

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

ADVERTENCIA

El extraordinario número de sentencias dictadas, en materia civil, por el Tribunal Supremo (1) y las necesidades de ajuste de la Revista hicieron que la publicación de aquéllas sufriera un retraso incompatible con nuestro deseo de dar a los lectores rápidamente el servicio de sentencias. REVISTA CRÍTICA, haciendo un verdadero esfuerzo, ha procurado adelantar todo lo posible la publicación en los últimos números, incluso reduciendo el tipo de letra, habiendo aparecido en lo que va de año la jurisprudencia más interesante dictada en los meses de Marzo a Diciembre, inclusive, de 1932, completándose, además con la incluida en el presente número, toda la correspondiente hasta Julio inclusive de 1933. Queda en este momento pendiente de extracto la jurisprudencia de los meses de Agosto, Septiembre y Octubre de 1933, que será inmediatamente preparada hasta conseguir que los lectores de REVISTA CRÍTICA puedan tener a su alcance, al día, la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

CIVIL Y MERCANTIL

164. Aguas. Alcance e interpretación del artículo 14 de la ley de Aguas. Sentencia de 5 de Junio de 1933.

Interpuesto recurso por infracción de ley por don D. contra sentencia de la Audiencia de T. en pleito promovido por una comunidad de regantes, lo rechaza el Supremo, considerando que si se hace caso omiso de que por haber alegado don D. como única excepción a la demanda contra él formulada por el Presidente de la comunidad de regantes, la de que en un lapso de tiempo muy superior a treinta años había venido aprovechando para regar una finca determinada aguas cuya reivindicación pretende conseguir la parte actora, la supuesta infracción del artículo 14 de la ley de Aguas, que se aduce en el recurso, plantea, sin duda, en él una cuestión nueva porque la cita del indicado precepto, entre los fundamentos de derecho de contestación a la demanda, no responde a ninguna realidad de hecho establecida en la misma; y aunque se prescindiese también de si el concepto de la in-

(1) Véase el interesante trabajo de Ormaechea en *Revista de Legislación y Jurisprudencia* con el título «Notaciones sobre jurisprudencia».

fracción alegada, o sea la no aplicación del mencionado artículo 146 de la Ley de 13 de Junio de 1879 en el fallo recurrido, se ajusta en correcta forma procesal y estrictamente a los dictados del número primero del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, que autoriza el único motivo del recurso, el problema en él planteado se reducirá a resolver, como cuestión de derecho, si es exacta la inteligencia que el recurrente atribuye al repetido artículo 14 de la ley de Aguas, y pertinente, en su consecuencia, la aplicación que de su contenido hace a las situaciones de hecho proclamadas en la sentencia recurrida, que el recurrente acata.

El artículo 14 de la ley de Aguas se refiere, sin duda, a cierta clase de aprovechamientos por un tercero de las aguas que el dueño del predio particular en que nacen no aprovecha, o al remanente o sobrante de las por él aprovechadas, cual lo demuestra la expresa cita que en él se hace a los artículos 5.º y 10 de la misma Ley; pero con arreglo a estos preceptos, para que este tercero pueda aprovechar las indicadas aguas, es preciso que entren, naturalmente, a discurrir por el predio suyo, después de haber salido del ajeno, por el mismo punto de su cauce natural y acostumbrado, conforme al artículo 9.º; y como en el caso de autos no se dan estas circunstancias, puesto que, según declara la sentencia recurrida, las aguas de que se trata, que nacen en un predio, en cuya posesión inmemorial se hallan los actores, lejos de introducirse naturalmente en la finca del demandado, llegan a ella, mediante su captación con el empleo de una tubería de hierro y obras de mampostería, y, por otra parte, esta abusiva forma de impedir a los actores el aprovechamiento de las aguas en cuestión, empleada por el demandado, excluye la posibilidad, como el artículo 14 de la Ley estatuye, de que la parte actora sea quien por su exclusiva voluntad suspenda el aprovechamiento de las aguas que viniera haciendo durante un año y un día consecutivos, o por abandono o desidia suyos dejase de aprovecharlas durante igual lapso, es notorio que la aplicación, en el caso de autos, del párrafo 1.º del artículo 14, que el recurrente reclama a supuestos de hechos establecidos por la Sala sentenciadora y en él no comprendidos, hubiera sido indebida, no pudiendo prosperar el único motivo del recurso interpuesto.

Véase la sentencia de 6 de Enero de 1933 (núm. 105, pág. 710), el trabajo de López de Haro en Rev. de Derecho Privado, tomo I, págs. 217-251 y 309, donde se encuentra una abundante bibliografía y el interesante trabajo del mismo autor sobre aprovechamientos eventuales en Rev. de Derecho Privado, tomo IV, pág. 344.

