

Roj: **STS 241/1957** - ECLI: **ES:TS:1957:241**Id Cendoj: **28079110011957100241**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **04/04/1957**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Casación**Ponente: **JUAN SERRADA HERNANDEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia****Núm. 290-**

En la villa de Madrid, a 4 de abril de 1957, en los autos de Juicio de retracto de colindantes de fincas rústicas, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Peñafiel y la Sala de lo Civil de la

Audiencia Territorial de Valladolid por don Francisco , labrador y vecino de Campaspero, como padre y legal representante de su hija menor Magdalena y de Lucía , contra don Pedro Miguel , labrador y vecino de Campaspero; pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el Procurador don Luis Recio de la Serna y seguido después por el también Procurador don Rafael Ortiz de Solórzano, a nombre de don Pedro Miguel , bajo la dirección del Letrado don José de Francisco Gracia:

RESULTANDO

RESULTANDO que por escrito de fecha 3 de noviembre de 1953 el Procurador don Teófilo de la Esperanza González, a nombre y con poder de don Francisco , como padre y representante legal de su hija menor Magdalena y de Lucía , dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia de Peña fiel demanda en Juicio de retracto contra don Pedro Miguel , alegando sustancialmente como hechos:

Primero. Que las demandantes eran propietarias de la siguiente finca rústica sita en término municipal de Campaspero, a saber: una tierra al camino de Labajos de cabida 65 áreas o fanega y media de tierra, y lindante: por Oriente, con Rodrigo , Cornelio , Juan Miguel y Gonzalo ; por el Mediodía con Demetrio Jorge; por Poniente, con Alfredo , y por el Norte, con Jose Carlos , cuya finca habla sido adquirida por las actoras en virtud de herencia de su causante doña Leonor , que falleció en Campaspero el 13 de agosto de 1947, habiendo otorgado testamento el 23 (sic) del mes de su fallecimiento, ante el Notario que fué de Peñafiel don Bernardo Diez instituyendo por sus únicas y universales herederas a sus dos hilas Julia y Teodora; que entre los bienes parafernales que tenía la causante al ocurrir su fallecimiento constaba, entre otros, la finca rústica descrita, hecho que se demostraba con la partición privada realizada al fallecimiento de los padres de la testadora doña Leonor , y de la sucesión hereditaria a favor de las demandantes se pagó el impuesto sucesorio de Derechos reales, como se acreditaba con la solicitud formulada a ese fin, donde constaba la liquidación practicada; documentos que se acompañaban con la demanda,- como igualmente el certificado de defunción del Registro General de Actos de Ultima Voluntad y copia del testamento dicho.

Segundo. Que por información recibida por las demandantes el día 29 de septiembre anterior a la fecha de esta demanda, don Juan Miguel había vendido al demandado don Pedro Miguel la siguiente finca rústica sita en término municipal de Campaspero, a saber: tierra al pago de Lebajos de 95 áreas, que lindaba por Saliente, con Cornelio ; por Poniente, con Gonzalo , y por el Norte, con Francisco ; que las demandantes desconocían la fecha en que se habla efectuado la transmisión de la finca e lualmente cuáles habían sido las condiciones del contrato.

Tercero. Que la finca comprada por el demandado era colindante con la que era propiedad de las actoras, quienes formularon el día 6 de octubre anterior demanda de conciliación con el demandado a fin de retraer la finca, pero no llegándose la una avenencia por oponerse el demandado señor Pedro Miguel , alegando la



difícil tazón de no estimar la pretensión de las demandantes y negándose, Incluso, a confesar el precio de la compraventa; acompañando las alegantes testimonio del acto de conciliación celebrado, en leí que aparecía la prestación de la fianza prestada por las actoras de obligarse a consignar el precio de compraventa una vez que fuese conocido; alegando los fundamentos de derecho que consideraron pertinentes y terminando por suplicar que, previos los tramites legales y teniendo por presentada la fianza que se constituía en la mesa del Juzgado de consignar el precio de la venta en cuanto fuese conocido éste, y obligándose a prestar, caso de que el Juzgado señalase otra fianza, la que se determinase, y, además, tener por contraído el compromiso de no Vender las demandantes i años la finca que se trataba de retraer, y previo emplazamiento del demandado y la tramitación oportuna se dictase sentencia declarando haber lugar al retracto, y condenando al demandado don Pedro Miguel a que, dentro del tercer día, otorgase escritura de venta de la finca a favor de las retrayentes, recibiendo en el acto el precio que se consignarla y el importe de los gastos que fuesen de legitimo abono, cuyo pago se comprometían a efectuar, apercibiendo al demandado que de no hacerlo "sí se otorgaría la escritura de oficio y por su cuenta, y con imposición de las costas del juicio a dicho demandado caso de "oponerse al retracto que se interesaba; habiendo acompañado con el escrito los documentos a que 'se hace referencia:

RESULTANDO que emplazado el demandado, el Procurador don Patricio García López, a nombre y con poder de don Pedro Miguel , compareció en los autos y por escrito de 9 de diciembre de 1953 contestó a la demanda alegando sustancialmente como hechos:

Primero. Que negaba el hecho de igual número de la demanda, pues no le constaba si doña Leonor había heredado de sus padres la finca de que se hacía referencia en el hecho de la demanda, y que no se les había dado copia de la partición privada hecha al fallecimiento de sus padres, y en cuya partición (privada hecha al fallecimiento) se apoyaba la parte actora para afirmar la existencia de la herencia, pues no se podía considerar como copia de dicha partición el documento de seis líneas que se les había facilitado y en el que textualmente se decía: "En la relación de fincas rústicas que han correspondido a Leonor , vecina de Campaspero, por herencia de su difunto padre Juan Ramón , aparece una tierra al camino de Labajos, de fanega y media, que linda con Rodrigo y Demetrio Jorge, Alfredo y Jose Carlos , valorada en 45.000 pesetas. Es copia. Teófilo de la Esperanza, con rúbrica"; acompañando lo que se quería hacer pasar por copia del documento de partición suscrito por el representante de la parte actora; pero que aún dando por cierto, a los fines dialécticos, que doña Leonor fué la dueña de tal finca, era totalmente Inexacto que dicha finca fuera de sus hijas, las demandantes, y la afirmación se hacía a la vista de la documentación aportada por la misma parte actora para Justificar su carácter -de propietaria; pero suponiendo que doña Leonor fuera dueña de tal finca, ésta al fallecer instituyó un legado universal, y por tanto de todos sus bienes en usufructo vitalicio, a favor de su esposo, y quedando la nuda propiedad a favor de los hijos, o sea las retrayentes, y para el caso de que el legado universal careciera de eficacia, la testadora legó a su esposo el tercio Ubre en pleno dominio y los otros dos tercios se los dejó a las hijas, y, por tanto, había dos instituciones en el testamento incompatibles, y si se aceptaba la primera, quedaba sin vigor la segunda, y viceversa, si no se aceptaba la primera recobraba su eficacia la segunda, y si se aceptaba el legado universal, entonces las hijas ,eran nudas propietarias hasta la muerte del viudo, en cuyo momento recobraban el pleno dominio, y si no aceptaban aquel legado universal entonces el viudo heredarla el tercio libre en pleno dominio y los otros dos tercios eran para las hijas, añadiendo que la partición no se habla realizado todavía (pues no podía considerarse tal partición la instancia dirigida al Registrador de la Propiedad suscrita por el viudo y que no tenia otro objeto que liquidar el Impuesto de Derechos reales), y no constaba tampoco que el legado universal de usufructo hubiera sido aceptado por las hijas, y mientras la aceptación no tuviera lugar no era posible conocer, como se diría en los fundamentos de derecho, si regía la institución del legado universal o la otra, y, por tanto, a quién se había de adjudicar la finca de autos, pues si el legado universal no se aceptaba entonces, entraría en juego la otra institución y la finca podía imputarse al tercio de libre disposición de la herencia o a los otros dos tercios, y según se imputase a uno u otro tercio la finca correspondería al viudo o a las hijas, y, por consiguiente, no le constaba al demandado que la finca de autos fuese de doña Leonor por falta de coplas de la hijuela necesaria para evacuar este traslado (artículo 520 de la ley procesal civil), y aun cuando fuera de su propiedad o hubiera sido, negaba que en el estado actual, no habiéndose efectuado la partición de los bienes, fuese de sus hijas las demandantes.

