

10 de noviembre de 1952.

JUICIO DE TERCERIA DE MEJOR DERECHO

- Tercería de mejor derecho.
 - La eficacia del título de tercerista hay que referirla al momento de la diligencia de embargo.
 - Preferencia de créditos entre sí.
 - Necesidad de la existencia del crédito al tiempo del embargo.
 - Concepto y finalidad del embargo.
 - Principio de seguridad jurídica.
 - Lealtad en la lucha por el Derecho.
 - Jurisprudencia que señala el momento de practicarse el embargo como determinante de la eficacia del título presentado por el tercerista.
-
- Deudor comerciante.
 - Preferencia de créditos establecida en la legislación mercantil con respecto a determinados bienes.
 - Carácter mercantil de las sociedades constituidas con arreglo al Código de comercio.
 - Son comerciantes a todos los efectos legales.

RECURSO DE CASACION

CONTRA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA DE ZARAGOZA,
EN JUICIO DE TERCERIA DE MEJOR DERECHO

A LA SALA

D. Antonio Górriz Marco, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de D. Antonio Hormigón Urzainqui, propietario, vecino de Zaragoza, representación que acredito con los poderes que acompaño para su inserción por copia y consiguiente devolución, recurrente en *recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal*, preparado por mi parte contra sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, en *juicio de tercería de mejor derecho* que D. Félix Ortiz Iribas promovió contra mi representado en el Juzgado de primera instancia número 3 de Zaragoza; *comparezco* en méritos de emplazamiento que fue hecho a mi parte para formalizar el recurso; y *digo*:

Que haciendo uso del referido derecho y con aportación de la certificación de las sentencias de ambas instancias, formalizo el recurso de casación que apoyo en los siguientes antecedentes y motivos.

ANTECEDENTES

Primero. D. Raimundo Almudí y Ponce de León, actuando como mandatario de D. Antonio Hormigón Urzainqui, promovió juicio ejecutivo, en el Juzgado de primera instancia número 3 de Zaragoza, contra la Sociedad mercantil «Empresa Truma, S. L.» por la cantidad de 181.500 pesetas de principal, intereses y costas.

Sirvió de *título de ejecución* una liquidación practicada en *documento privado*, cuyo saldo deudor por aquel importe fue reconocido por D. Juan José Trullen, como Gerente de dicha Compañía; y conjuntamente la *confesión* prestada por el mismo Gerente, en cuanto a la obligación, en diligencias preparatorias.

Se despachó ejecución por auto del Juzgado de 25 de noviembre de 1950; y fueron embargados, a la entidad ejecutada, los siguientes bienes:

«Los derechos y créditos que al ejecutado correspondan como contratista de las obras de cuarteles de la Guardia Civil de El Frasno, Alfajarín, Luna, Mosqueruela y Aragüés del Puerto, pendientes de cobro y que hayan de hacerse efectivos o liquidarse en certificaciones de obras, revisiones de precios, liquidaciones definitivas o cualesquiera otros conceptos.»

Este embargo contra «Empresa Truma, S. L.» y a favor de D. Antonio Hormigón tuvo lugar *en cinco de diciembre de mil novecientos cincuenta*.

Segundo. Después de que aquel embargo había tenido lugar, *en 27 de diciembre* de 1950, otro acreedor, D. Félix Ortiz Iribas, promovió contra la misma «Empresa Truma, S. L.» un juicio ejecutivo, por 200.710,30 pesetas, intereses y costas, ante el propio Juzgado número 3 de Zaragoza, sirviendo de título de ejecución unas *letras de cambio protestadas* por falta de pago.

Despachóse ejecución en *9 de enero de 1951* y, al día siguiente, *10 de enero*, se embargaron, a favor de D. Félix Ortiz, entre otros bienes, los mismos créditos y derechos por contratos de obras de «Empresa Truma, S. L.», reseñados en el antecedente primero, *y que ya habían sido embargados a favor de D. Antonio Hormigón en 5 de diciembre anterior*.

