

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

## CIVIL Y MERCANTIL

122. *Registro civil. Rectificación de inscripción en acta de matrimonio de los apellidos de un contrayente, en virtud de sentencia y previo reconocimiento en testamento por la madre natural.* Sentencia de 11 de Noviembre de 1932.

Previo un juicio de mayor cuantía fué rectificada en el Registro civil la inscripción del matrimonio de determinada persona, para ponerla en consonancia con la inscripción de la Parroquia, mediante Sentencia dictada por el Juzgado y confirmada por la Audiencia en la apelación que el Fiscal interpuso; interpuesto recurso de casación por el Ministerio Fiscal lo rechaza el Supremo, considerando que declarada por la Sala sentenciadora la identidad de la persona que con diferente apellido figura en la Partida de bautismo, en el Registro civil y en el reconocimiento de hija natural, hecho por su madre en testamento, y estimando que se trata de una sola y misma persona, es vista la improcedencia del primer motivo del recurso, por cuanto los preceptos del Código civil y de la ley del Registro, invocados, lejos de infringirse por la Sentencia recurrida tienen en ella su debido acatamiento, ya que ambas disposiciones (artículos 327 y 18) establecen la intangibilidad de las inscripciones de dicho Registro, mientras no se ordene en ejecutoria de Tribunal competente, con audiencia del ministerio público y de las personas a quienes interese, y como este procedimiento es el exactamente seguido en el caso de este recurso, debe desestimarse dicho motivo, sin que pueda prosperar tampoco el segundo motivo, en el que se supone incongruencia entre lo pedido y otorgado, porque en la demanda se solicita la declaración de que el apellido estampado en la Partida de matrimonio transcrita en el Registro civil y el que figura en la inscripción de nacimiento corresponden a la misma persona, la que por virtud del reconocimiento de hija natural, hecho por su madre posteriormente, lleva los apellidos de la persona que la reconoció, y en su consecuencia se ordena al Juez municipal la rectificación de dicha inscripción de matrimonio con los apellidos de la madre, que hizo el reconocimiento, siendo éste el mismo contenido de la parte dispositiva de la Sentencia.

123. *Causa. La apreciación de si el contrato tuvo o no causa es de puro hecho y sometida al Tribunal de instancia.* Sentencia de 14 de Noviembre de 1932.

Doña C. formuló demanda contra dos señores presentando un pagaré por el cual los demandados, en unión de otro señor y solidariamente, se compro-

metían a pagar a la actora 20.000 pesetas; opusieron los demandados la falta de causa en el documento de referencia y, por tanto, la nulidad del mismo por cuanto nada habían recibido de la actora, y el Juzgado dictó sentencia absolvatoria, pero esta sentencia fué revocada por la Audiencia de Cáceres, que condenó al pago de la cantidad pedida, y la Sala declara no haber lugar al recurso considerando que la sentencia recurrida no ha infringido por inaplicación el artículo 539 de la ley Procesal, porque no puede ser más congruente un fallo que condenó a los demandados a cuantas peticiones solicitó la actora, y por la misma acción y causa de pedir que en su demanda ejercitó y en cuanto a la prueba de confesión, si bien la demandante afirma que no entregó cantidad alguna a los tres firmantes del pagaré, con anterioridad en la misma respuesta asegura que uno de los firmantes le adeudaba cuatro mil duros, extremo esencial del que no se debe prescindir para apreciar la confesión en pleno y que indudablemente tuvo en cuenta la Sala para declarar que en el pagaré base del litigio se trataba de asegurar la devolución a la actora de la cantidad expresada, derivada de un saldo de cuenta entre ella y uno de los tres firmantes, sin que sea posible legalmente sostener después de esta declaración que el documento referido carezca de objeto y causa lícita y cierta, ni que se infringió el artículo 1.232 del Código civil.

En cuanto al motivo, que se funda principalmente en la infracción por no aplicación del artículo 1.266 del Código civil, que establece la nulidad de los contratos por falsa causa, si no se probare que estaban fundados en otra verdadera y lícita, procede igualmente desestimarla, porque parte de un supuesto o alegación que la sentencia recurrida no acepta, cual es que el pagaré contenía una obligación falsa y simulada, en cuyo caso sí sería de aplicación aquel artículo, pero desde el momento en que el Tribunal a quo reconoce y declara que hubo causa en la obligación, ya que iba incluida en el objeto, es decir, en la propia prestación, a esta declaración hay que atenerse mientras un acto o documento auténtico no acredite la equivocación evidente del juzgador, ya que según tiene declarado esta Sala, la apreciación de si el contrato tuvo o no causa es de puro hecho y sometida al Tribunal de instancia.

**124. «Actio communi dividundo». Al ejercitar esta acción no pueden ser discutidas las cuestiones de propiedad. La divisibilidad de fincas es «uestio facti» de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora. Sentencia de 25 de Noviembre de 1932.**

Dos de las tres dueñas de un finca indivisa nombraron un administrador que se encargara de la administración de la misma, el que requirió a la otra condueña para que desalojase la parte de finca que ocupaba, y al no conseguirlo, la demandaron para tal fin, a lo que se opuso la demandada, que por reconvención pidió sentencia declarando nulo el nombramiento de administrador y condenando a las actoras a que consintieran la división de los bienes. El Juzgado dictó sentencia por la que, estimando en parte la demanda interpuesta, declaró que la finca pertenecía en común a actoras y demandada, y estimando también en parte la reconvención, condenó a las demandantes a que consintieran la división de la finca; tramitada la apelación interpuesta por las demandantes, la Audiencia declaró que la finca pertenecía en comunidad a actoras y demandada, y que mientras durara ese estado, y siendo la voluntad de la mayoría de las partícipes nombrar un administrador, la demandada estaba obligada a consentirlo, debiendo dejar libres las porciones que ocupaba, y que siendo indivisible, debía venderse en pública subasta.

Contra esta sentencia, las demandantes apelantes interpusieron recurso de casación por infracción de ley, que desestima el Supremo considerando en cuanto a la infracción alegada del artículo 1.271 del Código civil, por haberse decretado la venta incluso de una capilla existente en la finca, o sea de una cosa existente fuera del comercio de los hombres en cuanto parte integrante de la Iglesia parroquial, que la sentencia de instancia ha declarado que todos los bienes reseñados en la demanda, entre los que se encontraba la capilla, pertenecen en comunidad y por iguales partes a las tres hermanas litigantes, y como contra este pronunciamiento suplicado por las demandantes no interpuso apelación la demandada, resulta improcedente cuanto con nuevos razonamientos sobre las leyes de Partidas, Concordato de 1851 y vigencia del Codex, alegan las recurrentes, máxime si se tiene en cuenta que los extremos del fallo recurrido no han sido atacados al amparo del número siete del artículo 1.692 de la ley Procesal; que las cuestiones de propiedad no pueden ser discutidas por los comuneros al ejercitarse la «actio communii dividundo» como si se tratase de una reivindicatoria, de que con cierta libertad técnica se habla en los documentos aportados a este pleito, al igual que en el Derecho canónico moderno de propiedad de una capilla en el sentido de posesión y atribución de los derechos de uso y administración y, en fin, que al admitir el Tribunal que la capilla forma parte de la casa grande, no ha pretendido fijar con precisión la naturaleza de los derechos que corresponden a quienes se titulaban sus propietarios, si no justifican la enajenación de la cosa común.

