

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año X

Noviembre de 1934

Núm. 119

Justa causa traditionis

SU CONCEPTO.—LA CONTRADICCION DE ULPIANO Y JULIANO.—SOLUCION DE LA MISMA (WARKONING, LENEL, EISELE, ZITTELMANN, STROHAL, HOFMANN Y DERNBURG)

Concepto original.—La *traditio* es en sí un acto equívoco, que, según las fuentes, puede transmitir la detentación, posesión jurídica, derecho publiciano y, finalmente, la propiedad, aun la quiritaria. Efectivamente :

Para detentación, cfr., § 3, *Inst. quibus modis re contr. obl.*, 3, 14; fr. 5, § 10, *De instit. act.*, 14, 3; fr. 8, *De peculio*, 15, 1.

Para posesión jurídica, cfr. : fr. 12, *De vi et de vi armata*, 43, 16; fr. 19, *De peric et comm.*, 18, 6; fr. 21, *De usuf.*, 7, 1; l. 2, C., *De acq. poss.*, 7, 32; fr. 1, pr., *De pign. act.*, 13, 7; fr. 1, pr., *De rer. permut.*, 19, 4; l. 3, C., *De pactis inter. emt.*, 4, 54; § 7, *Inst. de act.*, 4, 6.

Para el derecho publiciano, cfr., todo el título *De publiciana in rem actio*, 6, 2, así como *De exc. rei vend., et trad.*, 21, 3, en su significación actual.

Para la propiedad bonitaria, cfr., *De exc. rei vend. et trad.*, 21, 3, en su significación primitiva.

Para toda clase de propiedad, después de desaparecida la distinción entre propiedad bonitaria y quiritaria, cfr., fr. 11, § 2, *De act. empti. vendi.*, 18, 1; § 40, *Inst. de rer. div.*, 2, 1; fr. 15, *De rebus*, 34, 5; l. 2, C., *De crimine stellionato*, 9, 34.

Hasta aquí podemos ir de acuerdo con Strempelel: el mero hecho de la entrega puede, en Derecho romano, significar todas esas cosas. A lo que no podemos asentir es a que no se requiera para la validez de la tradición una justa causa, pues frente a esa afirmación están los conocidos textos:

L. 20, C., *De pactis*, 2, 3: «Traditionibus et usucapionibus, dominia rerum non nudis pactis transferentur» (1).

L. 31, D., *De acq. rer. dom.*, 41, 1: «Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur» (2).

Y l. 24, C., *De rei vind.*, 3, 33, junto con Gayo, II, § 20.

Esos textos son inmovibles: la justa causa es un requisito de la tradición. Ahora bien: si la concepción de justa causa, como *obligatio praecedens*, choca con la sistemática romana, especialmente de las *conditiones*, será que justa causa es otra cosa distinta; pero no que no resulte requisito de la tradición válida.

Ya hemos expuesto, con toda la amplitud de referencias que nos ha sido posible, los distintos conceptos de justa causa. De ellos el que más nos agrada es el de Exner, quien, sin embargo, llegada la hora de dar una definición, sale por el registro de decir que justa causa es la suma de hechos objetivos y subjetivos que han provocado un negocio concreto de tradición; lo cual, como se ve, es no decir casi nada, porque inmediatamente se impone la pregunta de cuál sean esos hechos subjetivos y objetivos.

Sin embargo, de éste se pueden aceptar las ideas que desarrolla en su apéndice, de que justa causa, tal como él lo entiende, es algo de contenido negativo, y esta afirmación, unida a una consideración algo detenida de prohibiciones legales de transmitir es de un alto valor para la fijación del concepto de justa causa.

También es interesante y admisible la afirmación del mismo de que la justa causa tiene un valor, a lo sumo, impeditivo, pero de ningún modo constitutivo de la tradición.

(1) L. 20. C. *de pactis*, 2, 3. El dominio de las cosas se adquiere por tradiciones y usucapiones, no por meros pactos.

(2) L. 31, D. *De acq. rer. dom.*, 41, 1. La mera tradición nunca transfiere el dominio, si no hubiere precedido venta u otra justa causa, en virtud de la cual se siga la tradición.

Hofmann insiste en las huellas marcadas por Exner, aceptando esas dos afirmaciones, y añade otra que podemos aceptar en cierto sentido, y es el de que la justa causa hay que entenderla no objetiva, sino subjetivamente; es decir, como *justus animus*, y que la tradición es inválida cuando ocurre injusto ánimo. (Véase el capítulo destinado a *injustae causae conditiones*.)

En fin, de la doctrina de Savigny y continuadores no hay por qué rechazar la idea de que justa causa es la voluntad concorde de dar y transmitir una cosa.

Adquiridos estos elementos, hemos construído la siguiente definición de justa causa :

Justa causa es el acuerdo de voluntades de dar y recibir una cosa o un derecho real (de las que la más importante es la voluntad de dar, y que ordinariamente se incorpora en un contrato u obligatio), sin valor constitutivo de la tradición, y cuya falta es meramente impeditiva y que no esté incurso en una prohibición legal.

Razonémosla y expongamos el plan a seguir.

Decimos que es acuerdo de voluntades, con lo cual rechazamos la concepción de Hofmann de *justus animus*. Con ello nos ponemos dentro de los requisitos del célebre pasaje de Juliano, en su interpretación más generalizada. En cambio, podría oponérsenos el pasaje de Gayo, *Rer. Cott.*, transcrito en *Inst.*, II, 1, § 40, que pide sólo la voluntad del *tradens*. Pero aun cuando esto no fuera un recurso literario para dar más fuerza a una proposición, resulta que es único en Derecho romano, que está en contradicción con el pasaje de Juliano, y que, como dice Karlowa, andando por medio la equidad natural, puede referirse a una tradición de derecho de gentes, usada por los romanos incluso para las cosas *mancipi* antes de que se reconociera valor a la tradición para transferir la propiedad civil de cosas *mancipi*.

Esto aparte de que, naturalmente, se alcanza que en el acto de la entrega hay un acuerdo de voluntades, pues tiene que haber uno que quiera dar y otro que quiera recibir.

Acuerdo de voluntades de dar y recibir una cosa. Rechazamos, pues, abiertamente la vieja doctrina del justo título, que quedó malherida por el artículo de Warköning, confirmado después por otros investigadores.

El obstáculo más grave a esto, contenido en el § 41, *Inst. de rer. div.*, que menciona un precepto de las XII Tablas, según el que, en caso de compraventa, no se transmite la propiedad sino contra pago del precio, le apartaremos, con una consideración histórica del mismo precepto, terminada con su calificación jurídica en el derecho clásico.

Otros obstáculos, contenidos en dos textos de Ulpiano (l. 18, D., *De reb. cred.*, 12, 1, y l. 25, 1, D., *De usufr.*, 7, 2), serán desvanecidos, el primero, por su consideración conjunta, con el contradictorio de Juliano, y el segundo, por su manifiesta contraposición con la teoría de las *conditiones*.

Lo que añadimos a continuación de que esas voluntades concordes, la más importante es la voluntad de dar, es una concesión que hacemos a Hofmann, pero que se apoya en el famoso texto de Gayo, *Rer. Cott. Inst.*, II, 1, 40, y porque en la consideración de las llamadas *causae injustae* veremos la importancia que juega la calidad del *tradens* (recuérdense SS.CC. Velezano y Macedoniano).

No necesitamos demostrar que ordinariamente la tradición será consecuencia de una *obligatio praecedens*, que será un pago. El acuerdo de voluntades de dar y recibir una cosa o derecho real se incorporará, la mayoría de las veces, en un contrato.

Justifica Exner el concepto de que la justa causa tiene un valor impeditivo, diciendo: «La naturaleza de esta independencia es totalmente distinta que la que hay entre adquisición por usucapión de la justa causa *usucapionis*, o de las obligaciones contractuales no formales de la causa *obligandi*; allí la existencia de cierta causa es presupuesto y requisito del nacimiento del derecho, en la tradición sólo posible impedimento de la misma; la causa actúa allí constitutivamente; aquí, a lo sumo, impeditivamente. Por tanto, en los contratos no formales la prueba de la causa *obligandi* es necesaria para fundamento de la acción al que quiera hacer valer la existencia de la *obligatio*; mientras el *accipiens* de la tradición, como vindicante frente al tercer poseedor, nada tiene que probar, fuera de la tradición de la propiedad y la propiedad del actor, en tanto que al demandado corresponde sostener y probar que la propiedad fué traída a base de causa injusta; por ejemplo, contra SC. Macedoniano o por *donatio inter virum et uxorem*.

Finalmente decimos que no está incurso el acuerdo de voluntades y su consecuencia, transmisión de propiedad en una prohibición legal. Es lo que hace que el concepto de justa causa sea un concepto negativo; pero que es el único que le conviene. Cuya idea también parece ser de Bonfante, cuando en *Inst. de Derecho romano*, págs. 270 y siguientes, dice: «Que las *justae causae* no están taxativamente fijadas, y que, en cambio, sí lo están las *injustae*.»

Que estamos en lo cierto al añadir este carácter a la justa causa nos lo demuestra que Ulpiano, l. 3, § 1, D., 6, 2, llama a la causa *dotis justissima*, de lo cual se deduce que los conceptos de injusta causa, justa causa y *justissima* causa se fijan por el aprecio que de ellas hace el legislador.

El plan a seguir, en lo restante de nuestro trabajo, será:

La contradicción de los textos de Ulpiano y Juliano, crítica de los mismos y tentativas hechas para ponerles de acuerdo.

La l. 25, § 1, D., *De usufr.*, 7, 1.

Consideración del precepto contenido en § 41, *Inst. de rer. div.*

La justa causa *traditionis* y las *condictiones*.

Las llamadas *injustae causae*.

Resumen.

La contradicción de los textos de Ulpiano y Juliano.—Los textos dicen lo siguiente:

L. 18, pr. D., *De rebus creditis*, 12, 1 (Ulpiano, VII, *Disputationum*):

Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederó, tu quasi mutuam accipias Julianus scribit, donationem non esse; sed an mutua sit videndum. Et puto nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, quum alia opinione acceperit. Quare si eos consumpserit, licet condictio ne teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem tantis, nummi sunt consumpti.

Si yo te hubiera dado dinero como para donártelo, y tú lo recibieras como en mutuo, escribe Juliano que no hay donación; pero se ha de ver si hay mutuo. Yo opino que tampoco hay mutuo y que es más cierto que el dinero no se hace del que lo recibe, porque lo recibió en otra inteligencia. Por lo que, si lo hubiere consumido, aunque esté obligado por la *condictio*, podrá, sin embargo, usar de la excepción de dolo, porque el dinero se consumió conforme a la voluntad del que lo da.

L. 36, D., *De acq. rer. dom.*, 41, 1 (Julianus, XIII, *Digestorum*).

Quum in corpus quidem quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio; veluti si ego credam, me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi; nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus.

Cuando convenimos, ciertamente, respecto a la cosa que se entrega, pero disentimos en cuanto a las causas, no advierto por qué sea ineficaz la entrega; por ejemplo, si yo creyera que estaba obligado, en virtud de un testamento, a entregarte un fundo, y tú estimases que se te debía en virtud de estipulación; porque también si yo te entregase, por vía de donación, dinero contante, y tú lo recibieses como acreditado, es sabido que pasa a ti la propiedad, y que no es impedimento que hayamos disentido respecto a la causa de dar y de recibir.

Es éste uno de los puntos que más literatura han provocado, pudiendo parangonarse con la producida por los textos contradictorios sobre la herencia yacente, L. 24, D., *De novat.*, 46, 2 (Pomponio), y L. 34, D., *De acq. rer. dom.*, 41, 1 (Ulpiano), o con las obligaciones correales, de las que puede decirse, con Yhering, que no hay autor que no haya escrito sobre ellas desde Dumoulin acá.

Hay soluciones para todos los gustos. Desde los que, como Pothier, *Traité de domaine*, número 238, y Glück, *Kommentar*, tomo VIII, pág. 121, que aun sosteniendo la necesidad de la *obligatio praecedens*, siguen, no obstante, a Juliano, hasta Exner, que desdeña la cuestión, porque dice que por argumentos de fondo está resuelta desde el principio, pasando por Puchta y Vangerow, *Pand.*, I, 652, que se contentan con resignarse a la insolubilidad de la contradicción, y por Lenel Strohal, Monnier, Beseler y otros, que proponen sendas interpretaciones y soluciones de la dificultad.

Expondremos las más interesantes opiniones sobre la materia y diremos al final nuestra propia opinión sobre el asunto.

Warköning despacha el asunto con las siguientes palabras, sin añadir ninguna justificación: «Por lo que se refiere al segundo ejemplo de Juliano, tenemos ciertamente en L. 18, D., *De reb.*

cred., la decisión contraria de Ulpiano en estas palabras: *et puto nec mutuum esse, magisque nummos accipientis non fierit...* Un nuevo escritor cree que Juliano ha citado por la palabra *constat* la opinión, admitida en la práctica como otra prueba de su principio, la cual rechaza Ulpiano con las palabras *non puto...*; en Derecho romano está sólidamente asentado el principio de que el error *in causis tradendi et accipiendi* no perjudica a la transmisión de propiedad, sí, en cambio, hace nulo el contrato.

A pesar de que alude con cierto reproche a los autores que consideran la dificultad como insuperable, de sus explicaciones sobre el asunto la misma conclusión se saca: que le merece mayor confianza el texto de Juliano y que Ulpiano disiente de él.

El célebre romanista Lenel, en un artículo sobre investigaciones en los comentarios del edicto (*Z. S. St.*, III, págs. 114 y siguientes) expone, por vez primera, un argumento que después ha de ser un lugar común en todos los tratadistas.

No es inverosímil—dice Lenel—, que en la primera parte de la *actio* (L. 36, *De acq. rer. dom.*) o fr., hayan sido interpuestas las palabras *traditur, traditio, tradam*, en vez de *mancipio datur, mancipatio* y *mancipio dem.* En pro de esto hasta habla el objeto del contrato de transmisión de propiedad allí mencionado; un fundo, es decir, una *res mancipi*, respecto de la cual el deudor está obligado, en primer lugar, a la transmisión de propiedad y luego lo está también a la mancipación o a la *in jure cessio*. En pro habla además que el argumento traído en la segunda parte, de la tradición, sólo tiene sentido exacto bajo el presupuesto de que en la primera parte del texto no se hable de tradición.

Luego, haciéndose cargo del argumento en contrario que resulta de la naturaleza abstracta de la mancipación, dice que por eso sólo emite una hipótesis, que no una conclusión, a la que asienta sin reservas.

Eisele, en un trabajo titulado «*Civilistische Kleinigkeiten*», publicado en *Jahrbücher für Dogmatik*, XXIII, págs. 1 y siguientes, nos da una interpretación interesante de Zittelmann, que refuta, y a continuación expone la suya propia.

Dice Zittelmann (*Irrtum und Rechtsgeschäft*, pág. 531 y siguientes.) que en fr. 18 pr. de reb. cred. 12, 1 después de *nec mutuum esse*, debe colocarse un punto, y las palabras *magisque*

nummos accipientis non fieri serían de un caso nuevo y lo característico de este nuevo caso estaría en *quum alia opinione acceperit—si alia opinione acceperit*—y en suma debería traducirse así: ¡Si aún más! No se traspasa la propiedad si el *accipiens* ha tomado el dinero en opinión distinta que la de adquirir la propiedad. También añade Zittelmann que las palabras *cum alia opinione acceperit* deben tomarse como fundamento de la frase *nec mutuam esse* y que debería traducirse: tampoco se produce el préstamo porque reciba el dinero en opinión distinta, es decir, no con opinión de préstamo, sino con opinión de donación.

Contra lo que objeta Eisele, que, aparte otras dificultades, da a *magis* una traducción completamente inadmisible en las fuentes. En el sentido que le da Zittelmann, las fuentes usan de plus así: 1. 5, *qui test. fac. poss.* 28, 1; 1. 10, § 7 de *in rem verso* 15, 3; 1. 72 de *usuf.* 7, 1; 1. 2, § 7 *sol matr.* 24, 3. La palabra *magis*, usada en su recto sentido, lo está en infinidad de textos, entre otros: 1. 18 *pr. de serv. rust.* 8, 3; 1. 6, § 3, *com. praed.* 8, 4; 1. 7 *pr. comm. divid.* 10, 3; 1. 23 *eodem*; 1. 5, § 3 de *jure jurando* 12, 2; 1. 4, § 3 de *in lite jur.* 12, 3; 1. 10 de *statu hom.* 1, 5; 1. 14, § 1, *comm. divid.* 10, 3; 1. 21 *pr. de dom inter vir. et ux.* 24, 1.

