

## STS de 25 de febrero de 1866

En la villa y corte de Madrid, a 23 de febrero de 1866, en los autos que en el Juzgado de primera instancia de Bilbao y en la Sala primera de la Real Audiencia de Burgos ha seguido D. Manuel Antonio de Zubiaga con D. Mariano de Arana, sobre retracto de la casería titulada Iturrieta; los cuales penden ante Nos en virtud del recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia que en 24 de febrero de 1865 dictó la referida Sala:

Resultando que en 19 de junio de 1863 acudió al referido Juzgado Doña María del Carmen Cotina, apoderada de D. Gerardo Zubiaga, dueño de la citada casería, pidiendo que se diesen los llamamientos prevenidos por la ley del fuero en tres domingos consecutivos para que pudiera enajenarse la misma sin vicio alguno de nulidad, y que estimado así tuvieron lugar en los días 21 y 28 de junio y 5 de julio, sin que se hiciera reclamación alguna:

Resultando que la misma Doña María en el indicado concepto pidió también que se le admitiese información de que la citada casa pertenecía en posesión y propiedad al D. Gerardo por herencia de sus padres D. Francisco Antonio de Zubiaga y Doña María Josefa Múgica, que la aportaron a su matrimonio según capitulaciones; y que admitida y dada dicha información con audiencia del Procurador Síndico, se hizo la oportuna inscripción en el Registro de la Propiedad con fecha 7 de agosto de dicho año de 1863:

Resultando que en 17 del mismo mes la Doña María otorgó escritura de venta de la expresada casería de Iturrieta a favor de D. Mariano de Arana por precio de 10.000 rs. que el D. Gerardo tenía ya recibidos, insertándose las diligencias de que ha hecho mención:

Resultando que en 27 de octubre, a nombre y con poder de D. Manuel Antonio de Zubiaga, ausente en la Habana, se entabló demanda de retracto consignando la cantidad de 40,000 rs. y pidiendo que se le entregase la casería, para lo cual alegó que era el pariente tronquero más próximo del vendedor D. Gerardo, como constituido en tercer grado de consanguinidad; que estaba dentro del término para retraer, tanto según la legislación foral como con arreglo a la ley de Enjuiciamiento civil, y señaladamente en conformidad al art. 675, que además de los nueve días abona uno por cada 10 leguas que diste el pueblo de la residencia del retrayente del en que se hubiese otorgado la escritura de venta, y que juraba que quería la finca para sí, comprometiéndose a conservarla a lo menos dos años:

Resultando que D. Mariano de Arana impugnó la pretensión de Zubiaga solicitando que se desestimara con costas; porque la casería de Iturrieta no era susceptible de la acción deducida, ni aunque lo fuese, mediaban las circunstancias necesarias para ser retraída, en atención a que no procedía de abolengo como exigía la

ley, ni perteneció jamás a D. Manuel Zubiaga, ascendiente común o bisabuelo del vendedor y del retrayente; sino que la construyó D. Antonio, abuelo del D. Gerardo, en el cual se crearon los derechos de troncalidad, tanteo o retracto y del cual no era descendiente el demandante, a lo que se agregaba que el parentesco de éste con el vendedor era en el sexto grado civil y tercero canónico, y que la venta estaba hecha con todas las formalidades requeridas por el fuero, y no habiéndose hecho oposición durante los llamamientos, no podía rescindirse el contrato por más que Zubiaga estuviera ausente, porque el fuero nada concedía a la ausencia ni la tomaba en consideración:

Resultando que recibido el pleito a prueba; practicadas las que el actor articuló, y habiendo presentado él mismo un escrito de ampliación, citando dos ejecutorias, la una de la Chancillería de Valladolid en 1783, y la otra de la Audiencia de Burgos en 1862, en las cuales dice que se declaró que según la legislación foral de Vizcaya, la computación de grados debe ser la canónica, el Juez de Bilbao dictó sentencia en 21 de septiembre de 1864, que confirmó la Sala primera de la Audiencia de Burgos por la suya de 24 de febrero de 1865, absolviendo a Arana de la demanda y mandando devolver a Zubiaga los 40,000 rs. que había consignado en la Caja de Depósitos:

Resultando que contra este fallo interpuso el demandante recurso de casación, porque en su concepto se habían infringido las leyes 16, título 20; 24, título 11, y 19, título 20 del Fuero de Vizcaya, en las que dice establecerse que la raíz comprada es de la misma condición que la heredada; que en los casos que no haya ley foral se guarden las del reino, y que la computación canónica es la que rige en negocios de troncalidad: el artículo 675 de la ley de Enjuiciamiento civil, y la doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales en las referidas sentencias de 1783 y 1862, en que se declaraba la computación canónica como única aceptable en la aplicación del Fuero de Vizcaya;

Y resultando que en este Supremo Tribunal ha expuesto que también se han infringido las doctrinas consignadas en sentencias del mismo de 2 de marzo de 1861 y 28 de junio de 1862; la regla 36, título 34 de la Partida 7.<sup>a</sup>, combinada con la sentencia referida del año 1862; el principio de que se reputan bienes patrimoniales los heredados de los padres, y la ley 1.<sup>a</sup>, título 13, libro 10 de la Novísima Recopilación:

Vistos, siendo Ponente el Ministro D. Gabriel Ceruelo de Velasco:

Considerando que si bien la demanda promovida en estos autos se ha interpuesto con arreglo a las disposiciones que para el retracto gentilicio prescribe el artículo 671 de la ley de Enjuiciamiento civil, el recurrente funda el derecho que pretende tener para retraer la casería de Iturrieta de Zubiaga, tanto en lo que sobre esta materia se halla establecido en la legislación foral de Vizcaya como en la general del reino:

Considerando que para que pueda tener lugar, según dicha legislación especial, el derecho de tanteo que la misma concede a los parientes dentro de cierto grado para ser preferidos en la venta de bienes raíces, es indispensable no sólo que la finca que se trate

de vender tenga el carácter o cualidad de troncal, sino que además en los casos en que, como en el de este litigio, se han observado las formalidades prevenidas en la ley 1.<sup>a</sup>, título 17 del Fuero, ha de presentarse el pariente durante los tres llamamientos, de que se habla, haciendo oposición y manifestando que quiere haber aquella finca como tal pariente, pues de lo contrario, el dueño la puede vender en adelante a quien quisiere, sin que ningún pariente la pueda demandar al comprador por vía ni manera alguna, conforme dispone la ley 2.<sup>a</sup> del mismo tít. 17:

Considerando que la casería de Iturrieta de Zubiaga nunca ha pertenecido al tronco común de los litigantes, y que por lo tanto no concurre en ella el requisito de la troncalidad, que sería necesario para la preferencia que el recurrente pretende, y que por otra parte, no habiendo cumplido con lo que en las citadas leyes se previene, no tendría ya derecho para demandar la finca al comprador:

Considerando que aun cuando por falta de disposición foral hubiera de acudir a las que respecto a esta materia se hallan consignadas en las leyes generales del reino, es necesario para que proceda el retracto gentilicio que la heredad o finca sea de patrimonio o abolengo del vendedor, y que el retrayente sea también de aquel patrimonio o abolengo, según le prescriben las leyes 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>, título 13, libro 10 de la Novísima Recopilación, cuya última circunstancia no concurre en el presente caso en el recurrente:

Y considerando, por todo lo expuesto, que la ejecutoria que absuelve a D. Mariano Arana de la demanda promovida por D. Manuel Antonio de Zubiaga, no ha infringido la ley 16, tít. 20 del Fuero de Vizcaya, ni la 1.<sup>a</sup>, título 13, libro 10 de la Novísima Recopilación, ya referida, y que las demás citas que se hacen no tienen aplicación oportuna a la cuestión objeto de estos autos;

### **FALLAMOS**

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el expresado D. Manuel Antonio de Zubiaga, a quien condenamos en las costas y a la pérdida de los 4,000 rs. depositados, que se distribuirán en la forma prevenida por la ley; y devuélvase los autos a la Audiencia de Burgos con la correspondiente certificación:

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Gaceta e insertará en la Colección legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.— José Portilla.— Gabriel Ceruelo de Velasco.— Ventura de Colsa y Pando.— José María Cáceres.— Laureano de Arrieta.— Valentín Garralda.— Rafael de Liminiana.

Publicación.— Leída y publicada fue la sentencia anterior por el Ilustrísimo Sr. D. Gabriel Ceruelo de Velasco, Ministro del Tribunal Supremo de Justicia, estándose celebrando audiencia pública en la Sección primera de la Sala primera del mismo hoy

día de la fecha, de que certifico como Secretario de S.M. y su Escribano de Cámara.

Madrid, 23 de febrero de 1866.– Dionisio Antonio de Puga.– (Gaceta de 1.º de marzo de 1866.)