En el último motivo del recurso se intenta demostrar la infracción de los artículos 400, 401 y 404 del Código civil, por no haberse probado que la división de la citada finca no pueda hacerse sin dejarla inútil para el uso a que se destina, y con tal objeto pasa revista a los diversos documentos que a su entender se refieren a la unidad de la finca más que a su indivisibilidad, al mismo tiempo que niega importancia a los gastos calculados en el informe pericial como necesarios para dividirla en tres porciones y a las frases empleadas en la partición sobre la conveniencia de dejarla por ahora en pro indivisión, pero al hacerlo así olvida que la divisibilidad es cuestión de hecho de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora, y que ya de este pleito, con un verdadero escrupulo profesional, lejos de contentarse con valorar en conjunto las pruebas aducidas, analiza el destino tradicional del inmueble; el testamento de la causante, los actos propios de los litigantes, la prueba testifical y el informe pericial del mismo, para poner fuera de duda que la cosa pro indiviso se estima esencialmente indivisible, dado su destino de finca de recreo, términos equivalentes a los empleados por el artículo 401 del Código civil y demostrativos con igual energía de la imposibilidad de dividir la cosa sin dejarla inservible para el uso a que se destina.

**125. Acción rescisoria de partición por causa de lesión. El plazo de cuatro años para ejercitárla (incluso mediando menores) ha de contarse desde la fecha de las operaciones particionales y no desde la mayoría de edad.** Sentencia de 28 de Noviembre de 1932.

Una heredera demandó a los que con ella eran herederos de determinado causante por causa de lesión en la partición hecha durante su menor edad, advirtiendo que aún no hacía cuatro años que había cumplido su mayor edad; opusieron los herederos la excepción de prescripción, y el Juzgado y la Audiencia absolvieron de la demanda; el Supremo rechaza el.

recurso, considerando que habiendo sido la demandante y recurrente en la partición de bienes representada por su madre, por ser menor de edad, partición elevada a escritura en 1920, la única cuestión que se plantea en el presente recurso es la de determinar cuándo ha de empezar a contarse el plazo de los cuatro años a que se contrae el artículo 1.076 del Código civil para entablar la acción rescisoria del 1.074, ya que la sentencia recurrida sostiene que el plazo comienza a correr desde que se hicieron las operaciones divisorias, y la recurrente afirma que no empezó hasta el año 1926, en que cumplió la mayor edad, que es cuando, según ella, pudo ejercitarse su derecho.

El artículo 1.932 del Código determina que los derechos y acciones se extinguieren por la proscripción o perjuicio de toda clase de personas, incluso las jurídicas, en los términos previstos por la ley, añadiendo que quedará siempre a salvo a las personas impedidas de administrar sus bienes el derecho para reclamar contra sus representantes legítimos cuya negligencia hubiese sido causa de la prescripción, precepto redactado en términos tan absolutos, que incluye a los menores de edad, asistidos de sus representantes legítimos, y que aplicado rectamente por la Sala sentenciadora resuelve la cuestión planteada en el sentido de que el antes dicho plazo debe empezar a contarse desde que la partición se hizo, sin que por ello se vulneren los artículos 1.229 y 1.269 que se invocan por la recurrente, porque en cuanto al primero no es aplicable a los menores de edad asistidos de sus legítimos representantes, y en cuanto al segundo, porque la acción pudo ejercitarse por la madre de la menor, hoy recurrente, y al no haberlo verificado en el plazo establecido, se extinguío por prescripción, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.932, de todo lo cual se sigue que el Tribunal a quo no cometió las infracciones que se alegan en los motivos del recurso, sin perjuicio de que la recurrente pueda entablar las reclamaciones procedentes contra su legítima representante, ya que la acción deducida en la demanda prescribió por haber transcurrido con exceso el plazo de cuatro años a contar desde que las particiones se hicieron.

*126. Acción rescisoria. El plazo de un año ha de contarse desde la fecha del contrato, cualquiera que sea la forma de su otorgamiento. Sentencia de 11 de Mayo de 1933.*

Una Sociedad bancaria interpuso demanda contra el tutor de unos menores, alegando que el Banco adquirió una finca por cesión que le hizo un deudor en pago de hipoteca que quedó cancelada, y una vez dueño el Banco de la misma, la vendió, por documento privado, al padre de los menores que hoy demandaba, con precio aplazado y obligación de elevar el contrato a escritura dentro del año, habiendo fallecido el padre y cediendo la madre la finca a otro con permiso del Banco, pero fallecida ésta, el tutor se negaba al otorgamiento de escritura y constitución de hipoteca, oponiendo el tutor que la finca respondía de ciertas obligaciones que el padre no conoció, pidiendo la absolución y, por reconvención, la rescisión del contrato con devolución del precio y pago de mejoras.

El Juzgado estimó la demanda, pero la Territorial de Valladolid absolvió al demandado, y estimando la reconvención, declaró rescindido el contrato privado y la obligación del Banco de abonar las mejoras. Interpuesto recurso, lo admite el Supremo y CASA Y ANULA LA SENTENCIA RECURRIDAS, considerando que el Tribunal a quo, al absolver de la demanda y estimar la reconvención declarando rescindido el contrato privado, interpretó erróneamente el artículo 1.483 del Código civil en que se apoya el fallo, pues es lo cierto que en el supuesto de ser aplicable al caso de autos, la

Sala sentenciadora incurrió en notoria contradicción, ya que habiendo afirmado que aquel precepto se extiende en sus efectos, no tan sólo a las escrituras públicas, sino también a los documentos privados y aun a los contratos hechos de palabra, no cabía cercenarlo limitando su aplicación, por lo que se refiere al plazo para ejercitar la acción roscisoria, exigiendo para su cómputo el otorgamiento de escritura, porque, aparte de que el artículo no autoriza semejante exigencia, ello implicaría dejar el indicado plazo al arbitrio de las partes, siendo así que lo que la ley pretende es que el tiempo del año se cuente desde la fecha del contrato, cualquiera que fuera la forma de su otorgamiento.

*127. Seguro de responsabilidad civil. El perjudicado en accidente de automóvil ha de ejercitar la acción directamente contra el causante del daño (asegurado), y subsidiariamente, contra la Compañía aseguradora. Sentencia de 4 de Noviembre de 1932.*

Celebrado un contrato de seguro de automóvil con determinada Compañía de seguros, tuvo un accidente el asegurado, que en un atropello mató a una persona, entablando la madre de la víctima demanda contra el asegurado y la Compañía aseguradora, en reclamación de una indemnización de 10.000 pesetas, a la que se allanó el asegurado, pero se opuso la Compañía de seguros alegando que la demandante no tenía acción para demandarla, puesto que no era parte en el contrato y, además, no estaba obligada por haberse allanado el asegurado.

