

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL Y MERCANTIL

77. *Acción redhibitoria. Transmisión de créditos. Nulidad de contrato por error en el consentimiento.* Sentencia de 12 de Mayo de 1932.

La cessionaria de un crédito procedente de una instalación frigorífica demandó al deudor al pago de 6.000 pesetas, a lo que la entidad deudora contestó oponiéndose, alegando, entre otras cosas, la mala calidad de la instalación y el hecho de haberse cedido el crédito de 6.000 en 3.000 pesetas, prueba de que el cedente quería eludir toda relación con ella.

El Juzgado declaró nulo el contrato de venta por error en el consentimiento sobre cualidades que dieron motivo para celebrarlo, ordenando la devolución de las 3.000 pesetas entregadas por los compradores, que quedaban libres del pago del precio aplazado; pero la Audiencia revocó la del inferior y ordenó a los compradores abonar las 6.000 pesetas debidas.

La Sala no admite el recurso interpuesto por los demandados, negando la infracción de los artículos 1.526 y 1.205 del Código civil, por cuanto la cesión hecha por el vendedor a la cessionaria del crédito de 6.000 pesetas no necesitaba, para su validez y eficacia del consentimiento de la entidad deudora, ya que la ley no se opone a la cesión de créditos procedentes de contratos bilaterales en sentido estricto.

No habiendo sido estimada por la Sala sentenciadora la novación que se alega, consistente en el cambio de maquinaria por otra de más potencia, forzoso era amparar el recurso en un error en la apreciación de la prueba, invocando al efecto el número 7 del artículo 1.682, lo que no parece haberse realizado, y además, en lo referente a la alegada intransmisibilidad del crédito, decidida en sentido contrario por el Tribunal *a quo*, sustituye el recurrente el criterio de la Sala por el suyo propio, lo que no es lícito en casación.

Citada en forma reconvencional la acción redhibitoria, apoyándose en los artículos 1.484, 1.485 y 1.486 y también en el 1.124, la Sala sentenciadora aplicó rectamente los preceptos relativos a la mencionada acción y con todo acierto el 1.490, todos del Código civil, declarándola extinguida por el transcurso de seis meses, contados desde la entrega

de la cosa vendida; y esto supuesto, no hay infracción del artículo 1.124, claramente inaplicable, ni del 1.261, que no ha sido invocado oportunamente, por lo que constituye una nueva cuestión, no planteada en el pleito, donde no se pretendió la nulidad del contrato por error en el consentimiento.

78. *Nulidad de testamento y vecindad del testador. El heredero del tercio libre no puede ser Albacea Contador, pero puede aceptar o rechazar la herencia o el cargo.* Sentencia de 18 de Mayo de 1932.

Doña M. G. interpuso demanda contra su madrastra, exponiendo como hechos que su padre, dominado por su mujer, otorgó testamento en Madrid, en el que dejó a su esposa el tercio libre, testamento que ella consideraba falso y nulo, fundándose para ello en que dos de los testigos no eran vecinos de Madrid, como se justificaba con certificación de la Alcaldía, y además en que siendo su padre vizcaíno y sujeto a esta legislación no podía disponer de sus bienes como lo hizo, por lo que pedía la declaración de nulidad del testamento y, en caso de no accederse a esto, la declaración de que el testador estaba sujeto a la legislación de Vizcaya, siendo nulo el legado del tercio, por oponerse a ello aquella legislación.

El Juzgado y la Audiencia rechazaron la demanda, declarando válido el testamento, y el Supremo rechaza el recurso, considerando que la Sala sentenciadora, en uso de sus facultades soberanas, declara probado que el testador vivió cierto número de años en territorio de derecho común, sin manifestar nada en sentido de conservar su regionalidad, de todo lo cual se desprende que la sentencia interpreta rectamente los artículos 15, 10, 12 y 1.218 del Código civil al estimar que el testador había perdido la vecindad vizcaína y adquirido la del territorio sujeto al Código civil, que es el aplicable a las cuestiones propuestas.

Si bien es evidente que el testador nombró Albaceas Contadores y Partidores a su esposa, D.^a J., y a X., contraviniendo, respecto a la primera, lo dispuesto en el artículo 1.057 del Código civil, no puede tal falta dar lugar a la nulidad de la cláusula, ya que el cargo de Contador, como el de heredero, pueden renunciarse, y si D.^a J. ha aceptado su condición de heredera, no consta que haya aceptado la de Contador, y habrá que esperar a que se haga la partición para ver si hay en ello defecto que la invalide.

Tampoco hay infracción de los artículos 675 y 790 del Código civil, porque el testador en su testamento no impuso la pérdida del legado si su esposa promovía el juicio de testamentaría, y como D.^a J. es heredera del testador, es claro que pudo promover la testamentaria sin obstáculo legal alguno.

* * *

No es la primera vez que hablamos de los inconvenientes que surgen en la práctica con motivo de la gran confusión que reina en torno a los conceptos de Albaceas, Comisarios, Contadores y Partidores.

La costumbre de nombrar Albacea al cónyuge y, en general, a los herederos, costumbre muy catalana, puede originar un conflicto en el

momento en que aquellos conceptos se manejan sin cuidado, y así como el cónyuge favorecido con el tercio libre, y, por tanto, heredero, puede ser Albacea, sólo Albacea, en el momento en que a esta misión se une la de contar o partir, la prohibición del artículo 1.657 impide este nombramiento, porque falta la base de independencia e imparcialidad necesarias para la difícil tarea de llevar a término, en lo económico, la voluntad del testador.