165. *Parafernales. No puede invocarse en casación la infracción del Derecho romano o foral catalán si el pleito fué sustanciado con arreglo a lo dispuesto en el Código civil. Administración por el marido de parafernales no entregados ante notario. Sentencia de 9 de Junio de 1933.*

Interpuesto recurso por don C. G. contra sentencia de la Audiencia de Barcelona en pleito promovido por doña A., lo rechaza el Supremo, considerando que en el primer motivo del recurso se alega por el recurrente la infracción de una ley del Digesto, por no haberla aplicado la sentencia combatida, y, aparte de no hallarse comprendido tal concepto negativo entre los previstos en el número 1.º del artículo 1.692 de la ley Procesal, puesto que los en él señalados como determinantes de infracción legal presuponen, por el contrario, la aplicación en la sentencia recurrida de un determinado precepto sustantivo, es lo cierto que la demanda no se fundó en otras disposiciones que las del Có-

digo civil y jurisprudencia del mismo, y que en la contestación a la misma tampoco tuvo a bien el demandado interesar la aplicación del indicado precepto del Digesto, ni de otro alguno del Derecho romano, ni del foral catalán, pues se limitó a citar el artículo 1.384 del Código civil y cuatro sentencias de este Tribunal posteriores a su vigencia, por lo que es notorio que en el pleito no se promovió cuestión alguna relacionada con las citadas legislaciones romana y foral, debiendo desestimarse el motivo primero, porque no es lícito en este trámite plantear cuestiones nuevas, aunque se deje a un lado que, respecto a bienes parafernales, no existen diferencias esenciales entre las disposiciones de aquéllas y las del Código civil, por lo que es muy frecuente la aplicación de éste en Cataluña sobre tal materia.

Por iguales razones, en cuanto a la técnica procesal, y por idénticos fundamentos a los consignados, debe rechazarse el segundo motivo, en que se aduce la no aplicación de la ley 17, título 16 del libro V del Código (1), no alegada ni discutida en la litis, y la no aplicación de los artículos 168, 179 y 181 de la ley Hipotecaria, que para nada invocó en apoyo de las excepciones que opusiera a la demanda contra él formulada, olvidando el recurrente que la sentencia impugnada hace la afirmación, no combatida por él en casación, de que la entrega de lo que arrojó la liquidación de los créditos que, como bienes parafernales, adquirió su esposa durante el matrimonio, a cuyo pago le condena la sentencia recurrida, le fué hecha, no ante Notario para que administrase dicho capital, sino a título de cesión o préstamo o anticipo a su marido, que lo empleó en un negocio suyo, y si a esta situación, de hecho proclamada en la sentencia combatida, no eran aplicables las disposiciones de la ley Hipotecaria antes citadas, es obvio que no puede infringirlas dicho fallo.

El artículo 1.384 del Código civil distingue dos situaciones perfectamente definidas respecto de los parafernales: que conserve la administración la mujer o que los entregue, ante Notario, a su marido para que los administre; pero como la sentencia recurrida, lejos de declarar que el caso de autos esté comprendido en alguno de ambos supuestos, afirma, por el contrario, que las pesetas procedentes de bienes parafernales de la mujer se destinaron por el marido a compras y negocios suyos, proclamando así el Tribunal *a quo* que dentro del matrimonio se daba cerca de tal cantidad esa situación intermedia, que la realidad, con su fuerza incontestable, tan frecuentemente acusa en la vida matrimonial, aunque la Ley no se detenga a examinarla, según la que la mujer que aporta parafernales al casarse, o que los adquiere después, consiente que sea el marido quien los administre, constituyéndose éste, en su virtud, en cuanto a ellos, en apoderado general o mandatario de su mujer, la cual, por consiguiente, tiene derecho a que se le dé cuenta en todo momento del mandato conferido y le abone lo que con ocasión de él hubiere recibido, claro es que el fallo recurrido, al estimar existente entre ambos esposos la indicada situación de hecho, y por ella condena al marido al pago de lo que recibió o garantice su devolución con hipoteca, no ha infringido el artículo 1.384 del Código civil.

Sobre parafernales en Cataluña es de gran interés el estudio de Adrián Margari en Revista Jurídica de Cataluña, tomo II, pág. 91.

166. *Servidumbre de luces y vistas. La prescripción y las servidumbres negativas y no aparentes.* Sentencia de 9 de Julio de 1933.

En recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D.^a C., con-

(1) Véase en Cuerpo del Derecho civil romano, edición García del Corral, 1892, tomo IV, pág. 612.

tra sentencia de la Audiencia de Valencia, en pleito seguido contra don M., sienta el Supremo, al rechazarlo, la doctrina siguiente:

La cuestión planteada por la demanda, y mantenida en este recurso, se concreta a determinar si a la casa en cuestión corresponde servidumbre de luces y vistas sobre el solar, hoy teatro, propiedad del demandado, apoyando sustancialmente el actor su derecho en dos títulos, una escritura y la prescripción.

