecuencia de lo dicho los demandados no estaban obligados a abonar corretaje alguno por no haber encargado a los actores ninguna labor profesional, aparte de que no eran los únicos accionistas de la Empresa, la cual seguía normalmente su actividad, con el mismo activo, aunque los titulares de sus acciones al portador fueran otros.

Noveno. Que se aceptaba la existencia de las disposiciones invocadas de contrario respecto a los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, que no eran aquí de aplicación por todo lo expuesto, habiendo sido temeraria la actuación de los demandantes. Invocaban los fundamentos de derecho que estimaba de aplicación al caso y terminaba con la súplica de que, teniendo por contestada la demanda, se dictara en su día sentencia absolviendo de la demanda a todos los demandados; con imposición de costas a los actores.

RESULTANDO que conferido traslado para réplica a la representación de los actores, lo evacuó mediante escrito de fecha 23 de noviembre de 1953, en el que insistió en los mismos puntos de hecho y de derecho de la demanda, terminando con la súplica de que se dictara sentencia, en su día, de acuerdo con lo postulado en la demanda e interesando el recibimiento del pleito a prueba. Acompañaba una certificación del Registro de la Propiedad.

Dado traslado para súplica a la representación de los demandados, lo evacuó por medio de escrito de 2 de enero de 1957, insistiendo en los mismos hechos y fundamentos legales del escrito de contestación a la demanda, acompañando determinados testimonios notariales, y suplicando una sentencia por la que fuese desestimada, en todas sus partes, la demanda, y en un todo de acuerdo con lo interesado en la contestación, solicitando por medio de otrosí el recibimiento del pleito a prueba.

RESULTANDO que recibidos los autos a prueba, se practicaron, a instancia de la parte demandante las de confesión judicial, bajo juramento indecoroso, de los demandados don Angel Pérez de Leza, don Mariano Zúñiga Galindo y don Pedro Suárez Rodríguez; libros de comercio de «Campos Velázquez, S. A.», respecto a particulares que se contienen en los folios setenta y siguientes del apuntamiento; documental pública y testifical, figurando entre la referida documental, una certificación del Instituto Nacional de Industria de fecha 24 de abril de 1947, y un oficio de 25 de abril de igual año del Colegio de Agentes de Cambio y Bol-

sa de Madrid; y a instancia de la parte demandada, se practicaron las pruebas de confesión judicial del demandante don Manuel Ignacio Senante Esplá, bajo juramento indeciso; documental pública, entre la que figura certificación del Registrador de la Propiedad del Distrito del Norte, de Madrid, de fecha 16 de abril de 1957:

RESULTANDO que unidas a los autos las pruebas practicadas y evacuado por las partes el trámite de conclusiones, por el Magistrado Juez de Primera Instancia número ocho de los de Madrid, se dictó sentencia con fecha 28 de octubre de 1957, con la siguiente parte dispositiva: «Fallo: Que estimando y desestimando parcialmente la demanda base de estos autos, debo absolver y absuelvo de la misma a la Sociedad Mercantil Anónima «Campos Velázquez, S. A.», condenando a los demás demandados don Victoriano Maesso Miralpeix, don Pedro Suárez Rodríguez, don Angel Pérez de Leza, don Mariano Zúñiga Galindo, don Juan José Zúñiga Galindo y los herederos de don Aurelio Sol Pagan, que son su viuda doña Adriana Mor Martí y sus hijos don Aurelio, don Mario y doña Adriana Sol Mor, esta última menor de edad, representada por su madre, a pagar a los demandantes don Manuel Ignacio Senante Esplá, y a los herederos de don José María Jiménez-Laiglesia y Rodríguez, o sea, su viuda doña María Rodríguez Avial Azcunaga y sus hijos don Carlos, doña María Isabel y don José María Jiménez-Laiglesia y Rodríguez-Avial, éste último menor de edad, representado por su madre, las cantidades que respectivamente resulten de dividir las de cuatrocientas mil pesetas a que asciende la retribución que corresponde percibir a los actores por los conceptos que en la demanda se expresan, proporcionalmente al importe de las acciones que cada uno de dichos demandados posea en la citada compañía, y que, a su vez, enajenaron al Instituto Nacional de Industria, reservándose para la ejecución de sentencia el determinar la cuantía de las respectivas partes o porciones correspondientes a los mismos, conforme a lo que queda expuesto, absolviéndoles de los demás que en la demanda se pide, sin hacer especial condena de costas».

RESULTANDO que apelada la sentencia del Juzgado por la representación de ambas partes, excepto de la Sociedad Anónima «Campos Velázquez», y sustentada la alzada por todos sus trámites legales, la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid dictó sentencia con fecha 4 de junio de 1958 confirmando la del inferior a excepción del extremo referente al porcentaje que, en concepto de comisión se fija, el cual se eleva al tres por ciento del importe de la venta de los terrenos, con arreglo al precio de cuarenta millones de pesetas que figura acreditado como precio de adquisición, en cuyo extremo se revoca aquella, habiendo de pagar los condenados las cantidades que respectivamente resulten de dividir la de un millón doscientas mil pesetas, a que asciende la retribución que corresponde percibir a los actores, proporcionalmente al importe de las acciones que cada uno posea de la citada Compañía, todo ello sin hacer expresa condena de costas;

RESULTANDO que sin constituir depósito, el Procurador don César Escrivá de Romani y Veraza, en nombre y representación de don Victoriano Maesso Miralpeix, don Pedro Suárez Rodríguez, don Angel Pérez de Leza, don Mariano y don Juan José Zúñiga Galindo, doña Adriana Mor Martí (por sí y como representante de su hija menor doña Adriana Sol Mor) y de don Aurelio y don Mario Sol Mor (los cuatro últimos en representación, respectivamente, de su esposo y padre fallecido don Aurelio Sol Pagan), ha interpuesto ante esta Sala, contra la sentencia de la Audiencia, recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal, estableciendo los siguientes motivos:

Primero. Fundado en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por haberse infringido, por violación, el artículo mil setecientos once del Código Civil que preceptúa que, a falta de pacto en contrario, el mandato que supone gratuito, pero que si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especialidad a que se refiere el mandato, se presume la obligación de retribuirlo; habiéndose infringido también, por violación, las sentencias de esta Sala siguientes: la de 3 de marzo de 1904 al sentar como necesario, para que se estime retribuido el mandato, el consentimiento de las partes; la de 5 de noviembre de 1888 al disponer que el mandato conferido a un Procurador para que venda fincas procedentes de una herencia, es gratuito; las sentencias de 11 de junio de 1940 y 21 de abril de 1950, al establecer que el artículo 1.711 del Código Civil no autoriza la remuneración decretada, porque este precepto establece la gratuidad del mandato, y si bien agrega que se presume la obligación de retribuirlo cuando el mandatario tenga por ocupación servicios de la misma especie a que se refiere el mandato, en el caso que contemplan dichas sentencias no se afirma que se trate de servicios profesionales del actor, ni se fija la remuneración conforme a tarifa o norma establecida por la Ley o la costumbre.

