



Roj: **STS 2908/1974** - ECLI: **ES:TS:1974:2908**

Id Cendoj: **28079110011974100527**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/01/1974**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación por infracción de Ley**

Ponente: **EMILIO AGUADO GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Núm. 2.

Sentencia de 9 de enero de 1974.

PROCEDIMIENTO: Infracción de ley.

RECURRENTE: <<Viviendas y Urbanizaciones, S. L.>> y otros.

FALLO: Desestimando él recurso interpuesto contra sentencia de la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid de 27 de febrero de 1973, sobre reclamación de cantidad.

DOCTRINA: Jurisdicción ordinaria. Litis consorcio pasivo. Cónyuge viudo. Usufructo del cónyuge viudo. Naturaleza.

El cónyuge viudo, tiene por su cuota viudal, un simple derecho de crédito, según le reconoce el artículo 839 del Código Civil; por lo que propiamente no es heredero y por ello, no cabe ser llamado al pleito, en que se ejercitan acciones, cuyo cumplimiento corresponde, sólo a los herederos.

En la villa de Madrid, a 9 de enero de 1974; en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía, promovidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 24 de los de Madrid, por don Ismael, mayor de edad, viudo, constructor y vecino de Madrid, contra la entidad

<<Viviendas y Urbanizaciones, S. L.>> domiciliada en Madrid y contra don Pedro y doña Paula, mayor de edad, vecinos de esta capital, sobre reclamación de cantidad y seguidos en apelación ante la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, que ante Nos penden, en virtud de recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por la parte demandada, representada por el Procurador don Fernando Aragón Martín, con la dirección del Letrado don Diego Yestet Garrido; habiéndose personado en el recurso la parte actora y recurrida, representada por el Procurador don José Moral Lirola, con la defensa del Letrado don Luis Valterra Fernández.

RESULTANDO

RESULTANDO que el Procurador don José Moral Lirola, en representación de don Ismael, formuló demanda contra la entidad <<Viviendas y Urbanizaciones, S. L.>> y contra don Pedro y doña Paula, sobre reclamación de cantidad, estableciendo en síntesis los siguientes hechos: Primero. Su representado era propietario de una empresa dedicada a la construcción, y en dicha calidad fue contratada por <<Viurba, S. A.>> para la ejecución de unas obras consistentes en la edificación de 400 viviendas en Alcalá de Henares, al sitio denominado <<El Chorrillo>>. Segundo. Su mandante realizó las obras y entregó las viviendas a <<Viurba, S. A.>>, recibiendo de esta letras de cambio contra certificaciones de obras que fue negociando y poniendo al cobro en distintos Bancos. Una de estas letras aceptadas por <<Viurba>> y avalada por don Carlos Ramón (padre de los hoy demandados) por importe de 500.000 pesetas se acompañaba con el protesto al escrito de demanda, otros efectos fueron negociados por el Banco Continental. Al vencer estos últimos y no siendo atendido su pago ni por el aceptante ni por el avalista, después de procederse al protesto inició dicha entidad bancaria unas



diligencias preparatorias de ejecución contra su representado ante el Juzgado de primera instancia número 17 de esta capital, lo que expuso al señor Carlos Ramón , tranquilizándole éste, asegurándole que no debía preocuparse puesto que como tenía que cobrar una subvención de 2.400.000 pesetas correspondientes a otro bloque de viviendas y tenía amistad con los órganos directivos del Banco Continental, lograría de dicha entidad bancaria una suspensión del procedimiento hasta tanto no se cobrara dicha cantidad comprometiéndose a abonar el importe de las aludidas letras, y como realidad de esta afirmación y de la seriedad del compromiso de su ejecución el señor Carlos Ramón envió a su representado una carta con fecha 5 de mayo de 1966 y que presentaba como documento número 6. Tercero. El texto de esta carta debió responder a la realidad puesto que el procedimiento ejecutivo seguido por el Banco Continental ante el Juzgado número 17, quedó detenido, no teniendo la menor noticia del mismo hasta que con fecha 13 de octubre de 1970 recibió la notificación de haber sido despachada la ejecución por el aludido Juzgado, debiendo hacer las siguientes aclaraciones: a) Su representado no se personó en las tres citaciones que formuló el Juzgado número 17, creyendo que el procedimiento no iba a tener consecuencia alguna, b) Efectuadas investigaciones recientes, seguidamente de ser citado por dicho Juzgado, su mandante tenía conocimiento de que la subvención de 2.400.000 pesetas, fue cobrada, pero en contra de lo convenido con el Banco Continental en la carta adjuntada, utilizada en otros usos distintos del pago de esta deuda, c) En el Banco Continental reanudó el procedimiento ejecutivo cuando ocurren dos circunstancias: a) Después de fallecer el señor Carlos Ramón b) Cuando la firma «Viurba, S. A.» se encuentra en situación de quiebra. Cuarto. La subvención de 2.400.000 pesetas que debía percibir «Viurba» y que había dejado afectada al pago de las letras libradas por el señor Ismael , fue cobrada. Era evidente el engaño de que fue objeto su mandante. Ajeno a todas las combinaciones del señor Carlos Ramón en «Viurba», (de la que era presidente y prácticamente dueño) y del Banco Continental y confiando en las promesas de ellos recibidas, que quedaban plasmadas en la carta de 5 de mayo de 1966, se desentiende de este asunto y ahora se encuentra con que tiene que hacer frente a la reclamación de 961.000 pesetas de principal más intereses y costas que le formula el Banco Continental sobre la base de las siguientes premisas previas: A) El señor Ismael no tiene por qué abonar dicha cantidad, ya que proceden de efectos que le fueron entregados como parte del precio de su trabajo y que sólo por el impago del aceptante y avalista se le reclama. B) Su mandante podía ejercitar una acción civil y penal contra «Viurba» no ejercitando ni una ni otra, porque «Viurba» está en situación de quiebra y porque el Letrado firmante del escrito siempre ha preferido agotar toda clase de medios antes de acudir a la vía penal, dirigiendo su acción sobre el avalista don Carlos Ramón , como avalista de la letra de 500.000 pesetas que se acompañaba al escrito y los otros tres efectos por un importe total de 450.000 pesetas avaladas por el señor Carlos Ramón , que figuraban unidas al procedimiento ejecutivo seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 17 por el Banco Continental. En total, pues, reclamaba en este procedimiento 950.000 pesetas más los intereses, costas y gastos que se produzcan posteriormente.- Quinto. Al haber fallecido don Carlos Ramón , su mandante intenta lograr de los herederos de este señor llegar a una solución amistosa, sin obtener más que vagas promesas. Acuciado por el Banco Continental, había iniciado los pagos a esta entidad bancaria de los efectos aceptados por «Viurba», avalados por el señor Carlos Ramón , para evitar el embargo de sus bienes y el aumento de gastos consiguientes y acto seguido iniciar la acción de reintegro de tales cantidades contra los hoy demandados como herederos del avalista señor Carlos Ramón , que habían aceptado pura y simplemente la herencia de su padre, habiéndose celebrado el preceptivo acto de conciliación, que se dio por celebrado sin efecto. Citaba a continuación los fundamentos de Derecho que estimaba de aplicación y terminaba con la súplica de que previa la tramitación legal oportuna, se dictara sentencia que contuviera los siguientes pronunciamientos: Primero. Condenar a don Pedro y doña Paula al pago de 950.000 pesetas más los intereses y cuantos gastos y costas se produzcan en el procedimiento ejecutivo seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 17 de esta capital por el Banco Continental contra su mandante. Y para el supuesto de que a lo largo del presente procedimiento se acreditara que «Viurba» no se encuentra en situación de quiebra, interesaba la condena de dicha entidad en los propios términos interesados para los otros dos demandados, e intentada que sea la ejecución sin éxito sobre sus propios bienes, seguir la ejecución contra los de don Pedro y doña Paula . Segundo. Condenar en la misma forma a los demandados en las costas del presente procedimiento.