El Tribunal de instancia estima que en ninguna de las cláusulas de aquélla consta que los causantes del demandado reconocieran, expresa ni tácitamente, servidumbre de luces y vistas a favor del actor, y a la misma conclusión se llega en vista de la certificación del Registro; y contra esta apreciación de la Sala sentenciadora no puede prosperar la personal del recurrente, sin que tenga importancia el que en la descripción de la finca del actor figure ésta con *terrado*, porque esto no implica la existencia de servidumbre.

Es también apreciación de la Sala sentenciadora que la servidumbre pretendida sería, conforme a lo dispuesto en el artículo 533 del Código civil, negativa, ya que puede limitar el derecho de propiedad del dueño del predio sirviente en cuanto coarte a éste su facultad de edificar, impidiendo el acceso de luz al dominante, y no es aparente, porque no existen huecos, balcones, etc., que la hicieran patente, no confiriéndole este carácter el hecho de que en los terrados se tendiera ropa, se colocaran celosías al aire, hubiera flores, etc.; todos ellos puntos de hecho de la competencia del Tribunal *a quo*, y, en consecuencia, no puede admitirse que la servidumbre de referencia haya podido adquirirse por prescripción, y no estimada la existencia de servidumbre, a nadie perjudicó el demandado al usar de su derecho de levantar la pared en cuestión, como dueño que era de la misma.

Ved sentencia de 27 de Mayo de 1932 (número 100 de REVISTA CRÍTICA, página 303).

167. *Hipoteca y tercera de mejor derecho. Doctrina sobre responsabilidad hipotecaria. La garantía derivada de la hipoteca normal es actual, y asegurada por la publicidad, existe con eficacia real erga omnes desde la fecha de la inscripción. Efectos de la anotación preventiva de embargo.* Sentencia de 14 de Julio de 1933.

El Supremo admite el recurso interpuesto por el Banco de C. y casa y anula la sentencia dictada por la Audiencia de Barcelona, en pleito seguido contra la Sociedad H., considerando que la hipoteca constitutiva de un derecho real afirma de tal manera la obligación por ella garantizada, que sujeta de modo directo los bienes sobre que recae al cumplimiento de aquélla, principio al que obedecen los artículos 1.876 del Código civil y 105 de la ley Hipotecaria, teniendo tal gravamen real, no sólo la extensión que le da el artículo 1.877 del citado Código, y 110, párrafo primero, y 111 de la indicada Ley, sino también la adicionada por el pacto que autoriza el propio citado artículo 110 y la regla sexta del 131, doctrina general sobre extensión de la responsabilidad hipotecaria, que constituye así la dotación completa del inmueble, gravado a mayor seguridad y fomento del crédito hipotecario, con la expansión dicha, que, teniendo por especial característica la de ser potencial y latente, se hace efectiva cuando el hipotecarista ejerce su acción; pero sin que aquellas notas expresen una mera expectativa de garantía, sino

que ésta es actual, y que, asegurada por la publicidad y la adhesión, existe con eficacia real *erga omnes* desde la fecha de la inscripción.

De la figura jurídica descrita se dan todas las características en la hipoteca que el recurrente en estos autos ostenta como título; tanto de la acción hipotecaria, que tiene ejercitada, como de la tercera de mejor derecho, que motiva este recurso, puesto que en aquél se constituyó hipoteca voluntaria sobre las fincas urbanas en garantía de préstamo con interés, estipulándose el contenido en la regla sexta del artículo 131 de la ley Hipotecaria, y haciendo extensiva, además, la responsabilidad a obras, mejoras, muebles y rentas, siéndole, por consiguiente, de aplicación estricta la doctrina del precedente considerando, que rechaza la que parece desprenderse de la doctrina de la Sala a *quo* de existir dos acciones derivadas de dicho título inscrito: una, la hipotecaria, con el consiguiente privilegio desde la inscripción, y otra personal quirografaria, con ventaja sólo desde su ejercicio.

La anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de un embargo, garantizando el cumplimiento de un fallo en un ejecutivo, no varía, según jurisprudencia de esta Sala, la obligación, ni convierte en real e hipotecaria la acción personal ejercitada, produciendo sólo el efecto de que el acreedor que haya obtenido la anotación será preferido, en cuanto a los bienes anotados, a los demás tenedores de créditos posteriores a aquélla, entre los cuales no puede figurar el hipotecario, inscrito con toda la extensión razonada en fecha muy anterior a la de la anotación.