Tercero. A pesar de que el juicio ejecutivo promovido por D. Antonio Hormigón se inició antes que el entablado por D. Félix Ortiz, y no obstante que el primero logró embargo en 5 de diciembre, mientras que el segundo no lo obtuvo hasta 10 de enero de 1951, ello es que D. Félix Ortiz obtuvo *sentencia de remate* en 19 de enero de 1951, mientras que D. Antonio Hormigón sólo la logró en 10 de marzo de 1951.

Esta anomalía se produjo porque en el juicio ejecutivo de D. Félix Ortiz no se formuló oposición y en el de D. Antonio Hormigón *se intentó* formular oposición por el ejecutado, de acuerdo sin duda con otros acreedores, para retardar que se dictase sentencia de remate y dar tiempo a que esos otros acreedores la lograsen antes. Esa intentona quedó sin efecto cuando ya no interesaba mantener el retraso de la marcha de los autos.

De este modo tan poco ejemplar se originó un desfase entre los dos procesos ejecutivos, y así Ortiz adelantó a Hormigón en la fecha de su sentencia de remate, a pesar de que Hormigón se le había adelantado en el embargo.

Cuarto. D. Félix Ortiz Iribas, representado por el Procurador D. José Velasco Callizo, promovió juicio de *tercena de mejor derecho* contra D. Antonio Hormigón Urzainqui y contra la ejecutada «Empresa Truma, S. L.», y formuló sentencia contra ambos, que se admitió a trámite por providencia de 1 de marzo de 1951 del mismo Juzgado número 3 de Zaragoza, con la súplica de que se declare el mejor derecho del señor Ortiz a percibir del remate que se obtenga de los bienes embargados (en ambos juicios ejecutivos) preferencia sobre el crédito ejercitado por D. Antonio Hormigón en el juicio antes indicados.

Como título de referencia se esgrimía por el Sr. Ortiz la ejecutoria obtenida en su juicio ejecutivo, es decir, la sentencia de remate obtenida a su favor en 19 de enero de 1951, que ya era firme.

El demandado Sr. Hormigón se opuso a la demanda de tercería alegando, en primer término, que los preceptos de los artículos 1.924 y 1.929 del Código civil (sobre preferencia de los créditos que consten en sentencias firmes, por sus fechas) sólo son aplicables en el procedimiento *universal* de concurso; pero que aun en el supuesto de que la sentencia firme de remate a favor del tercerista sirviera para fundar sobre ella una

preferencia en un juicio *singular* de tercería de mejor derecho, esa preferencia quedaría desvirtuada ante el hecho de *ser el embargo del Sr. Hormigón de fecha anterior al embargo y a la sentencia de remate obtenidos por el tercerista*. A este propósito se invocaba la doctrina legal contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1926 y 24 de febrero de 1936, según las cuales el título en que funda su preferencia el tercerista ha de tener existencia *en el momento de ejecutarse el embargo*, que es cuando se realiza el acto contra el que reclama el tercerista.

Se centró, pues, la cuestión litigiosa en esos dos puntos: inoperancia del título esgrimido por el tercerista en relación con un juicio no concursal; ineficacia de la pretendida preferencia en relación con el momento del embargo causante de la tercería, anterior a la sentencia de remate que esgrimía el tercerista.

Quinto. El Juzgado de *primera instancia* número 3 de Zaragoza dictó sentencia en 24 de octubre de 1951 con el siguiente pronunciamiento:

«FALLO: Que desestimando la demanda presentada por D. Félix Ortiz Iribas, debo absolver y absuelvo a D. Antonio Hormigón Urzainqui y «Empresa Truma, S. L.», sin expresa imposición de costas.»

Fue fundamento de este fallo el siguiente considerando:

«Que no es aplicable al caso de autos la norma contenida en el artículo 1.294, 3.º, B, del Código civil, ni sus concordantes, porque, como ha expresado el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de octubre de 1927, "las tercerías de mejor derecho suscitadas en juicios ejecutivos seguidos contra comerciantes sólo pueden fundarse invocando la legislación mercantil y, dada la estructura de esta y la finalidad que persiguen los preceptos relativos al juicio universal de quiebra, no se concibe que dos acreedores puedan discutir en un juicio singular para establecer preferencias en el cobro de un crédito a espaldas de los demás, por lo que el camino a seguir no es el juicio singular de tercería, sino el universal de quiebra, con objeto de establecer la graduación que previenen los artículos 913 y 914 del Código de comercio, sin perjuicio ni pretensión de ningún acreedor"; no existe precepto alguno en la ley mercantil que conceda preferencia al crédito del demandante; en consecuencia, no es posible declarar el mejor derecho de D. Félix Ortiz Iribas a percibir el precio del remate que se obtenga de los bienes embargados a "Empresa Truma, S. L." respecto al crédito ejercitado por D. Antonio Hormigón Urzainqui.»