Contra lo segundo está el texto, dice: *quasi mutuam accipias*.

Eisele parte en su interpretación de que la tradición es un acto causal, y refiriéndose al texto de Juliano, cree que hay que distinguir en él dos partes: la primera, en que las partes están de acuerdo respecto de la causa *solvendi*, aunque varíen en cuanto al hecho que fundamenta la deuda que se amortiza. En el segundo, hay disenso respecto a la causa *traditionis*. El texto parece indicar que se trata de un ejemplo *velutisi* y de un argumento a *fortiori nam et si*.

No parece aceptable que, diciendo Juliano—a pesar del disentimiento de las partes del ejemplo donación y préstamo—la propiedad se transmite, pueda generalizarse el principio. Y lo prueba el siguiente argumento: El donante está dispuesto a aceptar el préstamo, que es lo menos, pero ¿estaría lo mismo cuando el prestamista oyera que el *accipiens* lo tomaba como donación? (1).

(1) L. 52, loc. cond., 19, 2 (Pomponius): «Si decem tibi locem fundum,

Compara el texto de Juliano con el de Ulpiano y dice que caben tres interpretaciones :

1. Ulpiano justifica no su propia opinión, sino la de Juliano, pues en vez de continuar *sed an mutua sit videndum*, lo hubiera hecho de modo distinto si Juliano hubiera dicho que no se producian ni *mutuo* ni donación. Más bien hubiera dicho : *Julianus scribit nec donationem, nec mutuum esse. Sed an nummi fiant accipiens videndum.*

2. Si hubieran ocurrido las cosas del modo contrario, hubiera dicho : Juliano escribe que no hay donación, con lo cual estoy de acuerdo, pero que exista un préstamo me resulta dudoso y yo sostendría más bien que

3. Que Juliano hable de donación, pero se calle respecto del *mutuo*. Pero contra esto está la L. 20 de *Reb. cred.*, 12, 1.

La opinión de Eisele es que, tanto Juliano como Ulpiano, conciben la tradición como contrato causal, pero que mientras Juliano admite la existencia de préstamo, Ulpiano no admite ni la existencia de préstamo ni de donación. Y añade que cree que en la compilación de Justiniano debe darse preferencia a la opinión de Ulpiano, porque de él se transcribe toda la decisión completa, en tanto que la de Juliano sólo se transcribe parcialmente.

Entremos ahora con la explicación larga y farragosa de *Strohal*, publicada bajo el título «*Rechtsübertragung und Kausalgeschäft*», en el tomo XXVII del *Jahrbücher de Yehring*. Se publicó el trabajo para combatir el proyecto de Código civil alemán, en cuanto admitía el contrato real.

Recoge la suposición lanzada por Lenel y pretende reforzarla con las siguientes razones :

1. Tratando la primera parte de L. 36 de una *res Mancipi*, la segunda de una *res nec Mancipi*, sólo podría aceptarse la hipótesis de que así lo hubiera escrito Juliano, bajo el presupuesto de

tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur. Sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluria erit conductio, quam quandi ego putavi» (*).

(*) L. 52, loc. cond., 19, 2 (Pomponius) : «Si te arrendase el fundo en diez, y tú creíste que en cinco, no se verifica la locación ; pero si yo te lo arrendé en menor cantidad, y tú creíste que te lo arrendaba en más, ciertamente, no se entenderá arrendado en más de lo que yo juzgue.»

que para el derecho clásico regían las mismas normas respecto a la causa en la tradición de cosas *mancipi* y *nec Mancipi*. Pero esto suscita grandes dificultades. Pongamos un ejemplo: Un propietario de una *res Mancipi*, que lo es por derecho quirritario, ha hecho tradición de ésta; la tradición será suficiente, aunque no haya acuerdo sobre la causa para transmitir la propiedad bonitaria. El *tradens*, como propietario quirritario, conserva *ipso jure* la acción reivindicatoria contra el *accipiens*, y éste opondría la *exceptio rei venditae et traditae*, a la que, a su vez, el *tradens* podría oponer con éxito una *replicatio doli*, porque falta al *accipiens* derecho a poseer, por no haber una causa en sentido objetivo y habiendo surgido el deber de restitución. O ¿debería más bien el *tradens* que conserva la propiedad quirritaria hacer uso de una *condictio indibili* para recuperar el fundo? En contra de esto está lo que sabemos respecto de la *exceptio reivenditae et traditae*. Esta protegía al *non dominus* contra el *dominus* cuando en la reivindicación de éste existe un dolo, pero no cuando la mala fe está en el lado del *non dominus*. Todos los datos de las fuentes, referentes a esta *exceptio* suponen que sólo puede beneficiar a un demandado que frente al actor tiene derecho a la posesión, que repose en un negocio causal y la L. 1 (Ulpiano), § 5, D. de *exc. rei. vend. et trad.* 21, 3, hace notar la posibilidad de una réplica que desvirtúe la *exceptio*, aun cuando se descubran vicios en el negocio jurídico a que apela el demandado. Resulta, pues, que la primera parte del texto no puede hablar de tradición, por citar una cosa *mancipi*.

2. El caso tratado en la primera mitad de L. 36, sólo es de interés práctico si la obligación o la prestación no existe jurídicamente, ni *ex testamento*, ni *ex stipulatu*, como presumieron, respectivamente, el dador y el tomador. Pues, en caso de existencia de tal obligación, la propiedad se transmite, importando poco si por *mancipación* o por tradición.

Si se tratase, pues, de una prestación indebida del fundo, entonces Juliano sólo puede haber hablado de *mancipación*, no de tradición, porque ésta en tal situación, según se expone bajo cifra 1, hubiera sido ineficaz, mientras sería exacto que Juliano dijera: Sea eficaz la *mancipación* del fundo, aunque entre las partes no haya existido acuerdo respecto al título del solo supuesto deber de prestar.

3. En pro habla también la defectuosa elección del ejemplo dado por Juliano en la segunda parte del frag., puesto que queriendo mostrar la irrelevancia del disenso respecto de la causa de transmisión de propiedad, se ve constreñido a tratarlo en un caso crítico especial, en que el *tradens* enajena a título gratuito y el *accipiens*, por el contrario, quiere adquirir lucrativamente. Así podría decirse que Juliano plantea más bien el caso de si la cuestión del disenso acerca de la causa no sea, bajo ciertas circunstancias, meramente aparente, y, por tanto, no perjudicial.

4. Es notable también la manera como Ulpiano contradice a Juliano, pues no va contra el principio general que plantea éste respecto a la causa de la tradición, sino contra la decisión especial de la segunda mitad. Y la rechaza diciendo que no hay ni mutuo ni donación, con lo cual el disenso, respecto a la causa, no tendrá ya importancia. Para argumentar así, Ulpiano debía estar de acuerdo con Juliano respecto del principio. Parece, pues, que el pensamiento de Juliano sería: después de haber constatado que el disenso, respecto de la causa, no influye en la validez de la mancipación, añadiría que, aun en la tradición de cosas *nec mancipi*, podrían darse casos en que no perjudicara el disenso sobre la causa; así, por ejemplo: si A. entrega *donandi animo*, etc.

Ulpiano contradiría lo último diciendo que, a falta de acuerdo sobre la causa, no habría tradición.

Como no se puede resolver la cuestión de a quién ha de otorgarse preferencia, Strohal pretende resolver la dificultad planteando casos prácticos.

A) Primus envía como regalo 100 a Secundus, quien replica estar dispuesto a recibirlos como préstamo. Haciendo Secundus condición de la aceptación el consentimiento al préstamo, no hay traspaso de propiedad (éste no es el caso de las fuentes que hablan de *alia opinione acceperit*).

B) Primus regala 100 y Secundus acepta reconocido, pero declara que más bien querría considerarlo como préstamo. El ulterior desarrollo del ejemplo sería de la siguiente manera: o bien Primus declara retirar la oferta de donación y aceptar el préstamo, o bien puede verse en la declaración de Secundus una aceptación, cuando menos eventual, de la donación; o bien Primus cierra la discusión diciendo que no piensa en el pago si Secundus no mejora

de suerte, pero sí, si se enriquece; o bien Primus no dice nada a la contraproposición de Secundus.

Parece existir en esas cuatro combinaciones un acuerdo sobre justa causa. Por lo que hace a la tercera, y quizá también a la cuarta combinación, no hay ni donación ni mutuo, sino una especie intermedia, quizá una *naturalis obligatio*. En todo caso, y a pesar de las discusiones, existe un campo delimitado entre donación y mutuo que llega a ser un consentimiento suficiente para la existencia de justa causa.

C) Primus entrega 100 como regalo a Secundus, tardo de oído, y éste lo agradece, y a los pocos días remite un recibo acreditativo de deuda. ¿Existe aquí transmisión de propiedad?

Quizá sea este caso, u otro análogo, el que haya servido de modelo a las fuentes. Ulpiano rechaza la transmisión de propiedad por falta de causa, pero no puede velar que el disenso existe, porque el *accipiens* no oyó al *tradens*, y que el primero, de haber entendido bien, hubiera estado de acuerdo con la donación y así gozaría de una *exceptio doli* contra la *condictio sine causa* fundada en el disenso respecto de la causa. Después de estas consideraciones no ha de extrañarnos que Strohal, que defiende la doctrina tradicional, se encare con Ulpiano tachándole de inconsecuencia al otorgar una vindicación al *tradens*, que sancionaría una deslealtad.

Termina Strohal la consideración de este asunto con la siguiente proposición: la suma de lo dicho es que es necesaria la justa causa para el traspaso de propiedad y que Juliano y Ulpiano suponen este principio como natural. Si después llegan a conclusiones distintas, se debe a la condición especial del caso planteado por Juliano, que requiere distinta solución, según las circunstancias anejas que se le añadan. Y hasta puede decirse que se acomoda más a la entraña del asunto la decisión de Juliano que la de Ulpiano.

Hofmann plantea la cuestión de la siguiente manera: Algunos creen que la opinión de Ulpiano y de los que le siguen reposa en un defecto de observación y análisis jurídico. Se debería distinguir el contrato real del obligatorio y no mezclar los supuestos de ambos. Así Puchta piensa que Ulpiano ha estado tan preocupado con el lado obligatorio, que ha tratado insuficientemente la cues-

tión de propiedad. Como si la causa fuera idéntica que la *obligatio praecedens*. Otros opinan que, si se sigue a Ulpiano, hay que considerar la causa en sentido objetivo y contarla entre los requisitos positivos de la tradición. Pero estas dos cuestiones no tienen entre sí nada de común. Aquí la cuestión es sencillamente: ¿Existe o no acuerdo de voluntades (contrato) cuando uno da algo *animo donandi* y el otro lo acepta *animo mutui*? Por eso la cuestión está en los hechos subjetivos, no en los objetivos. Ni Ulpiano ni Juliano pensaron en aquel supuesto requisito de una causa *traditionis* concebida, según la antigua teoría. La diversidad de opinión tiene otro sentido.

Luego dice que la opinión de Juliano y de la mayoría de los juristas se funda en la idea de que existen un *animus dominii transferendi et adquirendi*. Que se funda en el apotegma *utile per inutile non vitiatur* y en la analogía del disenso respecto a la cantidad que se resuelve a favor de la suma concurrente. Pero esto, que es lógico aquí, no lo es trasladado a nuestro caso, porque transmisión de propiedad y finalidad son igualmente esenciales. Sin acuerdo de voluntades, no hay contrato de transmisión. La cuestión se plantea así: A), el que para la tradición exige la existencia objetiva de una causa, es decir, de una donación real y efectiva, un préstamo válido, ése consecuentemente considerará que el error *in causa* perjudica a la transmisión de propiedad; B), y, al revés, el que declara relevante el error *in causa*, se declara, por la concepción de la *justa causa traditionis*, como negocio jurídico válido, que es presupuesto en toda tradición, y esto es fundamentalmente falso. Sin consentimiento respecto de la causa, no hay existencia objetiva de la misma. Pero sin existencia objetiva de la causa, aun puede haber un consentimiento, por ejemplo: el pago de lo indebido.

Examina el texto de Ulpiano y cree que es un lugar común considerar existente una contradicción entre 1. 18, D. de *rebus creditis* 12, 1, y el principio de que no es requisito positivo de la tradición una justa causa en sentido objetivo.

Con el fundamento se pone también la consecuencia, pero no viceversa. En consecuencia: 1) Disenso (fundamento), luego causa inválida (consecuencia, pero no 2), causa inválida, luego disenso;

3), causa no inválida, luego no hay disenso, pero no 4) no hay disenso, luego causa no inválida.

Resulta que es exacta la consecuencia primera: para quien el *error in causa* es decisivo, para él también lo es, la invalidez de la causa. Con otras palabras: no se requiere consentimiento respecto a la causa, luego la existencia objetiva de la causa tampoco es requerida.

La consecuencia segunda, sin embargo, es inexacta. Si es decisiva la invalidez de la causa, también lo será el disenso respecto de la misma. Con otras palabras: si no se exige la existencia objetiva de la causa, tampoco se exigirá el acuerdo de voluntades respecto a la misma.

De nuevo es exacta la argumentación tercera: si no es decisiva la invalidez de la causa, tampoco lo será el disenso respecto de ella. Con otras palabras: si se exige objetivamente una causa válida, se exigirá también acuerdo respecto a la misma.

Por el contrario, hay una falta en la conclusión cuarta. Disenso no decisivo, luego la validez de la causa no lo es tampoco. Con otras palabras: Si se exige acuerdo respecto a la causa, se exigirá también la existencia objetiva de la misma.

El resultado a que llega Hofmann es el siguiente: Ulpiano (quizá también Javoleno 1. 55, D. de O. et A. 44, 7) (1). Pensó de la naturaleza del acuerdo de voluntades en la transmisión de propiedad, de modo distinto que Juliano. Pero una vez admitido esto, le resulta improbable que ambos hayan pensado de diferente manera respecto a la relación de la causa para con la tradición.

El eminente pandectista *Denburg*, siendo profesor de la Universidad de Zürich, también emitió su opinión sobre el asunto, y, aunque de resultados completamente contrarios, con una argumentación muy parecida a la que usa Strohal.

(1) L. 55: In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium; nam sive ea venditio, sive donatio, sive conductio, sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi, alius utriusque consentit, perducitur ad effectum id quod inchoatur, non potest (*).

(*) L. 55: «En todos los contratos por los cuales se transfiere el dominio es necesario que se dé la voluntad de los contratantes, porque no se puede contraer venta, donación, conducción ni otro contrato alguno sin que se verifique la voluntad de que se perfeccione el contrato ya empezado.»

En él (1) sienta el principio general de que la entrega de propiedad es esencialmente diferente de la aceptación de obligación. Para que nazca una obligación válida, es necesario que se cumpla la intención (causa) de la obligación, en tanto que en la entrega de propiedad ocurre lo contrario. Si no se cumple la causa prevista por el *tradens*, únicamente le quedará a éste como recurso una *condictio*. Y respecto de las *condictiones*, Ulpiano dice en L. 12, D. *usufructus quemadmodum* 7, 9 *proditum est, neminem nisi a fure rem suam condicere posse*, de donde, a contrario, se deduce que la *condictio*, salvo la furtiva, requiere que la cosa no esté ya en propiedad del que usa de ella.

¿Cómo compaginar con ello el que Ulpiano, el propio Ulpiano, diga en L. 18 D. *De rebus creditis*, 12,1 precisamente lo contrario? ¿No habrá quizá que buscar, en la práctica, la solución de esta antinomia de los dos textos tantas veces citados?

De pasada cita la opinión de algunos autores: Scheurel (*Beiträge*), no quiere oír hablar de un error de Ulpiano, sino que éste, premeditadamente, quiso rechazar la opinión contraria de Juliano y que lo motivó suficientemente con la frase: *cum alia opinione acceperit*. Cree a Ulpiano defensor de la teoría de la justa causa.

