

## IV. ADMINISTRACION DE JUSTICIA

### TRIBUNAL SUPREMO

#### SALA PRIMERA

##### Sentencias

En la villa de Madrid a 2 de noviembre de 1960; en los autos de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Aoiz y ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, por doña Lucía Ederra Mayo, viuda, y doña Victoria Ederra Esparza, casada y asistida de su esposo, don José Garcés, ambas mayores de edad, sin profesión especial y vecinas de Isaba, en virtud de recurso de casación por infracción de Ley, interpuesto por la representación de ambas demandantes, representadas por el Procurador don Rafael Solórzano Arbex y defendidas por el Letrado don Rafael Aizpún Santafé; estando el demandado y recurrido, don Juan Ederra Mayo, representado, ante este Tribunal Supremo, por el Procurador don Manuel Ayuso Tejerizo y defendido por el Letrado don Luis López Romero; y en el acto de la vista, don Martín Galán;

**RESULTANDO** que mediante escrito presentado en el Juzgado de Primera Instancia de Aoiz, con fecha 29 de octubre de 1953, el Procurador don Arturo Iruretagoyena Horcada, a nombre de doña Lucía Ederra Mayo y doña Victoria Ederra Esparza, formuló demanda, en juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, contra don Juan y doña Sotera Ederra Mayo, que basó sustancialmente en los siguientes hechos:

Primero. Que para el matrimonio que contrajeron don Felipe Santiago Ederra Surio y doña Francisca Javiera Drona Martín se extendieron contratos matrimoniales, en 24 de octubre de 1849, en papel privado y ante los testigos don Galo Melchor Algarra y don Joaquín Marco, presbíteros y beneficiados de Isaba; que en esos contratos matrimoniales y su capítulo sexto aparecía: «don Juan Ederra y María Gregoria Surio, en atención a que su hijo don Felipe Santiago contrajo matrimonio con doña Francisca Javiera Drona, con su entero beneplácito y consentimiento, ya también por el amor que le profesaban, desde aquella fecha y para después de sus días y no antes, le hicieron donación de todos sus bienes habidos y por haber de su casa, raíces y muebles, ganados mayores y menores y demás de la propiedad de los donantes; en la cláusula novena se pactó: «Los hijos que se procrearen de dicho matrimonio de doña Francisca Javiera y su esposo, don Felipe Santiago Ederra, habiendo de heredar los bienes conados y de sus padres, a voluntad de los mismos y del sobreviviente, y caso de haber los dos fallecido, sin hacer aquella diligencia, quedaban autorizados dos varones parientes consanguíneos más próximos y de más edad para nombrar por heredero a uno de los hijos e hijas y de hacer a los demás sus legítimas con igualdad o desigualdad, entrando, en caso de discordia, el Párroco que fué de la Parroquia de Isaba, debiendo surtir efecto lo

que la mayoría determinara, sin dar lugar a pleitos ni litigios, y sin que por ello se pudiera entender llamamiento riguroso, pues los padres habían de quedar libres para disponer de sus bienes a su arbitrio y voluntad»; en la cláusula 10 de dichos contratos matrimoniales constaba: «Fueron conformes las partes que si se disolviese el matrimonio de los referidos doña Francisca Javiera Drona y su esposo, don Felipe Santiago Ederra, por muerte de este último, dejando sucesión, se reservaban los donantes para permiso a la viuda, para repetir uno o más matrimonios a la ya donada, sin perder el usufructo legal y foral, y de dar también las ventajas que tuvieran por conveniente en favor del segundo o más matrimonios, y a falta de donadores, entraron dos varones parientes consanguíneos más próximos y más antiguos de la línea del difunto a practicar esa diligencia de dar licencia o no; pero verificada ya la repetición de matrimonio o matrimonios con la licencia expresada, entonces determinarán los parientes expresados, y el Párroco en caso de discordia, para deliberar y determinar del modo de atender a la sucesión que de ello resultare, debiendo ser herederos de los bienes del primer matrimonio»; que el referido matrimonio de doña Francisca Javiera Drona y don Felipe Santiago Ederra tuvo tres hijos, llamados Juan Ramón, Francisco Dionisia y Juan Félix, que a la muerte del padre quedaron de corta edad.

Segundo. Que facultada dicha doña Francisca Javiera para contraer nuevo matrimonio con don Adrián Esandi Anaut, según constaba de la escritura otorgada en Roncal a 21 de marzo de 1879, ante el Notario don José María Puyol y Aranguiz—documento número 1—; y la licencia concedida a doña Francisca Javiera Drona para contraer dicho matrimonio constaba también en la escritura otorgada en Isaba a 29 de diciembre de 1865—documento número 2—: que de la primera de dichas escrituras aparecía: «Facultada como así lo está, doña Francisca Javiera para hacer nombramiento de heredero de los bienes del premuerto, su primer esposo, don Felipe Santiago Ederra, entre sus tres hijos, Juan Ramón, Dionisia y Juan Félix Ederra Drona, y autorizada al mismo tiempo por su esposo, con la licencia marital necesaria... dice: Que nombra por heredero universal de todos sus bienes pertenecientes a la donación propios del finado su primer esposo, Felipe Santiago Ederra Surio, a su hijo Juan Ramón Ederra Drona, que lo es de la propiedad, desde luego, y del usufructo, para después de los días de la misma, pudiendo hacer de ellos el uso que les acomodara para cuando quede dueño absoluto de ellos en pleno dominio»; que de la propia escritura aparece que don Juan Ramón Ederra Drona, después de aceptar el nombramiento de heredero, declara que: «Da facultad a sus padres legítima y política para que sean dueños absolutos de disponer y mandar en la casa y bienes donados, tanto la una como el otro, mientras vivan, y si llega a contrer matrimonio don Juan Ramón Ederra, para que puedan reservarse en los contratos matrimoniales que al efecto han de otorgarse aquello que tengan por conveniente para entrambos y en la forma que mejor les acomode, y si llega a fallecer, en estado de soltero o casándose, sin dejar sucesión, todos los bienes que hoy hereda y los que

en adelante pueda adquirir quedaron a favor de doña Francisca Javiera y don Adrián Esandi, todo lo que será estipulado en los citados contratos matrimoniales, caso de contraer matrimonio doña Francisca Javiera Drona y su esposo... es su voluntad que cuando dejen de existir los herede su hijo don Juan Ramón Ederra Drona, bien se halle en estado de casado o de soltero, para que de ellos haga el uso que mejor se acomodare, como de su propiedad y pleno dominio, adquiridos con justo y legítimo título, cuya disposición se describirá en los contratos matrimoniales que han de otorgarse si dicho don Juan Ramón llega a contraer matrimonio...».

Tercero. Que don Juan Ramón Ederra casó con doña Micaela o Miguela Mayo—documento número 3—, de cuyo matrimonio tuvieron cinco hijos, llamados Lucía, Teodoro, Juan, Adrián y Sotera, acompañando certificaciones del Registro Civil—documentos números 4, 5, 6, 7 y 8—; que don Juan Ramón Ederra falleció el día 14 de diciembre de 1886, después de haber otorgado testamento el mismo día de su defunción ante don Bartolomé Gofí, Presbítero, Cura Económico de la Parroquia de San Cipriano de Isaba—documentos números 9 y 10—, y del que aparecía: «Yo, Juan Ramón Ederra y Drona deseo y dispongo: Primero, que mis deudas sean satisfechas; segundo, es mi voluntad que si tengo algún derecho, sea heredera de este derecho mi esposa, doña Micaela Mayo, y después mi hijo mayor, don Adrián Ederra; y si falleciere el citado Adrián Ederra antes que su madre, doy a mi citada esposa facultad para elegir entre los otros hijos para heredero al que fuere su voluntad, o a todos si así le pareciera»; que este testamento fué protocolizado a virtud de auto del Juzgado de Aoiz de 18 de noviembre de 1887, acompañando la escritura de protocolización—documento número 11—; cuarto, que parecía ser que doña Francisca Javiera Drona, a juzgar por la certificación de su defunción, ocurrida en Isaba el 18 de agosto de 1888—documento número 12—, otorgó testamento ante el Párroco el día 4 de agosto del mismo, no obstante haber otorgado escritura de 21 de marzo de 1879; cuyo testamento desconocían y que no fué protocolizado—documento número 13—; que después de fallecer doña Francisca Javiera Drona, su segundo esposo, don Adrián Esandi, que con ella había otorgado la escritura de 21 de marzo de 1879, otorgó testamento en Isaba, el 14 de octubre de 1883, ante el Notario don Gabriel Erro Osset, que en su apartado quinto disponía: «De lo remanente de todos sus bienes derechos y acciones, presentes y futuros, elige, instituye y nombra por su única y universal heredera a Miguela Mayo... para que disfrute y disponga de todo según tenga por conveniente...; acompañando certificación de fallecimiento del Registro de Actos de Última Voluntad y copia del testamento—documentos números 14, 15 y 16—; quinto, que doña Micaela Mayo, ya viuda de don Juan Ramón Ederra Drona, otorgó testamento en Isaba, a 10 de febrero de 1922, ante el Notario don Julio López Castro, entre cuyas disposiciones figuraban las siguientes:

«Sexto. Nombra heredero único en el remanente de los bienes que deje la testadora al momento de su muerte, a su hijo don Adrián, con la condición prevista en el apartado octavo de este testamento y la obligación de satisfacer dichos legados (los instituidos en el testamento).

Octavo. Ordena la testadora que fallecido el heredero Adrián sin descendencia legítima, o aun teniéndola, si ésta faltare antes de la edad de testar, o después, sin tampoco a su vez sucesión legítima, por tal hecho volverán los bienes que a su fallecimiento se conserven, procedentes de esta institución, a otro hijo o descendiente de la testadora, designado al efecto, por dos parientes del mismo que no sean los comprendidos en el llamamiento más próximos, de mayor edad, residentes en Navarra, más, caso de discordia, para dirimirla, otro tercero que éstos elegirán, todo ello sin perjuicio del usufructo foral de su viuda si la hubiere; acompañaban certificación de defunción, de últimas voluntades y copia del testamento—documentos números 17, 18 y 19.

Sexto. Que don Adrián Ederra Mayo falleció en Isaba el día 5 de marzo de 1951, en estado de soltero y sin haber otorgado testamento—documentos números 20 y 21—; que para dar cumplimiento a lo dispuesto en el testamento de doña Micaela Mayo, se otorgó una escritura en Isaba a 31 de marzo de 1951, ante el Notario de Sangüesa don José Gabriel Erdozain Gaztelu, mediante la cual don Julio Laburu Ederra y don Mariano Mayo Pérez, parientes de don Adrián Ederra Mayo, designaron a don Juan Ederra Mayo como la persona a quien debían volver los bienes, según lo dispuesto por doña Micaela; acompañando dicha escritura—documento número 22.

Séptimo. Que don Teodoro Ederra Mayo falleció en Isaba el día 20 de marzo de 1951, dejando tres hijas llamadas Lucía, Felisa y Victoria; que otorgó disposición testamentaria en Isaba a 31 de enero de 1951 ante el Notario don José Gabriel Erdozain, instituyendo heredera a su hija doña Victoria Ederra Esparza.

Octavo. Que los bienes procedentes de don Felipe Santiago Ederra son los relacionados en la escritura inventario que acompañaban—documento número 26— que habían sido poseídos como propios de la familia por varias generaciones, acreditando así la propiedad, aunque no existieran títulos escritos; que estos mismos bienes fueron los que poseyeron don Juan Ramón Ederra Dronda y el mismo don Adrián Ederra Mayo, además de las caballerías que en número de 14 ó 15 dejó este último; señalando a efectos de prueba los oportunos archivos; que a todos aquellos bienes se extendía la reclamación, como a los que resultaron haber sido dejados por doña Francisca Javiera Dronda y su esposo, con Adrián Escandí, y a los demás que resultarían haber sido dejados por don Juan Ramón Ederra y don Adrián Ederra Mayo; que este último se hizo cargo de todos los bienes de esas procedencias, incluso había dispuesto de algunos de ellos, como de varios animales que vendió; de un pinar en el término de Aracunchaga, que también fué vendido por él; negándose a reconocer y hacer efectivos los derechos de sus representados.

Noveno. Que se celebró el oportuno acto de conciliación, sin avenencia, según se desprende de la certificación que acompañaban—documento número 27—; alegó los fundamentos de derecho que estimó aplicables y terminó suplicando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos.

Primero. Que a virtud de los contratos privados, otorgados en 24 de octubre de 1949 por don Juan Ederra y doña María Gregoria Surio, padres de don Felipe Santiago Ederra Surio, con motivo del matrimonio de éste con doña Francisca Javiera Dronde, los hijos de este matrimonio debían heredar los bienes donados a don Felipe Santiago por su padre, a virtud de aquellos contratos; y también los de sus padres, o sea los bienes de don Felipe Santiago y doña Francisca Javiera.

Segundo. Que a virtud de la escritura otorgada en 21 de marzo de 1879, entre doña Francisca Javiera Dronde, su segundo esposo don Adrián Esandí y don Juan

Ramón Ederra Dronde, resultaba éste heredero de los bienes que fueron donados a don Felipe Santiago Ederra Surio por los padres de éste, según los aludidos contratos matrimoniales de 1849; bienes que eran los enumerados y descritos en la escritura de inventario acompañada de documento número 26.

Tercero. Que asimismo, a virtud de la misma escritura de 21 de marzo de 1879, don Juan Ramón Ederra Dronde resultaba heredero de los bienes de su madre doña Francisca Javiera Dronde; y también los de don Adrián Esandí; y que por muerte anterior de don Juan Ramón Ederra Dronde sucede en esos bienes el heredero designado por dicho don Juan Ramón Ederra; o, en otro caso, los hijos de éste por derecho de representación.

Cuarto. Que a virtud del testamento, otorgado por don Juan Ramón Ederra Dronde, en Isaba a 14 de diciembre de 1886, doña Micaela Mayo, esposa del mismo, heredó los bienes de éste; y por muerte de ella pasaron o debieron pasar a su hijo don Adrián Ederra Mayo.

Quinto. Que en otro caso, si se estimara que en el testamento de don Juan Ramón Ederra Dronde, a que se refería el pedimento anterior, resultaban preferidos uno o más hijos, corresponde la herencia de don Juan Ramón Ederra, por sextas e iguales partes, a sus cinco hijos, doña Lucía, doña Sotera, don Adrián, don Teodoro y don Juan Ederra Mayo, y a la esposa doña Micaela Mayo, sin perjuicio de que, en la parte correspondiente a esta señora, sucediera después de fallecida el hijo don Adrián.

Sexto. Que de no estimarse ninguno de los pedimentos cuarto y quinto, y de estimarse nulo el citado testamento de don Juan Ramón Ederra Dronde, debían declararse herederos abintestato del mismo, por quintas e iguales partes, sus cinco hijos que le sobrevivieron, doña Lucía, doña Sotera, don Adrián, don Teodoro y don Juan Ederra Mayo; y que la parte que en la herencia de don Juan Ramón Ederra correspondía en cualquier supuesto a don Teodoro Ederra y por muerte de éste, a su hija y heredera doña Victoria Ederra.

Séptimo. Que era ineficaz, nulo y cual si no existiera, el testamento otorgado por don Adrián Esandí, en Isaba el día 14 de octubre de 1893, ante el Notario don Gabriel Ero Oset, en cuanto respecto a la disposición de sus bienes, contradecía la escritura de 21 de marzo de 1879, comprensiva de pacto sucesorio, irrevocable, sin la intervención de todos los otorgantes, y que, asimismo, era nulo, e inexistente, el testamento que se decía otorgado, y no protocolizado, por doña Francisca Javiera Dronde, ante el Cura Económico don Miguel Marzo Pérez el día 4 de agosto de 1888.

Octavo. Que el testamento otorgado por doña Micaela Mayo en Isaba el 10 de febrero de 1922 ante el Notario don Julio López Castro era absolutamente ineficiente, en cuanto a los bienes que dejó don Juan Ramón Ederra Dronde; y también, en cuanto a los dejados por don Adrián Esandí; que sólo podía comprender y referirse esta disposición testamentaria a los bienes y derechos que fueran de doña Micaela Mayo, con exclusión de los procedentes de don Juan Ramón Ederra Dronde; y con exclusión también de los procedentes de don Adrián Esandí.

Noveno. Que el nombramiento de heredero hecho en la escritura otorgada en Isaba a 31 de marzo de 1951, ante el Notario de Sangüesa don José Gabriel Erdozain y por el que don Julio Laburu Ederra y don Mariano Mayo Pérez designaron a don Juan Ederra Mayo como sucesor, no podía comprender, ni referirse, a los bienes y derechos que dejó don Juan Ramón Ederra, ni tampoco a los dejados por don Adrián Esandí, sino que, en todo caso, se refería a los propios de doña Micaela Mayo, distintos de los dejados por don Juan Ramón Ederra Dronde, y tam-

bién distintos de los dejados por don Adrián Esandí.

Décimo. Que fallecido soltero, e intestado, don Adrián Ederra Mayo, y siendo más cercanos parientes que la sobrevivieron sus hermanos de doble vínculo doña Lucía, doña Sotera, don Juan y don Teodoro Ederra Mayo procedía declarar a éstos herederos abintestato por partes iguales; y que pertenecía a doña Victoria Ederra Esparza, hija y heredera de don Teodoro Ederra Mayo, lo que a éste correspondía en la herencia de don Adrián Ederra Mayo.

Undécimo. Que en todo caso procedía hacer la partición de herencia; la de don Juan Ramón Ederra Dronde y la de don Adrián Ederra Mayo, entre sus respectivos herederos de estimarse los pedimentos quinto y sexto, en lugar del cuarto; como la del solo don Adrián Ederra Mayo, en caso de estimarse el pedimento cuarto; siguiendo las normas del Código Civil para la división de herencia hasta adjudicar a cada heredero y, concretamente, a sus representados, los bienes necesarios para pago de las porciones que, en cada caso, respectivamente, les corresponden.