Sexto. Contra esa sentencia del Juzgado se interpuso por D. Félix Ortiz -el tercerista- *recurso de apelación* para ante la Sala de lo Civil de la *Audiencia Territorial* de Zaragoza. Por razones que no son del caso, no compareció en los autos de esa segunda instancia mi representado, D. Antonio Hormigón, parte apelada, hasta después de haberse celebrado la vista. La Sala dictó sentencia en 5 de julio de 1952, con el siguiente pronunciamiento:

«FALLAMOS: Que con revocación de la sentencia recaída en estos autos en primera instancia, debemos declarar y declaramos que el actor D. Félix Ortiz Iribas tiene mejor derecho que D. Antonio Hormigón Urzainqui de reintegrarse de su crédito con el remate de los derechos y créditos que a "Empresa Truma, S. L." corresponden como contratista de las obras de Cuarteles de la Guardia Civil de El Frasno, Alfajarín,

Luna, Mosqueruela y Aragüés del Puerto, pendiente de cobro y que hayan de hacerse efectivas o liquidarse en certificaciones de obras, revisiones de precios, liquidaciones definitivas o cualesquiera otros conceptos; lo que fue objeto de embargo por ambos acreedores; no haciendo especial pronunciamiento sobre las costas causadas en ambas instancias. A su tiempo, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de esta resolución a sus debidos efectos.»

Esta sentencia se funda en los considerandos siguientes:

«CONSIDERANDO que el problema a resolver en este recurso se contrae a determinar entre dos ejecutantes, uno de los cuales, no obstante ser el último que demandaba, fue el primero en obtener sentencia de remate, cuál de ellos tiene preferente derecho a cobrar un crédito del importe de bienes embargados por ambos.

CONSIDERANDO que, no siendo los créditos de uno y otro ejecutante especialmente privilegiados y constando por sentencia firme, la preferencia de los créditos de referencia la determina el orden de antigüedad de las fechas de las sentencias, con arreglo al número 3, apartado B, del artículo 1.924 del Código civil y a lo declarado por el Tribunal Supremo, entre otras, en sentencias de 29 de abril de 1911, 28 de enero de 1914 y 17 de enero de 1929; sin que pueda estimarse la alegación del demandado Sr. Hormigón de no ser aplicable el artículo invocado fuera del procedimiento universal de concurso, puesto que el Tribunal Supremo, ya en sentencias de 23 de noviembre y 12 de diciembre de 1895, declaró que también es aplicable a los juicios de tercería de mejor derecho; sin que tampoco pueda aceptarse la tesis sustentada en la sentencia recurrida, basada en la del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1927, de no ser aplicable dicho precepto legal a casos como el presente, porque en juicios ejecutivos seguidos contra comerciantes las tercerías de mejor derecho sólo pueden fundarse invocando la regulación mercantil, pues es el caso que no resulta de los autos la cualidad de comerciante de "Empresa Truma, S. L.", a la que por uno y otro ejecutante fueron embargados los derechos y créditos que le corresponden como contratista de las obras de Cuarteles de la Guardia Civil de El Frasno, Alfajarín, Luna, Mosqueruela y Aragüés del Puerto, pendientes de cobro y que hayan de hacerse efectivos o liquidarse en certificaciones de obras, revisiones de precios, liquidaciones definitivas o cualesquiera otros conceptos; no pudiendo tampoco objetarse que no son juicios declarativos los seguidos contra un deudor común, sino ejecutivos y, por tanto, son sentencias de remate las recaídas en los mismos, ya que el Tribunal Supremo declaró, entre otras en sentencias de 11 de mayo de 1894, 12 de octubre y 23 de diciembre de 1897 y 21 de noviembre de 1917, que para los efectos del artículo citado es sentencia firme la de remate. Sobre la base de lo expuesto y teniendo en cuenta que en el juicio ejecutivo promovido por el tercerista recayó sentencia con fecha 19 de enero de 1951, que adquirió el carácter de firme el 30 del mismo mes y que en el juicio ejecutivo promovido por el Sr. Hormigón no recayó sentencia hasta el 10 de marzo siguiente, adquiriendo firmeza el 26 del mismo mes, es forzoso declarar que el tercerista tiene preferente derecho a cobrar del remate de los bienes embargados de que se ha hecho mención, sin que pueda objetarse que el Sr. Hormigón fue el primero en demandar y embargar, pues ni el citado artículo ni la Jurisprudencia invocada tienen en cuenta las fechas de las demandas, ni las de los embargos, sino exclusivamente las de las sentencias.