Glück (VIII, 122) y Huber (*Eunomia legum ad h. lex*), sostienen que Ulpiano mantiene su opinión por motivos teóricos y la otorga preferencia por analogía jurídica. Juliano, en cambio, representaría el principio viviente en la práctica.

Donello, Vinnio y Pothier, dicen que Juliano hablaba *subtilitate juris*, en tanto que Ulpiano lo hacía del efecto final del negocio que a la larga no permite el enriquecimiento del *accipiens*, a pesar de que haya sido la propiedad transmitida formalmente; Ulpiano, pues, diría: *nummos accipientis non fieri*, porque el dinero podría reclamarse por una *condictio*.

Contestando a estas preguntas, continúa Dernburg diciendo que no puede negarse la existencia de una contradicción que debemos tratar de superar. La práctica de la vida real quizá nos dé la solución.

En los textos se habla siempre de un disentimiento de las par-

(1) *Archiv. für die Civilistische Praxis*, t. XL, págs. 1.ª y sgtes.—*Beitrag zur Lehre von der justa causa*.

tes. Pues bien, pongamos un ejemplo: A. quiere contratar un préstamo al que B. no está dispuesto, sino que pretende hacerle donación de esa cantidad, pero, a pesar de todo, A. recibe la suma y la guarda en su cartera, pretextando que no acepta la donación, esperando que, al fin, B. asienta a sus pretensiones. En este caso, como A. dice expresamente no quiero recibir sino en préstamo, no hay transmisión de propiedad.

En el caso de Juliano, el disenso no es explícito, como en el antes propuesto, sino que reposa en un error respecto de la intención del otro, y, en consecuencia, admite la transmisión de propiedad. Si así no fuera, el segundo caso que sirve de justificante del primero, sería incongruente con éste.

En cambio, la solución de Juliano no se avendría con las circunstancias del caso planteado por Ulpiano, porque en éste parece haber un expreso disentimiento, que no ha sido cancelado. (En este sentido se emplea ese vocablo en 1. 21, § 2, D. *De acq. emti* 19,1 y 1. 8 D. *De rebus creditis* 12,1).

El *tradens* puede estar en dos posturas: o bien no supo la intención de la otra parte (préstamo), y entonces resulta no haber fundamento para la existencia de un préstamo, o bien lo supo el dador, y, sin embargo, no dijo nada; parecería como que, al remitir el dinero, se conformó con la idea del préstamo. Pero como Ulpiano dice *nec mutuam esse*, en la duda hay que sostener que el dador persiste en su intención. Y en este sentido el giro, *magisque nummos accipientis non fieri*, resultaría que solamente podría comprenderse desde el punto de vista de sólo quererlo recibir como préstamo, y esto manifestado en declaración expresa.

Bajo este supuesto de declaraciones expresas de ambas partes, se mantiene bien el final del texto, donde se dice que la *condictio* podría rechazarse por *exceptio doli, quia secundum...*

Si se presupone que sólo existe un mero disentimiento, que ambas partes no se dieron a conocer sus intenciones, resultaría incomprensible el texto. No se podría concebir la existencia de un *dolus* por el arrepentimiento del dador respecto a la oferta de donación que no llegó a encarnar en un negocio jurídico obligatorio. Pensando el *accipiens* en un préstamo, no puede extrañarse de que luego se le reclame el dinero, pues no conoció la existencia de la

intención de donar. El argumento contrario vale si se acepta que el *accipiens* conoció la voluntad del donante.

De esta manera interpretado, desaparece la incongruencia de 1. 18 *reb cred.* 12,1 con L. 36 D. *De acq. rer dom.* 41,1.

Concluye Dernburg exceptuando de la proposición general de que el disenso respecto a la causa no influye en la tradición, los casos en que las partes, expresamente, hacen depender la transmisión de propiedad de la consecución de una determinada causa jurídica.

IGNACIO SERRANO Y SERRANO,

Doctor en Derecho.

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Alcalá, 14

MADRID

Sevilla, 3 y 5

Sucursales Urbanas: Glorieta de Bilbao, 6 y Glorieta de Atocha

Capital autorizado 100.000.000 de pesetas

Capital desembolsado 51.355.500 —

Reservas 67.621.926,17 —

400 Sucursales en España y Marruecos

Corresponsales en las principales ciudades del mundo

Este Banco realiza toda clase de operaciones bancarias.—Compra y venta de valores —Des cuenta y cobro de cupones y títulos amortizados —Custodia de valores Giro, transferencias, cartas de crédito, órdenes telegráficas sobre todos los países del mundo.—Aceptaciones, domiciliaciones créditos comerciales simples y documentarios, etc., etc ...

TIPOS DE INTERES

I.—Cuentas corrientes

A la vista 2 por 100 anual.

II.—Operaciones de ahorro

A) *Libretas ordinarias de ahorro* de cualquier clase, tengan o no condiciones limitativas 3 1/2 por 100 anual

B) *Imposiciones.*

Imposiciones a plazo de tres meses 3 por 100 anual.

Idem a seis meses 3,60 — —

Idem a doce meses o más 4 — —

Regirán para las cuentas corrientes a plazo los tipos máximos señalados en esta norma para las imposiciones a plazo.

Dirección telegráfica: BANESTO.—Apartado de correos, núm. 297

La testamentifacción activa en Derecho navarro

1.º Sucesión *mortis causa*.—2.º Sucesión testamentaria y libertad de testar.—3.º Facultad de otorgar testamento.

1.º—SUCESIÓN «MORTIS CAUSA».

Sucesión, en términos generales, es la acción y efecto de suceder, y suceder es entrar una persona en sustitución de otra. Savigny define la sucesión como el cambio meramente subjetivo en una relación de Derecho, y completando esta idea, Castán la considera como «la sustitución de una persona en los derechos transmisibles de otra». Ahora bien: la sucesión se divide en «inter vivos» y «mortis causa», según tenga o no por causa el fallecimiento del que la origina. Esta última es la que nos interesa. Castán la define en forma análoga: «la subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por otra».

A la muerte de una persona queda su patrimonio integrado por sus bienes y derechos y afectado también por sus obligaciones y deberes. Un conjunto de relaciones jurídicas sobrevive al sujeto que las dió vida; son muchas veces medios patrimoniales ajenos que no sería factible truncar ni abandonar sin lesión para sus titulares. De otra parte, atenciones y deberes de familia a cargo del que murió reclaman por su propia naturaleza que a la personalidad extinguida sustituya otra que la continúe. Hay para todo ello una razón de necesidad y utilidad, y el Derecho atiende a satisfacerla creando la sucesión hereditaria, en la que una o más personas se subrogan en el lugar de la extinguida

Arvizu: *El Derecho foral de Navarra y su carácter consuetudinario*).

De muy diversa manera se ha razonado el fundamento de la sucesión «mortis causa». Unos lo consideran como directamente derivado del Derecho natural: el hombre no vive aislado en el mundo, sino que está rodeado de sus semejantes; en la mayor parte de los casos deja, al morir, hijos que son parte de su sangre y desde el fondo de su conciencia se levanta el deseo y la necesidad de transmitirles, no sólo sus derechos que les mejoren, sino también sus obligaciones y deudas, para que su memoria quede limpia. Así considerada, la sucesión «mortis causa» responde a una necesidad natural y tiene su fundamento en la conciencia humana.

Otros, por el contrario, opinan que no desciende del Derecho natural, sino que exclusivamente pertenece al civil. Parten de la base de que la sociedad es la única y verdadera fuente de la propiedad y la enlazan con la doctrina del estado de naturaleza de Rousseau: si el hombre en el estado primitivo no tuvo el derecho de propiedad, no pudo transmitirla, ya que no se puede dar lo que no es propio; luego el traspaso de los bienes por medio de las sucesiones pertenece solamente al Derecho civil.

La generalidad de los autores distinguen un fundamento próximo y otro remoto. Si se busca el primero, es evidente que obedece a una razón de necesidad y utilidad del organismo social: todos los individuos tienen deberes que cumplir y al cumplimiento de estos deberes van encaminados los medios materiales, y es lógico que, al desaparecer del mundo, deben aquéllos permanecer en la familia de la cual constituyen el medio de conservación, a fin de que puedan realizarse.

Pero si se buscan los fundamentos mediatos, destaca como fundamental el derecho de propiedad. Sin él desaparece por completo el derecho sucesorio, falto de contenido y finalidad. Ciertamente el hombre tiene, además de los derechos patrimoniales, otros más elevados y nobles, como son los de la educación de los hijos o la patria potestad, y que podrían ser el contenido del derecho sucesorio si faltase el elemento patrimonial; pero precisamente son derechos personalísimos e intransferibles, y, en la mayor parte de los casos, o esas disposiciones son ajenas a la sucesión pro-

piamente dicha, o van acompañadas de elementos económicos. No quiere esto decir que el derecho de propiedad sea el único fundamento de la sucesión (las opiniones antes alegadas también la justifican), sino que es el más importante. «Y en Navarra—continúa el antes citado—, donde la propiedad es, además de un hecho y un derecho, como en todas partes, una idea firmísimamente arraigada y axiomática, no encontraría ambiente propicio a la discusión el solo supuesto de que no estuviera en ella la base fundamental y «sine qua non» de la doctrina sucesoria».

No definen las leyes navarras la sucesión ni sus clases, pero de su contenido general se desprende que, siendo el Derecho romano supletorio en primer grado, a él se acomoda. Por otra parte, los conceptos romanos sobre la sucesión y herencia aplicables a Navarra son los conceptos generales y comunes establecidos en todos los lugares en que más o menos llegó la cultura de Roma; sin embargo, citaremos las ideas y leyes más importantes:

Del *Digesto* (lib. L, tít. XVI): «La herencia no es otra cosa que la sucesión en todos los bienes que tenía el difunto». «La palabra *bienes* demuestra cierta universalidad y derecho de sucesión, así como la palabra *herencia*, y no cada una de las cosas.» Es decir, que aparece claramente expuesto el concepto de subrogación de una persona en el patrimonio del difunto o en parte de él. Y en la legislación propiamente navarra se encuentra la palabra *sucesión* en el mismo sentido; basta examinar el título XIII del libro III de la Novísima Recopilación, cuya rúbrica es: «De testamentos y sucesiones». Sobre las clases o formas de la sucesión, podemos decir lo mismo: la sucesión voluntaria está reconocida, prescindiendo del Fuero General, en la Novísima Recopilación. La ley 2.ª, tít. XIII, lib. III, dice así: «También conviene se ponga por ley que si los padres en testamento, o en otros contratos «inter vivos», dejaren a sus hijos o a otras personas...», reconociéndose, por tanto, las dos modalidades de la sucesión voluntaria, como son el testamento y el pacto sucesorio. La sucesión legítima está expresamente aceptada en la misma ley citada, cuya rúbrica dice: «Los padres sucedan a los hijos «abintestato». Estas ideas quedan confirmadas, además, en muchas de las restantes disposiciones de la Novísima Recopilación.

Y, una vez expuestas estas ligeras explicaciones sobre el derecho de sucesión en Navarra, vamos a entrar en el tema principal de nuestro trabajo.

2.º—LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA Y LIBERTAD DE TESTAR.

En el Derecho navarro no aparece definido el testamento de una manera concreta. Es necesario acudir a los derechos supletorios como el romano y el Código civil español.

Es clásica la definición de Modestino que se encuentra en el *Digesto*: «Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri velit». (El testamento es la justa expresión de nuestra voluntad respecto a lo que cada cual quiere que se haga después de su muerte). De la inexactitud de esta definición se hacen eco todos los autores modernos, porque no pone de relieve, con la debida precisión, los caracteres esenciales de la última voluntad, ni la diferencia de ciertas disposiciones análogas o parecidas a ella, como la donación «mortis causa» o el pacto sucesorio, en las que también se dispone para después de la muerte, y, sin embargo, nadie las ha considerado como testamentos.

Tampoco el Código civil define el testamento de una manera completamente aceptable. Dice en su artículo 667 que es «el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos». El principal defecto de esta definición, aparte de adolecer de las mismas faltas que hemos atribuido a la anterior, es que atribuye como único fin al testamento la disposición de bienes, siendo así que, aunque de ordinario sea éste su principal objeto, las disposiciones testamentarias pueden contener materias alejadas por completo del terreno económico y patrimonial.

Fuera del campo legislativo, no se cuenta en Navarra con otra definición que la de José Alonso: *Recopilación de las leyes y fueros de Navarra*, vol. II, pág. 315. «El testamento—dice—es una disposición en que manifiesta el otorgante su última voluntad, principalmente, respecto de sus bienes y derechos, para que se cumpla después de su muerte». Tampoco es exacta esta definición, pues adolece de los mismos defectos que las anteriores.

En general, puede decirse que no hay definición que convenga

en todos sus puntos con el Derecho navarro; éste ofrece peculiaridades que lo diferencian de los demás y por eso es preciso lograr un concepto que las contenga. A la revocabilidad del testamento se oponen en Navarra excepciones bastante numerosas, y, por otra parte, existe el testamento llamado *de hermandad*, cuya particularidad más saliente es, como su propio nombre lo indica, que lo otorgan dos personas, marido y mujer en la mayor parte de los casos; no obstante, lo pueden otorgar más de dos personas. A título de curiosidad diré que el testamento de hermandad tiene por objeto el instituirse herederos mutuamente dos o más personas en el caso de que fallezca una de ellas. Es muy corriente en Navarra, yendo unido, la mayoría de las veces, a las capitulaciones matrimoniales.

Atendiendo, pues, a estas circunstancias, podemos asignar al testamento en el Derecho navarro las siguientes características: la de ser un acto libre, personalísimo, por regla general revocable, en el que una o varias personas disponen para después de su muerte de todos o parte de sus bienes y derechos y hacen la designación de heredero, según su libre voluntad y sujetándose a las formalidades prescritas por la ley.

Sobre las clasificaciones de los testamentos que generalmente suelen hacerse (comunes y privilegiados, ológrafo, abierto, cerrado, etc...), no ofrece Navarra grandes excepciones, y, en general, coincide con ellas; hay algunas, es cierto, pero que no nos interesan para el presente trabajo.

Del fundamento de la facultad de testar ya he expuesto algunas nociones al hablar del fundamento de la sucesión en general. Es indudable que se halla en el derecho de propiedad. El testamento es un efecto de la voluntad del hombre, como la venta, la donación, etc..., y el hecho de que no produzca efecto hasta después de la muerte del causante, no influye lo más mínimo en sus consecuencias; de no ser así, habría que suprimir instituciones, como la del seguro, por todos admitidas. «No es rara en Navarra—escribe Arvizu—la donación universal «inter vivos», en la que los donantes se reservan el dominio sometido a la condición resolutoria de su fallecimiento; ocurrido el cual, pasa a los donatarios: y a nadie se le ocurre dudar que entra en las facultades de los contratantes establecer esa condición».

Del carácter fundamentalmente económico del testamento no podía prescindir la legislación navarra: el Fuero General y la Novísima Recopilación están basados en esa idea. En idéntica circunstancia se hallan las legislaciones supletorias y hasta los tratadistas navarros lo reconocen: basta examinar la definición de testamento dada por Alonso, que antes he transcrito. No es, por tanto, necesario insistir más.

La libertad de testar es una de las características que en mayor grado diferencian al Código civil de la legislación navarra: ésta concede al testador amplias facultades para disponer de su herencia, sin otra limitación que lo que se llama legítima foral.

Grandes han sido las discusiones que ha planteado esta cuestión: en general, puede decirse que la tendencia moderna es a coartar la libertad de los padres en el sentido de obligarles a dejar a sus hijos por igual un mínimo de su hacienda. A favor de esta opinión se encuentran muchas razones, fundadas, en su mayor parte, en la posibilidad de que los padres, bien sea por un excesivo amor a uno de los hijos (entiéndase esto en un sentido amplio, es decir, comprendiendo todas aquellas personas a quienes la ley concede legítimas), bien por extravíos propios de edad avanzada o por otras causas parecidas, abandonen a sus hijos sin antes dejarles medios patrimoniales con que se desenvuelvan. La relajación de la vida familiar moderna, rotos los vínculos de su existencia por el divorcio, cada día más en auge, hace que los legisladores se muestren reacios a conceder al testador esa libre facultad de disposición. Así consideradas las cosas, parece que esta teoría responde a las necesidades actuales, ya que asegura a los hijos un posible bienestar económico, ajeno por completo a las relaciones personales de éstos con sus padres.