El Juzgado, en sentencia que confirmó la Audiencia, condenó al asegurado, y subsidiariamente a la Compañía, al pago de las 10.000 pesetas, e interpuso recurso de casación por infracción de ley, lo desestima el Supremo considerando que por el contrato de seguro de circulación de automóviles, las Compañías aseguradoras toman sobre sí, mediante una prima voluntariamente convenida con los asegurados, las responsabilidades de éstos por riesgos futuros, constituyéndose en obligadas principales al pago de las indemnizaciones debidas a los damnificados por acción u omisión de que deben responder los asegurados y pudiendo consignar todos los pactos fártos que las partes convengan, por lo cual es palmario que las estipulaciones estampadas en la póliza no se refieren de presente a otras personas que a los contratantes, pero lo es también que cuando el riesgo lo constituyen daños causados a terceros, no pueden éstos ser considerados como extraños en absoluto al contrato en que aparece asegurado un posible riesgo futuro que la realidad ha convertido en presente y al damnificado en acreedor de una cantidad indeterminada en la póliza, si bien es cierto, y a la que tiene indiscutiblemente derecho como justa reparación del daño sufrido.

Sentado lo anterior, no es posible negar al damnificado el derecho de reclamar la indemnización correspondiente, que si no puede ejercitarse por acción directa contra la Compañía aseguradora, por lo mismo que no existe entre ambos vínculo contractual, es incuestionable que tiene expedito el ejercicio de la misma contra el asegurado como directo obligado, y conjunta y subsidiariamente contra la Compañía aseguradora, por cuanto una vez producido el daño a tercero, esto es, interesado en un contrato cuyo objeto ha sido el daño que sufre y la indemnización por él debida, pudiendo la Sociedad demandada ejercitar todas las excepciones que viere conveniente, sin que por ello se violen los preceptos normativos de la materia contractual, toda vez que, como va dicho, el perjudicado, una vez padecido el siniestro, no es extraño al contrato de seguros concertado entre asegurador y asegurado, sin que pueda entenderse que el allanamiento a la demanda

del asegurado constituya la connivencia que exime de toda responsabilidad a la Compañía aseguradora, aparte de que el acuerdo culpable no lo admite el Tribunal *a quo*.

No es preciso una novación para que la parte actora pueda ejercitar su acción contra la Compañía aseguradora conjuntamente con el asegurado, y el allanamiento de ésta dejó más expedito el camino procesal para que la damnificada ejercitase su acción, siendo palmario que la perjudicada, por el hecho mismo de haber sufrido el daño, se hallaba asistida del derecho a reclamar su reparación directamente de la parte que lo había producido y subsidiariamente de la Compañía aseguradora, que por un acto de su voluntad, y mediante la prima convenida, aceptó el riesgo de abonar los daños que causara el asegurado, quedando con ello imposibilitada de rechazar una reclamación que con sujeción a las cláusulas contractuales libremente y para futuros acontecimientos había aceptado.

**128. Quiebra fraudulenta. Aunque el fraude no se presume, esta regla es inaplicable a la presunción de fraude establecida por la ley.** Sentencia de 8 de Mayo de 1933.

Contra sentencia del Juzgado de M. calificando de fraudulenta una quiebra, confirmada en este extremo por la Audiencia de Granada, se interpuso recurso de casación por infracción de ley, que no admite el Supremo considerando que si bien por regla general el concepto de fraude no se presume, esta regla es inaplicable a la presunción de fraude establecida por la ley, y siendo determinados y preceptivos en el Código de comercio los casos en que deben reputarse fraudulentas las quiebras de los comerciantes, precisa tan sólo, para resolver el caso del recurso, estimar como cuestión de hecho si por el resultado de las pruebas ha concurred o no la circunstancia del artículo 891 de aquel Código. Al aplicar la Audiencia este precepto a la quiebra de la Sociedad P., lo hizo acertadamente, ya que se fundó en hechos acreditados, entre ellos la desaparición de los libros, sin que pueda estimarse bastante para desvirtuar este razonamiento una certificación del Administrador de Rentas públicas de presentación de balances por la Sociedad quebrada ni un testimonio del sumario incoado por desaparición del contable de la Sociedad.

**129. Producción de Seguros. Prohibiciones a los Agentes productores. La fundación por éstos de una nueva Compañía de Seguros no supone la gestión de Seguros.** Sentencia de 11 de Mayo de 1933.

Interpuesta demanda por un productor de seguros contra la Sociedad por cuenta de la cual trabajaba, reclamando los beneficios y comisiones que como agente le correspondían, opuso la entidad lo que a su derecho correspondía, reclamando por reconvención cierta suma que el agente le debía, dictando el Juzgado sentencia absolutoria y condenando al actor a pagar la deuda a la Compañía, y tramitada la apelación, la Territorial de Madrid la revocó, declarando que el actor tenía derecho a los beneficios y comisiones que pedía en la demanda, debiendo abonar a la Compañía lo que le adeudaba, debiendo compensarse ambas deudas, e interpuso recurso por la Sociedad, lo rechaza el Supremo considerando que la cuestión a decidir es si el agente productor trabajó o no en beneficio de otras Compañías, hecho sancionado en el Reglamento de la Sociedad, cuestión cate-

góricamente resuelta por el Tribunal *a quo*, que dice no existe prueba de tal imputación, y nada supone en contrario el hecho de que el agente fundara una Sociedad de seguros, pues esto no indica que gestionara ni hiciese seguros, ni en todo caso pudo la nueva Sociedad contratar hasta su inscripción en el Registro mercantil, hecho que tuvo lugar cuando el agente ya no pertenecía a la Sociedad demandada.

*Lo más interesante que se desprende de la sentencia extractada es que la fundación de una nueva Compañía de seguros por el agente de otra Sociedad dedicada a este fin, no supone que este agente haga o gestione contratos de seguros en perjuicio de la entidad por la cual trabaja, quedando de este modo pintorescamente interpretados los contratos y reglamentos de las Compañías que prohíben terminantemente a sus agentes la gestión de pólizas en beneficio de Sociedades diferentes.*

**130. Capacidad de la mujer casada para comparecer en juicio.**

*Validez de las actuaciones seguidas contra mujer declarada en rebeldía.* Sentencia de 24 de Octubre de 1932.

Seguido juicio contra una mujer casada declarada en rebeldía, alegó el marido la nulidad de todo lo actuado, a lo que no accedieron ni el Juzgado ni la Audiencia, e interpuesto recurso, lo rechaza el Supremo considerando que la Sala sentenciadora, al resolver no haber lugar a la nulidad del juicio declarativo interpuesto contra la mujer, no infringió el artículo 60 del Código civil, pues éste, lejos de prohibir que la mujer casada comparezca en juicio en virtud de un emplazamiento que le haya sido hecho, autoriza dicha comparecencia, siempre que tenga para ello licencia de su marido, cuya licencia no exige previa solicitud de la mujer al marido, sin que tampoco infrinja el Tribunal *a quo* el artículo 62 de dicho cuerpo legal, ya que la mujer casada, en el pleito de referencia, ni compareció en el juicio ni ejecutó acto alguno que deba ser declarado nulo, puesto que la misma se limitó a no comparecer al emplazamiento que se le hizo, permaneciendo en rebeldía durante el pleito.

