

IV. Administración de Justicia

TRIBUNAL SUPREMO

SALA PRIMERA

Sentencias

En la villa de Madrid a 5 de julio de 1961; en el incidente promovido en este Tribunal Supremo por don Miguel Ariño Górriz, mayor de edad, industrial y vecino de Zaragoza, representado por el Procurador don Natalio García Rivas y dirigido por el Letrado don Angel Gracia Oliveres; contra don Alejandro-Armando Pérez Ezquerro, industrial y de la misma vecindad, como representante de doña María del Pilar, doña María Antonia, doña María Teresa, don Rafael María, doña María Paz y don José María Martínez del Peral y Fortón, mayores de edad y vecinos de Zaragoza, sobre ineficacia o nulidad de actuaciones, estando representados estos últimos por el Procurador don Joaquín Alfaro Lapuerta y defendidos por el Letrado don Emilio Hernández.

RESULTANDO que el Procurador don Natalio García Rivas, en representación de don Miguel Ariño Górriz, interpuso ante este Tribunal Supremo recurso de injusticia notoria contra la sentencia dictada en apelación con fecha 9 de noviembre de 1959 por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, en autos contra don Alejandro-Armando Pérez Ezquerro como representante, en virtud de poder de 25 de abril de 1957, de doña María del Pilar, doña María Antonia, doña María Teresa, don Rafael María, doña María Paz y don José María Martínez del Peral y Fortón, que actuaron como demandados en la primera instancia, como apelantes en la Audiencia y que han comparecido como recurridos en este Tribunal Supremo en 4 de octubre de 1959, representados por el Procurador don Joaquín Alfaro Lapuerta, sobre declaración de carácter de una finca urbana:

RESULTANDO que declarado dicho recurso de injusticia notoria, concluso para sentencia, el Procurador don Natalio García Rivas, en la representación que ostenta de don Miguel Ariño Górriz, ha formulado demanda incidental al amparo de la normativa contenida en los números segundo y tercero del artículo 745 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, manifestando sustancialmente que había llegado a su conocimiento que los recurridos, hermanos Martínez del Peral Fortón, por medio de su mandatario don Alejandro-Armando Pérez Ezquerro habían otorgado por escritura pública un contrato de compraventa del inmueble objeto del pleito a favor de don Alfonso, don José y don Antonio Ginés Lalana el día 8 de octubre de 1959; que el conocimiento de tal hecho lo había obtenido como consecuencia de la demanda formulada por los expresados señores Ginés Lalana contra el demandante sobre resolución del contrato de local de negocio; que asimismo había tenido conocimiento de que las propietarias doña María del Pilar y doña María Antonia habían contraído matrimonio o por lo menos se encontraban casadas en la fecha de aquella escritura, con los señores don Germán de Argumosa y Valdés y don Inigo Coello de Portugal, los cuales intervinieron como tales esposos en aquel acto de transmisión; y que por consiguiente el día 8 de octubre de 1959, los hermanos Mar-

tinéz del Peral y Fortón dejaron de ser titulares dominicales del inmueble de que se trata, y dos de aquellas hermanas habían contraído matrimonio después de iniciado el procedimiento, ejercitando unos derechos procesales e incluso en algunas, sin capacidad para ello como designar Procurador, percibir rentas mensuales y oponerse al recurso. Y después de alegar en derecho, terminó suplicando que se dicte resolución por la que se declare la falta de legitimación pasiva y por ende falta de personalidad en el Procurador don Joaquín Alfaro Lapuerta para representar a unos mandantes que han dado traslado a otras personas de sus derechos sobre las cosas litigiosas y particularmente por haber terminado la personalidad con que litigaban sus poderdantes doña María del Pilar y doña María Antonia Martínez del Peral y Fortón; e igualmente falta de personalidad en las dos anteriores individualizadas personas, como consecuencia del matrimonio contraído después de iniciado el procedimiento; y por todos y en cualquiera de las tres causas, se declare ineficaz toda actuación realizada por el mencionado Procurador en nombre de su poderdante, o se declaren nulas todas las actuaciones desde el momento de la comparecencia, por haberse infringido normas procedimentales de carácter público, condenando en costas a la actual parte recurrida en cuanto a las causadas en este incidente y a las ocasionadas por todas las actuaciones ineficaces o nulas dentro del recurso de injusticia notoria, en razón de haber dado lugar a las mismas indebidamente y con manifiesta temeridad y mala fe.

RESULTANDO que admitida a trámite la expresada demanda incidental, el Procurador don Joaquín Alfaro Lapuerta, en representación de los recurridos conteso oponiéndose a la misma, manifestando sustancialmente y entre otros extremos, que planteado el incidente después de declarar conclusos los autos para sentencia, procedía rechazarlo por haberlo sido fuera de término hábil, ya que la doctrina procesalista está de acuerdo en reconocer que la declaración de conclusión cierra los debates y significa la preclusión definitiva de toda alegación; y además, que el objeto litigioso no es el inmueble, sino la calificación de locales provisionalmente o definitivos por el recurrente como arrendatario. Y después de alegar en derecho, terminó suplicando se dictara resolución rechazando el incidente con imposición de costas a la parte recurrente:

RESULTANDO que recibido el incidente a prueba, no se ha practicado ninguna, por haberse presentado el escrito de proposición el último día del periodo concedido para proponerla y practicarla:

RESULTANDO que en la tramitación de este incidente se han observado las prescripciones legales:

Siendo ponente el Magistrado don Luis Vacas Andino:

CONSIDERANDO que si bien la providencia que declaró conclusos los autos para sentencia dió fin al debate entablado sobre el recurso interpuesto y cerró el paso a nuevas alegaciones sobre tal recurso, ya que la sentencia que se pronuncia habrá de circunscribirse necesariamente a los términos de los escritos en que el recurso ha sido formalizado e impugnado, ello no obsta a la existencia de nue-

vos hechos que sin afectar al fondo del recurso pueden influir sobre la personalidad de las partes intervinientes en el mismo o producir la nulidad de determinadas actuaciones, lo que habría de examinarse dentro del procedimiento incidental a que se refieren los artículos 741 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo cual la demanda formulada por el recurrente debió, como se hizo, ser admitida a trámite:

CONSIDERANDO que los recurridos intervinieron en el juicio con el carácter de demandados en la primera instancia y con el de apelantes en la segunda en la que recayó sentencia estimatoria de sus pretensiones, sentencia que han de tener interés en mantener, por lo cual no puede negárseles el derecho a continuar en el proceso no obstante haber enajenado la finca sobre que recaía el contrato de arrendamiento disculido, sin perjuicio del derecho de los adquirentes de la misma a comparecer en el recurso en tiempo y forma para cuanto interesase a la defensa de sus derechos:

CONSIDERANDO que la mujer casada carece de la capacidad necesaria para comparecer en juicio y no puede realizar por sí misma actos procesales con efectos jurídicos, debiendo ser suplida tal falta de capacidad procesal por el marido, conforme prescribe el artículo 60 del Código Civil, por lo cual las recurridas doña María del Pilar y doña María Antonia Martínez del Peral y Fortón, que otorgaron poder en 25 de abril de 1957 para comparecer en juicio a favor de don Alejandro-Armando Pérez Ezquerro cuando se hallaban en estado de solteras, poder que dicho apoderado sustituyó en favor del Procurador don Joaquín Alfaro Lapuerta y en cuya virtud éste compareció en el recurso con escrito de 4 de diciembre 1959, fecha en la cual dichas recurridas habían contraído matrimonio según se desprende de la escritura de compraventa de la finca de 8 de octubre de 1959, es visto que al tiempo de la comparecencia del citado Procurador sus indicadas poderdantes por haber adquirido la condición de casadas carecían de la capacidad necesaria para actuar por sí propias, y en su consecuencia es de estimar la falta de personalidad de dichas demandadas y la de su Procurador, por lo que procede declarar nulas las actuaciones en que éste en la representación indicada ha intervenido.

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos la falta de personalidad de las demandadas doña María del Pilar y doña María Antonia Martínez del Peral y Fortón, así como la de su Procurador don Joaquín Alfaro Lapuerta para actuar en el recurso de que el presente incidente dimana y en tal particular estimamos la demanda y declaramos nulo lo actuado por tal Procurador en la representación indicada, y declaramos asimismo no haber lugar a estimar la falta de personalidad de los demás demandados, a quienes absolvemos de la demanda, sin hacer expresa imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Manuel Ruiz Gómez, Luis Vacas.—Francisco Arias.—Eduardo Ruiz.—Bernabé A. Pérez Jiménez.—Rubricados.

Publicación.—Leída y publicada fue la anterior sentencia por el excelentísimo se-

por don Luis Vacas Andino, Magistrado de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, ponente que ha sido en estos autos, celebrando audiencia pública la misma en el día de su fecha, de que como Secretario certifico.—Emilio Gómez Vela.

*

En la villa de Madrid a 5 de julio de 1961; en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 21 de los de Madrid, y en grado de apelación ante la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial también de Madrid, por don Antonio Alonso Pinto, mayor de edad, casado, mecánico y de esta vecindad, con doña Francisca Julia de León Estévez, mayor de edad, soltera, sin profesión y de igual vecindad, sobre impugnación de venta de un piso; autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de injusticia notoria interpuesto por la parte demandada representada por el Procurador don Gabriel Sánchez Malingre y dirigida por el Letrado don Antonio Montesinos Villegas; habiendo comparecido en el expresado recurso la parte actora y recurrida, representada por el Procurador don Joaquín Aicua González y dirigida por el Letrado don Marcelino Benedit Bitrián:

RESULTANDO que por el Procurador don Fernando García Martínez, en nombre de don Antonio Alonso Pinto, y mediante escrito de 26 de febrero de 1958, que pur reparto correspondió al Juzgado de Primera Instancia número 21 de los de Madrid, se dedujo demanda contra doña Francisca Julia de León Estévez, sobre impugnación de venta de un piso, y cuya demanda basó en los siguientes hechos:

Primero.—Que don Antonio Alonso Pinto es arrendatario del piso segundo exterior derecha, letra C, de la casa General Pardiñas, número 87, en virtud de contrato de arrendamiento concertado en 18 de marzo de 1934, con el administrador de la citada casa, en aquella fecha, don Tadeo Reig Buñols, por una merced arrendaticia de 960 pesetas anuales.

Segundo.—Que en 10 de enero de 1957, el administrador arrendador y en concepto de propietario de la finca de la calle del General Pardiñas, número 87, dirigió una carta al actor, en la que notificaba que, conforme con el Decreto de 30 de noviembre de 1956, procedía aumentar al inquilino del piso segundo exterior derecha letra C la cantidad de 6.65 pesetas mensuales a partir de 1 de enero de 1957, cuyo aumento ha sido satisfecho, pero no fué declarado a la Hacienda como tal aumento de renta, dentro de los tres primeros meses.

Tercero.—Que durante los meses de enero a junio del año 1957 fué abonada al actor la renta incrementada, y al llegar el mes de julio, sin que la propiedad cumpliera los requisitos del artículo 101, vuelve a girar otro aumento de 6.65 pesetas que le es abonado por error.

Cuarto.—Que el día 17 de julio de 1957, al igual que dieciocho inquilinos más de la misma casa, el Notario don Santiago Pelayo remitió por correo certificado, junto con oficio de remisión, una cédula de notificación del acta autorizada por testimonio del mismo fedatario en 12 de julio de 1948, número 1.933 de su protocolo, por el que se decía que las propietarias tenían el propósito de vender la casa por pisos y notificaban, por lo que respecta al piso segundo C, que el comprador del mismo era doña Paloma del Castillo Olivares, soltera, vecina de Madrid, Don Ramón de la Cruz, 14, y que el precio de la venta del citado piso era el de 58.000 pesetas.

Quinto.—Que el actor y asimismo los demás inquilinos, una vez que examinaron los documentos relacionados con el hecho que antecede, advirtieron que los precios de las rentas de los pisos eran excesivos, y no se acomodaban a la ca-

pitalización del 3 por 100 de la renta anual, porque los conceptos capitalizados, unos no constituían la renta anual y otros no eran capitalizables, por lo que en forma colectiva hicieron saber a las propietarias que les devolvieran las cantidades excesivas que de renta se habían pagado a partir de 1 de enero de 1957, y que conforme a la Ley de Arrendamientos y a la reducción de la renta por término de dos años, a la cuantía declarada a efectos fiscales, que no era otra, con respecto del piso objeto de autos que la de 1.328,40 pesetas y no la de 1.740 pesetas, base de la capitalización al 3 por 100 que las propietarias del piso han fijado para determinar el precio de 58.000 pesetas para la venta del piso.

Sexto.—Que el actor se resistió a pagar las rentas que correspondieran a los meses sucesivos, si no se reducían hasta el límite de la cuantía declarada a efectos fiscales, por lo que fué demandado de desahucio.

Séptimo.—Que en 2 de enero de 1958 es vendido el piso objeto de autos a doña Francisca Julia de León Estévez, en el precio de 58.000 pesetas, que no es la persona que se designó.

Octavo.—Que la capitalización que ha sido tomada para la venta del piso ha tenido como base el recibo de 1 de julio de 1949, siendo equivocada, ya que en él se incluye como renta capitalizable 3.10 pesetas mensual por alcantarillado, cuando este concepto o bien es una contribución especial o bien es una tasa por utilización de su servicio municipal, y en ambos casos no constituye renta; que se ha tomado igualmente como renta el concepto de «aumentos solares», por importe que 3,55 pesetas, cuando este impuesto no tiene la consideración de renta, pues no afecta a la riqueza urbana, pues los solares, lo mismo edificados que sin edificar, no son riquezas urbanas. Invocó los fundamentos de derecho que estimó aplicables, y terminó suplicando se dictara sentencia declarando haber lugar a la impugnación solicitada, estimando por excesivo el precio estipulado en la escritura pública de venta del piso segundo exterior letra C de la calle sita en General Pardiñas, 87, condenando a la demandada a no poder negar la prórroga del contrato de arrendamiento, fundándose en la causa primera del artículo 62 de la Ley, con expresa imposición de costas:

RESULTANDO que admitida la demanda y emplazado el demandado, compareció en su nombre el Procurador don Gabriel Sánchez Malingre, quien mediante escrito de fecha 7 de marzo de 1958, contestó y se opuso a la referida demanda en base a los siguientes hechos:

Primero.—Niega todos los hechos de la demanda.

Segundo.—Que es cierto el primero de la demanda.

Tercero.—Que en cuanto a los hechos segundo y tercero de la demanda, lo único cierto es que en 10 de enero de 1957, la propiedad del cuarto objeto del juicio, en cumplimiento de lo que dispone el artículo 10 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, comunicó al inquilino demandante que incrementaba la renta con el aumento autorizado por Decreto de 30 de noviembre de 1956, y que no sólo no opuso reparos, sino que pagó los recibos de los meses de enero hasta junio, con el porcentaje de aumento a que se refiere el Decreto mencionado, y los de julio, agosto y septiembre, todos de 1957, con el porcentaje de los dos semestres; que en cuanto a las rentas declaradas a la Hacienda, ni son éstas las que han de servir de base para calcular el precio de transmisión, ni la renta declarada en la fecha de venta del cuarto objeto del juicio, es la de 17 de julio de 1957, sino la de 29 de agosto del mismo año.

Cuarto.—Que aunque fuera cierto el correlativo, carecería de importancia en cuanto a la acción entablada.

Quinto.—Que el precio de venta del piso objeto de autos es el resultado de capitalizar al 3 por 100 la renta anual que en el momento de la transmisión pagaba el inquilino, y así se desprende del recibo de julio de 1957, que arroja un total de 164,75 pesetas y deducidos de él los servicios y suministros, se tiene la renta legal, constituida por la renta base y sus incrementos y aumentos autorizados, que se eleva a 145 pesetas.

Sexto.—Que el hecho de que los inquilinos quisieran reducir por dos años la renta, tal intento no puede tener eficacia alguna.

Séptimo.—Que lo único cierto es que la demandada compró el piso objeto del juicio por el precio de 58.000 pesetas, el 2 de enero de 1958.

Octavo.—Que la capitalización ha sido tomada efectivamente del recibo de julio de 1957, y de los de agosto y septiembre, también pagados, y que coinciden exactamente con el anterior; que los dos primeros plazos del aumento autorizado por Decreto de 30 de noviembre de 1956 se pagaban ya, y no era necesario apelar al procedimiento del artículo 101 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y así lo evidencia el documento número 7 aportado de contrario; que en cuanto a los aumentos de solares y alcantarillado, son perfectamente aplicables a la capitalización, porque ni son servicios ni suministros, únicos conceptos excluidos por el artículo 95 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que es el aplicable, ya que eran repercutibles y los pagaba el inquilino con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley, y dado que en manera alguna pueden considerarse como contribuciones especiales; que el aumento por impuesto de alcantarillado no es precio del arrendamiento, sino un arbitrio o exacción municipal, cuyo importe puede repercutirse sobre el inquilino, y pasa a formar parte de la renta legal. En los fundamentos de derecho opuso la excepción de falta de litis consorcio pasivo necesario, al haber sido demandada únicamente a la compradora, y después de alegar lo que estimó pertinente en orden a la contestación, terminó suplicando se dictase sentencia desestimando la demanda y absolviendo de la misma a la demandada primeramente, y sin entrar en el fondo de la cuestión, por estimar la excepción alegada, y para el caso de no prosperar esta excepción por el fondo de la cuestión debatida, con imposición de costas al actor:

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

RESULTANDO que unidas a los autos las pruebas practicadas, el Juez de Primera Instancia del número 21 de los de Madrid dictó sentencia con fecha 10 de julio de 1958, por la que, desestimando la demanda, absolvió de la misma a la demandada con costas a la parte demandante:

RESULTANDO que apelada la anterior sentencia por la representación de la parte actora, y sustanciada la alzada con arreglo a derecho, la Sala Primera de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid dictó sentencia con fecha 9 de diciembre de 1958, por la que, revocando la del inferior, declaró haber lugar a la impugnación formulada, estimando ser excesivo el precio estipulado en la escritura pública de venta del piso segundo exterior letra C de la casa sita en la calle del General Pardiñas, número 87 de esta capital, y en su consecuencia condenó a la demandada a no poder negar la prórroga del contrato de arrendamiento a la parte actora, fundándose en la causa primera del artículo 62 de la Ley; todo ello con imposición de las costas de primera instancia a la referida demandada, y sin

hacer especial pronunciamiento de las causadas en la segunda instancia:

RESULTANDO que por el Procurador don Gabriel Sánchez Malingre, en nombre de doña Francisca Julia de León Estevez, y sin constituir depósito, dada la disconformidad de las sentencias, se ha interpuesto contra la anterior resolución recurso de injusticia notoria al amparo de los siguientes motivos:

Primero.—Fundado en la causa tercera del artículo 136 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por infracción, por interpretación errónea, del artículo 53, párrafo primero, caso segundo, de la propia Ley de Arrendamientos Urbanos, y por infracción, también por interpretación errónea, del artículo 95 de la misma Ley, ambos en relación con el artículo único del Decreto de 26 de enero de 1951, y con el Decreto de 26 de julio de 1956, artículos 1.º y 2.º; que el artículo 53, párrafo primero, caso segundo, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, dice que el precio de la transmisión no excederá de la capitalización de la renta anual, que en el momento de la transmisión pague al inquilino, capitalizada, en este caso al 3 por 100; que para determinar cuál sea la renta anual se preciso acudir al artículo 95 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; que está admitido que la renta que debe servir de base a la capitalización es la del mes de julio de 1957, cuyo recibo se acompañó a la demanda; su importe, excluido el aumento por diferencia en el coste del servicio de portería y del suministro de agua, es el de 145 pesetas mensuales, que capitalizadas al 3 por 100 dan 58.000 pesetas, precio de venta del piso; que esta misma resta es la que se pagaba en 11 de mayo de 1956; y el artículo 126 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 31 de diciembre de 1946, hasta entonces vigente, dice que las diferencias por elevación de contribución, cuando se trate de vivienda o local de negocio construidos u ocupados por primera vez antes del 2 de enero de 1942, podrán seguir siendo derramadas por el arrendador proporcionalmente a las rentas; que la Ley de 1946 hacía alusión únicamente a la derrama de las contribuciones; pero, por imperativo del Decreto de 26 de enero de 1951, este artículo había de comprender también las diferencias por elevación de exacciones de carácter local, al decir en su artículo único que se considerarán comprendidos en el artículo 126 del texto articulado de la Ley de 31 de diciembre de 1946 las diferencias por elevación de las exacciones de carácter local; dice el recurrente que el alcantarillado y el arbitrio de solares son exacciones de carácter local, independientemente de la naturaleza jurídico-fiscal de impuestos, derecho, tasa, etc., lo que ni importa ni hace al caso presente; que el alcantarillado, al igual que el arbitrio de solares, son, pues, exacciones locales que se venían pagando en 11 de mayo de 1956, y deben ser capitalizadas al igual que la contribución territorial, dado que a ella le equipara el artículo único del Decreto de 26 de enero de 1951, modificando el artículo 126 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946; que éste es el criterio sostenido por la doctrina al interpretar el artículo 95 de la Ley arrendaticia vigente, y así Lacasa Coarasa, en su monografía «El precio en el arrendamiento urbano», distingue entre la renta legal para los contratos celebrados con anterioridad al 12 de mayo de 1956, y en la sinopsis que expone en la página 65 de su referido trabajo, dice que para los primeros la renta legal será la que en 12 de mayo de 1956 cobrare el arrendador, con todos los incrementos que percibiera, salvo los correspondientes a diferencias en el coste de los servicios o suministros; que hoy la Ley habla de «arbitrios», no de «exacciones»; pero, puesto que se trataba, en cuanto al alcantarillado y solares de exacciones locales repercutibles y repercutidas, conforme al artículo 126 de la Ley

de 1946, modificado por el artículo único del Decreto de 26 de enero de 1951, no puede haber duda de que constituyen renta legal; que el concepto de «arbitrio» es más restringido, pero llega Lacasa a la conclusión de que lo que el legislador se ve claramente que desea es la posibilidad de repercusión de todas las exacciones que vengan a gravar directamente la propiedad urbana, con la finalidad de que al no poderse elevar las rentas, queda siempre libre la renta tasada, que se estima debe percibir el arrendador; por ello, cree que el término «arbitrio» debe ser interpretado como «exacción» y, por tanto, incluir dentro de él los derechos y tasas y toda clase de gravámenes, tanto del Municipio como de las Diputaciones provinciales, que gravan directamente la propiedad urbana; que la sentencia recurrida se ha limitado a razonar en su primer considerando que no tienen la consideración de renta legal los aumentos que viniera satisfaciendo el inquilino por razón de diferencias en el coste de los servicios de suministros, entre los cuales se encuentran los que el vendedor del piso excluyó de la capitalización para obtener el precio y además las cantidades que en concepto de «tasas» se vienen pagando a la Administración local en compensación a la prestación de servicios públicos municipales, entre los que se halla el «servicio de alcantarillado», por lo que el precio de la transmisión debió ser inferior al en que fue vendido; que independientemente de que no sea «tasa» la exacción local por alcantarillado, puesto que lo que caracteriza a las «tasas» es su nota de voluntariedad (las académicas, las judiciales), se trata de una exacción, sin que importe la finalidad que con ella se persigue, se pagaba en 11 de mayo de 1956 y constituye, por tanto, renta legal conforme se ha razonado; dice el recurrente que bastaría con lo dicho para dejar bien sentada la procedencia de que se declare haber lugar al recurso, pero a fin de dejar más patentizada la improcedencia del fallo recurrido, pasa a exponer cómo el mismo ha infringido los citados preceptos, además de por las razones dichas, por las siguientes: A) De cómo la exacción municipal por alcantarillado no puede confundirse con los «servicios» a que alude el párrafo segundo del artículo 95 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; que ya en el Decreto de 26 de julio de 1956, dictado en cumplimiento de lo que dispone el artículo 102 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se viene a distinguir entre las diferencias por creación o elevación de impuestos o arbitrios para el Estado, la Provincia o el Municipio, a que se alude en el artículo 1.º y «los aumentos de coste en los servicios y suministros», que dice «podrá repercutirlos el arrendador sobre el inquilino en la forma que el precepto señala, que podrá, además, instalar aparatos contadores para los suministros»; que la sentencia confirmatoria dictada por la Audiencia, respecto de otro piso de la misma casa, recoge en uno de sus considerandos el contenido del Decreto de 26 de julio de 1956, exponiendo textualmente en su quinto considerando «que los servicios y suministros a que se refiere este segundo párrafo del artículo 95 son todos aquellos que el arrendador viene obligado a prestar al inquilino, entendiéndose por servicios—según algún científico—aquellos que requieren la intervención inmediata de alguna persona, como las prestaciones de portería, ascensores, centralilla telefónica, etc., y por suministros aquellos que no requieren tal intervención, como el agua, electricidad, el gas, la calefacción, etcétera»; que otra sentencia confirmatoria, dictada también por la Audiencia, con respecto a otro piso de la misma casa, dice que «los servicios a que se refiere el párrafo segundo del artículo 95 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, debe entenderse que son aquellos que se prestan por el propietario-arrendador para

la mayor comodidad de sus arrendatarios, bien por obligación de los intereses de los distintos usuarios o arrendatarios de una finca, tales como los de portería, agua, calefacción, limpieza, etc., que, en definitiva, tienen en su origen un carácter particular y voluntario, pero no, en cambio, aquellos otros impuestos necesaria y obligatoriamente por el Estado o Corporaciones públicas, que tienen un carácter general y que no permiten una derrama exactamente proporcional al uso que se hace de ellos, pues tienen en su retribución una parte general por el solo hecho de su existencia exigida por razones de seguridad, higiene y salud pública o alta política, incendios y tantos otros servicios de carácter general y obligatorio, se usen o no por persona o ciudadanos concretos y determinados y cuyo uso no puede excusarse ni sustituirse, como ocurre con los servicios particulares»; que pretender confundir el servicio de portería o de ascensor con la exacción municipal por el servicio de alcantarillado es pretender llegar a un bizontinismo sin límites; que se debe además tener presente que la Ley no habla de «servicios y suministros», sino de «diferencias en su coste» y aquí no puede sostenerse fundadamente que el inquilino del piso objeto de autos paga la diferencia de lo que cueste la limpieza y mantenimiento del alcantarillado de su casa; que de otra parte, llegar a la conclusión de la sentencia recurrida implica una interpretación extensiva, amplia y generosa del artículo 53, en relación con el 95 de la Ley arrendaticia urbana, cuando se trata de un precepto doblemente excepcional, sobre todo si se recuerda que la disposición adicional quinta de la Ley citada autoriza al Gobierno para dejar sin efecto la acción impugnatoria regulada en el último párrafo del artículo 53; que en todo caso, insiste en que lo que aquí se discute es la exacción municipal por el concepto de alcantarillado; y pretender que el alcantarillado es servicio porque sirve para pagar un servicio, equivaldría a sostener que también lo son las demás contribuciones e impuestos—cuya capitalización se ha admitido expresamente en la sentencia y en la demanda—porque todas sirven para pagar los servicios públicos; que la cantidad que paga el inquilino por el concepto de alcantarillado es la que ha ingresado el arrendador en las arcas municipales del Ayuntamiento de Madrid, en cuyo presupuesto de ingresos figuran estas cantidades, que no se destinan de manera especial para el coste del servicio de alcantarillado, sino que se engloban en la Caja del Ayuntamiento para atender a las diferentes necesidades del Municipio; que no se puede poner en duda que el alcantarillado es una exacción municipal, y si la Ley hubiera querido que se excluyera de la capitalización lo hubiera dicho expresamente, como ha hecho con las contribuciones especiales que, conforme el artículo 106, no constituyen renta legal, y de ahí el empeño de la parte recurrida de pretender calificar el alcantarillado—e incluso el aumento de solares—como contribuciones especiales, lo que en todo caso solamente hubiera tenido eficacia de haber sido el contrato de inquilinato posterior al 11 de mayo de 1956, conforme ha dicho más arriba. B) De cómo el arbitrio de solares ha de capitalizarse, bastaría para llegar a esta conclusión considerar que no está comprendido en el párrafo segundo del artículo 95 de la Ley de Arrendamientos Urbanos; que ni siquiera un término—que nunca concepto—se puede encontrar que sirva de base para incluirlo en dicho párrafo, y la propia sentencia recurrida no hace alusión al arbitrio de solares; que sin embargo, otra sentencia anterior, dictada por la Audiencia, había dicho, respecto a otro piso de la misma casa, al revocar que no procedía capitalizar el arbitrio de solares porque «tales percepciones no aumentan la renta, sino que, por

un fenómeno de traslación inmediata del impuesto, el arrendador se convierte en recaudador forzoso del arbitrio. Sin embargo, sostener tal cosa es olvidar que el concepto de renta, a los efectos de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no coincide con el de frutos civiles del párrafo tercero del artículo 355 del Código Civil, sino que es un concepto que se ha formado artificialmente, como consecuencia, de una parte, de la necesidad de proteger a los inquilinos, y de la otra, de la exigencia mínima para el propietario de respetarle la renta congelada, como mínimo; de otra parte, lo mismo que ocurre con el arbitrio de solares ocurre con toda clase de contribuciones y nadie duda, por ello, que deban capitalizarse, ni en este caso se ha podido llegar a tal conclusión; que en este último sentido se pronuncia la sentencia confirmatoria, ya varias veces citada, de la Sala Segunda de la Audiencia de Madrid, de 19 de enero de 1952, en sus considerandos sexto y séptimo.

Segundo.—Al amparo de la causa tercera del artículo 135 de la Ley de Arrendamientos Urbanos por infracción en la sentencia recurrida, por violación, al no haberse aplicado, de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que acogió la teoría del interés y, como consecuencia de ella, la del litis consorcio pasivo necesario, entre otras sentencias, en las de 21 de marzo de 1911, 28 de febrero de 1913, 17 de febrero de 1928, 6 de marzo de 1946, 4 de enero de 1947, 30 de septiembre de 1950, 14 de junio de 1951 y 24 de enero de 1956, en relación con el artículo 53, párrafo uno, caso segundo, de la Ley de Arrendamientos Urbanos; se articula el presente motivo subsidiariamente, y «ad cautelam», para el supuesto de que no fuere estimado el precedente:

RESULTANDO que admitido el recurso por la Sala, y dado traslado del mismo a la parte recurrida, a los efectos prevenidos en el artículo 139 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, lo llevó a efecto en su nombre el Procurador don Joaquín Aicua González, quien mediante escrito interesó la celebración de vista pública:

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Luis Vacas Andino:

CONSIDERANDO que el artículo 53 de la Ley de Arrendamientos Urbanos otorga al inquilino que no hubiere ejercitado los derechos de tanteo o retracto la acción impugnatoria de la transmisión cuando el precio de éste, incluido en su caso el importe de las cargas, exceda de la capitalización de la renta anual que en el momento de la transmisión pague el inquilino al 3 por 100 cuando hubiere sido ocupada la vivienda por primera vez antes de 1 de enero de 1942, siendo preciso para determinar la renta anual acudir al 95 de la propia Ley que previene que la renta legal de las viviendas y locales de negocio cuyo arrendamiento subsista el día en que comienza a regir la citada Ley será la que en tal fecha se viniese percibiendo, salvo los aumentos consignados en el párrafo segundo del mismo artículo, que previene que no tendrán la consideración de renta legal los aumentos que viniere satisfaciendo el inquilino o arrendatario por razón de diferencia en el coste de los servicios o suministros, los cuales se considerarán como cantidades asimiladas a la renta y deberán figurar separadamente en los recibos y en cuyo concepto solamente cabe incluir los servicios o suministros que el arrendador preste al inquilino, como los de calefacción, agua y otros análogos, pero no aquellos derechos de tasas por prestación de servicios públicos municipales que beneficien especialmente a personas determinadas o se provoquen también especialmente por ellas, conforme a los términos del artículo 435 de la Ley de Régimen Local modificada por el Decreto de 24 de junio de 1955 entre los cuales

se encuentran, según el número 15 del artículo 440 de mencionada Ley, los servicios de alcantarillado cuyos derechos y tasas tienen el carácter de exacciones municipales equivalente al de arbitrios municipales que gravan directamente la propiedad urbana y a que se refiere el artículo 98 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y cuya creación o elevación de renta y están incluidos en su concepto por cuya razón al tenerse en cuenta en la transmisión del piso de que se trata el arbitrio municipal por el servicio de alcantarillado para determinar la renta que habría de servir de base a la capitalización, dicha transmisión se acomodó a lo prevenido en los artículos 53 y 95 de la expresada Ley de Arrendamientos Urbanos, y al no entenderlo así la sentencia recurrida infringe por interpretación errónea tales preceptos, por lo que procede estimar el primer motivo del recurso y ello hace innecesario entrar a examinar el segundo:

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de injusticia notoria interpuesto por doña Francisca Julia de León Estévez, contra la sentencia dictada por la Audiencia Territorial de Madrid con fecha 9 de diciembre de 1958 y en su consecuencia, anulamos dicha sentencia y confirmamos la dictada por el Juez de Primera Instancia, por la que desestimó la demanda y absolvió a la demandada con expresa imposición de las costas de la primera instancia al demandante, y sin mención especial de las causadas en la segunda ni en las de este recurso; y librese al Presidente de la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos originales y rollo de Sala 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 Luis Vacas Andino, Magistrado de 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 lo que como Secretario certifico.