Pero, al lado de estas ventajas, tiene sus inconvenientes: La vida familiar no se compone solamente de relaciones patrimoniales, sino que, por encima de ellas, deben colocarse las afectivas y las morales. El hijo no debe mirar en su padre la fuente de una futura herencia solamente, y esto es lo que viene a hacer el sistema de legítimas; el hijo sabe que, aunque abandone todos sus deberes para con los que le dieron la vida, al llegar la hora de testar hay una ley del Estado que obliga a los padres a disponer de sus bienes en un sentido igualitario. Claro está que se presien-

te la objeción inmediata : no toda la herencia va a formar parte de las legítimas, existe la mejora ; se ha procurado compaginar la libertad de testar que corresponde a los padres con los derechos de los hijos. Es cierto, pero equivale a considerar que la mayor parte (una regla general aplicada a una minoría no sería justa) de los padres no cumplen con sus deberes de tales, siendo así que el amor que éstos sienten por sus hijos es más grande que el que éstos sienten por aquéllos. Por esto hay autores que consideran este sistema como un mal o una imperfección necesaria en nuestra época en que la familia ha perdido el carácter de unidad por que siempre se había distinguido.

Navarra es una de las regiones que más se han resistido a este movimiento absorbente que invade el mundo ; a ello han contribuido motivos étnicos y religiosos ; pero lo cierto es que, si no con la vigorosidad de antes, por lo menos con gran energía, se mantienen los principios tradicionales de jerarquía, amor y respeto a los progenitores. La raza vasca, en extremo apegada a sus costumbres, concentra todas sus actividades en la vida familiar, a la vez que la sostiene sobre un fundamento eminentemente cristiano : ésta es la razón por que la influencia extranjera se introduce más lentamente que en otras regiones de la Península.

Y ya que no el amor, muchas veces el temor a ser desheredados hace que los hijos cumplan estrictamente sus obligaciones ; del mismo modo el padre puede premiar los actos buenos y castigar las acciones punibles de sus hijos con una pena que, por desgracia, es una de las más temidas : la privación de la herencia. Nadie como el padre sabe a quién debe dejar sus bienes ; puede suceder que unos hijos estén en posición económica desahogada y otros no, y es evidente que el Estado no puede remediar justamente estas situaciones. Estas razones, no por muy usadas menos justificativas, abonan la libertad de testar, amplia en relación con otras legislaciones, que existe en Navarra.

Hay un caso especial en que se presume con bastante probabilidad de acierto que los padres no han de cumplir exactamente, o por lo menos han de encontrar grandes obstáculos, sus obligaciones para con los hijos : cuando forman otra nueva familia, pasando a segundas nupcias. Todas las legislaciones reglamentan este supuesto ; la de Navarra lo hace recogiendo una costum-

bre establecida por la frecuente aplicación de las leyes romanas «Feminae» y «Haec editali» que encierran, tanto una obligación de reservar, como una prohibición de disponer (Morales, obra citada).

Cuatro casos se pueden establecer sobre este supuesto y todos ellos han de convenir en que del primer matrimonio queden hijos con derecho a heredar:

1.º No puede dejar el testador al nuevo cónyuge mayor cantidad de bienes que al hijo menos favorecido de su primer matrimonio.

2.º Lo mismo puede decirse de los hijos del segundo matrimonio, es decir, que no pueden recibir más que el que menos recibe de las anteriores nupcias.

3.º En el caso de que los que contraigan nuevo matrimonio sean viudos y tengan hijos de ambos matrimonios, deben repartirse equitativamente los bienes.

4.º Esta igualación debe efectuarse aun en el caso de que muriera primero el padrastro o la madrastra.

Intimamente relacionada con esta cuestión se encuentra la institución jurídica de la desheredación. La privación de la herencia a aquellas personas que normalmente les correspondía, obedece a la mala conducta que éstas observen con respecto al testador; sería absurdo el negar a los padres el poder de castigar las faltas graves que contra ellos se cometieran, máxime tratándose de sanciones pecuniarias como son, en su mayor parte, las testamentarias. Lo único que puede hacer el legislador es limitar el número de causas que justifican la desheredación: todas ellas han de ser gravemente atentatorias contra el respeto y autoridad que se debe a los padres.

El Fuero General de Navarra lo reglamenta de la siguiente manera: Los padres no podrán desheredar a sus hijos «si non por ciertas cosas, es a saber, si fiere el fijo al padre ó a la madre, ó si faz jurar por acusamiento de crimen, ó si les prende por los cabellos, ó si clama traidor probado ante hombres buenos» (capítulo VIII, tít. IV, lib. II). «... empero dice el fuero que si fijo ó fija face jurar a padre ó a madre por alguna ocasión, ó les fiere, ó les dice algun crimen, el padre et la madre pueden desheredar a aquella criatura de patrimonio, o de matrimonio, salvo fuera de

casamiento» (cap. I, tít. VI, lib. II). «Empero el padre puede desheredar a creatura de pareilla et de barragana, si al padre fiere con mano airada de puino, ó lo clama traidor probado ante hombres. Otrosí clamase a su madre puta probada o mesieilla probada ante hombres, debe ser desheredado» (cap. I, tít. XX, lib. III).

Estas causas de desheredación las mantiene la Novísima Recopilación en la ley 16, tít. XIII, lib. III: es una ley del año 1688, que dice así: «... Suplicamos a Vuestra Magestad sea servido de mandar que todas y cualesquiera disposiciones que hiciesen los padres de sus bienes y hacienda, que no fueran de condición de labradores, se observe y guarde inviolablemente la dicha costumbre y libertad absoluta que por ella tienen de disponer como quisieran, dejando a sus hijos en dichas disposiciones la dicha legítima de los cinco sueldos y robadas de tierra en los montes comunes, conforme a la dicha costumbre... etc...». Y esta costumbre de dejar a los hijos cinco robadas de tierra en los montes comunales más cinco sueldos, llamados carlines, se emplea en todos los casos de testamento, aunque no haya desheredación. En la actualidad subsiste, claro está que solamente como una cláusula de estilo, sin ninguna realidad práctica.

Resumiendo las causas de desheredación en el Derecho propiamente navarro, encontramos las siguientes:

1.^a Cuando se les ofende con malos tratos en el sentido material de palabra, es decir, cuando se les hiere.

2.^a Cuando, habiéndoles imputado un delito, se les obliga a prestar juramento sobre la verdad del caso.

3.^a Cuando se les toma de los cabellos. Esta es una variante de la primera causa.

4.^a Cuando, en presencia de gente, se les insulta con la palabra mesieillo o mesieilla, que significa hombre ruin o mujer de mala vida.

5.^a Cuando, en las mismas circunstancias, se acusa a la madre de prostituta. También es variante de la anterior.

6.^a Y, por último, si las hijas contrajeran matrimonio clandestino.

3.º—FACULTAD DE OTORGAR TESTAMENTO.

En Navarra pueden testar los varones que hayan cumplido catorce años y las hembras que hayan cumplido doce, si no están afect-

tadas por ninguna de las incapacidades que luego voy a exponer.

Así lo establece el capítulo I del Amejoramiento del Fuero. Dice así: «Como según Fuero antiguo los fidalgos hobriendo siete ay nos podiessen facer testamento, contracto, ay lleuar fus bienes, Nos, entendiendo que es contra dreiro et razon, establecemos et ordenamos que daqui adelant, ningun fidalgo ni otro ninguno de nuestro Regno, que haga poder de facer testament, ni ningun contracto ni ay lleuacion de sus bienes ata tanto que aya hedat de XIII aynos conplidos si varon es, et si muger es, ata que haya XII aynos conplidos, ni ser en iuzio sin tutor o curador dado a eyll por auctoritat de Cort».

De esta ley se desprende que la influencia romana sobrepaja al primitivo fuero, estableciendo, además, el límite de la edad en relación con el sexo. Sin embargo, se aparta del original romano en que exige el exacto cumplimiento de la edad. Por dos veces dice que los años han de estar cumplidos, mientras que la ley 5.^a, tít. I, lib. XXVIII del *Digesto*, se expresa en estos términos: «... Pero ¿será necesario que se haya pasado ya del año décimocuarto para poder hacer testamento, o bastará que lo haya cumplido solamente? Suponiendo que una persona ha nacido en las kalendas de enero y hace testamento el mismo día de su décimocuarto aniversario, ¿será válido? Digo que sí; y aún más: si lo hubiera hecho la víspera de las kalendas después de la hora sexta, es también válido, porque se reputa que cumplió ya el año, según opina Marciano...»

En el Derecho castellano medieval, las *Partidas* exigían también la edad de catorce y doce años. «E esto es porque los que son de esta edad no han entendimiento conplido» (Ley XIII, título I, Partida VI). Y este criterio se mantuvo hasta el año 1888, en que se publicó el actual Código civil, que estableció para varones y hembras la edad común de catorce años. «Están incapacitados para testar: 1.º Los menores de catorce años de uno y otro sexo...» (art. 63).

Por regla general, las legislaciones extranjeras señalan una edad superior para adquirir el derecho de testar. Citaremos, entre otras muchas, la legislación francesa, que exige dieciséis años: «El menor que haya llegado a los dieciséis años sólo podrá disponer por testamento de la mitad de los bienes que se permite al

mayor...» (art. 304); la legislación italiana, que exige dieciocho años: «Son incapaces de testar: 1.º Los que no hayan cumplido dieciocho años...» (art. 763); el Código de la Argentina, que señala asimismo dieciocho años: «No pueden hacer testamento los menores de dieciocho años...» (art. 3.614), etc., etc.; hasta llegar, en algunos casos, como en parte de las antiguas colonias inglesas, a la edad de veintiún años. También se suele seguir el criterio de variar la edad, según se trate de disponer de los bienes muebles o de los inmuebles, variación que oscila entre los catorce y los veintiún años.

Respecto a los autores navarros, v. gr.: Morales, en su tan repetida «Memoria», y los redactores del proyecto de Apéndice de Navarra al Código civil (Ochoa, García Echarri, Isaba, Iñarra, Campión y Echaide) se acomodaron al criterio de éste, lo cual expresa el sentir general de que la idea romana no merecía la pena de conservarse. No han prosperado los anteriores trabajos y hoy sigue rigiendo la edad de catorce años para los varones y doce para las hembras, años que han de ser cumplidos, es decir, contados de momento a momento, en conformidad con lo establecido por la ley del Registro civil.

Expuesta ya la regla general, examinemos las incapacidades existentes en el Derecho navarro. No pueden otorgar testamento:

1.º Los varones menores de catorce años y las hembras menores de doce años, según lo dicho antes.

2.º El que habitual o accidentalmente se hallare fuera de su cabal juicio. Vamos a ver las fuentes de esta incapacidad.

En primer lugar, se funda en la imposibilidad en que se encuentra el privado del uso de la razón para llevar a cabo, no sólo actos de disposición «mortis causa», sino todo lo que lleve aparejado un esfuerzo mental.

En todos los tiempos ha sido admitida la incapacidad del demente, empleando esta expresión en el más amplio sentido, incluyendo en ella todas las especies de perturbación mental. En el Fuero de Navarra no se encuentra, sin embargo, pero esto obedece a que se hallaba en la conciencia de los ciudadanos. Es necesario acudir al Derecho supletorio para encontrar sus fuentes.

«No pueden testar—dice el párrafo 1.º, tít. XII, libro II de las Instituciones—los impúberes, porque carecen de juicio; ni los locos,

porque carecen de razón... Pero el testamento otorgado por el loco en un intervalo lúcido, es válido, y mucho más el otorgado antes de caer en la locura; porque la locura posterior no inutiliza el testamento, ni cualquier otro acto ejecutado válidamente. De aquí se deduce que la locura ha de tener lugar en el preciso momento de testar».

Ampliando esta noción, se encuentra otro fragmento del Código, ley 9, tít. XXII, libro VI: «Antiguamente dudaban si el furioso podría otorgar testamento en los intervalos de razón, lo cual nosotros afirmamos. Pero decidiremos ahora el problema, que también se les planteó a nuestros antecesores, sobre el caso de que la locura sobrevenga cuando se ha empezado ya el testamento. Así, pues, decretamos que el testamento de la persona que en el acto de testar venga en locura sea nulo. Pero si quisiera otorgar testamento en dichos intervalos y lo comenzara y acabase en uso de razón y libre de furor, decretamos que sea válido, siempre que se hayan cumplido todas las demás formalidades prescritas por las leyes.» Esta incapacidad se halla también reflejada en diversos pasajes del *Corpus iuris*, siempre en los términos citados.

Mucho se ha discutido sobre la validez del testamento hecho en un intervalo de razón, y gran parte de las objeciones que se presentan estriban en la dificultad de conocer cuándo un individuo se encuentra en perfecto estado mental y cuándo no. Según Alonso (obra citada, pág. 322, vol. I), «en la duda de si hizo el testamento en tiempo de locura o furor o en sus intervalos, forma una notable conjetura y presunción de haberlo hecho en aquél si entonces se hallaba próximo al furor y si las palabras del testamento manifiestan falta de juicio o entendimiento; y, por el contrario, se presumirá hecho en tiempo de salud si estuviese lejos del furor y las palabras lo manifestasen así». Como se ve, esta regla es absolutamente ineficaz, y puede dar lugar a grandes excesos.

El Código civil, supletorio también en Navarra, contiene un criterio más exacto. Dice su artículo 665: «Siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el Notario dos facultativos que previamente lo reconozcan, y no lo otorgará sino cuando éstos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los facul-

tativos, además de los testigos». La declaración de demencia es, pues, necesaria para llegar a la nulidad del testamento. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y los comentaristas de Derecho civil están conformes con esta teoría. Valverde, en su *Tratado de Derecho civil español*, dice a este propósito: «La capacidad anterior a la incapacidad creo yo que no puede ponerse en duda; los actos realizados por ellos antes de dicha declaración se presumen válidos; pero estimo que esta presunción admite prueba en contrario, pues todas las declaraciones de la voluntad pueden ser anuladas si no son tales declaraciones, bien por vicio o defecto de la voluntad, o por otras causas que invaliden aquella declaración; de modo que si antes de estar declarada en forma la incapacidad era realmente incapaz, y no podría, por tanto, prestar consentimiento en el acto, éste es nulo para los efectos del derecho». Por tanto, si sobre una persona no obra una declaración de incapacidad, su testamento es válido, y no hay necesidad de demostrar que obró en un intervalo lúcido, y es solamente anulable mediante la prueba de la demencia.

Respecto al contenido de la palabra *demencia*, no están conformes los autores. Es claro que el Código civil no la emplea en un sentido técnico, sino para indicar toda anormalidad en general; y así dice Castán que la embriaguez, el sonambulismo, la epilepsia, el arrebato, el estado del que está próximo a expirar pueden implicar falta de capacidad (*Derecho español común y foral*).

Testamento del sordomudo.—Los sordomudos pueden tener en Navarra incapacidad absoluta para otorgar testamento en determinados casos. En el Derecho romano no podían testar los que no supiesen o no pudiesen escribir a causa de tener ese defecto desde el nacimiento: «... decretamos que si cualquiera padece estas dos enfermedades, es decir, que no puede oír ni hablar, y las tuviese por naturaleza, no podrá otorgar testamento...; pero si el varón o la hembra padeciese estos defectos, a causa de haber contraído una enfermedad que le hiciese perder la voz y el oído, y es persona ilustrada, podrá hacer lo prohibido anteriormente, siempre que lo escriba de su puño y letra...»

Hoy no es posible mantener ese criterio; se ha llegado en la educación de los sordomudos a tal grado, que, aunque lo sean de nacimiento, tienen conocimiento exacto de la naturaleza, y, por

consiguiente, sabiendo leer y escribir, caen fuera de las condiciones señaladas para que exista la incapacidad. Si Justiniano exigió el saber leer y escribir, todo sordomudo que lo sepa puede otorgar válidamente un testamento.