RESULTANDO que admitida la demanda y emplazadas las partes demandadas, compareció en los autos en representación de la entidad «Viviendas y Urbanizaciones, S. L.», el Procurador don Fernando Aragón Martín, que contestó la demanda, oponiendo a la misma en síntesis los siguientes hechos: Primero: Asimismo, que concertara con «Viurba, S. L.», un contrato para la construcción de 400 viviendas en Alcalá de Henares., al sitio del Chorrillo.-Segundo. No era verdad que el demandante cumpliera fiel y puntualmente el encargo, siendo cierto que parte de las certificaciones se abonaran al actor mediante letras de cambio. Por lo que toca a la cambial de 500.000 pesetas y a aquella otra carta que se, decía de contrario dirigiera «Viurba, Sociedad Limitada», al Banco Mercantil, no se había encontrado antecedente alguno en las oficinas de la compañía. Lo que sí podía asegurar es que la obra de Alcalá de Henares estaba pendiente de liquidación final entre los contendientes y que era creencia de «Viurba, S. L.», que no adeudaba absolutamente nada al demandante.-



Tercero. Que si se relacionan la carta dirigida al Banco Mercantil, con el suplico de la demanda, se advertirá que en este último se reclaman 950.000 pesetas, en tanto que en la carta de referencia se habla de 961.000 pesetas, diferencia que no aclara el demandante. Por otro lado, el señor Ismael no acompañó con la demanda, aparte de la letra de 500.000 pesetas, ningún otro justificante, ni aun siquiera copia simple acreditativa de aquella diferencia, lo que no podía suplirse o enmendarse con la cita reiterada que se hace del artículo 504 del Código Civil. Si lo que pretende el señor Ismael es reintegrarse de lo que dice pagado al Banco Continental, era inexcusable que hubiera acompañado al menos copia simple de aquellos títulos. Al no hacerlo así se privaba prácticamente a «Viurba, S. L.», de toda defensa frente a la reclamación de la diferencia entre las 500.000 pesetas, documento número 4, y las 950.000 pesetas objeto de la demanda. No era verdad que la sociedad demandada estuviese en situación de quiebra desde el fallecimiento de su Gerente, don Carlos Ramón, estaba prácticamente sin actividad y preparada su liquidación.-Cuarto. Era verdad que el actor gestionó el arreglo amistoso de este asunto, pero ya le advirtió «Viurba» que no se consideraba obligada al pago de aquella suma, por cuanto que tenía, a su vez, otros créditos de importancia contra el demandante, según iba a razonar en la reconvención. Citaba a continuación los fundamentos de Derecho que estima de aplicación y formulaba reconvención, que basaba en los siguientes hechos: Primero. La sociedad reconviniendo y don Ismael acordaron que este último, construyera trescientas noventa -sic- y seis viviendas y locales comerciales de subvención estatal promovidos por la primera, con las correspondientes autorizaciones y ayudas por parte del Ministerio de la Vivienda. Las obras se habrían de ajustar a la memoria, proyecto y presupuestos del Arquitecto don Carlos Antonio.-Segundo. Parte de la obra fue tan defectuosamente realizada por el reconvenido que el citado Arquitecto remitió a su mandante la carta que acompañaba, requiriéndola para que demostrase, digo desmontase la piedra artificial colocada en las cosas, que no estaba en condiciones de recibo y constituían un verdadero peligro para la circulación por las calles del conjunto, obras que debían ser realizadas con toda urgencia. Ante ello, en 18 de octubre de 1956, «Viurba, Sociedad Limitada», solicitó la presencia del Notario don Ignacio Méndez Vigo, a cuya presencia se levantó el acta y se obtuvieron las fotografías que formando un solo documento acompañaba. Inútiles las gestiones de tipo particular realizadas cerca del señor Ismael, tanto por él Arquitecto como por «Viurba, Sociedad Limitada», esta última hubo de requerirle por conducto del Notario de esta capital don Juan Dávila García, en 25 de octubre de 1967, para que llevara inmediatamente a cabo las obras que a continuación expresaba, a cuyo requerimiento se contestó por don Miguel Odero Serrano, en representación del requerido, rechazando los supuestos defectos constructivos y, por tanto, su obligación de hacer las reparaciones y solamente en cuanto a las cornisas se encontraba dispuesto a dejar las mismas en las debidas condiciones, pero en ninguna forma antes de que «Viurba» cumpliera las obligaciones de pago que por importantísima cantidad tenía contraída con el requerido señor Ismael con motivo de la ejecución de estas obras.- Tercero. La negativa del señor Ismael obligaron a «Viurba, S. L.», ante el peligro que aquella situación de hecho representaba y las obligaciones contraídas por ella frente al Ministerio de la Vivienda, a acometer su ejecución, encomendándolas a don Jorge, el cual pasó a la compañía facturas por un total de 1.117.158 pesetas. Inmediatamente después de, acabada la obra «Viurba» encomendó al Arquitecto don Enrique, que hiciera una visita de inspección a las obras, librando certificado el cual acompañaba. En el supuesto hipotético de que don Ismael tuviera razón en lo que pide, adeudaría a la sociedad su representada la Suma de 167.158,42 pesetas diferencia existente entre la reclamación de don Ismael y la obra realizada por el señor Jorge y que fue pagada por «Viurba» al mismo por la cantidad dicha y citando seguidamente aquellos fundamentos de Derecho que estimaba de aplicación, terminaba con la súplica de que previa la tramitación legal pertinente, se dictara sentencia en los siguientes términos: Primero. Desestimando la demanda del señor Ismael y absolviendo de la misma a su representada. Segundo. Estimando íntegramente la reconvención y condenándole a que luego que la sentencia sea firme, pague a su cliente la cantidad de 1.117.158,42 pesetas e intereses a partir de la fecha de este escrito.-Tercero. Imponiéndole el pago de las costas que se causen en el procedimiento expresamente.

