

3 de marzo de 1953.

DERECHO DE RETRACTO

- Interpretación de cláusulas contractuales.
- Intención evidente de los contratantes.
- Actos coetáneos y posteriores.
- Derecho subjetivamente real.

- Bienes gananciales.
- Presunción: artículos 1.407 del Código civil y 48 del Apéndice al Código civil del Derecho civil de Aragón.
- Actuación exclusiva de la mujer.
- Ejercicio de la acción de retracto.
- Requisito de consignar el precio o de ofrecer fianza.

- Retracto convencional.
- Plaza para el ejercicio del derecho de retracto.

- Limitación del dominio o de los derechos reales.
- Eficacia frente a terceros.
- Inscripción en el Registro de la Propiedad.

RECURSO DE CASACION

CONTRA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL DE ZARAGOZA, SOBRE DECLARACION DE DERECHO DE RETRACTO

A LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

D. Cesar Escrivá de Romaní y Veraza, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación (según poderes que acompaño) de *los cónyuges D. Francisco Delmás Torrecilla y D.^a Emilia Samitier Lacasta, y de los también cónyuges D. Ismael Noguero Buil y D.^a Paz Pajares Miguel*, comparezco ante esta Sala *formalizando recurso de casación* por infracción de ley y doctrina legal, oportunamente anunciado y preparado contra sentencia, fecha 12 de diciembre de 1952, dictada por la Audiencia Territorial de Zaragoza, en juicio declarativo de mayor cuantía procedente del Juzgado de primera instancia de Jaca, promovido por D.^a María Jiménez Pérez contra mis representados, sobre declaración de derecho de retracto y otros extremos; y al efecto, como mejor en Derecho proceda, DIGO:

ANTECEDENTES

I

En 18 de octubre de 1899, en la ciudad de Jaca (provincia de Huesca), y por ante el Notario de dicha residencia D. José María Herrero y Calvo, se otorgó una escritura de compraventa de inmueble en la que comparecieron: *de una parte*, los cónyuges D. Laureano Costa Cemeli y D.^a Joaquina Astigarraga Oliver, y, *de otra parte*, los cónyuges D. Eugenio García Fuentes y D.^a María Jiménez Pérez, siendo el D. *Eugenio García natural de Moraleja de Sayago, provincia de Zamora*.

Dicho instrumento tenía por objeto la compraventa, con las condiciones que luego se dirán, de la siguiente finca, sita en el casco de la ciudad de Jaca, propiedad de los cónyuges Costa-Astigarraga:

Una casa, en la *calle del Carmen*, demarcada con el *número 5* moderno, correspondiente al lo antiguo, de extensión superficial desconocida, confrontante por la derecha, entrando, con otra de los herederos de D. Pedro Pérez; por la izquierda, con la de D. Mariano Fanlo, y por la espalda, con la que antes fue de D. Froilán Pequera y que en la actualidad es de Laureano Costa.»

En la citada escritura a que venimos refiriéndonos, los cónyuges D. Laureano Costa y D.^a Joaquina Astigarraga venden la supraconfrontada casa, franca o libre de censos, hipotecas o servidumbres, a excepción de la que se especificará, a favor de la

compareciente D.^a María Jiménez Pérez, por precio de 4.000 pesetas, que en metálico confiesan haber recibido antes del acto.

No se hizo constar la procedencia de este dinero, es decir, si constituía capital propio de la compradora o si procedía de su sociedad conyugal con el también compareciente D. Eugenio García. Tampoco se hizo constar el régimen de bienes del matrimonio.

En la misma escritura de compraventa, de 18 de octubre de 1899, se pactó la siguiente reserva de derechos:

«El Sr. Costa se reserva para sí y sus legítimos sucesores, sobre la casa que enajena por este documento público, un trozo sobre el piso firme de cinco metros y setenta centímetros de longitud por dos metros y cincuenta y seis centímetros de latitud y dos metros y sesenta y dos centímetros de altura, todas esas dimensiones de luz, o sea, sin contar el grueso de paredes y techo, para entrar y salir con mercancías o sin ellas, a su casa número catorce de la *calle Mayor*, lindante todo ese trozo de terreno, por la derecha, entrando desde la calle del Carmen, con la casa que ahora vende a D.^a María Jiménez Pérez; con la izquierda, con la de los herederos de Mariano Fanlo; por la espalda, con la aludida casa número catorce de la calle Mayor, del Sr. Costa, y por encima y el subsuelo con la finca que se vende a la repetida D.^a María Jiménez Pérez, cuya venta queda subordinada y sometida a las siguientes

CONDICIONES

Primera. Que el local destinado al paso de referencia no se ha de poder dedicar a depósito de materias explosivas de clase alguna en la más mínima proporción, ni tampoco se han de tener en él animales, por inofensivos que sean, al objeto de que no causen deterioro en el suelo y paredes del edificio.

Segunda. Que tampoco se ha de poder instalar en el trozo cuyo dominio se reserva el Sr. Costa taller, tienda u otra clase de establecimiento con la que se produzca bulla, ruidos, alborotos o estremecimientos que ocasionen molestias a los habitantes de la tasa objeto de esta venta.

Tercera. Que por dentro del local señalado pasa un tubo de los llamados de escusado, de dieciséis centímetros de diámetro, por el cual discurren o bajan las materias fecales, y otro de los de fregadera por el que bajan las aguas sucias de la casa que se vende, con desagüe a la cloaca, cuyos tubos ha de permitirlos el Sr. Costa o los suyos, en todo tiempo, a no ser que el dueño de la casa de la calle del Carmen número cinco disponga el que se retiren, en cuyo caso los gastos que esa obra origine serán de cuenta de la compradora o quien represente su derecho.

Cuarta. Que será obligación del Sr. Costa o los suyos el permitir la entrada por el local tan sólo para reparaciones y cambiar algún trozo de los tubos mencionados en la condición anterior, con compromiso por parte de la compradora de reparar dichos tubos cuando para ello sea avisada.

Quinta. Que mientras no se edifique o se construya de nuevo la pared foral o fachada de la casa número cinco de la calle del Carmen, ni el Sr. Costa ni los que le sucedan en el dominio de la casa número catorce de la calle Mayor podrán dar mayor ensanche a la puerta que hoy existe en el trozo reservado para paso ni tampoco hacer otras obras que pudieran ocasionar perjuicios al edificio.

Sexta. Que si andando el tiempo la compradora D.^a María Jiménez Pérez tratase de edificar de nuevo la fachada de la casa, entonces el Sr. Costa o sus habientes derechos, podrán ensanchar la puerta de paso, tanto como lo permita su latitud, y a la por levantarla si se diese mayor altura al piso que se halle encima de dicho paso, sin permitirse que se eleve el resto del piso sin que se haga a la vez el del correspondiente trozo reservado; todo ello al efecto de que forme un conjunto estético.

Séptima. Que los gastos que origine tanto el ensanche de la puerta del paso, construcción nueva de ésta, como la tercera parte de la pared medianil con la casa de los herederos del Sr. Fanlo, en la parte correspondiente al trozo reservado, serán de cuenta exclusiva de D. Laureano Costa o de los suyos.

Octava. Que si algún día el Sr. Costa o sus descendientes, o quien en derecho haya, tratase de arrendar o vender el trozo de terreno que constituye el paso sobre que se contrata, se ha de ofrecer antes al dueño que a la sazón lo sea de la casa número cinco de la calle del Carmen, por si le conviniera adquirirlo, con las condiciones y precio que otro diese, haciéndose constar su negativa, o no aceptación, por medio de dos testigos, y solamente entonces el Sr. Costa o los suyos podrían arrendarlo o enajenarlo libremente.

Novena. Que llegado el caso de enajenarse el trozo reservado para paso a un tercero, no podrá hacerse tal venta por el Sr. Costa, o sus herederos, sino con la precisa condición de reservar en favor de los que entonces sean dueños de la casa que ahora se transfiere, el derecho de retracto por espacio de un mes a contar desde el día siguiente al en que se hubiera otorgado la escritura de venta.

Décima. Que el Sr. Costa se obliga a construir de su cuenta un nuevo depósito de materias fecales en el suelo de la casa que se vende ahora, en el más breve plazo, con lo cual desaparecerá el que hoy existe en el trozo que se reserva.

Undécima. Que en el subsuelo del señalado paso que el Sr. Costa se reserva para sí o sus herederos, la señora compradora y los suyos podrán, como dueños absolutos, hacer cuando gusten bodega o caño de las dimensiones o capacidad que estimen, donde no les será permitido a perpetuidad tener materias o sustancias inflamables o explosivas, entendiéndose que el paso tantas veces nombrado ha de quedar en condiciones de seguridad para su tránsito con carro, a cuyo fin la adquirente se compromete a construir por su cuenta y riesgo con toda la solidez necesaria, las obras precisas en el número de días que para dichas obras se requiera, procurando que el nivel del paso ocupe un plano perfectamente horizontal, sin grada o peldaño alguno, tal cual hoy resulta, y se abrirá ventana de luz o respiradero para la bodega, al igual de la acera de la calle del Carmen, quedando siempre expedita la entrada y salida del repetido paso.»

La calendada escritura de compraventa fue inscrita en el Registro de la Propiedad de Jaca, en el tomo 388 del Archivo, libro 18, del Ayuntamiento de Jaca, folio 70 vuelto, *finca número* 1.231, inscripción sexta.

La inscripción se hizo a nombre de D.^a María Jiménez Pérez, casada con D. Eugenio García Fuentes, sargento de la Guardia Civil. Fue inscripción de dominio, y en ella se hizo constar la reserva del trozo sobre el piso firme, a favor del Sr. Costa y sus sucesores legítimos, en las condiciones que en la escritura se expresan, con transcripción del pacto y de las once condiciones.

Esta inscripción sigue vigente en el Registro de la Propiedad, sin alteración ninguna; a pesar de que D. Eugenio García Fuentes, marido de D.^a María Jiménez, falleció en 22 de enero de 1933, sin que conste que se haya realizado ninguna operación de disolución y liquidación de la sociedad conyugal García-Jiménez.