Testamento del pródigo.—En Derecho romano carecían de la facultad de testar; pero se consideraba como válido el otorgado antes de que se le hubiera privado de la administración de sus bienes; si lo hacía, se le consideraba nulo.

En Navarra, donde sus leyes no hacen mención del caso, debe aplicarse la doctrina romana de naturaleza restrictiva, aun en oposición a la doctrina sustentada por el Código civil, en su artículo 221, en el que establece que la declaración de dicha prodigalidad deberá hacerse en juicio contradictorio, y que la sentencia determinará los actos que quedan prohibidos al incapacitado.

Barrachina, en su obra *Derecho foral español*, sostiene esta hipótesis, puesto que, al hablar de esta incapacidad, la declara subsistente en Cataluña (testamento nulo de pleno derecho) por la aplicación del Derecho romano, y más adelante se expresa del siguiente modo: «En Navarra, puesto que allí rige el Derecho romano como supletorio, son aplicables las disposiciones de éste, que hemos señalado, al tratar de la legislación de Cataluña, menos en aquello que nos hemos referido anteriormente.» (Se trata del Fuero General y del Amejoramiento.)

Una manera de evitar los litigios que pudieran sobrevénir de la disparidad de criterios entre el Código y el Derecho romano podría ser la de que, al solicitar la declaración de prodigalidad, se pida que se incluya, entre las prohibiciones que ha de contener la sentencia, la de otorgar testamento, ya que no la puede el Juez decretar de oficio (Echaide).

Las leyes romanas exigían que la incapacidad había de existir en el momento de otorgar el testamento y en el momento de la muerte del testador. Hoy día es inaplicable esta disposición, pues responde a una estructura jurídica muy diferente a la nuestra. Es más aceptable el criterio del Código civil, también supletorio del Derecho navarro, en su artículo 666: «... para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar testamento».

Existen, además de las indicadas, otras causas de incapaci-

dad en Navarra: la de los incestuosos, a no ser que recaiga la herencia entre los parientes próximos; tampoco pueden testar los condenados a muerte civil o natural, el usurario manifiesto, excepto en el caso de restituir o dar fianza de restituir las usuras; los hijos de familia, excepto de su peculio castrense y cuasi castrense. Asimismo quedan exceptuados los que han incurrido en excomunión, si pertenecen a los llamados vitandos y son a los que no es permitido dar de comer, beber, saludar ni resaludar, rogar por ellos como ministro público, ni sepultarles en sagrado (Antonio Gómez: *Comentarios a la ley tercera de Toro*, cit. por Alonso). El sordo puede testar por escrito, según el mismo Antonio Gómez, «porque ninguno lo es tanto que, hablándole en alta voz, no comprenda lo que se le dice».

Este es, en resumen, el estado en Navarra de la llamada «testamentifacción activa».

JOSÉ M.^a MARTINICORENA,

Abogado.

BIBLIOGRAFIA

La escasez de obras referentes al Derecho navarro es bien patente, y muchas de ellas han quedado anticuadas. Entre otras he consultado las siguientes:

ALONSO: *Recopilación y comentarios de los fueros y leyes de Navarra*.

ECHAIDE: *Apuntes sobre la aplicación del Código civil en Navarra*.

ARVIZU: *El Derecho foral de Navarra y su carácter consuetudinario*.

MORALES: *Memoria que comprende los principios e instituciones del Derecho civil de Navarra que deben quedar subsistentes como excepción del Código general*, etc.

BARRACHINA: *Derecho foral español*.

CASTÁN: *Derecho civil español foral y de la zona del Protectorado de España en Marruecos*.

VALVERDE: *Tratado de Derecho civil español*.

SERAFINI: *Instituciones de Derecho romano*.

DÍAZ: *Instituciones de Derecho romano*.

AIZPÚN y ARVIZU: *Anteproyecto de Apéndice de Navarra al Código civil*.

Aparte de esto, los diferentes cuerpos legales, tales como el Fuero General de Navarra y su Amejoramiento, la Novísima Recopilación, el *Corpus iuris civilis*, etc., etc.

Naturaleza fisicojurídica de la electricidad

Por la novedad de ciertas de las materias tratadas, y, sobre todo, por la profundidad con que es desenvuelto un tema tan interesante como el de la naturaleza fisicojurídica de la electricidad, creemos útil para nuestros lectores ofrecerles una recensión del voto formulado por el Magistrado argentino Dr. Barraquero con motivo de una Sentencia de la Cámara Civil 1.^a de la República Argentina, que hemos visto publicada en la *Gaceta del Foro*, de Buenos Aires, de 23 de Junio de 1934, y de la cual se han suprimido las referencias y citas que no interesan al lector español.

Dictado el fallo, revocatorio del de primera instancia, de conformidad plena con el informe que extractamos, el contenido del mismo evidencia el extraordinario valor que la investigación científica alcanza en casos tan especiales como el de autos.

Versaban éstos sobre demanda interpuesta por los Sres. Martín Tow y Martín Tow y Cía. contra «Galería General Güemes (Sociedad Anónima)», a propósito de que esta última, como propietaria de un edificio de tipo colectivo del que eran aquéllos inquilinos, había celebrado con ellos una serie de contratos de locación en que se establecía que la luz y la corriente eléctrica que se consumiera en sus locales les sería suministrada exclusivamente por el arrendador, el cual, a su vez, había adquirido de la Compañía suministradora del fluido el derecho de revender energía a sus inquilinos, dentro del tipo máximo fijado en la concesión y a trueque de no permitir que otra Compañía se lo proveyera.

Los demandantes estimaban que, por existir una diferencia entre el precio abonado por la Sociedad Galería Güemes a la empresa de luz y fuerza y el percibido de los actores, recibiendo aquélla un lucro sin causa que lo justificase, se había enriquecido a costa ajena, por lo que deducían la correspondiente acción, que fué estimada por el Tribunal de instancia al condenar a la entidad demandada a devolver la diferencia percibida durante todo el tiempo de los arriendos.

En el informe del vocal, base de la sentencia revocatoria, se abordaron, además de la cuestión generadora de la «litis», las referentes a la imposibilidad de que por las Municipalidades se legisle sobre contratos de derecho privado, tales como el de suministro; las normas científicas que han de servir de fundamento a la interpretación analógica de la naturaleza jurídica de la electricidad, y las razones que, como secuela de esa interpretación de carácter científico, hacen asimilar el contrato de suministro de energía eléctrica al de locación de servicios. Cuestiones todas que, en lo sustancial, fueron desarrolladas por el informante al analizar el caso debatido de la siguiente manera:

I. *Contrato judicial.*—Los actores reclaman a la demandada la repetición de la diferencia de lo pagado por suministro de luz y fuerza eléctrica entre el precio que le pagaron y el que a ella le cobró la Compañía Italo Argentina de Electricidad, con más sus intereses y costas.

Se argumenta que en el contrato de locación no se estableció el precio del consumo de la corriente eléctrica, por cuanto se entendió que la obligación a cargo de la demandada, de que la corriente sería suministrada «cualquiera que sea su procedencia», era al solo efecto de que, manteniendo la exclusividad de una sola Empresa de luz y fuerza, se evitarían destrozos, roturas de paredes, excavaciones de tomas, agujeros o cualesquiera circunstancias que pusieran al edificio en peligro o destruyeran la estética de la construcción al establecerse cada inquilino con el cambio de Empresas.

Funda su derecho en el enriquecimiento sin causa, en un lucro sin causa alguna que lo justifique, dando por reproducidas, sin citarse, todas las disposiciones civiles y concordantes.

La demandada sostiene ser inexacto de que no se haya convenido precio por la corriente a suministrarse, pues en cada caso ha sido establecido de común acuerdo entre las partes, como resulta evidenciado por los pagos hechos durante varios años, sin protestas ni reclamación alguna.

La reventa de la corriente eléctrica no está prohibida en ningún texto legal, ni constituye un lucro injustificado desde que tiene a su cargo el sueldo del personal afectado al servicio, los gastos por colocación y revisión de los contadores de los inquilinos, el pago directo a la Empresa a pesar de la falta de pago de los

locatarios, las pérdidas de corriente, el recargo de tarifas por aumento del precio del combustible y por la contribución de la ley de Jubilaciones y Pensiones, etc.

Finalmente, la cláusula del «sub iudice» respondió a la posibilidad de que la demandada instalara una fábrica propia y por ello el inquilino se obligaba a consumir la corriente suministrada por la Sociedad propietaria, «cualquiera que sea su procedencia».

II. *Contrato de locación*.—Según este contrato, el inquilino destina el local arrendado para la venta o comercio, habiéndose pactado en su artículo 4.º: «La luz que se consuma en los locales y vitrinas que ocupe el señor Martín Tow, y la corriente eléctrica, será suministrada exclusivamente por la Sociedad propietaria, cualquiera que sea su procedencia, la que será abonada cada mes conjuntamente con los alquileres...» Esta convención se encuentra reproducida en los contratos anteriores concertados entre las mismas partes.

Los actores, frente a ese contrato de locación, concretan sus defensas en el alegato de bien probado, sosteniendo: que el comercio en energía eléctrica necesita concesión municipal por ser un servicio público de interés general y desconocen a la emplazada el derecho de revenderla, pues el reservado por el contrato era de distribuir la corriente, pero sin sacar ventajas, ni menos para convenir con la Empresa de electricidad que ésta no suministrara la corriente a ningún consumidor de la Galería Güemes, ni para prescindir de colocar a los locatarios contadores inspeccionados por la Municipalidad.

III. *Servicio público de energía eléctrica: Su régimen legal*. El contrato judicial somete a la decisión del Tribunal una serie de cuestiones nuevas derivadas de la transformación profunda operada en la producción y explotación de la energía eléctrica, que, erigida en una necesidad pública, provoca relaciones jurídicas cuya individualidad «prima facie» no encuadra «in totum» en los contratos o figuras típicas que dominan el campo del Derecho privado.

La explotación de la energía eléctrica se ha caracterizado en la concentración de la producción y distribución para el «consumo de muchos», porque ofrece la modalidad de que los valores del primer establecimiento son sumamente crecidos en relación al valor de su producción anual, justificando así que la instalación para un

«consumidor aislado», o sea la denominada «instalación propia», sólo puede trabajar económicamente mientras el consumo sea elevado y lo más constante posible.

Por otra parte, el suministro de la energía eléctrica—luz, calor, fuerza, etc.—, aun cuando comporte un «servicio industrial», afecta una necesidad pública que ha determinado sea satisfecha por el procedimiento especial del servicio público propiamente dicho, que contiene el régimen de su creación y organización.

El servicio de la energía eléctrica comporta un servicio técnico y reviste el carácter de público cuando se ofrece a la colectividad de una manera uniforme, regular y continua, bajo la garantía de la intervención del Estado por medio de su inspección y vigilancia.

La reglamentación del servicio público de la energía eléctrica por concesiones temporales de privilegios, debe crearse por ley u ordenanza, toda vez que importa una limitación a las actividades individuales.

Las fábricas de generación de electricidad han sido clasificadas entre los establecimientos peligrosos y sólo pueden instalarse previo permiso de la autoridad municipal.

Y así el Concejo, al sancionar cada «ordenanza-contrato» sobre el servicio público de energía eléctrica, determina sus elementos jurídicos, técnicos y financieros, quedando, además, la concesión subordinada a las ordenanzas generales—sobre seguridad pública, establecimientos peligrosos y contratos entre la Municipalidad y particulares—, o especiales a aquel servicio—sobre instalaciones eléctricas subterráneas y aéreas en la vía pública, colocación y contraste de contadores eléctricos y vigilancia e inspección de la Municipalidad.

Además la Ley declara como impuestos y rentas de la Municipalidad de la capital, los impuestos sobre Compañías de luz eléctrica y del uso del subsuelo de las vías públicas, sin que este interés fiscal, ni el espíritu de lucro de la Empresa industrial, desvirtúe el servicio público.

Ahora bien, dadas esas modalidades de nuestra legislación, cumple en el terreno judicial investigar la naturaleza jurídica del contrato de suministro de la energía eléctrica al público, y, a su vez, la del subsuministro de la misma por el locador a sus inquilinos.

Ante todo, cabe advertir que la energía eléctrica ha adquirido una personalidad propia dentro del derecho público y privado, estando aquellas cuestiones regidas por una doble disciplina jurídica, una de derecho administrativo—la concesión, en todo lo que concierne al interés público—y otra de Derecho privado—el suministro, que mira al interés particular del concesionario, quien ejerce la concesión por su cuenta y nombre propio—. Esta distinción hace imposible toda confusión y da un «criterium» cierto para determinar la naturaleza de las relaciones que origina toda explotación por concesión.

IV. *Concesión de servicio público: Su alcance legal.*—La tendencia doctrinaria hacia la liberación del concepto de la «concesión» de los contratos de Derecho civil, ha sido contemplada por la Ley, que, siguiendo la evolución de la noción del servicio público, ha declarado que la «concesión» del servicio de electricidad constituye una materia propia del Derecho público.

La Jurisprudencia administrativa francesa ha llegado a decidir que la concesión de los servicios públicos es administrativa, no por el hecho de la Ley, sino por su propia naturaleza.

El privilegio o monopolio en la explotación del servicio público de alumbrado, ha declarado la Corte Suprema Nacional, no menoscaba los derechos civiles que reglamentan los Códigos, ni es un negocio de carácter ordinario, sino público, que interesa a los bienes, comodidad y seguridad de todos.

En efecto, la utilización de la energía eléctrica está tan íntimamente vinculada a la vida económica y social de la nación, que hace sentir la ausencia de una legislación que precise la naturaleza jurídica de la energía, como también de los contratos de concesión y de suministro al consumidor.

En la actualidad, a la concesión se la considera un contrato administrativo por el cual un particular—concesionario—viene autorizado por la Administración para desarrollar por cierto tiempo, y a su riesgo y ventura, salvo pacto en contrario, un servicio público, recibiendo de los usuarios, como contraprestación económica, la cantidad determinada en las oportunas tarifas.

La Municipalidad, cuando realiza directamente un servicio, ejerce una función de poder público.

En el caso de concesión a un particular de ese servicio público, la Municipalidad no enajena al concesionario su poder jurídico, sino simplemente le defiere la facultad de ejercitar cierta parte de su actividad, pues ella continúa velando por el interés público.

Por otra parte, como lo ha declarado la Corte Suprema Nacional, los derechos provenientes de una concesión de uso sobre un bien del dominio público o de los que reconocen como causa una delegación de la autoridad del Estado—Empresas de ferrocarriles, tranvías, luz eléctrica, teléfono, etc.—, se encuentran protegidas por las garantías consagradas en los artículos 14 y 17 de la Constitución, como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio, salvo las facultades creadas con carácter revocable a voluntad del Estado. Este, pues, no puede alterar o modificar, sin indemnización, las cláusulas convenidas en la concesión, contra la voluntad del concesionario, desde que ellas encierran y definen el derecho que le ha sido acordado.

Desde ese punto de vista, y de acuerdo al régimen legal establecido del servicio público, la Compañía Italo Argentina de Electricidad ha sido autorizada para la producción, distribución y venta de energía eléctrica dentro del Municipio, no pudiendo *rehusar el suministro de corriente* a los consumidores, ni suspenderlo, sino por falta de pago del consumo mensual, trascurridos los primeros quince días del mes siguiente al del consumo.

La ordenanza-concesión de la Compañía de electricidad citada establece, en su artículo 9.º, incisos 1.º y 4.º, una tarifa fija para el alumbrado de casas habitaciones y escritorios particulares y otra convencional. El límite máximo a la tarifa convencional no figuró en concesiones anteriores, y, al establecerlo en el citado artículo 9.º, se adujo que «era necesario a efecto de barrera que no podrá sobrepasar en caso alguno la Empresa, y para que no pueda sujetar a una explotación inconsiderada a los consumidores que tienen forzosamente que servirse de ella». Tal es el espíritu de la tarifa convencional, que, como lo ha declarado la Corte Suprema Nacional, no fija un impuesto, sino el precio del servicio que preste la Compañía concesionaria.

La actora alega que el contrato de suministro celebrado por la Compañía Italo Argentina de Electricidad con la demandada contraría la concesión municipal, porque ambos contratantes se han

puesto de acuerdo sobre el precio en perjuicio directo del consumidor.