**131. ¿Es nula la venta de bienes de menores autorizada por juez de distinto domicilio que el menor?** Sentencia de 6 de Octubre de 1932.

Vendida por un padre, mediante autorización judicial, una finca de su hijo menor de edad, pidió después el hijo la nulidad de la venta, alegando que la autorización fué concedida por Juez de distinto domicilio del que tenía el menor, dictando el Juzgado sentencia, confirmada por la Territorial, absolutoria, e interpuesto recurso por el hijo, lo rechaza el Supremo considerando que la circunstancia de haberse tramitado en el Juzgado de primera instancia de Cádiz el expediente por el cual se concedió la autorización para la venta de la casa perteneciente al entonces menor, en vez de tramitarse en el lugar donde éste vivía, no puede estimarse como motivo de nulidad de aquella autorización, porque la Sala sentenciadora, usando de sus facultades soberanas, declaró incierto el domicilio del padre del menor que instó el expediente que había de ser el determinante de la competencia, sin que contra tal apreciación pueda prevalecer el criterio del recurrente, por lo que resulta evidente que no ha sido violado el artículo 164 del Código civil.

Considerado incierto el domicilio del padre, no hace el Supremo una declaración terminante en el interesante asunto que motiva el recurso; no obstante, parece desprenderse del anterior considerando que es nula la autorización concedida por Juez de distinto domicilio; viene de este modo a confirmarse la práctica generalmente seguida y que recoge la Resolución de 1 de Octubre de 1927, aunque en la realidad, y con motivo de los grandes inconvenientes que por los Juzgados se ponen en la concesión de estas autorizaciones, el procedimiento a seguir es de suma sencillez, bastando con que el padre llene un padrón y saque una cédula en el sitio donde sus pretensiones han de ser atendidas.

**132. Mandato representativo. Efectos de la extralimitación del mandato por parte del mandatario. Sentencia de 17 de Octubre de 1932.**

Entablada demanda para rendición de cuentas contra cierto apoderado, el Juzgado dictó sentencia condenando a éste a rendir cuenta justificada de su gestión como mandatario de don J. por las ventas de acciones, créditos y participaciones que este señor tenía en cierta Asociación, condenando al demandado a que entregase a los herederos de don J. la parte de pesetas que correspondieron a dicho señor, cobradas por el demandado, sentencia en parte confirmada por la Territorial, e interpuesto recurso por el demandado, lo rechaza el Supremo considerando que el contrato por el cual se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa y el apoderamiento que confiere facultad al apoderado para que concluya actos o negocios jurídicos por su poderdante como si este mismo los hubiera celebrado, son dos figuras de tan esenciales diferencias entre sí, que ni siquiera se borran por entero cuando se funden ambas en la unidad del mandato representativo, y, en su consecuencia, los efectos de este contrato, materia del presente recurso, quedan regidos con la debida separación conceptual y técnica correspondiendo a la esfera interna cuanto toca a los derechos y obligaciones reciprocas de mandante y mandatario y por ende cuanto afecta a la conducta del último en la ejecución del mandato que habrá de llevar a cabo dentro del encargo recibido y con arreglo a las instrucciones recibidas, o, en su defecto, comportándose como un buen padre de familia, mientras que a la exterior esfera competen los efectos del contrato en relación a terceros, llegando hasta obligar al mandante con relación a ellos siempre que el mandatario hubiera actuado dentro de los límites del mandato o, por el contrario, obligando al mandatario con relación a tercero, si traspasó sus poderes sin dar de ellos suficiente conocimiento.

Esto no obstante, la extralimitación del mandato por parte del mandatario provoca para éste responsabilidades internas ante su principal, pues a tenor del artículo 1.714 del Código civil, está obligado a no traspasar los límites de sus poderes, y procediendo en contrario queda sujeto a la responsabilidad contractual que define el artículo 1.101 y en especial el 1.718, de donde resulta que al declarar esta responsabilidad el fallo recurrido, no infringe el artículo 1.727 del mismo cuerpo legal, como con error sostiene el recurso, partiendo de la equivocada tesis según la cual la extralimitación del mandato produciría exclusivamente en defensa de los intereses del mandante una acción de nulidad del negocio que el mandatario celebró con extralimitación, pues es notorio que en determinados casos quedaría indefenso el mandante con aquella exclusiva acción de nulidad si no estuviera provisto de la de daños y perjuicios contra su mandatario.

La elección entre ambas acciones corresponde por entero al mandante como dueño que es de su interés propio, si bien cuando elija la indemnidad

zación, correrá a su cargo la prueba de la existencia de perjuicios, cuya apreciación, en definitiva, corresponde al Tribunal de instancia. . .

**i33. Arrendamiento de mina. Pena convencional. Prueba de presunciones.** Sentencia de 25 de Octubre de 1932.

Celebrado un contrato de arrendamiento de una mina, formuló la Sociedad minera propietaria demanda contra el arrendatario por infracción de las estipulaciones del contrato, dictando sentencia el Juzgado declarando bien rescindido el contrato y que el demandado venía obligado a desaguar la mina y a hacer diversas reparaciones y entregas, y el Supremo rechaza el recurso porque la sentencia combatida no incide en las infracciones que se citan por la interpretación dada por el Tribunal de instancia a las cláusulas del contrato, fija con claridad el alcance de su contenido; lo mismo desde el punto de vista jurídico en lo característico del arrendamiento de mina concertado, que tocante a los demás pactos de los contratantes; que la cláusula 17 del contrato no es típica de la figura accesoria de pena convencional que define el artículo 1.152 del Código civil, visto que su contenido no tiende a establecer una liquidación preventiva de perjuicios derivados de toda clase de daños concurrentes a cualquier evento, sino que adopta la forma y asume la calidad de una fianza impropia o caparra prestada y ofrecida para responder de obligaciones limitadas dependientes del pago del canon arrendatario semejante a la garantía de otras especies contractuales análogas.

No es posible desautorizar el juicio del Tribunal de instancia sobre el desmerecimiento de la cosa arrendada imputable al recurrente extraído de un poderoso indicio basados en dos hechos tan relevantes y seguros como el de haber recibido el arrendatario la mina en estado de normal aceptación y ser más tarde devuelta con los desperfectos que han sido señalados sin conseguir declinar la responsabilidad propia, mediante la oportuna contrastación de hechos o eventos independientes de su culpa o negligencia, y todo ello constituye una probanza completa por medio de la presunción, comprendida en el artículo 1.241 del Código civil, que la sentencia recurrida ha utilizado adecuadamente, sin que obste a tal afirmación una comunicación de la Jefatura de Minas con el testimonio de la visita de inspección al tiempo de comenzar el arriendo, en la que consignan ciertas imperfecciones, porque ni esa comunicación tiene el alcance que se le concede, ni puede estimarse como documento auténtico en el sentido de demostrar la equivocación evidente del juzgador.