Y, por último, la sentencia de 19 de diciembre de 1953, según la cual la presunción legal de gratuidad establecida en el segundo párrafo del art. 1.711 sólo puede destruirse por prueba en contrario, añadiendo a continuación que la violación legal y doctrinal apuntadas se desprendía del hecho de que, no obstante reconocer en las sentencias de instancia que el objeto de la transmisión verificada por los recurrentes al Instituto Nacional de Industria, eran acciones o valores mobiliarios y que los actores ostentaban la cualidad de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria el señor Senante y la de colaborador suyo el señor Jiménez-Laiglesia, y no la de Agente de Cambio y Bolsa Colegiado o Corredor de Comercio, declaraban que el presente mandato que se les confirmó ha de ser retribuido porque los demandantes, en su condición de mediadores en la indicada operación de compraventa, eran profesionales dedicados a dicha clase de actividades, estableciendo, además, las referidas sentencias que no podía presumirse que tales servicios hubieran de ser gratuitos, con lo que se violaba claramente el artículo legal y la jurisprudencia invocados, pues no constituyendo el objeto de la compraventa verificada entre los recurrentes y el Instituto Nacional de Industria un inmueble, único campo reservado a la actividad profesional de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, cuya condición ostentan exclusivamente los demandantes, sino acciones o valores mobiliarios, cuales eran los de la Sociedad Anónima «Campos Velázquez», la intervención y mediación en cuyas transmisiones está vedada para quien no ostente la condición de Agente de Cambio y Bolsa, Corredor de Comercio, Corredor intérprete de buques o Notario, sólo hubiera podido destruirse la presunción de gratuidad del artículo 1.711 mediante prueba en contrario consistente en la demostración de que los demandantes eran profesionales dedicados a la mediación en la compraventa de valores o acciones de Compañías Mercantiles por ostentar legalmente algunos de los títulos facultativos citados, por lo que resultaba inaplicable el porcentaje establecido por la sentencia de segunda instancia a favor de los demandantes, del tres por ciento sobre el precio total de la transmisión de las acciones de la Entidad «Campos Velázquez, S. A.» al Instituto Nacional de Industria, porcentaje señalado por la orden comunicada del Ministerio de Trabajo de 29 de febrero de 1952, aprobatoria de los honorarios a percibir por los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria pertenecientes al Colegio Oficial de Madrid por las operaciones en que intervengan, por la sencilla razón de que la operación llevada a cabo, aun en el supuesto —admitido sólo a efectos dialécticos— de la efectiva mediación de los señores Senante y Jiménez-Laiglesia en la misma, no constituye el objeto propio de la actividad de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, definido en el artículo 27 del Reglamento de 6 de abril de 1951, que se refiere únicamente, como actividad propia de tales mediadores, a la compraventa o permuta de fincas urbanas o rústicas en todas las manifestaciones de su propiedad, tanto del suelo como del subsuelo, hipotecas, préstamos, anticresis o cualesquiera otras modalidades crediticias con garantía hipotecaria, trasposos de negocios o industrias y arrendamientos urbanos o rústicos, por lo que se veía que no encajaba la operación de compraventa de valores consumada, en las actividades que constituyen el campo profesional de los Agentes referidos, por lo que no podía a no ser que se ampliara, inadecuadamente, la esfera de aplicación de las normas legales, encuadrarse dentro de las actividades de aquéllos las operaciones de compraventa de valores mobiliarios, para reconocer a los señores Senante y herederos del señor Jiménez-Laiglesia, un porcentaje o comisión que se refiere a mediaciones en operaciones inmobiliarias; que por la misma razón de que la operación consumada y de la que siempre se trató, consistía en compraventa de valores mobiliarios, difícilmente podían contemplar las partes a efectos de remunerar la mediación de los señores Senante y Jiménez-Laiglesia, el arancel de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, que para nada se refiere a la mediación en la compraventa de acciones de sociedades mercantiles, lo que se hacía constar a efectos de la doctrina sentada por la sentencia de esta Sala de 5 de octubre de 1886, al proclamar que en las comisiones en que no media ajuste previo por hallarse su remuneración sujeta a disposiciones legales, estas son las que las partes que las encomiendan, así como los Peritos que las aceptan, tiene presente al obligarse, pues si bien, como dice la sentencia de 14 de marzo de 1952, quien solicite algunos de los servicios de los Agentes de contratación de fincas urbanas queda obligado a satisfacer los derechos establecidos en el Reglamento de aquéllos, aprobado por la autoridad correspondiente, sin embargo en la orden comunicada de Trabajo ya mencionada, aprobatoria de los honorarios de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria del Colegio de Madrid, no hay ningún epígrafe referente a la mediación en la transmisión de valores mobiliarios, en lógica correspondencia con el objeto de la mediación de tales Agentes, por lo que, aun suponiendo que se hubiera consumado el contrato de corretaje, no pudieron los contratantes tener presente los honorarios allí regulados, por lo que o bien no existió tal corretaje, sino más bien un contrato aleatorio que establecía un sobreprecio a favor de los demandantes, sólo en el caso de obtenerse de los compradores un determinado valor como precio por la transmisión de las acciones; o bien la mediación de los señores Senante y Jiménez-Laiglesia entre vendedores y compradores no tenía otro carácter que la de constituir unos buenos oficios entre ambas partes o un mandato no retribuido; que si algún arancel pudieron tener presente las partes, éste no pudo ser otro que el aprobado por Decreto de 15 de diciembre de 1950 para los Agentes de Cambio y Bolsa y Corredores Colegiados de Comercio, y solamente se lograba el resultado proclamado en las sentencias de instancia mediante una confusión en el objeto de la operación llevada a cabo entre los recurrentes y el Instituto Nacional de Industria, asimilando la venta de la totalidad de las acciones de «Campos Velázquez, S. A.» a la transmisión

del inmueble de su propiedad de la calle de Velázquez, número 130 ó 132, lo que es un error de hecho en la apreciación de las pruebas practicadas, a tratar en el siguiente motivo.

Segundo. Fundado en el número séptimo del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por existir error de hecho en la apreciación de las pruebas practicadas que resulta del acta de las diligencias de prueba de libros de comercio de la «Sociedad Campos Velázquez» y de la certificación expedida por el Instituto Nacional de Industria el 24 de abril de 1957, en cuyos documentos aparece el balance e inventario de bienes de la sociedad «Campos Velázquez, S. A.», cuyo total patrimonio era transmitido al mencionado organismo público, como consecuencia de la cesión al mismo, por sus antiguos titulares, de todas las acciones de dicha Sociedad, y el error de hecho de las sentencias de instancia ha consistido en declarar que la casi totalidad del valor de dichas acciones estaba representada por los terrenos donde se hallaba instalada la Sociedad y que eran tales terrenos la primordial finalidad que perseguía, con la adquisición de las acciones, el Instituto, y, precisamente, de la diligencia mencionada resultaba que el patrimonio o activo de la sociedad «Campos Velázquez» no estaba sólo constituido por el valor que representaba la finca citada, porque además se comprendían en el activo las siguientes partidas: «Edificaciones e instalaciones deportivas por un valor de siete millones novecientos noventa y dos mil cuatrocientas ochenta y seis pesetas» y «mobiliario y enseres valorados en ochocientos ochenta mil quinientas treinta y tres pesetas»; y, a su vez, del balance cerrado el 30 de abril de 1956, unido al documento privado suscrito en 9 de mayo de 1956, que se transcribía en la aludida certificación del Instituto, figuraban como partidas del activo, aparte de la de inmuebles, las siguientes:

1. Caja y Bancos, treinta y tres mil trescientas cincuenta y una pesetas con cuarenta y nueve céntimos.
2. Banco Hipotecario, veinte mil pesetas.
3. Instalaciones y edificaciones, siete millones novecientos noventa y dos mil cuatrocientas ochenta y seis pesetas.
4. Mobiliario y enseres, ochocientos ochenta mil quinientas treinta y tres pesetas.
5. Carnets, cuatrocientas noventa y seis pesetas con ochenta céntimos.
6. Piazas y depósitos, setenta y nueve mil cuatrocientas diecisiete pesetas.
7. Amortización préstamos hipotecarios, cincuenta y cuatro mil quinientas dos pesetas con sesenta céntimos.
8. Pérdidas y ganancias, cincuenta y ocho mil quinientas treinta y una pesetas con sesenta y nueve céntimos.