CONSIDERANDO que de lo dicho se infiere la procedencia de revocar la sentencia recurrida desestimatoria de la demanda y, en su lugar, dictar otra estimándola y declarando en consecuencia el mejor derecho del actor, D. Félix Ortiz Iribas, a percibir del remate de los bienes embargados el reintegro de su crédito sobre el otro acreedor, Sr. Hormigón; no habiendo méritos para hacer especial pronunciamiento sobre costas.»

Séptimo. Esta sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial, de 5 de julio de 1952, fue notificada al siguiente día hábil, o sea, el 7 del mismo mes. Y en escrito presentado en 16 de julio de 1952, la representación de D. Antonio Hormigón preparó *recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal* contra la misma, solicitando entrega de certificación. Por auto de la Sala de la Audiencia, de 19 de julio de 1952, se acordó expedir la certificación y emplazar a las partes. Y en *25 de septiembre de 1952* se emplazó a las partes por termino de cuarenta días para ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, entregándose a la mía (a quien representaba el Procurador Sr. Romeo) la certificación literal de las sentencias de ambas instancias que apporto con este escrito.

Y ahora, dentro de término, dando cumplimiento a los preceptos legales pertinentes, señaladamente a los artículos 1.716, 1.718 y 1.720 de la Ley de Enjuiciamiento civil, formalizamos el recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal, que apoyamos en los siguientes

MOTIVOS DE CASACION

MOTIVO PRIMERO

Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Infracción de ley y de doctrina legal, por interpretación errónea y aplicación indebida del artículo 1.924 del Código civil en su apartado 3.º, párrafo B, y en su párrafo último, y del artículo 1.929 del mismo Código, y por violación de la doctrina legal que se contiene en las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1926 y 24 de febrero de 1936, sobre relevancia del momento del embargo para determinar la eficacia del título en las tercerías.

En efecto, el fallo recurrido, dictado en juicio de tercería de mejor derecho, declara este mejor derecho del tercerista sobre el ejecutante en un juicio ejecutivo, atribuyendo para ello validez y eficacia, como título en que se apoya dicha preferencia, a una sentencia de remate obtenida a su favor por el tercerista con fecha posterior a la del embargo en que se supone obstaculizada la preferencia, fundándose en que la sentencia de remate dictada a favor del primer embargante es de fecha posterior a la sentencia del tercerista. Con esto se conculca la norma que rige en materia de tercería, según la cual es al momento del embargo al que hay que referir la eficacia del título del tercerista, comprobando si en ese comento tenía el tercerista título válido y eficaz para ostentar un derecho preferente sobre el del ejecutante.

Esa conculcación de la norma infringe los preceptos legales citados y la doctrina legal indicada, en los siguientes modos: aplicación indebida de la ley, interpretación errónea de la ley, violación de la doctrina legal.

I.- APLICACION INDEBIDA DE LA LEY

Es cierto que el artículo 1.924 del Código civil preceptúa que con respecto a los demás bienes muebles e inmuebles del deudor (no comprendidos en los artículos anteriores) gozan de preferencia: ... 3.º Los créditos que sin privilegio especial consten: ... B. Por sentencia firme, si hubiesen sido objeto de litigio.

Es también cierto que el último párrafo del citado artículo 1.924 dispone que estos créditos tendrán preferencia entre sí por el orden de antigüedad de las fechas de las escrituras y de las sentencias.