Creemos, en definitiva, que debe tenerse sumo cuidado en la técnica de los conceptos expuestos y debe procurarse eliminar a los herederos de toda función que no sea la meramente piadosa o familiar, y hasta somos contrarios al empleo de la frase «Albacea» aplicada a estas personas, pues aunque, repetimos, no hay incompatibilidad para su misión específica, la misma finalidad se llena encomendándoles ciertas funciones, sin que sea preciso darles este nombre, siempre expuesto a confusión hasta que en la doctrina no se dibuje en debida forma el panorama de los ejecutores testamentarios en sus diferentes aspectos.

79. *Parafernales. Los bienes adquiridos durante el matrimonio por la mujer, separada del marido por sentencia de Tribunal eclesiástico, responden, como los gananciales, de las deudas del marido.* (Sentencia de 24 de Mayo de 1932.)

Doña M. interpuso demanda de tercería de dominio en los autos seguidos por un Procurador contra su esposo, exponiendo que se encontraba separada del marido por sentencia del Tribunal eclesiástico, estando desde hace muchos años sufragando la esposa los gastos que su vivir y el de sus hijos originaba, no contribuyendo el marido al levantamiento de las cargas matrimoniales, pero sí pretendió la entrega de la administración de los parafernales, sin conseguirlo, y que estando la actora en la quieta y pacífica posesión de la casa de X., de su exclusivo dominio, se vió sorprendida por el requerimiento hecho a los inquilinos, por el Juzgado, para que no le abonaran las rentas, por razón de un ejecutivo seguido en Madrid contra su esposo, fundado en una letra de cambio aceptada por el marido, en el que éste designó las rentas de la casa para su embargo. Doña M. acompañaba copia de la escritura de obra nueva como justificación de que la finca era suya exclusivamente, pidiendo que se declarase que la casa era de ella y no estaba afecta a obligaciones del marido.

El Juzgado y la Audiencia no dieron lugar a la tercería, y el Supremo no admite el recurso, considerando que la Sala sentenciadora estima que no se ha demostrado que la construcción de la casa se hiciera con dinero exclusivo de la mujer, por lo cual no puede tener la consideración de parafernales, mercediendo, en cambio, la presunción de ser gananciales.

En la escritura de declaración de obra nueva concurre la mujer por su propio derecho y con escritura de licencia de su esposo plenamente autorizada para comprar y vender los bienes propios, pero es indudable que no tenía facultades para representar a su esposo en acto de la trascendencia del que consigna la referida escritura.

A mayor abundamiento, siendo preceptos del artículo 1.404 del Código civil que las expensas útiles hechas en los bienes peculiares de los cón-

yuges por anticipaciones de la sociedad o industria del marido o de la mujer son gananciales; que lo serán también los edificios, etc., no puede bastar la manifestación de la mujer para justificar que el incremento de valor de la casa es parafernado, pues era preciso justificar el modo y forma en que doña M. adquirió el dinero invertido en la edificación, como acordó la Dirección de los Registros en Resolución de 11 de Septiembre de 1915, y al no justificarse ni invocarse por la tercerista el artículo 41 de la ley Hipotecaria hay que aplicar a las mejoras la presunción de gananciales.

Desde el momento en que se estima que la casa es ganancial, es lo mismo que la deuda que motivó el embargo proceda de un contrato de cambio o de litis expensas, pues el hecho es que la contrató el marido y debe ser cargo de la sociedad de gananciales, ya que no está demostrado que la sociedad se ha disuelto.

Es de encomiar el respeto y el valor que en la sentencia extractada se concede a una Resolución de la Dirección de los Registros. Por lo demás, y en cuanto al fondo del asunto, mucho habría que decir, pero repetimos una vez más que no somos partidarios de opinar sobre la justicia o injusticia de los fallos. Sólo se nos ocurre pensar en la tragedia de una mujer que vive sola con sus hijos, de sus propios recursos, que encima ahorra y recodifica una finca y que luego se ve privada, por una letra firmada por el marido, de la finca reformada, bajo pretexto de que, en caso de duda, lo que existe se reputa ganancial. Hubiéramos preferido leer unos considerandos de altos vuelos con una solución más adecuada al espíritu de la ley.

80. *Precario y desahucio. Declarado contencioso el expediente de posesión judicial, no cambia la situación de los interesados al tiempo de incoarse el expediente.* (Sentencia de 29 de Mayo de 1932.)

Don J. formuló demanda de desahucio contra don N. y doña C., alegando que era dueño por título de compra inscrito en el Registro, de una casa que había adquirido por compra a doña R.; que en la expresada casa ocupaba un cuarto don N., que se titulaba administrador de la vendedora, el que fué lanzado de la finca, pero se refugió en otro piso ocupado por doña C., y que en la misma finca ocupaba también otro cuarto doña G., a la que también demandaba, sin que ninguno de los tres pagase merced, habiendo sido requeridos notarialmente para que desalojasen los pisos, por todo lo cual pedía sentencia de desahucio contra los tres precaristas.