Duodécimo. Que habían de incluirse para hacer la partición, además de todos los bienes que resulten ser de don Juan Ramón Ederra Dronde y de don Adrián Ederra, que no enumeraban los bienes relacionados en la escritura de inventario que habían acompañado, como documento 26; y las caballerías dejadas por don Adrián Ederra, o el valor de las vendidas por don Juan Ederra, haciendo, en su caso, en cuanto a estas caballerías, las liquidaciones procedentes, en cuanto a las que resultaren proceder del matrimonio con don Juan Ramón Ederra y doña Micaela Mayo.

Decimotercero. Que siendo don Juan Ederra Mayo poseedor de mala fe, debía abonar los frutos percibidos y los que los legítimos poseedores habrían podido percibir y los daños, y, que tanto, si se estimase a dicho don Juan Ederra, como poseedor de mala fe, como si no, debía abonar los frutos percibidos y que percibía de los bienes hereditarios, en tanto no se haya hecho la partición; así como el valor de los bienes de que dispuso, debiendo proceder a la liquidación y entrega del importe, para llevar a efecto la partición; y de no hacerlo, que se fijase pericialmente el valor de los frutos y de los bienes de que dispuso, lo que se llevaría a efecto en ejecución de sentencia. Condenando a los demandados en los anteriores pronunciamientos; en cuanto a cada una afecta, e imponiéndoles las costas. Con el anterior escrito se presentaron los documentos suficientemente relacionados en los hechos del mismo.

RESULTANDO admitida a trámite la demanda y emplazados los demandados, compareció el Procurador don Carlos María Moreno Nicolay, a nombre de doña Sotera Ederra Mayo, y en concepto de pobre en sentido legal, el cual contestó la demanda, en la referida representación, por medio de escrito presentado en 28 de diciembre de 1953, consignando en lo esencial, bajo el capítulo de hechos: Que en virtud del testamento otorgado por doña Micaela Mayo, en 10 de febrero de 1922, y en la cláusula séptima del mismo, se establecía el derecho de doña Sotera Ederra a permanecer mientras estuviera soltera en la casa materna, con la obligación, por parte del heredero, de alimentarla y tenerla alojada y asistida en todo lo necesario, sana o enferma, y que al salir de la casa podría llevarse sus ropas y efectos, entre ellos un armario de luna que ella poseía; que fallecida la testadora, el heredero don Adrián asumió la expresada obligación, y fallecido el mismo día sin descendencia, nombrado que fué heredero don Juan Ederra Mayo, del modo prevenido en la cláusula octava del indicado testamento, asumió éste dicha obligación; que su represen-

tada no tenía otros derechos que los expuestos, ni ninguno sobre los bienes objeto de la demanda, que no fuera el de ser atendida a costa de los mismos, sin que, por lo tanto, detente tales bienes hereditarios, ni niegue derecho que pudiera corresponder a los demandantes, sin que hubiera hecho otra cosa que hacer algún comentario exponiendo su opinión; que era don Juan Ederra el único poseedor de dichos bienes, por lo cual no se hallaba su representación legítima en modo alguno, como demandada; alegó los fundamentos de derecho que estimó aplicables, terminando por suplicar se dictara sentencia por la que se le absolviera de la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora:

**RESULTANDO** que el Procurador don Gabino Ansó Subiza, a nombre de don Juan Ederra Mayo, por medio de escrito presentado con fecha 12 de enero de 1954, contestó la demanda, consignando, en síntesis como hechos: Que reconocía el hecho primero de la demanda, en cuanto al espíritu que anima la sucesión en la familia navarra; que era también exacto el contenido de cuanto se relataba en el hecho segundo, y que don Juan Ramón Ederra hizo «cedimiento» de todos sus derechos a padre político y a su madre, convirtiéndolos en dueños absolutos de disponer en la casa y bienes donados mientras vivieran; que hallándose soltero don Juan Ederra, en el momento de ser designado heredero en la escritura correspondiente, se adelanta la solución de posibles problemas; pero sin que esas soluciones se adopten, refiriéndose por el contrario, a capitulaciones matrimoniales posteriores que habrían de otorgarse, por estas estipulaciones, o no se hicieron, o no constaban, explicándose así que los referidos padres siguieron siendo dueños absolutos; que era también exacto el hecho tercero de la demanda; que la casa y bienes de la primitiva donación, estaban mermados y eran muchas las deudas que tenían habiendo sido el padre político de don Juan Ramón y la esposa de éste quienes levantaron la casa y la fortalecieron, hecho que en cuanto a don Adrián Esandi fué reconocido por el propio don Juan Ramón; que el testamento de don Juan Ederra era nulo por preterición de sus hijos, pero a su trasluz, se veía el deseo ferviente de que todos los bienes continuasen en un heredero que los conserve y no los disgregue; en cuanto al hecho cuarto de la demanda, no era sino la consecuencia lógica de la muerte prematura de don Juan Ramón; que el padre político de don Juan Ramón nombra heredera a doña Micaela Mayo, sin que este testamento y disposición hubiera sido impugnado, si bien en la demanda y como premisa obligada, se declara la nulidad de dicho testamento, en virtud del cual dicha señora adquirió los bienes de don Adrián Esandi; que por ello, doña Micaela Mayo vino gobernando y administrando, así como disponiendo, en concepto de dueña, de todos los bienes existentes en la casa y todos los hijos, y especialmente los impugnantes, fueron dotados con lo que doña Micaela consiguiera procedente, en pago de sus derechos en la casa nativa, sin que en la práctica, y dado que todos los hijos adoptaron y recibieron sus legados, nadie impugnará las referidas disposiciones testamentarias; que, por otra parte, el nombramiento de heredero hecho por doña Micaela Mayo, era perfectamente justo y legal y justo era también la posterior designación que los parientes hicieron en favor de don Juan Ederra; que doña Micaela Mayo fué la que levantó la casa y canceló las deudas que sobre la misma pesaban, correspondiendo a la época de su viudez la adquisición de todos los animales que, en número de catorce o quince, se decía saber; alegó los fundamentos de derecho que estimó de aplicación, y

terminó con la súplica de que se dictara sentencia desestimando la demanda en todas sus partes:

**RESULTANDO** que en trámite de réplica y dúplica, las partes litigantes mantuvieron los hechos expuestos en sus respectivos escritos de demanda y contestación, suplicando se dictara sentencia en los términos que ya tenían interesado:

**RESULTANDO** que recibido el pleito a prueba, se practicaron: a instancia de la parte demandante, las de confesión judicial y documental; por el demandado don Juan Ederra Mayo, las de confesión judicial, documental y testifical; sin que se practicase prueba alguna a instancia de la otra demandada, doña Sotera Ederra Mayo, y unidas a los autos las pruebas practicadas y evacuado por las partes el trámite de conclusiones, el Juez de Primera Instancia de Aoiz, con fecha 2 de julio de 1954, dictó sentencia por la que declaró:

**Primero.**—Que a virtud de los contratos privados otorgados en 24 de octubre de 1849 por don Juan Ederra y doña María Gregorio Surio, padres de don Felipe Ederra Surio, con motivo del matrimonio de éste con doña Francisca Javiera Dronca, los hijos de este último matrimonio debían heredar los bienes donados a don Felipe Santiago, por sus padres, a virtud de dichos contratos; y también de sus padres, es decir, los bienes de otras procedencias, y los conquistados por don Felipe Santiago y su esposa doña Francisca Javiera.

**Segundo.**—Que a virtud de la escritura otorgada en 21 de marzo de 1879, entre doña Francisca Javiera Dronca, su segundo esposo, don Adrián Esandi y don Juan Ramón Ederra Dronca, resulta éste heredero de los bienes que fueron donados a don Felipe Santiago Ederra Surio, por los padres de éste, según los aludidos contratos, bienes que son los enumerados y descritos en la escritura inventario acompañada a la demanda bajo el número 25.

**Tercero.**—Que asimismo a virtud de la misma escritura de 21 de marzo de 1879, don Juan Ramón Ederra Dronca resulta heredero de los bienes de su madre doña Francisca Javiera Dronca, y que por muerte anterior o premoriencia de don Juan Ramón, sucede en esos bienes el heredero designado por dicho don Juan Ramón.

**Cuarto.**—Que a virtud del testamento otorgado por don Juan Ramón Ederra, en Isaba a 14 de diciembre de 1886, ante don Bartolomé Goñi, Cura Económico de la Parroquia de Isaba, doña Micaela Mayo, esposa de don Juan Ramón Ederra, heredó los bienes de ésta, y por muerte de ella, pasaron o debieron pasar a su hijo don Adrián Ederra Mayo.

**Quinto.**—Que era absolutamente ineficaz, inexistente o nulo el testamento que se dice otorgado y no protocolizado por doña Javiera Francisca Dronca, ante el Cura Párroco don Miguel Marco Pérez, el día 4 de agosto de 1888.

**Sexto.**—Que el testamento otorgado por doña Micaela Mayo, en Isaba, el 10 de febrero de 1922, ante el Notario don Julio López Castro, era absolutamente ineficaz en cuanto a los bienes que pertenecieron a don Juan Ramón Ederra Dronca, y que sólo puede comprender y referirse esa disposición testamentaria a los bienes y derechos que de doña Micaela Mayo, por exclusión de los procedentes de su antecesor y causante don Juan Ramón Ederra.

**Séptimo.**—Que el nombramiento de heredero hecho en la escritura otorgada en Isaba a 31 de marzo de 1951, ante el Notario de Saguesa don José Gabriel Erdosain Gaztelu, y por la que don Julio Labairu Ederra y don Mariano Mayo Pérez designaron a don Juan Ederra Mayo como sucesor, no puede comprender ni referirse a los bienes y derechos que dejó don Juan Ramón Ederra, sino que, en

todo caso, comprende y se refiere a los propios de doña Micaela Mayo y a los procedentes de don Adrián Esandi, distintos de los dejados por don Juan Ramón Ederra.

**Octavo.**—Que fallecido soltero e intestado don Adrián Ederra Mayo, y siendo sus más cercanos parientes, y todos sobrevivientes, o que le sobrevivieron, sus hermanos de doble vínculo doña Lucía, doña Sotera, don Juan y don Teodoro Ederra Mayo, procede declarar a éstos herederos abintestato del citado Adrián Ederra, por cuartas e iguales partes, y habiendo fallecido posteriormente el heredero don Teodoro Ederra, pertenece a doña Victoria Ederra Esparza, hija y heredera del mismo, lo que a éste corresponde en la herencia de don Adrián Ederra Mayo.

**Noveno.**—Que procede hacer las particiones hereditarias de don Juan Ramón Ederra Dronca y de don Adrián Ederra Mayo, entre sus respectivos herederos, o sólo la partición de este último, si en sus bienes se incluyen los procedentes de don Juan Ramón Ederra, como también los de doña Francisca Javiera Dronca, excluyendo del inventario de la herencia de don Adrián Ederra los bienes procedentes de la privativa pertenencia de doña Micaela Mayo y los de don Adrián Esandi, teniendo en cuenta que el demandado don Juan Ederra herede, además de la cuarta parte que conjuntamente con sus hermanos le corresponde, la herencia íntegra de los bienes peculiares o privativos de don Adrián Esandi y doña Micaela Mayo, para lo que servirán las normas del Código Civil, sobre división de herencia, hasta la adjudicación inclusive.

**Décimo.**—Que el demandado Juan Ederra debe abonar los frutos percibidos y debidos percibir, a partir únicamente de la contestación a la demanda, si bien debe abonar el valor de los bienes procedentes de las herencias que no hereda exclusivamente, y cuyos bienes hubieran sido enajenados por él, colacionando este importe, así como el de los frutos, antes indicados, en las particiones, o dejando en liquidación o entrega, para el periodo de ejecución de sentencia, a elección de los demandantes.

Condenando al demandado don Juan Ederra al cumplimiento de lo relacionado en los anteriores pronunciamientos y la correspondiente entrega de bienes y dinero; absolviendo a dicho demandado del resto de las peticiones formuladas en el suplico de la demanda y no acogidas en los pronunciamientos anteriores; absolviendo a la demandada doña Sotera Ederra de las pretensiones dirigidas contra ella en la demanda; declarando que las costas comunes debían dividirse por terceras e iguales partes, condenando a las demandantes al pago de las costas privativas y comunes, correspondientes a la demandada doña Sotera, debiendo pagar el resto cada uno lo suyo:

**RESULTANDO** que, apelada dicha sentencia por la representación de las actrices y por la del demandado, don Juan Ederra Mayo, y sustanciada la alzada por sus trámites legales, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona, con fecha 15 de julio de 1955, dictó sentencia por la que, en parte confirmando y en parte revocando la apelada, declaró: **Primero.** Que, a virtud de los contratos privados otorgados en 24 de octubre de 1849 por don Juan Ederra y doña María Gregoria Surio, padres de don Felipe Ederra Surio, con motivo del matrimonio de éste con doña Francisca Javiera Dronca, los hijos de este último matrimonio debían heredar los bienes donados a don Felipe Santiago por sus padres a virtud de dichos contratos; y también los bienes de otras procedencias y los conquistados por don Felipe Santiago y su esposa doña Francisca Javiera. **Segundo.** Que, a virtud de la escritura otor-

gada en 21 de marzo de 1879 entre doña Francisca Javierra Dronca, su segundo esposo don Adrián Esandi y don Juan Ramón Ederra Dronca, resulta éste heredero de los bienes que fueron donados a don Felipe Santiago Ederra Surio, por los padres de éste, según los aludidos contratos, bienes que son los enumerados y descritos en la escritura inventario acompañada a la demanda, bajo el documento número 27.—Tercero. Que asimismo, a virtud de la misma escritura de 21 de marzo de 1879, don Juan Ramón Ederra Dronca resulta heredero de los bienes de su madre, doña Francisca Javierra Dronca; y que por su muerte anterior o premoriente de don Juan Ramón, sucede en esos bienes el heredero designado por dicho don Juan Ramón.—Cuarto. Que, a virtud del testamento otorgado por don Juan Ramón Ederra en Isaba a 14 de diciembre de 1886, ante don Bartolomé Goñi, Cura Económico de la Parroquia de Isaba, doña Micaela Mayo, esposa de don Juan Ramón Ederra, heredó los bienes de éste; y, por muerte de ella, pasaron, o debieron pasar, a su hijo don Adrián Ederra Mayo.—Quinto. Que es absolutamente ineficaz, inexistente o nulo el testamento que se dice otorgado y no protocolizado por doña Francisca Javierra Dronca, ante el Cura Párroco don Miguel Marco Pérez, el día 4 de agosto de 1888, condenando a los demandados don Juan y doña Sotera Ederra Mayo a estar y pasar por tales declaraciones, y absolviendo a los mismos del resto de los pedimentos de la demanda, contra ellos formulados, sin hacer expresa imposición de costas en ninguna de las instancias:

**RESULTANDO** que, sin constituir depósito, por no ser conformes de toda conformidad las sentencias de instancia, el Procurador don Rafael Solórzano Arhex, a nombre de doña Lucía Ederra Mayo y doña Victoria Ederra Esparza, ha interpuesto ante esta Sala, contra la sentencia de la Audiencia, recurso de casación por infracción de Ley, estableciendo los siguientes motivos:

Primero. Amparado en los números primero y séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegados: a) Por infracción de las Leyes cuatro, cinco, seis, siete, título tercero, libro tercero, de la Novísima Recopilación de Navarra, por inaplicación, en cuanto desconocía la sentencia recurrida, la eficacia de los contratos de 1849; infringiendo, asimismo, las normas que concretaba a continuación; que las aludidas Leyes navarras recogían la sucesión contractual y establecían la irrevocabilidad de las donaciones hechas en los contratos matrimoniales y los llamamientos hechos en los mismos; y de acuerdo con ellas, los bienes donados a don Felipe Santiago, con llamamiento de hijos, deben pasar al hijo designado por heredero don Juan Ramón Ederra Dronca, sin poder variar-se la trayectoria señalada en esos bienes; pues tanto los contratos de 1849 como la escritura de 21 de marzo de 1879, tenían ese carácter de sucesión contractual irrevocable y menos sin el consentimiento de todos los interesados; que tanto era así, que en esa escritura de 1879 doña Francisca Javierra Dronca usa de la facultad de nombrar heredero que se le concedió en los contratos de 1849; o sea, seguía privando aquella sucesión contractual de la que no se podía prescindir legalmente; tanto, que en la designación de sucesor se prevé el momento de adquirirse por el designado el pleno dominio de los bienes que van a parar a él, cosa que no tenía sentido, si sólo se tratara de simple nombramiento corriente de heredero; al no entenderlo así, infringía la sentencia, además de las Leyes citadas, los artículos 1.281 y 1.284 del Código Civil y sentencias, entre otras, de 29 de diciembre de 1933 y 8 de julio

de 1940, así como la Ley, entre otras, 19, libro 35, título primero del Digesto, y artículo 675 del Código, por inaplicación e interpretación errónea; dándose también el error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba; el de derecho, al infringir esas normas citadas, y el de hecho, constante en documentos auténticos, aceptados por la misma sentencia, como eran los contratos de 1849 y escritura de 1879; b) Por todo ello, el testamento de don Adrián Esandi, segundo esposo de doña Francisca Javierra Dronca, no podía tener eficacia al disponer por sí de bienes de los que ya había dispuesto irrevocablemente; y por ello, se declarase o no totalmente nulo dicho testamento, lo que sí era indiscutible, que no podía disponer en el de bienes que tenían señalada, mediante la sucesión contractual antes aludida, una trayectoria distinta, trayectoria señalada y determinada además por el propio señor Esandi, que fué uno de los otorgantes de la escritura de 1879; y al estimarse que, siquiera respecto de sus bienes (de los sujetos a llamamiento no tenía manera hábil, en ningún caso, de disponer, pues jamás le pertenecieron) pudo modificar lo hecho y pactado en la escritura de 1879, infringiendo la Sala las Leyes citadas en el apartado anterior, y apreciando, con error evidente, la prueba, según aparecía de los documentos antes citados, infringiendo asimismo el principio de derecho de que nadie puede contrariar sus propios actos, recogido en sentencias, entre otras, de 7 de junio de 1929 y 19 de junio de 1933.