Y es también indudable que el artículo 1.929 del Código civil señala que los créditos que no gocen de preferencia con relación a determinados bienes se satisfarán conforme a las reglas siguientes: 1.º Por el orden establecido en el artículo 1.124. 2.º Los preferentes por fechas, por el orden de estas, y los que la tuviesen común, a prorrata.

Pero la aplicación de estos preceptos, en los juicios de tercería de mejor derecho, requiere un supuesto de hecho que no se da en nuestro caso, a saber: que el título de crédito en que se funda la preferencia tenga realidad, tenga existencia, en el instante en que se produce el ejercicio del derecho de otro acreedor sobre los mismos bienes, o sea, cuando se ejecuta el embargo. Es entonces cuando entra en juego la norma legal de preferencia de créditos o, si se quiere, de preferencia de títulos. El embargo realizado por un ejecutante sobre determinados bienes produce instantáneamente la consecuencia de *afectar*, de sujetar estos bienes al pago del crédito, instaurando una garantía a favor del acreedor que lo obtiene.

Como dice ROCA SASTRE, el embargo en si consiste en una diligencia que sujeta determinados bienes del deudor a la responsabilidad del pago de una deuda dineraria, cuya efectividad es perseguida judicialmente, con lo cual la responsabilidad general patrimonial del artículo 1.911 del Código civil se localiza o concreta en bienes determinados.

Al obtener un acreedor esta garantía real que es el embargo es cuando se produce el impacto en los derechos acaso preferentes que correspondan a otro acreedor sobre el patrimonio del deudor ejecutado; es, pues, entonces cuando ha de hallarse preconstituido, con plena validez y eficacia, ese título de preferencia, la sentencia, la escritura pública, lo que sea, que ha de servirle para oponer a aquel impacto el escudo protector de su preferencia.

Pero es contrario a la seguridad jurídica -precisamente en una materia imperada por principios de garantía, prioridad y demás valores jurídicos secundarios- el prescindir de ese momento relevante del embargo y permitir que cualquier título nacido a la vida del Derecho con posterioridad pueda hacer acto de presencia en el proceso de ejecución para anteponerse al crédito del acreedor que tuvo la diligencia de embargo primero.

Es, por consiguiente, el del fallo recurrido, un caso de *aplicación indebida* de unos preceptos legales -los citados- cuya actuación, cuya activación, está condicionada a esa circunstancia temporal de la preexistencia del título del tercerista en el momento

del embargo. Y sin que concurra esa circunstancia, es obvio que falta el supuesto de aplicación de la norma legal, por lo que la sentencia que la aplica incide en el denunciado vicio o motivo de casación: infracción de ley por aplicación indebida.

II.-INTERPRETACION ERRONEA DE LA LEY, CON VIOLACION DE LA DOCTRINA LEGAL EN QUE SE INTERPRETA CORRECTAMENTE DICHA LEY

Desarrollamos este extremo dentro del mismo motivo de casación por la indudable conexión que guarda con el extremo que antecede.

El fallo recurrido se apoya en una interpretación errónea de los preceptos legales citados. Esa interpretación errónea consiste en *absolutizar* la norma, es decir, en prescindir de circunstancias de fechas que condicionan el sentido del precepto legal. Esa interpretación errónea se concreta en este inciso final del «considerando» segundo de la sentencia recurrida:

«... sin que pueda objetarse que el Sr. Hormigón fue el primero en demandar y embargar, pues ni aquel citado artículo (el 1.924), ni la jurisprudencia invocada tienen en cuenta las fechas de las demandas, ni las de los embargos, sino exclusivamente las de las sentencias.»