Es de la esencia de la concesión que todo particular tiene derecho al suministro de la energía eléctrica bajo las condiciones generales y tarifa fijada en la misma, estando vedado al concesionario imponer otras que lo afecten injustamente o impliquen un uso inmoral en la competencia con otras Empresas.

El convenio impugnado explica claramente la razón de ser de la cláusula contenida en el contrato de locación «sub examen»: la corriente eléctrica será suministrada exclusivamente al inquilino por la locadora, Sociedad Galería Güemes, la que será abonada cada mes conjuntamente con los alquileres.

Es indudable que el convenio concertado entre la Galería Güemes y la Compañía de electricidad viola la concesión del servicio de alumbrado público. Este no puede afectarse, limitarse ni reducirse por ningún derecho privado, porque el particular también está sujeto a las condiciones de la concesión que forma parte, en cierto modo, de los contratos de suministro.

La concesión municipal, al establecer en su artículo 9.º, incisos 1.º y 4.º, una tarifa fija y convencional dentro de un mínimo y máximo, lo hace en mira del interés público; pero no para procurar al concesionario el medio de celebrar convenios con terceros en perjuicio de la colectividad consumidora.

La Compañía, aun cuando no se ha obligado a rehusar el suministro de energía eléctrica a los inquilinos de la Galería Güemes—lo cual no podría hacerlo desde que ese suministro significa el ejercicio de una actividad pública—, el convenio afecta al espíritu de la ordenanza-concesión del servicio público al no poder contratar libremente un *precio menor del máximo* establecido en la misma, a trueque de que la Galería Güemes *no permita* que otra Compañía provea la energía eléctrica a sus inquilinos, imponiendo esta condición en los contratos de locación.

La actora no ha podido ignorar, en virtud de la ordenanza-contrato, el derecho que le asistía para recabar directamente de la concesionaria la provisión de la corriente eléctrica, y, al cerrar el pacto de suministro con la locadora, Sociedad Galería Güemes, ha obrado dentro de su libertad de contratar.

Por otra parte, la actora, al no haber ocurrido a la concesiona-

ria del servicio público, prácticamente la violación de la concesión no le ha perjudicado, pues ha faltado el hecho necesario para que el concierto fraudulento pudiera causarlo, toda vez que la concesionaria no se ha visto «obligada» a *imponer el precio máximo* del artículo 9.º, inciso 4.º, de la concesión. En este caso, el convenio impugnado habría producido sus consecuencias ilícitas, porque la concesionaria habría burlado la concesión con «exterioridades de sumisión voluntaria».

De ahí que el convenio impugnado no haya producido a la actora perjuicio alguno, ni vicio de consentimiento.

V. *Contrato de suministro: Su naturaleza jurídica.*—En este contrato, de uso frecuente en la Administración pública y en el orden civil, el contratista, suministrante o proveedor, se compromete a facilitar, en una o sucesivas prestaciones, a la Administración o al particular, cosas, productos o servicios. En los dos primeros casos se ofrece este contrato como una compraventa reiterada; en el último, como una localización de servicios.

En la especie del «sub judice» se ha concedido a la Compañía Italo Argentina autorización para vender la energía eléctrica dentro del Municipio de la capital y los contratos que celebre con los consumidores son de derecho común y de la competencia judicial.

La fábrica eléctrica, como Empresa, no comporta la fabricación de mercancías, sino la generación de una energía o vibración que no cabe equipararla a ningún objeto o mercadería que exista independientemente de su suministro, como existen otras mercancías que pueden entregarse desde o en un almacén, ni ella se presta para ser almacenada, debiendo su generación efectuarse en el momento mismo de su uso.

Por otra parte, el consumidor sólo dispone de la energía eléctrica mientras el concesionario realiza una serie de manipulaciones para su producción y distribución, que abarca tres fases principales: primera, transformación de la energía calorífica del carbón en energía mecánica—caldera, máquina de vapor—; segunda, transformación de la energía mecánica en energía eléctrica—transmisión por correas, dínamo—, y tercera, utilización de la energía eléctrica—cuadro de distribución, esquemas de utilidades diversas.

Ahora bien, el contrato de suministro de energía eléctrica, que

es el resultado de esa actividad del concesionario del servicio público, ¿participa de la naturaleza jurídica de la compraventa o de la locación de servicios?

La concesión municipal, en su artículo 1.º, habla de venta de energía eléctrica.

La concesión de servicios públicos es de Derecho administrativo en cuanto regula el régimen de la explotación, al cual deben someterse el concesionario y los particulares que usen del servicio.

El particular, al solicitar el suministro de la energía eléctrica, y, en su caso, al convenir el precio dentro de las sumas indicadas en el artículo 9.º, inciso 4.º de la ordenanza-contrato, no celebra un contrato de Derecho público, sino privado, porque el concesionario obra en su interés patrimonial y las relaciones jurídicas que nacen son regidas por el Derecho civil o comercial, con las limitaciones que surgen por su adhesión a las estipulaciones del acto administrativo celebrado entre el concedente y el concesionario.

Tal adhesión del particular a las estipulaciones de la concesión, no es propiamente un contrato, sino más bien un mero acto de adhesión a un servicio organizado. Los actos de adhesión no tienen de contractual más que el nombre.

El Concejo carece de atribución para legislar en materia de Derecho privado, y la calificación de venta de energía eléctrica hecha en la concesión no puede tener fuerza de ley si el contrato de suministro no se ajusta al régimen del Código civil.

Este Código nada prescribe acerca de la energía eléctrica, porque a la época de su sanción no había adquirido el desenvolvimiento actual, que ha determinado la creación de un régimen jurídico especial.

De acuerdo a la norma de su artículo 16, referente a los casos no legislados, la naturaleza del contrato de suministro de energía eléctrica debe resolverse con arreglo a los principios de las instituciones análogas del mismo Código u otra ley nacional, pero no extranjera. Es decir, incluir el caso controvertido entre los que ha regulado el legislador.

La legislación y la doctrina extranjeras, sobre esta materia de energía eléctrica, sólo pueden invocarse en cuanto no contrarían al Código civil.

El Juez únicamente resolverá por los principios generales del

Derecho, cuando no sea posible hacerlo por los del Código civil. Y así como se sometió por analogía a su régimen los accidentes de trabajo, hasta tanto se sancionaran las disposiciones peculiares, así también se impone con todo lo relacionado al contrato de suministro de energía eléctrica.

La naturaleza jurídica de los contratos está fuera de la autonomía de los contratantes. El objeto exclusivo y propio de la compraventa, según nuestro Código civil, son las cosas en su sentido legal.

El contrato de suministro de energía eléctrica, ¿tiene por objeto una cosa?

En la doctrina, la naturaleza jurídica de la electricidad varía de acuerdo al concepto que se tenga de la palabra cosa.

El Código civil de España no define la palabra cosa y la emplea como sinónima de bienes, cuya significación, en sentido propio, es muy distinta. Su art. 335 caracteriza los «bienes» muebles por dos posibilidades: la de ser susceptibles de apropiación y no estar comprendidas entre los «bienes» inmuebles.

El Código civil de Francia, en su artículo 516, clasifica también los bienes y no las cosas, como lo hace nuestra Ley, diciendo: todos los bienes son muebles e inmuebles. En este sentido los tratadistas asignan a la palabra «cosa» una acepción más amplia, ya que viene a comprender «todo lo que existe» y que, si es susceptible de un valor, lo llaman bien.

El contrato de abono a la electricidad constituye una venta, pues su objeto es la enajenación de una «cosa»—que según el Código civil francés es «todo bien»—mediante un precio fijado y engendra las diversas obligaciones que nacen del contrato de compraventa en general. La electricidad, ha declarado la Cámara de Apelación de Lyon, es una mercancía susceptible de tráfico, pues se obtiene por el empleo de máquinas y obreros que forman una empresa de manufactura.

El Código civil del Reino de Italia consagra un régimen análogo al del Código francés, pues, en su artículo 406, declara: todas las cosas que pueden ser objeto de propiedad pública o privada, son «bienes» inmuebles o muebles.

En el lenguaje común, la palabra cosa denota todo lo que existe fuera de nosotros; todo, excepto el individuo, que es per-

sona y no cosa. Así, *es cosa no sólo* un objeto material que se posee, *sino también un hecho* al cual se puede tener derecho, o a una acción que puede hacerse valer.

Con esa amplitud del concepto legal de cosa, no es de extrañar que los Tribunales civiles italianos hayan declarado comprendido en él la energía eléctrica y que el contrato de suministro de la misma constituya una «compra a consignación sucesiva», entrando el beneficiario en posesión de la energía a medida que le es suministrada.

En cambio, en el terreno penal, son diversos los términos y la importancia práctica de la cuestión desde que la Ley habla del hurto de «cosas muebles» y ha sido objeto de una larga discusión la posibilidad legal de aplicar el concepto de hurto en la sustracción dolosa de la energía eléctrica, habiendo sido solucionada por la ley italiana.

El nuevo Código penal italiano ha establecido, en el artículo 624, después de repetir la antigua definición del hurto, como el apoderamiento de una «cosa mueble ajena», que, *«a los efectos de la ley penal, se considera cosa mueble también la energía eléctrica y toda otra energía que tenga un valor económico»*.

Como se ve, el legislador ha limitado expresamente el carácter de cosa mueble de la electricidad, al sólo efecto de la ley penal.

Por otra parte, el concepto de valor económico, más que la *búsqueda de la existencia material de la energía*, ha servido de guía al legislador para aceptar aquella reforma, estando universalmente aceptado que no tienen valor económico sino aquellas partes determinadas y circunscriptas del mundo exterior que pueden someterse a la voluntad humana, resulta evidente que *las energías* sólo pueden ser consideradas cosas muebles a los fines penales cuando estén en condiciones de ser tomadas y gozadas con provecho propio y daño ajeno.

De acuerdo con el precepto, *la búsqueda de la materialidad es accesoria*; siempre que se disponga de medios para producir, transportar y emplear una energía, deberá reconocerse que ésta tiene un valor económico, con lo cual basta para que pueda encontrar aplicación el principio del artículo 624.

Sin embargo, la mera importancia del valor económico alcan-

zado por la electricidad, no basta para proveer eficientemente a su tutela sometiéndola al régimen del Derecho común.

Y si la energía eléctrica debe ser materia de disposiciones especiales, así también la sustracción dolosa de ella constituye un delito nuevo, que requiere, por sus modalidades, un régimen especial. Desde ese punto de vista cabe destacar la ley alemana de 9 de Abril de 1900, que caracteriza el delito de sustracción dolosa de la electricidad en su artículo 1.º: cuando por una instalación o por un aparato eléctrico se sustraiga *trabajo eléctrico ajeno*, mediante una conducción no destinada a la transmisión ordinaria de la instalación o del aparato.

Ahora bien, el nuevo Código penal contiene el título VI bajo la denominación general de «Delitos contra la propiedad», es decir, la organizada por el Código civil, desde que aquél es su complemento necesario y eficaz. La garantía de muchas prescripciones de los Códigos civil y comercial se encuentra en la ley Penal, justificando así el texto constitucional sobre la unidad de legislación de esta última.

La ley Civil califica las cosas en muebles e inmuebles, fijando claramente el sentido legal del concepto de cosa y por vía de interpretación judicial no cabe ampliarlo, máxime cuando en el terreno penal no hay más delitos que los indicados, siendo inadmisibles la interpretación analógica.

El apoderamiento de una «cosa mueble» y no un «bien» mueble constituye el delito de hurto o robo (arts. 162 y 164, Código penal), y por cosa mueble, no existiendo texto especial en el Código penal, debe entenderse la definida por el Código civil en sus artículos 2.311 y 2.318. Un atentado contra un «bien que no sea cosa «mueble», será cualquier otro delito, menos hurto o robo, como lo revelan los diversos delitos que contra la propiedad legisla el Código penal: hurto, robo, usurpación, extorsión, defraudación, estafa, etc.

Así se dice: el Código civil se ha preocupado de fijar los caracteres de los bienes patrimoniales, considerándolos como materiales, y *ha llamado cosas a los primeros*. ¿Qué inconveniente habría, entonces, en considerar cosa a la energía eléctrica, *puesto que es materia*? Si, pues, se trata de un «bien material» desplazable y

governable por el hombre, puede y debe considerársele comprendido en el concepto de cosa.

Desde luego, si la electricidad «fuera materia o sustancia real», no habría dificultad legal alguna, porque sería cosa; pero la energía eléctrica, ¿se ajusta a la acepción legal de cosa? ¿Cuál es su propia naturaleza física?

1.º *Cosa: Su concepto legal, objeto material. El hecho del hombre, objeto inmaterial. Ambos objetos son bienes.* En un sentido general, la palabra «cosa» comprende todo lo que existe en la naturaleza; pero la ley civil, en su artículo 2.311, ha limitado su extensión: 1.º A los objetos «corporales»; y 2.º Susceptibles de tener un valor.

Las cosas son muebles o inmuebles por su naturaleza, o por accesión o por su carácter representativo (art. 2.313, Código civil).

Y son *cosas muebles* las que pueden *transportarse de un lugar a otro*, sea moviéndose por sí mismas, sea que sólo se muevan por una fuerza externa, con excepción de las que sean accesorias a los inmuebles (art. 2.318, Código civil).

El artículo 2.319 enumera, entre otras cosas muebles por su naturaleza, todas las partes sólidas o flúidas del suelo, separadas de él, como las piedras, tierra, metales, etc.; enumeración concordante con la establecida en el artículo 2.314, que, al referirse a los inmuebles por su naturaleza, prescribe: son las «cosas» que se encuentran por sí mismas inmovilizadas, como el suelo y todas las partes sólidas o flúidas que *forman su superficie y profundidad*; todo lo que se encuentra bajo el suelo de una manera orgánica, y todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre.

La materia o sustancia real se presenta en tres estados: sólido, líquido y gaseoso. La ley civil, en los artículos citados, nos habla de todas las partes «sólidas o flúidas» del suelo.

Por partes flúidas cumple interpretar que se refiere a los gases y líquidos.

La ley civil, al desenvolver la clasificación de las cosas, en ninguno de sus textos, modifica el sentido legal del concepto de cosa, caracterizado por su corporeidad y valor, a saber:

a) *Objeto material.* Las cosas corporales o materiales de existencia física y real son las que caen inmediatamente bajo nuestros sentidos, en cualesquiera de sus tres estados: sólido, líquido o

gaseoso, a diferencia de las cosas inmateriales o incorpóreas de existencia jurídica y legal, que sólo se perciben por nuestra inteligencia.

Mackeldey cree que en su origen sólo se aplicó la palabra «res» a objetos corporales y que la designación legal de las cosas no ha sido más que la consecuencia de esta idea.

Las cosas incorpóreas—*res, quoe intelliguntur*—, por oposición a *res quoe sunt*—, que podían verse y tocarse—, son ciertos derechos, por ejemplo, las obligaciones, la herencia, el uso, etc., y aun cuando estos derechos se refieran a cosas materiales, sólo se consideran los «derechos en sí», haciendo abstracción de los objetos a cuya adquisición atañen.

En las cosas incorpóreas se admitía una cuasi posesión, consistente en dos elementos: el hecho de tener a la libre disposición el ejercicio del derecho y la intención de ejercerlo como dueño, y en ciertos casos había una cuasi tradición, que consistía en permitir o tolerar el ejercicio del derecho.

Las cosas incorpóreas, como objeto de los contratos, las constituyen actualmente los hechos del hombre—derechos personales—, que la ley civil los considera simplemente un «bien inmaterial». Así, en su artículo 2.312, prescribe: «Los objetos inmateriales—hechos del hombre—, susceptibles de valor, e igualmente las cosas—objetos materiales—, se llaman bienes. El conjunto de los bienes de una persona constituye su patrimonio.»

Sin embargo, en la doctrina moderna se pretende reservar el concepto de cosa inmaterial a las marcas de fábrica, comercio, invención y a los derechos de autor; pero estas cosas en realidad participarían del concepto clásico de cosa incorpórea, en oposición a la corpórea o material.

b) *Valor económico*. La ley civil, además del elemento material, exige que la cosa sea susceptible de tener un valor, es decir, no la utilidad, sino el valor de cambio, que se refiere al dinero, o sea al precio de los economistas. Así, el aire, por más que es corpóreo, como no tiene valor, no es legalmente una cosa.