Segundo. Amparado en los números primero y séptimo del artículo 1.892 (sic) de la Ley, alegando que, sin decirlo categóricamente, la sentencia recurrida venía a sostener y concluir realmente en su fallo, que, a virtud del «cedimiento» contenido en la escritura de 1879, hecho por don Juan Ramón Ederra, en favor de su madre y padre político, don Adrián pudo disponer y dispuso de todos los bienes reclamados, pasando los mismos, por tal disposición, a poder de doña Micaela Mayo; mas ello suponía, además de una contradicción evidente de que luego hablaría, desconocer la naturaleza del «cedimiento» navarro, e interpretar con error evidente, la dicha escritura, con infracción de los artículos 1.281, 1.282 y 1.284 del Código Civil, y, entre otros, la Ley 25, párrafo primero, libro 32, título primero, del Digesto, por inaplicación e interpretación errónea, y también en los mismos conceptos las Leyes citadas, en el anterior motivo; porque el «cedimiento» en las donaciones navarras con llamamiento entraña una renuncia (que debe ser expresa para su validez); y fuera cualquiera el criterio personal que sobre ello tenga, lo cierto es que este Tribunal Supremo, en su sentencia de 27 de junio de 1922 —infringida por inaplicación— declaró nulas tales renunciaciones; y si se pretendiese que se trata de la renuncia de un derecho meramente futuro, nacido de un simple testamento (en vida del testador), sería también nula, por implicar la renuncia a una herencia futura; y sería, además, ineficaz totalmente, porque, en realidad, no se renunciaria entonces nada; por todo ello, el llamado «cedimiento» de la escritura de 1879 no podía ser más que lo que fué: la cesión de una facultad de mando, de gobierno y de administración de los bienes donados a don Juan Ramón Ederra, que, entendido así, no le facultaba para disponer de esos bienes, y, por tanto, no pudieron pasar a doña Micaela, por el testamento de don Adrián Esandi, ni a virtud de tal título pudo poseerlos dicha doña Micaela.

Tercero. Amparado en los números primero y séptimo del artículo 1.692 (sic); alegando que, por tal camino, se llegaba a la eficacia del testamento de don Juan Ramón Ederra, en el que se instituía he-

redera a su esposa doña Micaela Mayo (14 de diciembre de 1886), y después (después de fallecida), a su hijo don Adrián Ederra que le sobrevivió; que en este testamento no impugnado y declarado válido, por la sentencia recurrida, incluso, se contiene la institución de heredero a favor de doña Micaela y una evidente sustitución fideicomisaria, o sea, que, según él, doña Micaela Mayo era heredera fiduciaria de su esposo, y heredero fideicomisario su hijo don Adrián Ederra, que sobrevivió a su madre; pues esto, que era notorio, no lo negaba la sentencia recurrida; antes bien lo aceptaba indirectamente, al reconocer y declarar válido ese testamento, y admitir además, que, a virtud del mismo, fué heredera su mujer, y a la muerte de ésta pasaron o debieron pasar a su hijo don Adrián Ederra; a pesar de ello, la sentencia recurrida no declara expresamente la existencia de tal sustitución fideicomisaria (como lo hacía el Juzgado), y al no hacerlo, soslayaba sus inevitables consecuencias jurídicas, y derivando a una posesión de los bienes, por parte de doña Micaela, contraria a las disposiciones del testamento de su esposo; infringiéndose con ello las Leyes 12, título 50, libro 17; 25, párrafo primero, título primero libro 32, y dos del Digesto; Ley tres, libro sexto, título 38, del Código de Justicia; artículo 675 del Código Civil y jurisprudencia (sentencias, entre otras de 3 de junio de 1942 y 27 de mayo de 1895, por inaplicación e interpretación errónea; y además, en igual concepto, las de 29 de diciembre de 1933 y 8 de julio de 1940; incurriéndose también en error evidente en la apreciación de la prueba; el derecho, con infracción de las normas dichas, y de hecho, nacido de documentos auténticos; como eran los contratos de 1849, la escritura de 1879 y testamento de don Juan Ramón Ederra.

Cuarto. Amparado en los números primero y séptimo del artículo 1.692 (sic); alegando que a pesar de la apuntada situación ambigua o contradictoria de la Sala, y de resultar heredero don Juan Ramón Ederra, de los bienes donados a sus padres y, de los de éstos; y a pesar de haber designado dicho don Juan Ramón, como heredera fiduciaria a su esposa y fideicomisario a su hijo don Adrián, estaba virtualmente reconocido, la sentencia recurrida, en un cambio de rumbo inexplicable y desde luego inexplicable, llega a aceptar y a declarar la existencia de las prescripciones adquisitiva y extintiva, en favor de doña Micaela Mayo y de su hijo el actual demandado; y, en su virtud, a desestimar la demanda, declarando dueños a los mismos, de todos los bienes donados y de los de los padres, y también, de los de don Adrián Esandi; estribando el problema, por lo que a este extremo del pleito se refería, en que la Sala había supuesto a doña Micaela Mayo, poseedora de todos los bienes de que se trata, no a título de heredera fiduciaria de su esposo, sino más bien sin título ninguno; y a virtud del tiempo transcurrido, había estimado procedentes la usucapión, y la prescripción extintiva; más ello, era, según la parte recurrente, inadmisiblemente legalmente, y hasta incomprensible, dados los propios términos de la sentencia recurrida; por de pronto, doña Micaela Mayo fué quien, al fallecer su esposo, presentó el testamento de éste para su protocolización, o sea, que aceptó dicho testamento, que lo estimó válido y lo utilizó como título de su derecho a la herencia; por otra parte, las sentencias partían de ese supuesto; pues ello así, el supuesto problema desaparecía, porque si el testamento era válido y eficaz, y si en el mismo se nombraba heredera a su esposa y después (después de fallecida) a su hijo don Adrián, era evidente que existía una sustitución fideicomisaria; porque eso era la tal sustitución; nombramiento de un

heredero (fiduciario) con designación de otro (fideicomisario) que entraría en la herencia al fallecimiento del primero (podía verse, por ejemplo, de los párrafos segundo, tercero y cuarto del título veintitrés, Libro segundo de la Instituta, leyes infringidas por inaplicación, así como la once, párrafo diecinueve, título treinta y dos, Libro primero del Digesto, que ordena cumplir a los fideicomisos, sobre todo, la voluntad del testador, y la sentencia de 13 de noviembre de 1914, entre otras, con la Novela cincuenta y nueve; capítulo segundo de Justiniano); y de todo esto, sus consecuencias evidentes eran: Primero, que doña Micaela Mayo, heredera fiduciaria de su esposo, no podía disponer al morir de los bienes, que tenían que pasar al fideicomisario; segundo, que su título de posesión era ese, puesto que ningún otro se invocaba expresamente como tal; de todo lo que, resultaba que su testamento es ineficaz, en cuanto a los bienes cuya sucesión estaba ya legalmente determinada, respecto de las cuales era ineficaz el de su esposo don Juan Ramón; por no reconocerlo así, infringida también la sentencia, por inaplicación e interpretación errónea, los artículos 659 y 667 del Código Civil, de acuerdo con la legislación romana (leyes veinticuatro de verborum significativus y sesenta y cuatro de Regulis juris) normas que sólo permiten disponer a una persona de lo que es suyo y de libre disposición; las dificultades a que alude la sentencia recurrida en sus considerandos cuarto y quinto no pueden ser materia de casación, ni es preciso, por tanto, impugnarlas en tal sentido procesal; pero quedaban totalmente desaparecidas, si los documentos antes referidos (contratos de mil ochocientos cuarenta y nueve; escritura de mil ochocientos setenta y nueve; testamento de don Adrián Esandi y de don Juan Ramón Ederra) se interpretan debidamente, en vez de interpretarlos consentiendo las infracciones y errores denunciados, que es lo que hizo la Sala.

Quinto.—Amparado en los números primero y séptimo de la Ley (sic) infringía por de pronto, la sentencia de Pamplona, las Leyes ocho y diez título treinta y siete Libro segundo de la Novísima Recopilación de Navarra, y el capítulo primero, título quinto libro segundo del Fuero General, por aplicación indebida e interpretación errónea; partiendo de los hechos y razonamientos tan sintéticamente expuestos en los anteriores motivos, la excepción de prescripción en su doble concepto admitida por la sentencia como razón para absolver prácticamente de la demanda, no puede aceptarse en derecho; a) Primero, porque siempre resultará que doña Micaela Mayo como heredera fiduciaria de don Juan Ramón Ederra, cuyo testamento acató, presentó a protocolizar y utilizó, fué y le sirvió por ello de título para su posesión; que no pudo ser exclusiva, mientras vivió su segundo esposo, a virtud del llamado cedimiento contenido en la escritura de 1879; por lo cual no podían poseer, por sí sólo los bienes reclamados hasta el fallecimiento de don Adrián Esain; por eso, reconocido el testamento de don Juan Ederra y utilizado por doña Micaela, tal fué su título de herencia y su título posesorio; que no podía cambiar, pues nadie puede cambiar su causa de poseer (Ley cinco, título treinta y dos, Libro séptimo del Código infringido por inaplicación); y como consecuencia la posesión como heredera fiduciaria, no le permitía usucapir unos bienes que tenían que pasar a su fallecimiento, a su hijo don Adrián Ederra; no había pues posibilidad legal de estimar la prescripción adquisitiva; b) Porque los actos de administración y gobierno de la casa que llevar a cabo doña Micaela, no son útiles para esa prescripción, por no ser actos específicamente de dueño; que es como hay que poseer para usucapir; y los actos de disposición a que se refiere la sentencia recurrida (por cierto

sin concretarlos debidamente como hizo el Juzgado de Primera Instancia, para examinar su naturaleza y concluir quiénes y en qué concepto pueden realizarlos) son actos (los más trascendentales) que incluso usufructuario (lo era doña Micaela) pueden llevar a cabo la venta de árboles, permitida entre otras por la ley veintidós, título ocho, libro séptimo del Digesto (que se infringe por inaplicación). Respecto de los ganados, se infringen, por inaplicación también, las leyes sesenta y ocho, sesenta y nueve y setenta, título primero, libro séptimo, también del Digesto. Y esto refiriéndose al usufructuario, como lo hacía la sentencia del Juzgado; lo que no admitía discusión posible, es que una heredera fiduciaria pueda llevar a cabo tales actos; que sostenía expresamente la doctrina invocando la Novela cuarenta y uno de Justiniano (infringida por la inaplicación), a cuyo tenor puede pagar deudas hereditarias (las había aquí según el testamento de don Juan Ramón) y para lo cual puede enajenar bienes, puede (y más en Derecho Romano que la sustitución fideicomisaria se entiende condicional) realizar los actos de enajenación a que alude la sentencia recurrida. Y puede constituir dotes a los descendientes del fiduciario, para, todo lo cual no necesita ni la intervención del fideicomisario, ni la del Juez, según resolvían las resoluciones de la Dirección de los Registros de 15 de abril de 1930 y 3 de noviembre de 1932; que son esos actos que se estiman base para la usucapición, se llevaban a cabo por ser doña Micaela heredera fiduciaria; y lo que no cabe legalmente es, aceptar que nadie ejercite sin título (ni sin expresar, claramente cuál) unos derechos, cuando lo tiene para ejercitarlos con arreglo a la Ley; por eso, lo que se pretendía en la sentencia recurrida, que es hacer una mera cuestión de hecho de esa disposición de bienes, es absolutamente arbitrario; ello implicaba negar el título y el derecho por los cuales doña Micaela realizaba todos aquellos actos; o sea, es incurrir en una infracción legal (en varias infracciones) por desconocer ese derecho en la heredera fiduciaria, eligiendo el camino excesivamente cómodo de convertir una cuestión de derecho, en una afirmación de hecho aparentando así dificultar la casación; c) por lo que se refería a la prescripción extintiva o de la acción, la sentencia recurrida infringía las leyes citadas de la Novísima Recopilación de Navarra, y del Fuero General, y además aprecia la prueba con error evidente de hecho y de derecho; porque la reclamación de la herencia que se reclamaba, dice la sentencia que pudo ejercitarse desde mil ochocientos ochenta y seis, fecha del fallecimiento de don Juan Ramón Ederra; más ello, va contra el contenido de la escritura de mil ochocientos setenta y nueve (documento auténtico) en la que consta el cedimiento hecho por dicho don Juan Ramón, en favor de su madre y su padre político, y siendo esto irrefutable, lo es asimismo que no podían reclamarse unos bienes, como libres, realmente cuando existía; primero, el cedimiento para «mientras viviesen» doña Micaela y su esposo; y segundo, el derecho de la heredera fiduciaria, que falleció en mil novecientos treinta y dos; por lo cual, se infringían las leyes antes citadas, porque ni siquiera ha pasado el tiempo que las mismas fijan para el ejercicio de la acción; y se infringía la sentencia de treinta y uno de mayo de mil novecientos cuarenta y seis, por inaplicación, pues ella resolvía, de acuerdo con el capítulo primero, título quinto, libro segundo del Fuero General, que, o es admisible la prescripción de la acción real, por el lapso de tiempo de treinta años, sino conjugado con la usucapición; de todos modos lo que no podría prevalecer de ningún modo es que se prefiriese la posesión título, sin que la Sala diga cuál sea el de doña Micaela) a efectos de acogerse a la

prescripción, cuando existe un título, nacido de un testamento válido y reconocido como tal por la Sala, que servía para obtener (doña Micaela lo utilizó y lo presentó para su protocolización) y retener esa posesión; habría de ser dudosa —que lo era— la existencia y eficacia de ese título, y lo que procedería sería en su caso, discutirlo, impugnarlo, rechazarlo; pero no podía soslayarse, olvidarlo, para acogerse a una posesión sin título, que no tendría más explicación que la de hacerla servir de base para usucapir, frente al título que impedía precisamente esa usucapición.

Sexto. Amparado en el número 4.º del artículo 1.692 de la Ley (sic), realmente existían en el fondo disposiciones contradictorias en el fallo de la sentencia recurrida; porque si se aceptan los Considerandos de la del Juzgado, que declaran válido y eficaz el testamento de don Juan Ramón Ederra, e incluso el pronunciamiento cuarto en el que se declara que doña Micaela heredó los bienes de aquél, es ello notoriamente contradictorio, con negarle luego a doña Micaela la posesión sin título, sólo a los efectos de la prescripción; no hacía falta más que señalar esa postura contradictoria de la sentencia, que, además, abonaba la tesis mantenida en los anteriores motivos:

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Acacio Charrin y Martín-Veña:

CONSIDERANDO que el presente recurso de casación interpuesto por los demandantes en el pleito origen del mismo versa:

A) Sobre que don Juan Ramón Ederra resulta heredero de los bienes de don Adrián Esandi Ausant, y por premoriencia de aquél, sus hijos por derecho de representación.

B) La nulidad del testamento otorgado en 14 de octubre de 1893 por don Adrián Esandi en cuanto contradice la escritura que comprende un pacto sucesorio de 21 de marzo de 1879.

C) Que el testamento otorgado en 10 de febrero de 1922 por doña Micaela Mayo es ineficaz en cuanto a los bienes dejados por don Juan Ramón Ederra y don Adrián Esandi.

D) Que el nombramiento de heredero hecho en la escritura otorgada en Isaba en 31 de marzo de 1951 por la que los parientes designaron a don Juan Ederra Mayo como sucesor de su hermano don Adrián, no puede comprender los bienes a que se refiere el apartado anterior.

E) Que por haber fallecido soltero y *ab intestato* don Adrián Ederra Mayo, procede declarar herederos a sus hermanos, doña Lucia, doña Sotera, don Juan y don Teodoro, y que pertenece a la hija de éste, doña Victoria Ederra, lo que corresponde a su padre en esa herencia del don Adrián Ederra.