Por mi compañero señor Rey-Stolle

En la villa de Madrid, a 5 de julio de 1961; en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Torrijos, y en grado de apelación ante la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, por don Higinio Gómez Magro, mayor de edad, casado, jornalero y vecino de Torrijos, con don Luis Martín Montero, mayor de edad, casado, y de igual vecindad, sobre indemnización de daños y perjuicios; autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la parte actora, representada en concepto de pobre por el Procurador don Julio Padrón Atienza y dirigida por el Letrado don Antonio Virtudes; sin que haya comparecido en el indicado recurso la parte demandada y recurrida:

RESULTANDO que mediante escrito de fecha 15 de octubre de 1955 el Procurador don Mariano Torija Rodríguez, en representación del turno de oficio de don Higinio Gómez Magro, formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de Torrijos demanda de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía contra don Luis Martín Montero, y cuya demanda basó en los siguientes hechos: / Primero. Que el actor estaba casado con doña Juana Ordóñez Serrano, viviendo cinco hijos del matrimonio, que junto con el fallecido Justo eran seis; que éste había nacido en 17 de diciembre de

1947, por lo que al fallecer en 28 de septiembre de 1954 estaba a punto de cumplir siete años.

Segundo. Que el demandado explota como dueño de la industria de carretería en Torrijos, en la fecha del accidente (21 de junio de 1954), tal industria venía ya funcionando y trabajando en ella el obrero don Mariano Lorenzo.

Tercero. Que al mediodía del 21 de junio de 1954 fué llevado a reparar a dicho taller un carro entregado por un señor llamado Lino de la Rosa, haciéndose cargo del vehículo Mariano Lorenzo, obrero al servicio del demandado, quien por lo avanzado del mediodía lo dejó a la puerta de la carretería; que tal carro era de una lanza, o sea para el enganche de dos caballerías laterales, con un peso de mil kilogramos y para una carga de mil quinientos, y dicho obrero no adoptó las medidas necesarias de precaución, como colocar la lanza delantera de enganche de semovientes al suelo, calza delantero y trasero en cada una de las ruedas y frenos echados, a fin de que estuviese totalmente inmóvil; que si el vehículo había de quedar abandonado por dos o tres horas era lógico adoptar estas previsiones, pues bastó el movimiento que le imprimieron unos niños para que el balanceo y retroceso surgiera, provocando las heridas a Justo Gómez Ordóñez, de las que luego falleció; habiendo, por tanto, una relación de causa a efecto, o sea el hecho imprudente o negligencia (causa) y el resultado dañoso y previsible (la muerte del niño).

Cuarto. Que fué trasladado inmediatamente el niño herido al hospital de Toledo, donde dictaminaron los médicos del mismo ser imposible salvar su vida, por lo que hubo de ser trasladado nuevamente a Torrijos, donde falleció.

Quinto. Que aparte de los desembolsos realizados por el actor para tratar de salvar la vida de su hijo, se ofrecían otros perjuicios, tales como el lucro cesante al no poder ayudar con su modesta aportación económica, fruto de su trabajo, y además la vida en sí de un ser humano; a continuación enumeraba los gastos realizados y pagados por el actor, por alimentos y medicinas, con un total importe de 2.109,25 pesetas, añadiendo que se suministró medicamentos no abonados por agotamiento de sus disponibilidades, importando 5.165,90 pesetas; y en cuanto a la valoración de los perjuicios, por lo que el hijo al llegar a los catorce años le podía ganar, hasta los veintinueve de edad, daba un saldo total de 35.730 pesetas; y de esta cantidad habría que deducir a favor de don Higinio Gómez Magro la de 16.078,50 pesetas, importe del 45 por 100 del usufructo de la cantidad total, que podía haber percibido el actor de haber sobrevivido su hijo, por lo que unida esta última cantidad a las anteriormente consignadas de gastos efectuados, daban un total de 23.947,69 pesetas, todo ello sin tener en cuenta la indemnización por la pérdida de una vida infantil, que aunque muchas veces fluctuante por decisión jurisprudencial entre las 50 y las 60.000 pesetas, ello no obstante dejaba tal determinación al arbitrio judicial. Invocó los fundamentos de Derecho que estimaba de aplicación, y terminó suplicando se dictase sentencia condenando al demandado, por el concepto de daños y perjuicios, por fallecimiento del niño Justo Gómez Ordóñez, debido a imprevisión del obrero Mariano Lorenzo, que estaba a las órdenes del demandado, en la cantidad que el Juzgado estimase procedente, condenándole igualmente a abonar al actor la cantidad de 23.947,69 pesetas por perjuicios al mismo irrogados según las partidas de gastos adjuntas, todo con imposición de costas:

Resultando que admitida la demanda y emplazado el demandado, compareció en su nombre el Procurador don Marcelo Díaz-Prieto Díaz, quien mediante es-

crito de fecha 6 de diciembre de 1955 contestó a la referida demanda en base a los siguientes hechos:

Primero. Que desconocía la descendencia del actor y su situación económica.

Segundo. Ciertamente el correlativo.

Tercero. Que el 21 de junio de 1954, y cuando los obreros del señor Martín Montero se retiraban por haber concluido la jornada de la mañana, se acercó a ellos el señor de la Rosa conduciendo un carro y manifestando su deseo de que fuera reparado; pero como la jornada matutina había acabado, así se lo hizo ver el obrero Mariano Lorenzo, expresándole que no podía hacerse cargo del vehículo, pero que podía aparcarlo en las inmediaciones del taller, como era costumbre, y prometiendo introducir el carro en el interior del taller tan pronto como se reanudara la labor por la tarde, su referencia que aceptó el señor de la Rosa, procediendo a desganchar las caballerías y colocando el carro en lugar próximo al taller en posición de lanza delantera del vehículo apoyada en el suelo, frenos echados y calzos en ambas ruedas, operaciones que realizó auxiliado por el obrero señor Lorenzo; y desde este momento hasta la apertura del taller por la tarde (dos horas en total) nada se sabe, salvo lo afirmado por el actor de que el vehículo fué objeto de juegos por la chiquillería del pueblo, a consecuencia de cuyos juegos el menor Justo Gómez Ordóñez, colocado en la parte trasera del vehículo, asido a ella, columpiándose y forzando la posición del carro, logró vencerlo, invirtiendo la posición inicial, favorecido por el peso de los demás menores que con él jugaban en lo alto del carro, y con tan mala fortuna que al rotar el carro y dada la rapidez de su última fase al servir de fuerza en favor de la lanza del vehículo, éste aprisionó al menor contra el suelo por la parte en donde jugaba, negando consiguientemente la versión opuesta por la actora.

Cuarto. Que aunque el señor Portero trató de hacer todo lo posible en pro de la curación del pequeño, es, sin embargo, cierto que su traslado al hospital de Toledo no ocurrió a los dos o tres días, como afirma la actora, sino mucho más tarde, hasta el extremo de no poderse detener el fatal desenlace.

Quinto. Que con lo expuesto ya se deducía toda ausencia de responsabilidad civil del demandado, aparte de que las cantidades que cifraba el actor como posible indemnización no sólo eran excesivas, sino fabulosas. Invocó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes, y terminó suplicando se dictase sentencia desestimando la demanda, por adolecer del defecto legal del número sexto del artículo 533 en relación con el 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y estimando dicha excepción por indeterminación del daño y consiguiente imprecisión en la petición, declarando su subsanación por el actor, por impedir dicho defecto su pronunciamiento sobre el fondo, y en caso de no estimar dicha excepción, desestimar igualmente la demanda, absolviendo de la misma al demandado.

RESULTANDO que conferido traslado para réplica a la parte actora evacuó dicho trámite a su Procurador mediante escrito de fecha 26 de diciembre de 1955, en que ratificó los hechos y fundamentos legales de su demanda, negando los aduersos e interesando por otros el recibimiento a prueba, y dado el oportuno traslado para réplica a la representación del demandado lo efectuó mediante escrito de fecha 10 de enero de 1956, ratificando los hechos y fundamentos de derecho de su escrito de contestación a la demanda, negando los sostenidos de contrario e interesando igualmente el recibimiento a prueba.

RESULTANDO que recibidos los autos a prueba se practicaron a instancia de la parte actora las de confesión judicial, documental, reconocimiento judicial, pe-

ricial y testifical; y a instancia de la parte demandada, las de confesión judicial, documental y reconocimiento judicial;

RESULTANDO que unidas a los autos las pruebas practicadas, el Juez de Primera Instancia de Torrijos dictó sentencia con fecha 12 de junio de 1956, desestimando la demanda y absolviendo al demandado, sin expresa condena de costas;

RESULTANDO que apelada dicha sentencia por la representación de la parte actora, y sustanciada la alzada con arreglo a Derecho, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid dictó sentencia con fecha 29 de enero de 1957, desestimando la excepción dilatoria de defecto legal en el modo de proponer la demanda propuesta por el demandado, absolvió a este de la misma, sin hacer especial condena respecto al pago de las costas causadas en ambas instancias;

RESULTANDO que sin constituir depósito el Procurador don Julio Padrón Atienza, en representación de don Higinio Gómez Magro, ha interpuesto contra la anterior sentencia recurso de casación por infracción de Ley, estableciendo los siguientes motivos:

Primero. Fundado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: Que la sentencia recurrida contiene como fundamento de su fallo el segundo considerando que copia el recurrente, así como parte del tercero, y dice a continuación, en efecto, el vehículo quedó en la calle por quien le portaba, con las precauciones que fueren, sobre lo cual no ha de pronunciarse aquí, puesto que él no litiga y ello equivaldría a prejuzgar su actuación, sin que pueda conducir a otra determinación el que le auxiliara en esas operaciones, si las hubo, el Mariano Lorenzo, ya que esa actividad no puede declararse hecha como dependiente del taller, ni con motivo de ser tal dependiente, y dice que la precedente afirmación de la sentencia es una elocuente contradicción con la hecha por el Juzgado, y añade el recurrente que por ello era de estimar la existencia de la infracción legal del párrafo primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no haberse aplicado el párrafo cuarto del artículo 1.903 del Código Civil; que al no haber estimado la resolución recurrida la existencia de una relación laboral entre don Mariano Lorenzo y el demandado el día de autos por sostener que el mismo había cesado en la labor de la mañana al servicio de su patrono cuando llegó el vehículo para su reparación a la puerta de la carretería, sin tener en cuenta que la razón de que el carro fuese instalado en dicho lugar y en la vía pública lo fué por indicaciones del dependiente citado, quien ayudó a colocar el carro en la forma de inseguridad material que fué causa determinante del accidente que ocasionó la muerte posterior del menor Justo Gómez Ordóñez.

Segundo. Apoyado igualmente en el párrafo primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por inaplicación del párrafo cuarto del mismo artículo 1.903 del Código Civil, por no estimar la sentencia recurrida la responsabilidad directa de la empresa por los actos culposos o negligentes de sus empleados, descargando a la empresa de la prueba de su falta de responsabilidad, siendo así que la Jurisprudencia de esta Sala tiene reconocida la presunción de responsabilidad de la empresa por los actos negligentes o culposos de sus empleados, siendo de destacar la sentencia de 24 de marzo de 1955, de la que copia un considerando, y las sentencias de esta Sala de 8 de mayo y 27 de junio de 1954, 5 de diciembre de 1912 y 29 de marzo de 1930, estiman que la responsabilidad de la Empresa es directa y no subsidiaria por los actos culposos o negligentes que realizaran sus empleados;

VISTO siendo Ponente el Magistrado don Pablo Murga Castro;

CONSIDERANDO que en el nacimiento de las obligaciones hay que distinguir, como ya quedó expuesto en la sentencia de 30 de abril de 1959, las que a tenor del artículo 1.091 del Código Civil proceden de los contratos, cuyas estipulaciones tienen fuerza de Ley entre las partes, de aquellas otras que tienen su origen en los delitos o faltas en que el sujeto incurre, cual dispone el artículo 1.092, que quedan sometidas al Código represivo. Y por último, las que derivan de actos u omisiones en que interviene culpa o negligencia que no estando penalizadas por la Ley son reguladas por los preceptos contenidos en el Derecho Civil, a las que por no tener su origen en una previa convención se refieren los artículos 1.902 y 1.903 de aquel Cuerpo legal, y que surgen al producirse un daño, por el incumplimiento de unos deberes impuestos por la naturaleza y derivados de la relación y convivencia social, cuya satisfacción hay que reparar en la medida y forma que determinen los Tribunales Civiles;

CONSIDERANDO que esta última clase de culpa extracontractual o aquilana, a la que se refiere el artículo 1.902 del Código Civil se contrae, según la teoría científica admitida por la doctrina jurisprudencial—sentencias, entre otras, de 30 de enero de 1951 y 26 de marzo de 1954—por toda acción u omisión culposa o negligente que cause daño a otro, y obliga al que lo ha producido a su justa reparación, no precisando de otros requisitos para su existencia y exigibilidad que aquellos que hacen relación: primero, a la realidad del daño; segundo, al hecho derivado de la culpa que lo originó, y tercero, a la relación de causa a efecto entre uno y otro; cuestión esta última que por ser de puro hecho corresponde a la competencia discrecional y privativa del Tribunal de instancia, a menos que su impugnación tenga lugar al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley procesal, es decir, demostrando el error de hecho o de derecho cometido en la apreciación de pruebas;

CONSIDERANDO que frente a la sentencia dictada absolviendo al demandado de las pretensiones de la parte actora, dirigida a que aquél, como patrono del que originó el daño, y en cumplimiento de lo ordenado en el párrafo cuarto del artículo 1.903 del Código Civil, sea condenado a satisfacer, en concepto de perjuicios, los gastos causados en el accidente ocurrido y la indemnización consiguiente por la defunción que después sobrevino, entendiendo como fundamento de dicha petición que figuraba a su servicio al suceder los hechos originadores de este litigio y que en ellos intervino como tal dependiente y en consecuencia de los servicios que le prestaba; extremos estos que si bien el primero es afirmado por el Tribunal «a quo», es negado el segundo, y ello en razón a que cuando el carro, cuya caída produjo el daño, fué llevado al taller del demandado el obrero ya había cesado en el trabajo y de él había salido, limitándose a indicar al portador del vehículo, al que encontró en la calle, que lo podía dejar en la vía pública y que ellos lo entrarían cuando después de comer reanudarán el trabajo, carro que allí fué dejado, por ser costumbre en la localidad, según oficio de la Alcaldía, colocado por quien lo conducía, en cuyo interregno, suspendida la relación laboral, ocurrió el accidente, circunstancia que le lleva tanto a estimar que lo que hiciera el obrero lo verificó por cuenta propia y no como dependiente de aquél, cuando a dictar por ello, y en su virtud, sentencia absoluta a su favor;

CONSIDERANDO que esta declaración de hecho no es impugnada adecuadamente en casación por el recurrente, quien olvidando que la sentencia recurrida es

la de la Sala instancia se limita a expresar—motivo primero—, acogido al número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, en el que denuncia la inaplicación del párrafo cuarto del artículo 1.903 del Código Civil; que sus considerandos están «en evidente contradicción con la afirmación que hace el Juzgado», sin tener en cuenta, de un lado, que si bien su fundamentación constituye premisa obligada que conduce al fallo, la casación no se da contra aquéllos; y de otro, que según declara la resolución impugnada, conforme con la doctrina expuesta por este Tribunal Supremo en otras varias—en las de 13 de junio de 1929, 6 de julio de 1934 y 20 de mayo de 1958—, la responsabilidad de los dueños de establecimientos o empresas en el artículo 1.903 por los perjuicios causados por sus dependientes «sólo es exigible cuando ellos tienen lugar en el servicio de los ramos en que los tuvieren empleados o con ocasión de sus funciones», lo que aquí no se da, al ser estimados que los hechos ocurrieron mientras había cesado el asalariado en la labor de la mañana al servicio de su patrono; que el carro fué dejado por su conductor en un lugar de uso público; y que lo quedó calzado y en las debidas condiciones de seguridad, circunstancias estas que, como dice, al no ser combatidas en el recurso por la vía del número séptimo, han de quedar firmes en casación y ha de ser desestimado dicho motivo; así como también el segundo, formalizado por igual cauce procesal, en el que se aduce la infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en varias sentencias que menciona, resoluciones que por tener su base en supuestos contrarios al de la Sala no le pueden afectar, al contemplarse en ellas situaciones distintas al caso que se enjuicia y resuelve en el actual, razonamientos unos y otros que sirven, y obligan, para que este recurso en su integridad deba ser rechazado:

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de la Ley interpuesto a nombre de don Higinio Gómez Magro contra la sentencia que con fecha 29 de enero de 1957 dictó la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid; se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas y a la pérdida de la cantidad que por razón de depósito debió constituir, a la que se daría, en caso de venir a mejor fortuna, el destino que previene la Ley; 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 Pablo Murga Castro, 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 lo que como Secretario certifico.—Por mi compañero señor Rey-Stolle.

En la villa de Madrid, a 5 de julio de 1961; en el juicio declarativo de mayor cuantía seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número dos de Las Palmas y la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas, por don Alberto Urbieta Eleizgaray, mayor de edad, casado, propietario, vecino de Las Palmas, que actúa en nombre y representación de los abintestatos de doña María Jesús y doña Tomasa Suárez Domínguez, en concepto de Administrador judicial de los

mismos, contra don Francisco Oliva Suárez, mayor de edad, casado, agricultor, vecino de Mogán, primeramente declarado en rebeldía, y don Domingo Bueno Hernández, mayor de edad, casado, del comercio, vecino de Las Palmas, sobre tercería de dominio; pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación por infracción de Ley y de doctrina legal, interpuesto por don Francisco Oliva, bajo la representación del Procurador don Adolfo Morales Vilanova y la dirección del Letrado don Arturo de Acanio y Tlosa, no habiendo comparecido las otras partes:

RESULTANDO que mediante escrito de 7 de mayo de 1955, el Procurador don Francisco Jiménez Santana, a nombre de don Alberto Urbieta Eleizgaray, que actúa en nombre y representación de los abintestatos de doña María Jesús y doña Tomasa Suárez Domínguez, con concepto de Administrador Judicial de los mismos, dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia número dos de Las Palmas, demanda de tercería de dominio en trámite de juicio ordinario de mayor cuantía contra don Domingo Bueno Hernández y don Francisco Oliva Suárez, alegando como hechos:

Primero. Don Alberto Urbieta es Administrador judicial de los abintestatos de doña María Jesús y doña Tomasa Suárez Domínguez, por haberle designado para tal cargo el Juzgado de Primera Instancia de Guía, en 26 de abril de 1952, continuando en ejercicio de sus funciones, por no haber sido designados todavía los herederos de las repetidas causantes.

Segundo. El demandado don Domingo Bueno Hernández siguió en el mismo Juzgado número dos de Las Palmas juicio ejecutivo contra el otro demandado, don Francisco Oliva Suárez, en cuyo procedimiento se causó embargo sobre los bienes siguientes:

1. Suerte de tierra de secano denominada Roque y Cañada de Veneguera, del término municipal de Mogán, con cabida de 110 fanegadas y un celemin, dedicado a pastos y parte inútil, y un celemin de hopyas.

2. Trozo de terreno de medio riego en el Bocado de la Higuera, en el mismo término, de un celemin y tres cuartillos, que tiene como accesorio para su riego un día de agua cada nueve del heredamiento de Las Casas.

3. Trozo de terreno, de medio riego, llamado Cocado del Naranjo, en el mismo término, de una fanegada y cinco celemines, que tiene para su riego un día y dieciséis horas de agua cada nueve días del heredamiento anterior.

4. Tierra de secano y arrices, llamada Hoya del Corral, de diez fanegadas, aproximadas.

5. Tierra donde dicen Colorado, de tres y media fanegadas, con riego cinco días de agua cada dieciséis, del estanque llamado Riego.

Tercero. Estos bienes, en unión de otros 17 más, figuran inventariados en los autos de juicio de abintestato de doña María Jesús y doña Tomasa, que se siguen en el Juzgado de Guía, en concepto de pertenecientes en dichas herencias, en dichos autos por el demandado don Francisco Oliva Suárez y por don José Marrero Macías, se promovió incidente de exclusión de bienes, pretextando que las fincas inventariadas, entre las que figuran las de autos, eran de la propiedad exclusiva de ellos, incidente que se siguió en primera y segunda instancia como desestimación de la demanda y luego en el Tribunal Supremo no se admitió el recurso de casación, quedando firme la sentencia del Juzgado de Guía y, por tanto, la declaración de que las fincas inventariadas pertenecían a las herencias de doña María Jesús y doña Tomasa Suárez.

Cuarto. Los bienes embargados no pertenecen a don Francisco Oliva Suárez, a pesar de figurar en el Registro de la Propiedad a su nombre, por lo que no se le

pueden rematar en el año 1950 los hermanos del demandado don Francisco, llamados don Laureano, don Juan, don Santiago, doña Fernanda, doña Belén y doña Josefa Oliva Suárez, le siguieron procedimiento de juicio de mayor cuantía ante el Juzgado de Guía, interesando la división de las fincas ahora embargadas, por haberlas adquirido en subasta pública por débitos de contribuciones, no sólo para sí, sino para los actores; al contestar la demanda manifestó don Francisco Oliva que las fincas no eran suyas y por ello no podía dividirlas, ya que el procedimiento de apremio, antecedente de la subasta y la subasta misma, habían sido anulados por el Delegado de Hacienda y el Tribunal Económico Administrativo Provincial, y confirmando dicho acuerdo por el Tribunal Provincial de lo Contencioso-administrativo en 1938 por lo que la demanda de mayor cuantía fué desestimada al no ser don Francisco dueño de las fincas que ahora figuran embargadas como de su propiedad.

Quinto. El otro demandado, don Domingo Bueno Hernández, que tiene todos sus negocios en el término de Mogán, sabe y le consta que las fincas que ahora pretende subastar a don Francisco Oliva no son de la propiedad de éste, ya que llevan varios años de litigio don Francisco y sus hermanos por estos y otros bienes, al extremo que la fruta de dichos inmuebles, consistentes en tomates, la recibe don Domingo de don Francisco, incluso en el año de presentarse la demanda; resulta extraño que si el señor Oliva suministra tomates para exportar al señor Bueno durante la presente zafra, le haya ejecutado por deuda con fecha de septiembre del año anterior, pues lo lógico sería hacer liquidación de cuentas en el momento actual, en que aún sostiene relaciones de negocio, de lo contrario resultaría que el señor Bueno, que está abonando al señor Oliva los tomates de la presente zafra, pese a existir un saldo deudor en contra de dicha deuda, es simulada y el ejecutivo tan sólo obedece a que no pudiendo vender don Francisco las fincas que aparecen a su nombre, por no ser suyas, ha ideado el procedimiento para que el tercero que adquiere de buena fe adopte una postura inatacable, como ocurrió con la comunidad Francisco Quintana, que compró La Hoya de Vera, finca que también aparece en el inventario de bienes de los abintestatos mencionados y que dio lugar al juicio de mayor cuantía en el año 1950, extinguiéndose de toda responsabilidad criminal por su parte.

Sexto. De lo relatado se desprende que se ha querido sacar a remate bienes que no pertenecen al demandado don Francisco, sino que figuran como de la propiedad de las causantes del abintestato que se tramita en el Juzgado de Guía, doña Tomasa y doña María Jesús Suárez Domínguez; después de citar los fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó con la súplica de que se dictara sentencia declarando que las fincas relacionadas en el hecho segundo embargadas en el juicio mencionado, son de la propiedad y pertenecen a las herencias de doña Tomasa y doña María Jesús Suárez Domínguez, cuyos abintestatos se tramitan en el Juzgado de Guía, mandando se alce el embargo trabado sobre las mismas y condenando en costas a los demandados; acompañaba a la demanda los documentos relacionados en los hechos consignados, así como testimonio del Juzgado de Guía con sentencia de 17 de agosto de 1953, estimando en parte la demanda incidental planteada, declarando excluido del abintestato promovido por la demandada en aquel incidente doña Fernanda Oliva Sánchez, el de su abuela doña María José Domínguez Navarro, puesto que ésta inurió bajo testamento; también se acompañó certificación de la sentencia dictada en 31 de diciembre de 1953

por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas, confirmando la sentencia antes dicha del Juzgado; también se unia testimonio del auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1954, que resolvió no haber lugar a la admisión del recurso de casación por infracción de Ley contra la sentencia de la Audiencia de Las Palmas, y, finalmente, se incluía testimonio de la sentencia del Juzgado de Guía de 10 de enero de 1951, dictada en autos de mayor cuantía seguidos por don Laureano Oliva Suárez y otros, contra don Francisco Oliva Suárez, al que absolvió por no tener el carácter con que se le demandaba. Con fecha 10 de mayo de 1953, por el Juzgado instructor se dictó auto por el que, con suspensión del procedimiento de apremio del juicio ejecutivo a que se refiere el hecho segundo de la demanda, se admitió a trámite la misma:

RESULTANDO que emplazados los demandados se personó en los autos don Domingo Bueno Hernández, representado por el Procurador don Francisco López Pérez, el cual, por medio de escrito de 16 de julio de 1955, contestó y se opuso a la demanda, alegando como hechos:

Primero y Segundo. Conforme con los correlativos de la demanda.

Tercero. Los bienes reseñados en el hecho segundo de la demanda, que son los embargados por esta parte en el juicio ejecutivo del que esta tercera es incidente, aunque fueran inventariados en los autos del juicio de abintestato, no debieron serlo, porque son de la exclusiva propiedad de don Francisco Oliva Suárez, como así está acreditado por tenerlos inscritos a su nombre en el Registro de la Propiedad desde hace más de veinte años, que fué lo que interesó a don Domingo Bueno, cuando, con base en tales bienes, abrió crédito al señor Oliva, y lo que hoy le interesa, en vista de que ha tenido necesidad de proceder contra el señor Oliva, y sus dichos bienes, para reintegrarse de las sumas de que se le adeudan; rechaza la afirmación de contrario de que en virtud de quedar firme la sentencia del Juzgado de Guía, las fincas inventariadas pertenecían a las herencias de doña María Jesús y doña Tomasa, porque la referida sentencia no hizo declaración alguna al respecto de dichas fincas; ni la sentencia del juzgado ni en el auto del fallo del Tribunal Supremo se hacen las declaraciones que se dicen de contrario en el hecho tercero de la demanda; las referidas sentencias, dictadas en un simple incidente de exclusión, no sirven de nada, y mucho menos de título a una tercera, ya que tales sentencias no tienen carácter definitivo, según declara el Tribunal Supremo en su referido auto de 22 de diciembre de 1954.

Cuarto. Rechaza también el correlativo de la demanda, porque la sentencia del Juzgado de Guía tampoco hace declaración alguna acerca de que las fincas objeto de la demanda fueran o no de propiedad de don Francisco Oliva; sería posible, o al menos discutible, que en el año 51, don Francisco Oliva fuera o no dueño de aquellas fincas, que son las mismas que el señor Bueno le tiene embargadas en el procedimiento ejecutivo, pero es indudable que al amparo del artículo 35 de la Ley Hipotecaria, don Francisco Oliva, que adquirió las fincas a medio de compraventa, que inscribió en el Registro y que durante veinte años ha venido en la posesión, uso y disfrute, cultivo y administración de esas fincas, poniéndolas en regadío, es dueño y legítimo poseedor de ellas, aunque no fuera por otro título que el de prescripción adquisitiva; si don Francisco Oliva no era dueño de las fincas, por haberse anulado la subasta pública, en la que adquirió, es evidente que tampoco dichas fincas eran propiedad de los herederos de los causantes cuyo abintestato se promovió y del cual el actor es administrativo; podrían o no ser las fin-

cas de don Francisco Oliva por anulación de la subasta y escritura y podrían ser nuevamente de la Hacienda Pública, y en este caso sería la Hacienda quien promoviera la presente tercera de dominio, pero en manera alguna puede promoverla el administrador de un abintestato, pues tales fincas, si alguna vez estuvieron en el patrimonio de los causantes, dejaron de pertenecer al mismo al pasar a Hacienda Pública, por débitos de contribución, el administrador del abintestato carece en absoluto de la necesaria legitimación activa para ello, así como del imprescindible título justificativo del dominio cuya tercera se insta.

Quinto. Después de insistir en los razonamientos anteriores, añade que don Francisco Oliva es propietario en Venezuela de otras fincas, de un pozo para el riego de ellas, de una modesta casa; y que todo el mundo sabe en el pueblo que es un agricultor trabajador, que cumple sus compromisos; por el suministro de abonos, agua cañas, materiales y metálicos para los cultivos, cuyos tomates son luego entregados al señor Bueno, para su exportación, es de donde proviene la deuda que con él tiene el señor Oliva, representada por la cambial original del ejecutivo del que esta tercera es incidente cambias, que fué renovada tres veces antes de proceder a la ejecución, aun en contra de su voluntad, impulsado por la desastrosa situación de créditos y la actitud restrictiva de los bancos, procedió a la ejecución del efecto protestado principalmente para demostrar, a efectos bancarios, que los efectos aceptados por el señor Oliva y repetidamente renovados, respondían a una realidad de un débito por anticipos para cultivos; el señor Oliva siguió entregando sus tomates el señor Bueno en la zafra pasada de 1954-55 (por cierto) con el mejor deseo de enjugarse la deuda, pero los buenos deseos del señor Oliva y el señor Bueno no pudieron confirmarse, porque esta zafra, por los calores, lluvias y enfermedades de los cultivos, fué muy desastrosa; rechaza la afirmación del actor de que la deuda del señor Oliva con el señor Bueno sea simulada, calificándola de desfachatez, ya que el primero conoce perfectamente las incidencias de los desastrosos negocios de tomates en las últimas cuatro zafras; además, el señor Urbieto, como gerente de la Comunidad Quintana, compró al señor Oliva, como se dice en el hecho quinto de la demanda, la finca Haya de Vera, finca que adquirió el señor Oliva en la misma subasta en que adquirió la que son objeto de tercera, lo que el señor Urbieto ha hecho suya y de sus condominios y la considera bien suya, pues que la adquirió del título registral de la misma; y el señor Urbieto, quien dice en su demanda que las cuatro restantes fincas del señor Oliva, adquiridas igual que la de Hoya de Vera en la misma subasta, no son del señor Oliva, sino del abintestato de esos causantes, en cuya patrimonio no estuvieron nunca.

Sexto. Que al actor le consta que el señor Oliva es propietario de aquellas fincas que figuran inscritas en el Registro de la Propiedad a su nombre y que cultiva desde hace más de veinte años; añade, por último, que con la demanda no se ha presentado título de ninguna clase en que fundarla; comentó los fundamentos de derecho de la demanda y alegó cuantos creyó pertinentes, y terminó con la súplica de que se dictara sentencia declarando que los bienes embargados no son propiedad del actor, desestimando la demanda y ordenando se ponga a trámite la subasta suspendida en virtud de la demanda de tercera, con imposición de costas al actor.

RESULTANDO que conferido traslado para réplica, la representación del demandante la evacuó, insistiendo en los hechos y fundamentos de derecho de su demanda, rebatiendo lo consignado en el escrito de

contestación y solicitando se dictase sentencia de conformidad con el suplico de la misma:

RESULTANDO que la representación del demandado don Domingo Bueno Hernández, al evacuar el trámite de dúplica, amplió con cinco hechos los contenidos en su contestación a la demanda, insistiendo en los fundamentos de derecho consignados en la misma e interesando se pronunciasse la sentencia absolutoria que tenía pretendida. Por escrito de 22 de agosto de 1955, el Procurador don José García Díez, a nombre del otro demandado, don Francisco Oliva Suárez, se personó en autos, y en el trámite de dúplica sentó los hechos siguientes:

Primero.—Las fincas objeto de lo demanda pertenecen a don Francisco Oliva por haberlas adquirido por escritura pública de 3 de abril de 1935, siendo incierta la afirmación de contrario, porque dichas fincas le pertenecieron desde que las compró y siempre han estado en su posesión habiéndolas cultivado, mejorado y explotado ininterrumpidamente a título de dueño durante veinte años.