**i34. Responsabilidad del Banco que libra cheques en perjuicio de un cuentacorrentista y en virtud de cartas-órdenes falsificadas, aceptadas como legítimas, por impericia o negligencia de sus empleados.** Sentencia de 21 de Octubre de 1932.

Una entidad mercantil formuló demanda contra un Banco alegando que la actora tenía abierta una cuenta corriente en el Banco, a la cual éste cargó cinco cheques expedidos por el de Bilbao previa falsificación de la firma de la demandante, por cuya razón la Audiencia condenó a X. por estafa, suplicando se condensase al Banco a pagar el importe de un cheque de 32.000 pesetas con cargo a la cuenta corriente de la actora, a que anulase los asientos de cargo hechos en la cuenta corriente y a satisfacer el saldo que resultase. La Audiencia condenó cuál se pedía en la demanda, e interpuesto recurso, lo rechaza el Supremo considerando que el Tribunal

sentenciador no ha cometido las infracciones legales y de jurisprudencia que se citan, porque la resolución recurrida no ataca ni desconoce la santidad de la cosa juzgada, sino que resuelve definitivamente lo que había quedado impreciso, ya que es inadmisible la forma expeditiva utilizada por el Banco de B. para reintegrarse de lo indebidamente pagado por sus propios errores, que la jurisprudencia de esta Sala ha declarado son impunitables al que los padece.

La responsabilidad civil subsidiaria por razón de delito y quasi delito declarada en los artículos 21 del Código penal y 1.902 y 1.903 del civil, alcanza, según el contexto de estos textos legales a los amigos, empresas, etc., de los directamente obligados, pero tan sólo por las infracciones delictivas o culposas en que éstos hubieran incurrido en el desempeño de sus obligaciones en los ramos en que se hallasen empleados, mas como la parte recurrente pretende extender esta responsabilidad a la actora por los delitos cometidos por el contable de ésta, que no pudo cometer los delitos por que se ha sido penado con ocasión de unas funciones que no le estaban encendidas, evidente es que la Sala sentenciadora no ha infringido las disposiciones legales invocadas, debiendo rechazarse igualmente el error de derecho, porque no puede negarse la evidencia de haber librado dicho Banco los cheques por virtud de cartas-órdenes falsificadas, que aceptó como legítimas la impericia o negligencia de sus propios empleados.

*135. Sucesión contractual. Ejercicio de acciones derivadas de un testamento ológrafo destruido antes de su protocolización. Sentencia de 16 de Noviembre de 1932.*

Otorgado un testamento ológrafo por una señora, fué depositado éste en poder de su confesor, el que, sabedor de la muerte de aquélla, hizo entrega del mismo al marido, para que éste, a su vez, lo llevara al Juzgado para su elevación a escritura pública, lo que no pudo realizarse porque el citado marido de la testadora hizo mil pedazos el escrito. Con tal motivo, el nombrado heredero en el testamento destruido llegó a un acuerdo con el viudo-destructor, en el que éste se comprometía a instituirle heredero, como así al parecer lo hizo, pero más tarde cambió de idea, nombrando a un sobrino, por lo cual el heredero buriado, aportando como prueba de lo anteriormente dicho dos actas, en las que tanto el confesor como un hermano del testador declaraban ser cierta la existencia del testamento ológrafo, suplicaba sentencia para que se condensase al sobrino-heredero al pago de lo que el actor creía le correspondía. Opuso el demandado, entre otras razones, la falta de prueba de las afirmaciones del actor y, además, que lo que tanto el actor como el confesor y otro testigo imputaban al causante del demandado era la comisión de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio, imputación que, aun siendo falsa, ellos dan como cierta y la conocieron en 1914, por lo cual serían encubridores de un delito público, pero que por el lapso de tiempo estaba prescrito.

El Juzgado y la Audiencia dictaron sentencia absolutoria, e interpuesto recurso, lo rechaza el Supremo considerando que si bien la obligación establecida en el artículo 69º del Código civil no sólo recae sobre la persona en manos de la cual hubiera el testador consignado mediante entrega directa su testamento ológrafo, sino de cualquier otra que lo tuviera al fallecimiento de aquél, es lo cierto que el resarcimiento de daños y perjuicios a que se contrae el mencionado precepto, hace referencia a los ocasionados por la dilación en el cumplimiento de este deber legal, que pueden ser exigibles cuando la presentación se verifique después de plazo de diez días a contar desde que el depositario conociere el fallecimiento del testador,

pero acusada en este caso la grave transgresión que supone la circunstancia de haberse ocultado, destruido o extraviado, culposa o negligentemente dicho documento, con pérdida de su sustancia formal y de sus sagradas declaraciones (*in fine*), es claro que la calificación jurídica de tal evento excede del ámbito de una mera obligación concreta (*ex lege*) para recaer en el campo anormal del hecho ilícito cuya acción civil se extrae genéricamente—y el propio recurrente así pretendió promoverla—del contenido inscrito en el artículo 1.902 de dicho cuerpo legal, cuyo ejercicio está limitado al transcurso de un año que autoriza el artículo 1.268, y es claro que computado el término a tenor del 1.969, como lo verificó el Tribunal *a quo* de un modo exacto y correcto, resulta evidente la prescripción liberatoria que excepcionó la parte recurrida.

Extinguida la acción penal por fallecimiento del presunto responsable de la desaparición del testamento ológrafo, sin haber empezado a actuar el ejercicio de la misma ante la jurisdicción competente, es indudable que el éxito de la acción civil *ex delicto* contra los herederos de aquél queda subordinado a las condiciones que el derecho privado señala para hacer efectivo el resarcimiento de daños y perjuicios exigibles en esta vía civil, con independencia del proceso criminal, porque una vez desligada la segunda de cualquier género de dependencia y subordinación respecto de la primera inoperante, adquiere la sustancia y el vigor autónomo del *quid* propio como atributo del derecho subjetivo pertinente al perjudicado, frenete a quienes no asumen otra responsabilidad que la patrimonial de carácter exclusivamente civil, única trascendida del hecho ilícito realizado por el causante; y es obvio que teniendo la acción ahora discutida una génesis distinta, elementos diferentes y otra adscripción jurisdiccional privativa que la penal directa, ni los Tribunales del orden judicial civil pueden, sin exceso de función, declarar la existencia previa del delito como presupuesto original del derecho reclamado, ni ampliar el término de vitalidad de la acción civil más allá de lo permitido por el artículo 1.968 citado, que regula el ejercicio de la definida y sancionada en el 1.902, únicos de aplicación al caso litigioso.

En cuanto a la promesa hecha al recurrente de nombrarle heredero en propiedad, no sólo de los bienes de la esposa del testador, sino también de los propios y particulares del causante, este anticipo de voluntad ora se estime como una determinación libérrima, ora como un propósito de desagravio y reparación en favor del heredero instituido en el testamento ológrafo indebidamente retenido por el supuesto referente, constituye, como acertadamente dice la Sala sentenciadora, dados los términos generales de tal manifestación, un pacto sobre herencia futura, prohibido a virtud de lo consignado en el párrafo segundo del artículo 1.271 del Código civil, del que no pueden extraerse consecuencias jurídicas en punto al ejercicio de acciones derivadas del pretendido cuasicontrato, que, fundado en el artículo 1.887, aspira a obtener el recurrente.