III

Cuando en el año 1899 el matrimonio Costa-Astigarraga vendió a D.^a María Jiménez la casa número 5 de la calle del Carmen, de la ciudad de Jaca, reservándose el vendedor el dominio sobre el trozo o pasadizo a que se refieren los apartados anteriores, D. Laureano Costa era ya dueño de la casa número 14 de la calle Mayor, de la misma ciudad, al servicio de la cual casa se había reservado la propiedad de aquel trozo o pasadizo, para entrada y salida por la calle del Carmen.

Esta casa -Mayor, 14- tenía entonces la siguiente descripción: «Urbana, o sea, una casa sita en la calle Mayor de la ciudad de Jaca, señalada con el número catorce, de quince metros de latitud y cincuenta de longitud, aproximadamente, lindante por la izquierda, entrando, o sea, por Oriente, con otra de D. Agustín Castejón; por la espalda o mediodía, con la de herederos de D. Pedro Pérez; por la derecha, o Poniente, con la misma y con la de D. Mariano Paules, herederos de Mariano Fanlo y herederos de Miguel Guillén, y por el frente, o Norte, con dicha calle Mayor.»

Así se inscribió en el Registro de la Propiedad de Jaca, a nombre de D. Laureano Costa Cemeli, por compra a D. Froilán Pequera y esposa, D.^a Trinidad Ferrán Martínez, en escritura otorgada en 1 de septiembre de 1896 ante el Notario de Jaca D. Miguel Ipas. El asiento se extendió en el tomo 183 del Archivo, libro 7, del Ayuntamiento de Jaca, folio 100 vuelto, *finca número* 611, inscripción tercera.

Obsérvese que en esta inscripción de la finca número 611 no se habla para nada de confrontación ni entrada del inmueble por la calle del Carmen.

IV

Esta finca de la calle Mayor, 14, propiedad de D. Laureano Costa, al correr del tiempo fue objeto de las siguientes operaciones:

Por fallecimiento de D. Laureano Costa, se adjudicó a su viuda, D.^a Joaquina

Astigarraga, una mitad indivisa de la finca en pleno dominio por su mitad de gananciales y otra mitad en usufructo, correspondiendo la nuda propiedad de esta mitad al hijo, D. Juan Costa Astigarraga. Esta nuda propiedad de la mitad indivisa de la finca fue vendida, en 1925, por D. Juan Costa a su madre, D.^a Joaquina Astigarraga, con lo que esta señora resultó titular del pleno dominio de la totalidad. En 1934 se constituyó hipoteca sobre la finca a favor del Banco Hipotecario. Posteriormente, por fallecimiento de D.^a Joaquina Astigarraga, heredaron la finca sus hijos, D. Manuel y D. José Costa Astigarraga.

En el Registro de la Propiedad, por lo menos a partir de la inscripción novena de esta finca número 611, a favor de D.^a Joaquina Astigarraga (el título es escritura de 5 de enero de 1933 ante el Notario de Jaca D. Julio Ortega y San Iñigo), la descripción de la finca aparece así:

«Casa situada en la calle Mayor de esta ciudad de Jaca, señalada con el número catorce, de quince metros de latitud por cincuenta de longitud, aproximadamente, lindante, por la izquierda, entrando, o sea, por el Este, con otra de D. Agustín Castejón; por el fondo o espalda, o sea, Sur, con otra de D.^a Dolores Pérez, antes herederos de D. Pedro Pérez; por la derecha, o sea, al Oeste, con la misma y las de Mariano Paules, hay de María Jiménez, *calle del Carmen, por la que tiene su acceso*, herederos de D. Mariano Fanlo y D. Miguel Guillen, y por el Norte, o frente, con la calle Mayor.»

Obsérvese la novedad introducida en la descripción de la finca, cual es la confrontación con «calle del Carmen por la que tiene su acceso», aludiendo sin duda al pasadizo o trozo de la casa número 5 de la calle del Carmen, cuya propiedad se reserve D. Laureano Costa, al servicio de la casa número 14 de la calle Mayor.

V

El tracto sucesivo de esta finca número 14 de la calle Mayor, finca número 611 del Registro de la Propiedad, se halla interrumpido en la inscripción de hipoteca a favor del Banco Hipotecario; de suerte que, a pesar de su fallecimiento, sigue figurando como titular de dominio de la totalidad D.^a Joaquina Astigarraga.

Esta inscripción del tracto registral no obsta para que la casa número 14 de la calle Mayor haya sido objeto de otra operación ulterior, que es del máximo interés para el presente pleito.

Por escritura otorgada en Alagón, ante el Notario de dicha residencia D. Miguel López Diego-Madrado, en 4 de noviembre de 1946, D. Manuel y D. José Costa Astigarraga (que la habían heredado de su madre D.^a Joaquina Astigarraga) *venden* a D. Francisco Delmás Torrecilla -casado con D.^a Emilia Samitier Lacasta- y D. Ismael Noguero Buil -casado con D.^a Paz Pajares Miguel- la casa número 14 de la calle Mayor, de Jaca, con la última descripción, es decir, con confrontación por la derecha, o Poniente, con casa de herederos de D. Pedro Pérez, hoy Dolores Pérez, casas de Mariano Paules, hoy María Jiménez y herederos de Mariano Fanlo y Miguel Guillén y *calle del Carmen, a la que tiene acceso y salida y entrada*. La finca se vende a los Sres. Delmás y Noguero en partes iguales y pro-indiviso, con sus derechos accesorios de toda clase, entradas, salidas, vertientes, luces y demás servidumbres anejas y en concepto de

libre de cargas, por el convenido precio de *ciento cincuenta y tres mil pesetas* que confiesan haber recibido los vendedores antes del acto y de ellas otorgan carta de pago. Los compradores aceptan el contrato y hacen constar que el arrendamiento que la Sociedad «Almacenes de San Pedro, S. A.», de Barcelona, tiene sobre los locales de la finca descrita será respetado en igual forma que actualmente lo tenía con D.^a Joaquina Astigarraga, hoy los vendedores. Se faculta a los compradores para otorgar en nombre de los vendedores cuantos documentos adicionales o complementarios sean precisos para la inscripción de esta escritura.

De esta compraventa no se ha tornado razón en el Registro de la Propiedad.

VI

Con anterioridad al otorgamiento de esta escritura de compraventa de 4 de noviembre de 1946, el local-paso con salida a la calle del Carmen –objeto principal del presente pleito- ha estado arrendado como anexo al local destinado en la calle Mayor, número 14, a comercio. Claro es que estos arrendamientos se realizaron a ciencia y paciencia de D.^a María Jiménez, poseedora de la casa número 5 de la calle del Carmen, de la cual *forma* parte integrante el local-paso en cuestión.

VII

En 18 de noviembre de 1950, D.^a María Jiménez Pérez, en estado de viuda de D. Eugenio García Fuentes, actuando por sí, es decir, sin aducir representación de sociedad conyugal continuada o disuelta ni de herederos, promovió, ante el Juzgado de primera instancia de Jaca, juicio declarativo de menor cuantía (que después se tramitó como de mayor cuantía) contra D. Francisco Delmás Torrecilla, D.^a Emilia Samitier Lacasta, D. Ismael Noguera Buil y D.^a Paz Pajares Miguel, formulando demanda con la *súplica* de que, en su día, se dictase sentencia declarando:

Primero. El derecho a retraer por D.^a María Jiménez Pérez el paso reservado por D. Laureano Costa Cemeli, en la compraventa efectuada de la casa número cinco de la calle del Carmen de esta ciudad (de Jaca), en escritura de fecha 18 de octubre de 1899 y que se describe en el hecho primero de esta demanda, y condenando a los cuatro demandados a otorgar, dentro de tercero día, escritura de compraventa del referido paso, por el precio real que se asigne al mismo por el perito o peritos idóneos que informen en la litis.

Segundo. Que se declare la inexactitud registral de las inscripciones que obran en el Registro de la Propiedad, referentes a la casa número catorce de la calle Mayor de esta ciudad (de Jaca), a partir de la inscripción de dominio practicada a favor de D. Laureano Costa Cemeli y D.^a Joaquina Astigarraga Oliver y en las que se añada la descripción normal y cierta en el inciso CALLE DEL CARMEN, CON LA QUE TIENE ACCESO, que deberá suprimirse, librando para ello el correspondiente mandamiento, previa declaración judicial de inexactitud registral.

Tercero. Que por la mala fe con que ha actuado la parte demandada, se le condene a los daños y perjuicios causados a esta parte por tal conducta dolosa, daños y

perjuicios que se estimaran en el momento procesal oportuno y que estimamos en dos mil pesetas.

Cuarto. Dada la temeridad de los demandados al oponerse a la demanda, se les condene expresamente a cuantas costas se produzcan en el presente litigio.

Sustancialmente, por lo que respecta al extremo primero (que es el que interesa al presente recurso) la demanda se fundaba en que los demandados habían comprado la casa número catorce de la calle Mayor con el local-paso de la casa número cinco de la calle del Carmen, que, por consiguiente, entraba en juego, con respecto a este local-pasadizo, la cláusula resolutoria contenida en la *condición novena* de la escritura de 18 de octubre de 1899, en la que se prevenía que en caso de enajenarse el trozo reservado para paso, a un tercero, no podrá hacerse tal venta por el Sr. Costa, o sus herederos, sino con la precisa condición de reservar en favor de los que entonces eran dueños de la casa número cinco de la calle del Carmen (que entonces se transfería con aquella reserva del paso) el *derecho de retracto* por espacio de un mes a contar desde el día siguiente al en que se hubiera otorgado la escritura de venta; y que se ejercitaba la acción dentro del plazo de un mes a partir del conocimiento que la parte demandante ha tenido de las condiciones indubitadas en que se otorgó la escritura pública de compraventa de 4 de noviembre de 1946, habida cuenta del ocultamiento doloso con que han procedido los señores demandados.