F) Que procede hacer la partición de herencia de don Juan Ramón Ederra y don Adrián Ederra, siguiendo las normas del Código Civil, incluyendo en la partición los bienes de don Juan Ramón y don Adrián Ederra y además los del inventario que se acompañó a la demanda y las caballerías dejadas por don Juan Ederra o su valor; y

G) Que don Juan Ederra Mayo abone los frutos percibidos o que debió percibir y los daños causados hasta que se haya hecho la partición, así como el valor de los bienes de que dispuso, y de no hacerlo, que se fijan pericialmente en ejecución de sentencia sus valores, por ser éstas de todas las peticiones formuladas las que deniega la Sala sentenciadora:

CONSIDERANDO que las pretensiones comprendidas bajo los apartados A y B del anterior Considerando constituyen una petición de herencia y de nulidad de testamento que por haber tenido su efectividad en el siglo pasado, pues fallecieron en él don Felipe Santiago Ederra, su esposa, doña Francisca Javiera Dondra; el segun-

do marido de ésta, don Adrián Esandi, y el hijo de los dos primeros don Juan Ramón Ederra Dondra, es evidente que las acciones que hayan podido nacer de ellas, o para impugnar tales negocios jurídicos, estaban prescritas al incoarse el pleito en 1953, como estima el Considerando sexto de la sentencia recurrida, en virtud del capítulo primero, título quinto, libro segundo, del Fuero de Navarra, y la Ley octava, título 37 del libro segundo de la Novísima Recopilación de las Leyes del mismo Reino, y, por tanto, son ineficaces los motivos primero, segundo y tercero del recurso, que se refieren a esos actos, siendo digno de mención que el primero de estos motivos alega con una repetición que no admite la posibilidad de error en la cita, como infringidas por inaplicación las Leyes cuarta, quinta, sexta y séptima del título tres, libro tercero, de la Novísima Recopilación de Navarra, que nada tienen que ver con las cuestiones aquí discutidas porque tratan de lo que reciben los hijos que viven con sus padres, de los mercaderes ambulantes y de lo que éstos venden para su reventa, según su edición de José Joaquín Martínez 1735, ni ha podido infringir la Ley 12, título 50, libro 17, del Digesto, porque ese libro 17 no tiene más que dos títulos, ni tampoco el párrafo primero de la Ley 25, título primero, libro 32, de este mismo texto romano que prevé el caso de ambigüedad en los testamentos, y menos la Ley tercera, título 38, libro seis, del Código de Justiniano que se refiere a los afeanzamientos:

CONSIDERANDO que el motivo cuarto del recurso propugna la ineficacia del testamento otorgado por doña Micaela Mayo bajo el que murió en 1932, por no poder disponer de bienes que disfrutaba como fiduciaria, pero aparte de que los bienes a que se refiere tuvieron en definitiva el mismo destino de ir a poder de don Adrián Ederra Mayo por el testamento impugnado, que tendrían por el fideicomiso, en realidad lo impugnado no sería el testamento, que al no detallar los objetos a que se refiere no sujeta a la transmisión los bienes que no debiera comprender, y lo que habría que impugnar en su caso serían las operaciones particionales en ejecución de ese testamento si en ellas se incluyeron aquellos de que no pudiera disponer libremente la testadora, por lo que tampoco es viable este motivo, que se refiere a las pretensiones de la demanda recogidas bajo los apartados C y D del primer Considerando de esta sentencia, y no había por qué aplicar los párrafos segundo, tercero y cuarto del título 23, libro segundo, de la Instituta ni la Novela 59, capítulo dos, de Justiniano, que no tienen relación con la determinación de los bienes transmisibles, ni es posible hacerlo de la Ley 11, título 32, del libro primero del Digesto, ya que ese libro no tiene más que dos títulos, y su título segundo solamente cuatro Leyes:

CONSIDERANDO que el motivo quinto del recurso sostiene que el Tribunal a quo aplicó indebidamente los principios de la usucapión y de la prescripción extintiva, y examinando en primer término lo referente a esta última, resulta evidente que habían transcurrido con exceso los treinta años que establece la Ley ocho, título 37, libro segundo, de la Novísima Recopilación de Navarra para la prescripción de acciones antes de la presentación de la demanda origen del pleito de este recurso, pues la mayoría de los actos que se toman como base de las distintas acciones ejercitadas en este pleito tuvieron su nacimiento dentro del pasado siglo XIX, y la pretendida ineficacia del testamento del 10 de febrero de 1922, único de los negocios jurídicos a que no alcanza el plazo de prescripción de treinta años, es rechazable por lo que queda sentado en el Considerando anterior; y no es preciso entrar a examinar ese problema de la usucapión que el mismo motivo quinto

plantea, porque cualquiera que fuera su solución no enervaría lo dicho sobre la eficacia del testamento de 1922, ni sobre la prescripción extintiva de las otras acciones ejercitadas, por lo que no han sido infringidos los fragmentos 68 al 70, título primero, libro séptimo, del Digesto, atinentes al usufructo de ganados:

CONSIDERANDO que no constituye obstáculo para apreciar esta prescripción el llamado en el Derecho Navarro cedimiento, hecho en 1879 por don Juan Ramón Ederra, pues éste no se extiende, sin lugar a duda alguna, más que al usufructo vitalicio de bienes por su madre, doña Francisca Javierá Dondra, y por su padrastro don Adrián Esandi, y, por tanto, al morir don Juan Ramón, en 1886, ya transmitía la nuda propiedad de esos bienes objeto del cedimiento, y en esta fecha nació la acción para impugnar su testamento por preterición de sus hijos, y así está a todas luces prescripta al iniciarse esta reclamación:

CONSIDERANDO que con todo lo expuesto está plenamente justificado que tampoco accediera la Audiencia a las pretensiones de la demanda recogidas en los apartados E, F) y G) del primer Considerando de esta sentencia, pues se fundan en la invalidez del repetido testamento de 1922 y de las capitulaciones matrimoniales, pretensiones que quedan desestimadas:

CONSIDERANDO que tampoco puede ser apreciado el motivo sexto y último, pues no existe la contradicción que acusa por las razones de que la señala entre los Considerandos, cuando es sabido que sólo están comprendidos en el número cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil las contradicciones en el fallo y porque esa atribución o negación del título de posesión a doña Micaela Mayo no cuenta más que a efectos de la usucapión, que como queda dicho en el Considerando cuarto no influye en la solución de este recurso:

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por doña Lucía Ederra Mayo y doña Victoria Ederra Esparza contra la sentencia que, en 15 de julio de 1955, dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Pamplona se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas; y librese a la citada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» e insertará en la «Colección Legislativa», pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Acacio Charrín y Martín Veña, Juan Serrada.—Francisco Arias.—Francisco Bonet.—Obdulio Siboni (rubricados).

Publicación.—Leída y publicada fué la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Acacio Charrín y Martín Veña, Ponente que ha sido en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Civil de este Tribunal Supremo en el día de hoy, de lo que, como Secretario de la misma, certifico.—Madrid, 2 de noviembre de 1960.—Rafael G. Besada (rubricado).

En la villa de Madrid a 2 de noviembre de 1950; en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Cazalla de la Sierra, y en grado de apelación ante la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, por don Joaquín Yanes Rívero, Abogado y vecino de Guadalcanal, contra doña Cándida Yanes Criado, viuda; doña María Josefa, doña Juana y don Antonio Yanes Vázquez, la primera mayor de edad y los dos últimos menores, representados por su tutor don

Julio Barragán Cordobés; doña María Jesús Vázquez Rojo, todos vecinos de Guadalcanal, y contra don José Yanes Criado, declarado en rebeldía, sobre deslinde y amojonamiento; pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por los demandados, representados por el Procurador don Santos de Gandarillas Calderón y defendidos por el Letrado don Nicolás Pérez Serrano y en el acto de la vista por don Felipe Ruiz de Velasco; habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo el demandante y recurrido, representado y defendido, respectivamente, por el Procurador don Manuel Antón Garrido y el Letrado don Alfonso de Cossío:

RESULTANDO que mediante escrito de fecha 1 de junio de 1953, el Procurador don Eduardo Arnaud Jodar, en nombre y representación de don Joaquín Yanes Rívero, dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia de Cazalla de la Sierra demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra doña Cándida Yanes Criado, doña María Josefa, doña Juana y don Antonio Yanes Vázquez, los dos últimos menores de edad, representados por su tutor don Julio Barragán Cordobés; doña María Jesús Vázquez Rojo y don José Yanes Criado, alegando como hechos:

Primero. Que por escritura pública otorgada en 6 de junio de 1936 en Constantina por los cónyuges don Antonio Yanes Chaves y doña María Josefa Criado Márquez, ante el Notario de dicha ciudad don Antonio Alaminos García, fueron donadas diversas fincas de su patrimonio a los hijos de dicho matrimonio, entre ellas, la única que interesa a los fines de esta litis, dehesa denominada «La Morera», de la que correspondió una mitad dividida a don José y don Joaquín Yanes Criado, y la otra, también dividida, según decía la escritura, a doña Cándida y don Antonio Yanes Criado; de dicha finca matriz, que aparecía en el Registro de la Propiedad de Cazalla de la Sierra inscrita como un todo a favor de los donantes—tomo 340, libro 70, finca 4.226, inscripción séptima—, se dividieron las dos mitades que pasaron a constituir fincas independientes desde aquel momento en la siguiente forma:

a) La mitad correspondiente a don José y don Joaquín Yanes Criado—padre éste último del demandante—conservó el número registral de la finca matriz, siendo su descripción, a partir de este momento, la siguiente: Mitad de la dehesa nombrada «La Morera» o finca rústica al término municipal de Cazalla de la Sierra, con una cabida de 142 hectáreas 91 áreas y 71 centiáreas, que linda: al Norte, con el trozo de terreno que se describirá a continuación, segregada de la finca «Balejos de Arriba y de Abajo» y con ésta misma finca; al Oeste, con la otra mitad de la finca «La Morera», donada a doña Cándida y don Antonio Yanes Criado; al Sur, con encinar de doña María Roig de la Parra, tierras de don Enrique Pacheco y otras de don Rosendo Garzón Moreno, y al Este, con el camino de Extremadura, hoy carretera que se interpone entre esta finca y la del Pinto, de este caudal. Inscrita en el Registro de Cazalla al tomo 340, libro 70, folio 55, finca 4.226, inscripción octava.

b) La otra mitad material de la misma finca, que correspondió a doña Cándida y don Antonio Yanes Criado, pasó a formar finca registral nueva—Registro de Cazalla, tomo 589, libro 113, folio 38, finca 5.542, inscripción primera—, cuya descripción, según la propia escritura de donación, es la siguiente: «Mitad de la dehesa denominada «La Morera» o finca rústica al término municipal de Cazalla de la Sierra, con una cabida de 142 hectáreas 91 áreas y 70 centiáreas; que linda: al Norte, con la finca denominada «Balejos de Arriba y de Abajo», adjudicada a estos dos interesados, a cornocal de herederos de don Juan Pérez y tierras de la Saucedilla; al Sur, con viña de la Contienda; tierras de Agustín Cascabullo y parte de

esta finca, que fué segregada y vendida a don Antonio Valenzuela; al Este, con la otra mitad restante de la dehesa «La Morera», que se donó a don Joaquín y don José Yanes Criado, y por el Oeste, con tierras de «La Saucedilla», cortijo de Pozo y Lobón y hacienda de «Las Alberquillas».

Segundo. Que por fallecimiento de don Joaquín Yanes Criado, la mitad indivisa que con su hermano don José poseía sobre la finca descrita en el apartado a) del primero de los hechos de esta demanda, fué adjudicado a sus herederos según escritura de protocolización de operaciones particionales otorgada en Constantina el 21 de julio de 1937, ante el Notario don Antonio Alaminos García, con el número 136 de su protocolo, don Joaquín Yanes Rivero y doña Amalia Yanes Rivero, hijos del causante, y su viuda doña Amalia Rivero, en pleno dominio, nuda propiedad y usufructo, correspondiendo, por tanto, al demandante una sexta parte indivisa en plena propiedad y una dozava parte en nuda propiedad; que debe aclarar que esta mitad material de «La Morera» fué agrupada con un trozo de terreno antes segregado de la denominada finca «Balejos de Arriba y de Abajo»—inscrita en el Registro de Cazalla, tomo 589, libro 113, folio 37, finca 5.541, inscripción primera—; pasando esta agrupación a constituir nueva finca registral—propio Registro, tomo 589, libro 113, folio 42, finca 5.543, inscripción primera—, de la que el demandante es igualmente copropietario con su madre y hermana, en las proporciones antes señaladas.

Tercero. Que en cuanto a la otra mitad material de «La Morera», descrita en el apartado b) del hecho primero de esta demanda, correspondía por medias e iguales partes, como se ha indicado, a don Antonio y doña Cándida Yanes Criado, y al morir el primero, a sus hijos doña María Josefa, doña Juana y don Antonio Yanes Vázquez y a su viuda, también demandada, doña María Jesús Vázquez Rojo, una parte en usufructo; que el actor tiene noticias de que esta finca ha sido objeto de diferentes agrupaciones y segregaciones registrales con posterioridad, formando parte en la actualidad de la número 5.646 del propio Registro de la Propiedad.

Cuarto. Que es el caso de que, a pesar de haberse dividido materialmente dichas fincas, y así consta en las correspondientes inscripciones, y sobre todo, en la escritura de donación que constituye el título originario a que hay que atenerse, formando dos porciones de idéntica extensión y medida, nunca se ha llegado a realizar el oportuno deslinde de ambas porciones sobre el terreno, operación que por lo demás y a la vista de la referida escritura e inscripciones correspondientes no ofrece, por otra parte, menor dificultad; que el demandante tiene noticias de que, durante su menor edad, su madre, en nombre de sus hijos menores y sin autorización judicial, suscribió un documento relativo a la división de ambas fincas, cuyos exactos términos desconoce, pero que en todo caso deja desde ahora impugnado, ya que el mismo en la práctica supone una verdadera enajenación de parte importante de la finca que le fué adjudicada en cuanto no se ajusta a la cabida determinada en la escritura, de la que claramente se desprende la voluntad del donante de hacer la división a base de cabidas exactamente iguales; ineficaz dicho documento en cuanto a los entonces menores se refiere, es claro que se impone el deslinde y amojonamiento de ambas fincas, de conformidad con los datos que aparecen en la escritura de donación y en la inscripción registral correspondiente.

Quinto. Que para dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con fecha 8 de abril de 1953 se ha celebrado acto de conciliación, sin efecto, por incomparecencia de los demandados, por lo que el actor se ha visto obligado a formalizar la pre-

sente demanda; y después de citar los fundamentos legales que estimó de aplicación, terminó suplicando que, previa la tramitación legal correspondiente, se dicte en su día sentencia que declare:

Primero. Haber lugar al deslinde y amojonamiento de las fincas que se describen en el hecho primero, teniendo como base el título contenido en la escritura de donación de 6 de junio de 1936, y las correspondientes inscripciones en el Registro de la Propiedad, cuyas operaciones habrán de practicarse dentro de período de ejecución de sentencia; formulando esta petición el demandante para sí y a favor de la comunidad a la que pertenece.

Segundo. Nulos y sin ningún valor, o simplemente anulados, cuantos convenios hayan podido celebrarse durante la minoría de edad del demandante, que tuvieran por objeto modificar la cabida de la mitad de la dehesa «La Morera», que fué donada a favor de don Joaquín y don José Yanes Criado en virtud de la citada escritura de 6 de junio de 1936.

Tercero. Condene a los demandados a estar y pasar por el contenido de todas y cada una de las anteriores declaraciones, así como al pago de las costas:

RESULTANDO que admitida a trámite la demanda, y emplazados los demandados, se personó el Procurador don Antonio Zúñiga Sánchez en representación de doña Cándida Yanes Criado, doña María Jesús Vázquez Rojo, doña María Josefa, doña Juana y don Antonio Yanes Vázquez éstos representados, a su vez, por su tutor don Julio Barragán Cordobés, y por medio de escrito de fecha 6 de agosto de 1953, contestó y se opuso a la demanda, alegando como hechos:

Primero. Que se aceptaba, del correlativo, la autenticidad formal de la escritura pública otorgada el 6 de junio de 1936 en Constantina por los cónyuges don Antonio Yanes Chaves y doña María Josefa Criado Márquez; que de dicha escritura le interesa resaltar:

a) Los donantes donaron, entre otras cosas, la finca «La Morera», de la que correspondió una, mitad dividida a don José y don Joaquín Yanes Criado y la otra, también dividida, según expresó la escritura, a doña Cándida y don Antonio Yanes Criado, según consta de la propia escritura.

b) Cada una de las dos mitades de la finca tiene una cabida o extensión superficial de 142 hectáreas 91 áreas y 71 centiáreas; que estos particulares resultan no sólo de la escritura de donación referida, sino del propio hecho que se contesta, reconocido y aceptado, por tanto, de modo expreso, de contrario; que luego sigue de aquí, que toda la aspiración material y económica de la demanda es la reivindicación de una centiárea de terreno que, en todo caso, tendrían que devolver don José Yanes Criado y don Joaquín Yanes Rivero, el actor, a los demandados.

Segundo. Que es cierto que por fallecimiento de don Joaquín Yanes Criado la mitad indivisa que poseía con su hermano don José sobre la finca «La Morera» fué adjudicada a sus herederos, según la escritura pública que de contrario se cita, entre ellos a don Joaquín Yanes Rivero, correspondiéndole, por tanto, una sexta parte indivisa en plena propiedad y una dozava parte de la nuda propiedad, y no interesando, por otra parte, a los fines de este litigio la aclaración contraria sobre la agrupación de finca.

Tercero. Que es cierto parcialmente cuanto se expresa de contrario; respecto de las diferentes agrupaciones y segregaciones registrales para llegar a la finca número 5.646 del Registro de la Propiedad de Cazalla de la Sierra, hace constar que ello ha sido por la pura conveniencia de los propietarios de los predios agrupados, y tampoco afecta al litigio.

Cuarto. Que se llega al hecho básico y fundamental de la demanda, supuestos el

fundamento y la base; que nada de cuanto se afirma de contrario se ajusta exactamente a la realidad; que sólo al valor temerario del actor cabe decir cuanto se dice, porque sólo para tratar de justificar la demanda, la mal llamada acción de deslinde, se puede expresar lo que dice el párrafo primero de este hecho; que de contrario se sostiene que a pesar de haberse dividido la finca «La Morera» y de que se formaron dos porciones de idéntica extensión y medida, nunca se ha llegado a realizar el oportuno deslinde de ambas porciones sobre el terreno y «...operación que por lo demás, y a la vista de la referida escritura no ofrece por otra parte la menor dificultad»; que se falta abiertamente a la verdad, porque el deslinde materialmente llegó a realizar, y lo sabe el actor; constancia de este hecho la tiene el contrario, y fué precisamente el donante quien puso las señales para delimitar las nuevas fincas resultantes de la división, mediante las piquetas que se hicieron en la arboleda, y más tarde, cuando se hizo la división por medio de peritos, se colocaron los mojones definitivos; quien dirigió esta operación y pagó los gastos, como administrador de todos, fué don José María Yanes Criado; que ha sido pues, perfectamente conocida y aprobada la división, linderos y porciones de «La Morera», y por ello bien claro se ve que lo que se pretende, al igual con la demanda reivindicatoria, es una rectificación de linderos o de operaciones divisorias, nunca el simple e ingenuo ejercicio de una acción de deslinde; que en la sentencia que en 24 de marzo de 1947 dictó el propio Juzgado de Cazalla de la Sierra estableció los fundamentos del fallo desestimatorio en los considerandos oportunos—que transcribe el escrito de contestación— y del que se resume:

Primero. La división de «La Morera», se trata de dos fincas independientes, concretamente delimitadas.