RESULTANDO que el Procurador, don Francisco Mata Cortas compareció en los autos en representación de los demandados don Pedro y doña Paula, y contestó la demanda, oponiendo a la misma los siguientes hechos: Primero. La acción esgrimida por el señor Ismael lo era contra «Viurba, Sociedad Limitada», y contra don Pedro y doña Paula, como hijos y herederos de dicho señor, sin embargo, el demandado olvidó que el fallecido señor Carlos Ramón estuvo casado con doña Julieta, interesada en la liquidación de la sociedad legal de gananciales que hubo con el extinto señor Carlos Ramón, y en lo que la fijación de su cuota legal usufructuaria le atribuía el artículo 832 del Código Civil. Pareciendo natural que la acción se hubiera dirigido también contra el cónyuge viudo.-Segundo. Los hermanos Paula Pedro ignoraban todo lo relativo al origen de la reclamación del señor Ismael.- Tercero. La misma ignorancia teman sus representados respecto al origen de la reclamación, así como también respecto a los avales que se decían prestados por el que fue su padre. Del examen de las copias de las letras parece ser que sólo uno de aquellos efectos mercantiles fue avalado por don Carlos Ramón, el librado en 30. de abril de 1965 por 500.000 pesetas y vencimiento a noventa días fecha. Así las cosas, no serían responsables de las 950.000 pesetas que se les pedía en la demanda, puesto



que no eran herederos de <<Viurba, S. L.>>, sino del señor Carlos Ramón .- Cuarto. El suplico de la demanda iba dirigido directamente a los hermanos Paula Pedro , como si ellos fueran los únicos y principales deudores del señor Ismael , remitiéndose a la hipotética deudora principal <<Viurba, S. L.>>, a un segundo término realmente inexplicable, la condena de <<Viurba>> se subordina a que no se encontrara en situación legal de quiebra al tiempo de presentarse la demanda, toda vez que en otro caso quedarían fuera de la acción de reclamación de cantidad esgrimida por la contraparte resumiendo que el señor Ismael no demandó a todas las personas interesadas en la herencia de don Carlos Ramón , lo que sería suficiente para que el Juzgado se abstuviera de hacer cualquier pronunciamiento respecto a los demandados; que los herederos de don Carlos Ramón entre los que incluída al cónyuge <<supertite>>, en su caso, responderían únicamente de aquellas obligaciones no extinguidas o prescritas que hubiera aceptado dicho causante, pero en ningún caso las que hubiere aceptado en representación de la sociedad codemandada. Y citando a continuación los fundamentos de Derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando que en su día se dictase sentencia estimando las excepciones alegadas y en todo caso absolver a sus representados de la demanda, imponiendo las costas del juicio de modo expreso al demandante.

