

Roj: **STS 16/1967 - ECLI:ES:TS:1967:16**Id Cendoj: **28079110011967100016**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **09/03/1967**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación por infracción de Ley**Ponente: **TOMAS OGAYAR Y AYLLON**Tipo de Resolución: **Sentencia****Núm. 171.-Sentencia de 9 de marzo de 1967.**

PROCEDIMIENTO: Infracción de Ley.

RECURRENTE: Don Pablo .

FALLO: Declarando no haber lugar al recurso interpuesto contra la sentencia de 26 de febrero de 1965, pronunciada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres .

DOCTRINA: Retracto de comuneros. Usufructo.

El usufructuario carece de legitimación activa para ejercitar, por sí, la acción de retracto.

En la villa de Madrid, a 9 de marzo de 1967; en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Badajoz, y en grado de apelación ante la Sala de lo Civil de la

Audiencia Territorial de Cáceres, por don Pablo , mayor de edad, viudo, Perito Agrícola y vecino de Badajoz, que actúa en su propio nombre y como representante legal de su incapaz hijo don Diego , con don Jose Miguel , mayor de edad, industrial, vecino de Badajoz, por sí y como representante legal de su esposa doña Virginia , sobre retracto de una mitad proindiviso de la finca urbana sita en Badajoz, CALLE000 , número NUM000 autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la parte actora, representada por el Procurador don Fernando Aguilar Galiana y dirigida por el Letrado don Manuel Alfonso Aguilar; habiendo comparecido en el presente recurso la parte demandada y recurrida, representada por el Procurador don Ramiro Reynolds de Miguel y dirigida por el Letrado don Manuel Hidalgo.

RESULTANDO

RESULTANDO que por el Procurador don Luis Carmona Uricate, en nombre de don Pablo , en su propio nombre y como representante legal de su incapaz hijo don Diego y mediante escrito que por reparto correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Badajoz, se dedujo demanda contra don Jose Miguel y su esposa doña Virginia , sobre retracto, en la cual se alegaron los siguientes hechos: Que la finca urbana cuyo retracto se insta en su mitad proindiviso, que es la actualmente señalada con el número NUM000 de la CALLE000 y antiguamente con el número NUM001 de la CALLE001 y antes DIRECCION000 , todas de Badajoz, fue adquirida por mitades proindiviso por las hermanas doña Marcelina y doña Irene , por óbito de la madre de ambas, doña Gabriela , inscribiendo dichas hermanas su dominio en la siguiente forma: Finca NUM002 , tomo NUM003 de Badajoz, folio NUM004 vuelto, inscripción treinta y dos.-Que doña Irene contrajo matrimonio con don Pablo , y tuvieron un hijo, llamado don Diego , a quienes dicha señora instituyó herederos de todos sus derechos y acciones (al esposo en el usufructo vitalicio y al hijo en la nuda propiedad), por testamento otorgado en 23 de octubre de 1956, ante el Notario de don Benito, don Manuel Camacho Gálvez, bajo el número 961 de su protocolo. Y en virtud de referido testamento, adquieren los actores la propiedad de la mitad proindiviso de la expresada finca urbana, cuya otra mitad ha sido vendida a extraños y se intenta retraer. Que doña Irene , de quienes los actores traen causa, falleció en Almodóvar del Campo el día 9 de octubre de 1960, bajo el testamento a que antes se ha referido.-Que doña Marcelina , soltera y



propietaria de la otra mitad proindiviso, falleció en Medellín, el día 15 de enero de 1964. Pero dos días antes de su muerte, o sea el 13 de enero de dicho año, vendió su dicha- mitad proindiviso en precio de 50.000 pesetas, a los esposos, hoy demandados de retracto, don Jose Miguel y doña Virginia , según escritura pública otorgada el mismo día, verificándose la inscripción en el Registro de la Propiedad de Badajoz el 15 de junio de 1964.- Que esta demanda se presenta dentro de los nueve días naturales, contados desde la inscripción. Invocó los fundamentos de Derecho que estimó pertinentes, y terminó suplicando se tuviese por intentado el retracto y declarando a su tiempo haber lugar a él, condenando a los esposos compradores a que dentro de tercero día otorgasen a favor de los actores la correspondiente escritura de venta de la expresada mitad proindiviso, recibiendo en el acto el precio consignado y el importe de los gastos que les fueran de legítimo abono, bajo apercibimiento de otorgarse de oficio y a su costa.