Que no obstante a lo anterior que en el documento privado de 9 de mayo de 1956, suscrito de una parte por el Instituto Nacional de Industria, y de otra, por don Angel Pérez de Leza y don Juan José Zúñiga Galindo, como mandatarios verbales de la totalidad de las acciones que integraban el capital social de «Campos Velázquez, S. A.», se comprometieran estos señores, según intervenían, a dejar libres y expeditos de socios los edificios y terrenos de la Sociedad, así como asumir todas las obligaciones de la dicha Sociedad por actos o contratos anteriores a la fecha en que se suscribía el citado documento, mientras que se transmitía al Instituto, con la totalidad de las acciones también la totalidad del patrimonio de la Compañía, que, como queda expuesto, no consistía sólo en el inmueble de Velázquez 130 ó 132, sino en todas aquellas partidas reseñadas.

Tercero. Fundado en el número séptimo del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de derecho de la apreciación de la prueba documental practicada en autos, por cuanto se declara-

ro en las sentencias de instancia haber existido, si no un acto expreso, sí al menos una autorización expresa o una conformidad por parte de los accionistas de «Campos Velázquez, S. A.» a través de sus representantes, por lo que respecta a la mediación de los señores Senante y Jiménez Laiglesia en el negocio de que se trató en la litis, lo que se ha estimado demostrado no sólo en virtud de la carta dirigida al Presidente del Instituto Nacional de Industria por el señor Jiménez Laiglesia, sino además por las numerosas entrevistas de tales agentes con los representantes de la Empresa, por lo que estimaban las sentencias, conforme a los artículos mil doscientos cincuenta y ocho y mil doscientos setenta y ocho del Código civil, concluso o consumado un contrato de corretaje entre demandantes y demandados, habiendo un evidente error de derecho en la apreciación de la citada carta del señor Jiménez Laiglesia al presidente del Instituto Nacional de Industria, cuyo valor probatorio consta en el artículo mil doscientos veinticinco del Código civil en relación con el párrafo segundo del artículo mil doscientos dieciocho del mismo, según los cuales, el documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubieran suscrito y sus causahabientes, haciendo prueba contra los contratantes y sus causahabientes en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros, pues al no estar suscrita dicha carta por ninguno de los recurrentes, ni sus causahabientes, no probaba nada en favor de la pretendida celebración del contrato de corretaje entre demandantes y demandados; que, por otra parte, en lo referente a la carta, que corrigió don Pedro Suárez, que le fue presentada por el señor Jiménez Laiglesia, acompañada al escrito de demanda de esta, tratándose de meras notas manuscritas, las correcciones hechas por el señor Suárez, sin que aparezca la conformidad del citado señor en su redacción, era de aplicación el artículo mil doscientos veintiocho del Código civil, por no aparecer sus términos con claridad y no poder, por tanto, hacer prueba en contra de los recurrentes.

Cuarto. Fundado en el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por error de hecho en la apreciación de las pruebas practicadas, resultante del oficio de fecha 25 de abril de 1957 del Colegio de Agentes de Cambio y Bolsa de Madrid, y de certificación del señor Registrador de la Propiedad, de los que resulta no haber sido objeto de transmisión alguna la finca de la calle de Velázquez, número 132, ya que lo transmitido fueron las acciones de la «Sociedad de Campos Velázquez, S. A.»

Quinto. Fundado en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto dispone que nadie puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado, o sin que tenga por la Ley su representación legal, y el contrato celebrado en contra de este precepto, será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorga antes de ser revocado por la otra parte contratante, agregando que la violación resultaba del hecho de haberse condenado a todos los recurrentes a satisfacer a los señores Senante y herederos del señor Jiménez Laiglesia la parte proporcional que resultase de dividir la cantidad de un millón doscientas mil pesetas a que ascendía la retribución que correspondía percibir a los actores en relación al importe de las acciones que cada uno poseía de la entidad «Campos Velázquez, S. A.» por estimarse por la Audiencia probada la conclusión de un contrato de comisión o corretaje entre los actores y los recurrentes, sin que constase en los autos que mandato o autorización ostentaban don Pedro Suárez y don Victoriano Maesso, con quienes únicamente trataron los actores, para po-

der concertar, en nombre de los demás demandados, referido contrato.

Sexto. Fundado en el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil por error de derecho en la apreciación de las pruebas practicadas al hacerse uso de la de presunciones por las sentencias de instancia, deduciendo del hecho probado de haber dirigido una carta el señor Jiménez Laiglesia al Presidente del Instituto Nacional de Industria y de las entrevistas que los actores sostuvieron unas veces con el representante de la entidad «Campos Velázquez, S. A.» y otras con éstos y a los a su vez del Instituto de Industria la existencia del contrato de corretaje o de comisión, porque entre el hecho probado y el que se deduce no hay un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (artículo mil doscientos cincuenta y tres del Código civil); además, según el artículo doce del Decreto de 6 de abril de 1951, aprobando el Reglamento de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, cuando dichos mediadores reciben un encargo de venta, permuta, préstamo o hipoteca, deberán invitar al cliente a llenar un impreso oficial en el que se harán constar los pormenores para la identificación de la finca, con la fecha del encargo y demás datos necesarios que hayan de tenerse presentes para formalizar la operación que como no se había extendido tal impreso oficial resultaba patente la voluntad de los actores de no concertar un contrato de comisión, sino aleatorio con la reserva de un sobreprecio a favor de ellos para el supuesto de obtenerse un determinado precio de venta por las acciones.

VISTO siendo ponente el Magistrado don Joaquín Domínguez de Molina:

CONSIDERANDO que en el primer motivo del recurso, amparado en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y denunciando la infracción del artículo mil setecientos once del Código civil y doctrina legal que se invoca, se hace supuesto de la cuestión al afirmar que la única operación concertada lo fué de transmisión de valores mobiliarios ajena a la actuación peculiar de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, en contra de la declaración de la sentencia recurrida, según la cual la adquisición de los terrenos de que se trata constituía la finalidad primordial de la compra de la totalidad de las acciones de «Campos Velázquez, Sociedad Anónima» por el Instituto Nacional de Industria, es decir, que la forma que revistió la adquisición de los terrenos fué la transmisión de dichas acciones, que al pasar a una sola mano, atribuida al adquirente de la misma la disposición de los inmuebles y demás bienes que constituían el activo de la Sociedad propietaria de los mismos, declarándose por la Sala sentenciadora que es forzoso reconocer que la venta de los terrenos—entendida, sin duda, en el sentido expuesto—tuvo lugar gracias al acto de mediación de los reclamantes; debiendo en su virtud ser desestimado dicho primer motivo:

CONSIDERANDO que en el segundo motivo, autorizado por el número séptimo del expresado artículo mil seiscientos noventa y dos, se denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba, debiendo ser también desestimado, pues el propio balance que se indica comprueba que la casi totalidad del activo estaba integrada por los terrenos a que se alude, porque si bien aparecen valorados en cinco millones setenta y seis mil setecientos cincuenta pesetas, y las edificaciones e instalaciones deportivas se cifran en siete millones novecientos noventa y dos mil cuatrocientas ochenta y seis pesetas, es lógico entender que esas edificaciones e instalaciones, y así consta en el convenio de 9 de mayo de 1956 con el Instituto Nacional de Industria, radicaban en los expresados terrenos, como lo revela además el acuerdo de demolición de los mismos, adoptado por el Consejo de Administra-

ción reunido en el domicilio del mencionado Instituto el 17 de agosto de 1959, o sea, que se trataba de un valor inherente a los terrenos en cuestión, pero de todos modos, y aparte de que por lo inexpresivo del concepto y por consentir en una valoración más o menos arbitraria, el balance y el inventario de bienes a que se refieren la prueba de libros y la aludida certificación, no pueden considerarse documentos auténticos a los efectos de la casación la circunstancia de que constituyeran o no la casi totalidad del activo, no evidencia que la finalidad de la operación fuera distinta de la declarada en la sentencia, por lo que el segundo motivo tampoco puede prosperar:

CONSIDERANDO que el motivo tercero, acogido igualmente al número séptimo del mencionado artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, por error de derecho en la apreciación de la prueba, debe ser del propio modo rechazado, pues se limita a combatir la declaración de la sentencia concerniente al correaje de los actores, por estimar los recurrentes que se funda en una carta dirigida por uno de aquéllos al presidente del Instituto Nacional de Industria, carta que, según los artículos mil doscientos dieciocho y mil doscientos veinticinco del Código civil, se halla desprovista de valor frente a los demandados, que no la han reconocido legalmente, citándose además el artículo mil doscientos veintiocho de dicho Código, que carece de pertinencia para el caso, y aunque se entendiera que se refiere al mil doscientos ochenta y dos, éste sólo podría invocarse por la vía del número primero del expresado artículo mil seiscientos noventa y dos; pero de todos modos, aparte de que en la redacción de esa carta intervino uno de los demandados y ha sido objeto de prueba sobre determinados extremos, por lo que pudo tenerse en cuenta en principio por los juzgadores de instancia la declaración de la sentencia se apoya también, como en ella se hace constar, en las numerosas entrevistas que los actores sostuvieron, unas veces con los representantes de «Campos Velázquez, S. A.», y otras veces con éstos y los del Instituto Nacional de Industria, todas ellas examinadas a la solución favorable del asunto, fundamento que no se combate en el presente motivo; y aunque en el sexto se impugna también este extremo por error de derecho en la apreciación de la prueba, entendiendo que en la sentencia se han utilizado las presunciones, al deducir del hecho de haberse dirigido la referida carta al Presidente del Instituto Nacional de Industria y de las numerosas entrevistas a que se alude la existencia de un correaje o comisión entre demandantes y demandados, deducción que en el motivo se estima desprovista del enlace preciso y directo con el hecho de que se parte, a pesar de lo prevenido en el artículo mil doscientos cincuenta y tres del Código civil, este motivo no puede ser acogido porque la doctrina jurisprudencial que últimamente ha prevalecido sobre este punto es la de que la infracción del artículo mil doscientos cincuenta y tres sólo cabe alegarla eficazmente por la vía del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal y no por el número séptimo del mismo artículo, como se ha hecho; y además, porque es reiterada y constante la jurisprudencia de este Tribunal en el sentido de que la apreciación de ese enlace preciso y directo, que no tiene otras normas en la Ley que las reglas del criterio humano, de naturaleza indeterminada, corresponde al Tribunal de instancia, cuyo criterio ha de mantenerse, a menos que se demuestre que es inverosímil y absurdo (sentencia de veinticuatro de marzo de mil novecientos cincuenta y otras), lo que no sucede en este caso:

CONSIDERANDO que tampoco puede ser acogido el cuarto motivo en que, fundando también en el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal, se imputa error de hecho

a la Sala sentenciadora al no reconocer que la operación consistió en una transmisión de valores mobiliarios, pues la sentencia no ha desconocido que la operación realizada fué la de venta de las acciones de la Sociedad, sino que al adquirir el comprador la totalidad de las mismas, adquirió el inmueble de que se trata, por ser aquélla la forma ideada para lograr la finalidad de la adquisición del mismo; y hasta en el motivo segundo del recurso se reconoce que el patrimonio total de la Sociedad, y, por tanto, también el referido inmueble, era transmitido al Instituto como consecuencia de la cesión al mismo de todas las acciones:

CONSIDERANDO que, por último, debe declararse igualmente el motivo quinto, que, al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Trámites estima infringido el artículo mil doscientos cincuenta y nueve del Código civil, pues en la sentencia se afirma que, según se desprende del litigio, es decir, como efecto de una apreciación de conjunto, existió, si no un encargo explícito, al menos una autorización expresa o, en último término, una conformidad o consentimiento por parte de los accionistas de «Campos Velázquez, Sociedad Anónima» a través de sus representantes legales, por lo que respecta a la mediación de los actores en el negocio a que esta litis se refiere y que, además, se aprovecharon de sus gestiones, agregándose en el octavo Considerando de la sentencia apelada, aceptado por la recurrida, que los aquí demandados eran entonces representantes de la Sociedad; y con lo dicho basta para descartar la aplicación del artículo mil doscientos cincuenta y nueve que se cita como infringido, pero sin que aparezca invocado en la instancia; siendo también de tener en cuenta que en el apartado sexto de los antecedentes del recurso consignan los recurrentes que los accionistas de «Campos Velázquez, S. A.» comisionaron a los señores Pérez de Leza y Zúñiga para que llegaran a un acuerdo en la venta de las acciones al referido Organismo y la sentencia recurrida declara concluyentemente que, según es forzoso reconocer la venta de los terrenos a que como antes se razonó constituía la operación de fondo —tuvo lugar gracias al acto de mediación de los reclamantes—, reconociéndose como ya se indicó por los recurrentes, en el segundo motivo del recurso, que se transmitió al Instituto, con la totalidad de las acciones, la totalidad del patrimonio de la Compañía y, consiguientemente, los terrenos en cuestión.

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto a nombre de don Victoriano Maesso Miralpeix, don Pedro Suárez Rodríguez, don Angel Pérez de Leza, don Mariano y don Juan José Zúñiga Galindo, doña Adriana Mor Martí, por sí y como representante de su hija menor doña Adriana Sol Mor y don Mario y don Aurelio Sol Mor, los cuatro últimos en representación respectivamente de su esposo y padre fallecido don Aurelio Sol Pagan, contra la sentencia que con fecha 4 de junio de 1958 dictó la Sala Tercera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid; se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas; y librese al Presidente de la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» e insertará en la «Colección Legislativa», pasando al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.—Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Joaquín Domínguez de Molina, Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y ponente que ha sido en estos autos, estando celebrando la misma

Audiencia pública en el día de su fecha, de lo que como Secretario certifico.—Por mi compañero señor Rey-Stolle.

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION

ALGECIRAS

Don Miguel Angel Campos Alonso, Juez de Primera Instancia de Algeciras.

Por el presente edicto hago saber: Que en los autos del procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria seguidos ante este Juzgado a instancia del Procurador don Marcos Villanueva Ferrer, en nombre y representación de don Antonio García González, mayor de edad, casado, Farmacéutico y vecino de esta ciudad, contra don Manuel Cana y Santander y su esposa, doña Marina Benítez Gómez, mayores de edad, industrial y sin profesión especial, ambos de esta vecindad, se ha acordado sacar a primera y pública subasta, por término de veinte días hábiles, la siguiente finca hipotecada:

Parcela de terreno en la dehesa del Acebuchal, en la suerte número seis de las que forman tal dehesa, término de Algeciras. Tiene una superficie de 4.013,86 decímetros y cincuenta centímetros cuadrados y da frente al Levante por el camino de herradura, que lo separa de finca de Victoria Tovar. Y linda por la izquierda, entrando, Sur, con finca de don Andrés Tovar, hoy del señor Cana y de don Manuel Padilla Fernández; derecha, Norte, la suerte número siete, de don José López, y espalda, Poniente, la finca matriz, de don Antonio Tovar Malpartida.