VIII

Suscitado, por los demandados, incidente sobre la clase de juicio que correspondía a la sustanciación de dicha demanda, y resuelto que fuera el juicio declarativo de *mayor cuantía*, los demandados se opusieron a la demanda formulando las excepciones de falta de personalidad en los demandados y defecto legal en el modo de proponer la demanda (por incumplir los requisitos del ejercicio de la acción de retracto) y oponiéndose por otros motivos de fondo.

En trámite de réplica, la parte actora reprodujo la «súplica» de la demanda con la *modificación* secundaria del pedimento primero, en el sentido de añadir al precio imputable al paso objeto de la presente acción, *los gastos legales imputables a la cantidad asignada a la peritación correspondiente*.

IX

El Juzgado de primera instancia de Jaca, en 19 de julio de 1951, dictó *sentencia* con el siguiente FALLO:

«Que rechazando las excepciones alegadas de falta de personalidad en los demandados y de defecto legal en el modo de proponer la demanda, y dando lugar en parte a la demanda, declaro el derecho de D.^a Maria Jiménez Pérez a adquirir el trozo reservado por D. Laureano Costa Cemeli en la compraventa efectuada de la casa número cinco de la calle del Carmen de esta ciudad, en escritura pública de fecha dieciocho de octubre de 1899, y que se describe en el primer resultando de la presente sentencia, y que condeno a los demandados Francisco Delmás Torrecilla, Emilia

Samitier Lacasta, Ismael Noguero Buil y Paz Pajares Miguel, a otorgar, dentro del tercero día, escritura pública de venta del referido paso a favor de la actora, D.^a Maria Jiménez Pérez, por el precio de cuatro mil doscientas ochenta y seis pesetas con cuarenta céntimos, debiendo la actora abonar los gastos de otorgamiento de esta escritura y cualesquiera otros legítimos, sin hacer expresa imposición de costas.»

Este «fallo» se apoya en los siguientes «considerandos»:

«CONSIDERANDO. Respecto a la excepción de falta de personalidad de la parte demandada, alegada por ésta en su escrito de contestación, que estando acreditado que los demandados son los adquirentes de la casa número catorce de la calle Mayor, y accionando la actora de acuerdo con las facultades que le concede la cláusula novena de la escritura de 18 de octubre de 1899, para ejercitar lo que en la misma se llama "derecho de retracto", que en este caso sólo cabe interpretar como el de subrogarse en lugar del adquirente, por lo que se razonará en otro lugar de esta sentencia, están pasivamente legitimados los demandados y procede rechazar la excepción deducida.

CONSIDERANDO. Respecto a la segunda excepción alegada de defecto en el modo de proponer la demanda, que aunque en la escritura de dieciocho de octubre de mil ochocientos noventa y nueve se de al derecho de adquirir la designación de "retracto", no le corresponde en realidad, no siendo tal porque no coincide con ninguna de las hipótesis de comuneros (art. 1.522 del Código civil), colindantes (art. 1.523), enfiteútico (1.638), ni abolorio (artículo 76 del Apéndice Foral de Aragón), ni tampoco lo es convencional que se da según el artículo 1.507 del Código civil "cuando el vendedor se reserva el derecho de recuperar la cosa vendida con la obligación de cumplir lo expresado en el artículo 1.518 y demás que se hubiere partido". Es precedente histórico del retracto el *pactum de retrovendendo* y la actual venta a carta de gracia es simplemente una venta con condición resolutoria potestativa, dependiendo su actuación de la voluntad del vendedor primitivo.

En el caso de autos, con fecha 18 de octubre de 1899, los cónyuges Costa-Astigarraga enajenan a la actora, D.^a María Jiménez, el inmueble número cinco de la calle del Carmen, pero no en su totalidad, sino reservándose un trozo, que, según se puso de manifiesto en la diligencia de reconocimiento judicial obrante al folio 193, "desde el punto de vista de construcción forma parte integrante de la casa número cinco de la calle del Carmen"; la reserva del trozo, no cabe duda lo fue en propiedad, no pudiendo aceptarse la calificación de servidumbre del paso que en alguna ocasión hace la actora, porque según los términos literales de las cláusulas primera y cuarta, de la tantas veces aludida escritura de 18 de octubre de 1899, en tal pretendido paso tiene Costa y sus derecho habientes absoluto poder de disposición, sin más limitaciones que no poder tener animales en el mismo, ni instalar talleres o actividades que produzcan ruido, tolerar el paso de dos tubos de evacuación de aguas residuales, y consentir "la entrada por su local tan sólo para reparaciones y cambiar algún trozo de los tubos mencionados", clarísimamente se deduce de estas condiciones que los verdaderos propietarios siguen siendo el matrimonio vendedor Costa-Astigarraga, que, porque así lo quisieron y su voluntad coincidió con la de la compradora, enajenaron la mayor parte del inmueble, pero se reservaron la plena propiedad del trozo en cuestión, aceptando una serie de limitaciones en cuanto a su utilización y otorgando a la compradora unas facultades para caso de enajenación que la permitirían a ésta reunir en su mano la finca entera considerada como unidad física. No se trata, pues, de retraer o de readquirir, ya

que nunca se poseyó, sino de adquirir por primera vez, ejercitando una facultad convenida con el deudor y que se obliga tanto a éste como a los que de él tuvieran su derecho, y no tratándose de un retracto, es obvio hablar de si falta o no el requisito de consignación del número 2.º del artículo 618 de la Ley de Enjuiciamiento civil y cae por su base la aducida excepción número 6 del artículo 533 de la Ley procesal de defecto legal en el modo de proponer la demanda y que los demandados basan en no haberse dado al pleito la tramitación propia del juicio de retracto, ya que es claro que la facultad aludida sólo puede ser ejercitada en el juicio ordinario de la cuantía ordenada.

CONSIDERANDO: Que el derecho de preferencia de la cláusula octava de la escritura de 18 de octubre de 1899 se atribuye "al dueño que a la sazón lo sea de la casa número cinco de la calle del Carmen" y el que se califica de retracto en la cláusula novena se establece en favor de los que entonces sean dueños de la casa "que ahora se transfiere"; ahora bien, del Registro de la Propiedad no aparece otro propietario del inmueble que la actora, luego está legitimada para interponer la acción, y en cuanto a su personalidad, a que, aunque parte contraria, nos encontramos con que la escritura de 1899, D. Eugenio García Fuentes comparece a los solos efectos de conceder a su esposa D.^a María Jiménez Pérez la oportuna licencia marital y en ella se vende "a favor de la compareciente D.^a María Jiménez Pérez, por el estipulado precio de cuatro mil pesetas, que, en metálico, confiesa haber recibido de dicha señora, antes de este acto, por lo que confiere la más eficaz apoca o carta de pago"; de lo que se desprende que la compra fue efectuada con dinero propio de la actora, no interviniendo el marido más que para conceder la licencia. Dos hipótesis caben: que la compradora estuviese sujeta a la Ley civil común, por haber contraído matrimonio con castellano, en este caso la intervención del marido se ajusta a lo que dispone el artículo 1.387 al enajenarse bienes parafernales, conceptualización que conservará la finca adquirida, según el número 4.º del artículo 1.396 y de que la mujer conservará el dominio según el artículo 1.482. Si, por el contrario, la actora fuese aragonesa, por serlo su cónyuge, que tal vez adquiriese esta vecindad, es cierto que los inmuebles adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, aunque la adquisición se haga a nombre de uno de los cónyuges, tiene la consideración de comunes de la sociedad conyugal, según el artículo 48 del Apéndice Foral, pero según el artículo 54 del mismo cuerpo legal el cónyuge sobreviviente representará en juicio y fuera de él a la sociedad continuada, por lo que la actora tiene personalidad para accionar en el presente litigio.

CONSIDERANDO: Que, evidentemente, la razón de reservarse D. Laureano Costa, vendedor, el trozo de la finca que no enajenó fue ser propietario de la casa número catorce, siendo la utilidad del trozo que subsiste como paso a la casa de la calle Mayor, bien que aquel trozo no sea absolutamente necesario al inmueble de Mayor, 14, toda vez que éste tiene accesos suficientes e independientes por la misma calle Mayor, por lo que no quiere decir que el paso reservado fuera a formar parte integrante del inmueble Mayor, catorce, de que sigue perfectamente diferenciado física y jurídicamente, siendo claro del contexto literal de las cláusulas 8.^a y 9.^a de la escritura de 18 de octubre de 1899, en que para nada se relaciona la enajenación del trozo con la de la casa número catorce, habiendo incumplido los hermanos Costa la cláusula 8.^a, al otorgar en Alagón la escritura de 4 de noviembre de 1946, por no ofrecer antes de enajenar a la dueña de la casa número cinco de la calle del Carmen "Por si le conviniera adquirirlo, con las condiciones y precio que otro diese", y sólo después de constar su negativa o no aceptación, podrían haberlo enajenado libremente, y siendo eficaz lo estipulado en la cláusula 9.^a, pudiendo ejercitarse validamente durante el espacio de un

mes a contar desde el día siguiente al otorgamiento de la escritura, plazo que por analogía a lo dispuesto por el artículo 1.638 del Código civil habrá de contarse a partir de la fecha en que tuvo conocimiento el actor, caso de haber ocultación, como lo ha habido en el de autos, según se desprende, además de la falta de inscripción en el Registro, que es cierto no es obligatoria para el adquirente de un derecho en el régimen hipotecario español y del otorgamiento de la escritura fuera de Jaca, de donde son vecinos los compradores y uno de los vendedores, en los siguientes hechos: 1.º Falta de la notificación prevenida en la cláusula 8.ª de la escritura de 18 de octubre de 1899. 2.º Silencio ante requerimiento notarial de fecha 11 de marzo de 1950. 3.º Evasivas y falsedad en la confesión ante la presencia judicial de 6 de julio de 1950, y 4.º Falsedad notoria y grave en que deliberadamente incurren los demandados Francisco Delmás Torrecilla e Isabel Noguero Buil en la confesión bajo juramento el día 5 de agosto de 1950, en que no cabe otra cosa que ver, no ya un deseo de ocultar, sino de negar y falsear la realidad de los hechos.