Segundo.—El hecho de que las fincas en litigio hayan sido inventariadas en los abintestatos ni constituyen título que pueda servir de base a una tercera de dominio ni tampoco lo es una sentencia desestimatoria de un incidente de exclusión de bienes, ya que el Tribunal Supremo declaró la admisibilidad del recurso por no tener las sentencias carácter definitivo.

Tercero.—Resulta pintoresca en fuerza de contradictoria la postura sostenida por los hermanos de don Francisco Oliva Suárez, dichas fincas fueron adquiridas por don Francisco después de subasta pública y remate de acuerdo con sus hermanos y para todos y así lo sostuvieron en la demanda de conciliación que le interpusieron en 31 de diciembre de 1949, en la cual todos los hermanos de don Francisco pretendieron que éste se aviniera a reconocer que dichas fincas las adquirió el demandado con la obligación que sería para todos sus hermanos, que son los seis demandantes, participando en el precio y demás gastos de la subasta, correspondiendo pagar a cada uno por dichos conceptos la cantidad de setecientos veintiocho pesetas con cincuenta y ocho céntimos; en concordancia con tal pretensión consignaron en el hecho segundo de la demanda de cinco de marzo de 1950 que los deslindados bienes los adquirió el demandado con la ineludible obligación de repartirlos entre sus hermanos por partes iguales y en el suplico de dicha demanda consignaron que como consecuencia de la anterior se le condene a dividir materialmente las fincas; en aquella fecha de marzo de 1950, la escritura de compra de don Francisco de fecha 3 de abril de 1935 era título de dominio para el don Francisco, según afirmación de sus hermanos poseída en condominio y de modo indiviso por los siete hermanos por séptimas partes iguales, adjudicándose a cada uno la que pudiera corresponderle—la sentencia del Juzgado de Guía de 10 de enero de 1951, que absolvió a don Francisco de las pretensiones de sus hermanos, consignó un considerando diciendo que se entiende que mientras no se pague definitivamente lo que a cada uno corresponda no se puede hacer partición alguna, no constando en autos que los cantidades adeudadas hayan sido entregadas al demandado, sin que tampoco sea suficiente la consignación hecha en acto de conciliación por no constar el previo ofrecimiento de pago, no habiéndose tampoco comprobado que los trabajos realizados por los actores en aquellas fincas lo fueran a cuenta de las cantidades adeudadas, razones por las cuales no puede condenarse al demandado a la división de las referidas fincas, ya que

ha quedado extinguida la obligación—; las fincas incluidas en el título de dominio de don Francisco Oliva, la escritura pública de adjudicación de remate son suyos y paracen como suyas, pero los siete hermanos tienen parte en ellas, porque las compró don Francisco de acuerdo con todos; al ser rechazada esta pretensión por aquella sentencia, los hermanos incluyen esas fincas en el inventario de unos abintestados, siendo así que nunca estuvieron las fincas en el patrimonio de los causantes de los mismos y volviéndose contra sus propios actos, pretende ahora por boca del administrador de tales fincas, ni son ni nunca fueron propiedad de don Francisco.

Cuarto.—Que don Francisco Oliva ha trabajado año tras año con el exportador don Domingo Bueno, percibiendo de éste anticipos para sus cultivos y como las últimas cuatro zafras fueron muy malas, el señor Oliva aumentó su débito, como ocurrió a casi todos los cosecheros de tomate; el protesto de uno de las cambiales y las presiones bancarias motivaron el ejecutivo interpuesto por el señor Bueno, continuando don Francisco entregándole los tomates o solamente para aminorar la deuda, sino porque cuando un exportador demanda a un cosechero es totalmente inútil recurrir a otro exportador y esto lo saben todas las personas y más el señor Urbietta.

Quinto.—Engloba en este hecho todos los de la demanda y réplica que contradigan los expuestos anteriormente en este escrito, invocó los fundamentos de derecho que estimó pertinentes y suplicó se dictara sentencia absolviendo al demandado de los pedimentos de la demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora.

RESULTANDO que recibido el juicio a prueba se practicó a instancia de la actora la confesión en juicio de los demandados, la documental presentada con la demanda y las demás aportadas en período de prueba:

RESULTANDO que a instancia de don Francisco Oliva se practicó la testifical consistente en el examen o interrogatorio de cuatro testigos y la documental aportada durante el período de prueba:

RESULTANDO que a instancia de don Domingo Bueno se practicó la documental aportada en período de prueba:

RESULTANDO que unidas a los autos las pruebas practicadas y seguido el pleito por sus restantes trámites en 16 de mayo de 1956, el Magistrado Juez de Primera Instancia del Juzgado número dos de Las Palmas, dictó sentencia denegando la tercera interpuesta absolviendo de la misma a los demandados don Domingo Bueno Hernández y don Francisco Oliva Suárez, ejecutante y ejecutado en los autos ejecutivos a que esta tercera se refiere, sin hacer condena de costas:

RESULTANDO que apelada dicha sentencia por la representación del demandante don Alberto Urbietta y tramitada en forma de alzada en 14 de marzo de 1957, la Sala de la Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas dictó sentencia declarando que las cinco fincas relacionadas en el hecho segundo del escrito de demanda son de la propiedad y pertenecen a las herencias de doña Tomasa y doña María Jesús Suárez Domínguez, cuyos abintestatos se tramitan en el Juzgado de Guía, mandando se alce el embargo trabado sobre dichas fincas, revocando, por tanto, la sentencia del Juez número dos de Las Palmas, sin hacer expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias:

RESULTANDO que sin consignación de depósito por no ser coincidente las sentencias de primera y segunda instancia, el Procurador don Carlos Salas Sánchez Campomenes, a nombre del demandante don Francisco Oliva Suárez, ha interpues-

to recurso de casación por infracción de Ley y de doctrina legal como comprendida en los números primero y séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando sustancialmente en su apoyo los siguientes motivos:

Primer motivo.—Amparado en el número primero del mencionado artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil por violación e interpretación errónea de los artículos 1.952, 1.954 y 1.957 del Código Civil, y por no aplicación del artículo 1.953 del propio Código el párrafo tercero del artículo primero de la vigente Ley Hipotecaria y del artículo 38 de la misma Ley; desde el 24 de julio de 1935, fecha de la inscripción en el Registro de las fincas adquiridas por el señor Oliva a través del expediente de apremio seguido por Hacienda, los preceptos pertinentes de la Ley Hipotecaria, amparaban el asiento producido e implicaban un reconocimiento de la posesión y dominio de dichos inmuebles en favor del señor Oliva, posesión que ininterrumpidamente ha mantenido hasta el 8 de enero de 1957 en que se produjo la calificación correspondiente para la cancelación de tales asientos en el Registro de la Propiedad, en virtud del mandamiento del Delegado de Hacienda de Las Palmas durante veintidós años el señor Oliva practicó en forma continuada actos dominicales en las citadas fincas, quietas y pacíficamente, de buena fe y con justo título, elementos que desembocan en la adquisición por prescripción de título evidentemente invocable si antes no lo hubiera sido también la escritura de compraventa de 3 de abril de 1935, y a la subsiguiente inscripción de la misma en el Registro el 24 de julio del mismo año, con apoyo en el párrafo primero, digo tercero, del artículo primero y en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, infringidos en la sentencia recurrida por el concepto de inaplicación se llega a la conclusión de que vigente durante más de veinte años el asiento practicado en el Registro de 24 de julio de 1935 y ostentado de hecho la posesión de las fincas objeto de la tercera, se ha creado al amparo de aquellos preceptos un derecho de prescripción adquisitiva en favor del poseedor, con aqumtamiento pese a la nulidad que el expediente de subasta que en su momento se acordó de la Hacienda Pública y de los propios terceristas que no reclamaron ni protestaron ofreciendo una manifiesta adhesión al estado posesorio que mantenía al recurrente; la posesión de dichas fincas por parte del recurrente fué siempre de buena fe y con justo título, sin que pueda alegar en contra de esto el hecho de que en juicio declarativo anterior manifestara el señor Oliva la imposibilidad de acceder a la división de aquellas fincas por no ser suyas, atendido que tal manifestación hecha en términos de defensa por su Letrado director fué ajena al ánimo de poseer como propias las fincas que la habían sido adjudicadas al señor Oliva, concurren todos los requisitos precisos para desestimar la tercera de dominio por pertenecer el de los inmuebles en cuestión por inscripción registral durante más de veinte años a favor del señor Oliva la condición de título verdadero y válido de posesión de estas fincas no puede ser discutido y así lo comprendieron los recurridos hasta que el Administrador de los abintestatos articuló su demanda con olvido del consentimiento que a la compra y adquisición de tales fincas y a la posesión ininterrumpida de ellas por el señor Oliva, habían prestado sus propios dirigidos; tal título además ha sido reconocido por las sentencias de ambas instancias siquiera en la recurrida no se considera bastante a los efectos de la oposición a la tercera, basándose la Sala sentenciadora para llegar a tal

estimación, en la nulidad que de tal título y del expediente del que derivó se acordó en su momento, pero olvidando que la resolución que tal declaración hizo no fué ejecutada en tiempo y forma, por lo que el título quedó revalidado por el hecho mismo de la posesión que extravásó el número de años dentro de los cuales había de intentarse la acción reivindicatoria o tercera de dominio, que ahora se ha articulado fuera de lugar y tiempo; infringe la sentencia recurrida también los artículos 1.952, 1.953 y 1.954 del Código Civil por el concepto de la interpretación errónea y violación de su contenido, por lo que respecta al primero y último y por no aplicación en lo que concierne al 1.953; también ha infringido por el mismo concepto el 1.957 del mismo Código, prescriptivo de que el dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles se prescriben por la posesión durante diez años entre presentes con buena fe y justo título; ese justo título y buena fe son los mismos que el tercerista señor Urbietta estimó en su momento con plena concurrencia para adquirir del señor Oliva la tierra Hoya de Vera, que llevó al patrimonio suyo con posterioridad a la anulación de la subasta y que no incluyó en el inventario de los abintestatos en cuyo nombre actúa ahora como administrador.

Segundo motivo.—Al amparo también del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por haberse infringido por no aplicación los artículos 315 de la Ley Hipotecaria, 1.964 del Código Civil y las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1904 y 7 de julio de 1921; el título de posesión de las fincas existió a favor del recurrente hasta enero de 1957, según aparece acreditado, no discutido en el procedimiento y declarado probado en la sentencia recurrida, bastando ellos para adquirir el dominio por prescripción, pero es que además la posesión pública pacífica, ininterrumpida y de buena fe de don Francisco Oliva no precisa presumirse como consigna el referido artículo 35 de la Ley Hipotecaria, sino que ella ha constituido algo tan público y notorio que permitió al recurrente la situación posesoria con el dominio de los inmuebles por el transcurso del tiempo que la Ley previene; por otra parte ha transcurrido mayor plazo que el de quince años, se señala el último párrafo del artículo 34 de la anterior Ley Hipotecaria en el aqumtamiento de quienes en términos legales hubieran podido contradecir al dominio o la mera posesión de dichas fincas este recurso; olvida que el transcurso del tiempo crea el derecho cuando de prescripción adquisitiva se trata; por lo que preciso reconocer en derecho la posesión y dominio que aquellas fincas a don Francisco Oliva, indica las sentencias de 15 de diciembre de 1908 y 7 de julio de 1921, infringidas por no aplicación en la recurrida, ya que aquellas resoluciones determinan que el cumplimiento de ejecutoria prescribe a los quince años, cuando se presentó en el Registro de la Propiedad de Guía en enero de 1957, el mandamiento del Delegado de Hacienda de Las Palmas para cancelación de los asientos producidos en 1935 a favor de don Francisco Oliva parecía ya de virtualidad y eficacia el citado mandamiento, porque los asientos pretendidos anular se habían convertido por el transcurso de más de quince años en título de dominio a favor del recurrente; y

Tercer motivo.—Al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil, por haberse infringido por interpretación errónea y violación de su contenido los artículos 1.952, 1.954 y 1.957, hecho se acusa al ser desatendido por la números 1.953 y 1.964 del mismo Código, el párrafo tercero del artículo primero y

los artículos 35 y 38 de la Ley Hipotecaria, así como las mencionadas sentencias del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1908, 7 de julio de 1921, el error de hecho se acusa al ser desatendido por la Sala sentenciadora, tanto el contenido de la escritura de compra de 20 de abril de 1935 como el de los asientos causados en el Registro por consecuencia de la pretensión de aquélla en el mismo, la naturaleza de auténticos a efectos de casación, de uno y otro documentos y acto registral es manifiesta; su intrínseca autenticidad no puede tampoco ser discutida, han sido reconocidos por la parte contraria y la Sala sentenciadora siquiera no haya dado a los mismos la interpretación, alcance y valoración jurídica que merecen en orden a la cuestión debatida, de donde el error de hecho denunciado y cargo en sus considerandos, así la escritura como los asientos registrales, sin impugnación ni desmerecimientos de uno y otros; la estimación del contenido de dichos documentos y actos habria llevado a la Sala sentenciadora a la conclusión de ser improcedente la tercera entablada por haber adquirido el recurrente la posesión primero y luego el pleno dominio de las fincas embargadas por razón de los preceptos que se citan como infringidos a más del reiterado principio de pactación observado, insiste en que consentir la posesión implica reconocimiento y ratificación de cuantos actos practicó el recurrente y la Sala debió declararlo así, igual que debió declarar que la acción entablada habia ya prescrito por haber transcurrido los quince años desde que adquirió carácter de ejecutoria la sentencia del Tribunal Supremo, que acordó en 24 de junio de 1938 las nulidades de expediente y escritura de compraventa por tratarse de una sentencia que constituye también documento auténtico a efecto de casación, dió lugar a que prospere una acción personal ya prescrita desde 1953, porque la demanda es de mayo de 1955 y la nulidad de la inscripción que debió solicitarse en el propio año 1938 no ha venido a hacer diecinueve años más tarde; con error de derecho la Sala sentenciadora ha infringido por aplicación indebida, interpretación errónea o violación de su contenido los artículos y sentencias invocados, llegando así a la revocación de la sentencia de primera instancia y a la estimación del derecho dominical a favor de los abintestatos terceristas, cuando por razón de la prescripción adquisitiva las fincas discutidas habian salido del patrimonio de los abintestatos, incorporándose al de don Francisco Oliva; insiste en que expiró el plazo de quince años señalado por la Ley y que lo debieron instar los recurridos en el procedimiento adecuado, nunca más tarde de 1953, lo solicitaron y obtuvieron del Delegado de Hacienda de Las Palmas en enero de 1957; por todo lo consignado se acredita la procedencia de la casación de la sentencia recurrida por estimación de los motivos que quedan articulados o por cualquiera de ellos:

VISTO siendo Ponente el Magistrado don Mariano Gimeno Fernández;

CONSIDERANDO que circunscrito el debate de casación a la impugnación de la sentencia recurrida en cuanto desconoce la titularidad dominical del demandado en esta tercera y ejecutado en el proceso de que deriva don Francisco Oliva Suárez, adquirida por usucapión, apoyada en la posesión ininterrumpida de las fincas a que el debate se contrae, durante veinte años con justo título y buena fe, requisitos exigidos por el artículo 1.957 del Código Civil, ha de examinarse en primer término la apreciación de hecho que con respecto a dichos extremos realiza el Tribunal «a quo»:

CONSIDERANDO que en la relación con el referido tema de hecho, la sentencia recurrida establece que no obstante aducir don Francisco Oliva Suárez haber adquirido las cinco fincas a que se contrae el proceso, en virtud de escritura pública de 3 de abril de 1935, otorgada como consecuencia de subasta en el procedimiento de apremio por débitos de contribución seguido por el Recaudador de Guía contra don Juan Vicente Suárez, causante de doña Tomasa y doña María Jesús Suárez Domínguez, al contestar aquél a demanda que le promovieron sus hermanos don Laureano, doña Belén y doña Josefa Oliva Suárez, sobre división de las mismas fincas, hoy objeto de esta tercera, alegó terminantemente que no podía dividirlas por no ser suyas, ya que el procedimiento de apremio y la subasta habian sido anuladas por el Delegado de Hacienda y Tribunal Económico-administrativo y confirmado el acuerdo por el Tribunal Contencioso-administrativo en el año 1938, constándole desde luego a dicho don Francisco Oliva Suárez que carecía de todo derecho de propiedad sobre los referidos bienes, por lo cual la posesión que de los mismos ostenta es de mala fe y carente de título, declarando probado que el referido don Francisco Oliva Suárez no tiene título alguno de dominio ni aun de posesión y que el verdadero título de propiedad lo tiene el abintestato demandante, no figurando actualmente inscritas en el Registro de la Propiedad ninguna de las fincas:

CONSIDERANDO que las afirmaciones de hecho que lleva a cabo el Tribunal «a quo» y a que queda hecha referencia anteriormente, únicamente pueden ser combatidas en casación a través del cauce procesal del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se utiliza o en que formalmente se apoya el tercer motivo del recurso, defectuosamente formulado ya en su enunciación, puesto que se limita a invocar violación por interpretación errónea de los artículos 1.952, 1.954 y 1.957 del Código Civil y no aplicación de los artículos 1.953 y 1.964 del mismo Cuerpo legal y del párrafo tercero del artículo primero y artículos 35 y 38 de la Ley Hipotecaria y sentencias del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1908 y 7 de julio de 1921, planteamiento del recurso que podría tener su cauce de discusión por la vía del número primero del artículo 1.962 de la Ley Procesal, pero no por el número séptimo reservado únicamente para acusar un evidente error de hecho en la apreciación de la prueba que aparezca manifiesto de documento o acto auténtico que demuestre la equivocación del juzgador de instancia o de derecho, al desconocer un precepto legal regulado de la valoración que ha de otorgarse a una determinada prueba que ni siquiera se cita; pero es que además si se examina el desenvolvimiento de la argumentación o fundamentación del motivo, se viene en conocimiento de que acorde con su enunciación no se acusa error alguno en la apreciación de las pruebas, sino en las consecuencias o interpretaciones jurídicas que se obtienen o deducen de los documentos examinados por el Tribunal «a quo», lo que como queda dicho no tiene campo de discusión apropiado bajo este motivo, aludiéndose como documento auténtico a la escritura pública de 3 de abril de 1935 declarada nula y los artículos registrales que aquélla causó, que en relación con las fincas objeto de esta tercera fué de posesión con referencia a una sola de ellas, asiento cancelado con posterioridad, según se afirma en la sentencia recurrida:

CONSIDERANDO que en relación con el primero y segundo de los motivos del recurso que se formalizan al amparo del número primero del artículo 1.692 de la

Ley de Enjuiciamiento Civil, firme en casación la declaración de hecho formulada por el Tribunal «a quo» de que don Francisco Oliva Suárez carecía de título y de buena fe en la posesión que aduce como generadora de la usucapión que opone al presente como título dominical, con respecto a las fincas objeto de la presente tercera, es evidente que faltan los requisitos exigidos por el artículo 1.957 del Código Civil para que pueda producirse la prescripción adquisitiva ordinaria que regula dicho precepto que ha sido rectamente interpretado en relación con los artículos 1.952, 1.953 y 1.964 del propio Cuerpo legal, sin que el contenido de los preceptos hipotecarios que se citan también como infringidos por inaplicación, en los mismos motivos, puedan dar viabilidad al recurso, pues lo que establecen dichos preceptos en relación con la posesión de buena fe del titular de la inscripción son presunciones que puede destruirse por la prueba en contrario, cual ha sido apreciado por la sentencia de instancia:

CONSIDERANDO que tampoco cabe aceptar como motivo de casación la inaplicación del artículo 1.964 del Código Civil que igualmente se aduce, puesto que lo que el demandante tercerista ejercita no es una acción personal para el cumplimiento de ejecutoria alguna, sino una real declarativa o de reconocimiento de dominio a su favor, siendo el recurrente, quien trata de oponerse, alegando una situación posesoria generadora de usucapión para contradecir el derecho del tercerista reconocido en la sentencia recurrida:

CONSIDERANDO que en virtud de todo lo expuesto surge la desestimación de los tres motivos del recurso y en consecuencia el pronunciamiento de no haber lugar a la casación de la sentencia recurrida, siendo de cargo del recurrente las costas causadas:

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por don Francisco Oliva Suárez contra la sentencia que en 14 de marzo de 1957 dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Las Palmas; 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.—Juan Serrada.—Oduello Siboni.—Diego de la Cruz.—Antonio de Vicente Tutor.—Mariano Gimeno.—Rubricados.

Publicación.—Leída y publicada fué la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Mariano Gimeno Fernández, Ponente que ha sido en estos autos, estado 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, 5 de julio de 1961.—Rafael G. Sesada.—Rubricado.

En la villa de Madrid a 6 de julio de 1961; en los autos incidentales sobre ejecución de convenio sobre alcantarillado, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número dos de Santander, y en grado de apelación ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, por «Hijos de Luis García», Sociedad Anónima La Constanca, contra el excelentísimo Ayuntamiento de Santander, pendiente ante nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley interpuesto por la demandante «Hijos de Luis García, S. A.», La Constanca, represen-

tada por el Procurador don Luis Santías y García Ortega y dirigida por el Letrado don Pedro Alfaro, habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo la parte, demandada recurrida representada por el Procurador don Paulino Monsalve Flores, con la dirección del Letrado don Fernando Ferreiro y en el acto de la vista don José Rodríguez Aranda:

RESULTANDO que mediante escrito de fecha 21 de octubre de 1955, el Procurador don Fernando Alonso Cuevas, en nombre y representación de «Hijos de Luis García, S. A. La Constancia», dedujo demanda promoviendo acción ejecutiva de sentencia contra el excelentísimo Ayuntamiento de Santander para que fuese compelido a destruir la alcantarilla que pasa por el solar de la calle de Burgos, número 13, antes Becedo, dando otra dirección a las aguas, alegando sustancialmente los siguientes hechos:

Primero. Que por escritura otorgada ante el escribano don Genaro de Os, en 4 de noviembre de 1945, por don Juan de la Pedraja, Alcalde constitucional Presidente del excelentísimo Ayuntamiento de Santander, en representación de éste y en virtud de pertinente acuerdo municipal, y doña Bernarda de Soto, apoderada de don José de Isla Fernández, se convino en transar el pleito promovido por el último, contra el excelentísimo Ayuntamiento, en demanda fecha 14 de noviembre de 1944, en los términos y condiciones presentados a la corporación municipal por su comisión de obras, y que el Ayuntamiento aprobó e hizo suyos facultando al Alcalde para otorgar el oportuno documento público.

Segundo. Que en la escritura de transacción y convenio, se estipuló el que fuera continuada la obra de la alcantarilla, pero que si algún día las aguas de la misma perjudicasen verdaderamente al tinglado edificado en el solar por el señor Isla Fernández, o dicho señor tratase de reedificar o edificar de nuevo el sitio auto, por donde aquella pasase, y ésta perjudicase de una manera positiva a la edificación, el Ayuntamiento destruiría dicha alcantarilla, variando el curso de las aguas.

Tercero. Que en la transacción quedó estipulado el más puntual y exacto cumplimiento de lo pactado y previa declaración de que en ningún tiempo no tan sólo no se opondrán a ella, sino que no se reclamará en lo más mínimo, declararon terminado y sin curso el pleito de que procede este contrato, y recibiendo el mismo por sentencia pasada en cosa juzgada renunciando todas las leyes a su favor, y la general en forma.

Cuarto. Que por escritura otorgada el 25 de febrero de 1913, ante el Notario que fué de Santander, don Manuel Plipio López, la sociedad y su representada «Hijos de Luis García, D. C.», hoy transformada en anónima, adquirió por compra a don José María Porras e Isla Fernández, marqués de Siloaches, la finca afectada por dicha alcantarilla, y transacción con todos los derechos que a su favor se reconocieron en la escritura transaccional.

Quinto. Que a ninguna de las edificaciones laterales que en el solar de referencia fueron levantadas posteriormente perjudicó la red de alcantarillado de que queda hecha mención. Mas al tratarse ahora de edificar en el terreno sobrante una sala de espectáculos, según memoria y plano aprobados por el excelentísimo Ayuntamiento, y pertinentes y legales autorizaciones, el arquitecto director de la obra hubo de paralizarla por impediría fundamentalmente la alcantarilla.

Sexto. Que a la petición formulada por la propietaria del terreno al excelentísimo Ayuntamiento, para que éste, habiendo sido llegado el día previsto en la transacción, de acuerdo con ella, desviase las aguas de la alcantarilla, la Corporación, previo informe del Letrado municipal, acordó no ser de su obligación, por haber prescrito la acción de la sociedad

a la que ofrecía el procedimiento contencioso administrativo.

Citó como fundamentos de derecho los artículos 1.091, 1.809 y 1.916 del Código Civil, el número cuarto del artículo 4.º de la Ley de lo Contencioso-administrativo, el artículo 919 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como numerosas sentencias de esta Sala de lo Civil y terminó suplicando se decretase la obligación del excelentísimo Ayuntamiento de realizar seguidamente la obra a que viene obligado, y corrido que sea el plazo señalado sin haberla efectuado, ordenar se ejecute a su cargo, con más las costas del presente procedimiento. Acompañó a su demanda los siguientes documentos: La copia de la escritura de transacción y convenio entre las partes citadas en la demanda, con fecha 4 de noviembre de 1945, y cuya parte fundamental se indica ya en la demanda. Certificación expedida por el Registrador de la Propiedad de Santander, con fecha 10 de agosto de 1955, que entre otras cosas dice: «El contrato se ha otorgado entre otras bajo las condiciones siguientes: Tercera. Se censalena (sic) libre de todo gravamen, salvo el del alcantarillado, de que luego se hará mención. Quinta. El servicio de alcantarillado, a que se refiere la cláusula tercera, es el siguiente: Por escritura de 4 de noviembre de 1895, otorgada ante el Notario don Jenaro Poch, entre doña Bernarda Soto, viuda de don Antonio de la Cuesta, en representación de don José Isla Fernández y el Ayuntamiento, se convino a que a la alcantarilla que existe por el interior del tinglado no se dirijan aguas llovedizas, ni otras más que las inmundas de la casa, que en aquel año construyó don Juan Antonio Sarasola y que si algún día las referidas aguas inmundas perjudicasen verdaderamente al tinglado, el Ayuntamiento se obligaba a darlas otra dirección. En este compromiso se ratificó el Ayuntamiento en sesión de 29 de enero de 1181. La finca vendida gozará de los derechos que a favor del tinglado se reconocieron en la escritura y sesión que aquí se relaciona...» Certificación expedida por el Secretario del Ayuntamiento de Santander con fecha 28 de septiembre de 1955, en la que aparece constar del libro oficial de actas de sesiones y correspondiente a la que tuvo lugar el día 25 de enero de 1944, aparecen entre otros el siguiente acuerdo: «Primera. Continuará la obra de la alcantarilla en los términos proyectados, levantándose en consecuencia el interdicto que pesa sobre ella. Segunda. El Ayuntamiento se obliga a que no se dirijan por dicha alcantarilla aguas llovedizas, ni otras más que las inmundas de la casa nueva de Sarasola. Tercera. Si a pesar de esto resultase algún día que las referidas aguas inmundas perjudicaran verdaderamente el tinglado del señor Isla Fernández, el Ayuntamiento las dará otra dirección, construyendo otra alcantarilla. Cuarta. Si dicho señor Isla tratase de reedificar o edificar de nuevo el sitio auto, por donde pase la mencionada alcantarilla, y perjudicase ésta a la edificación o reedificación de una manera positiva, el Ayuntamiento variará también el curso de las aguas inmundas de la casa de Sarasola, dirigiéndoles por otra parte. Quinta. Cada interesado pagará sus costas y las comunes por mitad, con lo que queda transigido este pleito...» Certificación expedida por don Ramiro Saiz Martínez, arquitecto de Santander, con fecha 28 de septiembre de 1955, en la que se hace constar que ha proyectado una sala para cinematógrafo a construir en la calle de Burgos, de esta ciudad, propiedad de don Luis García de Noroña, cuyo proyecto ha sido aprobado por la Delegación de Industria en 3 de noviembre de 1953, por la Junta de Espectáculos en 4 de enero de 1953, y concedido permiso municipal de obras el 15 de febrero de 1955, y la mencionada construcción no puede ejecu-

tarse a causa de impedirlo una red de alcantarillado que pasa por parte del terreno donde ha de construirse. Una comunicación del Ayuntamiento de Santander, dirigida a la sociedad demandante, por la que le traslada el dictamen del Letrado del Ayuntamiento, en el sentido de que no procede la vía civil, dado que el pacto se hizo en 1881, y han pasado los plazos y que solamente se trataría de un asunto administrativo. Dicha comunicación tiene fecha 13 de septiembre de 1955. Comunicación de la misma fecha, dirigida por el Ayuntamiento a la sociedad demandada, dándole traslado del acuerdo de la comisión del Ayuntamiento, por la que haciéndose eco del informe presentado por el abogado, se librará la demandante de ejecutar obras en la finca cuestionada, o en todo caso dejaría la finca en el mismo estado, sin perjuicio de que si no lo hace, el Ayuntamiento lo hará a su costa:

RESULTANDO que por el Procurador don José García y G. Marañón, en nombre y representación del Ayuntamiento de Santander y mediante escrito de fecha 15 de diciembre de 1955, se contestó la demanda, estableciendo los siguientes hechos:

Primero. Que pueden ser ciertos los hechos consignados en el escrito, presentado por el Procurador don Alonso Cuevas, a la resultancia del contenido de los documentos públicos que en el mismo se consignan, se atienen.

Segundo. La alcantarilla al que se refiere el expediente escrito, forma parte integrante de la red general de alcantarillado de la ciudad de Santander, y por ello, de acuerdo con las normas legales vigentes, dicha red de alcantarillado tiene la consideración de un bien de dominio público, destinada al uso público, y por ello todo cuanto con la expresada red de alcantarillado municipal de la ciudad de Santander se refiera tendrá que ser resuelto previo trámite por la jurisdicción pertinente para el conocimiento de tales cuestiones.