Siendo el alegato de las tercerías de mejor derecho la declaración de la preferencia del título del tercerista, con relación al del acreedor embargante, y de la prioridad del derecho del primero a hacer efectivo su crédito, es visto que, dada la doctrina establecida en los considerandos precedentes, el Tribunal a *quo*, por no haberla tenido presente, infringió el artículo 1.923 del Código civil al no aplicarlo, no estimando la preferencia señalada por el número tercero de dicho precepto del título hipotecario sobre el de la anotación preventiva del acreedor embargante, a que se refiere el número cuarto de dicho artículo, para hacer efectivo su crédito con los frutos de determinados bienes inmuebles del deudor, por administración judicial, lo cual hace procedente el recurso.

Aparte los conocidos tratados de Derecho hipotecario, deben consultarse: López de Haro: «Acciones del acreedor hipotecario», «Rev. de Legislación», tomo CLX, pág. 172; Rivellón: «Las anotaciones preventivas de embargo», en la misma Revista, tomo CLIII, pág. 434; Capó: «Apuntes sobre las anotaciones preventivas en el Derecho hipotecario español», en REVISTA CRÍTICA, tomo IX, pág. 434. «Embargo anotado y crédito hipotecario», en «Cuestiones prácticas de derecho civil», de la «Revista de los Tribunales», pág. 845; Escosura: «Tercerías de mejor derecho. Créditos privilegiados», en «La Reforma Legislativa», año XXII, pág. 9.

168. *Censo enfiteútico. Casos en que la finca cae en comiso. Necesidad de un previo requerimiento judicial o notarial, y no por edictos, al dueño del dominio útil de domicilio conocido. Medio de evitar el comiso. Sentencia de 12 de Julio de 1933.*

Admitiendo un recurso en pleito sobre redención de censo, dice el Supremo que el comiso de las fincas censadas no es de esencia en el contrato y que, por su carácter penal, para no hacer más gravosa la situación del obligado, debe restringirse en vez de ampliarse su sentido y alcance, no aplicándolo sino en los casos y circunstancias que estén claramente previstos. *SP* bien cae en comiso la finca cuando el enfiteuta no paga la pensión durante

tres años, es preciso un previo requerimiento judicial o notarial para que el deudor pague las pensiones que debe y sólo después de transcurridos treinta días de dicha diligencia, sin verificar el pago, queda expedita al dueño directo la vía judicial para pedir el comiso.

La noticia del requerimiento por parte del deudor, para que surta todos sus efectos, ha de constar de modo indubitado, sin que haya duda en cuanto a su existencia, en cuyo caso no se halla el requerimiento hecho por edictos que, si genéricamente surte todos los efectos que la ley le atribuye, en materia de censos debe reputarse defectuoso, tanto por su naturaleza como por la imposibilidad de que el requerido conteste o dé la respuesta a que en la diligencia tuviera derecho.

No es potestativo en el actor de cualquier procedimiento elegir la notificación personal al interpelado o utilizar el medio de los edictos, y por ello tiene declarado este Tribunal que no adolece de defecto el emplazamiento por medio de edictos, si el actor afirma que el demandado se halla ausente y que ignora su paradero, de cuya doctrina se deduce lo defectuoso e ineficaz de dicha diligencia, cuando, como en el caso de autos ocurre, es conocido el domicilio del deudor.

El dueño del dominio útil puede librarse del comiso redimiendo el censo y pagando las pensiones vencidas dentro de los treinta días siguientes al requerimiento, pero siempre que la diligencia se haya hecho con la persona cuyo domicilio se conoce, siendo notorio, por los razonamientos precedentes, que la Sala ha infringido los artículos 1.649 y 1.650 del Código civil, procediendo la casación.

Véase, sobre redención de Censos enfiteúticos, el trabajo de Seranega en REVISTA DE LEGISLACIÓN, tomo LXXXIX, pág. 82.

Cfr. «El comiso enfiteútico en Cataluña», por Carlos Danés, en «Revista Jurídica de Cataluña», tomo V, pág. 810

169. *Compraventa con precio aplazado. La opción de pago del precio aplazado queda sin efecto por el requerimiento notarial que indica el artículo 1.504 del Código civil. Sentencia de 5 de Julio de 1933.*

En recurso interpuesto por una Sociedad contra sentencia de la Audiencia de Madrid, en pleito seguido a instancia de don J., sienta el Supremo, al rechazarlo, la siguiente doctrina:

La Sala sentenciadora no ha infringido el artículo 1.068 del Código civil al declarar la rescisión del contrato de venta celebrado en octubre de 1918 entre el causante del actor y la Sociedad demandada, por cuanto la declaración que se impugna no puede, en ningún caso, perjudicar los derechos de usufructo correspondientes a doña H., toda vez que, tanto la demanda como la sentencia, parten del expreso reconocimiento de tal derecho; y, por otra parte, ninguna porción del crédito hipotecario que se ventila ha sido adjudicado a dicha señora, sino tan sólo el derecho de usufructo en una menor participación, correspondiendo al heredero universal demandante el dominio sobre todo él y, por tanto, el ejercicio de las acciones al mismo inherentes, máxime cuando la misma demanda acepta sin discusión los hechos fundamentales sentados por el actor en cuanto afectan al reconocido usufructo.