RESULTANDO que la parte actora evacuó el traslado que para réplica y contestación ala reconvencción le fue conferido, insistiendo en los hechos, fundamentos de Derecho y súplica de su escrito de demanda, rechazando los de la contestación y contestando a la reconvencción exponía: Primero. Estaba conforme con el correlativo.- Segundo. Negaba el correlativo, alegando que la obra encargada al señor Ismael fue ejecutada por éste ajustándose a las condiciones establecidas por las partes, demostrándolo así el acta de recepción otorgada en 26 de mayo de 1965, en donde se hacía constar que dicha obra es recibida por <<Viurba>> <<a plena conformidad>> de esta entidad. Es en 18 de octubre de 1966, un año cuatro meses después, cuando <<Viurba>> levanta el acta notarial que acompaña al escrito de contestación, denunciando determinados defectos; que en 25 de octubre de 1967, dos años y medio después de recibidas las obras a plena satisfacción, es cuando <<Viurba>> pretende que el señor Ismael realice determinadas obras.-Tercero. <<Viurba>> pretendía imputar al señor Ismael el importe de las obras realizadas por la firma << Jorge >>, siendo tal pretensión improcedente, porque ignoraban si se realizaron o no y en qué consistían. En todo caso fueron obras efectuadas y ordenadas por indicación de <<Viurba>> dos años y medio después de ejecutada y recibida a plena satisfacción la obra del señor Ismael , por lo que éste quedaba totalmente exonerado de responsabilidad respecto a la misma. Las mejoras que <<Viurba>> haya querido realizar o los desperfectos que en la construcción se produjeran por el mal uso o falta de cuidado de <<Viurba>> no podía ahora ser cargados al señor Ismael . En todo caso negaban la entidad de las obras ejecutadas por el señor Jorge . Negaba la nueva pirueta procesal que realizaba <<Viurba>>, consistente en reclamar al señor Ismael 1.117.158,42 pesetas que dice importaron las obras realizadas por << Jorge >> por encargo de <<Viurba>> y lo rechazaban porque aun en el supuesto de que fueran ciertos los desperfectos alegados de contrario (lo que admiten a los simples efectos polémicos), debía tenerse en cuenta que cada certificación de obra <<Viurba>> retenía un 5 por 100 en concepto de fianza total de dichas certificaciones, precisamente para responder de los defectos de construcción que pudieran aparecer. Acompañando veintidós certificaciones de obras, consignando a este respecto que la cantidad a que ascendía el 5 por 100 de las veintidós certificaciones era de 2.464.839 pesetas, salvo error u omisión, teniendo en cuenta que este cálculo se había hecho sobre las cifras que aparecían en las aludidas certificaciones, cantidades de las que se habían deducido ya el 5 por 100, lo que suponía que el total importe de" la retención debió de ser mayor. La cantidad indicada y que representaba el importe de la fianza retenida por <<Viurba>> no había sido abonada por el señor Ismael , siendo dicha suma superior, a la reconvencción formulada por <<Viurba>> y que el plazo para reclamar los defectos de la obra habían transcurrido sobradamente desde la fecha de recepción de la misma, 26 de mayo de 1985 y aquélla en que se otorgó el acta notarial, 18 de octubre de 1966, es decir, un año y cuatro meses después de aquélla. Citaba a continuación los fundamentos de Derecho que estimaba de aplicación, terminando con la súplica de que se dictara en su día sentencia por la que se declarase haber lugar a la demanda en los propios términos en ella contenidos y desestimando la reconvencción formulada por <<Viurba, S. L.>>.

RESULTANDO que las partes demandadas evacuaron el traslado que para duplica les fueron conferidos insistiendo en los hechos, fundamentos de Derecho y súplica de sus escritos de contestación a la demanda y reconvencción.

RESULTANDO que recibidos los autos a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente y figura en las respectivas piezas.

RESULTANDO que unidas a los autos las pruebas practicadas, se entregaron los mismos a las partes por su orden para conclusiones, trámite que evacuaron solicitando se dictase sentencia en los términos que respectivamente tenían interesados en sus escritos de autos.



RESULTANDO que el señor Juez de primera instancia número 24 de los de Madrid dictó sentencia con fecha 19 de abril de 1972, que contiene el siguiente fallo: Que desestimando la reconvenición formulada y estimando en parte la demanda, debo declarar y declaro que los demandados <<Viviendas y Urbanizaciones, S. L. (Viurba, S. L.)>>, y doña Paula y don Pedro, hijos y herederos de don Carlos Ramón, adeudan al actor, don Ismael, la cantidad de 950.000 pesetas y debo de condenar y condeno a dichos demandados al pago de la suma indicada, más los gastos de protesto de las cuatro letras de cambio a que esta reclamación se refiere, con el interés del 4 por 100 de la expresada cantidad a contar desde las fechas de los indicados protestos; sin hacer expresa imposición de las costas de este juicio.

RESULTANDO que interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia por la representación de las partes demandadas y tramitado el recurso con arreglo a Derecha, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, dictó sentencia con fecha 27 de febrero de 1973, la que sin hacer expresa condena de las costas causadas en segunda instancia confirmó la sentencia apelada.

RESULTANDO que el Procurador don Fernando Aragón Martín, en representación de <<Viviendas y Urbanizaciones, S. L.>>, y de doña Paula, asistida de su marido, y de don Pedro y con depósito de 3.000 pesetas, ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley contra la sentencia pronunciada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, con apoyo en los siguientes motivos:

Primero. Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción por inaplicación de la doctrina legal reiterada de este Supremo Tribunal de Justicia, recogida, entre otras, en sus sentencias de 27 de junio de 1944, 30 de septiembre de 1950, 4 de junio de 1962, 14 de abril de 1966 y 27 de septiembre de 1968, de que cuando el derecho material controvertido afecta a varias personas, no puede hacerse pronunciamiento alguno sobre el fondo del asunto sin que todas las afectadas por el derecho debatido se hallen presentes en el debate judicial, como demandantes o demandados. O dicho de otra forma, defectuosa constitución del litis consorcio en su aspecto pasivo, como lo viene llamando la doctrina y la propia jurisprudencia de esta Sala. En el escrito de contestación a la demanda de los hermanos Paula Pedro, que ratificaron en el de duplica, adujeron que al no haber sido demandada la viuda del fallecido señor Carlos Ramón, doña Julieta, el Juzgado debía abstenerse de conocer el fondo del asunto, en cuanto no fuera demandado el cónyuge viudo, invocando la doctrina jurisprudencial que sirve de base al presente motivo de casación. Era obligada la presencia de la viuda, no a título de heredera del que fue su marido, que no lo es, sino porque la demanda del señor Ismael había forzosamente de afectarla como una presunta deuda de la sociedad conyugal. Al folio 286 de los autos figura una comunicación de la Delegación de Hacienda de esta capital acreditativa de que en la Abogacía- del Estado se había presentado el día 6 de junio de 1970, para la liquidación- del Impuesto General sobre las Sucesiones, la testamentaria de don Carlos Ramón, que había sido liquidada con carácter provisional. En el escrito de réplica figuraba el siguiente párrafo, que dejó suficientemente aclarada la cuestión: <<En efecto, el precepto legal citado hablaba del artículo 1.084 del Código Civil, aparte del supuesto de que la partición está hecha, único caso en que el acreedor podría exigir el pago de su crédito de cualquiera de los herederos; pero olvida, en el presente caso, la partición del señor Carlos Ramón, ni estaba hecha ni está hecha, y que la presencia del cónyuge viudo, más que a título de heredera del que fue su marido, lo es como interesada en la liquidación de la sociedad conyugal.>> Basta examinar los artículos 1.422 al 1.426 del Código Civil para comprender la razón que asiste a los recurrentes en este particular contrato del litigio! La interrogante que plantea el presente motivo de casación es la de si disuelta por ministerio de la Ley y no liquidada la sociedad legar de gananciales, el presente acreedor de aquélla puede dirigirse únicamente contra los hijos y herederos del cónyuge fallecido, dejando fuera del debate judicial al cónyuge viudo. La respuesta, a juicio del que recurre ha de ser forzosamente afirmativa, puesto que, como es sabido, la práctica de la liquidación de la sociedad de gananciales, uno de cuyos capítulos más importantes es relativo al reconocimiento de deudas que puedan afectarla, ha de practicarse en todo caso con intervención del cónyuge <<supertite>>, sin cuyo requisito y tratándose de bienes inmuebles, por ejemplo, el documento público liquidatorio de aquélla, no podría ser inscrito en el Registro de la Propiedad. Segundo. Al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Error de Derecho en la apreciación de la prueba documental, pública y privada, de los folios 42, 43 al 45, 55 al 57, 59. al 65 y 290 y 291 y con el alcance que razonará luego. <<Viurba, S. L.>>, al mismo tiempo que se oponía a la demanda del señor Ismael, le reconvenía, para que le pagara la cantidad de 1.117.18,42 pesetas, importe de las obras que, por cuenta del recurrido, había tenido que ejecutar en los bloques de viviendas cuya construcción le encomendara, por habérselo exigido así el Ministerio de la Vivienda. La prueba documental de los folios citados debidamente averada a la presencia judicial, declaración de los señores Carlos Antonio, digo Jorge y Enrique, de naturaleza pública por fallecimiento del señor Carlos Antonio, que lo autoriza, como lo reconoció expresamente al absolver la posición segunda, condición de prueba documental pública que concurre en la de los restantes folios citados al principio de este motivo, pone de manifiesto: A) La del folio 42, carta del fallecido Arquitecto señor Carlos Antonio, que era necesario desmontar la piedra artificial colocada en las casas por no estar en condiciones



de recibo, constituyen un peligro para la circulación de las calles del conjunto, señalando el técnico citado que la ejecución de aquellas obras debía ser de cuenta de la contrata. B) La de los folios 43 al 45, acta de presencia del Notario don Ignacio Méndez Vigo, en cuanto da fe de todos los defectos o imperfecciones que advierte en la obra ejecutada por el señor Ismael , corroborada por las fotografías de los folios 46 al 54. C) La de los folios 55 al 57, está representada por el nuevo requerimiento notarial de «Viurba» al señor Ismael , en el mes de abril del año 1967, para que ejecute aquellas obras, que fue rechazado por el recurrido. P) La prueba de los folios 59 al 54 se integra por las facturas del señor Jorge , justificativas del 1.117.158,42 pesetas invertidas en aquellas reparaciones y pagadas por «Viurba, S. L.», al señor Jorge , obras estas últimas de reparación que merecieron la aprobación del señor Enrique . E) Finalmente, el informe del Instituto Nacional de la Vivienda de los folios 290 al 291, refrenda cuanto resulta de Ja prueba anteriormente inventariada. Parecía razonable esperar que la reconversión prosperara, lo que no ocurrió. Figuran unas declaraciones en el Considerando octavo de la sentencia del Juzgado, aceptadas en la sentencia de apelación de gran interés en relación con el tema planteado en el presente motivo, y si bien es cierto que los gastos originados por las posibles diferencias de la total obra realizada por el accionante (folios 59 al 64, 215, 233, 290 y 291), habrían de cargarse al mismo, los que se valoran por el demandado, «Viurba, S. L.», en 1.117.158,40 pesetas, objetos de su reconversión, tampoco lo es menos que la entidad propietaria de los bloques en que se realizó la obra retuvo a tal efecto cifras superiores a las que reclama, según resulta de las certificaciones de obra que a la réplica se acompañan, operándose al respecto la compensación (artículos 1.156 y 1.195 del Código Civil), aplicable a toda clase de obligaciones, incluidas las mercantiles (sentencias, de 7 de junio de 1958, 19 de marzo de 1960), conviniendo asimismo hacer notar que la compensación por el actor invocada no modifica ni altera los términos de la demanda, ni supone nueva pretensión en que el sancionante aprovechando el traslado para réplica trata de ampliar sus pedimentos, reconvenio expresamente, digo «reconventio reconventionis» no autorizada por el artículo 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , sino que simplemente alega la excepción idónea que puede oponerse a la pretensión reconvenzional ejercitada por el demandado. Como se ve, la reconversión se acoge en el Considerando, aunque se enerven sus efectos compensándola con aquellas cantidades superiores que, según la propia sentencia «Viurba, S. L.», adeudaba al señor Ismael . No ocurrió así y cita como Infringidos por inaplicación los artículos 1.218 del Código Civil y 597 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , y en cuanto a los privados, se infringen en el fallo de la sentencia de apelación, también por inaplicación, los artículos 1.225 , 1.227 y 1.228 del Código Civil . La jurisprudencia de la Sala a que tengo el honor de dirigirme enseña también que el error de Derecho consiste en no considerar como bastante determinada prueba documental, pública o privada, para acreditar los hechos en que un litigante funde su derecho. Así, pues, a la desestimación de la demanda reconvenzional, opongo la prueba documental pública y privada ampliamente examinada en este motivo, suficiente para que la reconversión prospere y añade a mi juicio, sobre la valoración de aquella prueba, la declaración del Juzgado, Considerando octavo, en orden a una desestimación, si bien no se refleje en la parte dispositiva de la sentencia, de la propia reconversión, de mi cliente.