El Juzgado y la Audiencia accedieron a la demanda, e interpuesto recurso, el Supremo lo rechaza, porque al afirmar la Sala sentenciadora que el actor tiene la posesión real en concepto de dueño de la casa en cuestión, por hallarse inscrita a su nombre en el Registro y que los demandados ocupan los pisos sin pagar merced y sin vínculo alguno jurídico con el actor, es manifiesto y evidente que el Tribunal a quo no infringe ninguno de los artículos 1.564 y 1.565 de la ley rituaria ni el 1.462 del Código civil, sino que los aplica rectamente.

Tampoco infringe la Sala el principio de derecho de no ser válido a nadie ir contra sus propios actos, puesto que el auto por el que se declaró contencioso el expediente de jurisdicción voluntaria promovido

por el actor para obtener la posesión judicial de la finca objeto de la litis no supone la desposesión de aquél, como gratuitamente afirma el recurrente, puesto que aquella resolución, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.817 de la ley de Enjuiciamiento civil, no altera la situación que tuviesen los interesados al tiempo de ser incoado el expediente, por lo que la Sala sentenciadora, al estimar que dicha situación, en vista del resultado del juicio de desahucio, es la de que se hace mérito en el precedente considerando, no incide en la violación del principio de derecho antes enunciado.

81. *Desahucio. Los albaceas facultados para representar la herencia en juicio, pueden dar poderes a procuradores, sin que por ello se entienda que delegan su encargo.* (Sentencia de 30 de Mayo de 1932.)

Vendicia por escritura pública una hacienda por don R. a don M., habiéndose reservado el comprador cierta suma para cancelar una operación de descuento, falleció éste, con testamento en el que instituyó herederos a sus hijos y nombró albacea a su esposa e hijos. Con tales antecedentes, un Procurador interpuso demanda de desahucio, en nombre de los Albaceas contra don R., que vivía en la finca sin pagar merced. El demandado opuso que no era la herencia de don M., propietaria de la finca, ni él precarista, y, además, que el Procurador demandante carecía de personalidad, todo ello, por ser simulada la venta hecha y porque los Albaceas estaban autorizados por el testador para defender la herencia en juicio, pero no para sustituir su facultad en un Procurador.

El Juzgado y la Audiencia accedieron al desahucio y el Supremo rechaza el recurso, considerando que no se han infringido por el Tribunal *a quo* los artículos 1.901 y 1.909 del Código civil al rechazar las excepciones de falta de acción en los Albaceas demandantes y falta de personalidad en el Procurador, puesto que dichos Albaceas, que son la viuda e hijos del testador, tenían conferidas facultades expresas para representar la herencia en juicio y fuera de él, comprar, vender, etc.; entre las que está indudablemente comprendida la acción de desahucio, sin que pueda entenderse que delega el cargo el Albacea al dar poderes al Procurador para que le represente en juicio, porque con ello sólo cumple el precepto del artículo 3 de la ley de Enjuiciamiento civil, siendo ése el criterio de la Dirección general de los Registros, entre otras, en la Resolución de 5 de Octubre de 1900, habiéndose justificado por los actores su carácter de Albaceas y el haberse adquirido por el causante la posesión de las fincas que se describen en la demanda, así como el carácter de precarista del demandado.

82. *Contrato rescindible. El Presidente y Vocales del Consejo de familia pueden adquirir por compra los bienes de los sujetos a tutela por no estar comprendidos en la prohibición del Código civil.* (Sentencia de 2 de Junio de 1932.)

Don C. interpuso demanda exponiendo que don L., dueño de un crédito, embargó bienes del abuelo del actor y, además, por considerarlos insuficientes para cubrir las responsabilidades, amplió el embargo a cinco fincas más que sabían no eran del abuelo, sino del padre del actor, el

cual las tenía inscritas a su nombre en el Registro, pero desfigurados los linderos se celebró subasta, de la que quedó un remanente de 12.000 pesetas, no entregadas al dueño y padre del actor, con perjuicio de sus hijos menores, que carecían de Consejo de familia.

Presentado más tarde interdicto de retener por tener ya tutor los menores, fueron condenados los tenedores a devolver las cinco fincas, pero interpuesto recurso de apelación, se revocó la sentencia, y en un declarativo, más tarde, se condenó a uno de los compradores a devolver las fincas, rentas y costas, anulando la posesión judicial que de la finca había obtenido, pero el condenado reclamó las costas del interdicto, a lo que accedió el Juzgado, embargándose la finca a los menores, que pasó a poder de don F.

El Consejo de familia vendió con pacto de retro y por documento público una de las fincas al Vocal don L., finca perteneciente a los menores, la que no pudo inscribirse por falta de previa inscripción y por no reunir las condiciones necesarias, quedando el contrato reducido a un préstamo sin interés, pero la finca en poder de don L., por todo lo cual el actor pedía la rescisión de los pactos y contratos habidos.

El Juzgado y la Audiencia absolvieron a los demandados y el Supremo rechaza el recurso considerando que la cualidad de rescindible no afecta a todos los contratos válidamente celebrados, sino tan sólo a aquellos en que concurre alguna de las circunstancias señaladas como determinantes de su ineficacia posterior, lo que no ocurre en este caso, según declaración de la Sala sentenciadora.