**136. Interpretación de cláusula testamentaria. La voluntad del testador, expresada en su testamento, es ley para cuantos de éste deriven su derecho. Sentencia de 12 de Noviembre de 1932.**

Doña R. formuló demanda contra don F., en el doble concepto de albacea testamentario de doña E. y de heredero del esposo de ésta, sobre reclamación de legados, fundándose en que doña E. falleció con testamento en el que instituyó heredero de todos sus bienes a su esposo para que los disfrutara toda su vida, con obligación de conservar los que fueren necesarios, a fin de que al morir pudieran pagarse los legados que hacía, entre

los que había uno de 1.000 pesetas a favor de la actora y otro de 5.000 a favor de un hermano de ésta (del que la demandante era heredera); que fallecida doña E., su esposo entró en posesión de la herencia, y a su fallecimiento el demandado sacó a subasta un hotel que formaba parte del caudal relictio, tasado en 15.000 pesetas, que fué adjudicado al mismo demandado en 7.500 pesetas, cifra que pasó al inventario y de esta suerte se perjudicaban los derechos de ambos legatarios, por lo que pedía la nulidad de la venta del hotel y de las operaciones particionales hechas.

El Juzgado declaró nula la venta del hotel, condenando al demandado a reintegrar el inmueble al activo de la testamentaría para que su valor en venta pudiera tenerse en cuenta en todas las operaciones de la misma, sentencia confirmada por la Territorial, e interpuesto recurso, lo desestima el Supremo considerando que siendo ley en materia de sucesiones testamentarias la voluntad del testador, cuando no existen herederos forzosos, y reconociendo el Tribunal *a quo* que en el último testamento de la causante del demandado no impuso ésta a su marido y heredero más obligación que la de satisfacer los legados con los bienes que dejaba al morir, después de pagar otras atenciones preferentes, por lo que la carga a que sujetaba al derechohabiente estaba limitada a la posibilidad de satisfacer con los bienes hereditarios el pago de aquellas liberalidades, es manifiesto que la Sala sentenciadora, interpretando rectamente la voluntad de la testadora, no incurrió en la infracción del artículo 1.003 del Código civil, y aplicó, por el contrario, debidamente el artículo 675 del mismo Código, del que se desprende la doctrina de esta Sala, de que la voluntad del testador expresa da en su testamento es ley obligatoria para cuantos de éste deriven su derecho.

*137. Sustitución fideicomisaria. La premoriencia de los herederos fideicomisarios determina la extinción del fideicomiso condicional. Alcance e interpretación de la palabra «sobrinos». Sentencia de 30 de Noviembre de 1932.*

Don X. falleció con testamento, en el qué instituía heredera a su sobrina doña A., con la condición de que si ésta moría con hijos podría disponer libremente de la herencia; pero si fallecía sin descendencia pasaría a los sobrinos del testador, y fallecida doña A. sin hijos y habiéndola premuerto los otros sobrinos carnales de don X., apareció un testamento de aquella señora en la que nombraba herederos a dos instituciones por partes iguales.

Otorgada la escritura de adjudicación, no fué inscrita, debido a que el Registrador entendió que no podía la testadora disponer de la herencia, porque si bien no existían sobrinos carnales del testador, sí había hijos de sobrinos, que en consecuencia, y por ser también sobrinos, eran los herederos, confirmando la Dirección el criterio del Registrador; con tales antecedentes las dos instituciones nombradas herederas formularon juicio de mayor cuantía contra los que pudieran llamarse sobrinos de don X., pidiendo la validez de la institución, hecha en testamento por doña A., por haber premuerto a dicha señora todos los sobrinos carnales de don X., que eran los únicos que tenían el concepto de sobrinos, razón por la cual aquella señora podía disponer libremente de los bienes, siendo innecesaria la apertura de la sucesión intestada, como sostenía el Registrador; el Juzgado dictó sentencia declarando que la institución de heredero, consignada en el testamento de doña A., contiene una sustitución fideicomisaria condicional en favor de los sobrinos, hijos de hermanos del testador, y que habiendo premuerto dichos sustitutos fideicomisarios, a la heredera fiduciaria, dicha premoriencia de todos los sustitutos fideicomisarios determinó la extinción del fideicomiso condicional, y

pudo, la que había sido fiduciaria, como última posedora de los bienes hereditarios, disponer libremente de ellos, siendo en su consecuencia sus herederos universales, por partes iguales, las instituciones designadas por ella para que puedan disfrutar de la mentada herencia, libre de la sustitución fideicomisaria condicional referida, condenando a los sobrinos de don X., o sea a los hijos de los sobrinos carnales de este señor, a estar y pasar por estas declaraciones. Confirmada la sentencia por la Territorial de Barcelona, el Supremo rechaza el recurso, considerando que la interpretación de las cláusulas de testamento, oscuras o dudosas, corresponde a los Tribunales de instancia; que la palabra «sobrino», que en la jurisprudencia clásica se usaba para designar un parentesco de sexto grado, si bien se restringió su alcance, y tanto en la legislación anterior al Código como en éste se refiere exclusivamente a los hijos de hermanos, tiene en el lenguaje corriente diversos significados, tales como entender por ella no sólo a los hijos de hermanos, sino también a los hijos de primos hermanos y a otros parientes colaterales aún más alejados, variando extraordinariamente en las provincias españolas esa significación que el uso ha introducido, de lo que se sigue que en el presente litigio, en que la recurrente combate la sentencia de instancia por interpretación errónea del testamento de doña A., otorgado en catalán, y en que todo depende de la interpretación de la palabra *nèbot* (sobrino), al efecto de determinar qué grado de parentesco se comprende en ese nombre, el problema, en realidad, es de hecho, y, por lo tanto, sujeto a probanza, de la exclusiva competencia del Tribunal *a quo*; además, la cláusula de institución de heredero debatida, tal como se halla redactada, es oscura, ambigua y dudosa, ya que en ella, caso de fallecer la heredera fiduciaria sin descendientes legítimos, el testador instituye herederos universales a «todos los sobrinos, por iguales partes», oscuridad que por un lado proviene de no añadir frase alguna a la palabra «sobrinos», para concretar su intención, y por otro, porque extendiendo el alcance de esa palabra por falta de concreción, esto es, en el supuesto de una transmisión sucesoria de los derechos de los hijos de hermanos a favor de dos hijos de tales hijos, como la parte recurrente pretende, se contraría la voluntad del testador, que ordena que la distribución se haga por partes iguales o *in capita* y no *in estirpes*.

*138. Comisario, contador y partidor. Verificadas las operaciones divisorias, huelga el juicio universal de testamentaría, que es innecesario e inútil, aunque aquéllas no hubiesen comenzado.*

Sentencia de 18 de Mayo de 1933.