Dicha hipoteca fué inscrita con fecha 23 de enero de 1959 al folio 89 vuelto del libro 128, tomo 308. Ayuntamiento de Algeciras, finca 8.611, inscripción segunda. La referida escritura garantizaba 150.000 pesetas de capital préstamo, el interés del ocho por ciento anual por término de un año y 40.000 pesetas para costas y gastos, en su caso.

Mediante escritura pública de fecha 26 de enero de 1959, otorgada ante el Notario de esta ciudad don José María Lucena Conde, con el número 219, el señor Cana segregó de la finca descrita una parcela de 162,50 metros cuadrados, segregación que se efectuó en la parte SE. de la finca matriz y la acreedora doña Isabel Gutiérrez Ocaña canceló parcialmente la hipoteca en cantidad de diez mil pesetas, liberando de la parte segregada, y también con fecha 14 de abril de 1959, y por escritura ante el mismo Notario señor Lucena, bajo el número 557, dicho señor Cana efectuó la segregación de otra parcela de 162,66 metros cuadrados, y doña Isabel Gutiérrez Ocaña canceló parcialmente la hipoteca en otras diez mil pesetas, por cuya razón la finca hipotecada tiene actualmente una extensión superficial de 3.688,7050 metros cuadrados, y el principal del crédito hipotecario quedó reducido a la suma de 130.000 pesetas.

Dicha subasta tendrá lugar en la Sala Audiencia de este Juzgado el día 23 de noviembre próximo, y hora de las trece de su mañana, sirviendo de tipo para la misma el de doscientas diez mil pesetas, pactado en la escritura de constitución de hipoteca; que los autos y la certificación del Registro estarán de manifiesto en la Secretaría de este Juzgado, donde podrán ser examinados; que se entenderá que todo licitador acepta como bastante la evaluación; que las cargas o gravámenes anteriores y los preferentes, si los hubiere, al crédito del actor continuarán subsistentes, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate; que para tomar parte en la subasta deberán consis-

nar previamente los licitadores sobre la Mesa del Juzgado una cantidad no inferior al diez por ciento del tipo que para la subasta sirve; que no se admitirá postura alguna que sea inferior al tipo de la subasta, o sea la suma de doscientas diez mil pesetas, y que el remate podrá hacerse a calidad de ser cedido a un tercero.

Dado en Algeciras a 7 de septiembre de 1962.—El Juez, Miguel Angel Campos.—El Secretario (ilegible).—7.528.

Don Miguel-Angel Campos Alonso, Juez de Primera instancia de Algeciras.

Por el presente edicto, hago saber: Que en este de mi cargo se siguen autos de juicio ejecutivo—hoy en trámite de ejecución de sentencia—a instancia del Procurador don Marcos Villanueva Ferrer, en nombre y representación de «Hijos de J. Antonio Bandrés, S. A.», con domicilio social en esta ciudad, avenida de Agustín Balsamo, número 6, contra doña María de la Luz Rodríguez Rivero y don Miguel Serrano Trujillo, mayores de edad, casados, industriales, vecinos y domiciliados en la ciudad de Tarifa, sobre cobro de cantidad; en cuyos autos, y por providencia de fecha 7 de los corrientes, se ha acordado sacar a primera y pública subasta, por término de veinte días, los bienes inmuebles embargados y que a continuación se reseñan, con especificación de la suma en que cada bien inmueble ha sido tasado.

«Casa sita en Tarifa, calle Melo, número 5 antiguo y 10 moderno, de 112 metros cuadrados, lindante: a la derecha, con la casa número 8, de Francisco Patiño y otros; por la izquierda, con la calle de San Donato, y al fondo, con casa de herederos de María Teresa García.»

Inscrita en el Registro de la Propiedad al folio 107 del libro 42 de Tarifa, tomo 60, finca 2.481, inscripción sexta E.

Esta finca tiene instalado un negocio de panadería, con su mostrador, estanterías, una amasadora marca Saus, de 250 kilos de capacidad, con motor de 2.5 HP., eléctrico, y una refinadora de 50 kilos de capacidad, con motor eléctrico acoplado de 1.5 HP., un horno y con diferentes utensilios y enseres propios de la industria.»

La finca que antecede ha sido valorada en su totalidad en la suma de 427.825,02 pesetas.

«Una casa destinada a vivienda e industria de panadería, hoy solamente a viviendas, sita en Tarifa, calle Gravina, número 3, compuesta de las siguientes dependencias: local de panadería dividido en tres salas, con patio de entrada y pasillo, sala con horno de una sola planta, y dos corrales y un terrado, cuyas áreas respectivas son: setenta y siete metros, setenta y seis decímetros y cincuenta centímetros cuadrados, el local de panadería: setenta metros, setenta y seis decímetros y cincuenta centímetros cuadrados, la sala con horno; cuarenta y nueve metros y ochenta y dos decímetros cuadrados, el patio y pasillo; noventa metros, ochenta decímetros y cincuenta centímetros, el primer corral; cincuenta y cinco metros, ochenta y un decímetros y cincuenta centímetros, el segundo corral, y doscientos treinta y tres metros, veintiseis decímetros y cincuenta centímetros cuadrados, el terral; estando edificadas en la planta baja ciento ochenta y dos metros cuadrados, y teniendo en la actualidad un piso habitación en la planta alta, compuesto de cinco habitaciones, dos cocinas y dos retretes, con ciento tres metros cuadrados; lindante toda la finca: por la derecha entrando, con casa de herederos de Agustín Cantero Fernández; por la izquierda, con la casa número 3 de la calle Gravina, de Carmen Bernal Eiroa; hoy de Ana López Araújo, y con casa de Luis Gastón Folqués y la muralla, y al fondo,

con la de María Gutiérrez Rodríguez y la muralla; en la actualidad la casa comprende cinco viviendas.»

Inscrita al folio 52 del libro 175 de Tarifa, tomo 288, finca 7.196 bis 2, inscripción octava.

Esta finca ha sido tasada en el precio de 357.882,17 pesetas.

«Parte de casa en la del número 5 de la calle Guzmán el Bueno, de Tarifa, componiéndose dicha parte de casa de una accesoría primera a la izquierda entrando, con dos puertas a la calle, sala interior con dos alcobas y puertas al patio, un aposento primero a la izquierda y carbonera en el hueco de la escalera, ocupando una superficie de cincuenta y seis metros cuadrados, con uso al zaguán, patio, cuadra con pozo y excusado, y uso también a las azoteas que están sobre el partido del piso principal de dicha casa; linda todo el edificio: por la derecha entrando, con casa de don Pedro Rojas Mefie y otros; por la izquierda, con la de herederos de don Ildefonso Lara, y al fondo, con otra de los mismos herederos y la muralla.»

La finca descrita anteriormente carece de inscripción registral.

Dicha finca ha sido tasada pericialmente en la suma de 65.407,50 pesetas.

«Rancho sito en término de Tarifa, partido de la Costa, al sitio La Caleta, de media fanega aproximada de cabida, equivalente a veintiseis áreas y ochenta y seis centiáreas, con dos casas: una planta y otra a medio construir; lindante toda la finca: al Norte, con la Viña del Loco, y por los restantes puntos cardinales, con el camino del Semáforo.»