La prohibición establecida por la ley para adquirir por compra, aunque sea en subasta pública o judicial por sí ni por persona intermedia, se refiere a las personas y con relación a bienes expresamente comprendidos en alguno de los casos señalados en el artículo 1.459 del Código civil, mas en modo alguno puede afectar a la validez de los contratos en cuyos otorgantes no concurren las aludidas circunstancias, ya que por tratarse de disposiciones prohibitivas han de interpretarse restrictivamente, y como en cuanto al organismo tutelar sólo a los tutores y protectores está vedada la adquisición de bienes de sus pupilos, es obvio que a los Vocales del Consejo de familia y a su Presidente no les alcanza la prohibición, como lo entendió la Dirección general de los Registros en Resolución de 1 de Septiembre de 1897.

83. *Posesión inscrita. Efectos de la posesión inscrita por más de treinta años. No procede indemnización de perjuicios si no se prueban y no existe mala fe.* (Sentencia de 3 de Junio de 1932.)

El Ayuntamiento de C. formuló demanda contra la Mancomunidad de M., consignando que ésta estaba constituida al efecto de aprovechar varios montes, que el pueblo de C. es dueño de varias fincas que describe, inscritas en virtud de información posesoria en el Registro, y que la Mancomunidad, arrogándose de mala fe facultades de que carece, ha venido ocupando terrenos de C., o mejor, de su común de vecinos, suplicando sentencia declarando que al Ayuntamiento de C. pertenece, por justos y legítimos títulos, la plena propiedad de las fincas descritas, las cuales posee indebidamente la mancomunidad demandada, ordenándose que cese en esta posesión, la cual sólo puede ostentar el Ayuntamiento

demandante, con la indemnización de perjuicios, que habrán de fijarse en período de ejecución de sentencia.

El Juzgado, en sentencia que confirmó la Audiencia, sin hacer expresa condena de costas, declaró que al Ayuntamiento de C. pertenece, por justos y legítimos títulos, la propiedad de las fincas, las que indebidamente posee la Mancomunidad, ordenando que cese en esa posesión, reservando fijar la indemnización para el período de ejecución de sentencia.

Interpuesto recurso, el Supremo casa y anula la sentencia recurrida.

La tesis del recurrente se reduce a sostener que el Tribunal *a quo*, partiendo de una situación de hecho y de derecho contraria a la realidad que se desprende de los autos, atribuye a las inscripciones de posesión de las fincas objeto de la demanda a favor de C. un alcance que no tienen, puesto que sólo implican una presunción *juris tantum* que cede por la prueba en contrario que fué aportada por la Mancomunidad, consistente en documentos públicos, cuyo valor desconoció la Sala, demostrativos de su preferente derecho y de que C. no poseyó en concepto de dueño, sino que por actos expresos y tácitos reconoció el derecho de aquélla; mas como el Tribunal de instancia, apreciando las pruebas, estimó que C. había acreditado el dominio y que la Mancomunidad no había acreditado el preferente derecho que alega, y esa apreciación no fué combatida con documentos auténticos, es evidente que la tesis deducida no puede prosperar, no habiendo desconocido el Tribunal sentenciador los artículos 1.216 y 1.218 del Código civil, pues tuvo en cuenta los documentos públicos que el recurrente invoca, pero derivando opuestas conclusiones. No hay infracción de los artículos de la ley Hipotecaria y Código civil que se citan porque la Sala concedió a las inscripciones de posesión los efectos legales dimanantes del artículo 41 de la ley Hipotecaria y tuvo en cuenta, además, que por el transcurso de más de treinta años de posesión inscrita se convirtieron *ipso facto jure* en inscripciones de dominio, conforme al artículo 399 de la propia ley, aunque sólo conste en el Registro respecto de una de las fincas.

En cambio, el Tribunal de instancia, al reservar al pueblo de C. en la parte dispositiva de la resolución recurrida, el derecho a fijar la indemnización de perjuicios en período de ejecución de sentencia, por no existir en los autos las bases necesarias para su determinación, infringió por inaplicación el artículo 451 del Código civil, ya que para aquella condena era preciso, por presunción siempre de la buena fe, declaración expresa de la mala fe de la Mancomunidad, extremo indispensable que no se contiene en la declaración de la Sala, y que, a mayor abundamiento, parece rechazar la no expresa imposición de costas, infringiendo además la constante jurisprudencia de este Tribunal, que exige necesariamente la prueba de la existencia de los daños y perjuicios y de que fueron irrogados por el acto ejecutado u omitido, y como ninguna de esas forzadas premisas se contienen en la resolución recurrida, es preciso acceder a la casación de la sentencia recurrida en este extremo.

84. *Promesa de venta. La ley del contrato y la venta de terrenos para dedicarlos a un fin determinado.* (Sentencia de 7 de Febrero de 1933.)

Otorgadas escrituras de promesa de venta de unos terrenos para destinárslos a un fin determinado, el Supremo casa en parte la sentencia recurrida y sienta la siguiente doctrina:

Es tradicional doctrina trasladada a nuestra vigente legislación en materia contractual, informando diversos preceptos legislativos, la de que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, y, concretamente, en cuanto al contrato de venta, su perfección se establece tan pronto como comprador y vendedor convienen en la cosa y en el precio, sin necesidad de la entrega de la una ni del otro, así como la promesa de vender o comprar es igualmente válida y obligatoria desde que hay conformidad en cosa y precio, y al hacer aplicación de estos axiomáticos principios al caso de este pleito, es inconcuso que el ofrecimiento contenido en la moción del año 1924, dirigida por el Sr. P. a la Comisión Algodonera del Estado, poniendo a su disposición, en venta, por determinado precio, el todo o parte de una parcela, por plazo de dos años, aceptado por unanimidad por la Comisaría, con arreglo a las bases propuestas y para montar una fábrica, constituye un verdadero contrato perfecto y obligatorio, por cuanto medió el concierto de voluntades que ligó con vínculo contractual al oferente y a la entidad aceptante, quienes no pueden licitamente excusar su cumplimiento, consentimiento que consta en escritura otorgada en Sevilla el mismo año en la que se concertó la venta de una parcela en precio de 75.000 pesetas, y el mismo día se otorgó otra de compromiso por dos años, para hacer efectiva la compra de otra parcela por precio pactado, por lo que no hay infracción del artículo 1.259 del Código civil.