Segundo. Que el día 1 de septiembre anterior el demandado compró a don Juan Miguel la finca a que se refiere la demanda en unión de otra; acompañando escritura de compraventa con el número 1, que así lo acreditaba, y dicha escritura fué consecuencia de un compromiso de venta de las dos fincas hecho en 5 de mayo anterior en documento privado por precio de 45.000 pesetas, de las que correspondían 29.000 a la finca de autos y las restantes a la otra finca, conviniéndose el pago que había de hacerse a plazos, o sea: 10.000 pesetas en el momento de la firma del compromiso; otras 10.000 el día 1 de junio; 20.000 el 25 de agosto, y las restantes 5.000 antes de hacerse la escritura definitiva, cuyo otorgamiento había de tener lugar antes del 20 de septiembre; acompañando el demandado bajo el número 2 los documentos 1 de compromiso de venta, manifestando que al otorgarse la escritura pública en 1 de septiembre, en cumplimiento del compromiso



contraído, solamente se estipuló como precio el último plazo de 5.000 pesetas, que poco antes había sido abonado y para rectificar este precio y consignar el verdadero, así como también la cabida, que también estaba equivocada; en 9 de octubre siguiente comparecieron el comprador y el vendedor en la Notaría de don Luis Muñiz Oncea por estar ausente don Salvador Escribano, que era quien había autorizado la anterior escritura, y ante el mismo otorgaron otra rectificación, aquélla en el sentido de que el precio de la misma fué el de 45.000 pesetas, de las que 29.000 correspondían a la finca de autos, rectificando también la cabida; acompañando el demandado la escritura de rectificación con el número 3 de los documentos y añadiendo que del otorgamiento de la escritura pública número 1, hecha en 1 de septiembre, y de su verdadero precio de 45.000 pesetas tuvo conocimiento la parte demandante el mismo día del otorgamiento, ya que la madre de Jesús Carlos, esposo de una de las demandantes, según podía verse por el poder que otorgaba en dicho día en Valladolid, ofreció 2.000 pesetas más de las en que se realizaba la venta al vendedor y a su esposa, y al mismo comprador, ese mismo día, también le ofreció 2.000 pesetas más o partir las fincas para los dos, estando también presente en este acto el vendedor.

Tercero. Cierta la colindancia de las fincas, así como la celebración sin avenencia del acto de conciliación, desavenencia que la motivó el hecho de haber tenido conocimiento de la escritura el mismo día del otorgamiento y también el conocer su precio verdadero desde entonces; alegando los fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminando por suplicar que, en ún día, se dictase sentencia declarando no haber lugar al retracto que se interesaba y con imposición de costas a la parte actora:

RESULTANDO que con el anterior escrito acompañó el demandado diferentes documentos, y entre ellos, los siguientes: Número 2. Compromiso privado de venta al que se aludía en el hecho segundo de la contestación a la demanda, otorgado en Valladolid en 5 de mayo de 1953 por don Juan Miguel, de una parte, y de la otra, don Pedro Miguel, labrador y vecino de Campaspero, exponiendo y otorgando:

Primero. Don Juan Miguel es dueño y le corresponden en propiedad y pleno dominio las fincas rústicas situadas en 61 término municipal que a continuación se describen.

Segundo. Las fincas descritas se las vende don Juan Miguel a don Pedro Miguel por el precio de 45.000 pesetas, de las cuales 29.000 corresponden a la finca del pago de La Revilla del Moro y las restantes 16.000 pesetas a la de los Crucillas.

Tercero. El pago se realizará a plazos en la siguiente forma: 10.000 pesetas al firmar el presente compromiso de venta; 10.000 pesetas el día 1 del mes de junio corriente; 20.000 pesetas el día 25 de agosto, y las restantes 5.000 pesetas antes de hacer la escritura definitiva a favor del comprador, que ha de ser antes del 20 de septiembre corriente y en documento público; firmado, Juan Miguel y Pedro Miguel. Rubricados. Número 3. Primera copia fehaciente de escritura de rectificación y aclaración de otra a que se aludía en el hecho segundo de la contestación a la demanda y que entre otros extremos dice así: "En Valladolid, a 9 de octubre de 1953- Comparecen, de una parte, don Juan Miguel, casado en segundas nupcias con doña Luisa, y vecino de Valladolid, y de otra, don Pedro Miguel, casado con doña Edurne, labrador y vecino de Campaspero - Valladolid-, exponen, entre otros extremos:

Primero. Que por escritura de fecha 1 de septiembre anterior, autorizada por el Notario de Valladolid don Salvador Escribano, don Juan Miguel vendió a don Pedro Miguel las fincas que a continuación se describen.

Segundo. Que con fecha 5 de mayo último los comparecientes suscribieron un documento privado de compromiso de venta de venta en las dos fincas antes descritas en el que se pactó que el precio de la referida finca era el de 45.000 pesetas, de las cuales 29.000 correspondían a la finca del pago del camino de los Labajos y las otras 16.000 a la finca de las Crucillas, y se convino en que el pago había de efectuarse en varios plazos. Y los comparecientes otorgan: que rectifican la escritura otorgada ante el señor Escribano en cuanto a la cantidad que por error se fijó en la misma como precio de dichas fincas y consignan el de 45.000 pesetas que dice en realidad fué en lo que se vendieron las mismas, valorando la finca al pago del camino de los Labajos en 29.000 pesetas y la de las Crucillas en 16.000, como se consignó en el compromiso de venta ya citado suscrito por los comparecientes; como asimismo rectifican la cabida de las fincas que figuran en dicha escritura, ya que se dice que la tierra al pago del camino de los Labajos mide 61 áreas 86 centiáreas, en vez de 95 áreas 81 centiáreas que figura en la cédula de propiedad, y la finca al pago de las Crucillas, que se dice en la escritura, mide 95 áreas 81 centiáreas, son 71 áreas y 86 centiáreas, como Índica la citada cédula de propiedad, según manifiestan, quedando subsistente en todo lo demás la referida escritura de compraventa. Siguen las firmas"

RESULTANDO que el Procurador señor de la Esperanza consignó por escrito de 19 de diciembre de 1953 en la mesa del Juzgado la cantidad de 29.000 pesetas como precio que se decía pagado por la finca objeto del juicio de ítracto, teniéndose por consignada dicha cantidad, y recibido el juicio a prueba, se practicó por la parte actora la de confesión en juicio del demandado, pericial y testifical, y por parte del demandado tuvo lugar la de confesión en juicio de los demandantes Francisco y Lucía, documental y testifical:



RESULTANDO que en 17 de febrero de 1954 el Juez de primera instancia del distrito número 1 de Valladolid, con jurisdicción prorrogada al de igual clase de Peña fiel, dictó sentencia estimando en todas sus partes la demanda formulada por el Procurador don Teófilo de la Esperanza González, en nombre y representación de doña Lucía , por sí, y de don Francisco , como padre y representante legal de su hija menor Magdalena , declarando haber lugar a la misma y, en su consecuencia, al retracto de la finca propiedad hasta la fecha del demandado don Pedro Miguel , que ee reseñaba en el hecho segundo de la demanda y que con otros linderos se especificaba bajo el número segundo de la escritura otorgada en Valladolid en fecha 1 de septiembre de 1953 ante el Notario don Salvador Escribano Escribano, aunque no coincidían los linderos de la misma, y condenando al demandado don Pedro Miguel a que dentro del tercer día de la firmeza de la presente sentencia otorgase a favor de las actoras, una de ellas bajo la asistencia de su padre, la correspondiente escritura de venta, bajo apercibimiento de verificarla de oficio, recibiendo las 3.000 pesetas como precio de la venta y reintegrándose en los gastos verificados por razón de la misma, los cuales serian únicamente los que motivaron la escritura de fecha 1 de septiembre de 1953, autorizada por el Notario íe Valladolid señor Escribano, y con imposición de las costas causadas a la parte demandada:

RESULTANDO que apelada dicha sentencia por la representación del demandado y admitida en ambos efectos la apelación, se remitieron los autos a la Audiencia Territorial de Valladolid, ante la que comparecieron las partes, y sustanciada en forma la apelaron, en 28 de octubre de 1954, la Sala de lo Civil de dicha Audiencia Territorial dictó sentencia confirmatoria de la pronunciada por el Juez de primera instancia del número 1 de Valladolid con jurisdicción prorrogada al de igual clase de Peñafiel, excepto en el particular referente a las costas de la primera instancia, de la» que la Sala no hizo imposición expresa de las mismas a ninguna de las partes, sin que tampoco se condenase a ninguna de ellas expresamente de las causadas en la apelación:

RESULTANDO que con depósito de 1.500 pesetas el Procurador don Luis Recio de la Serna, a nombre de don Pedro Miguel , ha interpuesto recurso de casación por Infracción de Ley, fundado en los números primero, segundo, tercero y séptimo del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento Civil , por los siguientes motivos:

Primero. Fundado en el número primero de dicho articulo, por infringir la sentencia recurrida por inaplicación los artículos 1.068 , 1.523 , 999 , 813 y 165 del Código Civil y la doctrina contenida en sentencias del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1920 , 18 de noviembre de 1930 , 6 de noviembre de 1934 . 22 de junio de 1923 , 16 de junio de 1927 y 3 de febrero de 1930 . Dice la representación del recurrente que con este motivo se impugnaba la legitimación en que había actuado la parte actora, y que, por ello, lo situaba en primer término, porque de darse lugar a él no era necesario entrar en el resto del recurso. Las retrayentes en el presente caso no están legitimadas para actuar en este retracto, porque la peculiaridad del retracto de colindantes es que su ejercicio está condicionado por la titularidad de la finca vecina que reúna las condiciones exigidas por la Ley. Y si no se demuestra esta titularidad, la acción de retracto de colindantes carece de base y, por lo tanto, debe desestimarse. En primer lugar, conviene analizar los títulos alegados por la actoras (a las que las dos sentencias de instancia han reconocido validez) para luego examinar los defectos insulsanables que en los mismos se advierten. Doña Leonor , madre de las actoras, falleció bajo testamento otorgado, en el cual se estableció una vocación alternativa. O bien las hijas aceptaban un legado de usufructo universal a favor de bu padre, que lae gravaba la parte legitimaria, o bien debían contentarse con un tercio de la herencia de cada una, dejando el tercio de libre disposición a su padre. Es de advertirse que en la fecha en que se presentó la instancia ante la Delegación de Hacienda por don Francisco , padre de las actoras, solicitando se le liquidase el impuesto de Derechos reales de la herencia de su difunta esposa, o sea, en 23 de diciembre de 1947, y tomando como base únicamente la institución que le dejaba a él el legado universal de usufructo, en esa fecha una de las hijas era menor de edad (ya que lo seguía siendo »l presentarse la demanda) y la otra no se sabía por el recurrente si era casada o no, pero lo cierto era que no intervino para nada en ello; y consecuencia de la aceptación en la forma dicha por el padre-y que el recurrente negaba-la sentencia recurrida llega a la conclusión de que las retrayentes eran nudo propietarias de todas las fincas de la herencia en cuestión, con lo cual, aun en el caso di no haberse practicado la partición, como no había otros interesados que las dos actoras, podían ejercitar la acción de retracto en nombre propio. Lo expuesto constituye el fundamento de la sentencia recurrida, y conviene examinar con alguna detención el testamento en cuestión y después la aceptación por las actoras, teniendo en cuenta que la cláusula contenida en el testamento de dona Leonor , madre de las retrayentes, es una forma de gravar la legitima amparada en la llamada "Cautela Sociniana", que consite en ofrecer al legitimario el derecho de opción entre la legitima puramente y sin cargas o una cantidad mayor con alguna carga, en este caso el usufructo de la totalidad de los bienes legados al esposo de la testadora. El problema de la validez de esta cláusula consiste en que se trata de bordear el articulo 813 del Código Civil en cuanto prohíbe toda clase de gravámenes a la legitima; y este Tribunal ha marcado la opinión justa por medio de la jurisprudencia distinguiendo entre la cautela expresa y la tácita, refiriéndose el recurrente sobre este particular a la sentencia de 29 de diciembre de 1939, que admite la cautela expresa, mientras que la de 22 de diciembre de 1920, como la de 18 de noviembre de 1930 rechazan la cautela tácita; doctrina esta de