Inscrita en el Registro de la Propiedad al folio 178 vuelto del libro 167 de Tarifa, tomo 268, finca 6.702, inscripción tercera.

La finca que antecede ha sido tasada pericialmente en la suma de 40.898,52 pesetas.

«Un sobrado de casa, con alcoba, que es el primero del corredor, al subir la escalera, de la casa número 13 antiguo y primero moderno de la plaza de los Caidos, hoy de Oviedo, de Tarifa: dichos sobrado y alcoba miden diecisiete varas de largo por cinco de fondo; toda la casa linda: por la derecha entrando, con la número uno de la calle Clavel, de don José Montoto Herrera y otros; por la izquierda, con casa de María Muñoz y otros, número 2 de la plaza de Oviedo, y por la espalda, con casa de los herederos de Eloísa Guerrero y otros: el referido sobrado tiene uso a dos pozos de agua que hay en la casa, corral, excusado y cuadra, que está a la izquierda entrando en la casa.»

Inscrita en el Registro de la Propiedad al folio 27 del libro 21 de Tarifa, tomo 29, finca 1.274/2, inscripción séptima.

La finca que antecede ha sido pericialmente tasada en la suma de 32.032,56 pesetas.

Servirá de tipo para la subasta las cantidades en que cada una de las fincas han sido tasadas; que no se admitirán posturas que no cubran las dos terceras partes del avalúo; que para tomar parte en la misma, deberán consignar los licitadores previamente, sobre la mesa del Juzgado, una cantidad no inferior al 10 por 100 de la tasación, sin cuyo requisito no serán admitidos; que se carece de títulos de propiedad, los cuales han sido sustituidos por certificación del Registro, y que los mismos estarán de manifiesto en la Secretaría de este Juzgado, donde podrán ser examinados; que las cargas y gravámenes anteriores y los preferentes—si los hubiere—al crédito del actor continuarán subsistentes y sin cancelar, entendiéndose que el remate los acepta y queda subrogado en su responsabilidad, no destinándose a su extinción el precio del remate, el cual podrá hacerse a calidad de ser cedido a un tercero.

La subasta de los bienes reseñados con

anterioridad tendrá lugar en la Sala de Audiencia de este Juzgado de Primera Instancia de Algeciras, el día 22 de noviembre próximo, y hora de las trece de su mañana.

Dado en Algeciras a siete de septiembre de mil novecientos sesenta y dos.—El Juez, Miguel-Angel Campos Alonso.—El Secretario (ilegible).—7.529.

MADRID

En este Juzgado de Primera Instancia número 25 de Madrid se tramita juicio universal sobre prevención del juicio voluntario de testamentaria de don Francisco Alonso Martos, promovido por doña Regina Mas Tulla, que actúa por sí y como representante de sus menores hijos Regina y José Manuel Alonso Mas, en cuyo procedimiento han comparecido y han sido tenidas por parte doña María del Carmen, doña María de la Concepción y doña Asunción Alonso Aguilar, las cuales aceptan la herencia a beneficio de inventario, al amparo del artículo 1.010 del Código Civil, y solicitaron la citación de los posibles acreedores de dicho causante para la práctica y formación del inventario de bienes; y por providencia del día de hoy se ha señalado el día 23 de septiembre próximo, y hora de las diecisiete, en el domicilio que tuvo el causante, don Francisco Alonso Martos, en esta capital, plaza de la Independencia, número 6, citándose por medio del presente edicto, que será insertado dos veces antes del indicado señalamiento, a los posibles acreedores de la herencia de don Francisco Alonso Martos, para que acudan a presenciar dicho inventario, si les conviniere, el cual se realizará aunque no concurran.

Asimismo se cita por medio del presente para tal acto a don Manuel Díaz Roland, designado como albacea testamentario por el causante, a quien se hace la prevención anteriormente indicada.

Dado en Madrid a 21 de agosto de 1962.

El Secretario (ilegible).—Visto bueno: El Juez de Primera Instancia (ilegible).—7.533. 1.º 18-9-1962.

En el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Madrid, Secretaría de don Luis de Gasque, se tramitan autos ejecutivos a que después se hace mención, en los que se ha dictado resolución que contiene los siguientes extremos:

Sentencia: En la villa de Madrid a 28 de junio de 1962, El ilustrísimo señor don Juan Esteve Vera, Magistrado, Juez de Primera Instancia número 12 de esta capital, habiendo visto los presentes autos de juicio ejecutivo, seguidos entre partes, de la una, como demandante, la entidad «Banco Popular Español, S. A.», representada por el Procurador don Bernardo Feijóo Bravo, contra don José María Cordero Sauras, de esta vecindad, declarado en rebeldía, sobre pago de cantidad; y ...

Fallo: Que debo declarar y declaro bien despachada la ejecución, y en su consecuencia, mandar, como mando, seguir esta adelante, haciendo trance y remate en los bienes embargados como de la propiedad del deudor don José María Cordero Sauras y con su producto entero y cumplido pago al acreedor «Banco Popular Español, S. A.», de la cantidad de cincuenta mil pesetas, importe del principal que se reclama los intereses legales correspondientes desde la fecha del protesto, gastos de éste y las costas causadas y que se causen a las que expresamente condeno al referido demandado.

Así lo dispongo por esta mi sentencia, que por la rebeldía del demandado, se le notificará por edictos a no ser que tenga lugar la personal, lo pronuncio, mando y firmo.—Juan Esteve.—Rubricado.

Publicación.—Leída y publicada fué la anterior sentencia por el señor Juez que

la suscribe, hallándose celebrando audiencia pública ordinaria acto seguido de su pronunciamiento. Doy fe en Madrid a 26 de junio de 1962.—Ante mí: Luis de Casque.—Rubricado.

Y para que sirva de notificación en forma a don José María Cordero Sauras mediante la inserción de la presente en el «Boletín Oficial del Estado», expido la presente en Madrid a 14 de agosto de 1962. El Secretario (ilegible).—El Juez de Primera Instancia, Juan Esteve Vera.—7.510.

En autos de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía que se tramitan ante este Juzgado de Primera Instancia número 4 de esta capital, a instancia de don Josef Peschi, mayor de edad, casado, comerciante, vecino de Buttgen (Alemania), representado por el Procurador don Tomás Jiménez Cuesta, contra don Joaquín Navarro Cristóbal, mayor de edad, casado, Jefe de Prensa y cuyo actual domicilio se ignora, en reclamación de 107.233,80 pesetas en concepto de indemnización, intereses legales y costas, recayó providencia de fecha 7 de junio de 1960, por la que se tuvo a dicho demandado por contestado a la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 527 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Y para su publicación en el «Boletín Oficial del Estado», a efectos de notificación en forma al indicado demandado de la resolución indicada, conforme a los intereses por la parte actora, expido el presente, que firmo en Madrid, a 6 de septiembre de 1962.—El Secretario, Isidro Domínguez.—Visto bueno: El Magistra-Juez (ilegible).—7.475.

MARTOS

Don Gregorio Peralta Cobo, Juez de Primera Instancia de Martos y su partido.

Hago saber: Que en este Juzgado, y bajo el núm. 28 de 1959, se tramita expediente sobre declaración de herederos abintestato de don Agustín Gallo Molina, hijo de don Manuel Gallo Plaza y doña María Manuela Molina Fernández de Villalta, que falleció en Porcuna en 2 de agosto de 1904, sin testamento, en estado de casado con doña María de la Torre Merino, de la que no hubo sucesión y sin ascendientes.