Al haber sido regulada de nuevo la organización de la Comisaría algodonera, continúa siendo el mismo organismo, con igual personalidad jurídica y los mismos derechos y deberes, habiéndolo estimado así el Sr. P., que convino con ella el pago de parte de precio no abonado.

Ofrecida por el recurrente la venta de los terrenos y aceptada por la Comisaría, es forzoso su cumplimiento por ambas partes, mas como una de las cláusulas de la escritura establece que la Comisaría dedicará los terrenos precisamente a determinado fin, de que pueda destinárslos a fines distintos, y habiéndose variado estos fines, es consiguiente que la finalidad que primeramente le fué asignada a la Comisaría y bajo cuyo imperio se convino la venta y ofreció el Sr. P. vender el resto no es la misma, por lo que, al entenderlo de modo distinto el Tribunal sentenciador, ha infringido la ley del contrato violando los artículos 1.091, 1.281 y 1.283 del Código civil, debiendo ser estimado el tercer motivo del recurso.

No procede, en cambio, admitir el cuarto por no haber infracción del artículo 1.451, que ha interpretado rectamente el Tribunal *a quo* al estimar que la promesa de venta, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, da derecho a los contratantes para exigir recíprocamente el cumplimiento del contrato, sin que a ello obste la falta de ofrecimiento del precio que va implícito en la oferta, por cuanto esto afecta a la consumación de lo pactado y ha de ser simultánea, no anterior, a la entrega de la cosa.

85. *Procedimiento judicial sumario de la ley Hipotecaria. Valor de la manifestación de dos testigos que dan cuenta del resultado de la subasta. (Sentencia de 13 de Febrero de 1933.)*

En el recurso de casación interpuesto por don J. V. con motivo de un procedimiento sumario de la ley Hipotecaria, el Supremo, al rechazarlo, dice, que al tratarse de un procedimiento judicial sumario tramitado con arreglo a lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley, cuantas reglas el mismo contiene son de absoluta y completa aplicación al caso controvertido, y por lo que se refiere a la interpretación errónea alegada en el recurso, por estimar el Tribunal de instancia que no es de aplicación en este procedimiento el párrafo tercero del artículo 1.506 de la ley de Enjuiciamiento civil, sino el 131, regla 12, de la ley Hipotecaria, hay que reconocer que el criterio mantenido en la sentencia recurrida es acertado, ya que las disposiciones de orden procesal que en dicho precepto legal se establecen son las que han de servir de norma para la tramitación de este juicio, pero sobre todo, reconocido como cuestión de hecho en la sentencia impugnada que el recurrente no puede alegar indefensión por no haber podido mejorar la postura hecha en la tercera subasta en el plazo de los nueve días siguientes a su celebración, porque, aparte de haber tenido los autos de manifiesto en la Secretaría, conforme a lo dispuesto en la regla octava del repetido artículo 131, consta en los mismos, por declaración de dos testigos que le enteraron del resultado de la subasta y que la entidad acreedora mejoró en dos mil pesetas el remate, y, por consiguiente, pudo librar la finca hipotecada, sin que esta apreciación de la Sala haya sido combatida en forma procedente, hay que aceptarla en toda su integridad.

Tampoco hay infracción del artículo 260 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque esta disposición de carácter general determina una obligación que habrán de cumplir los Auxiliares de la Administración de justicia, incurriendo en corrección disciplinaria cuando falten a ella, y hasta en ciertos casos puede producir la nulidad de las actuaciones, pero cede ante las normas que, determinando una tramitación especial, especifiquen a quién habrán de hacerse las notificaciones, vistas las circunstancias del caso concreto, y en cuanto a lo que al presente recurso se refiere, no puede estimarse infringido el artículo 260 para dar lugar a una demanda de nulidad de actuaciones, cuando, como aquí acontece, se acredita que el interesado tenía recursos independientes de la notificación para conocer la resolución que le afectaba y no niega en forma que por otros medios le fué conocida y pudo, en su consecuencia, utilizar oportunamente las acciones que le compitieran.

86. *Comerciante. Tiene la condición de comerciante, a los efectos de la quiebra, el empresario de teatros que interviene además en letras de cambio y revende viandas y refrescos. (Sentencia de 16 de Febrero de 1933.)*

Ante el Juzgado de S., don E. presentó escrito alegando que el comerciante don A. había sobreseído hacia tiempo en el pago corriente de sus obligaciones, concurriendo en este caso, para ser declarado en quiebra, los dos requisitos del Código de comercio, puesto que don A.

venía ejerciendo desde 1924 la industria de Espectáculos, y en cuanto al segundo, constaba al Juzgado la existencia de varias ejecuciones, por lo que pidió se declarase en quiebra a don A. El Juzgado, por auto, declaró en quiebra a don A., retrotrayendo la declaración a la fecha en que tuvo lugar el primer protesto por falta de pago.