RESULTANDO que por el Procurador de don Jose Miguel y de su esposa doña Virginia se contestó a la demanda, alegando: Que el actor conocía perfectamente todo lo relativo a la transmisión de la mitad de la casa número NUM000 de la CALLE000 , de Badajoz, a favor del demandado por doña Marcelina , con todas sus circunstancias, y que, además, por las especiales circunstancias de íntima amistad entre las familias y las constantes relaciones que siempre habían mantenido, es imposible presumir que el actor no estuviera en perfecto conocimiento de lo actuado, cuando tan directamente se relacionaba con la herencia de su esposa y con el porvenir de su único hijo.-Que este conocimiento, perfecto y completo, de la compraventa a que se refiere la presente demanda de retracto, es, de consiguiente anterior con mucho a la fecha que se practica la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad. Que del testamento presentado de contrario se deduce que el hijo del actor, Diego , tenía veinticinco y veintiséis años de edad, pero no se ha demostrado que esté legalmente incapacitado, que se haya constituido el organismo tutelar y que el padre actúe como tutor del mismo. Invocó los fundamentos de Derecho que estimó pertinentes, y terminó suplicando se dictara sentencia que absolviese de la demanda a los demandados, con costas a la parte actora.

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

RESULTANDO que unidas a los autos las pruebas practicadas y seguido el juicio por sus restantes trámites, el Juez de Primera Instancia del número 2 de los de Badajoz dictó sentencia, con fecha 22 de septiembre de 1964 , estimando la excepción de falta de representación suficiente en don Pablo respecto a los derechos que pudieran corresponderle a su hijo don Diego , mayor de edad y no declarado incapaz, así como, por consecuencia de lo anterior, estimando la falta de legitimación activa en el señor Pablo en cuanto a los derechos ejercitados por sí ara el ejercicio de la acción de retracto que tiene pretendida en este pleito, declaró, sin entrar a conocer del fondo del asunto, absueltos a los demandados de las peticiones formuladas en su contra, sin hacer condena de costas.

RESULTANDO que apelada la anterior resolución por la parte actora y sustanciada la alzada con arreglo a Derecho, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres dictó sentencia, con fecha 26 de febrero de 1965 , confirmando la del Juzgado, sin hacer imposición de las costas de la segunda instancia.

RESULTANDO que por el Procurador don Fernando Aguilar Galiana, en nombre de don Pablo , se ha interpuesto contra la anterior sentencia recurso de casación por infracción de Ley, al amparo de los siguientes motivos:

1.º Al amparo del número 2.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , alegando incongruencia en la sentencia recurrida por inaplicación del artículo 359 de la citada Ley , al haber sido acogidas en el fallo excepciones que no fueron planteadas ni fueron siquiera objeto de petición en el suplico del escrito de contestación a la demanda.

2.º Al amparo del número 1.2 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , alegando violación por inaplicación de la doctrina legal que establece que "no puede impugnar la personalidad de un litigante quien dentro o fuera del pleito se la tiene reconocida» y que reconoce tal personalidad quien consintió el auto en que se le tuvo por parte, doctrinas recogidas en las sentencias de 13 de octubre de 1879, 29 de noviembre de 1902, 17 de mayo de 1934, 12 de marzo de 1955 y 30 de junio de 1958 la primera y 12 de abril de 1913 la segunda. Que los demandados y hoy recurridos reconocieron dentro y fuera del pleito a don Pablo la personalidad que ahora le niegan, como representante legal de su incapaz hijo Diego . Se la reconocieron fuera del pleito, cuando don Jose Miguel hace firmar en 11 de febrero de 1964 a don Pablo un recibo por valor de 3.640,05 pesetas, como importe de la mitad de la renta de la finca proindiviso que "tiene dicho señor (Jose Miguel) con mi hijo Diego », ya que al hacerlos demandados y hoy recurridos suscribir tal recibo al señor Pablo por unas rentas que corresponden a su incapaz hijo, ello no puede significar otra cosa que el reconocer al señor Pablo como representante legal de su incapaz hijo, y, por tanto, admitirle actuando en una representación y con una personalidad que ahora le niegan. Tal recibo suscrito por el señor Pablo fue aportado al pleito por la



propia parte demandada, y ha sido recogido como prueba documental de dicha parte al folio 14, número 45, del apuntamiento de apelación. Pero tal personalidad no sólo se reconoce por los demandados fuera del pleito, por cuanto entraña el antes citado escrito recibo, sino que también es reconocida dentro del propio pleito, al consentir la providencia de 25 de junio de 1964 dictada por el Juzgado de Badajoz, por la cual "se tiene a don Pablo por parte en su propio nombre y como representante legal de su incapaz hijo...»