CONSIDERANDO: Que formando parte integrante el trozo debatido de la casa número cinco de la calle del Carmen y habiendo dado lugar la escritura de 18 de octubre de 1899 a la inscripción sexta de la finca número 1.231, obrante al folio 60, vuelto, del libro 18 del Ayuntamiento de Jaca y 378 del Archivo del Registro de la Propiedad de Jaca, según consta de certificación del Sr. Registrador de 4 de noviembre de 1950, a que en los resultandos se hace alusión, y constando en la inscripción cuantas reservas y facultades se han reseñado, ya que se transcribe en ella literalmente lo relativo a la reserva del trozo y las once cláusulas que con el mismo se relacionan, y siendo la inscripción anterior número quinto, operado el 11 de junio de 1897 en virtud de la adquisición por parte de D. Laureano Costa Jiménez de la finca entera Carmen, 5 moderno, correspondiente al lo antiguo, al Registro debió acudir para conocer cargas y gravámenes existentes en relación con tal casa número cinco de la calle del Carmen que obligan a los sucesivos adquirentes de parte del inmueble, no pudiendo alegarse por los demandados ignorancia o desconocimiento de las reservas establecidas, que consisten en un derecho de adquirir concedido por el Sr. Costa a D.ª María Jiménez, que no hay obstáculo en considerar como un verdadero derecho real, que grave a todo adquirente posterior de la finca (del trozo de finca, en este caso) a que afecta, pues un derecho de tipo real puede condicionar los poderes de disposición del propietario igual que otros limitan las facultades de uso y disfrute inherentes al dominio, lo que encaja perfectamente con lo que dispone el artículo 7.º del vigente Reglamento Hipotecario, que permite el acceso al Registro a títulos relativos a derechos de naturaleza real, así como cualquier acto o contrato de trascendencia real, "que sin tener nombre propio en derecho, modifiquen desde luego, o en el futuro, algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes al derecho real". Cabe resumir que la venta realizada por los hermanos Costa a los demandados, válida en sí, está afecta, en lo que al trozo de terreno debatido se refiere, a una condición resolutoria, que los demandados no pueden desconocer al haber tenido acceso al Registro de la Propiedad y ejercitando las facultades en que la condición consistía por la actora, como propietaria de la casa número cinco de la calle del Carmen, es procedente la estimación de la acción deducida.

CONSIDERANDO: Que de la prueba practicada se desprende que se ha vendido por un precio conjunto de ciento cincuenta y tres mil pesetas la casa número catorce de la calle Mayor y el trozo que físicamente corresponde a la calle del Carmen, número cinco, por lo que para determinar el precio individualizado del paso que ha de pagarse por la actora para adquirir el trozo debatido habrá de atenerse a la valoración pericial

practicada en autos en el período de prueba, siendo más justa y equitativo atender a la valoración que resulta atendida su renta, ya que su utilidad como local arrendable, aparte la integración en una sola finca, será la que reportara a la adquirente; pareciendo poco adecuado atender al solo valor de los elementos de construcción, notoriamente más reducidos y, por tanto, procede fijar, de acuerdo con la valoración pericial, en cuatro mil doscientas ochenta y seis pesetas con cuarenta céntimos su valor a falta de otros elementos y determinación para concretar el precio que realmente se pagó por el paso aisladamente considerado.

CONSIDERANDO: En cuanto a la petición deducida por la actora de que se declare la inexactitud registral de las inscripciones que obran en el Registro de la Propiedad referentes a la casa número catorce de la calle Mayor de esta ciudad, que no puede accederse a ello porque, según el apartado *b)* del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, "en los casos en que haya de solicitarse judicialmente la rectificación se dirigirá la demanda contra todos aquellos a quienes el asiento que se trata de rectificar conceda algún derecho" y de la certificación del Registro resulta que la finca se halla afecta a una hipoteca a favor del Banco Hipotecario por cincuenta mil pesetas, más tres anualidades al seis y medio por ciento y diez mil pesetas más por costas y gastos, por lo que la demanda ha debido dirigirse también contra el Banco Hipotecario y, por tanto, procede desestimar en este aspecto la demanda.

CONSIDERANDO: En cuanto a la petición de daños y perjuicios deducida por el actor, que no apreciándose su existencia de la prueba practicada, no procede acceder a ella.

CONSIDERANDO: Respecto a costas, que si bien se entiende la mala fe existente por parte de Francisco Delmás e Ismael Noguero, que sin el menor respeto a la presencia judicial, a su propia palabra, ni aun al juramento en forma legal prestado, y que vincula gravemente la creencia del creyente, entre los que no es dudoso se encuentran los confesantes, ya que no hicieron uso de la facultad que la Ley les concede de prometer por su honor, contestaron "que no es cierto" a la posición tercera, que era del siguiente tenor literal: "Confiese ser cierto que ha comprado a los hermanos Costa Astigarraga la casa señalada con el número catorce de la calle Mayor de esta ciudad", insistiendo su negativa en sus respuestas a las posiciones cuarta y novena, viniendo luego los dos demandados a reconocer el hecho de la compra y, por consecuencia, la falsedad de su confesión en el primer hecho de su contestación a la demanda, no obstante, como tales falsedades se cometieron antes de plantearse formalmente el pleito, ya que fueron hechos anteriores a la interposición de la demanda, no cabe entender aquella mala fe existente a efectos de imposición de costas en el presente litigio.»

X

La referida sentencia del Juzgado de primera instancia de Jaca fue apelada por los demandados Sres. Delmás, Noguero y cónyuges, para ante la Sala de lo Civil de la *Audiencia Territorial de Zaragoza*. Y seguida por sus trámites la segunda instancia, dicha Sala dictó *sentencia de fecha 12 de diciembre de 1952*, con el siguiente pronunciamiento:

«FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, debemos confirmar y confirmamos la sentencia dictada por el Juez de primera instancia de Jaca, con fecha 19 de julio de 1951, en el juicio a que esta apelación se refiere, cuya parte dispositiva se transcribe en el primer resultando de la sentencia y se da aquí por reproducido, y supliendo la omisión en él advertida en cuanto al debido pronunciamiento sobre los pedimentos segundo y tercero de la demanda a que se refieren los considerandos séptimo y octavo de aquella resolución, que como los demás quedan aceptados, debemos absolver y absolvemos de los mismos la parte demandada. No se hace expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias. Y en lo sucesivo cumpla el Juez que conoció de los autos lo dispuesto en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

Esta sentencia de la Audiencia acepta los «considerandos» de la sentencia del Juzgado de primera instancia y se funda, además, en los siguientes;

«CONSIDERANDO; Que la excepción cuarta del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento civil dice relación a la falta de personalidad en el demandado por no tener el carácter o representación con que se le demanda. En el presente caso los cuatro demandados lo fueron como compradores de la casa número catorce de la calle Mayor de Jaca y del paso que a ella da acceso por la de número cinco de la calle del Carmen. No niegan dentro del juicio los así demandados su cualidad de propietarios, aunque la negaran en las diligencias preliminares y en el acto de conciliación, si bien alegan en defensa de su oposición haber adquirido según el Registro de la Propiedad, el desconocimiento de que aquel paso perteneciera a la casa número cinco de la calle del Carmen y el no haber sido parte en la escritura en que la actora adquirió esta casa, con el derecho que ahora ejercita, a más de otras alegaciones sobre interpretación de las cláusulas que fundamentan la demanda. Todo ello afecta a la cuestión de fondo que se debate, como dentro de este orden cae también el que debieran o no haber sido demandados también los interesados en la inscripción registral cuya nulidad o rectificación en segundo lugar se interesa. Es evidente, por tanto, que no puede prosperar esta primera excepción de que se trata.

CONSIDERANDO: Que, en segundo lugar, se excepcionó, aunque con carácter perentorio, la del número 6.º del mismo artículo 533 citado, por no haberse cumplido en la demanda los requisitos que determinan los artículos 1.618 y siguientes de la misma Ley ritual, mas según el párrafo segundo de aquel precepto se entenderá que existe este defecto cuando no se llenen en la demanda los requisitos a que se refiere el artículo 524, en tanto que los del 1.618, no siempre exigibles íntegramente, pues pueden hallarse y de hecho se hallan modificados algunos de ellos por leyes especiales para casos de retracto también específicos, la falta de los que se consideran indispensables impide dar curso a la demanda, con lo demás que debe acordarse, con arreglo al artículo 1.621; Y si lo que ha querido expresarse es que debió ajustarse el procedimiento a las normas de estos preceptos, se trataría de una inadecuación procesal, pero no de la excepción que se cita. Sería además necesario que se tratara de una verdadera acción de retracto en cualquiera de las modalidades que se admiten en nuestro Derecho positivo. Pero sabido es que los actos y contratos en el orden legal son lo que en realidad resulta de sus estipulaciones y de la voluntad real de los contratantes con independencia de la calificación que estos les dieran al concertarlos o ejecutarlos, calificación que puede ser abiertamente errónea por ignorancia o por deliberado propósito de desfigurar la verdad, y en tales casos habrá de estarse a lo que resulte de las estipulaciones claras y de los actos propios de los

interesados que manifiesten su evidente voluntad. Como con acierto ya se establece en el segundo considerando de la sentencia del Juzgado, aunque en el documento notarial de 18 de octubre de 1899 se emplee la palabra retracto en su cláusula novena, en realidad lo que se concertó fue el preferente derecho a la compra del trozo de terreno de la casa número cinco de la calle del Carmen, que se reservaban los vendedores de esta finca a favor de D.^a María Jiménez Pérez; y cuando además se formulan en suplico de la demanda otras peticiones, como la de rectificaciones registral de la casa número catorce de la calle Mayor, consecuyente al ejercicio del derecho reconocido en aquella escritura pública, es evidente que el cauce adecuado es el del juicio declarativo ordinario; y carece, por tanto, de base la excepción sexta que se estudia, la que más extensamente se razona en el segundo considerando de la sentencia recurrida.