El quebrado formuló oposición al auto, porque su industria no significaba ejercicio del comercio. El Juzgado y la Audiencia confirmaron la declaración de quiebra, e interpuesto recurso, el Supremo lo rechaza porque la actividad comercial como empresario, del recurrente, no estaría en ningún caso determinada por el arriendo de Compañías o películas, actos simplemente preparatorios de un ejercicio, sino por la oferta al público de las diversas manifestaciones artísticas, animadas o gráficas, puestas al servicio de don A. para exhibirlas en sus teatros, y aunque la cesión, traspaso o disfrute momentáneos de un bien incorporeal «sui generis», que a título oneroso hace el empresario de un espectáculo público a los que concurren a presenciarlo, no reunieran las necesarias características para ser reputados por analogía actos de comercio, conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 2 del Código civil, no por ello procedería estimar el primer motivo, porque en el caso de autos se hace innecesaria la investigación especulativa que trataré de averiguar la verdadera naturaleza y esencia jurídica de las actividades profesionales de dicho señor cuando él mismo las descubre y proclama, manifestado en diferentes escrituras de mandato y mediante la intervención en varias letras de cambio, de las que muchas le fueron protestadas, e incluso de la venta de refrescos y viandas despedachados en el ambigú de los teatros por él explotados, lo que demuestra la habitualidad con que los realiza, por lo que la sentencia recurrida, al reconocer en el recurrente la cualidad de comerciante, no ha infringido los preceptos del Código de comercio que se invocan.

87. *Propiedad industrial. Las contiendas sobre la propiedad deben ser resueltas por la jurisdicción civil. Inscrita la marca en Berna, goza de igual protección que inscrita en España, país adherido al Acuerdo de La Haya de 1925.* (Sentencia de 18 de Febrero de 1933.)

La razón social X, obtuvo la protección en España de una marca internacional para distinguir medicamentos y otros varios productos determinados, caracterizada por la palabra *Desitin*, que fué depositada en la Oficina de Berna en 1926, si bien ya estaba registrada en el país de origen (Alemania) con anterioridad, y el Farmacéutico Sr. R. solicitó en el mismo año 1926 (unos meses más tarde) otra marca con igual denominación que la anterior, con el mismo fin, la que le fué concedida.

El Supremo, en Sentencia de 18 de Febrero de 1933, resuelve en primer término la contienda entre los dos particulares sobre la propiedad exclusiva del uso de una cosa, discusión que, por no referirse directamente a la impugnación de providencias administrativas dictadas en orden a las facultades del Poder público y a la gestión de servicios generales, cae de lleno dentro de la jurisdicción civil, cuya competencia es notoria para conocer del asunto, tanto más cuanto que esta doctrina es la contenida en los artículos 13, 67 y 268 del Estatuto de la Propiedad Industrial de 26 de Julio de 1929, texto refundido, por lo que

casa y anula la sentencia recurrida por haber desconocido tal doctrina el Tribunal *a quo*.

La cuestión de fondo es resuelta en la siguiente forma:

El artículo 4.^º del Acuerdo internacional de La Haya de 6 de Noviembre de 1925, ratificado en 1 de Mayo de 1928, dice que desde el momento del Registro en la Oficina Internacional, la protección de la marca en cada uno de los países contratantes será la misma que si dicha marca hubiese sido directamente depositada en los mismos, de donde se sigue que, como España se adhirió al Convenio, las marcas internacionales se hallan protegidas de igual modo que las nacionales, gozando de los mismos derechos.

El artículo 12 del Decreto-ley de 26 de Julio de 1929 terminantemente dispone que la prioridad de los derechos de las diversas modalidades concedidas por dicha disposición comenzará a contarse desde la fecha de su presentación, y el 124, en su número primero, estatuye que no podrán ser admitidos al Registro como marcas los distintivos que por su semejanza fonética o gráfica con otros ya registrados puedan inducir a error o confusión en el mercado; de lo que se desprende que en el caso de autos, en que entre las dos marcas no sólo existe semejanza, sino identidad y además prioridad por razón de las fechas a favor de la parte actora, la razón social X., a ésta le corresponde la propiedad exclusiva del uso de la marca, tanto más cuanto que de coexistir ambas, se produciría una verdadera confusión en el mercado, por lo que procede dar lugar a la demanda deducida.

En cuanto a las costas, deben imponerse al demandado las causadas en la instancia, según la regla 11 del artículo 270 del mencionado Decreto-ley, sin hacer mención especial de las mismas en este recurso.

En su virtud declara la nulidad de la marca concedida por el Registro de la Propiedad Industrial a favor del Sr. R., sin perjuicio de las acciones que el demandante pueda ejercitar sobre indemnización.

Sobre nulidad de marcas, recordamos una interesante Sentencia del Juez Sr. Abarrátegui y los informes de los letrados Sres. Zapata y Colom, que pueden consultarse en «Revista de los Tribunales», tomo LXVI (año 1932), pág. 125. Ver Sentencia de 29 de Febrero de 1932 (número 94 de esta Revista, pág. 797), que resuelve el recurso, y Sentencia de 10 de Enero de 1933.