Tercero. De los mismos hechos del escrito inicial de estas diligencias se deduce que el pretendido derecho que pretenden ejercitar, dándole el curso señalado para la ejecución de sentencias, tiene su apoyo en la escritura otorgada en 4 de noviembre de 1945 por don Juan de la Pedraja, en su calidad de alcalde presidente del excelentísimo Ayuntamiento de Santander, y don José de Isla Fernández, representado por su apoderado don Bernardo de Soto, y en consecuencia el que dicho convenio transaccional fué llevado a efecto hace más de ciento diez años. Citó los fundamentos de derecho que estimó aplicables, los artículos 339, 344, 1.809, 1.816, 1.917, 1.963, 1.932, 1.936 y 1902 del Código Civil; los artículos 2, y 3 del Reglamento de bienes de las Entidades locales, los artículos 102 y 103, 110 y 156 de la Ley de Régimen Local, el artículo 42 del vigente Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y el número primero del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y terminó suplicando al Juzgado dictase resolución desestimando las pretensiones de la parte actora y absolviendo de todas ellas al excelentísimo Ayuntamiento de Santander, con expresa condena en las costas a la parte actora:

RESULTANDO que por el Juzgado de Primera Instancia de Santander se dictó con fecha 26 de diciembre de 1955 auto por el que se acordó que rechazando las excepciones alegadas, ha lugar a decretar que el excelentísimo Ayuntamiento está obligado a realizar seguidamente la obra a que se comprometió en la escritura transaccional, fecha 4 de noviembre de 1955, apercibiéndole que transcurrido el plazo de dos meses sin ejecutarlo, se ejecutara a su cargo, sin hacer especial imposición en cuanto a costas:

RESULTANDO que interpuesto recurso de apelación contra el anterior auto por la representación del Ayuntamiento de Santander y admitido dicho recurso en ambos efectos, previa la tramitación correspondiente la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos dictó sentencia por la que, revocando la resolución apelada, absolvió al excelentísimo Ayuntamiento de Santander de la demanda incidental ejecutiva deducida contra el mismo, por la entidad «Hijos de Luis García, Sociedad Anónima La Constancia», sin hacer especial asignación a ninguno de los litigantes de las costas causadas tanto en primera como en segunda instancia:

RESULTANDO que por el Procurador don Luis Santías y García Ortega, en nombre y representación de «Hijos de Luis García, S. A., La Constancia», se ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley contra la meritada sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, recurso que apoya en los siguientes motivos de casación:

Primero. Al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.—Por estimar que la sentencia recurrida aplica indebidamente al caso los artículos 1.969 y 1.964 del Código Civil, y la doctrina de este Tribunal que los interpreta, al declarar que la acción ejercitada por la recurrente está prescrita. En efecto. El Tribunal «a quo» declara que esta jurisdicción es competente para conocer de la presente cuestión; y que, en principio, es claro el derecho de «Hijos de Luis García» como derivado del convenio, válido y transaccional, de 1845. Si desestima su demanda incidental sobre ejecución de tal convenio es por estimar que la acción que encierra está prescrita. Al margen de la cuestión relativa a la clase de acción que se ejercita (intrascendente a efectos de lo que se discute) es evidente que, como señala el artículo 1.969 del Código Civil, el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones «se contará desde el día en que pudieron ejercitarse». Y en el presente caso, como se va a ver, la acción no puede ejercitarse desde la fecha del convenio (tesis de la sentencia recurrida), sino desde que el Arquitecto director de la obra que iba a realizar su mandante consideró perjudicial para ello la existencia de la alcantarilla (tesis de este recurso). Prosigue su mandante que el Ayuntamiento de Santander cumpla una obligación contraída en el convenio de 4 de noviembre de 1845; y la acción para ello no puede surgir sino desde que la obligación nace. Ahora bien: esta obligación de la Corporación municipal no puede considerarse como una obligación pura (artículo 1.113 del Código Civil) que sea exigible «desde luego», sino como una obligación sujeta a una condición suspensiva (artículo 1.114) cuyo cumplimiento no podía exigirse mientras tal condición no se cumpliera. Tal condición no era otra que la de que la alcantarilla del Ayuntamiento perjudicara la reedificación o nueva edificación que en el futuro pudiera acometer el señor Isla Fernández o cualquiera de sus sucesores en el dominio del solar atravesado por aquella. Y este perjuicio surgió en el año 1955 en el que «Hijos de Luis García» decidieron construir una sala cinematográfica en referido solar y el Arquitecto de los mismos determinó el perjuicio (no discutido por el Ayuntamiento) que suponía la alcantarilla, imposibilitando la obra. Es, pues, evidente que sólo a partir de 1955 surgió la obligación del Ayuntamiento; y que sólo a partir de 1955 pudo su mandante ejercitar la acción. Si ésta se ejercitó en el mismo año en que surgió la obligación es indiscutible que no puede haber prescrito por no haber transcurrido el plazo que señala el artículo 1.964, y que por ello infringe tales preceptos la sentencia recurrida al no estimarlo así. La doctrina de esta Sala,

interpretativa de referido artículo 1.969, ratifica su tesis, y así la sentencia de 27 de abril de 1955 exige, para que empiece a correr el plazo, digo el tiempo de la prescripción, que exista «acciónata»; y concreta esta en la concurrencia de dos requisitos: Primero, un derecho de ser ejercitado, y segundo, la falta de ejercicio, o sea la inacción del titular. Las sentencias de 7 de enero de 1895 añaden que el principal objeto de la prescripción de acciones es el de «castigar la negligencia del que no las ejercita en tiempo hábil», por lo que «empieza éste a correr desde que esta expedido con relación a la obligación de que emana, el derecho a ejercitarla». Y otras muchas ratifican la doctrina, perfectamente aplicable a su caso: como la de 25 de abril de 1922 relativa a un supuesto de transacción.

Segundo. Al amparo del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.—Por estimar que la sentencia recurrida comete manifiesto error de hecho en la apreciación de la prueba al considerar que pudieron ejercitar su acción desde la fecha del convenio transaccional. Aunque estiman que la infracción legal de la sentencia es de fondo (de derecho) y no de hecho, consideran conveniente (ad cautelam) reforzar su argumentación del anterior motivo, con este último. Para el supuesto de que pudiera estimarse por la Sala que la infracción radica en los presupuestos de hechos; y más concretamente en aquél, recogido en la sentencia, de que pudieron ejercitar su acción desde el momento en que su causante transigió en 4 de noviembre de 1845. En tal supuesto, el error de hecho de la sentencia es evidente. Y resulta de un documento auténtico cual es la escritura de transacción de 4 de noviembre de 1845 obrante a los folios 4 y siguientes de los autos. En efecto, en dicha escritura, que encierra el convenio transaccional entre el Ayuntamiento recurrido y el señor Isla Fernández, se dice terminantemente que la obligación del Ayuntamiento de desviar la alcantarilla sólo surgirá cuando, queriendo el propietario del solar reedificar o reedificar, tal alcantarilla sponga un perjuicio real para ello. Y aquel propósito de edificar, con imposibilidad de llevarlo a cabo por tal servicio, no surge hasta 1955. Por lo que es conveniente que hasta entonces no nace el derecho de su parte, la correlativa obligación de la Corporación, ni la acción que se considera prescrita. No ha habido, hasta 1955, «actio neata»; y al no estimarlo así la sentencia, pese a los claros términos de tal documento, sufre error de hecho al valorar este medio de prueba, no desmentido (sino ratificado) por el resto de la obrante en los autos:

RESULTANDO que admitido el recurso e instruidas del mismo ambas partes, recurrente y recurrida, fueron declarados conclusos los presentes autos ordenándose fueran traídos a la vista, cuyo acto tuvo lugar el día 30 de junio de 1961, con asistencia de los letrados de las partes don Pedro Alfaro y don José Rodríguez Aranda, que informaron en apoyo de sus respectivas pretensiones:

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu:

CONSIDERANDO que del estudio del convenio otorgado por el causante de la parte recurrente y la recurrida en escritura pública de 4 de noviembre de 1845 y en cuya virtud, transigiendo un juicio interdical, se convino que el Ayuntamiento de Santander continuara la obra de alcantarillado que estaba construyendo a través de la finca de autos, pero pactando de un modo claro, preciso y terminante que si algún día las aguas que por ella circulaban perjudicaban verdaderamente a las edificaciones entonces existentes o a las que se trataran de reedificar o de edificar de nuevo por donde la alcantarilla pasaba, el Ayuntamiento se comprometía a destruirla, variando el

curso de las aguas, se desprende sin dejar lugar a la menor duda, que el compromiso adquirido por la Corporación Municipal constituye una condición suspensiva que demoraba el nacimiento de la obligación de variar el curso de la alcantarilla al momento en que esta ocasionara perjuicio a las edificaciones construidas o impidiera la construcción de otras nuevas; y como quiera que en el convenio no se pactó plazo alguno de su duración, ni consta que se haya producido acto alguno de inacción o negligencia por parte del titular del derecho u obstativo a su ejercicio por la parte obligada, apercibe evidente que el lapso prescriptivo de la acción entablada no comenzó a correr hasta el año 1955 en que se cumplió la condición suspensiva por impedir la alcantarilla la construcción del edificio proyectado, por lo que no cabe admitir que han transcurrido los quince años del plazo de prescripción que señala el artículo 1.964 del Código Civil y la sentencia recurrida al mantener lo contrario ha aplicado indebidamente el 1.969 del mismo Cuerpo legal, en relación a dicho 1.964 y procede casarla y anularla en aceptación del primer motivo del recurso que por la infracción dicha del concepto indicado se sustenta en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; máxime teniendo en cuenta que el convenio en cuestión y la condición de referencia consta en el Registro de la Propiedad en la inscripción de la finca, que excluye toda idea de que el derecho concedido fuera con carácter personalísimo a favor del primitivo titular señor Isla y sin que queda argüir como sostiene la sentencia impugnada y ratificó la parte recurrida que ello equivale a dejar el cumplimiento de la condición a la sola voluntad del propietario de la finca, puesto que en las condiciones suspensivas nuestro Código lo limita en su artículo 1.115 a que no puedan quedar al arbitrio del deudor, que en este caso es el Ayuntamiento de Santander y no el dueño de la finca:

CONSIDERANDO que sentado el razonamiento precedente, no se precisa entrar en el examen del segundo de los motivos articulados en el recurso:

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por «Hijos de Luis García, S. A., La Constancia», contra sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos de fecha 20 de febrero de 1957, en autos seguidos con el Ayuntamiento de Santander sobre ejecución de convenio sobre alcantarillado y en su consecuencia casamos y anulamos la referida sentencia, sin hacer especial declaración sobre las costas de este recurso; y a su tiempo con devolución del apuntamiento librese a la Audiencia la certificación de esta sentencia y de la que a continuación se dictó a los efectos oportunos.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» e insertará en la «Colección Legislativa», para lo que se pasarán las copias oportunas, lo pronunciamos mandamos y firmamos.—Juan Serrada.—Ondulio Siboni.—Diego de la Cruz Díaz.—Antonio de V. Tutor.—Mariano Gimeno Fernández (rubricados).

Publicación.—Leída y publicada fue la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Antonio de Vicente Tutor y de Guelbenzu, Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, celebrando audiencia pública la misma en el día de hoy, de que certifico como Secretario de la misma.—Ramón Morales (rubricado).

En la villa de Madrid, a 6 de julio de 1961; en los autos de juicio declarativo de mayor cuantía, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia, número 2.

de Vigo, y en grado de apelación, ante la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, por don Salvador de Ponte y Conde, Coronel de Ingenieros y vecino de Madrid, contra don Joasé Ramón Pardo y Pastró, vecino de Vigo; sobre mejor derecho al título de Marqués de Leis; pendientes ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el demandado, representado por el Procurador don Adolfo Suárez González, y defendido por el Letrado don José Díaz Sama; habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo el demandante y recurrido, representado y defendido, respectivamente, por el Procurador don Alfonso Sánchez Poves y el Letrado don Juan Martín Casallo:

RESULTANDO que mediante escrito, fecha 15 de junio de 1955, el Procurador don Higinio Facorro González, en nombre y representación de don Salvador de Ponte y Conde, dedujo ante el Juzgado de Primera Instancia, número 2, de Vigo, demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra don José Ramón Pardo y Castro y el Ministerio Fiscal, alegando sustancialmente como hechos:

Primero. Que el año 1900, digo 735, don Carlos de Borbón, Rey de las dos Sicilias y después Carlos III de España, otorgó a don Bernardo Romero de Leis distinción nobiliaria con la denominación de Marqués de Leis.

Segundo. Que a petición de don José María Montenegro y Gado, número 2 del árbol genealógico comparativo que unía—descendiente de aquél don Bernardo Romero de Leis—, la Reina Isabel II autorizó, en el año 1844, la conversión o confirmación de dicho Marquesado en Título de Castilla; favoreció con ello no sólo al entonces solicitante, sino también a sus legítimos sucesores perpetuamente.

Tercero. Que fallecido aquel don José María Montenegro, primer Marqués de Leis en Castilla, sucesión en dicha merced su legítimo hijo don Antonio Juan de Montenegro Puga—número 3 del árbol genealógico—digo árbol repetido.

Cuarto. Que muerto este segundo Marqués—señalado con el número 3 en el árbol—fué sucedido la merced por doña María de la O de Castro y Garcés de Marcilla, madre del actual demandado, que aparece señalada en el árbol repetido con el número 10.

Quinto. Que fallecido dicho número 6 del árbol y abierta sucesión en el Ministerio de Justicia, se otorgó carta sucesoria en favor del propio demandado, número 11, no obstante la oposición administrativa del actor.

Sexto. Que no conformándose el actor con esta atribución administrativa, intentó, sin efecto, conciliarse, conforme acredita el documento unido a esta demanda con el número 2.

Séptimo. Que consecuencia de aquella intentada conciliación, es la presente demanda.

Y después de citar los fundamentos legales que estimó aplicables, terminó suplicando se dicte sentencia declarando: Que es mejor preferente, frente al del demandado, el derecho genealógico del actor para llevar, usar, poseer y disfrutar con sus preeminencias, honores y prerrogativas el título nombre de Marqués de Leis, condenando a estar y pasar por la dicha declaración, con imposición de las costas:

RESULTANDO que admitida a trámite la demanda y emplazadas las partes demandadas, compareció en los autos el Ministerio Fiscal y, por medio de escrito de fecha 21 de septiembre de 1955, contestó la demanda, alegando en síntesis que de momento nada tenía que exponer en pro ni en contra de las alegaciones expuestas por las partes:

RESULTANDO que a su vez el demandado don José Ramón Pardo y Castro, representado por el Procurador don Fran-

cisco Lago Goberna, se personó en los autos, y mediante escrito fecha 21 de septiembre de 1955, contestó y se opuso a la demanda alegando como hechos:

Primero. Que existe conformidad en las partes en que Su Majestad el Rey don Carlos III—siéndolo entonces sólo de las dos Sicilias e Infante de España—, por Real Despacho, expedido el 12 de mayo de 1735, concedió el título de Marqués de Leis a don Bernabé Romero de Leis, capitán que era entonces de la Guardia de Infantería Española, y más tarde brigadier mariscal de campo y teniente general de los Ejércitos españoles, acompañándose a este efecto, por la validez y plena eficacia probatoria que tiene, en su integridad, la certificación del Archivo Histórico Nacional que el actor une a su demanda, como documento número 4.

Segundo. Que igualmente están de acuerdo las partes en que—después de transmisiones sucesivas—dicho título correspondió a don José María Montenegro y Gago; pero siendo terminante la prohibición de uso en España de todo título extranjero sin Real permiso—autorización que era difícilmente concedida en la época referida—, se solicitó de Su Majestad el Rey don Fernando VII la transformación del Marquesado de Leis en Título de Castilla, accediendo a ello Su Majestad la Reina Isabel II, por Real Orden dada en Tarragona, a primero de julio de 1844, disposición que se transcribe en el mencionado documento aportado de adverso, bajo el número cuatro, que es fundamental hacer notar que, en su demanda, el actor ha omitido partes esenciales del texto de la citada Real Orden; que, en efecto: En ella se dice que «el expresado teniente general don Bernabé Romero de Leis... dejó dispuesto por el testamento que otorgó en 3 de septiembre de 1745 que el título de tal Marqués le pudiese usar el heredero y poseedor legítimo de la Casa de Santa María del Barro y su vínculo, de que él descendía; por cuya razón, y con el carácter de título extranjero, le han disfrutado vuestros ascendientes por línea materna, como poseedores que fueron de la citada casa y vínculo del Barro»; y, más adelante, se justifica la confirmación de dicho Título, como de Castilla, a favor de don José María Montenegro y Gago, entre otras circunstancias por día de ser Vos poseedor de la Casa y vínculo del Barro.

Tercero. Que también se conviene en que, muerto don José María Montenegro y Gago, primer Marqués de Leis como Título de Castilla, le sucedió en dicha merced su hijo legítimo don Antonio Juan Montenegro y Puga.

Cuarta. Que fallecido este segundo Marqués, sucedió en dicha merced doña María de la O Castro y Garcés de Marcilla, a quien su abuela, doña María de la O Ponte Montenegro había cedido sus derechos al Marquesado de Leis, en las condiciones y con las circunstancias a que se hace mención en la Real Orden de 7 de agosto de 1907 y Carta de Sucesión publicada en la «Gaceta de Madrid», número 294, del día 21 de octubre de 1907, aportándose certificación del Juzgado de Primera Instancia número 11 de Madrid, con relación al pleito a que después se hará referencia, en la que—entre otros particulares—se testimonia copia auténtica de la correspondiente escritura de cesión, que aparece unida a dichos autos y testimonio de la referida Carta de Sucesión.

Quinto. Que ocurrido el fallecimiento de doña María de la O Castro y Garcés de Marcilla, madre del demandado, éste sucedió a aquella en el Marquesado de Leis, en virtud de Carta de Sucesión—expedida a su favor, por Orden ministerial de 12 de enero de 1953—que resolvió el oportuno expediente administrativo, instruido a tal efecto; que en dicho expediente, el actual demandante formuló

oposición, no obstante lo cual, y previos los asesoramientos de la Diputación permanente de la Grandeza de España y Consejo de Estado—que unánimemente se pronunciaron reconociendo el mejor derecho que al demandado le asistía al Marquesado de Leis—fué resuelto aquél, como queda dicho, a favor del hoy demandado.

Sexto. Que interesa poner de relieve, a todas luces, la temeraria y maliciosa actuación del demandante que, conociendo perfectamente la existencia de un pleito anterior sobre el Marquesado de Leis, mantenido entre un hermano de su padre y la madre del actor, tiene la osadía de reproducirlo nuevamente en esta litis; que el primer pleito fué resuelto por sentencia firme del Juzgado de Primera Instancia del distrito del Congreso de Madrid (hoy número 11), dictada en 22 de septiembre de 1923, por la que se absolvió al causante del demandado, de la demanda, sobre el mejor derecho al Marquesado de Leis, formulada en dicho pleito; citándose el ya invocado expediente administrativo, aludido en el hecho anterior, expediente en el cual don Salvador de Ponte y Conde reconoce la existencia y fallo de tal pleito.

Séptimo. Que la genealogía a contemplar en el caso de autos, parece reflejada en el árbol que se acompaña y, respecto a este extremo, son hechos incontrovertibles los siguientes:

a) El primer Marqués de Leis, como Título de Castilla, lo fué don José María Montenegro y Gago (documento número 4 de los aportados por el actor).

b) Que fallecido éste, le sucedió en la citada merced su hijo legítimo don Antonio Juan Montenegro y Puga (documento número 5 de los acompañados a la demanda).

c) Que el referido don Antonio Juan Montenegro y Puga tenía dos hermanas solteras, llamadas doña Eudisia y doña Carmen, que le sobrevivieron, y que al fallecimiento de doña Carmen quedó extinguida la línea descendente por carecer de sucesión en el segundo Marqués de Leis, al igual que sus citadas hermanas; que estos extremos—silenciados de adverso—se acreditan con el testimonio de la sentencia antes aludida, y el también testimonio de determinados particulares de dicho pleito, que se acompañó; que en este último documento—entre otros particulares de que se hará mención oportunamente—se transcriben las cartas dirigidas a la bisabuela del demandado, doña María de la O Ponte y Montenegro, por el padre del actor don Salvador Ponte y de la Peña; el testimonio del juicio de abintestato, a favor de doña María de la O Ponte y Montenegro, por fallecimiento de doña Carmen Montenegro y Puga; y el justificante del pago del impuesto de Derechos Reales, relativo a esta sucesión intestada, correspondiente a la Casa de Santa María del Barro.

d) Que agotada la línea descendente, la merced en cuestión pasó a la transversal, tramitándose los derechos de dicha merced a esa línea, a través de la persona de doña María Luisa Montenegro y Gago, hermana de doble vínculo de don José María Montenegro y Gago, primer Marqués de Leis, como Título de Castilla, hijos ambos de don Juan Antonio Montenegro y Puga y de doña Josefina Gago Pimental; extremos que resultan probados con la partida de matrimonio de estos últimos, por la de bautismo de don José María Montenegro y Gago con la de matrimonio de don José María Montenegro y Gago con doña Manuela Puga y Puga; con la de bautismo de don Antonio Juan Montenegro y Puga y con la también de bautismo de doña María Luisa Montenegro y Gago.

e) Que doña María Luisa Montenegro y Gago casó con don Juan Ponte y Tendeiro, de cuyo matrimonio hubo, entre otros, dos hijos, llamados doña María de la O (bisabuela del actual deman-

dado) y don Juan Bautista Ponte y Montenegro (abuelo del actual actor).

f) Que el citado don Juan Bautista Ponte y Montenegro se casó con doña Melchora de la Peña y Diez de Robles, y que de dicho matrimonio hubo, entre otros hijos, don Salvador Ponte y de la Peña, que casó con doña Carmen Conde y Domínguez, de cuyo matrimonio es hijo el actual actor.

g) Que del referido matrimonio de don Juan Bautista Ponte y Montenegro con doña Melchora de la Peña y Diez de Robles, nacieron otros hijos, entre ellos doña Melchora Ponte y de la Peña, casada con don Fernando Conde y Domínguez, demandante en el año 1922 y hermana de doble vínculo del padre del actual actor.

h) Que al igual que don Juan Bautista, su hermana de doble vínculo, doña María de la O Ponte y Montenegro, era hija de doña María Luisa Montenegro y Gago y de don Juan Ponte y Tenreiro; que la citada doña María de la O Ponte y Montenegro casó con don José Castro y Correa, y de dicho matrimonio nació don Francisco Javier de Castro y Ponte, que casó con doña Rosa Garcés de Marcella y Rabanal.

i) Y que del indicado matrimonio nació doña María de la O y Garcés de Marcella, tercera Marquesa de Leis, que casó con don Isaura Pardo y Pardo de Castro; de este matrimonio nació don José Ramón Pardo de Castro y así aparece probado con los documentos números 24, 25 y 26 del actor, referentes al bautismo de doña María de la O Castro y Garcés de Marcella, defunción de la misma señora y nacimiento de don José Ramón Pardo de Castro y la certificación de matrimonio de los padres del demandado que se aporta como documento número 8.

Octavo. Que en 22 de agosto de 1922 doña Melchora Ponte y de la Peña, tía del actor, asistida de su esposo don Fernando Conde y Domínguez, formuló demanda de mayor cuantía sobre el mejor derecho al Marquesado de Leis, de la que correspondió conocer al Juzgado de Primera Instancia del Congreso, hoy número 11, de los de Madrid; que la acción se ejercitaba contra doña María de la O Castro y Garcés de Marcella, madre del demandado, y fue resuelto dicho litigio por sentencia firme de 22 de septiembre de 1923, que desestimó totalmente la demanda, con absolución de la causante del demandado.

Noveno. Que en el pleito seguido en 1922, lo mismo que en el actual, se solicitó la declaración del mejor o preferente derecho a ostentar el Marquesado de Leis, y, en aquel pleito, al igual que en éste, se debatió:

a) Si el orden sucesorio era o no regular.

b) Los sucesivos llamamientos y preferencia entre ellos.

c) Supuesta preferencia, en este caso, del varón a la hembra.

d) La proximidad en grado; que aparece indiscutible, por el simple cotejo de las dos demandas; la identidad absoluta que existe entre ellas, con relación a los hechos y al fundamento o razón de pedir.

Decimo. Que las personas que contendieron en el pleito de 1922 lo fueron, como actora, una hermana del padre del actual demandante, y como demandada la madre del actual demandado; que salta a la vista que la diferencia entre ambos pleitos, en cuanto a personas, no es otra que la diferencia en tiempo que media de 1922 a 1955, que ha hecho su oficio; que en este período han fallecido los padres de los respectivos litigantes, y ahora se pretende, por don Salvador de Ponte y Conde, que los hijos litiguen la misma cuestión ya discutida por sus padres, pues a efectos vinculares, doña Melchora Ponte de la Peña y su hermano, don Salvador Ponte de la Peña, son una misma persona, alegándose, pues, la excepción de cosa juzgada.

Undécimo. Que no es dable distraer la atención del juzgador, ni tampoco puede tolerarse que si infinitos son los consanguíneos en materia vincular, sean también infinitos los pleitos que haya de soportar el poseedor de una merced; que ésta no puede estar sujeta al capricho de quien, por la amplitud que el concepto de consanguinidad tiene en materia vincular, se pueda considerar con derecho a ella; que se molesta al juzgador volviendo sobre lo ya ejecutoriado, y obvio es decirlo, por razones de índole social, el demandado se ve gravemente perjudicado con cualquier litigio que, aun sin razón, pueda sostenerse respecto a la posesión del título, perjuicios de los que se reserva la acción correspondiente, para, una vez resuelta esta litis, ejercitarla en su día; que aquí no se trata de una persona que—con mejor o peor derecho—discute una merced, creyendo que la cuestión debatida pudiera tener alguna posibilidad de prosperar, sino de aquél que, conociendo una sentencia y el valor ejecutorio de la misma, asistido de un profesional del Derecho, comparece en un expediente administrativo, alegando que no existe cosa juzgada, para después interponer una demanda en la que se silencia tan importante extremo.

Duodécimo. Que alegando lo que antecede, innecesario sería entrar en el examen de otras cuestiones, que también fueron suscitadas por las partes en el pleito anterior; pero, no obstante, interesa al demandado destacar:

a) Que la entonces demandante y el padre del actor, reconocieron, expresamente, que el mejor derecho genealógico a la sucesión del Marqués de Leis concurrían en la rama del demandado y no en la del demandante en otros, digo en estos autos; así lo reflejan la carta de 20 de junio de 1902, dirigida a la bisabuela del actual demandado, por la que fue actora en el pleito anterior, y la dirigida a la misma persona en 21 de junio del mismo año por el padre del actual demandante, que se testimonian en el documento aportado con el número 1.

b) Que, a todos los efectos, tuvo pleno valor la cesión que, de sus derechos al título efectuó doña María de la O Ponte y Montenegro—bisabuela del demandado—a favor de su nieta doña María de la O Castro y Garcés de Marcella, en escritura de 27 de julio de 1907, testimoniada en el documento aludido en el apartado anterior.

c) Que la repetida merced vinculada a la posesión de la Casa del Barro, circunstanciada, digo circunstancia aludida, al igual que la precedente, por la sentencia dictada en el primer pleito.

d) Y que don Juan Bautista Ponte y Montenegro—abuelo de don Salvador de Ponte y Conde y de quien éste, así como la demandante en el primer pleito, traen, vincularmente, causa—falleció antes de la extinción de la línea descendente del primer Marqués de Leis, como Título de Castilla, según resulta, igualmente, del testimonio de la repetida sentencia; que estas cuestiones— así como otras puramente de derecho, como la necesidad de referir la preferencia legal al último poseedor—, se debatieron y fueron también decididas en el primer pleito, al que de nuevo se remitía a efectos probatorios.

Decimotercero. Que negaba los hechos contrarios en todo lo que no haya sido reconocido expresamente.

Y después de citar los fundamentos legales que estimó aplicables, suplicó se dictara sentencia por la que estimando la excepción de cosa juzgada y desestimando en todo caso la demanda, se absolviera de la misma al demandado; con expresa imposición de costas al actor.

RESULTANDO que conferido el oportuno traslado para réplica a la representación del demandante don Salvador de Ponte y Conde, lo evacuó por medio del correspondiente escrito, alegando sustancialmente: Que no obstante la manifes-

tación, digo la munificencia del que después fue Rey de España como Carlos III, el Marqués de Leis nace a la vida del derecho como Título de Castilla en el año 1844 en favor de don José María Montenegro y Gago, y de sus legítimos sucesores; que niegan consiguientemente, y lo razonan más adelante, que el título, por medio de esa creación como dignidad de Castilla, estuviese ni hubiese de andar o transmitirse agregado a ninguna Casa o vínculo de Barro; que al dicho concesionario en Castilla, esto es, al referido Marqués de Leis, sucedió su hijo don Antonio Juan Montenegro; que al fallecimiento de éste no fue sucedido el título por ninguna de las hermanas que el demandado le atribuye en el árbol unido a la contestación; prueba de ello es que, según se documenta por la contraparte, a la madre del demandado no fue expedida Carta sucesoria por fallecimiento de ninguna de aquellas hermanas y si por fallecimiento de su tío abuelo don Antonio Juan Montenegro, segundo Marqués de Leis; que estaba de acuerdo en que se agotó la línea descendente de aquel titulado y en que los derechos al título fueron transmitidos a la línea transversal encabezada por la número 4 del árbol y tronco común de los hoy litigantes; que también estaba de acuerdo en que, según expresan los respectivos árboles genealógicos unidos a la demanda y contestación, solamente cuatro personas en España han poseído, con mejor derecho, el Marquesado demandado; don José María Montenegro, don Antonio Juan Montenegro, doña María de la O Castro y Garcés y el propio demandado; que conforme en que en el año 1923 se sustanció pleito sobre Leis entre la madre del demandado y una tía del demandante, hermana del señalado con el número 7 en el árbol del actor; mas rechazaba cuantas lamentaciones se hacen del silencio del actor acerca de este hecho, pues precisamente atendido a consejos de profesionales, entendió el demandante y entiende que la dicha resolución no le atañe; y de ahí su silencio sobre lo que ni limita ni roza a su propio derecho; que el actual demandante ya manifestó públicamente (en el expediente administrativo sustanciado en el Ministerio de Justicia) la existencia de la dicha sentencia y pleito, probando ello que, al no recordarlo en la demanda su hacer no puede suponerse ni estimarse como querido silencio buscado de propósito con fin inconfesable; que es el demandado que ha traído a autos casi íntegra de aquel expediente administrativo, la copia, quien parece desea ocultar en qué manera y por qué razones el hoy demandante entendiéndose extraño a aquel litigio contrario; pudo la contraparte, al aportar casi íntegro aquel expediente administrativo, unir al escrito formulado por el señor Ponte ante el Ministerio de Justicia, dando cuenta de esa sentencia y de las razones en que fundaba su afirmación respecto de que la misma fue intrascendente a su derecho, omisión que rectifica uniendo a esta réplica copia de aquel escrito, remitiéndose a todos los efectos al expediente del Marquesado de Leis, obrante en el Archivo General del repetido Ministerio de Justicia; que es cierto que la número 6 del árbol heredó civilmente, pero no sucedió nobiliariamente a doña Carmen Montenegro y Puga; y cierto que esta número 6 misma renunció, en favor de su nieta, los derechos al Marquesado de Leis; cierto que el padre del demandante reconoció, en favor de la número 6 repetida, el derecho civil que, como prima hermana, correspondía a la sucesión de doña Carmen Montenegro; pero no reconoció derecho preferente alguno en orden a la sucesión del título, entre otras razones porque la doña Carmen no fue nunca titular de Leis, conforme al propio afirmado del demandado—en el árbol que acompaña a la contestación y en este mismo escri-

to—al no atribuirle la cualidad de tal: que son ciertas las genealógicas que se daban en la demanda y la que amplía la adversa en su contestación, más se niega rotundamente cuanto afirman en sus hechos noveno y décimo, materia de puro derecho; que ampliando los correlativos de la demanda, se afirma que la número 10 del arbol enajenó en el año 1911 los bienes que comprendían la Casa o vinculo de Barro, y también agrega que doña Melchora Ponte y de la Peña, demandante en pleno, digo en pleito, que tanto excita a la contraria, contrajo matrimonio con don Fernando Conde Dominguez; que del dicho matrimonio son legítimos hijos: don Fernando, nacido en Vigo en el año 1906; don Juan Antonio, nacido igualmente en Vigo el 1908; don José Manuel y doña María Luisa, nacidos igualmente en Vigo a los años 1910 y 1911.