CONSIDERANDO: Que en impugnación del considerando tercero de la sentencia del Juzgado se invocó por el apelante las de esta misma Sala de 18 de mayo de 1949 y 27 de junio de 1951, ambas completamente inaplicables al caso de autos por no tener paridad alguna con los que fueron entonces resueltos, ya que aquí la tesis de la sociedad conyugal continuada, fundamento legal cuarto de la réplica, se adujo por el Juez, y con acierto, al enunciar los dos supuestos de régimen común o aforado, en que pudiera hallarse la compradora, amparándola en el primer caso los artículos 1.387, número 4.º del 1.396 y el 1.482 del Código civil, y en el segundo el artículo 54, en relación con el 48, del Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón, sociedad continuada que se presume a falta de pacta expreso en contrario, a tenor del artículo 53, siendo los herederos los únicos capacitados para pedir la disolución; de donde se sigue que por digo no puede en el presente caso la parte demandada tachar de inexistente aquélla, tanto más cuanto que no se siente derecho alguno que directamente les atañe por razón de la misma sociedad, sino que se trata del ejercicio de aquel que se tiene reconocido en el documento público antes expresado, cuya personalidad y derecho tiene, por tanto, expresamente reconocido el tradens de los demandados. Finalmente, y a efectos de esta resolución, bastaría para justificar la acción que asiste a la demandante el hecho de aparecer como titular registral única del derecho que ejercita. A mayor abundamiento, no bastaría con alegar la falta de acción de la demandante por las razones que se estudian, sino que sería preciso que se hubieran impugnado la escritura de donde arranca el derecho que se ejercita y la inscripción producida, con referencia a la casa número cinco de la calle del Carmen; y nada de esto se hace por los demandados, ni se articula pedimento alguno en relación con estos particulares, ni por vía de contestación ni por reconvencción.

CONSIDERANDO: Que las cláusulas de la escritura ya citada, de 18 de octubre de 1899 ante el Notario de Jaca D. José María Herrero y Calvo, por la que los cónyuges D. Laureano Costa Cemegui y D.^a Joaquina Astigarraga Oliver vendieron a D.^a María Jiménez Pérez la casa sita en la calle del Carmen, número cinco, de aquella ciudad, asistida la compradora de su marido D. Eugenio García Fuentes, que concedió la autorización necesaria para ello, haciéndose constar con relación al trozo de terreno que motiva el juicio: "El Sr. Costa se reserva para sí, y sus legítimos sucesores, sobre la casa que enajena por este documento público, un trozo sobre el piso firme de cinco metros y setenta y un centímetros de longitud por dos metros cincuenta y seis centímetros de latitud y dos metros y sesenta y dos centímetros de altura, todas esas dimensiones de luz, o sea, sin contar el grueso de las paredes y techo, para entrar y salir, con mercancías o sin ellas, a su casa número catorce de la calle Mayor... "Seguidamente se establecen hasta once condiciones a que queda sujeta esta reserva; las dos primeras afectan al

destino para paso y no para establecimiento o tienda, y no colocar animales o materias explosivas; la tercera y la cuarta se refieren a la continuidad de ciertas tuberías de evacuación y de desagüe de los pisos de la casa que se enajena para cuya reparación se habrá de permitir la entrada a la compradora o personal de su orden; la quinta, la sexta y la séptima determinan la anchura de la puerta de entrada por la calle del Carmen, que no podrá variarse por el Sr. Costa, en tanto la dueña de aquella casa no haga obras en la fachada; y por la actora se establece "si en algún día el Sr. Costa o sus descendientes, o quien su derecho haya, trataré de arrendar o vender el trozo de terreno que constituye el paso sobre que se contrata, se ha de ofrecer antes al dueño que a la sazón lo sea de la casa número cinco de la calle del Carmen, por si le conviniera adquirirlo, con las condiciones y precio que otro diese, haciéndose constar su negativa o su aceptación por medio de dos testigos, y solamente entonces el Sr. Costa o los suyos podrán arrendarlo o enajenarlo libremente"; y por la novena "que llegado el caso de enajenarse el trozo reservado para paso a un tercero, no podrá hacerse tal venta por el Sr. Costa o sus herederos, sino con la previa condición de reservar, en favor de los que entonces sean dueños de la casa que ahora se transfiere, el derecho de retracto por espacio de un mes, a contar desde el día siguiente al en que se hubiese otorgado la escritura de venta"; por la décima, el Sr. Costa se obliga a construir nuevo depósito de materias fecales para el servicio de la casa y por la undécima se determina que la compradora puede disponer libremente del subsuelo del paso, siempre que no sea para depósito de materias inflamables o peligrosas, ni se perjudique la seguridad del paso. De las transcritas cláusulas se advierte claramente que el propósito de los contratantes fue el conceder un derecho de tanteo en el caso de arrendamiento o venta, y una preferencia para la adquisición por el precio que diera un tercero, a lo que se llamó, impropriamente, retracto, pero sin que se condicionara a la venta por separado del tan repetido paso, y no de otra forma cabe entenderlo si se tiene en cuenta que aquel terreno no se podía utilizar a otro fin que el expresado, pero nunca para instalar tienda o establecimiento alguno, ni para vivienda, por razón de su poca capacidad y falta de condiciones de habitabilidad, por carencia de luz y ventilación, que no fueran las de las dos entradas. Pero aun dentro de la interpretación atendida a los actos posteriores a que remite en caso necesario el artículo 1.282 del Código civil bastaría tener en cuenta la forma subrepticia en que se realizó la enajenación sin cumplir con el indicado requisito de dar cuenta a la dueña de la casa de la calle del Carmen para deducir que se trató por el vendedor de mantener oculta la venta en fraude de los derechos que tenía reconocidos. No obsta el que anteriormente hubiera ya estado arrendado el local paso como anexo al del local destinado en la casa de la calle Mayor, catorce, a comercio, en primer término porque se establece distinción en la aplicación de las cláusulas octava y novena y, en segundo lugar, porque tampoco en aquella ocasión se cumplió con el previa conocimiento a la demandante, aparte de que en la facultad de ésta estaba el consentir el arrendamiento, que no la impedía ejercitar en su día el derecho de preferente compradora en caso de enajenación. Aplicando los artículos 1.284 y 1.285 del mismo Código civil, como normas preferentes de interpretación, en caso de estimarse oscura alguna cláusula contractual por el estudio armónico de las once condiciones que se hicieron constar para la reserva conducen a la misma conclusión, pues que en todas ellas se advierte el destino claro del pasadizo y la falta de disposición independiente, no cabe, por tanto, hablar de enajenación ni de arrendamiento por separado, pero en todo caso era el vendedor quien, teniendo en cuenta estas condiciones, debió haber formalizado pacto especial en la venta de la casa con referencia al pasadizo y cumplir en razón a éste lo establecido.

CONSIDERANDO: Que si se examinan los artículos 13, 29, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria citados por el apelante en el acto de la vista carecen de aplicación al caso de autos, y si alguna se le hubiera de atribuir resultaría favorable a la demandante; en cuanto al primero de ellos, porque si se considera la reserva del trozo de terreno limitativo de dominio, lo es ciertamente del que ostentaría la compradora de la casa número cinco de la calle del Carmen, de la que forma parte integrante aquel terreno, no de la número catorce de la calle Mayor, a la que resulta unilateralmente agregado por alteración de linde Este, sin mención de las condiciones en que se hizo la reserva, sin siquiera expresión de causa, o al menos no consta en autos, y sobre la primera de las citadas fincas consta debidamente inscrito; en cuanto al segundo es por completo inoperante y, en todo caso, si se considera susceptible de inscripción separada y especial la reserva del tan repetido trozo, así debió inscribirse por el adquirente y con las condiciones que se hicieron constar en la escritura de 1899, a las que quedaba sujeto, y hoy la inscripción a favor de la demandante interpreta este precepto favorablemente a su derecho, no susceptible de inscripción separada; el 34 porque, aun en el negado supuesto de que los demandados adquirieran de buena fe de quien tenía la finca inscrita en el Registro, cosa harto dudosa, como demuestra su misma actitud anterior al pleito y en el mismo, sería preciso para que pudiera invocar en su favor aquel precepto que tuvieran a su vez ellos inscrita también su adquisición, con lo que dentro de los principios hipotecarios habrían adquirido, siempre en el supuesto de buena fe, el derecho a ser respetados en su adquisición, pero no solamente no inscribieron su compra del inmueble número catorce de la calle Mayor, sino que incluso negaron haberla comprado cuando se les requirió en las diligencias preliminares del juicio; y, finalmente, el 38, porque podrá afectar a los vendedores, D. Manuel y D. José Costa Astigarraga, que son los que tienen aún inscrita la finca de la calle Mayor a su nombre, por aquella ocultación maliciosa de los compradores, pero nunca a éstos, y aun a los primeros, siempre sin perjuicio de poder impugnar por quien se considere perjudicado aquella alteración hecha en la descripción que realmente corresponde a la finca, pero nunca puede ampararse en la protección que otorga este artículo quien no tiene a su favor la titularidad registral. Estas consideraciones desvirtúan cuantas alegaciones se hicieron por el apelante en relación con la falta de acción para dirigirse contra los demandados que no fueron parte en contrato de 1899 y adquirieron la casa número catorce de la calle Mayor, de quien aparecía como dueño en el Registro y según la descripción que en el mismo consta.

CONSIDERANDO: Que, en último término, se opuso la prescripción extintiva de la acción, o más propiamente la caducidad de la misma para interponer el retracto, por cuanto el artículo 1.508 del Código civil limita a diez años el plazo convencional para otorgar el derecho de retracto, mas esta alegación cae por su base desde el momento en que, como ya queda precedentemente razonado, no se está en el caso de un retracto convencional propiamente dicho, sino en el de la concesión de un derecho de compra cuando se den determinadas circunstancias en la tan repetida escritura estipuladas; como tampoco podía prosperar la prescripción al amparo del artículo 1.957 del Código civil, invocado en la contestación, por falta absoluta de las circunstancias en él determinadas. Las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1951 y 13 de marzo del corriente año, asimismo invocadas, resultan igualmente inoperantes. El plazo prescriptivo se cuenta desde que pudo ejercitarse la acción y, en el caso presente, por la ocultación de los contratos no ha podido ejercitar su derecho la actora, hasta el momento inicial de la intervención judicial.