Contra sentencia dictada en juicio seguido en el Juzgado de A., y contra la que dictó la Audiencia de O., se interpuso recurso por infracción de ley, que rechaza el Supremo, considerando que el único motivo de casación invocado versa sobre la supuesta infracción de los artículos 1.057 del Código civil y 1.046 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque, a juicio del recurrente, los contadores partidores testamentarios no pueden proceder a la partición de herencia fuera del procedimiento jurisdiccional, si éste ha sido abierto por parte legítima antes de hacerse la partición, sino que su actividad deben ejercitarse en el momento oportuno, dentro del procedimiento judicial. La ley del testamento es la norma fundamental de la sucesión, creándose, mediante su exteriorización solemne, un estado de derecho vigente e inmutable y en consecuencia ordenada, por el testador, la derogación de la masa, dividiendo por medio de comisarios, vienen éstos a sustituirse en las facultades de aquél, no con mero arbitrio y libre modo, sino sometidos estrictamente a las cláusulas testamentarias, pero en juego de plena autonomía dentro del plazo regular, como corresponde a su calidad de *iudex familliae crescundae*, cuyos

poderes adquieren total amplitud de función, sin otras intervenciones judiciares que las decisorias, en cuanto a los motivos de rescisión parcial, cuando ésta procediere en justicia.

Iniiciado el juicio universal de testamentaría a instancia de parte, la apertura del procedimiento no atrae a su régimen ni cohíbe en lo más mínimo las atribuciones de los contadores partidores, cuando éstos entendieren llegada la oportunidad de ejercitárlas al margen del proceso judicial por que éste se da para resolver la comunión de cosas y derechos a virtud del principio *nihil debet indivisum relinquere*; y es claro que si a ello se adviene por el cauce normal del testamento, huelga el juicio, tanto por imperio de la Ley particular del caso como por razones de economía procesal, debiendo sobreverse las diligencias cutiendo las operaciones divisorias de los contadores partidores testamentarios, operando dentro de su ámbito propio, hubieren sido eficazmente terminadas.

*El Supremo, incidiendo en el mismo error, repetidas veces apuntado, usa con una grave imprecisión los conceptos de comisarios, contadores y partidores; pero al lado de este proceder es de alabar el criterio de robustecimiento de la figura del Comisario, que elaborado a fuerza de resoluciones de la Dirección de los Registros, como ya hemos dicho en otra parte, tiene en la realidad y en la práctica una importancia excepcional que contrasta con la indiferencia general de nuestros tratadistas hacia esta interesantísima especie de los ejecutores testamentarios.*

**139. Testamento otorgado por mujer casada. No necesita para otorgarlo licencia marital, a tenor de lo dispuesto en el artículo 63 del Código civil.** Sentencia de 26 de Octubre de 1932.

Reconocida por una mujer casada, en testamento, una deuda a favor del hermano de la testadora, formuló el viudo de aquélla demanda contra el hermano pidiendo la nulidad de la cláusula testamentaria y la entrega por el hermano de las rentas cobradas, dictando sentencia el Juzgado, confirmada por la Territorial, absolviendo al demandado. Interpuesto recurso, lo desestima el Supremo, considerando que sobre la base de afirmar el actor que las rentas de los bienes de su difunta esposa las había monopolizado el hermano de la misma y de que la testamentificación activa de la mujer casada ha de desenvolverse dentro de la limitación que por razón de su estado la impone la ley sustantiva civil, por lo que estimaba absurdo que tuviera capacidad dicha señora para hacer en testamento el reconocimiento de una deuda contraída durante el matrimonio a favor del demandado, aduce el recurrente que la sentencia impugnada infringió los artículos 61 y 62 del Código civil, por no haber declarado la nulidad de la indicada cláusula; pero es lo cierto que no pudo hacerlo la sentencia recurrida, porque al disponerla no realizó la testadora ningún acto intervivos, previsto en los citados artículos, que hiciera pertinente su aplicación al caso de autos, sino el de otorgar testamento, para el que no necesitaba licencia marital, a tenor de lo dispuesto en el número 1 del artículo 63 del Código civil, y cuya celebración requiere una capacidad especial que tiene en sí mismo todo el que por ministerio de la ley civil no se halla incapacitado para otorgarlo; así es que la mujer casada que con arreglo a ella la posea no sufre, por el hecho de contrar matrimoni, merma ni limitación para disponer de su última voluntad, siempre que el cumplimiento de su disposición testamentaria no determine ningún agravio para los derechos legítimos de los herederos y sin desconocer al marido acción para impugnar la cláusula del testamento, en tanto será oportuno su ejercicio por el viudo, en cuanto por consecuencia del efecto que aquélla produzca en la

liquidación del caudal relicto, y no antes, pueda venir en conocimiento de la concreta lesión que padezca en la porción hereditaria que la ley le asigna, por todo lo cual no es posible estimar la infracción alegada.

#### ENJUICIAMIENTO CIVIL

- 140. No se da recurso de casación por infracción de ley en los juicios de menor cuantía.** Sentencia de 7 de Noviembre de 1932.

Estimada una demanda reivindicatoria por un Juzgado, se dió a la apelación del demandado el trámite propio de los juicios de menor cuantía, a virtud de ser la señalada la de 15.000 pesetas y de acuerdo con el Decreto de 2 de Mayo de 1931, tramitación con la que se conformaron las partes, dictándose sentencia por la Audiencia revocatoria de la de primera instancia, y la Sala rechaza el recurso de casación interpuesto, considerando que, según prescripción del artículo 1.694, número 1, de la ley de Enjuiciamiento civil, no se da recurso de casación por infracción de ley en los juicios de menor cuantía, en los cuales, si alguno llega a interponerse, deberá declararse no haber lugar a la admisión en el trámite correspondiente, con arreglo a lo que disponen los artículos 1.728 y 1.729 de la expresada ley.

#### DIVORCIO Y SEPARACIÓN

- 141. Efectos del requerimiento notarial hecho por el marido a la mujer, separados de hecho, para reanudar la vida conyugal. Facultad de los Tribunales de instancia para acordar la situación en que hayan de quedar los hijos.** Sentencia de 22 de Abril de 1933.

Para que el recurso de revisión pueda prosperar por injusticia notoria es indispensable que se demuestre que en la apreciación de las pruebas o en la aplicación del derecho se cometió infracción legal tan patente que evidencie la injusticia motivadora del recurso; no debe reputarse infringido el artículo 37 de la ley de Divorcio a cuenta de que por haber optado el demandante, como cónyuge inocente, por la demanda de separación, fundada en la causa 12 del artículo 3.<sup>º</sup> en relación con el artículo 36, se haya decretado por esta misma causa el divorcio vincular, pues éste fué también pedido por la parte demandada al reconvenir, y esto sentado, comoquiera que ninguna razón existe en la ley para dar preferencia a la opción de un cónyuge inocente sobre la del otro, que también lo es, el fallo de instancia no ha infringido los preceptos invocados.

La causa 12 del artículo 3.<sup>º</sup> de la ley de Divorcio, aceptada en la sentencia para dar lugar a aquél, a petición de la demandada, y cuya realidad el recurrente impugna, basta para demostrar la sin razón de lo que solicita, y fácil es deducir, tratándose de una causa objetiva, cuál es la del tiempo de separación, que, o era viable para ambos cónyuges, o no lo era para ninguno; así, pues, si del examen que el Tribunal a quo hizo de las pruebas apreció que existían elementos de juicio bastantes para estimar que se daban en el caso de autos los requisitos necesarios para que se acepte la causa

antes citada a propuesta de la demandada, tampoco por ello puede estimarse que hubo injusticia.