Y suplico se tuviera por evacuada la réplica, ordenando dar a los autos la tramitación legal correspondiente:

RESULTANDO que a su vez la representación del demandado don José Ramón Pardo y Castro, evacuó el trámite de dúplica por medio del oportuno escrito, alegando: Que reproducía íntegramente las alegaciones contenidas en el escrito de contestación a la demanda; que pretendía convencer al actor de que su silencio sobre la sentencia, que puso término al pleito mantenido entre doña Melchora Ponte y la madre del demandado, implica una postura totalmente correcta; que tal esfuerzo es vano, pues nada contiene la argumentación contraria que desvirtúe los comentarios hechos a este respecto, en la contestación de la demanda; que decir, como de contrario se afirma, que a la parte demandada le incumbía traer a los autos lo que, forzadamente y a destiempo, aporta ahora el demandante, es, en verdad, asombroso; pero causa mayor extrañeza que el actor trate de justificar su anterior silencio, alegando que dicha sentencia en nada le afectaba, por ser indiferente a su derecho y que, por consiguiente, carece de importancia que en la demanda no se hubiera hecho mención alguna sobre tal extremo; que este argumento podría ser tenido en cuenta si el señor Ponte no hubiera adoptado una postura radicalmente distinta en el expediente seguido ante el Ministerio de Justicia; que en dicho expediente el señor Ponte mostró una evidencia de preocupación, en claro contraste con el deprecio olímpico que en estos autos y hasta el trámite de réplica le mereció la repetida sentencia; que esta resolución le pareció, en aquella época, lo bastante importante como para justificar su análisis con arreglo a su particular criterio; que, sin embargo, contra toda lógica intenta persuadirnos que lo que entonces consideró merecedor de comentarios perdió su trascendencia al ser planteada la cuestión ante los Tribunales de Justicia; que no es cierto que el padre del demandante solamente reconociera, a favor de la bisabuela del demandado, el derecho a suceder civilmente a doña Carmen Montenegro Puga; que desde el fallecimiento de dicha señora—con la única excepción del pleito tantas veces citado—la rama a que pertenece el demandado ha poseído pública, quieta y pacíficamente la merced ahora discutida; posesión a la que dió su asentimiento el actor y sus ascendientes, no sólo con su silencio, sino también por actas de reconocimiento expreso; que es cierta la descendencia de doña Melchora Ponte y de la Peña, reseñada en el número 7 del escrito de réplica; que negaba los hechos contrarios en todo lo que no hubiera sido reconocido expresamente. Y suplico se dictara sentencia en la forma que tenía interesada:

RESULTANDO que recibido el juicio a prueba, a instancia de la parte actora, se practicó la documental, y a propuesta

de la parte demandada tuvieron lugar las de confesión judicial del actor y la documental; habiéndose practicado posteriormente, para mejor proveer la documental para que por el Ministerio de Justicia se expidiese certificación correspondiente comprensiva de cupantos antecedentes obrasen en el expediente del título del Marqués de Leis que hubiera servido para fundamentar la resolución de 7 de agosto de 1907, y la carta sucesoria de 11 de septiembre del mismo año, a favor de doña María de la O de Castro, y García de Marciella:

RESULTANDO que unidas a los autos las pruebas practicadas y seguido el juicio por sus oportunos trámites, el Juez de Primera Instancia, número 2, de Vigo, con fecha 26 de junio de 1966, dictó sentencia por la que declaró haber lugar a la excepción de cosa juzgada deducida y, en su consecuencia, desestimó la demanda, sin expresa condena de costas:

RESULTANDO que contra la anterior sentencia se interpuso por la representación del demandante don Salvador de Ponte y Conde, recurso de apelación, que fué admitido libremente y en ambos efectos, y sustanciada la alzada por sus pertinentes trámites, la Sala segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, con fecha 18 de mayo de 1957, dictó sentencia por la que, con revocación de la apelada y estimando la demanda interpuesta por don Salvador Ponte y Castro, contra don José Ramón Pardo y Pardo, declaró el preferente derecho genealógico del primero para ostentar, poseer y disfrutar el título nobiliario de Marqués de Leis, y, en su consecuencia, condenó al demandado don José Ramón Pardo y Castro a estar y pasar por dicha declaración, sin hacer expresa condena de costas en ninguna de las dos instancias:

RESULTANDO que el Procurador don Adolfo Suárez González, en nombre y representación de don José Ramón Pardo y Castro, interpuso 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. Amparado genéricamente en el número primero del artículo 1.692, de un modo específico, en el número quinto del 1.692, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque el fallo, al estimar la demanda interpuesta por don Salvador Ponte y Conde y declarar su preferente derecho genealógico para ostentar y disfrutar el título nobiliario de Marqués de Leis, es contrario a la cosa juzgada, cuya excepción fué oportunamente alegada en el juicio, infringiendo los artículos 1.251, en su párrafo segundo, y 1.252 del Código Civil, por su no aplicación, y la reiterada doctrina legal contenida en multitud de sentencias del Tribunal Supremo que han de puntualizarse al desarrollar el motivo; alegando que el proceso jurisdiccional culmina en la decisión o sentencia que al resolver las cuestiones objeto del litigio con carácter de imperatividad, proyecta hacia el futuro una serie de efectos entre los cuales, y como uno de los más importantes, destacan los que derivan de la denominada cosa juzgada sustancial o material; que obtenido el bien que al litigante pertenece, surge la necesidad social impuesta por razones de seguridad y certidumbre, de evitar que aquél pudiese verse inquietado por sucesiva interposición de nuevos pleitos sobre pretensiones que fueron ya definitivamente resueltas; que el instituto de la cosa juzgada, con precedentes en nuestra legislación de Partidas, ha sido regulado en los artículos 1.251, párrafo segundo, y 1.252 del Código Civil, pero puede afirmarse, por que proclamarlo así es de justicia, que la principal contribución para construir la doctrina sobre los límites subjetivos y objetivos de la cosa juzgada, así como

en orden a la distinción entre cosa juzgada formal y sustancial o material, se debe al Tribunal Supremo, cuyas resoluciones, erigidas en luminosa jurisprudencia, han venido a esclarecer los muy delicados problemas que en torno del instituto que nos ocupa se han planteado; que dispone el artículo 1.251, párrafo segundo, del Código Civil, que contra la presunción de que la cosa juzgada es verdad, sólo será eficaz la sentencia ganada en juicio de revisión; que responde el precepto a una técnica, ya superada, de la que era exponente el principio *res judicate pro veritate habetur*; pero en su riguroso enunciado y prescindiendo de imprecisiones técnicas propias de la época, se aprecia de todas suertes la fuerza que consiguen arrastrar las sentencias que ganaron firmeza, hasta el punto de quedar protegidas por una presunción *«juris et de jure»*; que el artículo 1.252, en su primer párrafo, penetra en el contenido de la institución y establece que para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que esta sea invocada, concurre la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron; que recoge esta norma las tres clásicas identidades ya exigidas en el derecho anterior: *«e ad eam personae, eadem res y eadem causa patendi»*; y, por último, como complemento y aclaración de la identidad de personas, el último párrafo del propio artículo 1.252 dispone que existe tal identidad siempre que los litigantes del segundo pleito sean causahabientes de los que contendieron en el pleito anterior o estén unidos a ellos por vínculos de solidaridad o por los que establece la indivisibilidad de las prestaciones entre los que tienen derecho a exigirles u obligación de satisfacerlas; que por la vía de este precepto se extiende el ámbito de la cosa juzgada a personas que no intervinieron en el primer litigio, siempre que concurre alguna de las específicas circunstancias que en el mismo se señalan; que el Tribunal Supremo, desde antiguo, ha venido interpretando las normas que rigen la materia, creando un cuerpo doctrinal legal que sirve para ilustrar cumplidamente los problemas planteados sobre el particular, al propio tiempo que constituye base suficiente para la casación cuando dicha doctrina no se respeta por el Tribunal de Instancia y por esta consideración es necesario enfrescar los fallos, más destacados que van marcando la trayectoria seguida por el Supremo Tribunal, y que son las sentencias de 23 de noviembre de 1894, 15 de junio de 1899, 8 de julio de 1902, 18 de noviembre de 1903, 5 de febrero de 1906, 8 de abril de 1910, 6 de octubre de 1915, 3 de mayo de 1916, 15 de febrero de 1921, 30 de junio de 1924, 10 de diciembre de 1926, 8 de julio de 1927, 14 de junio de 1945, 11 de marzo de 1949, 13 de octubre de 1935, 26 de noviembre de 1955, 5 de junio de 1956, 30 de enero de 1954 y 1 de diciembre del propio año; que de todo este nutrido cuerpo doctrinal fluyen las siguientes enseñanzas:

a) Que existe identidad, aunque físicamente las personas sean distintas, cuando la situación jurídica de ellas es idéntica en los dos pleitos.

b) Que al establecer el adecuado contrato entre los dos litigios, a efectos de la cosa juzgada, lo que importa es comprobar si en ambos es una misma la relación jurídica que fué materia de resolución.

c) Que la identidad de personas se produce siempre que los litigantes en el segundo pleito estén unidos por vínculos de solidaridad con los del primero, entendiéndose así en los casos en que se ejercita la misma acción, se invocan iguales fundamentos, se apoya la pretensión en los mismos títulos y es idéntica la condición de los que litigan en los dos juicios.

d) Que es inoperante que se establezcan en el segundo litigio matices diferenciales respecto a la personalidad de los litigantes.

e) Que no obsta a que la excepción sea acogida con éxito el empleo de nuevos razonamientos para combatir una sentencia después de haber causado ejecutoria, porque si así no fuera vendrían, con infracción de las leyes y doctrinas fundamentales sobre la eficacia e inalterabilidad de la cosa juzgada, a contradecir lo ya fallado y, en definitiva, resuelto.

f) Que la cosa juzgada material, en cuanto procura un bien que es debido y la sentencia reconoce, produce, por razones de seguridad social y exigencias del tráfico, una situación de plena estabilidad y firmeza que impide reproducir la misma cuestión y volver sobre lo que incommoviblemente decidieron los órganos jurisdiccionales.

g) Que no se extiende la virtualidad de la cosa juzgada a aquellos casos en que se desestimó la pretensión por defectos puramente procesales o no se decidió sobre el fondo del asunto.

h) Que la cosa juzgada tiende a impedir que en adelante pueda verse inquietado con la sucesiva interposición de pleitos, sobre pretensiones definitivamente falladas por una sentencia desestimatoria.

i) Que el fundamento de la exposición de cosa juzgada no es únicamente evitar dos declaraciones judiciales sobre el mismo derecho o la misma situación jurídica, sino también impedir que se hagan efectivos en procedimientos diversos los mismos derechos anteriormente declarados; pues bien, si la doctrina se aplica al caso que motiva el presente recurso, fiel es llegar a la conclusión de que, a pesar de haber litigado en el pleito del año 1922, de septiembre de 1900, finalizado por sentencia firme de 22 de septiembre de 1923, doña Melchora Ponte de la Peña, y figurar como demandante en el litigio actual don Salvador Ponte y Conde, concurren, de manera más perfecta, las tres identidades que el artículo 1.252 del Código Civil exige para que se produzca la cosa juzgada material; que, en efecto, si recordamos que en ambos litigios se ha pretendido obtener una declaración sobre el preferente derecho al Marquesado de Leis, en base de la genealogía de los respectivos demandantes, coincidiendo al fundamentar sus posiciones ambos (primero doña Melchora Ponte y ahora don Salvador Ponte) en que por descender, por línea de varón, de don Juan Bautista Ponte y Montenegro, y en virtud del principio de representación, aplicable en la línea colateral, deben ceder ante ellos el derecho de doña María de la O Castro y Garcés de Marcella en el pleito anterior el de su hijo, don José Ramón Pardo y de Castro en el actual, puesto que descienden, por línea de hembra, de doña María de la O Ponte y Montenegro, es visto que la situación jurídica de los demandantes es idéntica en los dos juicios, es una misma la relación jurídica, se hallan unidos por vínculo de solidaridad, ejercitando la misma acción con iguales fundamentos apoyados en los mismos títulos, y lo que es importantísimo, es idéntica la condición de ambos demandantes, la una, doña Melchora, litigando en el anterior (peleto) pleito como hija de don Juan Bautista Ponte y Montenegro; el otro, don Salvador, litigantes en el pleito actual como nieto del propio don Juan Bautista Ponte y Montenegro; que, en definitiva, tanto en uno como en otro litigio, se han puesto en trance de discusión los derechos que debieron corresponder, a juicio de los actores, al repetido don Juan Bautista Ponte y Montenegro, a quien representaron, respectivamente, doña Melchora Ponte de la Peña, en el pleito sustanciado ya en 22 de septiembre de 1923, y don Salvador Ponte y Conde, en el pleito del día; y tan es así, que si existiera alguna duda sobre el par-

ticular, es decir, sobre el alcance y proyección de aquel fallo sobre el futuro, quedaría desvanecida al leer el escrito de réplica y comprobar que en el fundamento de derecho segundo, cuanto trata de la representación (penúltimo párrafo del folio 54, vuelto, del apuntamiento) refiriéndose a la tan repetida sentencia del Juzgado del Congreso de 22 de septiembre de 1923, que puso término al pleito anterior, se expresa así: «En su consecuencia, niega a don Juan Bautista Ponte y Montenegro, abuelo del hoy actor, todo derecho al título, con lo que condena a su línea al negar el derecho de representación»; que no cabe hacer un reconocimiento más explícito y paladino, a efectos de la cosa juzgada, que el que resulte, de un modo incuestionable, de las expresiones transcritas; porque si aquella sentencia firme del año 1923, según la propia tesis adversa, condenó a la línea de don Juan Bautista Ponte y Montenegro, ello impide a sus descendientes, que se hallan precisamente dentro de esa línea, entre ellos al actor don Salvador Ponte, volver de nuevo sobre una cuestión de fondo, que quedó ya definitivamente resuelta por el órgano jurisprudencial, digo jurisdiccional; reconocimiento que se extiende, asimismo, a la identidad de situación jurídica de los litigantes en ambos pleitos; que arrastra la identidad de las personas, aunque físicamente sean distintas; que la sentencia de 1923, conforme a lo que expresamente se proclama de contrario, negó al abuelo, don Juan Bautista Ponte, el mismo derecho que hoy, su nieto, don Salvador Ponte, pretende reclamar en el presente pleito, y precisamente por el juego de ese mecanismo de representación, al que tanta importancia concede tanto el recurrido como el Tribunal «a quo», se produce la más perfecta identidad entre las personas del representante y el representado, quienes tienen una misma condición e igual situación jurídica, y, en su consecuencia, el fallo del pleito anterior ha de trascender necesariamente al actual; que la escuela procesal italiana, con una visión aguda y sutil de los problemas jurídicos que es una de sus más acusadas características, ha calado hondo y con auténtica sagacidad en la cuestión: el profesor Carnelutti, en su Sistema de Derecho Procesal civil, considera que es preciso partir de la distinción fundamental entre litigio y proceso para aclarar las frecuentes dudas relativas a la identidad de las partes y de la causa petendi, estableciéndose, a su vez, la diferenciación entre parte en sentido material y parte en sentido formal, advierte que por no haberse dado cuenta de estas diferencias, la doctrina ha complicado hasta lo inverosímil la materia, engendrando una serie de equívocos y, en general, la tendencia a creer que la cosa juzgada se extiende, además, de las partes, a algunos terceros también, lo que ha dado lugar a que se establezca una distinción entre terceros y terceros, llamando a los primeros terceros interesados y a los otros terceros indiferentes, y admitiendo que la cosa juzgada abarca a los primeros, y concluye así este gran maestro de la disciplina procesal: «Tales equívocos no se deshacen más que operando con la distinción entre partes en sentido material (sujeto del litigio) y parte en sentido formal (sujeto del proceso) y demostrando que con frecuencia quien aparece como tercero no lo es, porque lo que sucede es que su litigio ha sido deducido en el proceso mediante la acción de personas distintas»; que en el caso de donde dimana el presente recurso, lo que ocurre es justamente lo que advierte el profesor italiano: el actual litigio de don Salvador Ponte y Conde fué deducido en el proceso anterior instado por doña Melchora Ponte y de la Peña, dada la forma en que por esta señora se ejerció la acción, en base de una preferencia por derivar la línea de

varón, que es, justa y exactamente, la misma preferencia por igual causa que ahora pretende don Salvador Ponte; y, por ello, la sentencia recaída en 1923 afecta a dicho don Salvador, porque aunque a primera vista aparece como tercero, en realidad no lo es, y de ahí que, en efecto, tenga razón la contraparte al afirmar que aquella pretérita sentencia negó todo derecho al título al abuelo del actor, don Juan Bautista Ponte y Montenegro, y condenó a su línea, en la que se encuentra cabalmente el nieto; pero para ser consecuente con su tesis, es ineludible que acepte la natural derivación de la misma, que no es otra cosa que la de que la sentencia de 1923 produce la excepción de cosa juzgada en el pleito del día e impide a los órganos de la jurisdicción volver de nuevo sobre el fondo del asunto, que ya quedó definitivamente fallado por sentencia firme; que el Tribunal de Instancia consagra los seis primeros considerandos de la sentencia recurrida al tema de la cosa juzgada; ahora bien, basta su simple lectura para persuadirse de que ha procedido con manifiesto error e incluso abusivamente al haber razonado con extraordinaria amplitud para desestimar la excepción, sobre lo que constituye el fondo del asunto, trayendo a colación las normas aplicables al caso sobre títulos nobiliarios, es decir, penetrando en la justicia intrínseca de la sentencia de 1923, materia que le estaba en absoluto vedada al Tribunal «a quo», porque ello significa, ni más ni menos, que revisar el fallo anterior, que quedó firme, por vía oblicua e indirecto, lo que no está permitido ni es lícito, en manera alguna, si no se quiere dejar sin virtualidad ni eficacia la santidad y respeto que lo cosa juzgada le merece, inexcusablemente, a todos los órganos de la jurisdicción pública; que con gran acierto se ha escrito que «la autoridad de la cosa juzgada pone límites a la actividad del juzgador, al que le está vedado ir contra lo resuelto»; y cuando por una desviación de ese principio concluye por desconocerlo, y pretende, con error, resolver lo que quedó ya de un modo definitivo sustraído a su conocimiento sin posibilidad de reiteración, la casación se encarga de reconducir las cosas al terreno del que no pudieron salir, previa denuncia de ese vicio de actividad; que tal es, dentro de nuestra Ley positiva, el sentido que ha de darse al número quinto del artículo 1.692 de la Ley procesal civil, que autoriza el recurso de casación por infracción de ley o de doctrina, cuando el fallo sea contrario a la cosa juzgada, siempre que se haya alegado esta excepción en el juicio; y como complemento de lo expuesto, se ha de subrayar que si se admitiera la equivocada tesis del juzgador de instancia, se tendría que llegar a una conclusión inadmisiblemente la de que en los pleitos sobre títulos nobiliarios no puede nunca alegarse la excepción de cosa juzgada, conclusión evidentemente inexacta, como se comprueba al observar que existen casos en nuestra jurisprudencia en los cuales, a pesar de tratarse de materia sobre títulos nobiliarios se ha apreciado, con toda justicia, la repetida excepción de cosa juzgada; que por todas las precedentes consideraciones, no es de extrañar que surgiera un criterio opuesto en la Sala Segunda de la Audiencia Territorial de La Coruña (el del Presidente) que razona y justifica su disidencia, y que en términos claros y precisos, no por sencillos desprovistos de técnica acertada, plantea el problema en sus exactos límites; que dice el voto reservado en lo que concierne a la existencia de la cosa juzgada, que doña Melchora Ponte de la Peña entabló pleito, en 1922, contra doña María de la O Castro Garcés, Marquesa de Leis; por hallarse, decía, o ser descendiente de quienes formaban en línea de varón del susodicho Mar-

quesado, y este litigio terminó por sentencia absolutoria de la demandada que quedó firme, cobrando autoridad de cosa juzgada; que la perfecta identidad de personas, cosas y acciones no puede interpretarse más que en el sentido, según el Supremo Tribunal, de que en los pleitos contrapuestos en el resuelto y en el ventilado, se discuta la misma cuestión por iguales causas y que los contendientes en el nuevo litigio ejerciten la misma o las mismas acciones, invocando iguales fundamentos y apoyándose en los mismos títulos, es decir, que los que hayan litigado en el primer pleito y los que litiguen en el planteado, no es preciso sean físicamente las mismas personas, basta haya entre ellas la solidaridad que nace de una misma razón de pedir e iguales las acciones en juego, de las que proviene la convergencia sobre el mismo objeto, y con arreglo a esta doctrina que el Tribunal Supremo tiene reiterada (sentencias de 18 de octubre de 1903, 15 de junio de 1929 y 11 de marzo de 1949) no puede negarse que entre el pleito seguido en 1922 y el actual se dan todas las condiciones que el artículo 1.252 del Código Civil requiere para que tal excepción se aprecie; que en el pleito de 1922 demandaba doña Melchora Ponte de la Peña, como hija de don Juan Bautista entroncado, decaíse, por línea de varón con los primitivos titulares y en el pleito actual demanda don Salvador Ponte y Conde, nieto del don Juan Bautista y por la misma causa; que en el primer pleito era demandada doña María de la O Castro Garcés, Marquesa de Leis, y hoy es demandada en el pleito actual su hijo legítimo don José Ramón Pardo Castro y bien se alcanza que sin ser unas y otras las mismas personas físicas, el elemento demandante y demandado, es esencialmente el mismo, se pide la misma cosa, se litiga sobre el mismo honor y se invoca el mismo fundamento, una preferencia de varón, de línea, que no existe por haber quedado dicha línea extinta en el segundo Marqués, muerto sin dejar descendencia, por lo que tuvo que iniciarse la línea colateral; tratase, pues, de reproducir con la demanda un litigio sobre mejor derecho, no existente según la sentencia recaída y consentida al no ser apelada; que el voto reservado considera que la sentencia dictada por el Tribunal «a quo», a su juicio, se halla en manifiesta contradicción con la recaída en el pleito de 1922; en esta, la demanda no había prosperado por idénticos motivos por los que ahora se estima; es decir, que con arreglo a este tan ponderado como acertado criterio mantenido en el voto, de lo que se trata, en resumen, es de reproducir una cuestión que quedó ya definitivamente resuelta; que como conclusión de cuanto se deja expuesto y razonado, se podía establecer lo siguiente: La cosa juzgada habrá de apreciarse siempre que la relación jurídica sometida en los dos juicios a la decisión de los Tribunales sea esencialmente la misma, derivada de vínculos de marcada solidaridad que ligan a los litigantes, en la calidad con que litigan; y esta doctrina, que viene reiterando este Tribunal Supremo, tiene su adecuación más perfecta en el caso que motivo el presente recurso, en cuanto doña Melchora Ponte, en el pleito fallado por sentencia firme de 22 de septiembre de 1923, y don Salvador Ponte, en el pleito actual, pretenden el mejor y preferente derecho al mismo título nobiliario de Marqués de Leis, aduciendo la misma fundamentación legal—causa petendi—en base de considerar que por aplicación del principio de representación (conviene advertir que el representado es, en ambos pleitos, la misma persona: don Juan Bautista Ponte y Montenegro) existe línea de varón que es preferente, en su opinión, a la del hoy demandado y en el juicio anterior a la de su madre doña María de la O Castro

y Garcés de Marcilla, Marquesa de Leis, cuyos derechos derivan de línea de hembras por descender de doña María de la O Ponte Montenegro, hermana de don Juan Bautista; que, en su consecuencia, es idéntica la condición de las personas demandantes en los litigios, con relación al título de sus respectivas pretensiones, y como la anterior sentencia, al ser absolutoria de la demanda y conocer y fallar sobre el fondo del asunto, decidió todas las cuestiones sometidas a debate, resulta indudable que impide volver de nuevo a resolver sobre el propio negocio, incidiendo la Sala sentenciadora, al no entenderlo así, en las infracciones que en este motivo se denuncian.

Segundo. Amparado en el número primero del artículo 1.691, y de modo específico en el número primero del 1.692, ambos de la Ley de Enjuiciamiento civil, porque el fallo, al estimar la demanda y declarar el preferente derecho genealógico de don Salvador Ponte y Conde, para ostentar y disfrutar el título nobiliario de Marqués de Leis, infringe, por violación, la Ley segunda, Título XV de la Partida segunda, así como también infringe, por no haber aplicado al caso, debiendo haberlo las doctrinas legales, sancionadas por la jurisprudencia, de que a nadie le es lícito ir contra sus propios actos—sentencias, entre otras, de 22 de diciembre de 1913, 19 de junio de 1933, 20 de febrero de 1943 y 30 de junio de 1947 (la consagra el valor jurídico de las abstenciones) sentencias de 24 de noviembre de 1943 y 18 de junio y 26 de noviembre de 1948 y la que proclama el principio contenido, entre otras, en sentencias de 18 de enero de 1904 y 20 de junio de 1908, según el cual no puede ejercitarse en juicio acción alguna cuyo éxito dependa de la nulidad de un contrato sin que previa o conjuntamente se ejercite la acción adecuada para obtener dicha nulidad—; alegando que para todo ulterior razonamiento, es necesario partir de un hecho auténtico, sobre el que no existe discrepancia entre las partes contendientes y reconoce la Sala sentenciadora, cual es el de que el fallecimiento de los tres hijos del primer Marqués de Leis en Castilla, don Antonio Juan, doña Eudisia y doña Carmen Montenegro Puga, quedó extinguida la línea directa; por tal motivo hubo de darse paso a la transversal, teniendo acceso lo establecido en la Ley segunda, Título XV de la Partida segunda, en cuya virtud el derecho al título correspondía «al más propincuo pariente que oviese»; y como quiera que tal circunstancia de mayor proximidad de parentesco concurría a la sazón, en doña María de la O Ponte y Montenegro, hija de doña María Luisa Montenegro y Gago, que a su vez era hermana del primer Marqués de Leis en Castilla, don José María Montenegro y Gago; a doña María de la O pasó el derecho a ostentar el título nobiliario de Marqués de Leis; que sus propios sobrinos, doña Melchora Ponte de la Peña, demandante en el pleito de 1922, y don Salvador Ponte de la Peña, padre del actor en el pleito actual, se apresuraron a notificar a doña María de la O sus derechos, como pariente más próximo, en sendas cartas que al efecto le dirigieron, fechadas en 20 y 21 de junio de 1902, en las que, incluso hacían saber que existían abogado y procurador que podrían encargarse de las gestiones pertinentes; que doña María de la O Ponte y Montenegro renunció al título de Marquesa de Leis, cediéndolo a su nieta doña María de la O Castro y Garcés Marcilla, mediante escritura pública de 27 de julio de 1907, lo que motivó que fuera expedida Real Carta de sucesión a favor de esta última señora, en 11 de septiembre de 1907; que don Salvador Ponte de la Peña, padre del hoy demandante, con conocimiento de tales hechos, no hizo la menor oposición en el expediente y durante toda su vida mantuvo una posición

de perfecto aquietamiento y silencio en cuanto al goce y disfrute pacífico del título nobiliario por doña María de la O Castro y Garcés de Marcilla; pues bien, a la vista de estos antecedentes, el problema aparece tratado con la mayor ponderación, objetividad y acierto en el voto reservado suscrito por el Presidente de la Sala Segunda de la Audiencia Territorial de La Coruña, al señalar que el error fundamental del demandante, don Salvador Ponte y Conde, es suponer que se halla en la línea masculina del título, o sea, en la línea de varón, error en el que asimismo incurre el Tribunal de Instancia; porque, en efecto, al extinguirse la línea directa y pasar a la transversal, el ascendiente común en esta nueva línea es doña María Luisa Montenegro y Gago, que era hermana del primer Marqués de Leis en Castilla; que, en su consecuencia, no puede afirmarse que exista una línea preferente de varón, como lo hace, en definitiva, la sentencia recurrida, sin incurrir en manifiesto error, que trasciende al fallo e infringe, por violación, la Ley de Partida de que antes se hizo mérito, ya que, por lo (que) en ella dispuesto, los derechos correspondían a doña María de la O Ponte y Montenegro, como más próximo pariente, y, en virtud de su renuncia, a la nieta, doña María de la O Castro y Garcés de Marcilla, a la que sucedían, con perfecto derecho, su hijo el recurrente, don José Ramón Pardo y de Castro; que la conducta pasiva de don Salvador Ponte de la Peña, padre del demandante y recurrido, don Salvador Ponte y Conde, produce determinadas consecuencias jurídicas que al no ser reconocidas en la sentencia de segunda instancia legitiman la casación por no haberse aplicado, de biendo hacerlo, tanto el principio general de derecho de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, como el de que las abstenciones implican consentimiento cuando es lo natural y normal manifestar el disenso, principios ambos que constituyen doctrina legal, al haber sido recogidos, el primero, en sentencias de 22 de diciembre de 1913, 19 de junio de 1933, 20 de febrero de 1943 y 30 de junio de 1947, y el segundo, en las de 24 de noviembre de 1943 y 18 de junio y 26 de noviembre de 1948; que como con sobrada razón se afirma en el voto reservado, al no impugnar don Salvador Ponte de la Peña la renuncia hecha por su tía doña María de la O Ponte Montenegro y Garcés de Marcilla, ni hacer oposición en el expediente administrativo a tales efectos abiertos—no obstante el conocimiento oficial que tuvo del mismo—su voluntario silencio mantenido durante su vida constituye, según jurisprudencia, un caso de presunto consentimiento, contra el cual sus descendientes no pueden alzarse, y no vale aducir que el derecho nobiliario es personalísimo e imprescriptible, porque una cosa es la imprescriptibilidad del derecho nobiliario y otra el pretender desconocer una situación aceptada por su progenitor esa situación tan frecuente que, nacida de un familiar convenio o de la falta de medios para poder ostentar tales honores con el debido rango, da lugar a que parientes de mejor derecho se abstengan de privar a otros de solicitar tales mercedes, actitud que, mantenida cual aquí ha ocurrido, a través de largos años, revela ese presunto consentimiento que inspiró la sentencia de 22 de diciembre de 1913, doctrina la de esta sentencia de aplicación más justificada en el caso que se examina, por cuanto don Salvador Ponte de la Peña, debido a su pasiva actitud al abrirse la sucesión de doña María de la O, su tía, ya no le era dable ejercitar su derecho, lo único que le asistía sería la acción de nulidad de la renuncia aceptada, y obtenida tal nulidad, promover el correspondiente expediente administrativo a fin de dejar sin efecto la Real Cédula

que a doña María de la O Castro Garcés, le fuera en 1907 otorgada; y no habiendo ejercitado acción alguna don Salvador Ponte de la Peña, su hijo, hoy demandante, no puede invocar derechos que su padre no ejercitó; que, por otra parte, además de lo que se deja indicado, todavía existe otra infracción que deriva de no ser posible acceder a lo pretendido en la demanda sin haberse solicitado, y así no se ha hecho, la nulidad de la renuncia de 27 de julio de 1907 y de la subsiguiente Real Cédula de Sucesión al título, de 11 de septiembre del propio año, con lo que ha dejado de aplicarse por el Tribunal de Instancia, debiendo hacerlo, la doctrina legal contenida, entre otras, en sentencias de 18 de enero de 1904 y 20 de julio de 1908; que en la primera de estas sentencias, se afirma que es doctrina observada constantemente por este Tribunal Supremo, la de que no puede ejercitarse en juicio acción alguna cuyo éxito dependa de la nulidad de un contrato, sin que previa o conjuntamente se ejercite la acción adecuada para obtener dicha nulidad; que la de 20 de junio de 1908 merece detenerse, digo detenerse unos instantes la atención sobre el caso que resolvió en 26 de junio de 1851, don José de Aguilera y Contreras, Marqués de Cerraibo, y Conde de Fuenrubia, otorgó escritura a la que concurrieron sus tres hijos, don Francisco, don Manuel y doña María Josefa de Aguilera y Becerril, por la que después de manifestar que había convenido con ellos ceder a su sobrina doña María de Aguilera y Santiago de Perales, con motivo de su matrimonio, el título de Conde de Fuenrubia, cedió y traspasó para siempre a su citada sobrina para sí, sus sucesores y herederos el título de Conde de Fuenrubia, creado por el Rey don Carlos II, apartándose el cedente y sus herederos del uso del mismo y pudiendo la cesionaria solicitar de Su Majestad la aprobación de la cesión y la expedición del documento necesario para poder usarlo; cuya escritura aprobaron los hijos del cedente ya citados, que se obligaron a cumplirla en todas sus partes, aceptando la cesión la cesionaria; que se expidió la Real Cédula en 10 de noviembre de 1851, y fallecida doña María de Aguilera y Santiago de Perales bajo testamento en el que instituyó herederos a sus hermanos don Carlos y doña Isabel, Marqués de Beneldía y Duquesa de Veragua; don Carlos tuvo dos hijos de su matrimonio y uno de ellos doña Valentina de Aguilera y Aguilera, que interpuso demanda contra doña María Álvarez de las Asturias Bohorquez y Aguilera, que había obtenido Real Carta de Sucesión en el Condado de Fuenrubia, por habersele cedido don Enrique de Aguilera y Gambia, Marqués de Cerraibo, e hijo de don Francisco de Aguilera y Becerril, que había concurrido juntamente con su madre y sus dos hermanos al otorgamiento de la escritura de 26 de julio de 1851; que en el pleito se alegaron, por la demandada, las disposiciones de las Leyes de Toro; pragmática de Felipe III de 5 de abril de 1815 y Novísima Recopilación; el Juzgado de Primera Instancia del Distrito de Hospital declaró no haber lugar a la demanda de doña Valentina de Aguilera y Aguilera e interpuso apelación, la Sala segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid revocó la de Primera Instancia y declaró que la demandante, doña Valentina de Aguilera, tenía preferente derecho a usar el título de Condesa de Fuenrubia; se interpuso recurso de casación, invocándose en los motivos de la Ley cuarenta de Toro, las Leyes quinta y séptima, Título XVII, Libro X, de la Novísima Recopilación—que estableció la primera, Título 24, Libro XI, de la Novísima Recopilación—que estableció la denominada posesión civilísima—, así como la Ley octava, Título 17, Libro X de la Novísima Recopilación, en cuanto al

derecho de representación; que en una lectura detenida de los distintos motivos en que se apoyaba el recurso en la sentencia de que nos venimos ocupando, de 20 de junio de 1908, puede apreciarse que entraban en juego las mismas normas aplicadas por la Audiencia sobre referente derecho al Marquesado de Leis, interpretándolas, asimismo, de manera idéntica a como lo hace la expresada Sala; que el Tribunal Supremo no dió lugar al recurso de casación, diciendo así su considerando segundo: «Que dados los términos de cesión que sirvió de fundamento a aquella (se refiere a la Real Cédula), otorgada por el cedente con la anuencia de sus hijos, a tenor de la que traspaso desde la fecha de la escritura para siempre jamás a su citada sobrina para sí, sucesores y herederos, y consiguientemente con exclusión de los del cedente, el título de Conde de Fuenrubia, se impone, lógica y necesariamente, la consecuencia de que sobre base de esta concesión aquellas leyes y disposiciones que se invocan en los motivos primero y cuarto habrían de aplicarse considerando como nueva cabeza de línea a la cesionaria, pues otra inteligencia o interpretación implicaría una verdadera contradicción con la naturaleza y finalidad de la misma cesión, ni cabe en este sentido y respecto restringir el alcance de la Real Cédula de aprobación, como se pretende en los motivos segundo y tercero del recurso, pues aparece evidentemente revestida de todas las condiciones de una verdadera concesión emanada del Poder Real, por lo cual lo que interesaba justificar a quien la contradice es que ni la escritura de cesión, en los términos y con la extensión antes expuesta, era válida, ni pudo la Corona de España sancionarla, como la sancionó, en la forma absoluta como lo hizo ejercitando al efecto de una manera directa la correspondiente acción de nulidad, porque mientras haya que reconocer, como es forzoso reconocer en el actual pleito, la fuerza y legalidad consiguiente de la Real Cédula de 1851, carecen totalmente de aplicación las Leyes de Partida, de Toro y de la Novísima Recopilación y jurisprudencia que se invocan por el recurrente para defender su mujer, digo su mejor derecho, pues esto equivaldría a prescindir en absoluto de las consecuencias legales de aquella, sin haber pretendido su nulidad»; que como quiera que en el caso presente el actor no ha solicitado la nulidad de la escritura de cesión, y renuncia del año 1907, de la que derivó la Real Carta de Sucesión otorgada en el propio año a favor de doña María de la O Castro y Garcés de Marcilla, madre del recurrente, por esta nueva consideración no puede prosperar su pretensión, conforme a la doctrina que claramente resulta de la sentencia que se deja examinada:

RESULTANDO que admitido el recurso y evacuado por las partes el traslado de instrucción, quedaron los autos conclusos, ordenándose por la Sala fueran los mismos traídos a la vista, con las debidas citaciones; acto que ha tenido lugar en 28 de junio pasado, con asistencia de los Letrados de las partes, que informaron en defensa de sus pretensiones respectivas;

VISTO siendo Ponente el Magistrado don Francisco Rodríguez Valcarce:

CONSIDERANDO que el mejor derecho a la posesión de los títulos nobiliarios controvertidos en juicio, debe discernirse: Primero, por lo estatuido en el acto soberano de su concesión, y segundo, en su defecto, por las normas que regulan tradicionalmente en el ordenamiento patrio la sucesión a la Corona en Castilla, contenidas en las Leyes de Partida, la Novísima Recopilación, el artículo 60 de la Constitución Política de 30 de junio de 1876, hoy derogada, y que se cita sólo en cuanto recoge las inspiraciones del derecho histórico en la ma-

teria, y como norma próxima y actual de referencia, el Decreto de 4 de junio de 1948, que refrenda con indiscutible diáfanaidad aquel derecho histórico al decir «que el orden de suceder en todas las dignidades nobiliarias se acomodará estrictamente a lo dispuesto en el título de concesión, y, en su defecto, al que tradicionalmente se ha seguido en esta materia» (artículo quinto); estableciéndose a este respecto que sucederá el más «propinquo pariente» del Rey una vez fallecida su descendencia (Ley segunda—Título XV—Partida segunda), criterio legislativo calificado por la Novísima Recopilación al deferir la sucesión a la Corona al «proximior y más cercano pariente del último reinante, sea varón, sea hembra» (Ley quinta, Título I, Libro tercero):

CONSIDERANDO que el historial del título de Marquesado de Leis puede sintetizarse así:

a) Fué creado en 1735 por don Carlos de Borbón, Rey de las dos Sicilias, entonces Infante de España, a favor de don Bernabé Romero de Leis, Capitán de la Guardia de Infantería Española.

b) Pasó a ser título de Castilla, en 1844, en que la Reina doña Isabel II lo otorgó con este carácter a don José María Montenegro y Gago.

c) Sucedió a este primer Marqués de Leis como título de Castilla su hijo legítimo don Juan Antonio Montenegro y Fuga, muerto sin descendencia.

d) Fallecido este segundo poseedor, advino en el uso de la Merced doña María de la O Castro y Garcés de Marcilla, en virtud de cesión que hizo a su favor su abuela doña María de la O Ponte Montenegro, expidiéndose carta de sucesión por el Rey don Alfonso XIII, sin reserva alguna, en 11 de septiembre de 1907, comenzando ahora la línea transversal.

e) Que fallecida la referida titular en 11 de noviembre de 1937, en estado de casada con don Isaura Pardo y Pardo, fue expedida Carta de sucesión en 12 de enero de 1953 a favor de su hijo don José Ramón Pardo y de Castro, actual demandado, que pereció víctima de accidente de aviación en diciembre de 1958, personándose en autos su hermana de doble vínculo, doña Purificación, para sostener en el recurso los derechos de la estirpe.

f) En 22 de septiembre de 1923 recauyó sentencia, que quedó firme, en el juicio de mayor cuantía promovido ante el Juzgado del entonces distrito del Congreso, de esta capital, sobre mejor derecho a la posesión del Marquesado de Leis, por doña Melchora de la Ponte y de la Peña, asistida de su esposo don Fernando Conde Domínguez, contra la citada doña María de la O Castro Garcés, desestimándose las pretensiones de la parte actora, con la consiguiente absolución de la demandada:

CONSIDERANDO que el órgano jurisdiccional del primer grado, por estimar la excepción de cosa juzgada, en virtud de la sentencia mencionada en el último apartado del fundamento anterior, se abstuvo de conocer del fondo del problema en litigio y, por la inversa, la Sala de apelación en la resolución aquí recurrida, después de repeler tal medio defensivo, con acierto, acoge íntegramente la demanda interpuesta por el actor, por entender, en síntesis, que el demandado es nada más que simple poseedor administrativo del título, un mero precarista, cuya situación debe ceder ante un derecho preferente ostentado por la adversa en virtud de la posesión civilísima de las Leyes de Toro (40 y 45); y ahora, en el primero de los motivos del recurso, formulado al amparo del número quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se impugna la sentencia del Tribunal «a quo» por ser contraria a lo ya juzgado por la indicada de 22 de septiembre de 1923, con infracción de los

artículos 1.251, párrafo segundo, y 1.252 del Código Civil, por su no aplicación, y de varias sentencias que se citan con superabundancia; motivo que no puede prosperar porque es evidente que el pleito anterior invocado, aunque se contras al mejor derecho a la posesión de la Merced discutida en el actual, no se desarrolló entre las mismas personas sin que, por lo tanto, pueda decirse con exactitud técnica exista la precisa identidad de sujetos exigida por el artículo 1.252 del Código, ni es posible admitir que concurren en el caso vínculo alguno de solidaridad o de indivisibilidad de prestaciones, propio de materia obligacional de dar, hacer o no hacer, tan ajena a los dos procesos, ni menos de un problema sobre el estado civil, «erga omnes» válida su decisión aun contra terceros:

CONSIDERANDO que en el segundo y último motivo, protegido formalmente por el número primero del precitado artículo 1.692 de la mencionada Ley de Enjuiciamiento Civil, se ataca la resolución de la Sala sentenciadora en cuanto infringe, por violación, la Ley segunda, Título XV de la Partida segunda, y también en cuanto infringe, por no haber aplicado al caso, debiendo hacerlo, las doctrinas legales, sancionadas por la jurisprudencia, de que a nadie le es lícito ir contra sus propios actos y de que no puede ejercitarse en juicio acción alguna cuyo éxito depende de la nulidad de un contrato sin que previa o conjuntamente se pida por acción adecuada dicha nulidad, citándose al efecto varias sentencias de este Tribunal que consagran ambos principios—con la alegación de que doña María de la O Ponte y Montenegro renunció al título de Marquesa de Leis, cediéndolo a su nieta doña María de la O Castro y Garcés Marcilla mediante escritura pública de 27 de julio de 1907—, lo que motivó que fuera expedida Real Carta de sucesión a favor de esta última señora en 11 de septiembre del propio año, sin que don Salvador Ponte de la Peña, padre del demandante, con conocimiento de tales hechos, hiciese la menor oposición en el expediente y durante su vida; y este segundo motivo de impugnación debe ser acogido: Primero, por lo expuesto en el fundamento preliminar de la presente sentencia respecto al más próximo pariente del último poseedor del título, que, indudablemente, por su condición de hijo legítimo, lo es el demandado y aquí recurrente, sin que pueda afirmarse sea un simple prearista en la situación posesoria, que deba ceder ante un derecho preferente esgrimido de contrario, dado que, derivada la sucesión en la línea colateral entre parientes de un tronco común, y al ser el mencionado título de tracto regular, no es prevalente la línea de varón; y, segundo, porque si bien, en principio, las Mercedes nobiliarias son increíbles, por su carácter personalísimo-familiar, es preciso, cuando se acciona frente a una cesión que se estima contraria a tal principio, pedir su nulidad e ineficacia jurídica, falta observada en la demandada y acusada en el recurso, que de ningún modo puede estimarse como un nuevo problema traído a casación, debido a que se inviscera en la propia acción, cuyo examen corresponde a los Tribunales, cualquiera que sea la conducta defensiva del litigante demandado:

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley y doctrina legal, por el segundo motivo aquí invocado, interpuesto por don José Ramón Pardo y Castro hoy proseguido por su hermana de doble vínculo, doña Purificación Pardo de Castro, asistida de su esposo don Ignacio Riestra Calderón, contra la sentencia dictada por la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, en 18 de mayo de 1957, resolución que casamos y anulamos,

privándola de todo efecto legal; sin hacer especial mención respecto del cargo de las costas procesales causadas ante este Tribunal Supremo; y, a su tiempo, librese a la mencionada Audiencia la correspondiente certificación, con devolución del apuntamiento remitido.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» e insertará en la «Colección Legislativa», pasando al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Enmendado: tul, r. t. c. y n., Vale.—Francisco Bonet.—Joaquín Domínguez.—Francisco R. Valcarce.—Baltasar Rull.—Vicente Guillarte (rubricados).

Publicación.—Leída y publicada fué la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Francisco Rodríguez Valcarce, Magistrado de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, Ponente en estos autos, celebrando audiencia pública la misma en el día de su fecha, de que certifico.—Ramón Morales (rubricado).

En la villa de Madrid, a 6 de julio de 1961; en los autos de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número uno de los de Vigo, y ante la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, por don José Llopiz Méndez, casado, industrial y vecino de Vigo, contra don Pedro Fariña de Torres, de iguales circunstancias y vecindad, sobre reclamación de cantidad; autos pendientes ante esta Sala a virtud de recurso de casación por infracción de Ley y de doctrina legal, interpuesto por el demandado señor Fariña de Torres, representado por el Procurador don Ismael Pérez Fontán, bajo la dirección del Letrado don Luis Porteiro Pérez; no habiendo comparecido en el expresado recurso la parte actora y recurrida:

RESULTANDO que mediante escrito de fecha 24 de septiembre de 1954, el Procurador don Cándido Martínez Vicente, en nombre y representación de don José Llopiz Méndez, formuló ante el Juzgado de Primera Instancia número uno de los de Vigo, demanda de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía contra don Pedro Fariña Torres, exponiendo en lo esencial, bajo el capítulo de hechos:

Primero. Que el demandado señor Fariña era dueño de un taller de reparación, construcción, transformación e instalación de maquinaria y material eléctrico e industrial, sito en el bajo de la casa número 58 de la calle de Marqués de Valladares, de Vigo, y convino dicho demandado con el demandante señor Llopiz en constituir sociedad de responsabilidad limitada para continuar la explotación de dicha industria. Todo ello constaba en el documento otorgado en Vigo el 27 de octubre de 1949, del que eran las siguientes fundamentales cláusulas: Capital social, 610.584,96 pesetas, de las cuales el señor Llopiz aportó 168.000 pesetas en metálico, y el señor Fariña, 442.184,96 pesetas, valor del taller; el señor Llopiz percibiría el 27,50 por 100 de los beneficios, y el señor Fariña, el 72,50 por 100; la duración era de un quinquenio, y entre las cláusulas de disolución estaba la pérdida del 30 por 100 del capital. Razón social: «Luis G. Barcón (Suc.)». Se adjuntaba el documento privado con liquidación del impuesto de Derechos reales y timbre.

Segundo. Al poco tiempo de constituida la sociedad, el actor vendió su participación al consocio señor Fariña por la misma cantidad de 168.000 pesetas, consignándolo por escrito fecha 18 de enero de 1950, con arreglo a estas condiciones:

a) A los seis meses de la firma percibirá el vendedor 20.000 pesetas y sucesi-

vas entregas trimestrales del 10 por 100 sobre el total del capital inicial.

b) El capital no reintegrado al señor Llopiz por el señor Fariña, hasta el pago total, devengará un interés de un 6 por 100 anual, pagadero por mensualidades vencidas.

c) Se liquidaban en este acto las cuentas de la sociedad para con el señor Llopiz, al que se le abona el seis por 100 de interés que ha devengado su capital desde la constitución de la sociedad hasta el día de la fecha. Se acompañaba dicho documento privado, suscrito por los interesados y también por don Luis G. Barcón, a los efectos de que éste mostrara su conformidad, según se afirma en este hecho. Dicho documento figuraba liquidado del impuesto de Derechos reales y timbre.

Tercero. Por documento, también privado, de 14 de noviembre de 1950, se modificaron cronológica y cuantitativamente las estipulaciones de la compraventa con referencia al pago del precio, del siguiente modo: «La letra A) de la cláusula tercera del contrato privado que aquí es objeto de novación, se modifica en los siguientes términos: Primero. El señor Llopiz reconoce haber recibido del señor Fariña la cantidad de 20.000 pesetas, correspondientes al primer plazo convenido para el pago y reembolso del capital de 168.000 pesetas, quedando reducida, por tanto, la deuda, a la suma de 148.000 pesetas. Segundo. el señor Fariña, en lo que media hasta el próximo día 18 de los corrientes, liquidará al señor Llopiz las 148.000 pesetas restantes en la forma siguiente: a) Entrega dentro del señalado plazo de 12.000 pesetas, correspondientes al trimestre que va desde el 18 de julio al 18 de octubre pasados, a razón de 4.000 pesetas mensuales. b) De igual manera, el capital restante se irá liquidando mensualmente, todos los días 18, a razón de 4.000 pesetas, hasta la total amortización. c) Abono por el señor Fariña al señor Llopiz, también en lo que media el próximo día 18 del mes en curso, de los intereses pactados y devengados hasta la fecha. Se entiende lo anterior en cuanto a los intereses devengados y no pagados. d) De igual manera, los intereses sucesivos se abonarán mensualmente, y a razón del 6 por 100 convenido. Este contrato, novador del anterior, figuraba igualmente liquidado de Derechos reales y timbre.

Cuarto. Se cumplió lo pactado hasta el 18 de agosto de 1951, en que el señor Fariña hizo su última entrega mensual de 4.000 pesetas, estableciéndose entonces el siguiente estado de cuentas, dando como saldo pendiente en 18 de agosto de 1951, 96.000 pesetas. Que tres años, pues, desde la presentación de la demanda, habían transcurrido sin que se entregase mensualidad alguna ni se pagasen intereses, ascendentes a 17.280 pesetas, que, sumadas a las 96.000 del capital, totalizan 113.280 pesetas, debiendo adicionarse a esta cantidad los conceptos de timbre, pólizas y derechos reales que satisfizo el señor Llopiz, dando resultado a la suma de 116.613,66 pesetas.

Quinto. El primer acto de conciliación se intentó sin efecto, así como el segundo, de lo que se adjuntaba testimonios. Invocaba los fundamentos legales que estimó de aplicación al caso y terminaba con la súplica de que se dictase sentencia condenando al demandado a pagar al señor Llopiz la cantidad expresada de 116.613,66 pesetas, más los intereses devengados y que se devenguen hasta su total abono, del 6 por 100 pactado sobre el capital de 96.000 pesetas, y del 4 por 100 sobre la cifra de los intereses y desembolsos anticipados, desde su reclamación judicial, condenando igualmente a la contraparte a las costas:

RESULTANDO que admitida a trámite la demanda y emplazado el demandado don Pedro Fariña de Torres, compareció en su nombre el Procurador don Severiano Estévez Andrés, evacuando el trámite

de contestación en escrito de fecha 12 de enero de 1955, exponiendo, sustancialmente, bajo el capítulo de hechos:

Primero. Que negaba el correlativo contrario, en todo cuanto expresamente no resultare reconocido en esta contestación o en la reconvencción.

Segundo. Que el demandante soslayaba el verdadero transfondo del asunto, cuyo conocimiento era necesario para juzgar adecuadamente.

Tercero. Que para la adecuada comprensión del caso había que remontarse al año 1949 (fecha en la que tuvieron lugar los acontecimientos origen de la litis) y así, a fines del verano de dicho año, don Luis Guillermo Barcón, cuñado del actor (las esposas de ambos son hermanas entre sí) y propietario de un taller electromecánico sito en el bajo de la casa número 58 de la calle de Marqués de Valladares, había llegado a una situación económica muy grave, abocando a una quiebra, pues pesaban sobre dicho señor deudas por más de un millón de pesetas, el pasivo era superior al activo y los acreedores promovían ejecuciones, figurando entre los más importantes la firma «Pedro Fariña y Cia, S. L.», de la que era y es socio-gerente el ahora demandado. Un acreedor impaciente, el señor Junateu, de Villagarcía, había promovido demandas ejecutivas y embargos preventivos en el Juzgado de Primera Instancia de Cambados, y entonces, el señor Barcón recurrió desesperadamente al señor Fariña Torres, implorándole ayuda para salvar su angustiada situación, accediendo a ello, por lo que fue a Cambados (debidamente autorizado por la Sociedad a la que pertenecía) para llevar todas las gestiones del señor Barcón, pagando principal y costas y aumentando de esta forma el crédito que ostentaba (transferido de la Sociedad a su propio nombre), lo que hizo en aras a la amistad y a la ayuda que el señor Barcón le pedía, por lo que se ha visto luego envuelto en la litis. Partiendo el demandado de un estudio detenido de la situación del negocio, vio que era preciso un capital mínimo de unas 500.000 pesetas para hacer frente al mismo, siguiéndose laboriosas gestiones con los acreedores (presididos ya por don Pedro Fariña), pero en ellas, como se presentó un crédito a favor de la familia Llopiz (ahora actora) sin título alguno y manifestamente sospechoso, fue rechazado de plano por la mayoría de los acreedores, llegándose a un acuerdo de prescindir del mencionado crédito, pues con su inclusión no hubiera sido posible lograr el convenio que permitió salvar al señor Barcón. Pero particularmente hubo de aceptar dicho crédito, importante 68.000 pesetas, si bien estableciendo la condición de que, o bien el señor Barcón o alguno de sus familiares tendrían que hacer alguna aportación efectiva de numerario que ayudase al pago de créditos, cuya obligación total asumiría el señor Fariña. Y fue así como una vez otorgada la escritura pública de tramitación del negocio a favor del demandado (y cuya copia autorizada se acompañaba), se procedió a constituir la Sociedad privada Llopiz-Fariña, base de la litis. Y en dicha Sociedad, al tiempo que el señor Fariña reconocía la participación del actor con las 68.000 pesetas de su simulado crédito, aportaba el señor Llopiz 100.000 pesetas en metálico, que, unidas a las anteriores, hacían el total de 168.000 pesetas con que aparecía participando en el negocio. Siendo, además, de hacer notar, que el señor Barcón, en diferencia de pocos días, hizo inventarios del negocio, que presentó al demandado, a fin de estimularle, y en uno de los cuales arroja un superávit de 302.544,49 pesetas, en tanto que en el segundo (de cuatro días después), la cifra baja a 216.513,05 pesetas cuando, en realidad, el negocio estaba en déficit. Y el señor Llopiz Mendez acudió al negocio, no sólo para acreditar unas 68.000 pesetas, que aun-

ca le diebiera su cuñado (no se sabe si iban a medias en la simulación), cuanto por defender a sus dos hijos don José y doña Julia Llopiz Gallardo en el puesto que tenían en las oficinas del negocio (el primero estudiante de peritaje industrial, y la segunda, mecanógrafa), con estimables retribuciones, puestos en los que permanecieron hasta que por sus propios y respectivos intereses, el hijo para asociarse con su tío el señor Barcón y montar un taller que haría la competencia al del demandado, y doña Julia para contraer matrimonio) decidieron despedirse, exigiendo indemnización, como se acreditaba con los recibos que se adjuntaban.

Cuarto. En la cláusula cuarta del contrato de sociedad de 28 de octubre de 1949, acompañada con la demanda, se decía que el señor Fariña podía actuar en el negocio «por medio de la persona que libremente designase, y don José Llopiz, valiéndose, precisamente, de don Luis G. Barcón, siendo esta última una obligación esencial para el socio señor Llopiz durante el primer año, añadiéndose seguidamente que «en el supuesto de que antes de que se cumpla el primer año de vida de sociedad don Luis G. Barcón dejara de prestar sus servicios en el negocio social, el señor Fariña estará facultado para excluir de la sociedad a su socio, pero sin obligarle a la devolución del capital aportado por el señor Llopiz y beneficios que le correspondan, hasta que se cumpla un año, a partir de la expresada exclusión...» Y en 4 de noviembre del mismo año 1949, en documento firmado por los señores Llopiz, Fariña y Barcón se convino en que este último, «por el interés que tiene en los beneficios de la participación del capital del señor Llopiz en la Sociedad «Luis G. Barcón, Suc.», se obliga de manera formal a prestar sus servicios personales en el negocio social, con la retribución de 2.500 pesetas mensuales.»

Quinto. Que a pesar de que se había pactado una duración de cinco años para la sociedad, llegó un momento en que la disolución se impuso, por las siguientes razones: Primera. Porque el señor Barcón no pasaba por los talleres nada más que a cobrar su asignación, pretextando que hacía visitas a la clientela (más tarde se supo que ya de entonces databa la competencia que venía haciendo en la calle al negocio de la Sociedad «Luis G. Barcón, Suc.»). Segunda. Porque el señor Llopiz clamaba por la rápida devolución de su aportación, alegando que no entendía nada del negocio y deseaba separarse del mismo. Por ello, cediendo el demandado, una vez más, a las exigencias del grupo Llopiz-Barcón, nació el documento privado de 18 de enero de 1950, de disolución del negocio, si bien para soslayar la dificultad que ofrecía el dejar en libertad al posible competidor señor Barcón, se estableció libremente entre las partes (cláusula quinta del citado documento): «Hasta el total pago del capital al señor Llopiz, se establece la prohibición de que don Luis G. Barcón ejerza en Vigo actividades de la naturaleza a las que se dedica el presente negocio, ni por sí ni por persona interpuesta.» Como el pago aplazado duraría, normalmente, algo más de dos años, manteniendo esta prohibición durante todo ese tiempo se obtenía la garantía de que el negocio tuviera tiempo de desarrollarse y vencer su crisis.

Sexto. Pero inmediatamente de firmada la disolución, empezó una desleal competencia por parte del señor Barcón, quien visitó a los antiguos clientes (y aun a los nuevos) por lo que el hoy demandado hubo de entrevistarse con el señor Llopiz padre, quien aseguró que eran infundios las afirmaciones de que el señor Barcón le hacía la competencia, por lo que siguió con los hijos de aquel guardando todo género de atenciones, hasta que se despidieron, exigiendo indemnización, así como que se firmase el docu-

mento de novación que afectaba sólo a los plazos de amortización del capital e intereses para el señor Llopiz (actor), manteniendo la cláusula tercera del contrato novado la prohibición de competencia.

Séptimo. El demandado cumplió su compromiso de pago al actor hasta el 18 de agosto de 1951, tanto de capital como de intereses, por lo que llegó a satisfacer un total de 80.378,60 pesetas, dejando de cumplir, cuando rió claramente que, en efecto, se le hacía plena competencia desde la salida del taller del hijo del actor don José Llopiz Gallardo, quien, con el bagaje de conocimientos que llevaba y secretos de la empresa a que perteneciera (pues, entre otras cosas, estuvo bastante tiempo en Madrid por cuenta de la misma para estudiar patentes extranjeras), procedió a asociarse con su tío el señor Barcón, en la forma que luego se diría: formulaba a continuación reconvencción, basada, sustancialmente, bajo el capítulo de hechos, en los expresados en la contestación a la demanda, agregando seguidamente que cuando el hijo del demandado se despidió del taller, apareció como titular de un negocio que, bajo la denominación de «Electromecánica del Noroeste», abrió en el bajo de la casa número 20 de la calle de Capitán Cortés, de Vigo, siendo la verdad de que el que lo regentaba y dirigía era su tío don Luis Guillermo Barcón, quien, cuando era titular del taller de la calle de Marqués de Valladares, había organizado a la manera de un seguro de motores, consistente en la reparación y mantenimiento de tales máquinas mediante el pago de una cantidad fija periódica (mensual o anual), lo que permitía al industrial o particular poseedor de uno o varios motores así asegurados, tener éstos en normal funcionamiento, y hasta obtener su reparación y otros trabajos, a veces costosos, cuando en la visita mensual que a ellos se giraba se apreciaba alguna anomalía. Este era uno de los capítulos más interesantes del negocio cedido al señor Fariña, y con él se contaba para atender los gastos generales de explotación de la empresa. Luego los abonados se daban de baja, sabiéndose después que habían ido a ser clientes del señor Barcón, lo que se acreditaba con cartas de bajas de clientes que se acompañaban. Igualmente se adjuntaba extracto de cuenta que «Electromecánica del Noroeste» (el taller establecido en competencia) mantiene con una acreditada firma de Vigo, por la que se puede ver que la actividad de dicho taller data por lo menos de febrero de 1951 e incluso de 1950, según otras cartas y notas de cuenta que se acompañan, con lo que se demostraba que la competencia del señor Barcón era anterior a la interrupción de pagos por parte del demandado, y por ello el incumplimiento de tal prohibición contractual vino a exonerar al señor Fariña de la obligación de seguir cumpliendo puntualmente el compromiso hasta tanto no se regularizase la situación o fuera restablecida al ser y estado que mantenía antes de producirse los acontecimientos denunciados, siendo el resultado de todo ello el cierre del taller del demandado, para poner fin a las constantes pérdidas que originaba su explotación, y el pensar en su venta, como así se hizo, al señor Gradin, en documento privado de fecha 25 de julio de 1954, en 100.000 pesetas, incluidas las máquinas y los elementos que se relacionan en el inventario adjunto al contrato. Acompañaba ambos documentos. Teniendo en cuenta que el negocio lo recibió el señor Fariña del señor Barcón con un gran déficit (de 86.150,36 pesetas) en vez del gran superávit que fingía en dos proyectos sucesivos el vendedor, y que las pérdidas fueron en aumento, calculaba los daños y perjuicios sufridos, provisionalmente, y subordinado a la prueba que se practicase, en la cantidad de 100.000 pesetas. Invoca-

ba los fundamentos de Derecho que creyó de aplicación, tanto para la contestación a la demanda como para la reconvencción, y terminaba con la súplica de que en su día se dictase sentencia por la que, absolviendo a don Pedro Fariña Torres, de la demanda, se estimase, en cambio, la reconvencción propuesta, condenando al reconvenido a pago de una cantidad no inferior a 100.000 pesetas por el concepto de daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual, en los términos y condiciones fijados en el cuerpo de este escrito, sin perjuicio de su mejor determinación en el período correspondiente (o en trámite de ejecución de sentencia), así como a estar y pasar por la vigencia y respeto a la cláusula quinta del contrato privado de 18 de enero de 1950, hasta el completo pago al señor Llopiz, con imposición de las costas a éste:

RESULTANDO que conferido traslado para réplica a la parte actora, evacuó dicho trámite el Procurador don Cándido Martínez, a nombre de don José Llopiz Méndez, en escrito de 4 de febrero de 1955, oponiéndose a las alegaciones de hecho de contrario y añadiendo sustancialmente: Que el señor Barcón no intervino en la confección del inventario, que realizó don Pablo Murillo Arriola, apoderado a la sazón del señor Fariña, así como otros empleados suyos; que la cantidad desembolsada por traspaso del local se elevaba a 75.000 pesetas, por letras mensuales de 7.500 pesetas; que las reformas comerciales realizadas en el local ascendían a 30.000 pesetas, con montaje de oficinas, estanterías, escaparates, puertas, etcétera; que diversas cuentas pendientes de cobro las hizo efectivas el señor Fariña; y no se tuvo en cuenta los derechos de posible traspaso, ya que el señor Fariña percibió del propietario del local, don Fernando Rivas la suma de 40.000 pesetas; que el no justificar la familia Llopiz su crédito con documento alguno hace que resalte la autenticidad de éste y la honrada sinceridad de aquella, entregando al señor Barcón esas 68.000 pesetas para ayudarle en los primeros momentos de su crisis agobiante, sin formulismo ni recibo alguno; que fueron despedidos a la vez los hermanos Llopiz Gallardo, injustamente, por lo que éstos acudieron a la Magistratura del Trabajo, y próxima la celebración del juicio, gestionó el señor Fariña una solución amistosa, abonando las indemnizaciones consignadas, en los recibos presentados; que pese a todo lo hecho por el señor Fariña, el señor Llopiz Gallardo esperó a revalidar su carrera y prestar el servicio militar, resolviéndose entonces a ejercitar sus conocimientos profesionales arrendando un taller mecánico para reparaciones eléctricas, sin dedicarse realmente a la construcción de maquinaria y sin promover, por tanto, competencia con nadie. Tal taller arrendado lo fué a don Olimpio Cigarran, en calle Capitán Cortés, número 24, y ni en tal acto ni en su explotación intervino para nada el señor Barcón, dedicado entonces a otros negocios relacionados con material de construcción inmobiliaria; que el negocio del señor Fariña no marchaba mal, como afirma, sino progresivamente, como lo evidenciaban la existencia de liquidaciones del año 1953 en la Mutualidad de Previsión Social del Sindicato Sidero Metalúrgico, y en cuanto a la venta de los talleres al señor Grandin, obedeció a otros fines menos el de decadencia del negocio, además de que el precio de 100.000 pesetas fijado pudo ser simulado. Invocaba los fundamentos de derecho que estimaba de aplicación y terminaba con la súplica de que se dictase sentencia en los términos interesados en la demanda, desestimándose la reconvencción y condenando en costas al demandado:

RESULTANDO que conferido traslado para réplica, el Procurador don Seve-

riano Estévez de Andrés, en representación del demandado don Pedro Fariña de Torres, presentó escrito con fecha 24 de febrero de 1955, evacuando dicho trámite y exponiendo en esencia, bajo el capítulo de hechos: Que los hijos del demandante se insubordinaron y su labor, una vez que el padre obtuvo el documento de disolución de la sociedad, era de obstrucción; que el taller «Electromecánica del Noroeste», sito en la calle del Capitán Cortés, de Vigo, aunque girando a nombre del hijo del demandante, estaba y está regido realmente por el señor Barcón, limitándose aquél a prestar su concurso técnico. Que la carta y factura presentada no corresponden sólo a radiadores, pues se trataba de materiales diversos eléctricos servidos por la firma «Pascual y Cia., S. L.», de La Coruña, para clientela particular del señor Barcón la que este realizaba trabajos de instalación, y ello acreditaba la dedicación del señor Barcón al mismo negocio del taller del demandado, y porque, en definitiva, las instalaciones, material eléctrico e industrial suponen una adquisición previa del material instalado que es precisamente el que aparece adquirido por el señor Barcón, pues si éste fuese un simple intermediario o comisionista no aparecería vendida esa mercancía a su nombre, no se extendería la facturación a su nombre ni la Casa proveedora cargaría su importe en la cuenta personal del señor Barcón, sino que lo haría en la cuenta de cada uno de los destinatarios, por lo que está claro que el señor Barcón adquiría en firme el material, realizando luego con sus clientes un típico contrato mixto de obra en arrendamiento de servicios y suministro de materiales, lucrándose también con el beneficio o margen comercial que el tanto por ciento de la casa suministradora le proporcionaba, como es costumbre, pareciendo como si el actor tratara de atribuir a una inadecuada dirección o administración del negocio del taller el que éste hubiera llegado a tan desastroso fin, pero fué realmente a última hora, como medida heroica, cuando se pensó en incrementar la importancia del establecimiento para hacer frente y luchar adecuadamente contra la competencia del señor Barcón, lo que ocurrió en el año que precedió a la venta del taller el señor Gradin, o sea por el de 1953, en que se puso un Ingeniero Industrial al frente del taller para que se ocupase de las obras, si bien hubo, en definitiva, que enajenar el negocio a favor de dicho señor como freno a las continuas pérdidas. Invocaba los fundamentos legales que estimaba de aplicación al caso y terminaba con la súplica de que se dictase sentencia de acuerdo con lo interesado en el escrito de contestación a la demanda:

RESULTANDO que recibidos los autos a prueba, se practicaron, a instancia de la parte demandante, las de confesión judicial del demandado señor Fariña de Torres, documental pública y privada, pericial electromecánica y testifical, y a instancia del demandado, las de confesión judicial del actor, documental pública y privada y testifical:

RESULTANDO que unidas a los autos las pruebas practicadas y evacuado por las partes el trámite de conclusiones, por el Juez de Primera Instancia número 1 de los de Vigo se dictó sentencia con fecha 13 de agosto de 1956, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Fallo: Que rechazando la pretensión reconvenccional deducida y estimando en parte la demanda formulada, debo de condenar y condeno a don Pedro Fariña de Torres a pagar a don José Llopiz Méndez la cantidad de ciento trece mil doscientas ochenta pesetas, más los intereses que se devenguen hasta su total abono, a razón del seis por ciento anual sobre noventa y seis mil pesetas, y del

cuatro por ciento sobre el resto, desde la fecha de interposición de la demanda. No hago expresa imposición de costas»:

RESULTANDO que apelada la sentencia por la representación del demandado don Pedro Fariña Torres y sustanciada la alzada por sus trámites legales, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña dictó sentencia con fecha 22 de diciembre de 1956, con la siguiente parte dispositiva:

«Fallamos: Que confirmando la sentencia apelada que rechazó la pretensión reconvenccional deducida y estimando en parte la demanda formulada, debemos condenar y condenamos a don Pedro Fariña de Torres a pagar a don José Llopiz Méndez la cantidad de ciento trece mil doscientas ochenta pesetas más los intereses que se devenguen hasta su total abono, a razón del seis por ciento anual sobre noventa y seis mil pesetas y del cuatro por ciento sobre el resto, desde la fecha de interposición de la demanda, sin hacer especial imposición de costas en ambas instancias»:

RESULTANDO: Constituido depósito de tres mil pesetas por ser conforme las sentencias de los Tribunales de instancia, el Procurador don Ismael Pérez Fontán, en nombre y representación de don Pedro Fariña de Torres, ha interpuesto ante esta Sala, contra la sentencia de la Audiencia, recurso de casación por infracción de Ley y de doctrina legal, estableciendo los siguientes motivos:

Primero.—Fundamentado en el número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por incidir la sentencia al apreciar las pruebas, en evidente error de hecho, resultante de hechos, digo, documentos auténticos que demuestran la equivocación del juzgador, añadiendo a continuación que al analizar la sentencia el documento de disolución de sociedad de fecha 18 de enero de 1950 y el de novación (empleando la terminología del fallo) de catorce de noviembre de igual año, incide en el error denunciado, pues en el primer considerando se dice: «en dieciocho de enero de mil novecientos cincuenta, también por documento privado, los aquí litigantes y el señor Barcón, acordaron la disolución de la repetida sociedad...» agregando en el mismo considerando que «igualmente por documento privado en que sólo intervienen los litigantes en fecha catorce de noviembre de mil novecientos cincuenta...» El juzgador estima novado no interviniendo más que los dos litigantes, un contrato en el que intervinieron tres personas, ya que en el de 18 de enero de 1950 intervino el señor Barcón, y este contrato obligaciones por referido contrato sin figurar en el segundo. Y así se comprometió a no prestar servicios personales en el negocio, y a no ejercer en la ciudad de Vigo actividades de la naturaleza a que se dedica la sociedad, hasta el total pago del capital al actor. Pero en el tercer considerando se dice: «... con lo que se hace innecesario el examen de otros puntos de derecho planteados, afectando el pronunciamiento intercedido a dicho señor Barcón, que no ha sido llamado al pleito, no cabe sin su intervención adoptar resolución alguna sobre tal particular, puesto que no se trata de un tercero, sino de un interviniente y firmante en el aludido documento privado de fecha 18 de enero de 1950, debiéndose por tanto, y sin necesidad de más razonamientos, desestimar la pretensión reconvenccional formulada». Es decir, que pase a presumir el juzgador la existencia de una novación, como premisa en el primer considerando, en el tercero parece aliviarlo y reconoce efectos y validez al documento anterior que supone novado y nada menos que para desestimar la reconvencción formulada por el hoy recurrente; y las incongruencias a que arrastra la equivocada apreciación

de estos documentos, pueden condensarse en los siguientes términos:

a) Respecto al documento de disolución de sociedad en que intervienen los tres, pues se falla el pleito sin oír a un interviniente, absolviéndole implícitamente de sus obligaciones, sin pensar en la santidad de la cosa juzgada.

b) Se presume una novación que legalmente es imposible por cuantas reiteradas sentencias de esta Sala sostienen que la novación no se presume; se considera que dos pueden novar lo que convienen tres, lo que es tan erróneo como lo anterior, existiendo otras anomalías, pues si se funda en el documento de disolución, no puede estimarse la novación, puesto que ésta, de ser viable, anularía el convenio anterior, y sin por el contrario realmente se funda en la novación, el señor Barcón no es interviniente, puesto que no concurrió ni figura en el documento de 14 de noviembre de 1950. El carácter de documentos auténticos de ambos contratos resulta de haber sido traídos al pleito por el actor y reconocidos por el demandado.

Segundo.—Amparado en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por violación, por inaplicación, del artículo ciento cincuenta y seis de la Ley Rituaria y de las sentencias de esta Sala de 7 de julio de 1903, 28 de marzo de 1859, 15 de abril de 1861, 2 de junio de 1886 y 7 de febrero de 1902, todas sobre interpretación del artículo quinientos treinta y uno de la Ley adjetiva, que se considera también violado por inaplicación, y a cuya tenor, la sentencia no perjudicará sino a los que son parte en la litis y a sus herederos y causahabientes, salvo el caso de que el derecho y acción ejercitada derivan de un título único, como ocurre en este caso con el documento de disolución de sociedad de 18 de enero de 1950 en que es interviniente el señor Barcón, pues se dá con él el caso de la existencia de un litis consorcio necesario por afectarle a él también la resolución dictada, siendo el caso típico el contemplado en el artículo mil ciento treinta y dos del Código Civil, en el que para el supuesto de un crédito o derecho atribuido, activa o pasivamente, a varios titulares, declara que el crédito sólo podrá hacerse efectivo procediendo contra todos los deudores. El concepto de litis consorcio necesario, más que a una situación procesal va ligado a la naturaleza de la relación jurídico-material controvertida, es decir, a una cuestión de derecho sustancial, por lo que las leyes de procedimiento, aunque se hacen cargo de él, no formulan a priori cuáles son los casos en que el litis consorcio necesario se produce. Dice la sentencia que se recurre que el señor Barcón no es un tercero, sino un interviniente, afirmación correcta, aunque no lo es tanto el no haberse llamado al pleito y decidir sin él, con evidente perjuicio para el recurrente. El Código Italiano (párrafo primero del artículo ciento cincuenta) prevé esta situación cuando permite la intervención en proceso ajeno, para hacer valer, frente a todos los litigantes o algunos de ellos, un derecho relativo al objeto o dependiente del título a que aquel se refiere. E igualmente el Código Procesal Alemán, párrafo sesenta y cuatro, dice: «Quien pretenda tener derecho sobre la totalidad o parte de la cosa o derecho sobre el que se haya trabado pleito entre otras personas, puede hasta el momento de la resolución hacerlo valer ante el Tribunal que conozca del negocio por medio de demanda dirigida a las dos partes contendientes.» Ya en la Ley IV, título veintitres, partida tercera, se instituyó que en el pleito podrían intervenir no sólo los señores de los pleitos, sino aquellos a quien pertenece la propiedad o el daño que viniese del juicio. Y en nuestro vigente Derecho, don Manuel de la Plaza aboga por unas notas que con-

creta: No asiste al coadyuvante la facultad de promover el juicio; ha de aceptar el resultado del proceso hasta el momento de su intervención, con efectos preclusivos para él; puede ayudar la gestión del litigante a quien se adhiera, contribuyendo al éxito de sus propios medios de defensa o utilizando en provecho común aquéllos de que esté especialmente asistido. Y por obra de su intervención, queda vinculado a la resolución del proceso, no sólo con la parte a cuyos fines coadyuvó, sino también en relación con la contraria. Pero es que la intervención de un tercero puede ser incluso impuesta en forma coactiva, pues en el cuarto considerando de la sentencia número trescientos veintiocho, de 30 de septiembre de 1950, se dice al tratar de la excepción de litis consorcio: «... ello aparte de que tal excepción pueda ser apreciada de oficio por los Tribunales a quien incumbe cuidar de que el litigio se ventile con todos los que claramente puedan resultar afectados por las declaraciones de la sentencia, ya que el principio de orden público de la veracidad de la cosa juzgada exige la presencia en el procedimiento de todos los que debieron ser demandados». En análogos términos se ha producido la sentencia número doscientos treinta y uno, de 22 de mayo de 1950. Y por todo ello, al no haber aplicado la sentencia recurrida la doctrina expuesta, incide en violación que aparece agravada por no haberse al menos abstenido de fallar sobre el fondo, siendo de aplicación el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Rituaria.

Tercero.—Fundamentado también en el número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos, al violarse, por aplicación indebida, los artículos mil doscientos tres y mil doscientos cincuenta y tres del Código Civil y la doctrina sostenida en la sentencia número doscientos dos de fecha 25 de abril de 1950, que dice: «... y menos relacionandolos con el mil doscientos cincuenta y tres del Código Civil que es el nominativo del empleo como medios de prueba, de las presunciones no establecidas por la Ley, puesto que la doctrina jurisprudencial enseña que la novación no se presume nunca». Y tal presunción puede ser combatida en casación según la sentencia número ciento sesenta y nueve, de 24 de marzo de 1950, a cuyo tenor, al no darse los requisitos, puede recurrirse. Al apreciarse la novación en la sentencia recurrida, se viola, por inaplicación, el principio de derecho «pacta sunt servanda», así como la jurisprudencia que lo ampara, contenido, entre otras, en las sentencias de 6 de julio de 1894, 6 de mayo de 1895, 12 de abril de 1898, 20 de junio de 1900, 18 de diciembre de 1905, 31 de octubre de 1914, 15 de febrero, 27 de marzo y 24 de junio de 1916, 10 de noviembre de 1917, 10 de enero y 11 de marzo de 1929 y 4 de julio de 1944, entre otras. Igualmente se viola otro principio de derecho formulado por Ulpiano «Transatio quae cumque fuit, de his tantum, de quibus inter convenientes placuit, interposita creditur», recogido por la sentencia de 19 de diciembre de 1882. Y sobre la imposibilidad de estimar la novación por dos de los tres intervinientes en la disolución de la sociedad, es de tener en cuenta otro principio de Ulpiano, con rango general de derecho, igualmente violado: «Nihil tam naturale est, quin eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est», recogido por las sentencias de 13 de febrero de 1863, 5 de abril de 1870 y 21 de enero de 1882.

Cuarto.—Amparado en los números primero y tercero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque la Sala ha infringido, violándolo, el artículo trescientos cincuenta y nueve de dicha Ley, que tiene carácter sustantivo a efectos de casación y que dispone que esas sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las

demandas y las demás pretensiones deducidas oportunamente por el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate, añadiendo seguidamente que la sentencia que se recurra se excede, porque sus pronunciamientos habrían de afectar a personas que no eran parte en el litigio, vulnerando la jurisprudencia que tiene determinado que no se deben declarar derechos ni imponer deberes en un litigio y que afecten a personas no intervinientes en él, así como que para resolver sobre la nulidad de un contrato es preciso examinar la actuación, en su otorgamiento, de cuantos en él fueron parte, para lo que deben ser llamados al pleito según sentencias de esta Sala, entre otras, las de 12 de febrero de 1944, 3 de diciembre de 1922, 2 de febrero y 1 de julio de 1929, 13 de junio de 1923 y 30 de noviembre de 1931, ya que al absolver el interviniente señor Barcón, si se absolviere también al recurrente, no existiría la infracción denunciada; pero al condenar a éste, estando el compromiso de pago ligado a las obligaciones que en la disolución de sociedad había contraído el señor Barcón, se le libera de estas obligaciones aun cuando el sentenciador se limite a decir que no puede decidir sobre lo que afecte al señor Barcón por no haber sido parte, olvidando que no es posible separarlo de la condena del demandado, y que esa simple manifestación equivale a la absolución de aquel que no fué parte, pese a reconocer la sentencia que no es un tercero sino un interviniente. La jurisprudencia ha recogido principios generales de derecho que igualmente se dan como infringidos, a saber: «sentencia debet esse conformis libello» (sentencias de 13 de julio de 1888, 25 de enero de 1911, 27 de abril y 31 de diciembre de 1942); «Si iudex pronunciat ultra petitam sententia est ipso iure nulla» (sentencias de 11 de febrero y 2 de octubre de 1867; 24, 25 y 28 de enero de 1867; 24 de julio de 1911; 4 de julio de 1913; 31 de diciembre de 1942 y 21 de junio de 1943).

Quinto.—Amparado en los números primero y quinto del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, violación, por inaplicación, del artículo mil doscientos cincuenta y dos del Código Civil y de la doctrina contenida en la sentencia número trescientos veintiocho de fecha 30 de septiembre de 1950, al decir: «... se podría dar lugar (como en el caso de autos) a la existencia de sentencias contradictorias sobre la misma relación de derecho, con menoscabo del principio de la autoridad de cosa juzgada, añadiendo que es de aplicación al caso de autos según sentencia de 1 de julio de 1947, porque para poder apreciar la excepción de cosa juzgada es preciso que la sentencia primera, en que la excepción se apoya, haya resuelto el fondo del negocio. La similitud de la doctrina expuesta con el presente caso es evidente, puesto que el recurrente, al ser condenado al pago sin haber sido parte en la litis el señor Barcón, se encontraba con la infranqueable «cosa juzgada» para una ulterior reclamación, que no puede tener viabilidad si la dirige sólo contra dicho señor, pues ha de hacerse contra los dos intervinientes, quedando fuera uno de ellos por el fallo recurrido, al poder excepcionar la existencia de una sentencia firme. Prácticamente, como ya queda dicho, es una absolución del señor Barcón sin haber sido parte. Marciano dijo que la razón de equidad no tolera que alguien sea condenado sin ser oído en su causa, recogido en el principio de derecho «nemo damnatus nisi auditus» y que viene avalado, entre otras, por las sentencias de esta Sala de 23 de mayo de 1861, 3 de diciembre de 1872, 23 de mayo de 1883; 1 de julio de 1887; 20 de diciembre de 1888,

17 de enero de 1889, 12 de noviembre de 1890, 6 de julio de 1893, 12 de octubre de 1898, 11 de octubre de 1941 y 19 de febrero de 1944; y del mismo modo tampoco nadie puede ser absuelto cuando contrajo obligaciones sin haber sido parte:

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Joaquín Domínguez de Molina:

CONSIDERANDO que el primer motivo del recurso formulado al amparo del número séptimo del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no puede prosperar, pues el error de hecho que en él se denuncia al referirse la sentencia al documento de 14 de noviembre de 1950, en que ambos litigantes, actor y demandado, acordaron la novación del contrato de 18 de enero del mismo año, a pesar de que en el último intervino igualmente una tercera persona, no nace más que, a la vista de los pactos modificativos que contiene, aceptar la calificación que a los propios otorgantes y, por tanto, también al recurrente, les mereció el nuevo contrato, en el que, en efecto, introdujeron los contratantes determinadas modificaciones más o menos secundarias del anterior manteniendo otras, y aunque aquella calificación pudiera estimarse jurídicamente equivocada, no entraña en modo alguno ningún error de hecho por parte del Tribunal en la apreciación de la prueba, que pueda ser denunciada por el cauce de dicho número séptimo, puesto que en nada altera ni desconoce el texto de lo pactado, y únicamente podría afectar a la eficacia del supuesto contrato novatorio en relación con el tercero interviniente en el anterior modificado, pero sin que ello tenga relieve alguno respecto a los contendientes, que no pueden impugnarlo por esta razón sin contrariar sus propios actos, ni lo ha sido tampoco en la instancia por el demandado recurrente, pues no sólo lo ha venido cumpliendo durante diez meses, según confiesa en el hecho séptimo de su escrito de contestación, sino que en éste, precisamente, ha invocado su cláusula tercera, en la que fue declarada subsistente la quinta del otorgado en 18 de enero, sin discutir su carácter novatorio como en el recurso; siendo evidente, que no impugnándose su validez, constituya o no una novación, en nada influye para la eficacia de la obligación que se reclama:

CONSIDERANDO que tampoco puede ser estimado el segundo motivo, que, acogido al número, primero del citado artículo 1.692 de la Ley Rituaria, supone infringidos los artículos 156 y 531 de la misma y doctrina legal que invoca sobre el litis consorcio necesario, y aparte de que sobre todo el artículo 531 es de manifiesta índole procesal, en la demanda lo reclamado es la deuda reconocida por el propio deudor en el documento de 14 de noviembre de 1950, en el que ninguna intervención tuvo el señor Barcón, sin que se solicite en ella declaración alguna que pueda afectar al mismo como interviniente en el de 18 de enero, ni en el consta ninguna obligación del último a favor del demandante que pudiera autorizarle para dirigir su acción contra aquél, quedando limitada la demanda al pago de la deuda mencionada, que el demandado, según consigna en los hechos primero y sexto de la duplica, no niega ni pretende—dice—acreditar su liberación del pago, sino obligar al actor a la indemnización de perjuicios que a su vez reclama por entender que es responsable de haber incumplido el señor Barcón la prohibición, que éste aceptó de no ejercer en Vigo, hasta el pago total, actividades de la clase a que corresponde el negocio del recurrente; y en este punto de la responsabilidad del demandante por el supuesto incumplimiento de una obligación que contrajo ese tercero por sí mismo, ha de reputarse procedente el litis consorcio necesario que sustancialmente es-

tima la sentencia apelada, aceptada por la recurrida, por no haber sido llamado al pleito el señor Barcón, interviniente y firmante del documento de 18 de enero de 1950, único que le afecta y obliga, no el posterior de 14 de noviembre, que sirve de apoyo a la acción ejercitada, pero reputando forzoso aquel consorcio, como bien se advierte, sólo en relación con esa responsabilidad que se pretende en la reconvencción, y no respecto a la demanda del señor Llópiz, por las razones antes expuestas; siendo manifiestamente inaplicable a las cuestiones debatidas el artículo 1.132 del Código Civil, que además de no invocarse como infringido, se refiere a las obligaciones alternativas; y aunque se haya querido invocar el 1.137, según se deduce del argumento que se esgrime, este precepto hace relación al caso en que concurren varios acreedores o deudores en una sola obligación, lo que no es el supuesto de autos; observándose, por otra parte, que según los términos literales de la cláusula quinta del contrato de 18 de enero de 1950, es la prohibición de actuar el señor Barcón la que está subordinada al pago del crédito del señor Llópiz y no el pago a la prohibición:

CONSIDERANDO que es del propio modo desestimable el motivo tercero del recurso, que, amparado también en el número primero del artículo 1.692 de la Ley Procesal, denuncia la supuesta violación de los artículos 1.203 y 1.253 del Código Civil, así como el principio «pacta sunt servanda» y demás invocados, con la cita de sentencias que se relacionan, pues en orden a lo argumentado sobre la novación que las mismas partes litigantes reconocieron al contrato de 14 de noviembre de 1950, hasta para su desestimación con lo anteriormente expuesto sobre este extremo, sin que, como ya se expuso, pueda ir el recurrente contra sus propios actos; aparte de que ello, como también se razonó ya, carece de todo influjo en la cuestión, pues respecto a la demanda sólo se trata de la efectividad de una obligación asumida por el demandado en el documento que se califica de novatorio, sin impugnarse su validez, y, por último, en la propia sentencia se declara que la prueba aportada es notoriamente insuficiente para admitir la realidad de la intervención del señor Barcón en la dirección o gerencia del taller del hijo del actor, ni, por tanto, el ejercicio de sus actividades en industria similar a la del demandado, con incumplimiento de la cláusula quinta del anterior contrato, declaración de hecho que no se combate eficazmente por el cauce del número séptimo del artículo 1.692 de la Ley de Trámites; y, por consiguiente, al condenar la sentencia recurrida el cumplimiento de lo contenido por el demandado recurrente en el documento de 14 de noviembre de 1950, prestó acatamiento al principio «pacta sunt servanda» alegado:

CONSIDERANDO que los motivos cuarto y quinto, respectivamente, amparados en los números primero y tercero y en los números primero y quinto del artículo 1.692 de la Ley adjetiva no pueden ser eficaces en casación, dado el rigor formal del recurso, porque en ellos se quebranta lo que dispone el segundo párrafo del artículo 1.720 de dicha Ley, en cuanto ordena que cuando el recurso se fundare en dos o más motivos o fundamentos distintos se consignarán en párrafos separados y numerados, habiéndose establecido por reiterada jurisprudencia que la acumulación de diversos motivos bajo un solo número hace inadmisibile el motivo o motivos que adolecen de semejante defecto, inadmisibilidad que en la fase decisiva del recurso se convierte en causa de desestimación.

FALLAMOS que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto a nombre de don Pedro Fariña de Torres contra la sentencia que

con fecha 22 de diciembre de 1956 dictó la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de La Coruña, se condena a dicha parte recurrente al pago de las costas y a la pérdida de la cantidad que por razón de depósito tiene constituida, a la que se dará el destino que previene la Ley; 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 fue la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Joaquín Domínguez de Molina, 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.—Por mi compañero señor Rey-Stolle.

En la villa de Madrid a 6 de julio de 1961; en los autos de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia de Aliaga y, en grado de apelación, ante la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, por la Sociedad «Carbonífera de Utrilla, S. A.», domiciliada en esta capital, contra don Víctor Martínez Alconchel, mayor de edad y vecino de Zaragoza; doña Felisa Alconchel Ezquerria, propietaria, viuda y de la misma vecindad; don José Martínez Alconchel, mayor de edad, dentista y de la misma vecindad; don Eduardo Martínez Alconchel, mayor de edad, médico y vecino de Barcelona; doña Micaela Martínez Alconchel, mayor de edad, casada con don Antonio Valdés López y que le representaba en el pleito, ambos vecinos de Madrid; doña Felisa Martínez Alconchel, casada con don Tomás Miravete, también en representación de su esposa, ambos mayores de edad y vecinos de Zaragoza; doña María Teresa Martínez Alconchel, soltera y vecina de Zaragoza, y doña Pilar Martínez Alconchel, mayor de edad, viuda, y también con domicilio en Zaragoza, sobre reclamación de daños y perjuicios; autos pendientes hoy ante esta Sala en virtud de recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por la entidad demandante, representada por el procurador don Adolfo Morales Vilanova y defendido por el letrado don Luis Lamana, habiendo comparecido ante este Tribunal Supremo el demandado don Víctor Martínez Alconchel, representado y defendido, respectivamente, por el procurador don Aquiles Ullrich y Fath y el letrado don Miguel García de Obeso:

RESULTANDO que mediante escrito de fecha 1 de diciembre de 1952, presentado en el Juzgado de Primera Instancia de Aliaga, el procurador habilitado don Santos Alcalá García, en nombre y representación de «Carbonífera de Utrilla, Sociedad Anónima», dedujo demanda de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía contra don Víctor Martínez Alconchel, doña Felisa Alconchel Ezquerria, don José Martínez Alconchel, don Eduardo Martínez Alconchel, asistida de su esposo don Tomás Miravete; doña María Teresa Martínez Alconchel y doña Pilar Martínez Alconchel, alegando como hechos:

Primero. Que su representada era dueña de una concesión minera de carbón denominada «El Abundante», sita en el término municipal de Escucha (Teruel), de 42 pertenencias, adquirida por el título que se reseña en la certificación que acompañaba—documento número 2 bis—, acompañando igualmente certificado de la Jefatura del Distrito Minero del título de concesión, del acta de demarcación y

del plano de demarcación de la mina —documentos números 3, 4 y 5—, de todos los cuales resultaba clara la existencia de linderos de dicha mina con la denominada «Lucero, número 2», sita en el mismo término municipal.

Segundo. Que creyendo su representación que las labores de la mina «Lucero» se venían prolongando en intrusión dentro de la mina «El Abundante», retirando mineral de ésta, provocó, conforme a las disposiciones legales, la intervención del Distrito Minero, el cual, en 31 de julio de 1951, libró reglamentaria certificación, haciendo constar la realidad de la intrusión y acompañando plano de la misma —documentos números 6 y 7.

Tercero. Del referido plano y comprobación del mismo «in situ» resultaba que las labores intrusadas se habían extendido a una zona aproximadamente trapezoidal, de 300 metros de la base mayor y 150 en la menor, con 100 metros de altura del trapezoido, lo que daba, suponiendo las capas horizontales, una superficie de 22.500 metros cuadrados; que como las capas se podían calcular que en promedio tenían una inclinación de 2 por 100, dicha proyección horizontal se transformaba, medida en el plano de las capas, supuesto uniforme, en 25.000 metros cuadrados; que el espesor de las dos capas que habían explotado lo estimaban en conjunto en 2,70 metros, de una cubicación bruta de 67.500 metros cúbicos; que asignando al carbón en capa la densidad de 1,3 que estaba sancionada en la práctica se llegaba al tonelaje de 87.750 toneladas brutas; que a dicho tonelaje había que aplicar un coeficiente de reducción por pérdida de carbón en macizos de protección, fallas y estéril separado, estimando dicha pérdida por estas causas en un 30 por 100, y el tonelaje indicado quedaba reducido a 61.425 toneladas de carbón comercial o vendible; que el canon en contratos de arriendo de minas de lignito se pagaba a 50 pesetas por tonelada, y tomando esta cifra se llegaba a la de 3.071.250 pesetas; que esta cantidad era la que su representada habría obtenido como beneficio, si la zona explotada no hubiera sido en arrendamiento con el canon máximo normal, y también se hubiera llegado a esa cifra como mínimo, si la explotación se hubiera realizado directamente; que esta simple indicación del volumen del mineral indebidamente apropiado habían de añadirse los daños y perjuicios que sufriría la sociedad como consecuencia de la intrusión, el aumento del precio de coste cuando lleve a cabo su labor de explotación de aquella zona.

Cuarto. Que hasta el día 23 de abril de 1952, la mina «Lucero» aparecía inscrita en el Catastro Minero del Distrito de Teruel, a nombre de don Cándido Martínez Villar, y el explotador legal era su hijo don Víctor Martínez Alconchel, en virtud de contrato de arrendamiento otorgado por su señor padre en 28 de marzo de 1946, contrato que fue aprobado por la Dirección General de Minas y Combustibles; que el día 10 de mayo de 1943 falleció don Cándido Martínez Villar y en la actualidad figuraba su viuda, doña Felisa Alconchel Ezquerro, inscrita en el Distrito Minero, como usufructuaria, mientras siguiera en vigor dicho contrato de arrendamiento, todo lo cual acreditaba con la oportuna certificación—documento número 8—, y designando a efectos de prueba los oportunos archivos.

Quinto. Que del matrimonio de don Cándido Martínez Villar y doña Felisa Alconchel Ezquerro quedaron al fallecimiento de aquel siete hijos, llamados doña Pilar, don Eduardo, don Víctor, doña Micaela, doña Felisa, doña María Teresa y don José; teniendo entendido que el testamento de don Cándido fue mancomunado con su esposa y su otorgamiento, de fecha 12 de junio de 1941, ante el Notario de Zaragoza don Francisco Palá, cuyo protocolo designaban a efectos de

prueba, y en el cual se concedieron los esposos mutua y recíproca viudedad universal, nombrando además herederos a sus siete hijos. Alegó los fundamentos de Derecho que estimó de aplicación, terminando por suplicar se dictara sentencia por la que se condenase a don Víctor Martínez Alconchel a indemnizar a la sociedad demandante los daños y perjuicios causados en la mina «El Abundante» por apropiación de mineral e intrusión de labores desde la mina «Lucero»; que la misma condena recayese en doña Felisa Alconchel Ezquerro, en cuanto de hecho no quedara resarcida su representada por don Víctor, o en lo que el Juzgado, en su caso, entendiera que no alcanzase la responsabilidad a dicho señor; que la misma recaiga en doña Felisa Alconchel Ezquerro y sus hijos don Víctor, don José, don Eduardo, doña Micaela, doña Felisa, doña Pilar y doña María Teresa Martínez Alconchel, según su participación en los bienes relictos al fallecimiento de don Cándido Martínez Villar, en cuanto de hecho no quedara resarcida su representada por don Víctor Martínez Alconchel y doña Felisa Alconchel Ezquerro, o en lo que el Juzgado, en su caso, entendiera que no les alcanzaba responsabilidad; y que a más de la condena indicada se fijasen las bases para la evaluación de daños y perjuicios y correspondiente indemnización, que se pudiera apreciar como resultado de la prueba:

RESULTANDO que admitida la demanda y emplazados los demandados, comparecieron únicamente en los autos don Víctor Martínez Alconchel y doña Felisa Alconchel Ezquerro, por lo que, en cuanto a los demás, se les declaró en rebeldía y se les dió por contestada la demanda; y dentro del término concedido al efecto, el procurador habilitado don Guzmán Bayón Pardo, a nombre de dichos demandados comparecidos, por medio de escrito de fecha 10 de agosto de 1953, contestó la demanda, que basó, sustancialmente, en los siguientes hechos:

Primero. Que don Víctor Martínez Alconchel, por escritura autorizada en 28 de marzo de 1946, por el Notario don José Miguel Aguirre, convino don Cándido Martínez Villar el arrendamiento de la mina «Lucero», propiedad del último, por el precio anual de 5.000 pesetas y plazo prorrogable de año en año; cuyo contrato fue autorizado por la Dirección General de Minas en 19 de julio de 1946.

Segundo. Que aunque adquirida dicha mina «Lucero» por su arrendador señor Martínez Villar en el año 1928, hasta muchos años más tarde no se hizo el estudio de su explotación; que para proceder a ésta, y no existiendo más datos de descripción que los del Registro de la Propiedad, se recabó de la Jefatura de Minas el reglamentario plano de demarcación y el cual acompañaban—documento número 1.

Tercero. Que con acatamiento estricto al referido plano, el Director facultativo de la mina «Lucero» verificó sobre el terreno el replanteo y se proyectó la explotación, que comenzó en el año 1944.

Cuarto. Que el Ingeniero Director de «Minas y Ferrocarril de Utrillas», filial de la demandante, tuvo ocasión en la primavera de 1960 de comprobar que el referido plano adolecía de un error de orientación y otro de distancia; y dado estado oficial a la cuestión, se instó el expediente en que recayó la resolución de 31 de julio de 1951, presentada con la demanda.

Quinto. Que la Jefatura de Minas de Teruel, al comprobar aquellos errores de su plano de demarcación, requirió su devolución, entregando a cambio el rectificado—documento número 2—, en el que se aprecian que las labores están fuera de su nuevo perímetro oficial.

Sexto. Que era inexcusable dejar anotado que, desde que en mayo de 1950 fue advertido el error de demarcación referido, las labores fuera del nuevo pe-

rímetro quedaron instantáneamente en suspenso.

Séptimo. Que el referido error era perfectamente explicable en una cuenca tan profusa en concesiones y caducidades desde hacia siglo y medio; que este error se había producido en otros muchos casos, como consecuencia de la plus valía de la zona, pero eran errores que generalmente se compensaban, pues lo que en un lado se perdía se ganaba en otro; y en cuanto a las minas «Lucero» y «El Abundante», el saldo de la rectificación era favorable a esta última, otorgándole una superficie más de tres veces mayor a la de «Lucero».