Tampoco ha violado la Sala sentenciadora el artículo 1.504 del citado Código, toda vez que el recurso se funda en la ineficacia del acta notarial de entrega de la carta, a la que niega el efecto legal de requerimiento, debiendo concedérsele todos los que el citado artículo la atribuye, tanto por

estimarlo así el Tribunal *a quo* como por no constar adolezca de defectos que debiliten su completa eficacia, sin que exista tampoco la supuesta novación que alega el recurrente.

El artículo 1.504 del Código civil no contiene la opción que la parte recurrente supone, sino una distinción de tiempo, con el objeto de dar facilidades al comprador para realizar el pago sin incurrir en la rescisión pactada en defecto de la entrega del precio en la fecha convenida, lo que podrá realizar mientras no haya sido requerido judicial o notarialmente y habiéndose ajustado la Sala sentenciadora a esta doctrina, es consiguiente que no ha cometido la infracción pretendida, ya que al no existir la supuesta opción, no hay posibilidad de elegir uno de sus términos, elección que colocaría a la parte en situación irrevocable consagrada en la sentencia de 27 de Junio de 1916, mas al no darse el supuesto en que la misma descansa, ha de ser desestimado este motivo.

170. *Compraventa con precio aplazado. Eficacia de los requerimientos practicados por el vendedor después de formulada demanda por el comprador para que se reciba el precio mediante escritura. Cuasicontrato de litis contestatio. Efectos del emplazamiento. Concepto jurídica de las arras.* Sentencia de 8 de Julio de 1933.

Recurso interpuesto por don J. contra sentencia de la Audiencia de Valencia.

La cuestión principal que se plantea en este recurso es la de si pueden ser eficaces y surtir efectos jurídicos los requerimientos practicados por el vendedor, conforme al artículo 1.504 del Código civil, después que el comprador ha formulado la demanda para que el precio se reciba mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura y aun después de haberse verificado el emplazamiento, pero antes de contestar y reconvenir.

Afirmándose por el Tribunal *a quo* que el comprador no satisfizo el precio en los plazos estipulados en el contrato, incumpliendo así la obligación que le imponía el pacto, con arreglo al artículo 1.500 del Código civil, es evidente que no se puede privar al vendedor, tratándose de la venta de inmuebles, del derecho que le concede el artículo 1.504 para, expirado el plazo de pago, requerir judicialmente o por Notario al deudor, al objeto de notificarle auténticamente que no concede prórroga para el cumplimiento de aquella obligación y que opta por la rescisión del contrato y ese derecho no puede quedar enervado por haberse hecho los indicados requerimientos después que el comprador formuló su demanda pidiendo el cumplimiento del contrato, esto es, para que se compela al vendedor a otorgar la correspondiente escritura, abonando entonces el precio, por que el cuasicontrato de *litis contestatio* no se produce hasta que se formalice la contestación o reconvencción en su caso, y claro es que hasta no plantearse el combate judicial, podían muy bien los demandados, al contestar, oponerse y reconvenir, como lo hicieron, colocándose previamente en situación legal para ello, esto es, practicando los ya dichos requerimientos, no obstaculizados por la Ley y en tiempo perfectamente hábil por no haberse trabado la *litis*.

Es un error del recurrente sostener que no podían hacerse los mencionados requerimientos después del emplazamiento, porque los efectos de éste no son tan latos como en el recurso se indican, sino que se limitan a prevenir el juicio, interrumpir la prescripción, hacer nula la enajenación de la cosa litigiosa, perpetuar la jurisdicción del Juez, etc.; pero, en modo alguno,

cercenar al vendedor el derecho de que se viene tratando, mientras no se formalice la *litis contestatio*, ya que el artículo 1.504, por motivos de orden público, no tiene otra finalidad que obligar a los contratantes en las ventas de inmuebles a procurar la firmeza y seguridad de los contratos y suministrar medios para que lleguen a efectuarse en los términos convenidos, finalidad que fué patentemente infringida por el comprador.

Al declarar la Sala sentenciadora resuelto el contrato de venta, objeto de la *litis*, por incumplimiento del comprador de pagar el precio en el plazo estipulado y resolverse en sentido afirmativo la cuestión antes propuesta, no se infringieron los artículos 1.124 y 1.504 del Código civil.