CONSIDERANDO: Que al no haberse formulado apelación por la parte demandante, ni adherido a la entablada de contrario, no cabe entrar en el estudio de aquellas otras peticiones de la demanda que fueron implícitamente rechazadas, si bien por la razón de congruencia que impone el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no siendo suficiente el razonamiento en los considerandos para estimar desechada una petición, sino que deben hacerse las declaraciones precisas, condenando o absolviendo y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate, se impone en el presente caso y momento procesal hacer la declaración absoluta en cuanto a los pedimentos segundo y tercero de la demanda referidos a la declaración de inexactitud registral de la casa número catorce de la calle Mayor, desde luego improcedente por no haber sido demandados los titulares de la inscripción; y a la indemnización de daños y perjuicios, sobre cuyos pedimentos, aunque se razonaba en los últimos considerandos acerca de su improcedencia, no se hacía pronunciamiento alguno en la parte dispositiva de la sentencia.

CONSIDERANDO: Que no son de apreciar méritos especiales para una expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias y que si bien por el breve retraso en dictar sentencia no procede advertencia ninguna al Juez por hallarse justificado en razón al trabajo del Juzgado, sí debe llamársele la atención en cuanto al cumplimiento del precitado artículo 359 de la Ley de Tramites.»

XI

Al siguiente día -13 de diciembre de 1952- se notificó esa sentencia de la Audiencia de Zaragoza al Sr. Peiré, Procurador de los Sres. Delmás, Noguera y consortes, quien en 22 del mismo mes de diciembre presentó ante la referida Sala de lo Civil escrito anunciando y preparando, a nombre de los demandados, recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal. Por auto del siguiente día 23 se ordenó se librase y entregase certificación de las sentencias de ambas instancias al recurrente, a los efectos interesados.

En 15 de enero de 1953 se ha librado la certificación mencionada. Y el día siguiente, 16 de enero, se emplaza a las partes por cuarenta días, para ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, con entrega al Procurador Peiré de la certificación que acompaña.

XII

En resumidas cuentas, en el presente pleito es objeto de discusión: el ejercicio de un supuesto derecho de retracto sobre un pasadizo procedente de la casa de la calle del Carmen, número 5, de Jaca. Es actora D.^a María Jiménez, titular de dicha casa número 5 de la calle del Carmen, que fue comprada en el año 1899, con exclusión de ese pasadizo que quedaba en poder del vendedor, Sr. Costa, dueño a la vez de la casa número 14 de la calle Mayor, a cuya utilidad serviría el pasadizo, con la condición de que si se enajenaba a tercero se daría derecho de retracto por un mes a favor de los dueños de la casa de la calle del Carmen, número 5.

El derecho de retracto se ejercita por D.^a María Jiménez, porque, en el año 1946, se vendió a los Sres. Delmás y Noguero (hoy recurrentes) la casa de la calle Mayor, número 14, descrita como comprendiendo acceso, entrada y salida por la calle del Carmen, es decir, pudiendo entenderse que al enajenar esta casa de Mayor, 14, se enajenaba a la vez, como incorporado en ella, el pasadizo procedente de la calle del Carmen, número 5.

MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACION

MOTIVO PRIMERO

Al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil; infracción de ley por haber habido error de hecho en la apreciación de la prueba, error que resulta de documento auténtico que demuestra la equivocación evidente del Juzgador.

El *documento auténtico* que se cita como demostrativo de ese error es la escritura pública de compraventa, fecha 4 de noviembre de 1946, autorizada en Alagón por el Notario de aquella residencia, D. Miguel López y Diego-Madrado, y otorgada entre D. Manuel y D. José Costa Astigarraga, como vendedores, y D. Francisco Delmás Torrecilla y D. Ismael Noguero Buil, como compradores, y mediante la cual se vende la casa número 14 de la calle Mayor, de Jaca. Este documento auténtico obra transcrito literalmente en la *adición al apuntamiento*.

En efecto, el fallo recurrido condena a los demandados a otorgar escritura pública de venta de paso o trozo sobre el piso de la casa número 5 de la calle del Carmen, de la ciudad de Jaca, de 5,71 metros de longitud, por 2,56 metros de latitud y 2,62 metros de altura, lindante por la derecha entrando, desde la calle del Carmen, con la casa que se vendió a D.^a María Jiménez; por la izquierda, con la de los herederos de D. Mariano Calvo, y por la espalda con la casa número 14 de la calle Mayor. Y esa condena de venta de ese trozo o paso de casa de la calle del Carmen se acuerda u ordena dando por supuesto, *de hecho*, que los demandados Sres. Delmás y Noguero han comprado la cosa objeto de la obligación a que se les condena al venderse por un precio conjunto de ciento cincuenta y tres mil pesetas la casa número 14 de la calle Mayor y el trozo que físicamente corresponde a la calle del Carmen, número cinco. (Véase el «considerando» sexto de la sentencia de primera instancia.) Se basa, pues, la condena principal en un hecho puesto por la sentencia al apreciar con error la prueba documental; error de hecho que resulta de la escritura de compraventa de 4 de noviembre de 1946, en la cual consta que lo que se vendió a los demandados, por precio de ciento cincuenta y tres mil pesetas, fue la casa sita en la calle Mayor, número 14, de 15 metros de latitud por 50 de longitud, aproximadamente; y si bien se dice que linda con la calle del Carmen, a la que tiene acceso y salida y entrada, no se expresa que se vendan conjuntamente la casa de la calle Mayor y el trozo que físicamente corresponde al número 5 de la calle del Carmen.

Este documento auténtico demuestra que solamente se comprendió, en la compraventa de 1946, *como cosa vendida*, la casa número 14 de la calle Mayor, con las

mismas dimensiones con que figura en la inscripción del Registro causada por su adquisición a favor de D. Laureano Costa en el año 1896 (véase la certificación del Registro que obra transcrita en la adición al apuntamiento), siquiera al señalar los linderos y confrontaciones se diga ahora que linda por la calle del Carmen, por donde tiene acceso y salida y entrada.

Este error de hecho es grave, porque sobre él se ha montado por el fallo la obligación de los demandados de vender a la actora una cosa -el paso o local en cuestión- que ellos no han adquirido, e imponiéndoles un acto de disposición para el cual no se hallan legitimados.

Si se entendiera que en la descripción de la casa número 14 de la calle Mayor que ahora se hace está implícita la incorporación de ese trozo o pasadizo de la calle del Carmen a la dicha casa de la calle Mayor, entonces se habría producido una transformación sustancial de la cosa, de suerte que habría dejado de ser parte de la casa número cinco de la calle del Carmen para convertirse en parte de la casa número catorce de la calle Mayor; pero entonces seguiría siendo errónea la apreciación de la prueba hecha por el Juzgador, ya que no podría hablarse de un trozo de terreno lindante por la espalda con la casa número catorce de la calle Mayor; porque no hay finca o trozo de finca que pueda lindar por ningún costado con ella misma. La dualidad de inmuebles es presupuesto ontológico de la colindancia. Y si se condena a los demandados a que vendan a D.^a María Jiménez un trozo o pasadizo de la casa número 14 de la calle Mayor que linda por espalda con la casa de la calle Mayor, se les condena a una obligación absurda y, por consiguiente, imposible.

Procede, pues, casar la sentencia recurrida por el error de hecho cometido en la apreciación de la prueba, que resulta del citado documento auténtico de 1946.

MOTIVO SEGUNDO

Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Infracción de ley, por violación, de los *artículos* 1.281 del Código civil, en su párrafo segundo, y 1.282, que disponen, acerca de la interpretación de los contratos, que si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas; y que, para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos coetáneos y posteriores al contrato.

El fallo recurrido viola este artículo al acoger una interpretación de la cláusula novena del contrato de 18 de octubre de 1899, contraria a la intención evidente de los contratantes. Tal cláusula dice así:

«Que llegado el caso de enajenarse el trozo reservado para paso, a un tercero, no podrá hacerse tal venta por el Sr. Costa, o sus herederos, sino con la precisa condición de reservar en favor de los que entonces sean dueños de la casa que ahora se transfiere (Carmen, numero 5) el derecho de retracto por espacio de un mes a contar... »

El fallo recurrido, al dar lugar al derecho de retracto, interpreta esa cláusula en el sentido de que siempre, en todo caso que se enajene el trozo reservado, aunque se

enajene unido a la casa número 14 de la calle Mayor, para cuyo servicio se ha reservado, se producirá ese derecho de retracto a favor de quien sea dueño de la casa número 5 de la calle del Carmen. Esta interpretación prescinde de la intención evidente de los contratantes, que no fue otra que prever la posibilidad de reunir en una sola mano la propiedad de la casa número 5 de la calle del Carmen y la propiedad del trozo o pasadizo segregado, cuando la separación de este trozo hubiera perdido su razón de ser al haber dejado de depender de la casa número 14 de la calle Mayor, para cuyo servicio se había reservado. Pues bien, esta falta de justificación de seguir segregado, que determinaba la preferencia de reincorporarse el trozo a la finca matriz, no ocurriría cuando el trozo se enajenase conjuntamente con el predio dominante y beneficiario del paso, es decir, con la casa número 14 de la calle Mayor.

Al pactar este derecho de tanteo y retracto a favor de la propiedad de la casa número 5 de la calle del Carmen, en rigor se establecía un orden o gradación de preferencias de situaciones determinado por motivaciones serias, por razones lógicas. El paso o trozo de la finca número 5 de la calle del Carmen que se reservaba el Sr. Costa -dueño ya entonces de la casa número 14 de la calle Mayor- seguiría segregado de la finca de su procedencia en tanto en cuanto fuera destinado a servir como paso, entrada y salida, a la casa número 14 de la calle Mayor, lo cual ocurrirá en tanto la propiedad de ésta y del pasadizo se encuentre en una misma mano, sea el Sr. Costa *o los que le sucedan* en el dominio de la casa número 14 de la calle Mayor (cláusula quinta) *o sus habientes derecho* (cláusula sexta). Cuando ese trozo o pasadizo fuera *arrendado (por separado de Mayor, 14)*, según la cláusula octava, *o vendido o enajenado* (también por separado de Mayor, 14), según las cláusulas octava y novena, entonces el motivo de estar segregado -servir, beneficiar, prestar una ventaja a la casa de Mayor, 14-- habría desaparecido y el derecho de disponer sobre él cedería al mejor y preferente derecho de reincorporarse el trozo a la totalidad de la finca del Carmen, número 5, de donde se había desglosado.