Segundo. «La Morera» ha de considerarse como cuerpo cierto... dentro de sus propios linderos.

Tercero. Las mitades indivisas de «La Morera» no pueden tener otro alcance y extensión que el terreno comprendido dentro de los linderos que se fijan en la escritura de 6 de enero de 1936—cuyo alcance, contenido y eficacia analizará en su lugar—; que resta por examinar, lo que ha de calificarse de reprochable conducta del actor; que ni siquiera el más elemental sentido de lo filial le ha contenido en sus maquiavélicos propósitos; la demanda, quierase o no, es una exigencia a la madre; pero lo que es peor, esta exigencia es sólo la pantalla donde encubrir unos más ambiciosos propósitos; que es intolerable que a estas alturas se continúe diciendo que «se tienen noticias» y que «se desconocen los exactos términos del documento»; el actor, que es Letrado, conocía sobradamente cuanto hizo su madre, y, próximo a prescribir su pretendido derecho, le ha podido más su ambición económica que el respeto a lo que hizo su madre; que el hecho que se contesta es por demás singular; se dice que el documento se deja impugnado «ya que el mismo en la práctica supone una verdadera enajenación de parte importante de la finca que le fué adjudicada...»; que según el actor, se impone el deslinde y amojonamiento de ambas fincas, de conformidad con los datos que aparecen en la escritura de donación y en la inscripción registral correspondiente.

Quinto. Que nada tiene que objetar en cuanto al cumplimiento del artículo 460 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre acto conciliatorio; y después de citar los fundamentos legales que estimó de aplicación, y de alegar la excepción de cosa juzgada, terminó suplicando se dicte sentencia desestimatoria de la demanda, con imposición de costas al actor:

RESULTANDO que conferidos a las representaciones de ambas partes los traslados de réplica y dúplica, los evacuaron por medio de los oportunos escritos, en los que insistieron en los hechos y fundamentos de derecho de la demanda y contestación, suplicando que se dictara sentencia de conformidad con lo que respectivamente tenían interesado:

RESULTANDO que recibido el juicio a prueba, a instancia de la parte actora se practicó la documental, testifical, confesión judicial de los demandados, reconocimiento judicial y pericial; y a propuesta de la parte demandada tuvieron lugar las de confesión en juicio del demandante y del co-demandado señor Yanes, reconocimiento de documentos, documental, reconocimiento judicial y testifical:

RESULTANDO que unidas las pruebas a sus autos y seguido el juicio por sus restantes trámites, el Juez de Primera Instancia de Cazalla de la Sierra dictó sentencia con fecha 27 de marzo de 1954, por la que declaró haber lugar al deslinde y amojonamiento de las fincas descritas, tomando como base el título contenido en la escritura de donación de 6 de junio de 1936 y las correspondientes inscripciones del Registro de la Propiedad, cuyas operaciones habrán de practicarse dentro del periodo de ejecución de sentencia, cuyo deslinde y amojonamiento tendrá lugar en tanto en favor del actor como de la comunidad a que pertenece; declarando nulo y sin ningún valor cuantos convenios hayan podido celebrarse durante la minoría de edad de don Joaquín Yanes Rivero, y que tuvieron por objeto modificar la cabida de la mitad de la dehesa «La Morera», que fué donada a favor de don Joaquín y don José Yanes Criado, en virtud de la escritura de 6 de junio de 1936, y condenó a doña Cándida Yanes Criado, doña María Josefa, doña Juana y don Antonio Yanes Vázquez, estos dos últimos representados por su tutor don Julio Barragán Cordobés, y a doña María Jesús Vázquez Rojo y don José Yanes Criado, a estar y pasar por el contenido de todas y cada una de las anteriores declaraciones, sin hacer expresa condena en costas:

RESULTANDO que contra la anterior sentencia se interpuso por la representación de los demandados recurso de apelación, que fué admitido libremente y en ambos efectos, y sustanciada la alzada por sus pertinentes trámites, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla dictó sentencia con fecha 12 de febrero de 1955, por la que sin hacer expresa imposición de las costas de la apelación, confirmó en todas sus partes la sentencia apelada:

RESULTANDO que con depósito de 3.000 pesetas, el Procurador don Santos de Gandarillas Calderón, en nombre y representación de doña Cándida Yanes Criado, doña María Jesús Vázquez Rojo, doña María Josefa Yanes Vázquez, doña Juana y don Antonio Yanes Vázquez, representados estos dos últimos por su tutor don Julio Barragán Cordobés, ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, al amparo de los números primero y quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por los siguientes motivos:

Primero. Al amparo del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por estimar que el fallo es contrario a la cosa juzgada, habiéndose alegado la excepción durante la tramitación del procedimiento; que es forzoso tener en cuenta, al comenzar el desarrollo del presente recurso de casación, que toda vez que la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla se limita a recoger la totalidad de las motivaciones jurídicas mantenidas por el Juzgado de Primera Instancia de Cazalla, sin añadir ningún otro argumento que pudiera reforzar la tesis mantenida

por el mismo, son los razonamientos del propio Juzgado los que conviene examinar a los efectos de la procedencia del presente recurso de casación; que al margen de los problemas de fondo, que quedan concretados en la improcedencia evidente de la acción de deslinde, y en la deficiente apreciación de la prueba practicada en los autos por partes de la sentencia dictada por la Audiencia, deficiente apreciación que se deduce de los documentos auténticos que obran en el litigio, al margen de todo ello, es necesario articular el presente motivo, ya que existe una excepción de cosa juzgada que se encuentra latente en todo el procedimiento, y que si no responde a una realidad evidente, en el sentido de que los litigantes no son exactamente los mismos, y que la acción no tiene idéntica naturaleza, sin embargo resulta tan palpable, que se han pretendido crear esas diferencias, con un evidente artificio, con una notoria habilidad procesal, precisamente para evitar la fuerza de la excepción, que dejaba sin acción posible al actual demandante, y a su tío carnal don José Yanes Criado; que se trata de uno de esos casos en que es necesario llegar a la entrada del pleito para comprender la existencia de la excepción, en que es forzoso analizar el litigio punto por punto para deducir aquella realidad, ya que de lo contrario y limitados a un análisis superficial de los hechos, fácilmente se incurriría en la infracción legal, en este caso producida al no admitir la excepción de cosa juzgada que oportunamente se formuló en el momento de contestar a la demanda; que nadie ha desconocido que con anterioridad al presente litigio, se promovió otro procedimiento por don José Yanes Criado, contra los actuales demandados y ahora recurrentes; es decir, doña Cándida Yanes Criado y los menores hijos de don Antonio Yanes Criado; en aquel litigio únicamente actuó como demandante dicho don José, y no fué parte en el pleito el actual actor don Joaquín Yanes Rivero, hijo de don Joaquín Yanes Criado, e interesado en los mismos términos que don José lo estaba en el problema que se discute; que tanto el anterior litigio como el presente, tienen un origen idéntico, ya que es forzoso partir de aquella escritura de donación de fecha 6 de junio de 1936, por la cual don Antonio Yanes, Chaves y doña María Josefa Criado, ascendientes de los actuales litigantes, efectuaron la donación de la finca «La Morera» a dos grupos de sus hijos: el primero, constituido por don José y don Joaquín Yanes Criado (de este último trae causa don Joaquín Yanes Rivero, y el segundo, constituido por doña Cándida y don Antonio Yanes Criado (actualmente los menores hijos de éste y su viuda doña María Jesús Vázquez Rojo); que aquella donación es el origen de todas las discrepancias, y en ellas existen dos grupos perfectamente diferenciados, dos partes claramente antagónicas que respectivamente son: don José y don Joaquín de una parte, y doña Cándida y don Antonio de otra; después, los herederos de los que ya habían fallecido; pues bien, el interés directo de estos dos grupos es idéntico, y no cabe sostener que don José esté en contra de don Joaquín, ni que don Joaquín pudiera estar en discrepancia con don José; que en el primer litigio (reivindicación) demanda don José Yanes, y lo hace directamente al otro grupo de demandados, que conjuntamente se defiende y obtiene sentencia favorable en el sentido de que se declara no haber lugar a la reivindicación formulada, estimando en parte la reconvencción en cuanto a la situación de la finca «La Morera»; que existe una resolución de carácter firme, la creada por las sentencias de 24 de marzo de 1947 (Juzgado) y 31 de octubre de 1949 (Audiencia), por la cual se desestima aquella demanda

reivindicatoria; y el pronunciamiento vincula exactamente igual a don José Yanes Criado que a los hijos de don Joaquín Yanes Criado, porque como su parte en «La Morera» es idéntica, resultaba patente que si la demanda prosperaba, obtenían la parte objeto de la reivindicación, y si la demanda no prosperaba—como así ocurrió—, perdían aquel derecho, y no se olvide tampoco que la pretensión esencial de reivindicar una parte de la finca de «La Morera» tenía por base el que la división efectuada en la finca, de acuerdo con los pactos establecidos, originaban una disminución en el número de hectáreas en lo que respecta al grupo de los hermanos don José y don Joaquín Yanes Criado, y como esta disminución la consideraban injusta, por eso demandaron, con la finalidad de establecer un sistema total de igualdad, que no pudo conseguirse porque los Tribunales estimaron entonces que aquella acción no podía prosperar en ningún caso; y por último, forzoso es recordar la razón, el fundamento esencial de aquella sentencia firme que desestimó la acción reivindicatoria; que en dicha resolución expresamente se hace constar lo siguiente: «Resulta del documento antes dicho que los donantes entregaron a cada uno de los respectivos donatarios la mitad ya divisa de la finca de referencia, con una delimitación o identificación precisa de ambas partes, viniendo a constituir lo donado dos fincas independientes concretamente delimitadas, tal cual se describen en la escritura y se especifican con mayor claridad en el documento que ocupa el folio 99, reconocido por el actor, en el que consta que las dos mitades de La Morera» habían quedado deslindeadas en vida del donante con determinación precisa, habiendo pues de tenerse dichas dos mitades como cuerpo cierto con absoluta independencia»; que en concreto, en la sentencia que se indica se resolvía claramente respecto a la improcedencia de la reivindicación, y para ello se tenía en cuenta la circunstancia de que la finca estaba ya dividida; que cada parte de ella constituía finca independiente, y que con ello quedaba cumplido la voluntad de los donantes; que la parte de aquella resolución, al tener un contenido absoluto, era evidente que ponía fin a la totalidad de las cuestiones planteadas en aquel litigio; pues bien, teniendo en cuenta todo lo expuesto, en el momento en que don Joaquín Yanes Rivero (que trae causa de don Joaquín Yanes Criado), formula su demanda de deslinde de la finca «La Morera», surge inmediatamente la excepción de cosa juzgada, porque el problema objeto de discusión, la cuestión que se somete a los Tribunales, el deslinde (base de ulterior reivindicación) que se pretende plantear, todo ello ha sido ya resuelto en procedimiento anterior, cuya sentencia vincula en forma que no puede haber lugar a duda, tanto al actual demandante como al que lo fué en aquel procedimiento y que ahora tiene ya interés similar; concretamente, don José Yanes Criado; que el artículo 1.252 del Código Civil, que como norma sustantiva expresamente se alega a los efectos de la procedencia de la excepción de cosa juzgada, exige para que esta presunción surta efecto en otro juicio, que, entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea incoada, incurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron; que al propio tiempo la cosa juzgada—refiriéndose, claro está, a la material—tiene dos efectos: uno negativo y preclusivo y otro positivo o perjudicial; el preclusivo implica que la primera sentencia excluye el segundo proceso, o más exactamente, que se dicte resolución de fondo en él, y el perjudicial consiste en que la primera sentencia ha de servir de base a la resolución posterior.

siendo ésta anulable si se dicta en contra de aquélla; que con lo expuesto podría ser más que suficiente para entender que en el presente caso la Audiencia Territorial de Sevilla infringió el artículo 1.252 del Código Civil al no admitir la excepción de cosa juzgada oportunamente articulada; que como realmente en el considerando número dos de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Cazalla se razona cumplidamente sobre la no admisión de la excepción, y la Sala acepta más tarde tal razonamiento para denegar igualmente su pertinencia, forzoso es analizar esos argumentos —un tanto artificioso— que carecen de toda virtualidad; que, en efecto, se dice que toda vez que la identidad de personas es requisito fundamental, así como la identidad de acciones, en el presente caso ninguno de los dos requisitos concurre, porque respecto a la identidad de personas en el pleito anterior fué demandante don José Yanes Criado, y ahora es demandado, y, en cambio, en el pleito actual es demandante don Joaquín Yanes Rivero, que antes no fué parte en el procedimiento; que, además, la acción reivindicatoria es acción típicamente real, y en cambio la acción de deslinde tiene el carácter mixto que la viene concediendo nuestra jurisprudencia; pues bien, ambos argumentos son ineficaces, y lo son, en primer término, porque al aceptar tal tesis se está incurriendo en un verdadero fraude procesal, ya que el planteamiento del actual litigio se ha realizado con un carácter preconcebido, pretendiendo —y consiguiéndolo— romper con todos los efectos de una sentencia firme, evitar los efectos de una ejecutoria y alterar unos pronunciamientos básicos que vinculaban expresamente a las partes, y que por una habilidad evidente se tratan de invertir en favor de aquellos que perdieron el primer litigio; que la identidad de personas resulta tan palpable que basta con tener en cuenta el hecho de que los intereses de don José Yanes Criado y de su sobrino don José Yanes Rivero, son idénticos; el demandar a don José Yanes constituye una habilidad perfectamente comprensible, pero de escasisima eficacia, porque el interesado no podría oponerse legítimamente a las peticiones de la demanda, que al prosperar le beneficiarían clarísimamente, concediéndole precisamente lo que no consiguió en procedimiento anterior; que numerosas veces nuestra jurisprudencia ha resuelto, sobre todo en materia de competencia, este problema, en el sentido de no estimar como verdaderamente demandado a la persona que no puede tener interés contradictorio con el actor; que en el presente caso, es bien claro que don José Yanes Criado no tiene interés contrapuesto con don Joaquín Yanes Rivero si no todo lo contrario, ya que sus pretensiones son idénticas y, por lo tanto, la sentencia le beneficia en toda su extensión; que el hecho de que ahora demanda don Joaquín Yanes Rivero, únicamente tenía por objeto pretender evitar la cosa juzgada, y cuando claramente se demuestra que constituye lo expuesto un fraude procesal, una inversión en los términos de la legitimación activa y pasiva de las partes, una habilidad litigiosa con la que se trata de evitar los efectos de una ejecutoria, entonces no cabe decir que no hay identidad de personas entre ambos procedimientos, porque al hacerlo así se está premiando al litigante habilidoso y se está avalando una conducta procesal evidentemente fraudulenta; que la identidad personal no constituye por otra parte un principio que exija que las personas sean exactamente las mismas, ya que en muchos casos hay identidad de personas cuando los causahabientes demandan con posterioridad, y en todo caso y siempre que el interés sea el mismo, y que no puede existir otro sujeto activo o pasivo en el procedimiento al que vincu-

le la primera o la segunda resolución, la identidad personal existe, como realmente ocurre en el presente caso, en el cual el interés de don Joaquín Yanes Rivero es exactamente el mismo que el de don José Yanes Criado, y como en el procedimiento anterior el interés de don José Yanes Criado, la identidad personal en cuanto al demandantes es evidente, sin que sea necesario examinar la identidad personal respecto de los demandados, ya que tanto el primer procedimiento como en el segundo son los mismos, con esa in-crustación (en el segundo) tan curiosa como la de meter como demandado al propio don José Yanes Criado (verdadero «coadyuvante» del actor, aunque se vista de demandado); que, en definitiva, hay una absoluta identidad personal en el momento en que, si se examina a fondo el problema como se decía al principio del presente motivo de casación, si se analiza seriamente la cuestión, y se medita sobre la situación procesal de cada una de las partes el caso resulta evidente; que tanto en el anterior litigio como en el presente, los demandantes son don José Yanes Criado y los causahabientes de don Joaquín Yanes Criado, y quierase o no, articulase en la forma que se desee la demanda inicial, esta realidad resplandece siempre en el momento en que pensemos que son propietarios de la parte de finca que le discuten al otro grupo de herederos del matrimonio Yanes Criado, y que lo constituyen los actuales recurrentes; que se dice también por el Juzgado de Primera Instancia que no existe identidad de acciones; que la acción reivindicatoria no es de la misma naturaleza que la acción de deslinde, y que cuando las acciones son distintas no es posible hablar de cosa juzgada; pues, bien, con independencia total de esta diferencia entre las dos clases de acciones, lo importante en cuanto a la cosa juzgada no es la naturaleza jurídica en sí de la acción que se ejercita, sino el orden de esta acción, la causa por la cual se promueve y la finalidad a que se aspira; y en este sentido resultará fácil demostrar la absoluta identidad existente entre la ejercitada en el primitivo procedimiento y la promovida en el presente litigio; que entonces se decía «promovemos una acción reivindicatoria de las hectáreas de la finca «La Morera», que son nuestras como consecuencia de la escritura de donación otorgada por nuestros padres con fecha 6 de junio de 1936»; ahora se dice: «promovemos una acción de deslinde de la finca «La Morera» como consecuencia la cual obtendremos esas hectáreas que creemos corresponden, como consecuencia de la donación efectuada con fecha 6 de junio de 1936»; que la petición concreta es la misma; su origen, idéntico; ya que en ambos casos, por uno y por otro procedimiento se pretende obtener esa diferencia en hectáreas que los componentes del grupo de don José Yanes Criado estiman los pertenece; que en aquel primitivo litigio el Juez de Primera Instancia, en sentencia confirmada por la Audiencia Territorial, que quedó firme por haber dejado caducado el recurso de casación, entendió que no procedía la acción reivindicatoria porque se está ante dos fincas independientes perfectamente deslindeadas por los donantes; con lo cual no cabía pensar en que aquellos límites establecidos en la escritura de donación fueran alterados en beneficio de nadie; que aquella sentencia resolvió en forma expresa toda posible discrepancia entre los interesados en cuanto al deslinde de la finca «La Morera», en el sentido de estimar que la situación que debía mantenerse era la establecida en la escritura de donación; que la cosa juzgada persigue siempre y en todo caso que el proceso tenga una terminación definitiva en el sentido de que el pronunciamiento final sea vinculante para las partes, y al propio tiempo