Tampoco hay infracción del artículo 8.<sup>º</sup> de la ley al no haber dado efecto interruptivo sobre el estado de separación al requerimiento notarial que el marido dirigió a su mujer invitándola a reanudar la vida conyugal, pues dejando aparte que el citado artículo se refiere a *requerimiento judicial*, es indudable que el efecto de interrupción que aquel precepto le asigna viene referido concretamente a los plazos de prescripción de las acciones de divorcio señaladas en el párrafo primero del artículo 8.<sup>º</sup>, esto es, el de seis meses, desde que el cónyuge tuvo conocimiento del hecho en que se fundara la acción, y el de cinco años, desde que el hecho se realizó, quedando, en cambio, fuera de este régimen las acciones fundadas en las causas cuarta, quinta, sexta, octava, duodécima y décimotercera, que podrán ejercitarse mientras subsista el estado de hecho que las motiva; de donde se deduce que la separación de hecho y en distinto domicilio, libremente consentida durante tres años, no puede ser invalidada por ninguna clase de requerimientos de un cónyuge al otro, sino que sólo podrá cesar mediante el ejercicio de las correspondientes acciones que repongan al matrimonio en la unidad de domicilio.

El artículo 18 permite a los Tribunales modificar el régimen establecido en los artículos 16 y 17, en cuanto se refiere a la situación de los hijos, sin que su decisión en este punto sea materia de revisión.

**142. Retroactividad. Puede ejercitarse la acción de divorcio aunque el hecho en que se funde se haya realizado antes de la promulgación de la ley. Ineficacia del acto conciliatorio para interrumpir la prescripción.** Sentencia de 20 de Abril de 1933.

Doña A. formuló demanda contra su esposo alegando que contrajeron matrimonio en 1910,habiéndose separado en 1925, y pidiendo, en méritos de las causas que indicaba, el divorcio, a lo que se opuso el marido, a quien la Audiencia dió la razón, absolviéndole de la demanda.

Interpuesto recurso lo admite la Sala, y en su virtud decreta el divorcio de los cónyuges sin especial declaración de culpabilidad ni imposición de costas, considerando que la reiterada jurisprudencia de este Tribunal tiene establecido que la injusticia notoria, como causa de revisión, que figura como la tercera en el artículo 57 de la Ley, ha de ser palmaria y evidente; y admitida por la Sala sentenciadora, tanto la separación de hecho como el diferente domicilio en distinta población desde 1925, es evidente que a la promulgación de la Ley de 2 de Marzo de 1932 habían transcurrido con exceso los tres años señalados en la causa 12 del artículo 3.<sup>º</sup> de la Ley, y conforme a la segunda de sus disposiciones transitorias ha podido ejercitarse la acción de divorcio, aunque el hecho en que se funde se haya realizado antes de dicha promulgación, por cuanto el efecto retroactivo establecido en la Ley lo autoriza y consiente.

La Sala sentenciadora ha infringido notoriamente el artículo 8.<sup>º</sup> de la Ley al no atenerse a su texto explícito, que claramente dispone que cuando la acción de divorcio se funde en la causa 12 del artículo 3.<sup>º</sup> podrá ejercitarse mientras subsista el estado de hecho que la motiva, siendo forzoso estimar el libre consentimiento de los esposos en la prenotada separación por el resultado que las pruebas ofrecen.

Es preciso puntualizar la ineficacia del acto conciliatorio, a los efectos de interrumpir la prescripción de las acciones en materia de divorcio, pues, aparte de su palmaria inaplicación en este caso, nunca puede equipararse dicho acto conciliatorio al requerimiento judicial señalado por la Ley para otros efectos, ni en la materia caben las interpretaciones analógicas, extensivas ni

restrictivas, según tiene establecido este Tribunal, sino que sus preceptos se han de entender en su recto sentido gramatical y lógico, del que notoriamente se ha separado el Tribunal *a quo*, al dar un valor, que la ley no atribuye, al simple acto conciliatorio, que evidentemente carece de virtualidad para destruir la situación de hecho creada con la separación durante más de tres años.

*143. Diferencias entre el abandono y el desamparo. Efectos de la separación con relación a los hijos.* Sentencia de 12 de Abril de 1933.

La causa cuarta del artículo 3.<sup>º</sup> de la Ley de Divorcio, de gran analogía con la quinta, tiene como diferencia característica que mientras la de abandono culpable del cónyuge exige el plazo de un año, en la de desamparo basta que se pruebe su realidad sin necesidad de plazo; y esto sentado, es preciso reconocer que el incumplimiento de sus obligaciones, por parte del marido, señor V., debió determinar el reconocimiento de la realidad del desamparo de la esposa y su hija, que fueron recogidas por los padres de aquélla, y reconocido como hecho cierto por el demandado la imputación de desamparo, pretende justificarlo el marido por la falta de medios económicos, lo que resulta desvirtuado por cierta escritura de hipoteca, en la que recibió 30.000 pesetas, que desde luego se aplicaron a sufragar los gastos tenidos con mujer diferente de la propia, apreciándose por el Tribunal sentenciador el adulterio.

Con referencia al punto relativo a quién ha de tener en su poder la hija del matrimonio, hay que reconocer que en virtud de lo que dispone el artículo 16 de la Ley, teniendo en cuenta la causa estimada en la sentencia para dar lugar a la separación, en lugar de hacer el pronunciamiento que se hizo de quedar en poder de la madre, debió dejarse la cuestión a resolver entre los cónyuges; pero este respeto al precepto escrito de la ley, en el caso presente, no habría modificado lo que la Sala sentenciadora ordenó, porque siendo bien clara y manifiesta la voluntad de la madre de tener consigo a su hija, ya sea porque el marido prestara su conformidad o porque la amparaba el artículo 17, es lo cierto que de todos modos se llegaba a igual resultado; de todo lo cual se desprende que si pudo haber una leve infracción de carácter puramente formal, no merece que sea elevada a la categoría de injusticia notoria que motive la procedencia del recurso. Por lo expuesto procede declarar *haber lugar al recurso de revisión interpuesto por la mujer contra el particular de la sentencia, que no estimó la procedencia de la causa cuarta del artículo 3.<sup>º</sup> de la ley, alegada por la demandante, y se rechaza el recurso interpuesto por el marido.*

ENRIQUE TAULET,  
Notario de Valencia.

### ANA ELERS

Auxiliar en las oficinas de la Asociación de Registradores de la Propiedad.

Agente de negocios. Habilitación de Clases pasivas. Presentación de toda clase de instancias en la Dirección general de los Registros y en los demás Centros oficiales. Gestiones en los mismos. Certificaciones de penales, últimas voluntades y demás. Fianzas, jubilaciones, viudedades y orfandades.—San Bernardo, 52, segundo derecha. — Teléfono 13906.