Obsérvese, pues, en la cláusula novena en cuestión, y en la cláusula octava que le precede y completa, que la intención de las partes es aceptar una *causa adicional o motivo* del pacto, de establecer y asegurar un paso, entrada y salida, a la casa número 14 de la calle Mayor, a través de la casa número 5 de la calle del Carmen, *no en consideración personal y subjetiva* de D. Laureano y de sus descendientes, *no "intuitu personae"*, sino en consideración *real y objetiva* de la finalidad perseguida de favorecer a la casa de Mayor, número 14, sin contemplación de quien fuera su dueño, ya el Sr. Costa, ya sus descendientes, o los que le sucedan en el dominio de la casa, o sus habientes derecho. Y claro es que esta finalidad preferente ha de subsistir cuando el arriendo o enajenación que se haga del trozo o pasadizo discutido se haga conjuntamente con la casa número 14 de la calle Mayor, y no separadamente. La enajenación separada implicaría la renuncia de las ventajas o beneficios, y el recobro en la propiedad de la casa del Carmen, número 5, de la vocación a la unificación del dominio, por haber cesado la razón a la que se sacrificaba la división material, la segregación. Hay, pues, en la intención de los contratantes el designio de crear un derecho de tipo *subjetivamente real*, en que los sujetos activos y pasivos no lo son Ticio o Mevio, sino la casa de la calle del Carmen, número 5, y la casa número 14 de la calle Mayor. Y por ello, cuando en la cláusula novena se habla de enajenar *a un tercero*, la intención es la de que sea alguien distinto del propietario de cada una de esas casas. Pues bien, si se venden conjuntamente la casa número 14 de la calle Mayor y el paso de la calle del Carmen, en rigor no hay enajenación de este paso a tercero, porque se

enajena a favor del propietario de la casa de la calle Mayor, quien *se subroga* en cuantos derechos tenía el anterior propietario (por ser su habiente derecho), y entre ellos el de mantener el pasadizo, segregado de la propiedad de la casa de la calle del Carmen, número 5, al servicio y beneficio de la casa de la calle Mayor, supuesto previsto como preferente al derecho de reincorporación a la casa de la calle del Carmen.

Actos coetáneos de los contratantes que demuestran ser ésta la intención que les movió, son todos los que se desprenden del clausulado de la reserva del paso, en la propia escritura de 18 de octubre de 1899, no sólo como cláusulas de un mismo contrato que han de interpretarse unas por otras, sino, además, porque indican que con las prevenciones que tomaban sobre el *destino* del paso, este quedaba vinculado al servicio de la casa de la calle Mayor.

Actos posteriores: el *haber estado arrendado el paso*, durante mucho tiempo, a personas distintas del Sr. Costa y de sus descendientes, estándolo incluso en la actualidad, a favor de los «Almacenes San Pedro, S. A.», cual consta en la escritura de compraventa de 1946. Y esto a ciencia y paciencia de D.^a María Jiménez, residente en la pequeña ciudad de Jaca. Esta respetaba el arriendo del paso porque era conjunto con el arriendo de la tienda de la casa número 14 de la calle Mayor, para cuyo servicio se destinaba; y nunca se le ocurrió, en los cincuenta años transcurridos desde 1899, invocar la cláusula octava del contrato a pretexto de que el paso se había arrendado, porque sabía bien que la intención de los contratantes había sido crear el derecho de retracto para el caso de un arrendamiento del paso *independiente* de los arriendos de la casa número 14 de la calle Mayor. Pues la misma situación de independencia en el arriendo ha de exigirse en la venta para que nazca ese derecho a retraer y a que cese la vinculación del paso a la casa de Mayor número 14.

El fallo recurrido, al prescindir de esta intención de los contratantes y al hacer caso omiso de los actos coetáneos y posteriores a que ha debido atender, viola el artículo 1.281, en su segundo párrafo, y el artículo 1.282, ambos del Código civil, produciendo la infracción de ley denunciada en el presente «motivo».

MOTIVO TERCERO

Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Infracción, por violación y aplicación indebida, del artículo 1.285 del Código civil, según el cual las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido de que resulte del conjunto de todas.

La sentencia recurrida, al atribuir a la cláusula novena del contrato de 18 de octubre de 1899 el sentido de que el derecho de retracto sobre el pasadizo era de aplicación aun cuando el pasadizo se enajenase unido a la casa número 14 de la calle Mayor, viola y aplica indebidamente ese precepto legal del artículo 1.285 del Código civil; por cuanto no interpreta las cláusulas del contrato unas por otras ni atribuye a las dudosas el sentido que resulta del conjunto de todas.

En efecto, en el párrafo del contrato que precede al epígrafe «Condiciones», al reservarse el Sr. Costa el trozo de piso firme de la casa que se enajena, lo hace para sí y

sus legítimos sucesores, para entrar y salir, con mercancías o sin ellas, a su casa número catorce de la calle Mayor. En la cláusula quinta se habla del Sr. Costa y *de los que le sucedan en el dominio* de la casa número catorce de la calle Mayor. En la cláusula sexta, el Sr. Costa o *sus habientes derecho*. En la cláusula octava, «que si algún día el Sr. Costa o sus descendientes, o *quien en derecho haya*, tratase de arrendar o vender el trozo de terreno que constituye *el paso*, sobre que se contrata, se ha de ofrecer antes, etc.». La cláusula novena habla de enajenar a *un tercero*. En la cláusula undécima, «entendiéndose que el *paso* tantas veces nombrado ha de quedar en condiciones de seguridad para su tránsito con carro, a cuyo fin la adquirente se compromete a construir por su cuenta y riesgo, con toda la solidez necesaria, en el número de días que para dichas obras se requiera, procurando que el nivel del paso ocupe un plano perfectamente horizontal, sin grada o peldaño alguno, tal cual hoy resulta, y se abrirá ventana de luz o respiradero para la bodega, al igual de la acera de la calle del Carmen, quedando siempre expedita la entrada y salida del repetido paso».

Es decir, que interpretando unas cláusulas por otras y atribuyendo a las dudosas el sentido que resulta del conjunto de todas -que es lo que preceptúa el artículo 1.285 del Código civil- se llega a la conclusión de que la reserva del paso a favor de la propiedad de la casa de la calle Mayor, no lo fue en consideración a la persona del Sr. Costa, sino en consideración al servicio que con el paso se prestaba a la casa de la calle Mayor, 14, fuera el Sr. Costa o quien hubiere su derecho; y, por consiguiente, la venta de ese paso, determinante del derecho de retracto a favor del propietario de la casa número 5 de la calle del Carmen, sólo tendría esa eficacia si se vendía el paso separadamente de la casa a cuya comodidad había quedado vinculado, pues otra cosa implicaría establecer una utilidad personalísima del Sr. Costa y no la utilidad objetiva de los derechohabientes de la casa Mayor, 14, lo cual pugna con el sentido de las cláusulas contractuales, interpretadas unas por otras y en su conjunto.

MOTIVO CUARTO

Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Infracción, por violación, del artículo 1.407 del Código civil y del artículo 48 del Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral aragonés; en cuanto el primero, dispone que se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer; y el segundo, preceptúa que normalmente tienen la consideración de comunes de la sociedad conyugal los bienes raíces inmuebles o sitios adquiridos por título oneroso durante la subsistencia del matrimonio, aunque la adquisición se haga a nombre de uno de los cónyuges, y por presunción legal cualesquiera bienes cuya pertenencia exclusiva al marido o a la mujer no esté suficientemente comprobada.

D.^a María Jiménez Pérez ejercita el derecho de retracto sobre el pasadizo de la casa de la calle del Carmen, número 5, por haberse atribuido ese derecho, en la escritura de 18 de octubre de 1899, a favor de quienes sean dueños de la casa dicha. Pues bien, aunque la casa se compró a nombre de D.^a María Jiménez, casada a la sazón con D. Eugenio García Fuentes, y así se inscribió, es lo cierto que por cualquiera de los citados preceptos, la casa de Carmen, 5, habría de reputarse bienes gananciales o comunes de la

sociedad conyugal García-Jiménez; y este mismo carácter habría de tener el derecho de retracto inherente a la propiedad de la casa.

Fallecido el marido, o sea, D. Eugenio García Fuentes, en el año 1933 (pregunta 6.^a de la prueba testifical de la parte actora), es evidente que D.^a María Jiménez se hallaba en estado de viuda al ejercitar la acción en el año 1950, sin que conste que hubiese sido liquidada la sociedad conyugal, ni mucho menos que, en tal liquidación, se hubiese adjudicado en pleno dominio la totalidad de la finca de Carmen, número 5, a D.^a María Jiménez. Caricia, pues, ésta de *legitimación activa* para ejercitar una acción que pertenecía a la masa de la sociedad conyugal, pendiente de atribuir a la cónyuge superviviente o a los herederos.

No se diga que el derecho de D.^a María Jiménez sobre la casa número 5 de la calle del Carmen, y sobre la acción de retracto del pasadizo, está reconocido en escritura pública a favor de dicha señora, nominalmente, por el *tradens* de los demandados y figura a su nombre en el Registro de la Propiedad. En cuanto a lo primero, no es cierto tal reconocimiento, toda vez que la cláusula novena de la escritura de 1899 atribuye el retracto a quien entonces -cuando se verifique la enajenación- sea propietario de la casa, innominadamente. Y en cuanto a lo segundo, la persistencia de la inscripción en el Registro, a favor de D.^a María Jiménez, no le concede más legitimación que la que resulta de los propios términos del asiento, en el que aparece la compraventa como adquisición a título oneroso a favor de un cónyuge, constante el matrimonio, por lo cual mientras no trascienda al Registro un título de liquidación de la sociedad conyugal y adjudicación de la finca a D.^a María Jiménez, ésta carece de legitimación para ejercitar un derecho que, según el Registro, forma parte de esa masa común o ganancial.