la jurisprudencia, que no es nueva, pues Be remontaba ya a las sentencias de 29 de abril de 1889 y la de 20 de junio de 1868, que empezaban a delimitar la referida técnica. Examinando la cláusula del testamento de autos se llega a la conclusión de que se trata de una cláusula de cautela tácita, y en su redacción no es difícil vislumbrar el carácter de coacción que supone para las legitimarias. Pasando a examinar subsidiariamente la hipótesis que resulta, caso de admitirse la validez de la cautela sociniana en el testamento de autos-lo cual negaba el recurrente-, en ese caso, por definición, las legitimarias se enfrentaban con una opción o elección, y la solución más razonable es la de exigir la misma capacidad que para aceptar la herencia; y en este caso resulta que la aceptación de la herencia corresponde al padre como legítimo representante de su hija menor de edad y sometida a su patria potestad; pero, como dice Manresa, es dudoso y debe necesitarse en estos casos autorización judicial para aceptar la herencia. Añade que en el caso actual se estaba en el previsto en el artículo 165 del Código Civil, que dice: "Siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor judicial que los represente en juicio y fuera de él". Y precisamente donde más aplicación tiene la institución de defensor judicial es en la aceptación de herencia, que es donde puede haber más intereses opuestos entre el padre y sus hijos. La doctrina de la jurisprudencia ha apreciado constantemente que existe interés contrario entre el padre y los hijos cuando son partícipes de una misma herencia y respectivamente herederos y legatarios de la misma sucesión. X para resumir la doctrina acerca de este particular basta con reproducir lo que se declara en sentencia de 6 de noviembre de 1934, de la que copia algunos párrafos, añadiendo que existente la oposición de intereses para- la aceptación debía nombrarse un defensor judicial, pues no podía ser el padre, por esas circunstancias, representante de su hija menor de edad. Y no podía, por consiguiente, el padre decidir por sí solo la cuestión de cuál de los dos llamamientos hereditarios convenía más a las hijas menores, y menos en una sencilla instancia para liquidar el impuesto de Derechos, reales, como dice la sentencia de 22 de junio de 1923, pues la aceptación tácita es, según el artículo 999 del Código Civil, la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, o que no habría derecho a ejecutar sino con la claridad, digo, con la calidad de herederos; añadiendo el apelante que en el caso presente la declaración de voluntad del padre no es jurídicamente eficaz para obligar a sus hijas menores de edad, existiendo interés contrapuesto, y que aunque lo fuera no sería bastante la mera firma de una instancia para liquidar Derechos reales. Con esto queda demostrado que aun en el supuesto-que negaba el recurrente-de ser válida la cautela sociniana, establecida en el testamento de doña Leonor no habría por parte de las adoras acto Jurídico alguno que fuera eficaz, al menos por la de menor edad, para de la elección de uno de los dos llamamientos hereditarios. Y en consecuencia subsistiría la comunidad hereditaria y no podrían las demandantes haber accionado como retrayentes en nombre propio, Y para justificar que en tales condiciones, es decir, permaneciendo indivisa la comunidad hereditaria, no puede uno de los coherederos actuar en nombre propio, Bino en nombre de la comunidad, era reiterada la doctrina de esta Sala estableciendo que no basta para acreditar el dominio de los bienes: "Los derechos que los recurrentes ostentan derivados de un testamento, porque mientras no haga la liquidación de la herencia y, por consecuencia de ella, la correspondiente partición y adjudicación a cada heredero de lo que de corresponde, carece cada uno de éstos de verdadero título que sirva para reivindicar las fincas determinadas de la herencia"; doctrina sancionada por el artículo 1.068 del Código Civil (sentencia de 17 de junio de 1927), reiterada por la de 3 de febrero de 1930, de la que el recurrente reproduce algunos párrafos. Por consiguiente, esta doctrina, basada en parte en el artículo 1.078 del Código Civil y en parte en los argumentos expuestos en la última sentencia citada, es perfectamente aplicable al caso de este pleito, pues es general para la concierne a la titularidad de Inmuebles incluidos en una comunidad hereditaria. En su consecuencia, en ninguna de las hipótesis formuladas tenían las actoras acción para actuar en nombre propio, como han hecho, porque lo único que en su caso hubiera podido hacer, sin tener la partición, era actuar en nombre de la comunidad hereditaria resultante del testamento de doña Leonor. Y, por consiguiente, es indudable que la Sala ha infringido el artículo 1.523 del Código Civil, que faculta para ejercitar el retracto a "los propietarios de las tierras colindantes", ya que las actoras accionan en nombre propio, no para la comunidad hereditaria, y al no haber aceptado la menor, cuando menos la herencia, y desconociéndose si se respeta o no el legado de usufructo, no se puede determinar cuáles son los titulares propietarios de la finca, y por tanto, una de dos: o debió demandar el padre o las hijas para la comunidad hereditaria. Y al no haberse hecho así es evidente que no demandan "los propietarios" de la finca colindante como exige dicho artículo 1.523 del Código Civil.

Segundo. Fundado en el número primero del citado artículo 1.692 de la Ley procesal civil, por infringir la sentencia recurrida, por inaplicación, la doctrina contenida en sentencias de esta Sala de 11 de octubre de 1905, 31 de mayo de 1918 y 25 de febrero de 1950; y el artículo 1.521 del Código Civil. Este motivo que, como todos los siguientes, se formula con carácter subsidiario dado el carácter de la excepción opuesta en el primero, lo formula el recurrente por cuanto la demanda se había dirigido única y exclusivamente contra el comprador de la finca y no contra comprador y vendedor, como exige la doctrina que se alega Infringida. El artículo 1.521 del Código Civil define el retracto legal como el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa, por compra o dación en pago; y pone,



por tanto, ese derecho una mera sustitución, de la persona del comprador. Esta sustitución puede hacerse materialmente por dos procedimientos: o bien otorgando el vendedor nueva escritura a favor del retrayente, o bien otorgando el comprador escritura de venta a favor del retrayente; y de estos dos procedimientos el primero es el único que se ajusta a la interpretación del artículo 1.521 porque no se trata de otorgar otro contrato, sino de subrogar al retrayente en el lugar del comprador. Y de ello se deduce que para que pueda prosperar una demanda de retracto es preciso que se demanden conjuntamente al vendedor y al comprador, porque sin haberse demandado al vendedor no puede luego condenársele a que otorgue escritura a favor del retrayente; doctrina ésta contenida en la sentencia de 11 de octubre de 1005, en cuanto dice: "La demanda de retracto debe dirigirse contra vendedor y comprador"; y la más clara aun de 31 de mayo de 1918, de la que el recurrente copia algunos párrafos; y finalmente la sentencia de 25 de febrero de 1950, que recoge esa doctrina indirectamente al no declararla infringida en el caso de que se trata. Y, por lo tanto, al no haber la parte actora dirigido la demanda contra el comprador y contra el vendedor, no puede darse lugar a la demanda, y la sentencia recurrida, que no lo ha tenido así en cuenta, infringe la doctrina citada del artículo 1.521 del Código Civil.

Tercero. Fundado en el número segundo del artículo 1.602 de la citada Ley, por no ser la sentencia recurrida congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las demandantes, infringiendo por ello, al no haber sido aplicados el artículo 350 de la Ley procesal y la doctrina sobre incongruencia contenida en numerosas sentencias de las que cita varias el recurrente. Este motivo se interpone también con carácter subsidiario. Se refiere el recurrente a la doctrina expuesta por el Ilustre Tratadista don Manuel de la Plaza en su obra "La Casación Civil", al comenzar el examen de los diversos supuestos de incongruencia, diciendo: "... La Incongruencia no es en suma otra cosa que la adecuación del fallo con las pretensiones de los que intervienen en la litis". La jurisprudencia, a su vez, ha recogido expresamente en reiterados fallos el alcance de la incongruencia, citando, entre otras, el recurrente la sentencia de 26 de febrero de 1928 y nuevamente frases de la citada Obra de don Manuel de la Plaza. Dice a continuación que con arreglo a esa doctrina hablan de compararse las peticiones del actor; es decir, su pretensión en el fallo para determinar si entre ellas existía la adecuación legal exigida o no. El fallo dictado en estos autos, está bien claro y basta con leerlo, es el de la sentencia dictada en primera instancia confirmada por la de la Audiencia, y dice. "... Debo declarar y declaro haber lugar a la demanda y en su consecuencia haber lugar al retracto de la finca hasta hoy propiedad del demandado don Pedro Miguel, que se reseña..... Condenando al demandado don Pedro Miguel a que dentro de tercero día de la firmeza de la presente sentencia, otorgue a favor de las adoras una de ellas bajo la asistencia de su padre, la correspondiente escritura de venta, bajo apercibimiento de verificarla de oficio, recibiendo las 3.000 pesetas como precio de la venta y reintegrándose de los gastos efectuados...". Y en cuanto a las peticiones o pretensión de las actoras en su demanda, esencialmente puede decirse que son dobles, pues hay en primer lugar una pretensión declarativa que es que se declare haber lugar al retracto, y una pretensión de condena en virtud de la cual se condene al demandado a otorgar la escritura de venta Y esta segunda parte de la pretensión; es decir, la petición de la demanda que interesa a los erectos de este motivo, se concreta en la súplica de la misma en los siguientes términos: "... Condenando al demandado a que dentro de tercero día otorgue la escritura de venta de la finca a favor de los retrayentes, recibiendo en el acto el precio que se consignara y el importe de los gastos que fueran de legítimo abono..."; y, por consiguiente-dice el recurrente-es evidente que la pretensión de condena es concretamente el otorgamiento de escritura de compra por el precio que se consignase; y añade el alegante, que esta petición hubiera sido inícuo si no se hubiese determinado después la cuantía del precio, pero que era válida en cuanto quedaría determinado en el momento de la consignación. La consignación se efectuó el día 19 de diciembre de 1953, por escrito que obraba en los autos, y del cual copiaba el recurrente lo siguiente: "... El Procurador don Teófilo de la Esperanza, en representación de los actores y a medio de escrito de dicha fecha, consignando sobre la Mesa del Juzgado I» cantidad de 29.000 pesetas que constituye el precio de la finca litigiosa. Con este acto procesal de consignación de las 29.000 pesetas, constitutivas del precio de la venta según propia declaración, se concretó perfectamente la petición de condena de la demanda, según lo expuesto. Pero el fallo, según se ha visto, condenó al demandado a otorgar escritura de venta de la finca por el precio de 3.000 pesetas, más los gastos de legítimo abono. La inadecuación d» la condena a la pretensión era manifiesta como puede verse, porque mientras las actoras solicitaron- esa venta por 29.000 pesetas el Juzgado y la Audiencia incurrieron en lo que la sentencia de 28 de febrero de 1928 calificó de "extralimitación oficiosa" en bu afán de mantener un criterio jurídico, pero a juicio del recurrente equivocado, sobre si debe prevalecer el precio real o el escriturado, olvidó que era la petición expresa de la demanda de las actoras lo que le impedía entrar en el mismo, ya que si quería dar lugar al retracto forzosamente debía hacerlo por el precio fijado para la venta por la misma parte demandante. Y que al no hacerlo así era indudable que la sentencia recurrida era incongruente; insistiendo de nuevo el recurrente en su argumentación y recordando que eran dos las peticiones hechas por las actoras y que el juzgador olvidó que tan sólo existían dos peticiones a resolver, pero que oficiosamente interfirió una tercera; y así se veía en el Considerando cuarto de la sentencia de primera instancia (al final) al decir: "porque en este procedimiento especial de retracto no se trata de encontrar el precio real de la cosa que se intenta retraer, sino de hacer