3.º Al amparo del número 1.2 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando violación de la doctrina legal por la que se establece que "la falta de personalidad es de índole subsanable», la cual se halla recogida en las sentencias de 10 de marzo de 1948, 13 de diciembre de 1949 y 24 de octubre de 1955, entre otras. Que la falta de personalidad que se imputa al demandante recurrente don Pablo por falta de representación de su incapaz hijo don Diego es subsanable, según la doctrina legal citada. Que don Pablo, que ciertamente carecía de personalidad por falta de representación suficiente de su incapaz hijo en el momento de promover la demanda de retracto, al no estar aún declarada la incapacidad de éste ni constituido el consejo de familia ni diferida la tutela, no es menos cierto que dentro del término de prueba (tan término de prueba es el de segunda como el de primera instancia) adquiere tal personalidad al ser declarada la incapacidad del hijo por auto de 31 de octubre de 1964, constituirse el consejo de familia en 20 de noviembre siguiente, deferirse e inscribirse la tutela el siguiente día 25 y acordar el consejo de familia en sesión de esta última fecha, convalidar las anteriores actuaciones del tutor, autorizándole expresamente no sólo para el ejercicio de la acción de retracto sino también para interponer los recursos de apelación y casación, en sus respectivos casos. Que con todo ello, la falta de personalidad de don Pablo fue, pues, subsanada y debidamente probada dentro del término de prueba concedido en la segunda instancia; siendo aportados los autos, en apelación, todos aquellos documentos que así lo evidenciaban, como así consta en la adición al apuntamiento de apelación:

VISTO siendo Ponente el Magistrado don Tomás Ogáyar Ayllón.

CONSIDERANDO

CONSIDERANDO que ejercitada acción de retracto por el recurrente, por sí y en representación del nudo propietario de la mitad de la casa de autos, al ser enajenada la otra mitad a un extraño, y desestimada la acción por no acreditar la representación invocada y carecer el usufructuario de legitimación activa para retraer, se interpuso el presente recurso invocando también el actor la aludida representación del nudo propietario, pero al no acreditarse ésta en término concedido para la formalización del recurso, fue el mismo inadmitido por auto de 13 de mayo de 1966, por lo que quedó firme la sentencia impugnada respecto al nudo propietario, limitándose el presente recurso al formalizado por el usufructuario en su propio nombre y derecho, y antes de proceder a su estudio y resolución precisa examinar si el usufructuario puede o no ejercitar la acción de retracto, cuestión de legitimación que, por afectar a la existencia del derecho reclamado, es indispensable dilucidar.

CONSIDERANDO que, a tenor del artículo 467 del Código Civil, el usufructo es el derecho de disfrutar bienes ajenos mediante un gravamen en el dominio, que pertenece al nudo propietario, constituyendo un derecho real del grupo de los "iura in re aliena, por lo que el usufructuario es sólo titular de este derecho real, pero no le corresponde el dominio de la cosa usufructuada, el que pertenece al nudo propietario, y como sólo el dueño puede ejercitar el retracto legal de comuneros, a tenor del artículo 1.522 del Código Civil, es claro que el usufructuario carece de legitimación activa para ejercitar, por sí, la acción de retracto; pero, en todo caso, este recurso carece de consistencia, dado que los tres motivos que lo integran van todos encaminados a tratar de justificar que el recurrente tenía la representación de su hijo nudo propietario, y como para éste es firme la sentencia combatida y el usufructuario, por sí solo, no puede retraer el recurso forzosamente ha de perecer; por lo que, sin necesidad de entrar en el estudio pormenorizado de dichos motivos, es obligada la desestimación total del recurso, con los pronunciamientos del artículo 1.748 de la Ley procesal.

FALLAMOS

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por don Pablo, por sí y como representante legal de su hijo incapaz don Diego, contra la sentencia que con fecha 26 de febrero de 1965 dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Cáceres; se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas y a la pérdida de la cantidad que por razón de depósito ha constituido, a la que se dará el destino que previene la Ley, y líbrese al Presidente de la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que remitió.



Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el "Boletín Oficial del Estado» y se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Tomás Ogáyar Ayllón, Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y Ponente que ha sido en estos autos, estando la misma celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