No se objete tampoco que, conforme a los artículos 53 y 54 del Apéndice Foral aragonés, nos encontramos en presencia de una *sociedad conyugal continuada*, en la cual el cónyuge sobreviviente representará en juicio y fuera de él a la sociedad continuada, estando facultado el sobreviviente para ejercitar las acciones radicadas en la sucesión del difunto consorte. En primer término, D.^a María Giménez *viene accionando en este pleito por sí, individualmente, y no invocando ni alegando representación de sociedad conyugal continuada ni de herencia de nadie*. No ejercita derechos para una masa, sociedad o comunidad, sino para ella sola, nominal e individualmente considerada. Pero, en segundo término, no está demostrado que a la sociedad conyugal García Fuentes- Jiménez Pérez fuese aplicable el régimen foral aragonés, toda vez que el marido no era aragonés ni consta que hubiese ganado vecindad civil aragonesa al contraer matrimonio, por lo cual éste tuvo que ser contraído bajo el régimen del Código civil, régimen invariable, aunque después se ganase tal vecindad por los cónyuges, en virtud de los principios ortodoxos que resuelven el llamado *conflicto móvil*, en Derecho internacional privado (e interregional) y en Derecho inter temporal.

Al desatender todas estas consideraciones y reconocer legitimación activa a la actora, la sentencia infringe, por violación, los preceptos legales citados, bien sea el del Código civil, si entendemos (y así lo creemos) aplicable el régimen matrimonial de este cuerpo legal, bien sea el del Apéndice Foral si, contraviniendo las reglas de Derecho interregional e intertemporal se reputase de preferente aplicación el Derecho civil aragonés al matrimonio García- Jiménez.

MOTIVO QUINTO

Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Infracción, violación por inaplicación del artículo 1.618, números 2.º y 5.º, de la Ley de Enjuiciamiento civil, que dispone que para que pueda darse curso a las demandas de *retracto* se requiese *que se consigne* el precio si es conocido, o, si no fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea. En relación con los artículos 1.518 y 1.525 del Código civil.

La sentencia recurrida ha violado este precepto legal, por no haberlo aplicado al caso, a pesar de tratarse del ejercicio de una acción de retracto. Ciertamente que el género de proceso elegido por la actora no fue el llamado juicio *especial* de retracto, sino el juicio *ordinario*. Pero es indudable que el requisito de fianza o consignación del precio, impuesto por el artículo 1.618 de la Ley de Enjuiciamiento civil, no es un rito o una prevención meramente procesal, sino un requisito de índole *material* en el ejercicio de una acción que, como la del retracto, lleva aparejada la simultánea prestación del precio. Es indispensable que en el breve término concedido para retraer (cualquiera que sea el origen del derecho que se ejercite) quede comprobada la seriedad del propósito del actor, mediante la justificación de su solvencia económica. En otro caso, los drásticos efectos resolutorios del retracto se producirían sobre el comprador sin garantía alguna de los correlativos derechos al reembolso de precio y gastos.

Que nos encontramos en presencia de una acción de retracto es incuestionable. De *tanteo y retracto* se habla en el contrato del año 1899. Y la actora, al modificar la súplica en el escrito de réplica, no hace otra cosa que acomodar su pedimento a los términos de la acción de retracto y a sus efectos legales. Pero, independientemente de la denominación que las partes le den, de la *edictio actionis*; y, por tanto, al margen también de lo que el juzgador califique, la realidad es que la actora se ha dirigido contra unos compradores de una cosa, formulando la pretensión de que se declare un *derecho a retraer* y se condene a los demandados a otorgar escritura de *compraventa*. Si esto no es ejercitar una *acción de retracto* no sabemos en qué otra institución jurídico-civil puede ser encuadrado.

MOTIVO SEXTO

Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de La Ley de Enjuiciamiento civil.

Infracción, por violación del artículo 1.508 del Código civil, en cuanto dispone que el plazo para el ejercicio del derecho convencional no podrá exceder de diez años, y que a falta de plazo expreso durara cuatro años.

La sentencia infringe, por violación, dicho precepto, en cuanto concede validez al derecho de tanteo y retracto pactado *sine die* en el año 1899 y ejercitado con referencia al año 1950.

No se oculta al recurrente que la situación del artículo 1.508, en el Código civil, a continuación de una definición de *retracto convencional* en la que no encaja literalmente nuestro caso, dificulta la aplicación del precepto, si se procede con un

mezquino y estrecho espíritu exegético. Pero téngase en cuenta que en la escritura de 18 de octubre de 1899 se pactó un tanteo y un retracto que forzosamente eran *convencionales*, puesto que no eran legales, sino nacidos de la voluntad de los *contratantes*; y téngase en cuenta que concurre en este caso la misma *ratio legis* para limitar el tiempo durante el cual la propiedad está sujeta a un gravamen del mismo tipo - tanteo y retracto- con igual incertidumbre e inseguridad que cuando es el vendedor quien se reserva el derecho de retraer. El régimen jurídico vigente, para la propiedad inmobiliaria, repugna los pactos revocatorios y resolutorios, y es incompatible con la indeterminación de la duración de los gravámenes reales de este tipo. Por eso, los retractos legales tienen plazos brevísimos; y cuando el derecho de retracto se crea por la voluntad de los contratantes, no puede exceder de diez años de duración. Permitir que en el año 1950 opere una previsión de tanteo y retracto pactada en el año 1899, es tanto como desdeñar olímpicamente esos principios protectores de la seguridad del tráfico inmobiliario cuya aplicación no puede quedar a merced de cláusulas indeterminadas en los contratos. La norma de *interpretación restrictiva* que preside la materia de gravámenes (véase la sentencia de 13 de marzo de 1952 y las que en ella se citan), obliga a proceder con la natural cautela en esta esfera del Derecho privado con trascendencia al interés público. Mantener la eficacia de plazos superiores a los de la prescripción extraordinaria, en el momento en que el siglo xx llega a su cenit, sería tanto como sacrificar a un injustificado fetichismo el sentido dinámico que nuestra generación advierte en la vida del Derecho como conquista insoslayable.

MOTIVO SEPTIMO

Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Infracción, por violación, del artículo 13 de la vigente Ley Hipotecaria, según el cual los derechos reales limitativos, los de garantía y, en general, cualquier carga o limitación del dominio o de los derechos reales, para que surtan efectos contra terceros deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan.

La sentencia recurrida incide en violación de este precepto legal en cuanto reconoce y hace surtir efecto, con respecto a la finca número 611 del Registro, casa en la calle Mayor, número 14, de una carga o limitación del dominio que no consta en la inscripción de la finca, cual es el derecho de retracto del pasadizo a favor de la propiedad de la casa número 5 de la calle del Carmen.

Supuesto que la descripción actual de la finca de la calle Mayor, número 14, con confrontación con la calle del Carmen, por donde tiene su acceso, entrada y salida, implica la incorporación del trozo de piso o pasadizo a dicho inmueble; y supuesto que por haber comprado los demandados la finca así descrita y compuesta, se les obliga a segregar de ella ese trozo y a venderlo a la actora por el precio que la sentencia señala, revelase así para los demandados, cuyo carácter de *terceros* es innegable, la existencia de una carga, gravamen o limitación -el derecho de tanteo o retracto- del dominio de la casa Mayor, número 14, que no consta en la inscripción de la misma.

Los demandados lo que compraban era la casa de la calle Mayor, número 14, tal como se describe en la inscripción de la finca número 611 del Registro de la Propiedad, en la forma determinada en un asiento amparado por el artículo 38 de la Ley

Hipotecaria. En ella se hace constar que linda la finca con la calle del Carmen. Pero no figura para nada la existencia del gravamen que ahora se quiere actualizar, consistente en la obligación de segregar el trozo de paso a la calle del Carmen y de venderlo a la propietaria de la casa número 5 de la calle del Carmen.

Si se pretende justificar la publicidad de ese gravamen con la mención que del mismo se hace en la inscripción de la casa número 5 de la calle del Carmen, *finca número 1.231* del Registro; nótese que se trata de un inmueble distinto, y que los compradores no tienen obligación de examinar más inscripciones que las de la *finca número 611*, que es la que adquirirían. Si por haber adquirido esta finca se les condena a acceder al derecho de retracto ejercitado de contrario, es claro que se infringe y se viola con ello el precepto legal del citado artículo 13 de la Ley Hipotecaria, que niega valor a los gravámenes no patentes en el predio sirviente.

En méritos de lo expuesto

SUPLICO A LA SALA que, admitiendo este escrito con los documentos que lo acompañan, y sus copias, se digne:

- tener por formalizado, a nombre de mis representados, el recurso de casación por infracción de ley y doctrina legal de que se ha hecho mérito, contra la sentencia dictada en 12 de diciembre de 1952 por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza en el pleito de que se viene hablando:

- acordar su sustanciación por los trámites legales;

- y, en suma, dictar sentencia por la que, estimando este recurso, se case y anule la sentencia recurrida, dejándola sin efecto, y en su lugar se dicte otra desestimatoria de la demanda y absolviendo a los demandados así de la súplica de la demanda como de la que se contiene en el escrito de réplica; todo ello con condena en costas a la actora.

OTROSI: Acompaño al presente escrito los siguientes documentos:

- 1) Poder que acredita la representación del Procurador.
- 2) La certificación de las sentencias de ambas instancias.
- 3) El documento en que se justifica haber hecho el depósito prevenido en los artículos 1.698 y 1.699 de la Ley de Enjuiciamiento civil.
- 4) Copias del escrito.

SUPLICO A LA SALA se digne tener por presentados dichos anexos.

OTROSI 2.º: A los efectos de acreditar ante la Audiencia haber formalizado este recurso dentro de plazo legal, intereso se expida y se me entregue testimonio justificativo de este extremo, a los efectos del artículo 1.721 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

SUPLICO A LA SALA se digne acordarlo así.

Madrid, 3 de marzo de 1953.