Los hechos del hombre, objeto inmaterial de los contratos—por ejemplo, una locación de servicios, etc.—, aunque susceptibles de valor, y a pesar de que constituyan un «bien», no son legalmente cosas.

Sólo se considera bien lo que puede servir al hombre, lo que puede emplear éste en satisfacer sus necesidades, lo que puede servir para sus usos o placeres, lo que puede, en fin, entrar en su patrimonio, para aumentarlo o enriquecerlo, *aunque consista en un mero derecho*, como un usufructo, un crédito.

El derecho de usufructo, de crédito, etc., citados por el codificador, constituyen un bien; pero no son una cosa. Así también el derecho al suministro de la energía eléctrica es un bien, sin que pueda por esto concluirse que ella—la energía eléctrica—sea una cosa.

c) *La electricidad, ¿es legalmente cosa?* El texto del artículo 2.311 citado es claro y preciso, sin ser posible al intérprete ampliar el sentido jurídico de «cosa» corporal o material como objeto de los contratos a los incorporales o inmateriales hechos del hombre.

Por otra parte, la ley procura facilitar su aplicación y prescinde de la división que hizo el Derecho romano de cosas corporales e incorporales—atribuyendo a la palabra un sentido amplísimo y haciéndola comprender todo cuanto puede ser objeto de Derecho.

Ahora bien: la corriente eléctrica, ¿es una cosa corpórea, sustancia real o material?

La electricidad tiene propiedades análogas a las de una corriente y en su técnica se habla de «corriente eléctrica», pues en los conductores la electricidad se mueve libremente, con independencia de la *sustancia material del conductor*. La electricidad se corre a lo largo del hilo, mientras la máquina engendra continuamente una diferencia de tensiones en los conductores, cuya persistencia causa el corrimiento de la electricidad a lo largo del hilo, y «se dice» que por éste pasa una corriente eléctrica.

Sin embargo, ocurre preguntarse, desde que la ley exige como primer elemento esencial la materia: ¿la energía eléctrica es una cosa corpórea o material? ¿En cuál de los «tres» estados conocidos se presenta: sólido, líquido o gaseoso? ¿Es en el estado gaseoso, o en un «cuarto» estado, que se pretende denominar ultragaseoso o radiante?

De estar a la opinión de Graetz, *no hay ningún sentido* para reconocer la electricidad. Para reconocer el movimiento, el sonido, la luz, el calor, bastan los sentidos, que, si a veces engañan en las

apreciaciones, dan, en cambio, la seguridad absoluta de que el fenómeno existe. Por el contrario, *para la electricidad no hay ningún sentido*. Por fortuna, ésta se transforma fácilmente *en otras formas de energía*, y de ese modo es asequible a nuestros sentidos, *mediante aparatos* de medida que indican cualitativa y cuantitativamente la densidad, tensión eléctrica, etc.

Además, como observa el profesor Oertmann, en el estado actual de nuestro conocimiento de la naturaleza, es suficiente con que la *cosa* sea perceptible por medio de cualesquiera de los sentidos; los cuerpos gaseosos, el vapor de agua, etc., pueden ser cosas y entrar en relaciones de propiedad jurídica. No puede decirse lo mismo, siguiendo la *opinión dominante y más exacta*, aunque a veces discutida, de la corriente eléctrica, por lo menos mientras en ella se vea, *como ve todavía la doctrina física* corriente, un estado especial de *movimiento de las moléculas de otro* (el hilo conductor, etc.), y no un fluido especial, conducido por o sobre éste. Cosas serán los alambres conductores, los acumuladores, etc., pero no, *además de ellos*, la corriente eléctrica como tal, y solamente aquéllos serán, por consiguiente, objeto posible de *hurto*, de daños en las cosas, etc.

Es indiscutible que la ley civil, cuando ha establecido el concepto de «cosa», se ha referido al científico de «materia», que no lo crea, sino que lo toma tal cual lo encuentra sentado por la ciencia.

La regla es, pues, que la ley contempla las cosas según su naturaleza física, salvo excepción expresa.

La importancia de las categorías de las cosas se encuentra en que no todas ellas pueden ser objeto de ciertos contratos. Y así, el artículo 1.327 del Código civil establece que las «cosas» sólo pueden ser objeto del contrato de compraventa. De suerte que si la energía o corriente eléctrica no es una cosa material, no sería vendible legalmente, y el contrato objeto de ella se podría calificar más bien de locación.

Por otra parte, no basta legalmente, para constituir una «cosa», la circunstancia de que sea posible tomar la energía eléctrica del gran depósito natural, y que, incorporada al patrimonio, «constituya un bien», por ser susceptible de tener un valor en virtud de sus múltiples aplicaciones.

(Continuará.)

EDUARDO DE FUENTES,

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia civil extranjera

RELACIONES DE VECINDAD.—PERTURBACIONES EN LA T. S. H.

La jurisprudencia francesa ha consagrado definitivamente la responsabilidad civil del propietario de aparatos eléctricos, cuyo funcionamiento impide la utilización de los receptores de T. S. H. en la vecindad. Estas decisiones se apoyan en el hecho de que el propietario de los aparatos eléctricos no se ha provisto de los últimos dispositivos silenciosos destinados a impedir perturbaciones, poniendo de relieve que con su conducta había cometido una verdadera falta y producido un daño que excede de la medida normal en las obligaciones de vecindad. Así se establece en sentencias del Tribunal civil de Arras, de 30 de Enero de 1930, confirmada por la Corte de Donai, en 1 de Diciembre de 1930 (Sirey, 1930, 2, 84); del Tribunal de Comercio del Sena, de 8 de Febrero de 1932 (Sirey, 1932, 2, 119), y de la Corte de Apelación de Amiens, de 21 de Diciembre de 1932, confirmando una resolución dictada en 1 de Abril del mismo año por el Tribunal de Comercio de Morlaix. (*Gazette du Palace*, 1933, 1, 322.)

En estas últimas hipótesis la acción se intentó por un vendedor de material de T. S. H., cuyo comercio se encontraba perturbado por el ruido de ciertos aparatos de radioterapia instalados en una clínica que funcionaba en habitación próxima y por el ruido de los motores eléctricos de una Sociedad explotadora del servicio público de distribución de energía eléctrica. La Corte de Amiens, lo mismo que el Tribunal de Comercio de Morlaix, declaran que el propietario de los aparatos perturbadores, a pesar de las insistentes demandas del perjudicado, no había empleado los dispositivos silenciosos necesarios para evitar los perjuicios producidos

en las instalaciones de T. S. H. vecinas, incurriendo, por tanto, en culpa extracontractual, que engendra la obligación civil de indemnizar.

Tres nuevas decisiones judiciales (publicadas en la *Gazette du Palace*, 1933, 1, 603), merecen ser recordadas, en opinión del profesor Solus (*Revue Tri. Dr. civil*, 1933, p. 517).

La primera es del Tribunal civil de Versailles, de 8 de Febrero de 1933. Llamado a pronunciarse sobre una cuestión relativa a las perturbaciones sufridas en las audiciones de T. S. H., a consecuencia del funcionamiento de una motobomba movida por un propulsor eléctrico, el Tribunal reconoce la falta cometida por su propietario, falta que consiste en el hecho de haber omitido el uso de dispositivos silenciosos, persistiendo en el uso de su cosa, a pesar de que impone a los vecinos una carga excepcional.

La segunda es de la Corte de Apelación de Amiens, y fué pronunciada en 22 de Noviembre de 1932. El Tribunal reconoce que las perturbaciones sufridas en la audición de la T. S. H. resultaban de un aparato eléctrico instalado en la vecindad y que su propietario hacía funcionar para interrumpir «intencional y maliciosamente» las audiciones.

La tercera es de la Corte de Apelación de Lyon, de 13 de Julio de 1932. Se rechaza la demanda de un radioyente que se quejaba de las perturbaciones resultantes del funcionamiento de un timbre eléctrico destinado a prevenir a su vecino, que explotaba un almacén de productos alimenticios, de la llegada de la clientela. La Corte de Lyon declara que no se trata del uso abusivo del timbre; que el uso del expresado timbre eléctrico es normal, y, conforme a su destino, que no traspasa la medida de las obligaciones de vecindad, y que, en fin, no puede ser generador de perjuicio, y, por tanto, no debe dar lugar a indemnización.

Si comparamos con Henry Solus la doctrina de estas tres decisiones, con la establecida en las anteriores, podremos caracterizar las tendencias actuales de la jurisprudencia francesa del siguiente modo:

El propietario de aparatos eléctricos productores de ondas que impiden la recepción de T. S. H. en la vecindad, es responsable civilmente, y queda obligado, por tanto, a reparar el perjuicio cau-

sado y a evitar, en lo futuro, que se renueve dicho perjuicio (adaptación de dispositivos silenciosos u otros) en estos dos casos :

1.º Cuando hace funcionar los expresados aparatos con el solo deseo de dañar a los vecinos y turbar sus audiciones. En este caso, la culpa aparece bien caracterizada.

2.º Cuando la perturbación de las audiciones resulta por haberse opuesto el dueño a usar los necesarios aparatos o dispositivos silenciosos ; hay, sin duda, intención de dañar, y, por tanto, una verdadera falta, que produce el perjuicio, que excede la medida de las relaciones ordinarias de vecindad. Corresponde al juzgador apreciar, según las circunstancias del caso controvertido, si fué usado el aparato productor de los perjuicios en condiciones normales o abusivas. Así se explica la decisión de la Corte de Lyon, de 13 de Abril de 1932, cuando rechaza la acción de un radioescucha porque el uso del timbre eléctrico que le molestaba se desarrollaba en condiciones normales. Así se explican también las decisiones que, a la inversa, admiten la responsabilidad del propietario de los aparatos eléctricos perturbadores.

En todo caso, precisa insistir, la jurisprudencia francesa no pronuncia la responsabilidad del propietario, autor del perjuicio sufrido por los vecinos, más que cuando verdaderamente se demuestra que incurrió en culpa o negligencia. Trátase, pues, de una aplicación concreta de la ley Aquilia, y no de una responsabilidad con base objetiva.

GARANTÍA CONSTITUÍDA SOBRE COSAS INEMBARGABLES

Los muebles y útiles del hogar necesarios para la instalación «digna de un hombre honrado», son declarados inembargables en los párrafos 810 y 55 del Código de procedimiento civil alemán, ordenanza procesal civil de 30 de Enero de 1877 (*Zivilprozessordnung*), modificada por Ley de 17 de Mayo de 1898 con motivo de la vigencia del Código civil, a partir de 1 de Enero de 1900, y por otra multitud de leyes, decretos y ordenanzas, entre las cuales ocupa un lugar preferente la de 13 de Enero de 1924, y la de 24 de Marzo de 1897, sobre ejecución forzosa.

En virtud de esta ley, dice Carlos Havestein, que es inembar-

gable un armario ropero, un lavabo, una silla, la vajilla, un sofá. No se puede embargar, en Alemania, un ropero alegando que podría el deudor colgar su ropa en una percha de pared; no se puede embargar el lavabo, porque puedan las personas asearse en la pila de la cocina; ni el sofá, porque exista una cama; o ésta, habiendo un catre. Todos estos muebles son considerados indispensables para el hogar digno de un hombre honrado. Con esto la ley no quiere favorecer indebidamente al deudor; trata, más bien, de evitar, por razones políticosociales, la destrucción de existencias y la provocación de estados de indignancia, miseria y durezas sociales. El Estado alemán no tiene interés en la creación del proletariado.

Como tales muebles son inembargables, aun contra la voluntad del deudor, el Amts-Gericht de Düsseldorf sirvió lógicamente los propósitos del legislador cuando, en sentencia de 26 de Septiembre de 1933, declara que es «inmoral» constituir en garantía los muebles y objetos inembargables, según las normas del procedimiento civil, puesto que no pueden, en ningún caso, responder del cumplimiento de las obligaciones. (*Semanario Jurídico*, Revista de la Unión de Abogados alemanes, núms. 51-52, 23 Diciembre 1933.)

SUCESIÓN DE INMUEBLES EN HUNGRÍA

Eran los demandantes un hermano del *de cujus* y siete hijos de una hermana del mismo, antes fallecida; deseaban que se declarase a su favor la sucesión colateral exclusiva. El objeto de la acción ejercitada contra la viuda, ante los Tribunales húngaros, se dirigía económicamente a obtener las tres cuartas partes de una finca existente en Hungría (admitían la sucesión de la viuda en la otra cuarta parte). Invocaban la vocación a la sucesión por consecuencia de la ausencia de descendientes del fallecido *abintestato*, y nacido en Tarnow, al amparo del artículo 758 del Código civil austriaco, puesto que el repetido causante había siempre conservado la nacionalidad de origen.

Prosperó la demandada ante la Corte de Apelación de Budapest, cosa que extraña a Henri Hajnal (*Journal du Droit International*, 1934, pág. 729); pero la Corte Suprema de Hungría, en 18

de Febrero de 1932, restablece la doctrina, generalmente admitida en derecho internacional, declarando, al efecto, que el derecho de sucesión relativo a los inmuebles debe ser juzgado sin fijarse en la nacionalidad del causante y según las leyes del Estado sobre cuyo territorio se encuentran. Sólo para los bienes muebles precisa conocer dicha nacionalidad, agrega la Corte Suprema de Hungría, en la expresada sentencia, que es la número 212 del año 1932. En su virtud se establece que son aplicables las leyes húngaras, aunque el propietario de los inmuebles sea extranjero.

Así como el artículo 758 del Código civil austriaco dice que, en defecto de hijos o de otras sucesiones legales, el esposo superviviente recibe en plena propiedad la cuarta parte de la sucesión, en las Leyes húngaras se reconocen derechos hereditarios al cónyuge superviviente con preferencia a los parientes de la línea colateral, a menos de que se trate de bienes procedentes de la familia del causante.

HIPOTECA : INDEMNIZACIÓN BENÉVOLA DEL ESTADO A CONSECUENCIA DE LA RUINA DE LA FINCA HIPOTECADA

Un inmueble hipotecado fué destruído a consecuencia de cierto desprendimiento de tierras; el Estado francés, obrando como potencia pública, y, en virtud de una decisión soberana, acordó conceder a su propietario una indemnización.

Ante la Corte de Apelación de Orleans se presentó la cuestión relativa a determinar si el acreedor hipotecario gozaba de algún derecho sobre esta indemnización. En una palabra, ¿existe subrogación real de la indemnización pagada por el Estado al inmueble destruído?

El Tribunal, en sentencia de 3 de Enero de 1933 (*Gazette du Palace*, 1933, 1, 516), se decide por la negativa. Para adoptar esta decisión se funda en que todos los textos franceses que para casos particulares permiten a los acreedores hipotecarios que puedan pagarse preferentemente con la indemnización representativa del valor del inmueble hipotecado, son textos excepcionales que no pueden interpretarse extensivamente ni aplicarse a otras hipótesis distintas de las contenidas en la propia Ley.

Afirma M. Henry Solus que esta sentencia constituye una nueva manifestación de la tendencia francamente hostil a la teoría de la subrogación real en materia de indemnización, por la destrucción de una cosa que se observa tradicionalmente en la jurisprudencia francesa. (*Revue Tri. Dr. civil*, 1933, pág. 527.)

Recuerda Planiol que el Gobierno francés ha pagado, en diferentes ocasiones, indemnizaciones benévolas a las personas que habían sufrido grandes pérdidas en su patrimonio. Después de 1870, varias indemnizaciones fueron pagadas a quienes sufrieron las consecuencias de los bombardeos e incendios; a los propietarios de casas demolidas por los ingenieros militares en la zona de las fortificaciones de París, y a los depositantes de mercancías incendiadas en los almacenes generales. (Ley 7 Abril 1873). En la época de los atentados anarquistas, varias veces se concedieron indemnizaciones para resarcir los daños producidos por bombas y otros explosivos. (Ley 8 Agosto 1893). Por Ley de 17 Abril de 1919 cargó el Estado francés con la reparación de los daños de la Gran Guerra.