Publicados edictos en el «Boletín Oficial» de Jaén, número 122, de 30 de mayo de 1959, y en el «Boletín Oficial del Estado», número 121, de 21 del propio mes y año, llamando a las personas que se creyesen con derecho a la herencia, de las reclamaciones presentadas y documentos aportados aparecen como parientes más próximos del mencionado causante y, por tanto, con derecho a su herencia sus seis hermanos de doble vínculo, que le sobrevivieron, don Manuel, don Francisco, don Angel, doña Carmen, doña Florentina y doña Luisa Gallo Molina; sus cinco sobrinos carnales, don Manuel, don Juan, doña Aurora, don José y don Fernando Gallo Núñez, hijos de don José Gallo Molina, hermano de doble vínculo del causante, fallecido en 11 de marzo de 1895; otros ocho sobrinos carnales, nombrados don Daniel, don José, doña Francisca, doña María del Carmen, doña Antonia, don Francisco Javier, doña Dolores y doña María Manuela Gallo Moya, hijos a su vez de don Luis Gallo Molina, hermano de doble vínculo del causante, que falleció en 27 de enero de 1902, y otros dos sobrinos carnales, llamados don Angel y doña María Enriqueta Aguilera Gallo, hijos de doña Josefa Gallo Molina, igualmente hermana de doble vínculo del mencionado causante y que murió antes, o sea en 17 de septiembre de 1884.

Y en cumplimiento de providencia de esta fecha y de lo dispuesto en el artículo

10987 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se publica por medio del presente, que se insertará en el «Boletín Oficial del Estado», en el «Boletín Oficial» de Jaén, fijándose otros en la tabla de anuncios de este Juzgado y en la de los Comarcas de Porcuna y Torredonjimeno, como lugares del fallecimiento y del nacimiento, respectivamente, de don Agustín Gallo Molina, y se llama a quienes se crean con igual o mejor derecho que los hermanos y sobrinos mencionados, para que en término de veinte días comparezcan ante este Juzgado a reclamarlo, expresando por escrito el grado de parentesco en que se hallen con dicho causante de la herencia, justificándolo con los correspondientes documentos acompañados del árbol genealógico, según previene el artículo 988 de la citada Ley, con apercibimiento de lo que haya lugar en otro caso.

Dado en Martos a 29 de marzo de 1962. El Juez, Gregorio Peralta.—El Secretario, José Casado.—7.516.

VITORIA

Don Antonio Martínez Carrera, Magistra-Juez de Primera Instancia de la ciudad de Vitoria y su partido.

Hago saber: Que en este Juzgado de mi cargo se tramita procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, número 53 de 1962, a instancia de don Jesús Larrondo Sustacha, mayor de edad, casado, industrial y vecino de Bilbao, representado por el Procurador don Gregorio Berisa Barricarte, contra la Compañía Mercantil Anónima «Acero» de Villarreal de Alava, S. A., con domicilio en Villarreal de Alava (cuantía, 1.978.950 pesetas), en cuyos autos se ha acordado sacar a la venta en pública subasta por tercera vez, sin sujeción a tipo, los muebles e instalaciones hipotecados a que se refiere este procedimiento y que a continuación se describen:

Heredad en término de Mendicoche, de una extensión superficial de dieciocho mil doscientos setenta y cinco metros cuadrados. Linda: Norte, camino; Sur, carretera número 240, de Vitoria a Bilbao y heredad de Marcelino Isasi; Este, camino y heredad de Azcúnaga, Pablo López de Vergara y Marcelino Isasi; y Oeste, camino y carretera de Vitoria a Bilbao. Existiendo sobre dicha heredad las siguientes edificaciones, que forman un solo bloque y finca hipotecada:

a) Pabellón de laminación. Nave orientada al Oeste, de sesenta y tres metros de largo por dieciséis de ancho. Ocupa una superficie total de mil ochocientos metros cuadrados. La altura a tijeras es de nueve metros y a cumbreira techo, doce metros y medio. El techo es a dos aguas; las tijeras son de hormigón, y la cubierta, de uralita; pies derechos en hormigón armado unidos por viga de hormigón a siete metros de altura para rodadura de aguas. Cierre exterior con bloque hueco y hormigón y ventanas continuas al Oeste.

En dicho pabellón existen las siguientes instalaciones, que son objeto de hipoteca: Un tren de laminación de cuatro cajas trio con un metro veinte centímetros y un metro de tabla. Cilindro de trescientos cincuenta milímetros. Una tijera para palanquilla, de sesenta milímetros en caliente. Un cortador en frío, tipo «Gutting», una madejadora y enrolladora y elementos auxiliares del tren.

b) Pabellón horno, nave orientada al Este, de cuarenta y nueve metros y medio de largo por dieciséis de ancho. Ocupa una superficie total de setecientos noventa y dos metros cuadrados. La altura a las tijeras es de nueve metros; a cumbreira techo, dos metros, digo dos metros y medio. El techo es a dos aguas; las tijeras, de hormigón, con cubierta de uralita; pies

derechos en hormigón armado, unidos por viga de hormigón a siete metros de altura para rodadura de grúas. Cierre exterior con bloque hueco de hormigón y ventanas continuas al Este.

En dicho pabellón existen las siguientes instalaciones:

Un horno eléctrico, marca «A. E. G.», de dos con dos toneladas, con todos sus accesorios y elementos de fundición.

c) Entrenave, de cuarenta y nueve metros de larga, digo de cuarenta y nueve metros y medio de larga por ocho de anchura. Ocupa superficie total de trescientos noventa y seis metros de promedio, con terrazas o cubierta cristaleras.

En dicha entrenave existen las siguientes instalaciones:

Un horno de recalentar para fuel-oil y su empujadora; un motor de 600 CV.; tren con su caja reductora y caja de piñones. Una limadora y taller mecánico. Un transformador de 1.100 KV. para el horno eléctrico y reactancia. Un transformador de 650 KV. para el tren de laminación. Un transformador de 250 KV. para elementos auxiliares.

d) En el solar y orientado al Oeste existe una báscula de 40 toneladas, con su plataforma y su caseta de control.

La subasta tendrá lugar en la Sala Audiencia de este Juzgado, Olaguibel, 7, el día 30 de octubre próximo venidero, a las doce de su mañana, previniéndose a los licitadores:

Primero.—Que los bienes relacionados salen a subasta sin sujeción a tipo, por ser tercera subasta.

Segundo.—Que para tomar parte en ella deberán los licitadores consignar en la Mesa del Juzgado, o Caja de Depósitos, setecientos cincuenta mil pesetas, igual al diez por ciento del tipo de la segunda subasta, sin cuyo requisito no serán admitidos.

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

Cuarto.—Las posturas pueden hacerse en calidad de ceder el remate a tercera persona.

Dado en Vitoria a 6 de septiembre de 1962.—El Juez, Antonio Martínez Carrera. El Secretario, Francisco Buitrón.—7.525.

JUZGADOS COMARCALES

FONSAGRADA

Don Francisco Villanueva Arias, por pró-rroga de jurisdicción Juez comarcal de la villa de Fonsagrada (Lugo).

Hago saber: Que en cumplimiento de lo ordenado por la superioridad, se va a proceder por este Juzgado al expurgo de los asuntos anteriores a 1 de enero de 1945 de índole criminal en los que no hubiere declaración de derechos de orden civil distintos de la mera indemnización de daños y perjuicios; de los de índole social, con excepción de los que tengan por objeto contratos de trabajo y los de arrendamientos rústicos; papeles y documentación de índole gubernativa de carácter intrascendente y sin posible clasificación, así como libros y «Boletines»; y en mismo

tiempo de este expurgo extraordinario, será practicado el de carácter ordinario, con arreglo a las normas vigentes, hasta el año 1952.