Frente a esa errónea interpretación, que tiene en cuenta exclusivamente las fechas de las sentencias esgrimidas como títulos de crédito, y que no tiene en cuenta el momento del embargo, como relevante para apreciar una preferencia o para denegarla, oponemos una interpretación correcta, según la cual, *cuando tales preceptos legales* (arts. 1.924 y 1.929 del Código civil) *hayan de aplicarse en un juicio de tercería de mejor derecho, la apreciación de la preferencia de los títulos ha de referirse al momento en que se produce la colisión de derechos sobre el patrimonio del deudor, es decir, al momento del embargo de los bienes.*

Que ésta es la recta interpretación de los preceptos de los artículos 1.924 y 1.929 del Código civil se deduce, primeramente, de la necesidad de que haya un acto o un instante que sirva de punto de referencia para confrontar privilegios y preferencias sobre determinados bienes y sobre el patrimonio del deudor; lo contrario significaría la arbitrariedad, la inseguridad, de que antes hemos hablado. No es posible que en la mente del legislador haya habido la intención de dejar inseguro un extremo tan importante de preceptos que tienen por finalidad la seguridad, el orden, la prioridad de los derechos. Esta labilidad, esa fluidez de las preferencias de los créditos, pugna no ya con la perfección formal de la norma, sino con la finalidad intrínseca a la que con la norma se sirve.

Pero, en segundo lugar, no son sólo razones de seguridad las que imponen la correcta interpretación por la que abogamos; son también razones de justicia, poderosas razones de justicia, las que exigen que el título al que la ley atribuye la preferencia para el tercerista preexista con validez y eficacia en el momento del embargo. La interpretación acogida en el fallo recurrido -que prescinde de esa referencia de temporalidad- se presta a la inicua conducta de un deudor que, con posterioridad al embargo, pero antes de la venta de los bienes, se confabule con una tercera persona y le proporcione un título de preferencia, bien sea una escritura pública de reconocimiento

de deuda, bien una sentencia judicial en proceso tramitado sumariamente y sin oposición. Para ello basta con retardar la marcha del primer juicio ejecutivo, del que originó el embargo, lo cual se consigue de varias maneras, pero principalmente formulando oposición, aunque no pueda fundamentarse en ningún motivo legal, con lo que la sentencia de remate firme en este juicio ejecutivo podrá diferirse todo el tiempo que se invierta en una primera y en una segunda instancia, es decir, meses y aun años.

La apariencia de este amaño es lo que ocurrió en nuestro caso, en que «Empresa Truma, S. L.», en el juicio ejecutivo promovido contra ella por D. Antonio Hormigón, anunció que iba a formular oposición, para lo cual solicitó se le nombrara abogado y procurador de turno, con objeto de solicitar el beneficio de pobreza; y aunque después formalizó la oposición, como quiera que no inició el incidente de pobreza en el término que para ello se le concedió, se le tuvo por no comparecido, pero con todo esto paso el tiempo y dio lugar a que en el juicio ejecutivo de Ortiz, que se había iniciado con posterioridad y en el que no hubo oposición, se dictase sentencia de remate de fecha anterior a la que obtuvo Hormigón.

Sería aleccionador para la picaresca forense el que prevaleciera una interpretación de la ley que hiciera posible tan vituperables ardidés, poco consonantes con el juego limpio y la lealtad que debe presidir en la lucha por el derecho.

Dichosamente, la doctrina legal sentada por esa misma Sala de lo Civil a que tenemos el honor de dirigirnos ha acogido ya, con anterioridad, esta posición hermenéutica que propugnamos como justa y correcta. Por lo menos en dos sentencias, que fueron invocadas en el escrito de contestación de la primera instancia del juicio de tercería, el Tribunal Supremo viene refiriendo al momento del embargo la existencia del título preferente. Son las sentencias de 25 de noviembre de 1926 y de 24 de febrero de 1936.

En la primera de ellas, en la sentencia de 25 de noviembre de 1926, en los considerandos, se lee lo siguiente:

«Que en el juicio de tercería... la eficacia del título presentado por el tercerista ha de tener la preferente validez obstativa del derecho del acreedor embargante *en el momento de ejecutarse el embargo*, que es cuando se realiza el acto contra el que reclama el tercerista, y cualquier otro derecho, así de quien reclama la preferencia del dominio o del producto de lo embargado como de quien contradiga esta preferencia, sea el acreedor ejecutante o el ejecutado si le conviene coadyuvar a la acción del acreedor, siempre que se pretenda fundar en actos jurídicos que no tuviesen realidad en el momento de practicarse el embargo, como extraño al juicio de tercería, distinto y diferente de su contenido y naturaleza, se debe decidir fuera del mismo, por estar este legalmente limitado según derecho de procedimiento a lo que atañe al preferente derecho del tercerista y a la oposición contraria, *circunscrita la acción como las excepciones de tercería al momento del embargo ...* »