Octava. Que eran absolutamente inexactas las deducciones que se hacían en el hecho tercero de la demanda, aclarando que la intrusión se refería única y exclusivamente a una capa que es la llamada primera, sin ninguna clase de explotaciones y fuera de esa capa y explotaciones no cabía la posibilidad de argumentar reclamaciones, pues el plano levantado por la Jefatura con este motivo era el único fehaciente y que podía ser base de la reclamación; que si la mina «Lucero» sólo pudo sacar el exiguo tonelaje que resulta del plano oficial de la intrusión, no era menos cierto que «El Abundante» jamás hubiera podido extraer ese carbón, y nada se diga del tonelaje cien veces mayor que correspondía al área de su concesión, que abarca el subsuelo de Escucha; que en esta zona «El Abundante» perdería necesariamente toda la envolvente del pueblo con sus pilares de protección, o sea que la repetida zona no pueden hacerse sino labores, pues con las explotaciones peligran las casas extremas y se llega a la demanda nada menos que a la cifra de 61.425 toneladas el mineral extraído.

Noveno. Que el tonelaje de la intrusión, según los datos oficiales extraídos del acta, sería el siguiente: en el plano levantado por la Jefatura de Minas sería a razón de un metro de potencia de capa, con una corrida de 400 metros, y con la inclinación de la capa y por una densidad máxima de 1,20 metros, daba a razón de 1,75 toneladas por metro lineal de galería un total de 704 toneladas.

Décimo. Que aportaban un documento de eficacia probatoria indiscutible, como era el plano resumen—documento número 4—de todas las explotaciones realizadas en la mina «Lucero» desde su comienzo en el año 1944 hasta su terminación en 1952, y en el que se detallan las explotaciones anualmente realizadas entre aquellas fechas, estando confeccionado a base de los planos parciales de explotación anual; que en esta síntesis se justifican los tonelajes extraídos año por año, estando anotado en el mismo la cifra de extracción total que se recoge, siendo con una variación de sólo del 4 por 100, de la que constaba en el certificado de la Jefatura, sobre producción de la mina «Lucero».

Undécimo. Que tampoco «Carboníferas de Utrilla, S. A.», citaba fechas, ni siquiera aproximadas, de las supuestas extracciones del lignito, cautela comprensible, de una falta, por falta de convicción, y, de otra, para eludir excepciones de prescripción, puesto que siendo el mineral arrancado un bien mueble, el plazo no era muy dilatado.

Duodécimo. Que con las cifras reales y en la hipótesis de que las labores de preparación de explotación en la zona involuntariamente intrusada, hubieran exigido la extracción de algunos cientos de toneladas y el litigio se hubiera podido dilucidar dentro de los cauces de un juicio de cognición, pero se trataba de montar una sobria amenaza de ruina a los competidores, aprovechando una declaración administrativa de intrusión provocada por erróneas apreciaciones de las demarcaciones.

Décimotercero. Que los trabajos ejecutados por los explotadores de la mina «Lucero», con motivo de la intrusión, no

les había supuesto beneficio alguno, sino al contrario cuantiosas pérdidas, resultantes de la construcción de edificios y obras en la actualidad inútiles, y por el contrario, los propietarios de «El Abundante», lejos de disminuir su patrimonio, se habían beneficiado con los trabajos de aprovechamiento en su día.

Décimocuarto. Que respecto al testamento mancomunado era de fecha 12 de julio de 1948 y no de 12 de junio como se dice en la demanda, esperando con curiosidad para ver por virtud de qué razonamientos se había demandado, a título de herederos, a los siete hijos del matrimonio, así como la señora viuda de don Cándido Martínez Villar.

Décimoquinto. Que los hijos del matrimonio Martínez Alconchel no habían podido aceptar herencia alguna que no les había sido deferida. Alegó los fundamentos de Derecho que estimó de aplicación, terminando por suplicar se dictara sentencia por la que se absolviera a sus representados de la demanda y condenando a la parte actora al pago de las costas:

RESULTANDO que en trámite de réplica y dúplica, las partes litigantes mantuvieron los hechos y fundamentos de Derecho de sus escritos respectivos de demanda y contestación, suplicando se dictara sentencia de conformidad con cuanto ya tenían solicitado:

RESULTANDO que recibido el juicio a prueba se practicaron: a instancia de la parte actora, las de confesión judicial, documental, reconocimiento judicial, pericial y testifical; y a solicitud de la parte demandada, las de confesión en juicio y documental:

RESULTANDO que unidas a los autos las pruebas practicadas y evacuado por las partes personadas el traslado de conclusiones, el Juez de Primera Instancia de Teruel, con jurisdicción prorrogada al de igual clase de Allaga, dictó sentencia con fecha 29 de marzo de 1954 por la que, estimando en parte la demanda, condenó a don Víctor Martínez Alconchel a indemnizar a la actora los daños y perjuicios causados en la mina «El Abundante», por intrusión de labores de la mina «Lucero», tanto la extracción de mineral como por las labores realizadas, cuya cuantía con respecto a estos dos extremos se fijaría en ejecución de sentencia; y absolviendo libremente de todos los pedimentos de la demanda a los demás demandados; sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes:

RESULTANDO que apelada dicha sentencia por la representación de la parte actora y del demandado don Víctor Martínez Alconchel, cuyo recurso les fué admitido en ambos efectos, y tramitada la alzada, se alegó por este último ya excepción de falta de personalidad de la entidad actora, y recibidos los autos a prueba, nuevamente, en la segunda instancia, se practicó a instancia del demandado apelante referido el documental, consistente en testimonio del acta de la Junta extraordinaria del libro correspondiente de la entidad actora, fecha 19 ó 20 de diciembre de 1953, que no pudo librarse por aparecer que no llegó a celebrarse la tal Junta general convocada, pasando-se sin solución de continuidad del acta de la Junta general ordinaria de 24 de mayo de 1953 a la de igual clase de 24 de mayo de 1954, en cuya última se consignó que el Presidente dió cuenta de la no celebración de aquella anunciada Junta general extraordinaria, de 19 de diciembre de 1953, y observándose por dicha última acta transcurrida en el libro de referencia, así como las inmediatas anteriores, aparecían firmadas solamente por el Secretario, sin haber firma alguna bajo la antefirma del Visto Bueno del Presidente. Y otra certificación del Registrador Mercantil de esta capital, de la que aparecía que al folio 158 del tomo 12 del Libro de Sociedades obraba la inscripción primera y única de la hoja núme-

ro 624, en que se transcribe la escritura de fecha 18 de agosto de 1891, constituyendo la Sociedad Anónima «Carbonífera de Utrillas», con domicilio en esta capital, por término de cinco años, prorrogables por los otros cinco, mediante acuerdo de la Junta General, que en caso de disolución determinará el modo de hacer la liquidación. Practicándose, asimismo, confesión judicial del Presidente del Consejo de Administración de la Sociedad actora, el cual absolvió, bajo juramento indecisorio, las posiciones formuladas, y entre las que figuraban; que durante los diez años que como máximo de vida de aquella, no se celebró la Junta general prevista para la prórroga, ni se otorgó escritura pública, ni se inscribió en el Registro, ni se satisfizo el impuesto de Derechos Reales por la prórroga; que no recordaba se hubiera acordado el cambio de domicilio social, ni se hubiera procedido a la inscripción de nuevos Estatutos adaptados a la Ley de 17 de julio de 1951; que ignoraba se hubiese celebrado la Junta general que para disolución de la Compañía se convocó para diciembre de 1953:

RESULTANDO que practicada referida prueba y señalado día para la vista, se dictó sentencia por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, con fecha 16 de noviembre de 1956, por la que, revocando íntegramente la apelada, estimó la falta de personalidad de la parte demandante, alegada por su contraparte, sin haber lugar a entrar en el examen del fondo de la cuestión debatida, y sin hacer especial condena de costas en ninguna de las instancias:

RESULTANDO que sin constituir depósito, por no ser conformes las sentencias de los Tribunales de instancia, el procurador don Adolfo Morales Vilanova, a nombre de «Carbonífera de Utrilla, Sociedad Anónima», ha interpuesto ante esta Sala, contra la sentencia de la Audiencia, recurso de casación por infracción de Ley, alegando sustancialmente los siguientes motivos:

Primero. Amparado en el número segundo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consistente en la incongruencia terminante del fallo de la Audiencia, con las pretensiones «oportunamente» deducidas por los demandantes; que se discutía en los autos una acción en reclamación de resarcimiento de los daños y perjuicio causados por la intrusión de una mina, desde las labores de la contigua, y lo que se ha pedido, por una parte, había sido categóricamente el indicado resarcimiento; lo que se ha pedido por la demandada ha sido la absolución de aquel pedimento, pero esto en razón pura y exclusivamente de la inexistencia de los supuestos de hecho y de Derecho relativos a la concreta acción ejercitada, a virtud de una actitud de objeción al fondo del asunto; lo que la Sala resolvía era declarar la falta de personalidad del actor; que ni en la contestación a la demanda, ni en momento alguno de la primera instancia se planteó excepción alguna de falta de personalidad del actor; cualquier pretensión de esta naturaleza hubiera tenido su «oportunitad» procesal; la falta de personalidad del actor habría de haberse propuesto como excepción dilatoria dentro de los seis días, contados desde el siguiente a la notificación de la providencia en que se manda contestar a la demanda —artículo quinientos treinta y cinco de la Ley Rituaria—; en lo que no se propusiera como excepción dilatoria, había de plantearse en la contestación a la demanda y sólo en ella, como disponía el artículo quinientos cuarenta y dos, en relación con el quinientos treinta y seis; la consecuencia de no hacerlo era que no solamente se pierde la «oportunitad» procesal de proponer dichas excepciones, sino que, conforme tiene sentado la jurisprudencia de esta Sala, la contestación a la demanda sin formular aquéllas; tiene el valor de un reconocimiento de la personalidad (sentencia de 10 y 13 de octubre de 1879, 29 de

noviembre de 1888, 22 de noviembre de 1902, 12 de abril de 1913, 17 de mayo de 1934 y 9 de octubre del mismo año, cuando la Audiencia plantea y resuelve como primera cuestión, preclusiva, una cuestión de falta de personalidad de la Sociedad actora, falla sobre lo que no puede fallar, porque aquella no era cuestión, ni pretensión planteada oportunamente por el demandado y, por tanto, el fallo se da en plena incongruencia con las pretensiones, «oportunamente» deducidas por las partes, contrariamente al artículo trescientos cincuenta y nueve y los demás citados y debía ser anulado; invocando a continuación el recurso la doctrina de las sentencias de este Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1942, 21 de diciembre de 1951 y 26 de febrero de 1952.

Segundo. Al amparo del número primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y consistente en la interpretación errónea por el fallo recurrido, de los artículos diecisiete, doscientos veintiuno, doscientos veintitrés y doscientos veintiséis del Código de Comercio, ciento once y ciento doce del Reglamento del Registro Mercantil, unida a la falta de la debida aplicación del principio legal de la continuación de la personalidad jurídica de las Sociedades, en su período liquidatorio, que se contiene en los artículos doscientos veintiocho y doscientos treinta y ocho, ambos inclusive, del Código de Comercio, en relación con los doscientos veintisiete y doscientos treinta al doscientos treinta y siete, que recogió y confirmó plenamente la jurisprudencia de este Tribunal Supremo, de un modo notorio en las sentencias de 12 de octubre de 1888, 10 de noviembre de 1890, 23 de junio de 1926, 1 de abril de 1931, 5 de octubre de 1934, 16 de junio de 1935, 28 de febrero de 1936, 2 de enero de 1940, 21 de mayo de 1941, 26 de mayo de 1942, 2 de octubre de 1942, 14 de febrero de 1945 y resolución de la Dirección General de los Registros de 9 de febrero de 1943, y que ha venido a confirmar plenamente en términos inequívocos la ley vigente de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, en sus artículos ciento cincuenta y cuatro, ciento cincuenta y seis, ciento cincuenta y ocho y ciento sesenta; que el texto de los artículos doscientos veintiuno, doscientos veintitrés y doscientos veintiséis, del Código de Comercio, y de los ciento once y ciento doce del Reglamento del Registro Mercantil, de ningún modo se deduce que llega una causa de disolución y, entre ellas, la extinción del plazo porque se constituyó una sociedad, queda la personalidad de ésta totalmente extinta; por el contrario, del contenido de los artículos doscientos veintisiete, doscientos veintiocho y doscientos treinta al doscientos treinta y ocho, ambos inclusive, del Código de Comercio, bien se ve que la existencia de aquella causa de disolución, aunque sea de las que operan sin necesidad de declaración especial como el transcurso del plazo de duración de la Sociedad, lo que suponía era la apertura del período liquidatorio; durante él, la Sociedad conserva su personalidad jurídica, si bien éste no tiene mas posible actividad que la propia de ese período liquidatorio o sea, como dice el artículo doscientos veintiocho, no aplicado en este caso, la de percibir créditos de la Compañía, la extinción de las obligaciones contraídas de antemano y la realización de las operaciones pendientes; para este fin, los administradores en tanto que liquidadores actuarán según sus facultades, y siguiera subsistiendo conforme al artículo doscientos treinta y ocho la actividad de la Junta general, que siempre podrá acordar lo que convenga al interés común; que la doctrina contenida en las sentencias que se han citado declara y confirma las consecuencias expuestas del contexto de todos los artículos del Código de Comercio invoca-

dos y, en especial, de los artículos doscientos veintiocho al doscientos treinta y ocho, y por no reiterar desmesuradamente declaraciones del mismo contenido reproduciendo tan sólo los términos literales de la fecha de 28 de febrero de 1936, por identificación con tal doctrina, a saber: «... y la doctrina científica y la Jurisprudencia llevan inequívocamente a la conclusión de que la personalidad jurídica de las Sociedades mercantiles subsisten durante el período de liquidación de las mismas, si bien su ámbito quede limitado a la realización de las operaciones pendientes»; por tanto, aunque la sociedad actora se constituyó y se inscribió en el Registro Mercantil en el año 1891, siendo su término de duración de cinco años prorrogables, pero sin que aparezca inscripción de prórroga, no quedó como pretende dicho fallo recurrido, «disuelta de pleno derecho y desvanecida la personalidad de la misma con caracteres que hacen insubsanable su incapacidad de comparecer», sino que sus administradores, conforme al artículo doscientos treinta y ocho del Código de Comercio, en función de liquidadores, debieron actuar para reclamar los créditos por obligaciones existentes a su favor; añadiendo que las disposiciones de la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, vigente, desde el año 1953, conducirían al mismo resultado y, en este caso, en cuanto sean aplicables desde 1953, han sido igualmente infringidas por inaplicación, debiendo citar a tal respecto el artículo ciento cincuenta y cuatro, ya aludido, conforme al cual la Sociedad disuelta conservara su personalidad jurídica, mientras la liquidación se realiza; el artículo ciento sesenta, que considera como objeto propio de la actividad liquidatoria en su número cinco, la percepción de créditos, y los artículos 156 y 158, que proclaman la pervivencia de las facultades de la Junta para acordar cuanto convenga al interés común. Por consiguiente, por el transcurso del plazo de cinco años previstos en la escritura de fundación de la recurrente, ésta entró en período liquidatorio, pero no perdió su personalidad jurídica, ni la facultad de ejercitar las acciones por los daños y perjuicios que se le causaran, pues antes, al contrario, esto es propio de una etapa liquidatoria lo mismo si los daños y perjuicios se causan antes de iniciarse la liquidación, que en el curso del período liquidatorio.

Tercero. Amparado en el número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consistente en la infracción por no haber sido aplicados el artículo 38 de la Ley de Minas de 1944 y la doctrina de la Jurisprudencia sobre la necesidad de reparar el enriquecimiento indebido, y en perjuicio de tercero, que se contiene, entre otras, en las sentencias de 29 de abril de 1847 y 7 y 6 de junio de 1951; alegando que dada la improcedencia de la declaración de la falta de personalidad de la actora, declarada por la Sala de la Audiencia, no existiendo otra declaración de hecho del Tribunal de Segunda Instancia, sobre el fondo del asunto, habían de surtir toda su eficacia, y puesto que en ellas se afirma la existencia de daños y perjuicios causados por don Víctor Martínez Alconchel, como explotador de la mina «Lucero», en la mina «El Abundante» de la recurrente, conforme al artículo y a la doctrina invocados, debía mantenerse la condena al resarcimiento de los daños y perjuicios que el Juzgado falló por ser aquéllos de inequívoca aplicación.

VISTO, siendo Ponente el Magistrado don Manuel Taboada Noca.

CONSIDERANDO que el recurrente, en el primer motivo de su recurso, formulado en el número segundo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, atribuye a la sentencia recurrida, incongruencia de las pretensiones oportunamente deducidas por los demandantes,

que a su juicio comete, porque los actores ejercitaban una acción de resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la intrusión de una mina desde las labores de la contigua, contra cuya pretensión la demandada solicitó solamente su absolución, pero en razón pura y exclusivamente a la inexistencia de los supuestos de hecho y derecho relativos, a la concreta acción ejercitada, sin plantear excepción alguna de falta de personalidad, y, en cambio, la Sala, sin tener en cuenta que esa excepción quedaba, por tanto, fuera del debate—pues venía a estar reconocida tal personalidad al no haber sido impugnada de adverso—, resuelve sobre ella decidiendo un punto sobre el que no podía fallar, con lo cual comete una incongruencia.

CONSIDERANDO que para resolver debidamente esta cuestión se hace necesario determinar previamente cuáles fueron las pretensiones deducidas por la Entidad demandante y cuáles los motivos de oposición a ellos que formularon los demandados, que son las alegaciones que delimitan y concretan el objeto del debate, sobre las que el órgano jurisdiccional ha de decidir.

CONSIDERANDO que en la demanda originaria de este recurso la Entidad demandante «Carbonífera de Utrillas, Sociedad Anónima» claramente manifiesta que ejercita una «reclamación de resarcimiento por intrusiones»—fundamento de derecho V—, y que la petición de la demanda es la condena a indemnizar daños y perjuicios dimanantes de la intrusión realizada por la mina «Lucero» en la mina «El Abundante»; y para que no hubiera duda sobre cuál era el objeto de su pretensión, en el petitum, solicita que se condene a don Víctor Martínez Alconchel y, subsidiariamente, a los otros demandados, a indemnizar a la Sociedad demandante los daños y perjuicios causados en la mina «El Abundante» por apropiación de mineral e intrusión de labores desde la mina Lucero, fijando el Juzgado las bases para la evaluación de daños y perjuicios, y correspondiente indemnización que pueda apreciar como resultado de la prueba.

CONSIDERANDO que frente a estas pretensiones de la Entidad demandante, los demandados se concretaron a alegar que ellos se habían limitado a realizar las labores de aprovechamiento de sus concesiones, con arreglo a los planos de demarcación que les había facilitado la Jefatura de Minas de la provincia de Teruel, y que cuando se comprobó ese error por dicho Organismo ya no volvieron a realizar trabajos fuera del nuevo perímetro, por todo lo cual ellos no podían responder de unos errores completamente ajenos, que, además, no le reportaron beneficio alguno, por lo cual terminaban solicitando su absolución.

CONSIDERANDO que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Aliaga, estimando demostrada la intrusión de las labores de la mina «Lucero» en la mina «El Abundante», que acreditaba la certificación del señor Ingeniero Jefe del Distrito Minero de la provincia, condenó a don Víctor Martínez Alconchel a que indemnizara al actor de los daños y perjuicios causados en la mina «El Abundante» por intrusión de labores de la mina «Lucero», tanto por la extracción del mineral como por las labores realizadas, cuya cuantía con respecto a estos dos extremos se fijara en ejecución de sentencia, absolviendo a los demás demandados de todos los pedimentos de la demanda.

CONSIDERANDO que, en cambio, la sentencia de la Audiencia, partiendo de que la práctica de la prueba en la segunda instancia puso de relieve un hecho relativo a una personalidad de la parte actora, que antes no podía haberse deducido, y que consistía en que no tenía existencia legal al tiempo de ejercitar la demanda, porque su constitución se ha-

bia inscrito en el Registro Mercantil con un término de duración de cinco años prorrogables por otros cinco, y tal prórroga no constaba inscrita, terminó declarando en su parte dispositiva que se estimaba la falta de personalidad de la parte demandante alegada por su contraparte —sic—, sin que haya lugar a penetrar en el examen y resolución del fondo de la cuestión litigiosa.

CONSIDERANDO que aunque el recurso de apelación, en algunos sistemas legislativos, se configura como un novum iudicium, o una novación del proceso primitivo anterior, en el nuestro no se concibe de esa manera, sino como una revisión del proceso de primera instancia, que tiene por finalidad comprobar la exactitud o inexactitud de los resultados obtenidos en el proceso originario, examinando íntegramente la cuestión litigiosa, y deduciéndole generalmente sobre la base del mismo material instructivo, por eso el Tribunal «ad quem» tiene que decidir sobre la base de las alegaciones y pruebas practicadas en primera instancia, y sólo excepcionalmente sobre hechos que eran desconocidos, se conocieron posteriormente, o cuyas pruebas no pudieron practicarse—artículo 868 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, pero sin que puedan incluirse en la apelación, extremos no decididos en la primera instancia, sobre los que no se pronunció la sentencia apelada.

CONSIDERANDO que la causa jurídica de toda sentencia, estriba principalmente en la pretensión que trata de satisfacer, delimitada por la oposición del demandado; de donde se infiere que la sentencia ha de guardar perfecta conformidad o relación con la pretensión y la oposición procesal en cuanto delimita y que cuando no la guarda, adolece del vicio que la legislación española y la doctrina legal denominan incongruencia, bien porque el fallo contenga más de lo pedido, bien porque otorgue menos de lo solicitado, o bien porque contenga algo distinto de lo pedido por las partes «ne cui inquit extra petita partium».

CONSIDERANDO que este último vicio, llamado de incongruencia mixta por la doctrina científica, es el que puede denunciarse al amparo del número segundo del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando el órgano jurisdiccional falla sobre algún extremo que no ha sido solicitado por las partes; y esto fue lo que ocurrió en el caso de autos, en el cual la parte demandada no alegó falta de personalidad en la Entidad actora, sino que se la reconoció tacitamente al no impugnarsela—sentencias de 12 de abril de 1913 y 17 de mayo de 1934—, y, sin embargo, la Sala sentenciadora estimó que por haber solicitado práctica de prueba tendente a demostrar la disolución de tal Entidad, se entendía alegada esa falta de personalidad que acoge en su fallo, olvidando que quien tiene reconocida la personalidad de su contraparte no puede impugnarla, ni desconocerla después, y, además, que la más elemental diligencia del que se ve demandado por una persona jurídica exige que se cerciore de su existencia legal, comprobando su realidad jurídica en el Registro Mercantil, ya que sin constitución en escritura pública e inscripción en dicho Registro, no surge a la vida, respecto a terceros la Entidad mercantil, y que aquello que consta en el Registro es público para éstos.

CONSIDERANDO que es doctrina reiterada de esta Sala que los Tribunales no puedan fundar sus resoluciones en hechos que no han sido objeto de alegación ni de prueba, y que, por lo tanto, no han podido ser motivo de discusión entre las partes, careciendo el Juzgado de facultades para proceder de oficio, desestimando acciones o excepciones que las partes no han querido someter a su discusión—sentencias de 26 de febrero de 1947, 24 de marzo de 1948, 20 de octubre de 1949 y 15 de abril de 1955.

CONSIDERANDO que la estimación de este primer motivo del recurso, al llevar consigo la casación de la sentencia recurrida en toda su integridad, hace innecesario el examen de los demás motivos de impugnación de dicha sentencia.

Fallamos: Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto y formalizado por la Entidad «Carbonífera de Utrillas, Sociedad Anónima», contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza el día 16 de noviembre de 1956, en los autos por aquélla promovidos, contra don Víctor Martínez Alconchel y otros, sobre reclamación de daños y perjuicios, por el primero de los motivos de dicho recurso; y, en su consecuencia, que debemos casar y casamos y anulamos la referida sentencia, sin hacer declaración sobre las costas del recurso; y librese a la mencionada 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.—Juan Serrada.—Francisco Bonet.—Obdulio Siboni.—Mariano Gimeno.—Manuel Taboada Roca.—Rubricados.

Publicación.—Leída y publicada fué la anterior sentencia por el excelentísimo señor don Manuel Taboada Roca, 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, 6 de julio de 1961.—Rafael G. Besada (rubricado).

SALA TERCERA

Relación de los pleitos incoados ante las Salas de lo Contencioso-administrativo

Pleito número 9.596. Secretaría del señor Llaguno.—Doña Rafaela López y otros contra acuerdo expedido por el Ministerio de Hacienda en 24 de julio de 1962, sobre utilidades e impuestos sobre Sociedades.

Pleito número 9.674. Secretaría del señor García Calle.—Don Agustín Purciolas Soriguera contra fallo expedido por el Ministerio de Hacienda (T. S. C. y D.) en 11 de julio de 1962, sobre multa de 190.782.

Pleito número 9.639. Secretaría del señor García Calle.—Don José Mendoza Pérez, Gerente de la Razón Social «Los Encajeros», contra fallo expedido por el Ministerio de Hacienda (T. S. C. y D.) en 13 de julio de 1962.

Pleito número 9.652. Secretaría del señor García Calle.—Don Gabriel García Fernández contra resolución expedida por el Ministerio de Hacienda en 27 de diciembre de 1962.

Pleito número 9.372. Secretaría del señor García Calle.—Don Enrique Fernández Louza contra fallo expedido por el Ministerio de Hacienda (T. S. C. y D.) en 12 de junio de 1962.

Lo que en cumplimiento del artículo 61 de la ley de esta jurisdicción, se anuncia al público.

Madrid, 23 de octubre de 1962.—El Secretario-Decano (ilegible).—5.553.

Pleito número 9.220-962. Secretaría del señor Llaguno.—Sociedad Mercantil «Panadería Porfirio, S. L.», contra acuerdo expedido por el Fiscal Superior de Tasas en 24 de mayo de 1962, sobre multa expediente 41.938, de la provincia de La Coruña, y 177.078.

Pleito número 9.642. Secretaría del señor Llaguno.—Don Erich Heidepriem Unagné contra fallo expedido por el Tribunal Supremo de Contrabando en 13 de julio de 1962, sobre multa.

Pleito número 9.625. Secretaría del señor Llaguno.—Don José Valls y Valls contra fallo expedido por el Ministerio de Hacienda (T. S. y C.), en 13 de julio de 1962, sobre contrabando de máquinas calculadoras.

Pleito número 9.654. Secretaría del señor Llaguno.—Don Ramón Pambo Seoane contra resolución expedida por el Ministerio de Obras Públicas, que confirmó por la tática la también denegación presentada de la Dirección General de Ferrocarriles, Tranvías y Transportes por Carretera de la autorización para realizar servicio público de viajeros en Corme, para concurrir a los de Carbayo, Lefloyo, Puentececo, Cabana, Bayo y Santa Comba.

Pleito número 8.394. Secretaría del señor Llaguno.—«Explotaciones Garitorenza, S. A.», contra acuerdo expedido por el Ministerio de Hacienda (T. E. A. C.), en 30 de marzo de 1962, sobre liquidación por el concepto de Aduanas.

Lo que en cumplimiento del artículo 61 de la ley de esta jurisdicción se anuncia al público.

Madrid, 16 de octubre de 1962.—El Secretario-Decano (ilegible).—5.551.

Pleito número 9.664. Secretaría del señor Llaguno.—«Montajes y Electrificaciones, S. N.», contra Orden expedida por el Ministerio de Obras Públicas en 24 de septiembre de 1962, que denegó reposición interpuesta contra la de 9 de julio anterior, que aprobó los pliegos de bases de la subasta por las obras del «Proyecto del Canal de Atazar», Sección II, Torrelaguna-Golosón.

Pleito número 9.538. Secretaría del señor Llaguno.—Don Salvador González Arcos y otros contra fallo expedido por el Ministerio de Hacienda (T. S. C. y D.) en 13 de julio de 1962, sobre aprehensión de un automóvil.

Pleito número 9.668. Secretaría del señor Llaguno.—Sociedad Aguas de Argentina a Mataró, S. A., contra resolución expedida por el Ministerio de Obras Públicas en 8 de diciembre de 1961, sobre Orden de 6 de agosto de 1962 (expediente 3.602), sobre concesión de un aprovechamiento de aguas subterráneas con destino a las poblaciones de Argentina y Mataró.

Pleito número 9.122. Secretaría del señor Llaguno.—Doña María Rosa Codina Margarit contra acuerdo expedido por el Ministerio de Hacienda (T. E. A. C.) en 16 de enero de 1962, sobre impuesto industrial, ejercicio 1958.

Pleito número 9.554. Secretaría del señor Llaguno.—Don Lorenzo Frados Rivera contra fallo expedido por el Ministerio de Hacienda (T. S. C. y D.), sobre pronunciamiento en expediente 74-62 y 804-61.

Lo que en cumplimiento del artículo 61 de la ley de esta jurisdicción, se anuncia al público.

Madrid, 20 de octubre de 1962.—El Secretario-Decano (ilegible).—5.552.

SALA CUARTA

Relación de los pleitos incoados ante las Salas de lo Contencioso-administrativo

Pleito número 9.603.—Don Antonio Pérez Díaz contra resolución expedida por Ministerio de la Gobernación en 7 de octubre de 1962, sobre multa de 3.500 pesetas por tráfico ilegal de leche.

Pleito número 9.512.—Ayuntamiento de Consuegra contra resolución expedida por el Ministerio de Agricultura en 25 de junio de 1962, sobre obligación de efectuar anualmente aportaciones para incremento del Pósito Agrícola.

Pleito número 8.995.—«Alter, Sociedad Anónima», contra resolución expedida por

el Ministerio de Industria en 17 de junio de 1961, sobre concesión nombre comercial número 38.616.

Pleito número 8.972.—«Alter, Sociedad Anónima», contra resolución expedida por el Ministerio de Industria sobre denegación de la marca 353.141.

Pleito número 9.444.—«Industrial Farmacéutica Cantabria, Sociedad Anónima», contra resolución expedida por el Ministerio de Industria en 16 de mayo de 1962, sobre denegación de la marca 371.198.

Lo que en cumplimiento del artículo 36 de la ley Orgánica de esta jurisdicción, se anuncia al público para el ejercicio de los derechos que en el referido artículo se mencionan.

Madrid, 22 de octubre de 1962.—El Secretario-Decano (ilegible).—5.556.

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION

CHANTADA

En este Juzgado se sustancia juicio universal sobre adjudicación de los bienes de doña Manuela Vila Soengas, hija de Antonio o Manuel Vila Soengas y de María Soengas, natural de Fontefría, San Mamed de Torre (Taboada), donde falleció, casada con Domingo Gómez Otero y sin dejar sucesión, el 11 de enero de 1934, con testamento otorgado en Taboada el 20 de marzo de 1925 ante el Notario de Monterroso don José Antonio Vázquez Miranda, en el que instituyó heredero universal usufructuario, vitaliciamente, a su esposo, fallecido, el cual pasaría los bienes, en usufructo vitalicio también, a su sobrino Gabino López Gómez, y en nuda propiedad, al hijo de éste, Domingo López Pérez, que a la sazón contaba seis años, y en quien se consolidaría el usufructo por fallecimiento del Gabino o si éste contrajese matrimonio, y si el Domingo fallecía antes de ser heredero o después sin sucesión legítima, pasarían todos los bienes, al fallecimiento del Gabino, a los parientes de la testadora más próximos en grado, dándose el derecho de representación en favor de los hijos de hermanos. Falleció Domingo Gómez Otero el 4 de diciembre de 1942 y Gabino López Gómez contrajo segundas nupcias el 16 de abril de 1929, falleciendo su de 1938, soltero y sin sucesión, reclamando ahora la herencia los promotores del juicio doña Agustina Soengas Rigueira, doña María, don Manuel y don David Castor Vázquez Soengas, como hijos de Francisco Soengas Saa, la primera, y de Vicenta Soengas Saa, los demás, primos carnales a su vez los Francisco y Vicenta de María Soengas Otero, madre de la causante, de cuya sucesión se trata.

Y se llama por el presente a los que se crean con derecho a los bienes para que comparezcan a deducirlo en el término de dos meses.

Chantada, 7 de septiembre de 1961.—El Secretario, Celestino Gesto.—8.363.

CORDOBA

El Juez de Primera Instancia número dos de Córdoba,

Hace saber: Que en este Juzgado se tramita expediente sobre declaración de fallecimiento de don Francisco Aljama Vargas, que nació el día 25 de octubre de 1912 en Montoro, hijo de Pedro y de Ana, de estado casado con doña María Pedregosa León, que en marzo de 1950 marchó a Francia, sin que desde entonces se hayan tenido noticias del mismo; lo que se hace público en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.042 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Dado en Córdoba a cuatro de septiembre de mil novecientos sesenta y dos.—El Juez (ilegible).—El Secretario (ilegible).—4.889 y 2.º 7-11-1962