Por el presente se señala un plazo de quince días, a efectos de reclamaciones. Dado en Fonsagrada a 29 de agosto de 1962.—El Juez, Francisco Villanueva Arias. 4.651.

REQUISITORIAS

Bajo apercibimiento de ser declarados rebeles y de incurrir en las demás responsabilidades legales de no presentarse los procesados que a continuación se expresan en el plazo que se les fija, a contar desde el día de la publicación del anuncio en este periódico oficial, y ante el Juzgado o Tribunal que se señala, se les cita, llama y emplaza, encargándose a todas las autoridades y Agentes de la Policía Judicial procedan a la busca, captura y conducción de aquéllos, poniéndolos a disposición de dicho Juez o Tribunal, con arreglo a los artículos correspondientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal:

Juzgados Militares

FERNANDEZ CAMACHO, José (reemplazo 1961); hijo de Diego y de Dolores, natural de Madrid, de veintidós años, domiciliado últimamente Madrid, Manuela Mínguez, número 3; sujeto a expediente

por haber faltado a concentración a la Caja de Recluta número 2, en Madrid. 3.235; y

ASENSIO JIMENEZ, José (reemplazo 1954); hijo de José y de Teresa, natural de Madrid, de veintinueve años, domiciliado últimamente en Madrid, O'Donnell, número 51.—3.239.

Comparecerán en el término de treinta días ante el Juez Instructor don Ramón Valverde de la Guardia, con destino en la citada Caja de Recluta.

DAVILA SANTOS, Ricardo; hijo de Ricardo y de Isabel, soltero, marino, de diecinueve años, domiciliado últimamente en Palmeiro (La Coruña); procesado en causa 42-62 por desertión; comparecerá en el término de quince días ante el Juez Instructor de la Comandancia Militar de Marina de Barcelona.—3.229.

LOPEZ BENITO, Avelino; hijo de Avelino y de María, natural de Vall de Laguarda (Alicante), de veinte años, soltero, marino, con domicilio últimamente en Valencia, plaza Cisneros, 1, puerta 3; encartado por falta de incorporación al servicio activo en expediente 9-62; comparecerá en el término de treinta días ante el Juzgado de la Comandancia Militar de Marina de Málaga.—3.238.

CRIADO VALLEJO, Emilio (reemplazo 1961); hijo de Emiliano y de Angela, natural de Madrid, de veintidós años, domiciliado últimamente en Francfurt (Alemania); sujeto a expediente por haber faltado a concentración a la Caja de Recluta número 2, en Madrid.—3.232.

ROSA PASCUAL, Evaristo (reemplazo 1961); hijo de Evarista y de Eugenia, natural de Madrid, de veintidós años, domiciliado últimamente en Madrid, Elfo, número 8; sujeto a expediente por faltado a concentración a la Caja de Recluta número 2, en Madrid.—3.230.

DE FRANCISCO VERDALLAS, Alfonso (reemplazo 1961); hijo de Alfonso y de Margarita, natural de Madrid, de veintidós años, domiciliado últimamente en Madrid; sujeto a expediente por haber faltado a concentración a la Caja de Recluta número 2, en Madrid.—3.237.

ANULACIONES

Juzgados Militares

El Juzgado de Instrucción del Tercio Duque de Alba, II de La Legión, deja sin efecto la requisitoria referente al procesado en causa 1.39-60, José Fernández Aguilar.—3.231.

V. Anuncios

MINISTERIO DE HACIENDA

Delegaciones Provinciales

BARCELONA

Sucursal de la Caja General de Depósitos

Habiéndose extraviado el resguardo de 1.000 pesetas, expedido por esta sucursal en 5 de abril de 1962, con números 1.246.C de entrada y 137.335.A de registro, a disposición del excelentísimo señor Gobernador civil de Barcelona, propiedad de don José María Gómez del Castillo y Manresa para recurso de alzada, en expediente 61.464/61, se previene a la persona en cuyo poder se halle, lo presente en dicha sucursal, en la cual se han tomado las precauciones oportunas para que no se devuelva su importe más que a su legítimo dueño. El resguardo mencionado quedará sin ningún valor ni efecto transcurridos que sean dos meses desde la publicación de este anuncio en el Boletín Oficial del Estado y «Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona», si no se ha presentado, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 36 del Reglamento de 19 de noviembre de 1929.

Barcelona, 11 de septiembre de 1962.—El Delegado de Hacienda (ilegible).—4.656.

Tribunales de Contrabando y Defraudación

MADRID

Desconociéndose el actual paradero de Heinrich Hinterberger, que últimamente tuvo su domicilio en Hegelgasse, número 19, en Wien (Austria), se le hace saber, por el presente edicto lo siguiente:

Por acuerdo de la Presidencia de este Tribunal, a las once horas del día 19 de septiembre de 1962 se reunirá la Junta

de Valoración, establecida por el apartado séptimo del artículo 67 del vigente texto refundido de la Ley de Contrabando y Defraudación, para proceder a la valoración de las mercancías afectas al expediente 909-62 y en el que figura como inculcado en la aprehensión de 1.585 perlas cultivadas negras y 32 perlas cultivadas blancas.

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

Lo que se publica en el «Boletín Oficial del Estado», en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 92 del Reglamento de Procedimiento Económico-administrativo, de 26 de noviembre de 1959.

Madrid, 13 de septiembre de 1962.—El Secretario, Angel Serrano Guirao.—Visto bueno: El Delegado de Hacienda, Presidente, P. D., Manuel Cebrián Llorente.—4.683.

MINISTERIO DE LA GOBERNACION

Dirección General de Beneficencia y Obras Sociales

Devolución de fianza

Tramitándose por esta Dirección General expediente sobre devolución de la fianza complementaria de 163.005,57 pesetas, constituida en la Caja General de Depósitos por don José González de la Rosa, para responder de la ejecución de obras diversas en el Hospital del Niño Jesús, de Madrid, y en cumplimiento de lo dispuesto

por Ley de 17 de octubre de 1940, por ser la baja de adjudicación superior al diez por ciento y haber realizado ya más del cincuenta por ciento de la totalidad de la obra, se hace público en este diario oficial para que en el plazo de treinta días puedan formularse las reclamaciones procedentes contra la contrata.

Madrid, 21 de agosto de 1962.—El Director general, Antonio María Oriol y de Urquijo.—4.287.

MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS

Jefaturas de Obras Públicas

SEVILLA

Expropiaciones

Con el fin de iniciar el expediente de declaración de urgencia de la ocupación, de los bienes y derechos afectados por la expropiación forzosa, para la realización de las obras del proyecto de «Mejora de la travesía de Carmona», aprobado por Orden ministerial de fecha 27 de abril de 1962 y Orden de 11 de agosto de 1962 referente a los documentos adicionales al proyecto antes mencionado, y cumpliendo lo ordenado en el artículo 56 del Reglamento de 27 de abril de 1957 dictado para la ejecución de la Ley de Expropiación Forzosa, se abre un plazo de quince días, a partir del siguiente a la publicación del presente anuncio en el «Boletín Oficial del Estado», para que cuantas personas se consideren afectadas, y en especial las de la adjunta relación, puedan examinar el proyecto en esta Jefatura y exponer ante ella lo que a sus derechos convenga.

Sevilla, 6 de septiembre de 1962.—El Ingeniero Jefe, J. Barrios.—4.624.