El concepto jurídico de las arras tiene distintos matices, según ya tiene declarado este Tribunal en sentencia de 16 de Enero último (1), ya que puede ser considerado como prenda o señal de la intención de los contratantes de consumar un contrato proyectado, ya como signo ostensible o prueba de su perfección para no dejar lugar al arrepentimiento de ninguna de las partes, bien como cláusula penal para indemnizar el daño sufrido del contratante que cumplió sus obligaciones frente al que las incumplió, y como el Tribunal de instancia, teniendo en cuenta el contrato de autos que interpreta en uso de su soberanía, estima que contiene una cláusula penal y por ello aplica, no sólo el artículo 1.454, que invoca el recurrente, sino también los 1.152 y 1.124 del Código civil, es evidente que no incurrió en la infracción aducida, por cuanto al condenar al comprador a la pérdida de las pesetas entregadas como arras, lo hizo como indemnización de daños, por haber incumplido la obligación de pagar el precio en el plazo estipulado, por lo que procede declarar no haber lugar al recurso interpuesto.

171. *Fletamento. Diferencias entre fletador y mediador. Precontrato.* Sentencia de 12 de Junio de 1933.

En recurso interpuesto por don A. contra sentencia de la Audiencia de Oviedo en pleito seguido a instancia de don F., sienta el Supremo, al admitirlo, la siguiente doctrina: en cuanto a la aplicación que el Tribunal *a quo* ha hecho del artículo 688 del Código de comercio, por merecerle el demandado, hoy recurrente, el concepto de fletador, hay que estimar que las pólizas suscritas por el demandante y la Sociedad X., en relación con las cartas cruzadas entre el recurrente y otro, documentos reconocidos como auténticos, acreditan el evidente error de la Sala sentenciadora, al considerar que era fletador el recurrente, cuando realmente éste sólo fué un mediador con responsabilidad específica que intervino para su preparación y gestiones conducentes a fin de que se llevara a cabo entre el actor, como fletante, y la Sociedad X., como fletador; y en tal concepto, se debe estimar que concurre el motivo de casación que en este aspecto se ha planteado.

Aun en el inadmisilbe supuesto de que al contrato preparatorio celebrado entre los corredores fuesen aplicables todas las normas jurídicas propias del contrato de fletamento, ha de advertirse que el número primero del artículo 688 del Código de comercio confiere una facultad al fletador para poder rescindir, a su petición, el contrato de fletamento, siempre que por su parte esté dispuesto a satisfacer el importe de la mitad del flete convenido, si antes de cargar el buque abandonara el fletamento; pero este derecho que concede al fletador el citado artículo, de igual modo que en el siguiente se lo concede al fletante, no puede favorecer a persona distinta del fletador que quiera utilizarlo en su beneficio; y siendo el fundamento básico de la sentencia recurrida la estimación por parte del Tribunal de instancia de que el actor en el pleito, por su calidad de fletante, tiene derecho a que prospere su acción para

(1) Véase el número 105 de REVISTA CRÍTICA, pág. 716.

que le indemnice el demandado, como fletador, en la mitad del flete, porque abandonó el fletamento antes de cargar el buque, tal supuesto, aunque fuera admitido, infringiría, por interpretación errónea, el citado número primero del artículo 688, porque, como quedó expresado, no tiene acción el fletante para ejercitar un derecho que compete al fletador mediante el cumplimiento de un requisito que sólo este último ha de cumplir, y que de ningún modo puede imponerle su contrario, ya que la ley, previera, ha equilibrado los medios de defensa entre las dos partes contratantes, otorgando igual facultad de pedir la rescisión del contrato al fletante en el número primero del artículo 689, con derecho al pago de la mitad del flete y estadías devengadas, cuando el fletador, cumplido el término de las sobrestadías, no pusiera la carga al costado del buque; pero si en el presente caso el actor no pudo ejercitar la acción que este artículo le concedía, por no haber esperado el transcurso del tiempo necesario para que cumpliera el término de las sobrestadías, requisito indispensable para su utilización con éxito, toda vez que el buque zarpó antes de transcurrir ese término, ello no puede ser razón que justifique el empleo de la acción derivada del artículo 688, inaplicable para el fletante, y menos al efecto de exigir, sin otra prueba, responsabilidades a quienes, en virtud de un precontrato, quedasen obligados a cumplir las obligaciones del supuesto fletador.

Véase sobre el asunto motivo de la sentencia anterior el extenso trabajo de Gayoso Arias, en Revista de Derecho Privado, año 1927, pág. 206, con el título «Cuestiones de derecho marítimo: Rescisión voluntaria unilateral del contrato de fletamento». Sobre otras cuestiones derivadas de este contrato véase el trabajo del mismo autor en Revista de Legislación y Jurisprudencia, tomo CXLVIII, pág. 407. Véase también «El falso flete» (en la misma Revista, tomo CXLI, pág. 547), por S. Ruiz.

Para la doctrina de los contratos preparatorios o precontratos véase: De Diego, «Curso elemental de Derecho civil», tomo V, pág. 372. Demogue, «Traité des obligations», tomo II, págs. 1 y siguientes. Valverde, «Derecho civil español», tomo III, pág. 307. Leduc, «Des avants contrats», Paris, 1909. Sánchez Román, «Estudios de Derecho civil», tomo IV, pág. 474. Ruggiero, «Instituciones de Derecho civil», tomo II, págs. 283 y 292.