DIVORCIO Y SEPARACIÓN

88. *Injusticia notoria. Ha de ser manifiesta, palmaria y evidente.* (Sentencia de 3 de Febrero de 1933.)

Según tiene repetidamente declarado este Tribunal, la injusticia notoria señalada en el artículo 57 de la Ley de 2 de Marzo de 1932, como una de las causas por las que puede interponerse recurso de revisión contra las sentencias de las Audiencias en los juicios de divorcio, no ha de fundarse en discrepancias sobre la apreciación de las alegaciones o probanzas, sino que ha de ser manifiesta, palmaria y evidente de manera que revele la flagrante disconformidad entre lo resuelto y la inequívoca resultancia de lo actuado, por lo cual no puede invocarse con éxito cuando se apoya en fundamentos de menor consistencia.

Ajustándose la sentencia recurrida a los méritos del proceso, no puede prosperar el recurso, conforme a la doctrina anteriormente expuesta, y es forzoso desestimarlo toda vez que sólo se ha fundado en la aludida causa tercera del citado artículo.

89. *Improcedencia del recurso de revisión.* (Sentencia de 10 de Febrero de 1933.)

Aparte de que en el suplico de la demanda sólo solicitó la demandante que el Juzgado, después de practicada la prueba, le elevase a la Superioridad, sin formular petición alguna concreta en cuanto al fondo del asunto, es de notar además que al interponer dicha señora recurso de revisión por injusticia notoria contra la sentencia de la Audiencia que declaró no haber lugar al divorcio, que en realidad la demandante no había solicitado, se olvidó la recurrente de formalizar su recurso procediendo en contra de lo que de un modo expreso ordena el párrafo segundo del artículo 57 de la Ley, y como, por consecuencia de la omisión de la demandante en el pleito, el supuesto recurso carece en absoluto de la materia que en su caso pudiera haber sido objeto de la revisión interesada, por lo que procede la desestimación de aquél con imposición de costas a la demandante, tanto más en el caso de autos por no haber comparcido ningún letrado en el acto de la vista a mantenerlo, permaneciendo ignorados los motivos fundamentales de la hipotética injusticia notoria.

90. *No formulizado el recurso de revisión en momento oportuno, carece de materia. Misión del letrado defensor.* (Sentencia de 14 de Febrero de 1933.)

Don F. S. interpuso recurso de revisión contra sentencia que desestimó la demanda de divorcio por él formulada contra su esposa, doña H., pero se limitó a manifestar que promovía aquél por injusticia notoria, sin consignar cita legal alguna en su escrito, ni exponer en él motivos ni razonamientos de ninguna especie que sirvieran de apoyo al recurso entablado, y puesto que la ley de 2 de Marzo de 1932 no establece en momento procesal posterior a la admisión del mismo por el Tribunal *a quo* ningún trámite para su formalización ante esta Sala, si el recurrente no alegó en la única ocasión procesal hábil que la ley le concedía, las causas a juicio suyo, determinantes de la pretendida injusticia notoria que atribuye al fallo recurrido, como no lo impugnó debidamente el Sr. S. al interponer contra él su recurso, señalando al efecto las razones fundamentales de su planteamiento, notorio es que, por haber carecido de materia el supuesto recurso en cuestión, es indudable que debe desestimarse, porque declarados conclusos los autos y ordenada por esta Sala su traída a la vista, el acto de su celebración no puede constituir ya trámite procesal adecuado para formularla, ni la misión en él del letrado defensor del recurrente puede ni debe ser otra que la de mantener en derecho el recurso oportunamente formalizado, doctrina cuya certeza evidencia el contenido todo del artículo 75 de la ley de Divorcio y singularmente las palabras iniciales de su segundo párrafo, según las que el recurso de revisión se interpondrá y

formalizará mediante escrito presentado ante la Sala que hubiere dictado la sentencia, dentro del término improrrogable de diez días.

Aunque en el caso de autos se prescindiera de las indicadas exigencias del procedimiento, a todas luces necesarias, para que en los resultados de esta sentencia pudieran constar de un modo fehaciente los motivos en que el recurrente fundase su recurso de revisión, al celebrarse la vista del promovido por el Sr. S., su Letrado defensor, para combatir el fallo recurrido, trató de impugnar la apreciación de la prueba hecha por el Tribunal *a quo*, únicamente en cuanto a que en su sentencia, declara la inexistencia de la separación de hecho y en distinto domicilio, libremente consentida durante tres años por los cónyuges, que como una de las causas para solicitar el divorcio alegaba dicho señor; pero es lo cierto que, revisada escrupulosamente por este Tribunal la practicada en los autos, se advierte desde luego que su apreciación por la Audiencia se realizó con estricta sujeción a las reglas de un racional criterio, y que por ello el fallo impugnado es justo, y no puede prosperar el recurso de revisión que, al amparo del número 3 del artículo 57, dedujo el Sr. S., quien ha de abonar las costas.