Tercero. Al amparo del número séptimo del artículo 1.º 92 de la Ley de Enjuiciamiento Civil : Error de derecho en la apreciación de la prueba documental de los folios 83 al 111, así como la de los folios 132 y 133 en él sentido y con el alcance que razonará luego. La postura del Juzgador de primera instancia respecto a este problema, íntegramente aceptada por la Audiencia, puede concretarse así: Si bien es cierto que «Viurba, S. L.» tuvo que realizar obras por 1.117.158,40 pesetas para reparar defectos de la obra contratada con don Ismael y, por ello, imputable al mismo, no es menos cierto que, este último, resultaría acreedor de la Sociedad que recurre por razón de las detracciones que, en concepto de fianza, acusa los documentos de los folios 83 al 111, en cantidad muy superior a la de las obras efectuadas por «Viurba, S. L.». Niega que la prueba documental de los folios 83 al 111, expresamente invocada en la sentencia del Juzgado, sea bastante para demostrar que el señor Ismael resulta acreedor de la Sociedad que me manda, en cantidad superior a lo que en la reconversión se le señala. En efecto, se trata al parecer de unas liquidaciones mensuales de certificaciones de obra, que van desde el día 5 de febrero de 1964 al 22 de diciembre del año 1965, en todas las cuales aparece como primer concepto el importe líquido de la certificación, deducido el 5 por 100 de la fianza, retenciones que, según razona el señor Ismael en su réplica, alcanza la cifra de 2.464.839 pesetas. La referida prueba documental privada no podría servir en ningún momento de amparo y fundamento a la declaración de hecho que acepta el Juzgado, de ser «Viurba, Sociedad Limitada» deudora por aquellas cantidades, entre otras, por las razones siguientes: a) No fue reconocida como auténtica en sus escritos de duplica, por ninguno de los recurrentes, b) No se practicó prueba alguna acerca de la autenticidad de la firma y de la rúbrica que, como del Director Gerente de «Viurba, S. L.» aparece en aquellas liquidaciones. Y, por si todo esto fuera poco, al duplicar «Viurba, S. L.» aportó una carta del señor Ismael con su resumen de cuentas -folio 132 y 133 de las obras de Alcalá de Henares, en el que declara que la quedaban sólo por percibir por el concepto de fianza la cantidad de 259.659 pesetas. Pretender al amparo de aquella prueba, como lo hizo el Juzgado de Primera Instancia, que «Viurba, Sociedad Limitada» pueda ser deudora de don Ismael por cantidad muy superior al 1.117.158,40 pesetas, infringe por inaplicación del artículo 1.225 del Código Civil , a cuyo tenor, el documento privado legalmente reconocido tendrá el mismo



valor que la escritura pública entre los que lo hubieren suscrito y sus causahabientes. Infringe también y en el mismo concepto, el artículo 604 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a cuyo tenor, los documentos privados de la correspondencia serán reconocidos bajo juramento a la presencia judicial por la parte a quien perjudique, si lo solicitare la contraria, lo que no ha ocurrido: Añade el propio precepto en su párrafo segundo, que no será necesario dicho reconocimiento cuando la parte a quien perjudique el documento lo hubiera aceptado como legítimo al fijar los hechos en los escritos de contestación, réplica y duplica, supuesto que no se ha dado, pues ni «Viurba, S. L.» ni los hermanos Paula Pedro reconocieron en ningún momento la autenticidad o legitimidad de las liquidaciones de los folios 83 al 111, en que la Audiencia al aceptar los Considerandos del Juzgado, admite como probado que «Viurba, S. L.» sea deudora del recurrente, digo recurrido, en cifras... «Superiores a las que reclama, según resulta de las certificaciones de obra que a la réplica se acompañan (folios 83 al 111)...». Al darse lugar al presente motivo de casación, deberá removerse y dejarse sin efecto la declaración combatida, por falta de prueba en que apoyarla, por no reunir la citada por el Juzgado, según acabo de razonar, las condiciones necesarias para ello.