sea inimpugnable, de forma que tal pronunciamiento en favor del demandante o del demandado, haya de ser aceptado por todo el mundo como un acto de autoridad del Estado que concreta en ese caso el Derecho objetivo; que en el supuesto que se contempla la resolución que puso punto final al primer litigio estableció un criterio definitivo, una doctrina terminante: «la finca «La Morera» está ya deslindeada; la reivindicación no procede», con ello se fijó un principio fundamental que ahora no cabe romper inesperadamente, y con ello aquella sentencia vincula expresamente al actual juzgador desde el momento en que el problema que hoy en día se presente, es idéntico al resuelto con anterioridad en forma negativa para las pretensiones del demandante; que por ello, aun siendo las acciones de distinta naturaleza, toda vez que su origen es el mismo y la pretensión idéntica en uno o en otro caso, la cosa juzgada debe producir plenos efectos, porque de lo contrario la institución en sí y el artículo 1.252 de nuestro Código Civil, experimentaría serio quebranto en aquellos casos en que por una habilidad procesal relativa al cambio de las personas de demandante y demandado, o bien por configurar en forma diferente o con matiz distinto la acción inicial ejercitada por cualquiera de estos medios se evitaría la fuerza vinculante de la excepción, se alterarían profundamente los efectos de una ejecutoria y la certidumbre jurídica, que es la aspiración a que se encamina la cosa juzgada, se perdería totalmente desde el momento en que no habría la seguridad necesaria en las resoluciones de los Tribunales; que aceptar la tesis de la demanda —tal como lo hace la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla —es dejar ineficaz el principio de la cosa juzgada, y por ello y por entender que concurren cuantos requisitos la Ley exige para que la excepción prospere, es por lo que se articula el presente motivo.

Segundo. Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; se alega infracción legal por aplicación indebida del artículo 384 de nuestro Código y de la doctrina legal contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1928, 14 de enero de 1936 y 9 de noviembre de 1949, entre otras; que con independencia de la excepción de cosa juzgada, y para el supuesto de que la misma no prosperase, resulta forzoso poner de manifiesto las infracciones que se cometen en lo que respecta al fondo de la cuestión entablada, toda vez que no existe motivo alguno que justifique el ejercicio de la acción de deslinde, con lo cual la aplicación del artículo 384 del Código Civil que se hace por el Juzgado en el Considerando cuarto de su sentencia (motivación jurídica que, como todas las demás, fué íntegramente aceptada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla), es improcedente, según se tratará de poner de manifiesto en un doble sentido; a saber:

Primero. Desde el punto de vista puramente legal, es decir, aplicación posible del artículo 384 y casos en los cuales esta norma legal debe tenerse en cuenta, y

Segundo. De otra parte, desde el punto de vista puramente de hecho, es decir, teniendo en cuenta la prueba practicada y la defectuosa apreciación que de la misma se hace en la sentencia recurrida, siendo de notar que este segundo aspecto de la cuestión será desarrollado en posterior motivo de casación; que el artículo 384 de nuestro Código Civil concede el derecho al propietario de un predio de deslindar el mismo de otros predios contiguos y distintos y, naturalmente, para la aplicación del precepto se exige una serie de requisitos que, para mayor facilidad, se examinarán separadamente. Son los siguientes:

a) Continuidad de dos o más fundos.  
 b) Confusión de sus límites.  
 c) Posibilidad de intrusiones indebidas en la propiedad de cada uno de los fundos; y  
 d) Necesidad de que se aprecie con claridad y precisión la cabida en hectáreas, fanegas u otra medida superficial que tengan las fincas; que de lo expuesto, fácilmente se deduce que la razón fundamental del deslinde estriba en la confusión de linderos, y precisamente la posibilidad de llevarlo a efecto es para evitar las intrusiones que en otro caso se producirían en cada una de las fincas; que de lo expuesto surge como requisito indispensable para el posible ejercicio del derecho de deslinde, que exista la confusión evidente en los límites del predio que se trata de deslindar; por ello, el deslinde prácticamente sólo es posible en los predios rústicos y carece de aplicación cuando se trata de la propiedad urbana, toda vez que ésta aparece casi siempre perfectamente deslindada; que todos los autores se muestran de acuerdo en que sólo en el caso de confusión de predios surge la acción de deslinde, y teniendo en cuenta esta doctrina, en relación con los preceptos que se vienen examinando, es patente que cuando los límites se encuentran bien definidos, cuando los linderos se encuentran bien determinados, cuando la línea divisoria entre los predios aparece con toda claridad, entonces la acción de deslinde es ineficaz, porque, en el supuesto de dar lugar a ella, lo que en el fondo se está haciendo es alterar la realidad ya existente en los límites de los predios que se deslindan; que tal doctrina tiene también su asiento en la Jurisprudencia de este Tribunal Supremo en la materia, que sostiene el mismo criterio que se acaba de exponer; que la sentencia de 14 de enero de 1936 dice que «el derecho de deslinde tiene como eje la confusión de linderos, confiriéndose precisamente para evitar intrusiones, conscientes o no, en propiedad ajena, y de ahí que se requiera como hecho para el nacimiento de aquél que exista aquella indeterminación en los límites del predio que se trata de deslindar»; y con anterioridad, en sentencia de 16 de abril de 1928, y comentando los artículos 285, 386 y 387 de nuestro Código Civil, expresamente se decía: «El derecho que a todo propietario concede el artículo 384 del Código Civil para deslindar sus fincas, con citación de los dueños de las colindantes, es indudable consecuencia del principio de propiedad tal cual se reconoce en la legislación positiva, como determinación y complemento de los derechos dominicales que se desprenden de gozar y disponer de la cosa, que sanciona el artículo 348 del mismo cuerpo legal, sin más limitación que las que impongan las leyes o los contratos, y lleva en sí la finalidad de que consten debidamente aclarados los límites de la propiedad territorial para que los predios de distintos propietarios no se confundan y se eviten intrusiones y perturbaciones de unos contra otros, para lo cual dan reglas los artículos 385, 386 y 387 del Código Civil»; que trasluciendo toda esta doctrina y esta Jurisprudencia al problema concreto que nos ocupa, nos encontramos con que la pretensión esencial del demandante consiste en deslindar la finca «La Morera», como consecuencia de la escritura de donación que se otorgó el día 6 de junio del año 1936; que para que ello fuera posible sería necesario que entre las dos fincas que integran «La Morera», absolutamente independientes, perfectamente identificadas, existiese aquella confusión de límites a que se refiere el artículo 385 de nuestro Código Civil, pero tal confusión sólo se encuentra en la mente del demandante y, ahora recurrido, ya que si se acude a la escritura de donación claramente se hace constar lo que sigue: «Mitad restante de

la finca «La Morera» ya divisa, con indicación exacta de los linderos que corresponden a la parte adjudicada a doña Cándida y a don Antonio, y de aquellos otros que corresponden a la parte adjudicada a don José y don Joaquín; que no hay confusión que justifique el ejercicio de la acción de deslinde, toda vez que reconocida y aceptada por los litigantes la autenticidad de esa escritura de 6 de junio de 1936 (donación), por virtud de la cual don Antonio Yanes y doña María Josefa Criado hicieron a favor de sus hijos la transmisión es patente que al hacerla entregaron a cada uno de los donatarios la mitad ya dividida de la finca, con una delimitación o identificación precisa, de tal forma que las dos fincas son independientes, tal como se describen en el propio documento, donde constan las dos mitades de «La Morera»; que se han empleado las mismas palabras utilizadas por el Juzgado de Primera Instancia de Cazalla al dictar la sentencia por la cual se denegó la acción reivindicatoria, y su contenido resulta lo suficientemente expresivo para que ninguna duda ofrezca, que acordar el deslinde de lo que ya está separado, que acordar la división de lo que está dividido, constituye una infracción del artículo invocado, pues no es posible alterar el contenido de la escritura inicial que era la que precisaba los límites exactos de las fincas donadas; naturalmente que ante una situación como la indicada para poder llegar a la aplicación del artículo 384 del Código Civil, el Juzgado de Primera Instancia emplea un argumento, que después recoge la Sala, cuya consistencia es tan endeble, que la parte recurrente no puede comprender la razón que pueda justificar tal criterio; que en efecto, se dice que «si bien es cierto que por el donante se efectuó una división de la finca «La Morera», situando a derecha e izquierda de las calles que forman su plantación unos piquetes, de acuerdo con la costumbre de término municipal, en que la finca se encuentra, tal división sólo puede considerarse como un proyecto de deslinde»; criterio éste tan subjetivo del Juzgado que, naturalmente, estimar como proyecto lo que en realidad es un deslinde equivale a entender que en ningún caso puede admitirse la división de una finca, cuando dicha división podemos convertirla inesperadamente, en un simple proyecto; que el propietario donante de la finca realizó sus trabajos, puso los piquetes, efectuó la división, y en el momento de donar, hizo constar expresamente que la finca ya estaba dividida, estableciendo con claridad los linderos de la parte que correspondía a cada grupo de hermanos; que casi veinte años más tarde resulta que aquella división realizada por el donante, que aquella colocación de los piquetes, que aquel trabajo que se tomó el propietario y que aquella expresión de su voluntad de que la finca estaba dividida, queda ineficaz porque se entiende que todo aquello era un simple proyecto, sin trascendencia alguna; que el argumento es tan inconsistente que no se crea en ningún momento que pudiera mantenerse; que de otro lado, para reforzar esa débil alegación de que la división realmente producida era un simple proyecto, el Juzgado acude a la propia escritura de donación y entiende que desde el momento en que los donantes quisieron transmitir «la mitad» a cada grupo de hijos, esta mitad ha de ser exacta, y como la parte de doña Cándida y de los hijos de don Antonio tiene mayor número de hectáreas, la donación no responde a un criterio exacto y es forzoso deslindar sobre la base de dividir exactamente por mitad; que tal criterio tampoco es aceptable, porque en el fondo se está desvirtuando la acción de deslinde; se la está convirtiendo en una acción real de tipo reivindicatorio o de igualación de cabidas, en el sentido de que por este

procedimiento se obtiene en el fondo un mayor número de hectáreas que meses antes se habían negado en el declarativo correspondiente, donde claramente se ejercitaba la acción reivindicatoria; que desde el momento en que en la división de la finca «La Morera», no hay confusión desde el momento en que cada grupo de donatarios, tiene su parte perfectamente identificada; desde el momento en que la parte de cada uno integra una sola y única finca; desde el momento en que la finca donada tiene unos linderos perfectamente conocidos; desde el momento en que desde la propia escritura se está partiendo de que la finca ya está dividida; desde el momento en que fué el propio donante quien se preocupó de poner los medios necesarios para efectuar la división, siendo de todo ello así, es patente que ejercitar la acción de deslinde era impropio, y que toda vez que la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla ha dado lugar a la demanda, se ha producido la infracción que se acusa con todas sus consecuencias, sin que sea lícito al amparo de un deslinde injustificable, tratar de obtener o reivindicar un determinado número de hectáreas de una finca concreta y específica.

Tercero. Al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, que se deduce, de una parte, de la confesión prestada por el propio demandante, y de otra, de documentos auténticos que ponen en evidencia la equivocación del juzgador, con infracción del artículo 1.232 del Código Civil; que ya se dijo al iniciar el motivo de casación anterior, que la infracción en el tema de fondo, tenía un doble signo; de una parte, la vulneración legal, por aplicación indebida del artículo 384 del Código Civil; de otra, el error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba, que en este caso aparece demostrado en los dos aspectos indicados, ya que de la confesión del demandante se deduce la defectuosa apreciación de la prueba realizada por la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, y al propio tiempo existen en autos documentos auténticos que ponen igualmente en evidencia la equivocación del juzgador; que se ha de insistir en que el deslinde no podía prosperar desde el momento en que la división se encontraba totalmente efectuada, pero al margen de esta realidad, es lo cierto que al analizar la confesión prestada por el demandante, se aprecia lo siguiente: A la pregunta quinta del pliego de posiciones, consistente en que manifestara «si es cierto que poco tiempo antes de presentar la demanda, el dicente acudió a la Notaría de don José Clavero Núñez para levantar un acta de la finca «La Morera», se contesta expresamente «que es cierto, sin recordar si fué antes o después de presentada la demanda»; a la pregunta sexta, encaminada a que el declarante manifestase «si es cierto que en aquella ocasión el declarante pudo comprobar que aparecía clara e inconfusa la línea divisoria que separa en dos partes la finca «La Morera», se contesta diciendo lo siguiente: «que lo único que ha visto es que en la dicha finca existe una línea divisoria que separa las dos parcelas en que fué dividida, y que dicha línea divisoria desde la parte que conoce el dicente, o sea, desde el centro de la finca aproximadamente hasta la linde con Valejo, está formada por piquetas en las encinas y alcornoques, y por mojonas, pero que al llegar a la linde con Valejo continúan en esta última finca los piquetes, pero no los mojonas»; pues bien, ante unas manifestaciones de ese carácter, ante una confesión tan terminante, en la que se está diciendo que al demandante le consta que la división está hecha, que personalmente ha exami-

ñado la finca, ha visto los piquetes, ha comprobado la existencia de mojonos, los ha recorrido, y se ha dado cuenta de que la división aparece debidamente realizada, no es posible sostener que procede de nuevo efectuar el deslinde, y no ofrece dudas de interpretación la confesión del demandante, y siendo ello así, dar lugar al deslinde, con olvido de estas expresas manifestaciones, es incurrir en el error de derecho que era forzoso acusar para completar el cuadro de infracciones existentes en el presente caso; que en autos existe toda una serie de documentos de carácter auténtico, toda vez que han sido expresamente reconocidos por los litigantes, cuyo contenido tampoco se ha tenido en cuenta por el Juzgado de Primera Instancia al fallar, ni por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla, al confirmar el fallo del Juzgado; que en efecto, con independencia de la escritura de 6 de junio de 1936, documento auténtico que tampoco ha sido tenido en cuenta, los herederos de don Antonio Yanes y de doña María Josefa Criado, concertaron los siguientes compromisos:

a) Convenio privado de 6 de junio de 1936;

b) Convenio privado de 10 de octubre de 1937; y

c) Convenio de 13 de febrero de 1939; que en los tres convenios indicados los interesados acuerdan determinadas medidas a efectos de que la donación realizada por sus padres tuviera un principio de absoluta equidad, en el sentido de que no se adjudicara a una persona determinada una cantidad de finca de valor superior a las que se adjudicaran a otra, buscando siempre la compensación para evitar la referida desigualdad, siendo de notar que incluso en 13 de febrero se hizo expresa referencia a «La Morera» en el sentido de mantener lo que resultaba evidente, y es que la finca se contraba dividida; que el Juzgado de Primera Instancia entendió que los dos primeros documentos (6 de junio de 1936 y 10 de octubre de 1937), al no hacer referencia a la división de «La Morera», carecían de toda virtualidad; y en cuanto al tercero (13 febrero 1939), como el mismo era fundamental, se sostiene que en el fondo dicho documento supone una enajenación, y, por consiguiente, como en la misma estaba interesado un menor, dicha enajenación es ineficaz y el documento resulta nulo de pleno derecho; que oportunamente, en motivo de casación posterior, se analizará la infracción legal que se comete al estimar que el documento de 13 de febrero de 1939 entraña una enajenación para la que hiciera falta la autorización judicial, desde el momento en que existían menores interesados, bastando en el presente con poner de manifiesto el error en la apreciación de la prueba que se deriva del hecho de no tener en cuenta el contenido del tan citado documento; que en el mismo se hace constar expresamente que «por donación de don Antonio Yanes Chávez y doña Josefa Criado Márquez les fueron cedidas participaciones en la finca «La Morera», del término municipal de Cazalla de la Sierra, donándose la mitad a don Joaquín Yanes Criado y a don José Yanes Criado, y la otra mitad a doña Cándida Yanes y don Antonio Yanes, según escritura otorgada el 6 de junio de 1936, habiendo quedado deslindadas las dos mitades de dicha finca en vida de don Antonio Yanes, por medio de piquetes en los alcornocues divisorios, y cuyos linderos van por el llamado arroyo de la «Contienda», continuando después por los sitios señalados por los piquetes en los alcornocues, siendo la mitad de don José y don Joaquín la más próxima a la finca «El Pinto», y la otra mitad de doña Cándida y don Antonio la más cercana a la finca «Puerto Blanco». «Este documento lo firman y suscriben, de una parte, don José Yanes Criado y doña Amalia