una declaración del precio en que se lleva a cabo la venta..."; y realmente -añade el recurrente-examinando las peticiones de la demanda se podía comprobar que no se le pidió tal declaración. Y también era digno de tenerse en cuenta para convencerse de que la consignación determinante de la pretensión de los actores se hizo con plena conciencia y conocimiento de causa, que dicha consignación se hizo después de la contestación a la demanda hecha por el recurrente, » la que se acompañaron el documento privado Inicial en el que consta el precio de 29.000 pesetas; la escritura primera, en la que se hizo figurar un precio de 3.000 pesetas, y la escritura segunda de rectificación, en la que se declara el precio verdadero y originarlo de 29.000 pesetas. Y, por lo tanto, la parte demandante conocía perfectamente todo y no puede decirse que el silencio del alegante la indujese a su error; y, además, haciéndose la consignación lisa y llanamente sin hacer reserva de ninguna clase.

Cuarto. Fundado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, por cuanto la sentencia recurrida-de no ser incongruente-habría infringido los artículos 524 y 548 (éste a "contrario sensu" y por Interpretación extensiva) de la misma Ley al no haberse aplicado; e igualmente el principio de derecho de que nadie puede ir contra sus propios actos, recogido en numerosa jurisprudencia de esta Sala. Este motivo se formula igualmente con carácter subsidiario; pero firmemente convencido el recurrente de Que aun en el supuesto de que fuera procedente el retracto (lo que negaba por falta de condición de únicas propietarias de las demandantes) la sentencia incurría en el grave error de incongruencia que se habla denunciado; pero en el caso de una obligada defensa de esta parte y para agotar todas las posibles vías de impugnación de la sentencia, se alegaba este motivo para denunciar las nuevas infracciones señaladas. Se podía establecer la siguiente disyuntiva: Primero. Única interpretación correcta, a juicio del recurrente, de las peticiones formuladas por las actoras, como se decía en el motivo anterior, las dos peticiones dichas, y es claro que por consiguiente nunca pudo el sentenciador condenar al demandado a otorgar la venta por 3.000 pesetas cuando se consignaron 29.000. Segundo. Cuando el Juzgado y la Audiencia no lo hicieron así fué por dos causas: o porque no se percataron que Incurrían en incongruencia o porque conscientemente no dieron un alcance definitivo a la petición de condena tal como fué formulada y consideraron que en un momento posterior las demandantes la modificaron. Y pregunta el recurrente que cuándo podía haberse hecho esa modificación y si podía considerarse válida; y dice que repasando todas las actuaciones y escritos de las actoras, en ningún lugar se veía escrita la petición de que se condenase al demandado a vender la finca por 3.000 pesetas; pero que de existir algún cambio en la actitud de las actoras-lo que negaba-tal modificación de una de las dos peticiones fundamentales del pleito sería totalmente Inválida y no podría ser tenida en cuenta por el juzgador, haciendo sobre ello diferentes consideraciones, y que no solamente la variación de la petición inicial de condena no es admisible por diferentes razones, sino porque de entenderse lo contrario los actores irían contra los actos propios que les obligaban procesalmente y quedaría violada la doctrina de esta Sala que la recoge; añadiendo que en el escrito de consignación de las 29.000 pesetas se dice "que es el precio de la compraventa", y esto lo dicen las actoras con pleno conocimiento de todas las circunstancias que concurrieron en la venta. De modo que de dicho escrito se derivaban unos derechos para el recurrente de cobrar 29.000 pesetas si prosperase el retracto, y estos derechos no pueden ser desconocidos por las actoras ni mucho menos Por el Juzgado ni la Audiencia.

Quinto. Fundado en el número segundo del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento Civil, por ser la sentencia recurrida incongruente con las alegaciones de las partes, infringiendo por inaplicación los artículos 359, 548 y 549 de la Ley procesal civil y la doctrina del Tribunal Supremo sobre incongruencia a este respecto contenida en multitud de sentencias de esta Sala, de las que el recurrente cita varias. En este motivo se examina la incongruencia de la sentencia recurrida en orden a las alegaciones de las partes, ya que fué dictada haciendo caso omiso de las que a juicio del exponente tenían carácter esencial. Se refiere éste a la tesis que sustenta el ilustre Tratadista señor Guasp, transcribiendo algunas de las manifestaciones de dicho autor, e igualmente la del ilustre Procesalista señor De la Plaza, en su obra ya citada "La Casación Civil", al referirse en el examen de los supuestos de incongruencia a la libertad del Juez en orden a la aplicación de las normas jurídicas, diciendo: "Es claro, sin embargo, que esta doctrina implica un respeto absoluto para los hechos alegados, que a pretexto de esa libertad de la elección de las normas no puede alterar". Y al decir esto se refiere a las sentencias de esta Sala de 25 de mayo de 3, 941, 4 de junio de 1942 y 27 de abril del mismo año, de la primera de las cuales reproduce un fragmento. Añade el recurrente que es evidente, por consiguiente, que los Tribunales no pueden alterar los hechos en que coinciden las partes, y en este sentido invoca de nuevo el alegante otras sentencias, y dice a continuación que con referencia al caso actual, el hecho o alegación fundamental en discusión en el pleito, en el supuesto de admitirse el retracto (lo que se ha negado en motivos anteriores), es el precio de la compraventa y, por lo tanto, el que debería fijarse para el retracto. En la demanda ninguna alegación hacen las actoras en orden al precio de la finca, pero en el escrito de consignación se expresan manifestaciones de decisivo interés, o sea, el deseo de adquirir la finca retraída por 29.000 pesetas, y la manifestación o confesión de que el precio de la venta es dicha cantidad. En la vista, según se hace constar en autos, ambas partes reprodujeron las peticiones* de la demanda y de la contestación; y, por lo tanto, testó claro que hubo acuerdos entre las partes, y es hecho confesado por la actora que el precio de la venta fué el de 29.000 pesetas; a pesar