172. Suspensión de pagos y quiebra. La suspensión de pagos goza de prioridad con relación a la quiebra. Sentencia de 3 de Julio de 1933.

El Supremo no admite el recurso interpuesto por don A., porque, como tiene declarado, existe un estado preliminar al de quiebra para cuando el comerciante, teniendo un activo superior al pasivo o estando, al menos, nivelado, por dificultades del momento no le es posible atender a todas sus obligaciones; el artículo 871 del Código de comercio hay que relacionarlo con los 2, 4 y 9 de la ley de Suspensión de pagos de 26 de Julio de 1922, para de sus declaraciones deducir, por interpretación auténtica, que la suspensión goza prioridad a la quiebra, como medio de facilitar el camino entre los acreedores y el deudor, evitando el demérito y la ruina que las quiebras llevan tras de sí.

En el presente caso el Tribunal *a quo* afirma que en los autos no aparece ninguna prueba encaminada a demostrar que el activo sea inferior al pasivo, pues aunque así aparece en el informe pericial, en el expediente de suspensión de pagos resulta que el activo es superior al pasivo, y esa afirmación, que envuelve un estado preliminar al de quiebra, no cabe combatirla con testimonios notariales de tres actas de protesto por falta de pago, de dos

certificaciones de la Agencia ejecutiva y una certificación del Secretario judicial acreditativa de que la entidad en cuestión había solicitado se la declarase en estado de suspensión de pagos, porque aunque concediendo a esos documentos pleno valor y eficacia probatoria, ellos no demostrarían lo contrario de lo afirmado por la Sala, tanto más cuanto que en el balance formado por el Interventor es fundado suponer obrarían los créditos a que se refieren aquellos documentos en contra de la Sociedad suspensa, por ser anteriores a la solicitud de suspensión, sin que tampoco se pueda sostener, como en el recurso se hace, que el estado de suspensión de pagos, en el presente caso, suponga el sobreseimiento general de las obligaciones suficientes para decretar la quiebra, porque esa doctrina, que sería perfecta si la suspensión degenerase en quiebra, es, en la actualidad, prematura, por desconocerse las vicisitudes por que puede atravesar la suspensión.

Si bien no cabe negar que en el caso debatido la declaración de quiebra se solicitó por escrito presentado a la autoridad judicial el 17 de Julio de 1930, o sea un día antes de deducirse por la Sociedad recurrida la suspensión de pagos, es lo cierto que esa simple prioridad de fechas y esa dualidad de procedimientos, sin género de duda, de presentarse las solicitudes en diferentes Juzgados, no enerva la doctrina al ingreso de esta resolución expuesta, respecto a prioridad, porque, aparte de haberse pedido la suspensión antes de practicarse la información testifical, imprescindible en la quiebra para justificar el sobreseimiento, esto es, antes de adquirir la petición de quiebra estado legal, por ser aquellas diligencias preliminares a él, en esta *litis* consta, y así resulta de las afirmaciones del Tribunal *a quo* que la petición de quiebra se formuló por un desconocido de la entidad en cuestión en el mismo día en que se protesta un giro del que aparece como cesionario en la misma fecha, sin intervención de Procurador y ante Juzgado que no es el del domicilio del quebrado, anomalías que destruyen en absoluto las conclusiones del recurrente, derivadas de un hecho aparentemente cierto, pero desprovisto de las consecuencias jurídicas que pretende deducir, por lo que procede la desestimación de los motivos alegados, con tanta mayor razón cuanto que, conforme a la jurisprudencia de esta Sala, la suspensión de pagos es un estado especial que en nada coarta los derechos de los respectivos acreedores para el ejercicio de sus acciones.

Véase Camacho, «Suspensiones de pagos», Revista de Derecho Privado, tomo I, pág. 211. Estasén, «Tratado de suspensiones de pagos», Los «Comentarios a la ley de 28 de Julio de 1922», de González Echávarri y Miguel y Romero, Valladolid, 1922, y el artículo de Roig y Bergadá, «Efectos del convenio en las suspensiones de pagos», en Revista Jurídica de Cataluña, tomo II, pág. 745.

173. *Interpretación de testamento en el que se establece una sustitución fideicomisaria. Cuando tiene el carácter de tercero el comprador de una finca.* Sentencia de 7 de Julio de 1933.