Cuarto. Al amparo del número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil : El fallo otorga más de lo pedido, lo que comporta la infracción por inaplicación del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , a cuyo tenor, las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. La infracción que denuncio lo es por el concepto de inaplicación, puesto que el fallo de apelación que hace suyo el de primera instancia, no se atiene a los términos de dicho precepto legal. El otorgar más de lo pedido, que es una modalidad de la incongruencia, se acredite mediante un simple cotejo parangón del suplico de la demanda, o del suplico de la réplica, en su caso, con la parte dispositiva de la sentencia. Don Ismael solicitó que se dictara sentencia que tuviera los pronunciamientos siguientes: Primero. Condenar a don Pedro y doña Paula al pago de 950.000 pesetas más los intereses y cuantos gastos y costas se produzcan en el procedimiento ejecutivo seguido ante el Juzgado de primera instancia de Madrid número 17, seguido por el Banco Continental contra su mandante. El fallo por su parte condena a los, recurrentes al pago de 950.000 pesetas «...más los gastos de protesto de las cuatro letras de cambio a que esta reclamación se refiere con el interés del 4 por 100 de la expresada cantidad a contar desde las fechas de los indicados protestos...». Como se ve, allí donde el recurrido pidió el principal y los intereses, el Juzgado -y la Audiencia en su día- de oficio, añadieron los gastos de protesto, no pedidos en la demanda, no se podrá argüir, que además se reclamaban «cuantos gastos y costas se produzcan el procedimiento ejecutivo seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 17 de los de esta capital, por la sencilla razón de que, el importe de los protestos graciosamente concedidos no podían encuadrarse nunca como gastos y costas del procedimiento judicial dicho. La estimación, pues, del presente motivo determinaría que, en la segunda de las sentencias que dictara el Alto Tribunal de Justicia a que me estoy dirigiendo, excluya de la condena el importe de los protestos de las letras de cambio cuyo principal se reclama.

Quinto. Al amparo del número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, el fallo otorga más de lo pedido, infringiendo por inaplicación el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, a estos efectos, tiene naturaleza sustantiva. La demanda de don Ismael se presentó en la oficina de reparto de los Juzgados de Primera Instancia de Madrid, el día 12 de enero de 1971. En el suplico de aquélla se solicitó la condena de los recurrentes al pago de las 950.000 pesetas más los intereses, sin que se hiciera puntualización alguna acerca del momento en que tales intereses debían ser pagados. Semejante conducta del demandante significa que los intereses reclamados lo eran a partir del 12 de enero de 1971, fecha de la interpelación judicial y no los anteriores, puesto que, en este caso, lo hubiera pedido así explícitamente. El Juzgador de Primera Instancia -tesis que hizo suya la Audiencia- otorga los intereses legales del principal, desde la fechas de los protestos de las letras de cambio y así: a) En donde don Ismael pidió el interés legal del dinero que reclama sin remitirlo a fecha anterior alguna a la de la demanda, b) La sentencia recurrida, los concede desde el día que los protestos tuvieron lugar, añadiendo de oficio, o sin solicitud del demandante, unos intereses, unos demandantes, digo unos intereses que no habían sido reclamados. Si bien es verdad que, el artículo 526 del Código de Comercio declara que las letras de cambio protestadas por falta de pago devengarán intereses en favor de los portadores desde la fecha del protesto, tal derecho es renunciable y nada impide que, el tenedor o portador de la letra, tanto en el juicio ejecutivo como en declarativo, pueden implícitamente renunciar a los intereses producidos hasta el tiempo de presentar la demanda. Evidente también en el razonamiento que ampara este motivo, la Sala al acogerlo deberá limitar la condena por el concepto de intereses al tiempo que va desde la presentación de la demanda, ya señalado, hasta aquel en que el pago tenga lugar.

Sexto. Al amparo del número segundo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que autoriza la creación cuando la sentencia no sea congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, lo que comporta la infracción, en el concepto de inaplicación del artículo 359 de la Ley de



Enjuiciamiento Civil , de naturaleza sustantiva a estos efectos. La congruencia que denunció se produjo en los siguientes términos: En el suplico de la demanda, solicitó don Ismael que se condenara a don Pedro y doña Paula al pago de 950.000 pesetas más los intereses y cuantos gastos y costas se produjeran en el juicio ejecutivo que seguía en su contra el Banco Continental, ante el Juzgado de Primera Instancia número 17 de los de Madrid y añadió literalmente en el punto primero del suplico: Y para el supuesto de que a lo largo del presente procedimiento se acreditara que «Viurba, S. L.» no se encuentra en situación de quiebra, interesamos la condena de dicha entidad en los propios términos interesados para los otros demandados, e intentada que sea la ejecución, sin éxito sobre sus propios bienes, seguir la ejecución en contra de don Pedro y doña Paula . Si bien la demanda se dirige inicialmente contra los hermanos Paula Pedro , se precisa en el suplico que, de no hallarse en situación de quiebra «Viurba, S. L.» debía ser condenada en los mismos términos que los otros dos, intentada que fuera sin éxito la ejecución sobre bienes propiedad de «Viurba», seguiría contra los bienes de don Pedro y doña Paula . La sentencia condena a los tres demandados en los términos que ya son conocidos; pero no se atiende en cuanto a su ejecución, a los términos señalados por el propio demandante, primero contra los bienes de «Viurba» y después contra los hijos del señor Carlos Ramón . No probada la quiebra de «Viurba, S. L.», era obligado que, en la parte dispositiva del fallo, se declarara que el importe de la condena lo sería en primer término sobre bienes propios de «Viurba» y de no tener éxito en este intento de ejecución, según los términos del suplico, prosiguiera contra bienes propios de los señores Paula Pedro . La incongruencia es, pues, patente, al no haberse atendido el Tribunal de apelación a los términos de la demanda.

RESULTANDO que admitido el recurso e instruidas las partes, se declararon los autos conclusos y se mandaron traer a la vista con las debidas citaciones; acto que tuvo lugar el día 20 de diciembre de 1973, con asistencia de los Letrados de las partes que informaron en apoyo de sus respectivas pretensiones.

Visto siendo Ponente el Magistrado excelentísimo señor don Emilio Aguado González.