Rivero, viuda de don Joaquín, por sí y como representante de sus hijos, entre ellos el actual demandante, y de otra parte, doña Cándida Yanes y doña María Jesús Vázquez Rojo, viuda de don Antonio Yanes, por sí y como representante de sus hijos menores»; que es tan concreto el contenido del documento, tan terminantes sus manifestaciones, que no puede comprenderse cómo su contenido no ha sido tenido en cuenta en el momento de resolver la petición de deslinde indebidamente formulada por don Joaquín Yanes Rivero; dice el Juzgado que el citado documento es nulo por las razones que más tarde se examinará, y al margen de esa nulidad, es lo cierto que implica una fórmula de división que no es posible aceptar desde el momento en que pensamos que la finca «La Morera» se dividió por mitad, pero por mitad estricta, por iguales partes, y como la realidad es que la parte de finca que corresponde a doña Cándida y a los hijos de don Antonio tiene mayor número de hectáreas que la que corresponde a don José y a los hijos de don Joaquín, dicha división no es la adecuada ni tampoco la querida por el donante, cuya intención era la de igualar a los donatarios, evitando que la porción donada a cualquiera de ellos pudiera ser mayor que la donada a cualquier otro hijo o grupo de hijos; pues bien, al insistir el Juzgador en este argumento olvida el juego de los documentos de 6 de junio y de 10 de octubre de 1937, y olvida otros dos documentos evidentemente trascendentes de fechas 10 de mayo y 5 de diciembre de 1938; que, en efecto, la totalidad de los documentos refleja que siendo distintas las partes donadas por el matrimonio Yanes Criado, siendo de diferente extensión las fincas donadas a cada uno de sus hijos en los cuatro grupos en que los dividió, era forzoso buscar un medio de compensación para el supuesto de que el lote que correspondiera a un grupo de hijos pudiera tener un valor superior al que correspondiera a otro grupo; que para ello se aceptó por todos los donatarios el sistema de peritaje, y se aceptaron igualmente las soluciones dadas por el perito, en el sentido de aumentar o disminuir los lotes o de fijar indemnizaciones de tipo económico; y así, por lo que respecta al lote adjudicado a don José y don Joaquín Yanes Criado, era evidente que resultaba de menos cabida que el adjudicado a doña Cándida y don Antonio Yanes Criado, y como consecuencia, ya en el documento de 10 de octubre de 1937 se acordaba que a este lote, al de don José y don Joaquín, se adjudicasen 95 fanegas procedentes de la finca «El Postigo», que era la destinada a cubrir esas diferencias aparecidas en el valor de los lotes; que estas 95 fanegas que les fueron cedidas a los hermanos don José y don Joaquín Yanes Criado han sido posteriormente vendidas por el propio demandante, dando así su expreso asentimiento al acuerdo en su día adoptado por su madre y representante legal, doña Amalia Rivero; que en 10 de mayo de 1938, el propio don José Yanes Criado suscribe un documento por el cual declara haber recibido de sus hermanas, doña Cándida y doña María Jesús Vázquez (viuda de don Antonio), la cantidad de 1.057 pesetas con 50 céntimos, importe del precio de 70 olivos, que deberían ser de la propiedad del lote de don José y don Joaquín, y que, sin embargo, quedan en el lote de doña Cándida y de don Antonio; posteriormente, en 5 de diciembre de 1938, la propia doña Amalia, actuando en nombre de sus hijos, declara haber recibido la cantidad de 1.057 pesetas con 50 céntimos, importe expreso de los 71 olivos que, debiendo corresponder a su lote, se encuentran, sin embargo, adjudicados a doña Cándida y don Antonio; que todo este grupo de documentos revela sencillamente que entre los hijos del matrimonio Yanes Criado se buscaron unas fórmulas

de compensación que pudieran evitar desigualdades entre los hijos; se establecieron unos sistemas de indemnizaciones de acuerdo con el valor de las fincas transmitidas en donación; se utilizaron medios y procedimientos igualatorios que servirían para no crear perjuicios a ninguno de los hijos del matrimonio donante, pero manteniendo siempre las fincas adjudicadas con arreglo a los límites fijados por los propios donantes, con lo cual, ese único argumento que sucesivamente se viene utilizando por el Juzgado de Primera Instancia y que cabe resumir en el sentido de que la igualdad ha de mantenerse en los lotes en todo momento y circunstancia, ese argumento carece de toda consistencia, porque precisamente, en honor a esa igualdad y para evitar todo quebranto económico a cualquiera de los donatarios, se buscó la compensación, bien en terrenos, bien en olivos, bien en metálico; pero naturalmente la compensación es una cosa y el deslinde otra totalmente distinta, que, sin embargo, se confunden y se barajan en la totalidad de los considerandos de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia; que se compensó porque los lotes eran desiguales, y por lo que a la finca «La Morera» se refiere, la desigualdad estaba en que dentro de los linderos fijados por el propio donante, la parte de doña Cándida y de don Antonio tenía mayor número de hectáreas que la de don José y don Joaquín, y ello desde el primer momento con plena conciencia por parte del donante, y lo que es más curioso, con conocimiento exacto de los donatarios y del propio demandante, que en el pleito ha confesado que ha recorrido los linderos de la finca «La Morera», comprobando la existencia de los piquetes y de los mojonos divisorios; que por todo ello, el defecto de apreciación de la prueba, al no tener en cuenta el conjunto de todos estos documentos, al no apreciar su contenido literal y su lógica finalidad, es patente, porque lo que evidentemente no es posible, lo que no es fácil concebir, es que una finca delindada el año 1936 por su propietario, estableciendo perfectamente los mojonos divisorios y originándose, como consecuencia, dos fincas totalmente independientes, tenga que volver a ser dividida en el año 1955, sin razón ni motivo que pueda justificarlo.

Cuarto. Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se alega infracción legal por aplicación indebida de los artículos 1.809 de nuestro Código Civil y 164 del propio texto legal, en relación con los artículos 1.261, 1.300, 1.301 y 1.309 del referido Código, y doctrina legal contenida en sentencias de este Tribunal Supremo de 10 de abril de 1908, 3 de marzo de 1909 y 8 de junio de 1917, entre otras; que el argumento utilizado por el Juzgado de Primera Instancia de Cazalla de la Sierra (considerando sexto de la sentencia) para evitar la fuerza vinculante del documento de 13 de febrero de 1939, fue el de considerar que dicho documento era nulo de pleno derecho, afectado de una nulidad radical que tenía su origen en un defecto esencial de consentimiento, toda vez que, integrando una transacción se había otorgado únicamente por la madre del demandante, sin la preceptiva autorización judicial; que son tan diversas las infracciones que se cometen con tal criterio, que para mayor claridad en el desarrollo del motivo se examinarán separadamente, son las siguientes:

a) Calificación jurídica del documento de 13 de febrero.

b) Supuesta la naturaleza jurídica de transacción, eficacia del citado documento dentro de las reglas generales de contratación; y

c) Necesidad de la autorización judicial a los efectos de la eficacia del documento de 13 de febrero; que sin necesidad de sentar criterios, ni de establecer

conceptos concretos y determinados, es patente que toda transacción implica en un cierto sentido, de una parte una relación jurídica incierta, o lo que es igual, una causa litigiosa; de otro lado, una intención por parte de los contratantes de sustituir una relación dudosa por otra cierta y definitiva, y por último, una recíproca concesión por virtud de la cual, cada uno de los interesados da, promete, o retiene algo que en determinadas ocasiones implica un sacrificio; que nuestro Código Civil, en el artículo que se ha alegado como infringido, dice que la transacción es el contrato por el cual las partes dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado; que teniendo en cuenta el concepto que se acaba de reproducir, y teniendo a la vista el documento de 13 de febrero de 1939, desde ningún punto de vista y bajo ningún concepto entendemos que el citado documento de 13 de febrero pueda representar una auténtica transacción; lo único que dicho documento contiene es un deslinde de una finca, mejor dicho un reconocimiento de la realidad de este deslinde, pero sin que sea posible hablar en ningún caso de transacción; más aún, la transacción presupone un algo confuso, en algo que está pendiente de una resolución, y por lo que al caso de autos se refiere el confusonismo habría de referirse a los linderos, o a la cabida de la finca «La Morera»; ahora bien, si realmente hubo transacción sobre los linderos o sobre la división de la finca «La Morera», la confusión tuvo que desaparecer, ya que, en otro caso, no tendría razón de ser la mutua concesión, y si se tiene en cuenta que el principio fundamental de que parte el Juzgado y la Audiencia es de que «nunca se ha llegado a realizar el deslinde» la conclusión única posible es la de que no se verificó el deslinde, en cuyo supuesto es patente que toda la argumentación de la sentencia dictada por la Sala al aceptar los razonamientos del Juzgado caería por su base; que la realidad es que no cabe en ningún supuesto hablar de transacción, porque no es posible configurar el documento de 13 de febrero de 1939, como un verdadero contrato de transacción; que el propio Juzgado, cuando llega a examinar el problema, no se atreve a estimar que realmente nos encontramos ante una transacción, y única entre lo que afirma es que al reunir tal carácter, implica una enajenación en un sentido amplio del concepto; que ello indica que la realidad es que en ningún caso se puede considerar como transacción lo que no era sino una simple aceptación de unos límites establecidos en una finca por el donante de la misma a los comparecientes en el documento; que, sin embargo, y con la finalidad de agotar toda posible argumentación en un supuesto que desde el principio aparece con notoria claridad, cabe aceptar la hipótesis de la transacción, y entonces se podría preguntar si esa transacción o ese contrato de 13 de febrero de 1939, reúne cuantos requisitos el Legislador exige para considerarlo como válido, toda vez que con arreglo al criterio de la sentencia recurrida el documento se encuentra afectado por un vicio de nulidad, en el sentido de que falta el consentimiento necesario para completar la capacidad de los menores interesados; que ninguna duda ofrece que en el momento de otorgar el documento, concurren todos los interesados, haciéndolo las viudas de don Joaquín y de don Antonio en representación de sus hijos menores; que existe un consentimiento evidente, un objeto claro y una causa perfectamente delimitada y lícita, con lo cual y desde este primer punto de vista, es patente que aquel contrato era válido y debía producir plenos efectos en derecho; que el artículo 164 de nuestro Código Civil prohíbe la enajena-

ción de los bienes de los menores sin la previa autorización judicial; y es de preguntar si la transacción es acto traslativo o es acto declarativo, pues si es lo primero, implica enajenación; si en cambio es lo segundo, y toda vez que el acto declarativo se limita a dar constancia de una situación anteriormente existente, no cabe pensar que se trate de una enajenación; que también sin ningún ánimo doctrinal y solamente con el criterio de los autores en esta materia, pueda sostenerse que la transacción no es título traslativo de derecho, sino simplemente título meramente declarativo; que en la transacción no hay intención recíproca de transferir o adquirir la propiedad, y lo que se renuncia no es una cosa o un derecho, sino a la pretensión que sobre dicha cosa o sobre dicho derecho, tenía cada una de las partes y siendo así, no cabe hablar de acto de enajenación, y por lo tanto no cabía aplicar el 164 del Código Civil, ni mucho menos declarar nulo el documento de 13 de febrero; que el propio Código Civil (artículo 1.810) admite que el padre y en su caso la madre, puedan transigir sobre bienes y derechos de sus hijos siempre que el valor del objeto sobre el que la transacción recaiga estuviera o, mejor dicho, no excediera de dos mil peestas; que nadie durante la tramitación del litigio, ha citado estos preceptos, ni nadie ha sacado a relucir el contenido económico del documento de 13 de febrero; la razón de ello estriba en que nadie pensó en que el documento de 13 de febrero implicaba una transacción y claro es que desde el momento en que en el origen del tema, en la raíz de la cuestión, se llegue a la evidente conclusión de que no hay transacción, todo lo demás resulta de tipo bizantino; que la infracción legal estriba en la calificación jurídica del documento, y desde el momento en que el citado documento no supone más que una simple aceptación de unos límites en su día establecidos, tratar de alterar su contenido otorgándole una calificación de tipo distinto, es infringir sus preceptos, lo cual autoriza a formular este último motivo de casación, al margen de una serie de realidades que claramente se deducen del contenido total del litigio, realidades que se podrían resumir todas ellas en el sentido de que una simple acción de deslinde, en la mayoría de los casos objeto de una diligencia de tipo elemental prácticamente de jurisdicción típicamente voluntaria, no puede originar un desmembramiento de la propiedad, no puede alterar profundamente una situación establecida veinte años atrás con pleno consentimiento de todos los interesados, y prácticamente impuesta por el propio donante; que no es posible pretender deslindar lo que ya está deslindado, y en esta expresión se resume la totalidad de cuantos argumentos pueda esgrimir en el presente recurso; que por lo demás, cabría asimismo acogerse al contenido del artículo 1.309 de nuestro Código Civil; el efecto, por sí lo expuesto no fuera bastante, es lo cierto que por parte del demandante y ahora recurrido, se ha realizado una serie de actos propios que subsanan toda posible nulidad; de una parte, en su menor edad no tenía interés contrapuesto con su madre; de otra, en el actual procedimiento la madre no fué demandada, pese a la facilidad del señor Yanes Rivero de dirigir la acción contra toda persona, cualquiera que sean sus circunstancias, resulta patente que la madre causó quebranto con su conducta a los intereses del hijo (se recoge la propia tesis del demandante); por último el señor Yanes Rivero, vendió bienes, percibió la compensación, dispuso de los referidos bienes, realizó actos propios de indudable valor y trascendencia, y confirmó con su conducta, cualquier acto anterior, aunque fuera anulable y por eso cabría aplicar, en último caso, y como

postrer argumento el artículo 1.309 de nuestro Código Civil, que admite la confirmación de cualquier contrato anulable:

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Juan Serrada Hernández;

CONSIDERANDO que el primero de los motivos del recurso va encaminado a impugnar la sentencia recurrida en cuanto desestimó la excepción de cosa juzgada alegada por la parte demandada y recurrente en el pleito, ya que con anterioridad otro de los condueños de la finca que se pretende deslindar, demandó a las mismas personas ejercitando una acción reivindicatoria, reclamando la misma extensión de terreno que en la actualidad se pretende sea incluida dentro de los límites que se señalan, fundándose en el mismo título de dominio, y reclamándose para sí y para la comunidad, pleito que terminó por sentencia firme absolutoria para los demandados;

CONSIDERANDO que la excepción de cosa juzgada, consagrada y regulada en el artículo 1.252 del Código Civil en su propio sentido, como dice la sentencia de este Tribunal Supremo de 7 de julio de 1943, la eficacia y autoridad que la Ley, como suprema exigencia del orden y de la seguridad que han de imperar en la vida social, reconoce a la sentencia que estima o desestima la pretensión hecha valer en la demanda o en la reconvencción, y para cumplir este fin el citado precepto únicamente se refiere a la cosa juzgada en sentido material, que tiene trascendencia sobre procesos futuros, y exige que entre el pleito anterior y en el que se invoca, concurra la triple identidad —eadem res, eadem causa, eadem persona— lo que hace preciso realizar un juicio comparativo entre las acciones ejercitadas en ambos procedimientos en orden a estas identidades;

CONSIDERANDO que si bien es cierto que del derecho del dominio y para protegerle, nacen distintas acciones, que pueden darse con absoluta independencia obedeciendo a motivos distintos, unos para reprimir una perturbación total que implica el desconocimiento del dominio y el que hace nacer la acción reivindicatoria, que fué la ejercitada en el primer pleito y otras de alcance más limitado, para señalar los límites de una finca, acción que se dice actuar en el presente pleito, autorizada por los artículos 384 a 387 del Código Civil, sin que entre ellas se de una incompatibilidad que origine la excepción de cosa juzgada —limitándose respecto de tales acciones a las que son materia de la cuestión planteada—, la doctrina jurisprudencial tiene declarado con reiteración, sentencias de 22 de junio de 1895, 25 de abril de 1900 y 23 de noviembre de 1928, entre otras, que la denominación distinta de la acción ejercitada no puede desnaturalizar la identidad de causa de pedir y la calidad con lo que lo sea, y en este caso, es claro que en ambos pleitos se invoca el mismo título, la escritura de donación de 6 de junio de 1936 por virtud de la cual, adquirieron los litigantes o causantes de dos de ellos, determinada finca rústica, y en cuya escritura se describe y dice que ya está dividida en dos porciones, señalando su extensión y valor, que dice son los mismos, no obstante lo que, y aún existiendo una diferencia de tal extensión, siendo inferior la parte correspondiente al actor y condueños, según se reconoce y prueba en el pleito, con anterioridad a la donación, el donante ordenó se hicieran unas señales en los árboles que separan una y otra porción, lo que corrobora que en la escritura de donación se expresara que ambas porciones estuvieran divididas, lo que unido a otra escritura de igual fecha en la que los donatarios se obligan a hacer, previo dictamen pericial, determinadas compensaciones, que tuvieron lugar, para obtener una igualdad en el valor de los lotes atribuidos a los hijos de los donantes y dado el contenido del pleito, que

acredita que no se ejercita una acción de deslinde en sus propios términos, pues lo que se pretende claramente es que dentro de la porción, ya dividida por los donantes, se comprenda un número de hectáreas que dicen tienen de menos, las mismas que fueron objeto del primer pleito, es evidente que una y otra acción son de igual naturaleza y envuelven la misma pretensión deducida en los dos pleitos, tratando de eludir la excepción de cosa juzgada, usando de una denominación distinta, a lo que se opone la doctrina jurisprudencial citada, y la de la sentencia de 30 de noviembre de 1953;

**CONSIDERANDO** que asimismo tiene declarado la jurisprudencia de este Tribunal Supremo —sentencia de 7 de febrero de 1881— que cuando la cuestión es la misma, idéntica la causa de pedir, los fundamentos o títulos en que se apoyan las respectivas pretensiones y la condición de las personas con relación a esos títulos, obsta la cosa juzgada, aunque las personas no sean físicamente las mismas y aun cuando se invoque contra aquéllas que no litigaron en el pleito anterior, doctrina que ratifican las sentencias de quince de febrero de mil novecientos veintinueve y ocho de julio de mil novecientos veintisiete, y con mayor razón es aplicable esta doctrina así como la anteriormente citada porque de no estimarse la excepción de cosa juzgada, la contradicción con lo que ya se resolvió, sería tan manifiesta que no podrían coexistir ambos fallos;

**CONSIDERANDO** que estimado el primer motivo del recurso procesalmente fundado en el número quinto del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es pertinente el examen de los demás.