de lo cual el Juzgado y la Audiencia no respetan las alegaciones de las partes en este punto, ya que condenan al demandado a vender por 3.000 pesetas; y por ello considera el recurrente que incurren ambas sentencias en incongruencia con violación de los preceptos y doctrina citados; citando especialmente la doctrina que se consigna en la sentencia de 9 de junio de 1949, aceptada por la demanda, y la de 8 de febrero de 1928, y finalmente la de 6 de diciembre de 1932, que dice: "Los hechos en que convienen los litigantes no necesitan ser probados, puesto que aquella cualidad les atribuye B calidad de ciertos para el litigio."

Sexto. Fundado en los números primero y séptimo del artículo 1.692 de la ley Procesal Civil, por infringir la sentencia recurrida, por inaplicación, los artículos 548 y 549 de la misma Ley y la doctrina de las sentencias de 23 de junio de 1903 y 8 de febrero de 1828. incurriendo además en error de derecho en la apreciación de las pruebas. El recurrente dice que en resumen y para no incurrir en repeticiones daba por reproducido lo pertinente del anterior motivo y añade que la sentencia incurría en graves errores de derecho al no tener en cuenta alegaciones y hechos confesados por las actoras» en sus escritos de demanda y consignación, al dar por cierto el precio de venta en 29.000- pesetas y que se infringen los artículo» citados de la ley Procesal Civil y la doctrina de dicha sentencia.

Séptimo. Fundado en el número tercero del repetido artículo de dicha Ley porque la sentencia recurrida concede más de lo pedido y con arreglo a la doctrina sentada en numerosas sentencias de esta Sala. En efecto, como se ha visto en anteriores motivos, los actores en la súplica de su demanda y escrito de consignación Pidieron al Juzgado que condenase al demandado a vender la tinca de autos por la cantidad de 29.000 pesetas, precio de su adquisición por el recurrente, pues bien; no obstante ello, la sentencia recurrida le condena a venderla por sólo 3.000 pesetas, siendo evidente por tanto que concede a las actoras más de lo pedido, dando lugar en una palabra a la incongruencia que recoge el número tercero del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento Civil, infringiendo por Inaplicación, la doctrina consignada en sentencias de 24 de octubre de 1899, 9 de abril de 1919 y 16 de mayo de 1940.

Octavo. Fundado en el número primero de dicho artículo de la repetida Ley, por infringir la sentencia recurrida, por interpretación errónea, el artículo 1.518 en relación con el 1.525, ambos del Código Civil, por inaplicación del artículo 1.266 del mismo Cuerpo legal y la doctrina contenida en varias sentencias y entre ellas las de 22 de junio de 1912 y 15 de enero de 1915; y por aplicación indebida la contenida en sentencias, entre otras, de 8 de mayo de 1951 y 19 de enero de 1954. Este motivo se alega como los demás subsidiariamente con relación al primero y se presentan dos cuestiones para examinar el mismo, la primera una cuestión de interpretación, o sea, el determinar qué se entiende por precio de la venta a efectos de reembolsar al comprador; y la segunda sobre si pueden ampararse en el concepto de terceros los retrayentes. Con relación a la primera cuestión el texto legal habla en su artículo 1.518 (aplicable al retracto legal por remisión de 1.525) de reembolsar "el precio de la venta"; y no añade a esto más aclaración, aunque ello es suficientemente explicable de por sí, pero el problema surge cuando como en el caso presente existe discordancia entre el precio declarado en la primera escritura y el real. Examina el recurrente la tesis que sostiene la sentencia recurrida y que es contraria a la del recurrente, por entender éste que no cabía dudar que el precio de la venta era el precio pactado y por lo tanto el real, mientras que en la sentencia recurrida en uno de los considerandos se dice: que constituye un extremo de capital importancia en el pleito, la fijación del precio de la venta dada la existencia de dos escrituras de compra-venta sobre la misma finca otorgadas por el demandado y una de fecha 1 de septiembre de 1953... en la que figura como tal el de 3.000 pesetas por la finca que se intenta retraer; y otra otorgada en 9 de octubre del propio año... en la que se rectifica la anterior, en cuanto a la cantidad que se dice fué fijada por error, valorando en 29.000 pesetas dicha finca y rectificando a la vez la cabida de la misma, siendo evidente que esta nueva escritura no puede perjudicar a las actoras..." y de este Considerando-dice el recurrente-se desprende que si bien se enfoca bien el problema al principio-la determinación de cuál fué realmente el precio de la venta-después cambia el punto -de vista y lo olvida limitándose a afirmar que esta segunda escritura no puede perjudicar a las actoras. El alegante en cambio opina que es necesario e imprescindible para la recta administración de justicia determinar cuál sea, el precio de la venta "en los casos de disconformidad entre el precio real y el escriturado, discordancia que no puede extrañar, pues en la sentencia de esta Sala de 28 de abril de 1953, se reconoció que en múltiples ocasiones el precio declarado en la venta no equivalía al valor de la cosa enajenada dada la frecuente expresión de precio menor del pactado". Se refiere después a lo que se declara en la sentencia de 1 de diciembre de 1953 y detalla el asunto a que se refiere la misma, haciendo diferentes comentarios; añadiendo que esa sentencia reiteraba la doctrina de la de 30 de marzo de 1909 de la que reproduce unos párrafos, añadiendo que el supuesto de hecho de esta sentencia era idéntico al caso actual pues se trataba de una compra-venta en la que se dice cometido un error en la primera escritura respecto al precio y se subsana posteriormente en una segunda escritura; y la sentencia consideró válido el segundo precio a los efectos del derecho de retracto. Dice el recurrente que lo ocurrido en el caso actual es que la Audiencia, sin examinar a fondo el problema, ni las circunstancias concretas que concurrían en el caso presente y se limitaba a hacer suya la doctrina de las dos sentencias que citaba, dictadas por la Sala de lo Social de 8 de mayo de