En pleito seguido por don L. contra D.^a D. rechaza el Supremo el recurso interpuesto por aquél contra sentencia de la Audiencia de Barcelona, porque la Sala sentenciadora, al interpretar el testamento otorgado por la causante y estimar que la sustitución fideicomisaria en él establecida reviste el carácter de universal, no infringe el artículo 675 del Código civil, sino que lo aplica rectamente, por cuanto se ha ajustado a la expresa voluntad de la testadora, que no constituye el fideicomiso sobre una finca determinada, sino sobre la mitad de la parte de herencia correspondiente a su hijo F., si bien se había de adjudicar a éste en su haber dicha finca, cuyo valor excedía no-

tablemente de la porción hereditaria que debía percibir, por lo cual la adjudicación le fué hecha, pero con la obligación de pagar los gravámenes, entre ellos, la mitad afecta a la sustitución fideicomisaria, que fué fijada en cierta suma; y como la parte recurrente sustituye con su criterio el del Tribunal *a quo*, sin demostrar el error de la sentencia, hay que rechazar este motivo.

Planteada en casación la nulidad de las operaciones divisorias, es ésta cuestión nueva que no puede resolverse sin que se haya debatido previamente; tampoco infringe la sentencia el artículo 27 de la ley Hipotecaria, al entender que la compradora de la finca en cuestión tiene el concepto de tercero por no haber intervenido en el acto de la partición hereditaria e inscripción de la nombrada finca, que luego compró e inscribió, sin dificultad alguna por parte del Registro, ya que nada obstaba a la transmisión y consiguiente inscripción, por cuanto se adquirió a título oneroso de quien aparecía dueño, y aceptando las cargas y gravámenes que expresamente constaban del mismo Registro, logrando así una situación firme y a cubierto de toda acción rescisoria y resolutoria.

DIVORCIO Y SEPARACIÓN

174. *Confesión judicial. No basta por sí sola para fundamentar una sentencia condenatoria. Distinción entre la voluntad declarada de los cónyuges, durante el pleito, de divorciarse o separarse y el mutuo disenso, regulado en el artículo 63 de la Ley. Sentencia de 14 de Junio de 1933.*

Interpuesto recurso de revisión por D^a I. contra sentencia de la Audiencia que desestimó su demanda, fundado en la causa tercera del artículo 57 de la Ley, «por aplicación indebida del artículo 51», y por infracción del artículo 43 de la Constitución y aplicación indebida del artículo 51 de la Ley, lo rechaza el Supremo, porque no puede estimarse la infracción del artículo 43 de la Constitución en la sentencia recurrida con sólo considerar que tal precepto se limita a conceder una facultad, un derecho a los cónyuges para solicitar la disolución del matrimonio, otorgándoles a tal fin dos procedimientos o medios: uno, el mutuo disenso, que en el presente caso no puede invocarse, porque regulado por los artículos 63 y siguientes de la ley de Divorcio, no se siguió por ninguno de los litigantes el camino debido, y otro, a petición de cualquiera de los cónyuges; y como este derecho de petición se ejercita ante los Tribunales, y a éstos corresponde apreciar la justicia de la causa alegada, no es posible sostener que la Audiencia contradijo aquel precepto constitucional al no estimar demostrada la realidad de la causa que como base del divorcio se invocó.

En cuanto al segundo argumento, la cuestión queda reducida a declarar si la Audiencia, al aplicar el artículo 41 de la Ley, como fundamento único de su fallo, cometió injusticia notoria por aplicación indebida de tal precepto, y esta cuestión tiene que resolverse en sentido negativo: primero, porque no existe en ello contradicción entre el fallo y el artículo 51, que los Tribunales tienen potestad de aplicar cuando del conjunto de lo actuado y del examen de las pruebas lo estimen justo; y como en el presente caso existieron anormalidades procesales en las peticiones de los cónyuges, pues después de presentada la demanda, y antes de contestarse, la representación de la mujer desiste y se aparta de la acción, sin llegar a ratificarse la interceda, por lo que el pleito siguió, y, una vez formulada la contestación, con

reconvención, ambos Letrados manifiestan que sus clientes se han puesto de acuerdo en solicitar el divorcio, pero sólo por la causa 12 del artículo 3.º, renunciando a las demás alegadas, proponiendo como única prueba la de confesión sobre la existencia de tal causa, escrito en el que se ratificaron ambos cónyuges, que confesaron la certeza de dicha causa; tanta vacilación y tales peticiones explican que el Tribunal haya hecho uso del artículo 51 debidamente, no estimando suficiente la confesión por sí sola para fundamente una sentencia condenatoria, sin cometer con ello notoria injusticia; y segundo, porque, según tiene declarado esta Sala, en sentencia de 29 de Marzo último (1), no debe confundirse ni equipararse la conformidad que en el transcurso del pleito manifiesten los cónyuges en divorciarse o separarse, que necesita justa causa, alegada y probada, con el mutuo disenso, que regula el artículo 63 de la Ley, y que no requiere pleito ni causa, sino voluntad auténtica y sincera de divorciarse o separarse.

ENRIQUE TAULET,
Notario de Valencia.

(1) *Extractada en el número 102 de esta Revista, página 478.*