**FALLAMOS** que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto a nombre de doña Cándida Yanes Criado, doña María Jesús Vázquez Rojo, doña María Josefa Yanes Vázquez, doña Juana y don Antonio Yanes Vázquez, representados estos dos últimos por su tutor don Julio Barragán Cordobés, contra la sentencia que en 12 de febrero de 1955 dictó la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Sevilla; sin hacer expresa imposición de las costas causadas en este recurso; devuélvase el depósito que tiene constituido y librese al Presidente de la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» e insertará en la «Colección Legislativa», pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.—Leída y publicada fué la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Juan Serrada Hernández, Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y Ponente que ha sido en estos autos, estando celebrando audiencia pública la misma en el día de su fecha, de que como Secretario certifico.

## JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION

### MADRID

Don José Luis Ponce de León y Beloso, Juez de Primera Instancia número ocho de esta capital.

Por el presente, y a virtud de lo acordado en providencia dictada con esta fecha en los autos promovidos por el Procurador don Santos de Gancarillas Calderón, en nombre del Banco Hipotecario de España, contra don Andrés Talavera Aroca, sobre secuestro, posesión interina y venta de la finca que después se describirá, hipotecada en garantía de un préstamo de veinte mil pesetas, intereses de

demora, costas y gastos ocasionados; se anuncia la venta en pública subasta, por término de quince días, de la siguiente:

Finca hipotecada.—En Vicálvaro (Madrid):

Casa de una planta, en la calle hoy denominada del General Sanjurjo, antes de Francisco Sierra, número 52, o sea el lote número seis (A), manzana T, del plano general, sita en dicho término municipal, distrito hipotecario de Alcalá de Henares. Linda: al Oeste, en fachada principal, con la calle de Francisco Sierra, hoy General Sanjurjo en línea de 20 metros; Sur o derecha, entrando, con la calle del Rosario, en línea de 10 metros; al Norte o izquierda, con el lote número 5, en igual línea de 10 metros, y al Este o testero, con lote número 6 (B), en línea de 20 metros. La superficie total es de 200 metros cuadrados, de los que ocupa la edificación a una planta un área de 140 metros cuadrados, destinándose el resto a patio.

Para la celebración del remate, que tendrá lugar en la Sala Audiencia de este Juzgado número ocho, sito en la calle del General Castaños, número uno, planta baja derecha, se ha señalado el día veiocho de febrero próximo, a las once y media de su mañana, fijándose como condiciones las siguientes:

Primera. Servirá de tipo para la subasta de la finca descrita la cantidad de cuarenta mil pesetas, convenida por las partes en la escritura de constitución de hipoteca, y no se admitirán posturas que no cubran las dos terceras partes del expresado tipo.

Segunda. Para tomar parte en la subasta deberán los licitadores consignar previamente en la mesa del Juzgado o en el Establecimiento público destinado al efecto el diez por ciento en efectivo de la mencionada cantidad fijada como tipo, sin cuyo requisito no serán admitidos.

Tercera. La consignación del precio del remate se verificará a los ocho días siguientes al de la aprobación del mismo.

Cuarta. Los títulos de propiedad, suplidos por certificación del Registro, se hallarán de manifiesto en la Secretaría del que refrenda, debiendo conformarse con ellos los licitadores, sin tener derecho a exigir ningunos otros.

Quinta. Las cargas o gravámenes anteriores y los preferentes, si los hubiere al crédito del actor, continuarán subsistentes, entendiéndose que el rematante los acepta y queda subrogado en la responsabilidad de los mismos, sin destinarse a su extinción el precio del remate.

Y para su inserción en el «Boletín Oficial del Estado» con quince días hábiles de antelación cuando menos al señalado para la subasta, se expide el presente en Madrid a dieciocho de enero de mil novecientos sesenta y uno.—El Juez de Primera Instancia, José Luis Ponce de León y Beloso.—El Secretario (ilegible).—527.

• • •

En el Juzgado de Primera Instancia número diecisiete de esta capital se sigue juicio voluntario de testamentaria de don Julio Minuesa Luengo, promovido por doña Manuela Sierra Tarodo, a la que representa actualmente, en concepto de pobre, el Procurador don Juan Corujo y López Villamil, en cuyos autos se ha dictado la siguiente:

«Providencia: Juez señor Fernández.—Juzgado de Primera Instancia número diecisiete.—Madrid, veintinueve de enero de mil novecientos sesenta y uno.—Dada cuenta: Se tiene por presentado el precedente escrito, al que se acompaña el complemento de las operaciones divisorias de la herencia de don Julio Minuesa Alonso.—Proveyendo a lo solicitado en dicho escrito y lo establecido en el artículo mil setenta y nueve de la Ley de Enjuicia-

miento Civil el complemento de las operaciones divisorias presentadas por dichos Contadores Partidores póngase de manifiesto en la Secretaría de este Juzgado, por término de ocho días, a fin de haciéndosele saber a las partes, lo que se efectuará por lo que se refiere a los presuntos y desconocidos herederos de don Nicolás Petra Andrés Muela, fallecida según está acreditado en autos, por medio de los oportunos edictos, que se insertarán en el «Boletín Oficial del Estado», para lo cual se entregarán al Procurador señor Corujo, para que gestione la debida inserción.»

Dado en Madrid, para su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» a veintitrés de enero de mil novecientos sesenta y uno. El Juez de Primera Instancia (ilegible).—El Secretario (ilegible).—510.

### SAN FELIU DE LLOBREGAT

A los efectos dispuestos en el párrafo final del artículo 19 de la Ley de Suspensión de Pagos, de 26 de julio de 1922, y en el auto de este Juzgado de Primera Instancia, de fecha 29 de septiembre último, dictado en el expediente de suspensión de pagos del comerciante don Tomás Amelburu Delgado, se hace público que por la mencionada resolución judicial se ha probado el convenio, tramitado, en forma escrita, al que se han adherido favorablemente, acreedores que representan más de los dos tercios del total pasivo y que fué modificado por los propios acreedores.

La parte dispositiva de dicho auto es del tenor siguiente: «Su señoría, por ante mí el Secretario, dijo: Que debe aprobar y aprueba el convenio, al que se han adherido favorablemente acreedores que representan más de los dos tercios del total del pasivo que modificado por los propios acreedores es del tenor que se transcribe. Se manda a los interesados a estar y pasar por él adoptándose al efecto las providencias que correspondan; librese el oportuno mandamiento al señor Registrador Mercantil de esta provincia, para la anotación del convenio, expidiendo a tal fin exhorto al Juzgado de igual clase de turno de los de Barcelona; dese a esta resolución la publicidad que se acordó dar a la providencia inicial de este expediente, y una vez gane firmeza el referido convenio cesen en el cargo los Interventores nombrados.—Así por este auto lo provee, manda y firma el señor don Terenciano Alvarez Pérez, Juez de Primera Instancia de este partido, doy fe.»

Dada la gran extensión del convenio transcrito en el auto de aprobación del convenio, el señor Juez de Primera Instancia de San Felíu de Llobregat, mediante providencia de fecha de hoy, a instancia de la representación del suspenso ha acordado que en los edictos se sustituya la inserción literal del expresado auto por la relación extractada del mismo, consignándose expresamente que por el artículo primero de dicho convenio aprobado, los acreedores designan, de entre ellos, una Comisión que representará en todo momento, a la masa de acreedores y actuarán en su interés, formada por los legales representantes del Banco de Aragón, S. A.; doña María Montserrat Martí Puig, como heredera de don Juan Pairet Figueras, y don Manuel Conde Cabeza, a cuya Comisión invisten de las más amplias facultades en todo cuanto dice relación con sus títulos acreditativos contra don Tomás Amelburu Delgado, con la misión específica de proceder a la realización de todos los bienes, créditos y derechos que constituyen el activo patrimonial de su mencionado deudor, y con los productos que obtengan hacer pago a los acreedores en lo que cubran o alcance, en forma rigurosamente proporcional a la cuantía de sus respectivos créditos, sin

otras preferencias o prioridades que las de aquellos que gocen y usen del derecho de abstención tenga preferencia por prescripción legal u obligaciones contraídas con posterioridad a la solicitud deducida por don Tomás Amelburu Delgado ante el Juzgado de Primera Instancia de San Felú de Llobregat, para ser declarado en estado legal de suspensión de pagos, incluyendo, expresamente, entre dichas obligaciones primaciales, las tasas judiciales, derechos y demás gastos originados o devengados en el mencionado proceso especial de suspensión de pagos y actuaciones seguidas a Lombre del deudor en otros Juzgados, Tribunales, Magistraturas de Trabajo, Organismos públicos, entidades, Sociedades o Empresas individuales, comprendiendo también las dietas debidas a los señores Interventores judiciales en el expediente de suspensión de pagos, honorarios de los Peritos tasadores, del Abogado del deudor, en todos los procedimientos y por razón de los asesoramientos prestados, y adelantos y suplidos de los causídicos que hayan representado a don Tomás Amelburu Delgado en los indicados procedimientos. Y que los sucesivos pactos, hasta el 11, reglamentan las facultades de la Comisión, la provisión de las vacantes, la cesión por el deudor de todos los bienes, créditos, activos y derechos relacionados en el activo del balance definitivo; la distribución de sus productos; el otorgamiento de un amplísimo mandato por parte del deudor a la Comisión o persona en quien ésta delegue; la imputación de los gastos e impuestos que origine; la realización de las derramas entre los acreedores; la forma de establecer el saldo y finiquito de todos los acreedores y las ulteriores relaciones con el deudor y facultad de cesión a éste de los bienes que se indican previo el cumplimiento del requisito que se señala. Y, por último, que los Interventores han de cesar en su función tan pronto como gane firmeza el convenio.

Y, por último, se hace saber a todas las personas que tengan interés en el expresado auto o su impugnación que el original y los autos se hallan a su disposición en Secretaría, y que se facilitará copia literal de aquella resolución a los acreedores que la pidan a los Interventores.

San Felú de Llobregat a 26 de enero de 1961.—El Juez de Primera Instancia (ilegible).—El Secretario (ilegible).—569.

#### TOLOSA

Don Antonio Nabal Necio, Juez de Primera Instancia de esta villa de Tolosa y su partido.

Hago saber: Que en el procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria que se sigue en este Juzgado a instancia del Procurador don José García del Cerro, en nombre y representación del Banco Exterior de España, Sociedad Anónima, contra la Empresa «Adolfo Llanos, S. A.», sobre reclamación de 6.241.567,14 pesetas de principal intereses y costas, he acordado la venta en pública subasta de la finca siguiente, especialmente hipotecada:

«Terreno de veintiséis mil doscientos treinta y dos metros treinta y ocho decímetros cuadrados de extensión superficial, radicante en jurisdicción de Irura y próximo a la carretera general, que linda: por Norte, con carretera de Irún a Madrid, propiedad de doña Josefa Barrenechea y del caserío Aguirre; al Sur, con terrenos de Katategui-Chuqui, Katategui-Aundi; al Este, pertenecidos de Aguirre y de Lasquibar, y al Oeste, con propiedad de don José María Arrieta, de doña Josefa Barrenechea y de Katategui-Aundi.

Y dentro del mismo, y lindando, por tanto, por todos sus lados con terreno propio, las siguientes edificaciones:

1. Edificio industrial, integrado por una nave de setenta metros de longitud y veintidós metros ochenta decímetros de fondo que hacen mil trescientos sesenta y ocho metros cuadrados, destinada a fundición de aceros; instalaciones auxiliares en planta baja y de una planta de sesenta metros de fondo cuatro metros anchura, destinada a laboratorios, oficina y dispositivos eléctricos. El tipo de construcciones es de una estructura de hormigón armado con arcos prefabricados apoyados y sin atrirantar, cuyo esfuerzo se absorbe por contrafuertes de la misma estructura. El edificio se halla cubierto con viguetas de hormigón armado y uralita. Consta de dos puentes grúas sobre vigas carril a cinco metros treinta centímetros y nueve metros de altura de la rasante de la solera, siendo su altura media de la bóveda. La cubierta de la parte destinada a oficinas es de placas de hormigón y los cerramientos de ladrillo revocado y ventanales de hormigón premoldeado.

2. Pabellón industrial, destinado a almacén separado del anterior y perpendicular a él, de treinta metros de longitud por once metros cuarenta centímetros de anchura, que hacen trescientos cuarenta y dos metros cuadrados, con postes, vigas y cubierta de hormigón armado. Los cerramientos, de ladrillo, y ventanales de hormigón premoldeado. Su altura es de cuatro metros cincuenta centímetros entre suelo y techo.

3. Depósito elevado de agua, construido de hormigón armado, para una capacidad de sesenta metros cúbicos, sobre dos costillas perpendiculares de hormigón de forma hexagonal. Tiene una altura de dieciséis metros desde la rasante del terreno y contiene su caseta de bomba mandando el agua de pozos existentes en el propio solar.

Obras de urbanización consistentes en construcción de una calle de acceso para tráfico rodado, arrancando desde la carretera general de Madrid a Irún, con pavimento resistente para carga importante, construido a base de firme de piedra revestido con recibo y limitado por bordillo de hormigón premoldeado y las aceras para peatones.

Saneario general para aguas negras y de lluvia, con colector que vierte al río Oria, y conducción del alumbrado eléctrico, tomando desde la línea de alta tensión para usos industriales y alumbrado general.

Inscrita al tomo 576, libro noveno de Irura, folio 108, finca 333, en el Registro de la Propiedad de esta villa, inscripción tercera.»

Para el acto del remate, que tendrá lugar en la Sala Audiencia de este Juzgado, sito en la plaza de la Justicia, número 1, de Tolosa, se ha señalado el día diez de marzo próximo, a las once de su mañana, bajo las siguientes condiciones:

Primera.—Sire de tipo para esta segunda subasta el setenta y cinco por ciento de la suma de diez millones de pesetas que fué pactada en la escritura de constitución de hipoteca, y no se admitirá postura alguna que no cubra el indicado setenta y cinco por ciento de la suma referida.

Segunda.—Para tomar parte en la subasta deberán los licitadores consignar previamente en la mesa del Juzgado, o establecimiento destinado al efecto, una cantidad igual, por lo menos, al diez por ciento de la que sirve de tipo a esta segunda subasta, sin cuyo requisito no serán admitidos, cantidades que serán devueltas a sus respectivos consignantes, excepto la que corresponda al mejor postor, que quedará como garantía de la

obligación que contraen, y, en su caso, como parte del precio de la venta.

Tercera.—Los autos y la certificación correspondiente del Registro de la Propiedad se hallan de manifiesto en la Secretaría del Juzgado para los que deseen tomar parte en la subasta, entendiéndose que todo licitador acepta como bastante la titulación, y que las cargas y gravámenes anteriores y los preferentes, si los hubiere, al crédito del actor continuarán subsistentes, sin destinarse a su extinción el precio del remate quedando el rematante subrogado en la responsabilidad de los mismos.

Dado en Tolosa a veinticuatro de enero de mil novecientos sesenta y uno.—El Secretario, Lázaro Alvarez.—El Juez de Primera Instancia, Antonio Nabal.—601.

#### VALENCIA

Don Daniel Ferrer Martín, Magistrado, Juez de Primera Instancia del número uno de Valencia.

Por el presente hago saber: Que en este Juzgado se tramita expediente promovido por doña Fernanda Amador Duarte, sobre declaración de fallecimiento de su esposo, don Idefonso Márquez Rodríguez, nacido el día 4 de febrero de 1916, casado de profesión mecánico, hijo de Sebastián y de Cristobalina, natural de Huelva, en cuya población tuvo su domicilio, en la calle Barrio Obrero, número 4, hallándose casado con la expresada doña Fernanda Amador Duarte, de cuyo matrimonio existe un hijo llamado Sebastián Márquez Amador, nacido en Huelva; manifestando la instante del expediente que su expresado esposo marchó a Alemania para prestar servicios en la casa Arado Flu Gzeugwerke, de Rathenow, donde falleció como consecuencia de bombardeos y ataques enemigos.

Lo que se hace público a los fines dispuestos en el artículo 2.042 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Dado en Valencia a 14 de enero de 1961. El Juez, Daniel Ferrer Martín.—El Secretario, Liberato Chuliá.—447.

1.ª 6-2-1961

#### JUZGADOS MUNICIPALES

##### ANTEQUERA

Don Eugenio J. Vida Lumpié, Juez municipal de Antequera, provincia de Málaga.

Por el presente edicto hago saber: Que conforme a lo ordenado por la superioridad se va a proceder por este Juzgado al expurgo extraordinario de los asuntos archivados en el mismo, anteriores a primero de enero de mil novecientos cuarenta y cuatro, de índole criminal, en los que no hubiera declaración de derechos de orden civil distintos de la mera indemnización de daños y perjuicios; de índole gubernativa de carácter intrascendente y sin posible clasificación y de índole social, con excepción de los que tengan por objeto contratos de trabajo y los de arrendamientos rústicos; además, con carácter ordinario, se va a proceder al expurgo de todos aquellos procedimientos que, con arreglo a las leyes civiles, penales o disposiciones de carácter administrativo, hayan sido incoados antes de primero de enero de mil novecientos treinta.

A este efecto se señala un plazo de quince días, a partir de la publicación de este edicto en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Boletín Oficial» de esta provincia, para que por las personas o entidades que se consideren interesadas en algún procedimiento puedan formular las correspondientes reclamaciones.

Dado en Antequera a veintiséis de enero de mil novecientos sesenta y uno.—El Juez municipal, Eugenio J. Vida Lumpié. El Secretario (ilegible).—525.