1951 y 19 de enero de 1954; pero comenta el recurrente que ambas sentencias se basan en el concepto de tercero que tiene el retrayente frente al precio realmente concertado por comprador y vendedor y el que la disminución declarada del precio no puede perjudicarlo por ser hechas por razones siempre merecedoras de repulsa, y que no constituía ninguna novedad la sentencia de 28 de abril de 1953 que comenta. Además la jurisprudencia abunda en el criterio que mantiene el recurrente y proclama que las leyes de carácter fiscal no pueden ser bastantes a enervar al derecho reconocido o regulado por la civil. Y en cuanto al otro problema que se plantea en este motivo del recurso acerca de la condición de tercero respecto a la escritura de 9 de octubre de 1953, dice el alegante que la primera escritura de 1 de septiembre fijaba un precio de 3.000 pesetas para la finca objeto del retracto, y que dicha escritura fué rectificada en cuanto al precio por la de 9 de octubre, fijándole en 29.000 pesetas de acuerdo con el documento privado firmado el 9 de mayo del pro pió año, o sea cuatro meses antes, y por lo tanto lo que aparece a Primera vista es que existía una discrepancia entre el precio de la venta 29.000 pesetas, y el precio declarado, 3.000 pesetas, y según la doctrina tradicional española, en el conflicto entre la -voluntad real y declarada debe prevalecer aquélla siempre que se pruebe debidamente; y ejemplo de esta dirección es el párrafo segundo del artículo 1.281 del Código Civil y el 1.276 del mismo Cuerpo legal . Esta tendencia de la práctica y doctrina española hacia el voluntarismo en contra posición al declaracionismo tiene un límite que está impuesto por el principio de la seguridad del tráfico jurídico y por el respeto a la buena fé. Aplicación práctica de esta doctrina es la ineficacia de la simulación entre herederos de buena fé, principio reconocido por reiterada jurisprudencia. En primer lugar, la mera consignación de, las 29.000 pesetas sin reserva ninguna después de la contestación a la demanda formulada por el recurrente, supone ya un conocimiento y un admisión del precio de las 29.000 pesetas que excluye qué pueda ser tercero de buena fé quien conociendo y admitiendo que el precio son 29.000 pesetas como lo demuestra por boj propios actos, pretende luego quedarse con la finca por precio inferior, o sea el de 3.000 pesetas. Y a mayor abundamiento hay que poner de relieve varios hechos que denotan a las claras la patente mala fé de la parte retrayente y que son;

Primero. En 5 de mayo de 1953 el vendedor de la finca objeto del retracto don Juan Miguel y el comprador y demandado, don Pedro Miguel celebran un contrato privado de venta con precio aplazado. Este contrato está redactado de puño y letra por el Procurador de los retrayentes, don Teófilo de la Esperanza.

Segundo. Presentada la demanda de retracto, el mismo don Teófilo, dice ignorar el precio y sus representadas no se enteraron hasta él día 29 de septiembre del hecho de la venta.

Tercero. En periodo de prueba, don Teófilo, siempre como procurador llegó a preguntar en posiciones a la parte demandada "ser cierto que el contrato privado de compraventa de la finca el pago de los salarios, lo ha hecho en el mes de octubre, después de ser demandado de conciliación y ser cierto que con el fin de asustar a don Francisco y que desistiese del retracto, han puesto precio superior al que han pagado por la finca. Esta intervención personal o como profesional del derecho o cuando menos como amanuense del Procurador contrario, aparece probada en autos, reconociendo don Teófilo de la Esperanza como auténtico el documento. Por lo tanto la mala fé que implica la conducta de la parte actora quedaba de manifiesto al tener que reconocerse por Procurador la autenticidad del documento privado de 5 de mayo de 1953, escrito de su puño y letra, Impide que pueda alegarse por éste la condición de tercero, porque la protección del tercero supone la del tercero de buena fé. Además no puede ser tercero la parte actora respecto a la escritura de 9 de octubre por razones Independientes de la buena o mala fé. Al mismo tiempo la falta de carácter de tercero en el caso de autos se desprende también de la propia sentencia que se ha citado de 30 de marzo de 1909 que no estima tal carácter, de las retrayentes a pesar de haberse alegado esta expresión expresamente en los motivos del recurso de casación interpuesto. Al considerar por consiguiente como terceros de buena fé a las retrayentes la sentencia recurrida ha infringido el principio de que la simulación no puede perjudicar a terceros que se recoge en múltiple jurisprudencia.

Noveno. Fundado en el número séptimo del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento Civil , por incurrir la Sala sentenciadora en error de hecho en la apreciación de la prueba resultante de documento auténtico aportado a los autos -con la contestación a la demanda bajo el número dos, o sea el- contrato de 5 de mayo de 1953. De la resultancia de los autos se desprende la existencia de tres documentos que hacen referencia a la compraventa sobre la que versa el retracto; y son: El documento privado de compraventa de 5 de mayo de 1953; la escritura pública de compraventa de fecha 1 de septiembre, documento número 1 de los aportados en la contestación a la demanda; y la escritura pública de rectificación de la anterior fecha 9 de octubre del propio año aportada como documento número 3, al contestar a la demanda. Se refiere el recurrente al documento de 5 de mayo el que en su caso habría dado lugar al nacimiento del derecho de retracto que pretenden, las actoras; y dice el alegante que se trata en efecto de un documento manuscrito de compraventa; y bastaba fijarse en el pacto fundamental del documento o sea, el segundo, que dice: "Las fincas descritas se las vende don Juan Miguel a don Pedro Miguel por el precio de 45.000 pesetas, de las cuales 29.000 pesetas corresponden a la finca del pago de "La Riviela del Moro" (que es la Anca de autos) y las restantes 16.000 pesetas a la de "Crucillas". Y por tanto si realmente tenían las retrayentes derecho de retracto, nació de este documento aunque por haberse



mantenido reservado se llegara a su conocimiento más tarde o sea el 29 de septiembre, fecha a partir de la cual cuenta la sentencia el plazo de caducidad de nueve días. Se debe por tanto distinguir entre el momento en que nació el derecho de retraer y el momento en que pudieron ejercitarlo. El derecho nació para las retrayentes y aún sin ellas saberlo en el momento en que se hizo la venta, o sea, el 5 de mayo, y la posibilidad de ejercitarlo nació el 29 de septiembre (según sus alegaciones). Por lo tanto, la conclusión inmediata que se desprende de lo dicho es que, caso de estimarse el derecho de las actoras al retracto, debe tenerse en cuenta el documento del cual nació el derecho, o sea, el de 5 de mayo, y, en consecuencia, tomar en consideración el precio por el cual se hizo la compraventa, o sea, las 29.000 pesetas. Y, anualmente, hace otras consideraciones el recurrente antes de terminar este motivo, insistiendo en que se había atestiguado de modo indubitable la autenticidad del documento de 5 de mayo, y que era de la mayor importancia el reconocimiento del mismo como escrito de su puño y letra por el propio Procurador de la parte contraria don Teófilo de la Esperanza, y que la prueba testifical y la pericial y la de confesión en juicio confirmaban que, en efecto, el precio de venta fué el de 29.000 pesetas.