91. *El vivir la mujer abandonada por el marido en compañía de sus padres no obsta a la existencia del desamparo. ¿Puede estimarse como conducta immoral el hecho de dedicarse la mujer a prácticas de curanderismo y espiritismo? Costas. Sentencia de 17 de Febrero de 1933. (El Supremo da lugar al recurso de casación por injusticia notoria.)*

La mujer, recurrente, había apoyado su demanda en las causas cuarta, quinta y 12 de la ley de Divorcio (artículo 3.º), y por el demandado, en vía reconvencional, se alegaron en su favor esas mismas causas y además la octava del mismo artículo; el Supremo, examinando los razonamientos de la sentencia, en orden a los elementos de valoración tenidos en cuenta por el Tribunal para admitir o rechazar cada una de las causas alegadas, observa que en el considerando primero, único que se ocupa de la apreciación de aquellos elementos de hecho de los cuales ha de derivar la aplicación del derecho, se sostiene que de las pruebas practicadas en el juicio, apreciadas en su conjunto, resulta que desde el tiempo que se indica, por causas no bien determinadas, se separó el matrimonio y que han vivido separados en distinto domicilio (consentida esta separación por el marido), sin que por la posición económica de la actora, y por estar la hija del matrimonio viviendo con los padres de la mujer, pueda admitirse que, al separarse, quedaron una y otra en estado de desamparo, y de esta premisa fundamental deduce el Tribunal sentenciador la procedencia del divorcio por la causa duodécima del artículo 3.º de la Ley, en cuanto a la reconvención que el demandado formuló, y se declara no haber lugar a la demanda, a pesar de que uno de los motivos en que aquélla se fundaba era el mismo que es aceptado en vía reconvencional.

Por la simple enunciación del tema a discutir y resolver, es preciso reconocer, en primer término, que si el Tribunal consigna como apreciación suya que la separación del matrimonio, viviendo en distinto domicilio, fué consentida libremente por el marido, ello no demues-

tra que lo fuera también por la mujer, y no reconociéndose que ésta lo consintió de igual modo voluntario, no cabe admitir la procedencia de tal causa a base de un consentimiento unilateral; pero aunque se prescinda de este aspecto y se estimara que ambos cónyuges prestaron su consentimiento a esa situación, es indudable que por la naturaleza de esa causa, si existe, debe reconocerse el derecho a pedirla y obtenerla a cualquiera de los cónyuges que la invoque para pedir el divorcio, o a ambos, si, como en el presente caso, los dos la alegan y no se admitieron otras contradictorias; pero lo que no es admisible es que, desestimándose para el demandante, se conceda al demandado, con detrimento de la equidad y de la justicia; y por lo que se refiere a la razón en que el Tribunal se funda para rechazar las causas cuarta y quinta, estimando que no concurren por el hecho de que, al hallarse la esposa y su hija viviendo con los padres de aquélla, no puede admitirse que al separarse el matrimonio quedaran una y otra en estado de desamparo; tal teoría hay que rechazarla en cuanto se refiere a la quinta, porque el abandono culpable del marido, en este caso, resulta evidenciado de la prueba practicada; de modo que no puede ofrecer duda alguna la existencia de esa causa, que nace de actos de la exclusiva voluntad del marido, sin dependencia con lo que terceras personas puedan realizar en remedio del abandono en que la esposa quedó al alejarse aquél del domicilio conyugal; y de ello se desprende que, al sostener el criterio que sirve de base en la sentencia para desestimar esta última causa de divorcio, invocada a su favor por la demandante, el Tribunal *a quo ha cometido la injusticia notoria* que sirve de fundamento a este recurso, ya que no puede estimarse acertada la apreciación de la prueba que el Tribunal hace al manifestar como declaración de hecho que, por causas no bien determinadas, se separó el matrimonio, cuando lo que aparece justificado es el abandono del marido, que se fué de la casa con la mayor parte de los muebles, sin haber vuelto más a ella.

En cuanto a la causa octava, alegada en la reconvención, nada se ha dicho de ella en la sentencia; pero ya que esta Sala juzga desacertada la aceptación de la causa única que apreció el Tribunal sentenciador, se debe tratar de acreditar si existe o no demostrada la realidad de esta otra causa, y del examen de las pruebas practicadas en el pleito se deduce que no ha justificado el marido que la mujer haya violado alguno de los deberes que impone el matrimonio, ni menos que su conducta sea inmoral, ya que sólo ha alegado para apoyarla que la esposa, con sus padres, se dedicaba a prácticas de curanderismo y de espiritismo, y sin elementos de juicio que acrediten los hechos en que se trata de apoyar la expresada causa, es indudable que debe ser desestimada.

En conclusión: debe estimarse procedente el recurso de revisión, por injusticia notoria, interpuesto por D.^o R.; y en tal sentido dar lugar al divorcio por ella solicitado como cónyuge inocente, por concurrir a su favor la causa quinta del artículo 3.^o de la citada Ley, debiendo ser considerado, a tal efecto, como cónyuge culpable el marido, don M., con la consecuencia inherente a tal declaración de que la hija del matrimonio quede en poder y cuidado de la madre en virtud de lo que dispone el artículo 17 de la repetida Ley.

Por disposición del artículo 62 de la ley de Divorcio, las costas del pleito serán de cargo del litigante vencido, salvo cuando, por motivos fundados, que en este caso no ocurren, el Tribunal disponga otra cosa.

ENRIQUE TAULET,
Notario de Valencia.

Errata: En el número 100 de esta Revista, pág. 309, aparecen equivocados el epígrafe y la fecha de la Sentencia señalada con el número 76 de orden, que en el original es como sigue:

«76. Remesa de géneros y giro de letras. Sentencia de 3 de Mayo de 1932.»