CONSIDERANDO

CONSIDERANDO que, el motivo del recurso, denuncia la infracción, por inaplicación, de la doctrina sobre la falta de consorcio pasivo necesario, por ausencia, en concepto de demandado, del cónyuge viudo, aduciendo diversas sentencias, de este Tribunal, en las que la teoría se expuso, pero a esto hay que oponer: A) Que los hechos, reveladores de tales sentencias, no coinciden con el supuesto de autos, según se expuso en el acto de la vista. B) Que el cónyuge viudo tiene, por su cuota viudal, un simple derecho de crédito, según le reconoce el artículo 839 del Código Civil ; en una palabra, que propiamente no es heredero y, por ello, no debe ser llamado al pleito, en que se ejercitan acciones, cuyo cumplimiento corresponde sólo a los herederos. C) Que en autos, figura un documento de la Delegación de Hacienda de Madrid, en que se dice que en 6 de julio de 1970 fue presentada la liquidación de don Carlos Ramón , figurando como herederos su esposa y dos hijos, la cual ha sido liquidada, provisionalmente, el 4 de mayo último (de 1971) y se encuentra pendiente de pago, concepto el expresado que no corresponde a la realidad, pues por lo dicho, el cónyuge, por su cuota viudal, no es heredero. D) Que, por falta de datos, no procede acceder al actual motivo de casación.

CONSIDERANDO que en los motivos segundo y tercero del recurso, se ataca la absolución de la reconvenición, alegando error de derecho, en la valoración de la prueba, señalándose, en el motivo tercero, la infracción por inaplicación de los artículos 1.218 del Código Civil y 597, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por lo que afecta a los documentos públicos y por igual concepto, de los artículos 1.225, 1.227 y 1.228 del Código sustantivo, por lo que afecta a los documentos privados y en el motivo cuarto se aduce la infracción, por igual concepto del artículo 1.225, de igual Código; es de notar que en éste se alude por tres veces, dentro del motivo, al error de hecho, lo que supone la alegación de un doble error (de hecho y de derecho), si bien en el encabezamiento del motivo se alude solamente al primero, pero es de apreciar que la absolución de la reconvenición se produce por la afirmación de la sentencia de primera instancia -aceptada por la de la Audiencia- de que las deficiencias que se notaron en la realización de las obras, valoradas por el demandado «Viurba, S. L.» en 1.117.158,40 pesetas, «tampoco lo es menos que la entidad propietaria de los bloques en que se realizó la obra actual, a tal efecto retuvo cifras superiores a las que reclama, según resulta de las certificaciones de obra, que a la réplica se acompañan (folios 63 al 111), operándose al respecto la compensación», por lo que absuelve de la reconvenición, aunque sin citar la compensación a que se alude en el Considerando, siendo de apreciar que no se cita para nada los documentos auténticos que han de viabilizar el error de hecho, por lo que no puede alegarse éste, en solicitud de la absolución de la reconvenición; en suma, que el motivo está formulado deficientemente y no puede prosperar.

CONSIDERANDO que los motivos cuarto y quinto acusan la infracción del número tercero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por entender que el fallo otorga más de lo pedido; pero a este respecto es de señalar que no aparece infringido por inaplicación lo dispuesto en el artículo 359 de la Ley procesal , por



cuanto: A) En el motivo cuarto se conceden los gastos de protesto, atendida la petición de la demanda de que se abonen «cuantos gastos y costas se produzcan en el procedimiento ejecutivo seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 17 de esta capital seguido por el Banco Continental contra mi mandante», petición que indudablemente afecta a los gastos de protesto que se conceden; y B) En el motivo quinto se combate la concesión de los intereses, porque al no intentarlo sino a partir de la interpelación judicial, no pueden concederse antes, pero ya el mismo demandado hace constar que el artículo 526 del Código de Comercio lo establece así y no pueden darse por renunciados antes, por requerir la renuncia expresa del demandante.

CONSIDERANDO que, en el último motivo, se interesa por el cauce del número segundo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con igual aplicación y por el mismo concepto, que, en los anteriores, se trata de un problema que afecta a la ejecución de la sentencia, derivado, según expresa el suplico de la demanda, del pedimento primero en que se pide «condenar a don Pedro y doña Paula al pago de 950.000. pesetas, más los intereses y cuantos gastos y costas se produzcan en el procedimiento ejecutivo, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 17 de esta capital, por el Banco Continental, contra mi mandante. Y para el supuesto de que a lo largo del presente procedimiento, se acredite que «Viurba» no se encuentra en situación de quiebra, interesamos la condena de dicha entidad, en los propios términos interesados, otros dos demandados, e intentada que sea la ejecución sin éxito, sobre sus propios bienes, seguir la ejecución contra los de don Pedro y doña Paula », por lo que no habiéndose acreditado, si «Viurba, S. L.» se encuentra o no en estado de quiebra, basta con transcribir el «petitum» en un Considerando, para en su caso tenerlo en cuenta, como antecedente necesario del fallo, en la presente resolución, del recurso interpuesto.

CONSIDERANDO que desestimados los cinco motivos del recurso, se impone su rechazo, con la condena en costas y pérdida del depósito constituido que determina como pronunciamiento accesorio el artículo 1.748 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLAMOS

Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley; interpuesto por «Viviendas y Urbanizaciones, S. L.» y doña Paula y don Pedro, contra la sentencia pronunciada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, con fecha 11 de febrero de 1973, en autos de y mayor cuantía, seguidos contra los mismos por don Ismael, sobre reclamación de cantidad; condenamos a los recurrentes al pago de las costas ocasionadas en el recurso y a la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino prevenido en la ley; y a su tiempo comuníquese esta resolución a la expresada Audiencia, con devolución a la misma de las actuaciones que remitió.

Así, por esta nuestra sentencia, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» e insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, -Baltasar Rull Villar.- Manuel Taboada Roca.-Gregorio Díez Canseco.-Federico Rodríguez Dolano.-Emilio Aguado González.-Rubricados.

Publicación.-Leída y publicada fue la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Emilio Aguado González, Magistrado de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, Ponente que ha sido en estos autos, celebrando audiencia pública la referida Sala en el día de su fecha, de que certifico.

Madrid, 9 de enero de 1974.-Sebastián Baños de la Torre. -Rubricado.