Décimo. Fundado en el número séptimo del repetido artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento Civil, por incurrir la Sala sentenciadora en error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas con referencia al documento auténtico aportado con la contestación a la demanda bajo el número 3, o sea, la escritura pública de rectificación de 9 de octubre de 1953. Dice el recurrente que podía suponerse a efectos polémicos que no hubiera existido el documento privado de 5 de mayo de 1953, en el que se concertó la venta, y que ésta se hubiese llevado a cabo en la escritura otorgada el día 1 de septiembre, que fué rectificadora posteriormente por la de 9 de octubre del propio año. Ante la diversidad de precios insiste el recurrente en que la Sala debería haberse atendido al precio pactado y no al declarado en la primera escritura, y que por ello, aparte del error de hecho que se alegaba en este motivo, existía uno grave de derecho en el razonamiento de la Sala de instancia al considerar ésta que los retrayentes eran terceros, de lo cual se ha tratado en el motivo anterior, añadiendo con relación al presente que no debía ignorarse que toda persona que vende una finca y todo comprador que la compra, antes de hacerlo, se asesoran debidamente de las condiciones de la misma, y, por lo tanto, se puede afirmar que en todos los casos está, enterado con anterioridad del derecho de retracto del vecino o del arrendatario, y que en ambos casos se han hecho las gestiones oportunas para cerciorarse de que no se va a producir ese evento, y en el peor de los casos, si no pueden ponerse de acuerdo con el futuro retrayente, le basta con pactar un precio prohibitivo en la primera escritura de venta para conseguir el mismo objeto que conseguiría con la rectificación; o sea, que el peligro de hacer ilusorio el retracto por la consignación de un precio prohibitivo en la compraventa, lo que lleva en sí la propia institución del retracto, y, por tanto, no se favorece el fraude a la Ley teniendo en cuenta las escrituras de rectificación, tanto más cuanto que de ser simulado el precio en cantidad anteriormente superior, queda siempre la posibilidad de denunciar la simulación. Y si se supone otra hipótesis de haberse consignado un precio inferior al real por motivos fiscales, y que en la rectificación se consigna el precio verdadero, estima entonces la Sala que los retrayentes son terceros y que, además, procede aplicar el principio de derecho que dice "quit sentit comodum seintire debet et incommodum"; pero lo que realmente resultaba de aplicar esta teoría de la Sala era que precisamente quedaba burlada la razón de la Ley, que quiere, no el enriquecimiento del retrayente a costa del comprador, sino que se alcance el fin por el cual se instituyó el retracto. Por lo que se refiere a dicho aforismo de que quien está a lo favorable debe estar también a lo perjudicial, es de toda evidencia que esto se aplica a situaciones en que se trata de estudiar la equivalencia de prestaciones y no en casos en que, como el de autos, nada tiene que ver la parte actora con el presunto favorable que puede haber lucrado al comprador. Si el retrayente cree que He ha defraudado al Pisco con la declaración de un precio inferior al real tiene expedito el camino de una denuncia en la que incluso, se le reservará parte de la multa que se imponga, pero lo que no puede aceptarse es un lucro que parte del retrayente a costa del comprador, consistente en la diferencia entre el precio declarado de 3.000 pesetas en el caso actual y el predio real de 29.000 pesetas, porque este lucro no lo conseguiría el comprador por ningún procedimiento legal permitido. Y, finalmente, merece destacarse el concepto de tercero que da la sentencia a las retrayentes en relación con la segunda escritura de 9 de octubre. Se refiere el recurrente a lo que declara el artículo 1.219 del Código Civil, que transcribe y añade que en el caso presente se está precisamente ante una escritura pública que desvirtúa en parte la anterior-varia el precio-, y se trata de decidir si produce o no afecto contra las retrayentes. Y dice el recurrente que si se analizaban los dos casos previos, en ambos se vela para que el tercero no haya podido ser inducido a error fiado en el contenido del documento público, pero que en el caso presente sucedería todo lo contrario, pues si en el primer documento se estipulaba una venta, también en el segundo, y sobre las mismas fincas, lo único variado era el precio que las retrayentes habían dicho Ignorar hasta que esta parte aportó las escrituras unidas a los autos, y en éstos no se habla aportado primero una escritura y luego la otra, sino que se habían hecho las dos conjuntamente, con lo que podía asimilarse este caso al último previsto por el artículo 1.219; en cuanto al título que servía de base a las retrayentes para ejercitar su derecho hablan sido precisamente las escrituras aportadas por el demandado a los autos, y, por lo tanto, no habían conocido la una sin la otra, y no se la había ocasionado perjuicio alguno, pues conociendo la venta no se le había defraudado en ella y desconociendo el precio se lo había comunicado oportunamente, y no sólo esto,



sino que lo habla consignado sin protesta ni reserva alguna, con lo cual demostraba que lo había aceptado. Y, por tanto, resultaba de lo dicho que el caso de autos, si bien no estaba comprendido dentro de la letra del artículo 1.219 del Código Civil, y si por lo menos estaba comprendido dentro de su espíritu, y la sentencia recurrida, al estimar que no podía perjudicar a terceros la escritura de 9 de octubre, considerando como tales a las retrayentes, incurría en el error de derecho en la apreciación de la prueba por violación del repetido artículo 1.219 del Código Civil, lo que justificaba la alegación de este último motivo de casación:

Visto, siendo Ponente el Magistrado don Juan Serrada Hernández:

CONSIDERANDO

CONSIDERANDO que el primer motivo del recurso, que se ampara en el número primero del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento Civil, impugna la estimación que hace el Tribunal "a quo" de que las demandantes están legitimadas para ejercitar la acción de retracto de colindantes, por ser dueñas de la finca que linda con la que se pretende retraer, y aparte de la acusada infracción por implicación del artículo 1.523 del Código Civil cita otros preceptos que asimismo entiende infringidos, relativos a la aceptación de la herencia, capacidad de las demandantes, dada su menor edad, para realizarla y forma de suplir esta capacidad en atención al interés contrapuesto de su padre en la herencia, cuestiones que, si bien tienen relación con el tema de este motivo del recurso, no pueden ser examinadas en su total alcance, por no ser propias de un Juicio de esta naturaleza:

CONSIDERANDO que, conforme al artículo 1.523 del Código Civil, es requisito indispensable para que pueda nacer la acción de retracto de colindantes que quien la ejercite tenga la cualidad de propietario, y si bien la doctrina jurisprudencial, suavizando el rigor de este precepto, permite que ello se justifique por cualquiera de los medios admitidos en derecho- sentencias de 17 de mayo de 1898 y 8 de marzo de 1901 -, y que no es preciso acreditar el dominio de un modo perfecto, siendo bastante la posesión a título de dueño, como dicen las de 10 y 25 de febrero de 1914, entre otra»; de esta doctrina no se deduce que pueda prosperar el retracto de no se determine quién sea el titular del derecho en que se funda, y en este caso es evidente que esta Indeterminación resulta del mismo testamento de la causante de las actoras y que éstas invocan como título; en el cual se establece una institución hereditaria alternativa en favor de las demandantes y de su padre, desconociéndose cuál sea la que rige, ya que no es suficiente a tal fin la solicitud presentada por éste para la liquidación del Impuesto de Derechos reales de la herencia, producida con su sola intervención y no con la de sus hijas, que era a quienes asistía la opción, sin que, por tanto, se de un acto propio que envuelva su aceptación con el fin de crear o no reconocer un derecho, y esta falta de precisión no autorizó para estimar que las demandantes estén legitimadas para retraer, toda vez que si bien es cierto se acompaña con la demanda el título en que las demandantes fundan su derecho, con lo que aparentemente se cumple el requisito exigido por el número tercero del artículo 1.618 de la ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el 1.523 del Código Civil, ello no impide que en el juicio pueda ser discutida su eficacia para justificar el carácter de dueño, lo que en este caso se ha hecho, cuestión puramente del derecho dadas sus circunstancias al impugnarse, no el hecho de ser herederas, Bino la aceptación de la herencia en una de las formas en que han sido instituidas que implicarla la atribución de la finca que linda con la que es objeto del retracto, y, en consecuencia, procede la estimación de éste motivo del recurso, siendo innecesario el examen de los demás que han sido formulados con carácter subsidiario, según expresa el recurrente;

FALLAMOS

Fallamos que debemos declarar y declaramos haber lugar curso de casación por infracción de Ley Interpuesto por don Pedro Miguel y, en su consecuencia, casamos y anulamos sentencia que con fecha 28 de octubre de 1954 dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Valladolid, sin hacer pronunciamiento especial sobre las costas del recurso, y devuélvase al recurrente el depósito que tiene constituido y líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución del apuntamiento que remitió.

Aquí por esta nuestra sentencia, que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado" e Insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Manuel de la Plaza. Manrique Mariscal de Gante. Juan Serrada Hernández. Joaquín Domínguez. Obdulio Siboni Cuenca (rubricados).