De la sentencia de 24 de febrero de 1936 es este considerando:

«Que según la doctrina sentada por esta Sala en sentencia de 25 de noviembre de 1926, la primera condición que ha de reunir un título presentado en el juicio de tercería, tanto de dominio como de mejor derecho, es la de que se funde en actos jurídicos que

tuviesen realidad *en el momento de practicarse el embargo* por otro acreedor logrado en procedimiento para la ejecución de sentencia o en cualquier otro juicio o incidente, ya que la acción del tercerista tiene por único objeto acreditar su preferente derecho al dominio de los bienes embargados o al producto de la venta de los mismos, debiendo por ello quien así acciona utilizar contra quien hizo el embargo un título legítimo y de preferente validez obstativa del derecho de dicho acreedor embargante *en el momento de ejercitarse el embargo, pues es cuando se realiza el acto contra el que reclama el tercerista.*»

El fallo recurrido, al resolver en sentido contrario a esa doctrina, a pesar de reconocer que el Sr. Hormigón fue el primero en demandar y embargar (como puede leerse al final del penúltimo considerando de la sentencia de la Audiencia), incide en infracción de doctrina legal por violación de la misma, al mismo tiempo que en interpretación errónea del precepto legal, por separarse de la interpretación correcta acogida en las invocadas sentencias del Tribunal Supremo.

MOTIVO SEGUNDO

Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: infracción de los artículos 1.533 y 1.537 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por violación e interpretación errónea, en cuanto por dichos artículos se exige que con la demanda de tercería ha de presentarse el título en que se funde.

Por las razones que se aducen al explayar el «motivo primero» y que se dan aquí por reproducidas, el título del tercerista -sea de dominio o de mejor derecho- a que se refieren los preceptos legales citados, ha de poseerlo el tercerista al hacerse el embargo, a cuya fecha ha de subordinarse el fallo. Así se infiere de las dos sentencias antes citadas y, además, de la de 5 de marzo de 1928.

La sentencia recurrida, al admitir como título de preferencia del tercerista una sentencia de remate de fecha posterior al embargo contra el que se reclama, viola dichos preceptos y los interpreta erróneamente, toda vez que acepta que el título de la tercería exigido por los artículos invocados tiene eficacia, cualquiera que sea su fecha, para anteponerse a la garantía lograda por el ejecutante anterior.

Los citados preceptos de la Ley de Enjuiciamiento civil, aun cuando insertos en una ley de procedimiento, son derecho *material* con fuerza para denunciar sobre ellos un error *in judicando*, relativo a la estimación del valor intrínseco de un título de derecho; lo cual no afecta a errores *in procedendo*.

MOTIVO TERCERO

Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: infracción de ley, de los artículos 1.924 y 1.929 del Código civil, por aplicación indebida, en cuanto al fallo recurrido hace aplicación, en un juicio singular de tercería de mejor derecho, de las normas sobre graduación y prelación de créditos contenidas en aquellos preceptos legales (sustancialmente acogidos, por remisión a la legislación común, en los artículos 913 y 914 del Código de comercio), con respecto a un deudor

que es comerciante y a un crédito que no goza de preferencia en relación con bienes determinados.

Pues bien, ese Supremo Tribunal tiene declarado que las tercerías de mejor derecho, suscitadas en juicios ejecutivos seguidos contra *comerciantes* sólo pueden fundarse en las preferencias establecidas por la legislación mercantil *con respecto a determinados bienes* del deudor embargados en dicho juicio ejecutivo, en modo alguno en los preceptos relativos a créditos que no gocen de tales privilegios, que sólo tienen aplicación cuando, declarada la quiebra de un comerciante, se halle trabada la universalidad de sus bienes.

La sentencia de 29 de octubre de 1927, citada en la resolución de primera instancia de nuestro pleito, razona así esa doctrina:

«... fuera de los casos en que un acreedor tiene derecho preferente a hacer efectivo su crédito en determinados bienes del deudor en virtud de una declaración expresa de la ley, no se concibe, dada la estructura de la legislación mercantil y la finalidad que persiguen los preceptos relativos al juicio universal de quiebra, que dos acreedores puedan discutir en un juicio singular para establecer preferencias en el cobro de sus créditos, a espaldas de los demás que pudiera tener el ejecutado y con exclusión de los mismos, pues si en el ejecutivo en que se promueve la tercería sólo está embargada parte de los bienes del ejecutado, expedita tiene su acción el tercerista sobre los demás libres, y si, por el contrario, no encontró ninguno en dichas condiciones, por estar embargados todos en el ejecutivo, el camino a seguir no era el juicio singular de tercería, sino el universal de quiebra, que, conforme a los artículos 874, 875 y 876 del Código de comercio, podía instar, y en él, y llamados todos los acreedores, sería el caso de establecer la gradación de créditos que previenen los artículos 913 y 914, sin perjuicio ni preterición de ninguno de aquéllos.»

No se objete -como se objeta en uno de los considerandos de la sentencia recurrida- que no resulta de los autos la cualidad de comerciante de «Empresa Truma, S. L.». Pues la verdad es que una entidad constituida en forma de *Compañía de responsabilidad limitada* es, ni más ni menos, una compañía mercantil o industrial constituida con arreglo al Código de comercio, y el artículo 1.º de este Código reputa comerciantes a las compañías así constituidas. No se diga que el Código de comercio no regula las sociedades de responsabilidad limitada, pues el artículo 108 del Reglamento del Registro Mercantil, de 20 de septiembre de 1919, dispone que se consideran comprendidas entre las sociedades mercantiles que se constituyan con arreglo al Código de comercio (conforme a lo prescrito en los artículos 117 y 122 del mismo Código) y deberán, por tanto, ser inscritas en el Registro Mercantil las llamadas sociedades de responsabilidad limitada y de razón social, siempre que no se las designe en la escritura social con las palabras «colectiva», «comanditaria» o «anónima».

Amparamos este motive de casación en el *número 1.º* del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, porque la calificación de comerciante, aplicada a una entidad, a una sociedad mercantil, es cuestión *de derecho* y no de hecho, por lo cual el comentario que se hace en uno de los considerandos de la sentencia recurrida de que «es el caso que no resulta de los autos la cualidad de comerciante de "Empresa Truma, S. L.", no puede tomarse como una apreciación *de hecho*, ya que no ha sido objeto de debate ni de prueba esa circunstancia del ejecutado. Salimos, así, al paso de una posible

objeción relativa al respeto que el recurrente debe guardar a los hechos probados, o a una posible pero no pertinente remisión al número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. La sentencia recurrida se ha limitado a *desconocer* el carácter mercantil de una sociedad de responsabilidad limitada, pero sin referirse a supuestos de hecho que hayan sido o no probados.

Es visto, pues, que el fallo de la Audiencia, dictado en juicio singular, al aplicar a bienes no determinados de una entidad mercantil los preceptos sobre graduación y prelación de créditos sólo aplicables en juicio universal de quiebra, incurre en infracción de ley por aplicación indebida, como motivo de casación distinto del que se razona en el apartado «motivo primero» del presente escrito.

En méritos de lo expuesto,

SUPLICO A LA SALA que, admitiendo este escrito con el poder que le acompaña y con la certificación de las sentencias de ambas instancias, se digne:

- tener por formalizado en tiempo y forma el recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal, interpuesto por mi representado contra la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, de que se ha hecho merito;

- acordar su tramitación en forma legal;

- y, en su día, dictar sentencia estimando que en la recurrida se ha cometido infracción de ley y de doctrina legal, declarando haber lugar al recurso, casando la sentencia recurrida, y dictando separadamente otra sobre la cuestión objeto del pleito en el sentido de absolver a los demandados de la demanda de tercería de mejor derecho formulada por D. Félix Ortiz contra ellos, que será desestimada, y condenándole en costas.

OTROSI: A los efectos prevenidos en el artículo 1.721 de la Ley de Enjuiciamiento civil intereso se expida y se me entregue testimonio acreditativo de haber formalizado ante ese Tribunal este recurso de casación dentro del término legal.

SUPLICO a la Sala se digne acordar se expida y se me entregue el referido testimonio.

Madrid, 10 de noviembre de 1952.