Bajo el imperio del Código francés, el acreedor hipotecario o prendario no tiene derecho alguno preferente sobre las sumas benévolamente concedidas a su deudor; las indemnizaciones otorgadas sin obligación civil, y sólo por pura liberalidad, no constituyen el precio de la cosa perdida, y, por tanto, no dan lugar a la subrogación real. Pero el mismo Planiol estima que en esta cuestión precisa considerar el verdadero objeto de las indemnizaciones benévolamente concedidas por el Estado para reparar las consecuencias de la guerra, la sedición, el crimen, etc. Así planteado el problema, parece natural que el numerario debía ir a quien efectivamente sufre el daño, y no a quien, por este medio indirecto, venga a lucrarse. Cuando una edificación hipotecada se destruye, no es la masa de acreedores, ni el mismo propietario, quien sufre la pérdida; el perjuicio sólo recae directamente sobre los acreedores hipotecarios, que tienen inscrito su derecho en el Registro. Por no ajustarse a esta doctrina, censura las soluciones de la Corte de Casación de París, en 12 de Marzo de 1877 (Daloz, 77, 1, 97, y Sirey, 77, 1, 206) y en 2 de Agosto de 1880 (Daloz, 81, 1, 227, y Sirey, 81, 1, 246), ordenando que la indemnización se distribuya entre todos los acreedores del propietario de la fin-

ca hipotecada y desconociendo el derecho de los portadores de *warrants* sobre la suma pagada a los dueños de mercancías guardadas en los incendiados almacenes generales de depósitos. (Planiol: *Traité*, II, págs. 1.136 y 1.139.)

La cuestión puede adquirir especial relieve entre nosotros si, al fin, el Estado concede indemnizaciones a las numerosas víctimas de la última sedición de los mineros asturianos.

SERVIDUMBRES REALES «NON AEDIFICANDI»

El propietario de un amplio terreno lo vendió por lotes, imponiendo a todos sus compradores la condición siguiente: «El comprador se obliga a prohibir que se edifiquen sobre el terreno vendido fábricas y talleres y, en general, que exista cualquier establecimiento de bebidas, almacenes de cerveza o de carbón y todo establecimiento de naturaleza suficiente para depreciar las propiedades vecinas; esta prohibición constituye una servidumbre en beneficio de los inmuebles contiguos al terreno vendido.»

Sobre la naturaleza jurídica de estas cláusulas existen decisiones contradictorias en la jurisprudencia belga, debido, sin duda, a la influencia de las circunstancias concretas del caso discutido. (*Pasicrisie*, 1933, 2, 189.)

La Corte de Apelación de Bruselas, en 29 de Marzo de 1933, confirmando una decisión del Tribunal civil de la misma población, declaró, en vista de la cláusula transcrita, que constituye «una servidumbre recíproca, en beneficio y a cargo de los diversos lotes de terreno». El pensamiento del vendedor había sido que en cada solar se edificase una casa de campo, y por esta razón limitó el derecho de los compradores, prohibiéndoles la edificación y explotación de ciertos comercios que podían depreciar los demás lotes amenazándoles con ruido, olor o polvo. (*Pas.*, 1933, 2, 189.)

M. León Granlich y Paúl Laloux, profesores de la Universidad de Lieja, aprueban en principio la doctrina de esta decisión, aunque oponen ciertos reparos, derivados de las circunstancias del caso. (*Revue Tri. Droit Civil*, 1934, pág. 692.)

La misma Corte de Bruselas, en 30 de Diciembre de 1930, había dictado una importante decisión sobre la servidumbre «non

aédificandi», en la que se distingue perfectamente, entre las medidas reglamentarias de policía que prohíben ciertas construcciones sobre la vía pública, y que ciertamente no constituyen servidumbre, y el pacto en virtud del cual el propietario del terreno, al transferir por venta otro contiguo, se compromete a no edificar, con el fin de aumentar el valor del terreno transferido y el de las habitaciones proyectadas sobre el mismo. En este caso estimó el Tribunal que se trataba de una verdadera servidumbre «non aedificandi». (*Belgique Judiciaire*, 1931, pág. 237.) Es muy discutible, sin embargo, la eficacia de este pacto, porque su ejecución puede rozar los intereses públicos, en orden al fomento de las construcciones, en la zona urbana de las poblaciones.

FAUSTINO MENÉNDEZ-PIDAL,

Juez de primera instancia

ANA E L E R S

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

Gestor administrativo. 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, 42, segundo derecha.—Teléfono 13906.

Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

REGISTRO MERCANTIL. RECURSO GUBERNATIVO. ES DEFECTO PARA INSCRIBIR LA MODIFICACIÓN DE LOS ESTATUTOS, EL INCUMPLIMIENTO DE SUS CLÁUSULAS EN LA CONVOCATORIA DE LA JUNTA Y LA FALTA DE CONCURRENCIA DE SOCIOS Y CAPITAL NECESARIOS PARA ACORDARLA. SÓLO A LA DIRECCIÓN INCUMBE RECLAMAR EL INFORME DEL NOTARIO. EL REGISTRADOR ES INCOMPETENTE PARA CALIFICAR SOBRE ASUNTOS EN QUE INTERVIENE COMO ABOGADO DE UNA DE LAS PARTES.

Resolución de 24 de Octubre de 1934. (Gaceta de 28 de Octubre.)

El Registrador mercantil de Pontevedra negó la inscripción de una escritura de modificación de los Estatutos de la Sociedad «Vapores de Turismo y Pasaje, S. A.», domiciliada en Vigo y otorgada ante el Notario de dicha ciudad, D. Manuel Rivademar Lojo, por contener defectos.

Interpuesto recurso por el Director-gerente, el Registrador, sin entrar en el fondo del asunto, dictó acuerdo declarando la falta de personalidad del citado Gerente, y la Dirección General lo revocó por los motivos expresados en la Resolución de 14 de Julio de 1934, extractada en el número de Septiembre, página 709, de esta Revista, la cual fué notificada al interesado.

Sin el informe del Notario autorizante, que no quiso darlo, el Registrador dictó nuevo acuerdo en 8 de Septiembre, insistiendo en su negativa a inscribir la indicada escritura de modificación de

los Estatutos, y la Dirección General confirma la nota del Registrador, en cuanto a que la convocatoria para la Junta extraordinaria debió ser acordada por el Consejo de Administración y no haber concurrido las dos terceras partes de socios ni de capital como *mínimum*; la revoca en la parte que afirma que se necesitaba precisar con más claridad y detalle el objeto de la convocatoria y que no debió celebrarse la Junta en la calle de la Victoria, sino en la calle Real, ambas de Vigo, y declara que el Notario no viene obligado a defender los documentos por él autorizados cuando se deniega su inscripción, sino mediante orden del Centro directivo, y que si los Registradores mercantiles tienen interés en razón al asunto a que los documentos se refieren por tratarse de clientes suyos, no les compete calificar dichos documentos.

Se funda esta resolución en que siempre que se hable jurídicamente del domicilio de Sociedades se entiende una demarcación municipal, no una determinada finca urbana; que pues el artículo 168 del Código de comercio exige a las Juntas ordinarias determinados requisitos para modificar los Estatutos, es apodíctico que, *a sensu contrario*, tales requisitos no son necesarios en las extraordinarias; que las Juntas pueden dirimir todas las dudas que se susciten sobre validez de las representaciones, pero siempre dentro de los Estatutos y demás ordenamientos legales, por lo que el Registrador debe calificar la legalidad o ilegalidad de tales representaciones; que el no hacer uso el Notario autorizante de la facultad que concede el número 3 del artículo 74 del Reglamento, significa que no cree necesaria la defensa de su derecho o que la suspensión o denegación de inscribir no afectan a su crédito profesional, no debiendo el Registrador arrogarse atribuciones que corresponden a la Dirección o sugerir iniciativas al Notario; y que no basta hacer imputaciones sobre la parcialidad del Registrador mercantil al calificar la documentación, sino que es preciso aportar los medios de prueba necesarios para evidenciar que tiene interés en los documentos presentados por tratarse de clientes o representados suyos, caso en el cual la calificación deberá practicarse por el Registrador más próximo.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL Y MERCANTIL

48. *Propiedad industrial. Documentos auténticos. Acción de nulidad de registro de modelos.* Sentencia de 3 de Julio de 1934.

Amparado en los registros obtenidos a su favor de varios modelos, D. L., invocando su condición de dueño, interpuso demanda con la súplica de que se condenase a sus contrarios a que reconocieran como de la propiedad exclusiva del actor los modelos de fábrica que detallaba y además que le indemnizasen en la cantidad que oportunamente se fijaría, prohibiéndoles el aprovechamiento de ellos en lo sucesivo. Condenó el Juzgado en la forma pedida; pero la Audiencia, al estimar que el hecho fundamental de la demanda no estaba probado, revocó el fallo de primera instancia, reconociendo a los demandados el derecho a usar los modelos, e interpuesto recurso, lo rechaza el Supremo.

Considerando que el primer motivo de casación se funda en el error de hecho y de derecho que, a juicio del recurrente, ha cometido la Audiencia en la apreciación de la prueba, integrada por cinco documentos, al afirmar la novedad de los modelos industriales registrados por el demandado, motivo que no puede ser estimado, porque en cuanto al error de hecho, aquellos cinco documentos, que son dos ejecutorias y tres certificaciones, una de la Cámara Oficial de la Industria de Barcelona, otra de la Cámara de Comercio y Navegación, de la misma ciudad, y la última, de la Mancomu-

nidad de Fabricantes de Tejidos, ni tienen la cualidad de documentos auténticos, tal como esta Sala los ha definido en su sentencia de 12 de Febrero de 1927; ni contienen afirmaciones absolutamente contrarias a las que, por el resultado de las pruebas del juicio, ha consignado, en ejercicio de su jurisdicción, el Tribunal de instancia, porque en cuanto a las ejecutorias, aparte de referirse sólo a tres de los cinco modelos discutidos, recayeron en pleito sobre reconocimiento de la propiedad de indicados modelos industriales e indemnización de daños y perjuicios, y en la demanda origen del presente pleito se ejercita una acción de nulidad de registro de los mismos y subsidiariamente la de caducidad de citados modelos, y respecto a las tres certificaciones, carecen de autenticidad jurídica procesal consistente en que su contenido constituya premisa obligada para que el Tribunal que lo aprecie tenga necesidad imperiosa de aceptar cuanto en él se exponga, sin quedar sometido a la apreciación del Tribunal llamado a juzgar y decidir los derechos de los litigantes; que tampoco puede admitirse la violación por falta de aplicación del artículo 1.218, en relación con el 1.216, ambos del Código civil, en que se funda el error de derecho, porque la Audiencia ha concedido a los mencionados documentos la fuerza probatoria que ha estimado justa, en armonía con las demás pruebas practicadas, sin desconocer ni violar aquellos artículos.

Considerando que en el segundo motivo, apoyado en el número 1.º del artículo 1.692 de la ley Procesal, se alegan infracciones y violaciones por falta de aplicación de varios artículos de la ley de 17 de Mayo de 1902 y otros de la vigente ley de Propiedad industrial de 26 de Julio de 1929, y aparte de que a la ley de 1902 no hizo invocación alguna el recurrente en la demanda, y de que de los artículos de la nueva ley que ahora afirma violados por inaplicados sólo alegó en ella los 183 y 188, ninguno de ellos ha sido infringido en la sentencia recurrida, porque en cuanto a los 8, 22 y 24 de la ley de 1902, desde el momento en que la Audiencia declara nuevos los modelos, no puede darse el perjuicio de tercero, y respecto a los 166, 170, número 1.º; 183 y 188 de la vigente ley, se refieren a los motivos de oposición a la concesión de los modelos, no a la nulidad o caducidad de los ya concedidos, que es la finalidad y discusión del presente pleito, y la Sala acertó al no aplicarlos, procediendo por ello la desestimación de este motivo.

Considerando que el tercero se contrae a que el demandado no prescribió a su favor los modelos discutidos, porque no los explotó ni usó durante los tres años consecutivos a la concesión, y por ello la Audiencia, al absolverle, violó el artículo 30 de la ley de 1902 y el 14 de la actual, motivo éste que procede rechazar, porque se trata de una cuestión nueva, no propuesta en la demanda, en la que tampoco se citan expresados artículos, y es doctrina de esta Sala que las cuestiones nuevas no pueden servir de base a un recurso de casación.

Para ampliación del estudio de los diferentes problemas derivados de la legislación de propiedad industrial véase: Pella: «Casos prácticos de propiedad industrial». Barcelona, sin fecha. Lumbroso: «De la garantía en la venta y en el arrendamiento de derechos industriales». Madrid, 1908 (trad. de J. Martínez Reus). Carner: «Cosa juzgada en las nulidades de patentes de invención», «Rev. Jurídica de Cataluña», tomo III, pág. 385, y las sentencias de 3 de Marzo de 1933 (sobre prescripción y posibilidad de ventilar en vía civil la nulidad de los modelos industriales, REV. CRÍTICA, tomo IX, página 469), 10 de Enero de 1933 (tomo IX, pág. 711) y 5 de Junio de 1933, sobre nulidad de marca (tomo IX, pág. 772).

Conviene recordar que el texto refundido de la ley de Propiedad industrial (Real Decreto-ley de 26 de Julio de 1929) se ha publicado en cumplimiento de Real orden de 30 de Abril de 1930 (Alcubilla, 1930, pág. 267).

49. *Usura. Condiciones necesarias para la existencia de un negocio usurario. Interés superior al normal del dinero. Sentencia de 13 de Octubre de 1934.*

En recurso de casación interpuesto por D. J. C., declara el Supremo que aun cuando la naturaleza procesal de la casación es incompatible con la doctrina que, referente a los negocios de usura, lo ha convertido en una especie de juicio de equidad en tercera instancia, es lo cierto que cualquiera que sea el ángulo procesal desde donde se examine el caso de autos, no procede la estima-

ción del presente recurso por las razones que a seguido se expresan :

Considerando que el primer punto que interesa resolver es si nos encontramos en presencia de un contrato que reviste o no los caracteres de un préstamo usurario de los que comprende la ley que regula esta materia, ya que bien se exprese que se trata de un préstamo o se pretenda desfigurar la existencia real de este contrato, para darle apariencia legal de otro diferente, como es el de compraventa con pacto de retraer, tal maquinación de nada valdría si se acredita que el contrato, celebrado con una u otra apariencia, tiene las características especiales que señala el número 1.º de la antedicha ley de 23 de Julio de 1908.

Considerando que en los contratos originarios del pleito que ha dado lugar al presente recurso, lejos de poder apreciarse que concurren las características exigidas por la ley para reputarlos de usurarios, se observa que ni en su aspecto interno ni en el formal se descubre que existan los requisitos necesarios para hacer esa estimación, como con acierto declara la sentencia recurrida; porque aceptando, a efectos polémicos, el criterio del recurrente, en orden a que el contrato de compraventa aparente encubre otro real de préstamo, el interés de 6 por 100 que se estipuló, en forma de precio de arrendamiento, o si se quiere que sea de interés, que para el caso es lo mismo, no puede en modo alguno considerarse superior al normal del dinero, ya que tiene declarado este Supremo Tribunal que ese tipo se halla por bajo del autorizado como normal; y esto, unido a que no se ha acreditado en modo alguno por la parte demandante, como sería necesario para el éxito de su pretensión, que concorra ninguno de los otros requisitos que la mencionada ley exige para que se considere usurario el negocio, es indudable que los contratos celebrados en estas condiciones se hallan fuera del alcance de los preceptos de aquella ley, y han de regirse, por consiguiente, con arreglo a las disposiciones que regula el Código civil, y en lo referente a lo formal o rituario, por las de la ley de Enjuiciamiento civil.

Considerando que la reclamación formulada en vía reconventional se ampara en un contrato de préstamo de determinada cantidad, cuya entrega se reconoce en el documento privado suscrito entre prestamistas y prestatarios; y tanto si el documento expresa

de modo real y efectivo la entrega material del dinero a que en el mismo se hace referencia como si, por virtud del resultado de una liquidación practicada entre los contratantes, el que resultó deudor se obligó a devolverla a su acreedor, figurando el reconocimiento de la deuda como si se tratara de cantidad que en aquel momento recibía en concepto de préstamo de manos de su acreedor, el resultado práctico es el mismo, el de que procede condenar al deudor a que satisfaga el importe de la cantidad que debe a su legítimo dueño; toda vez que a la firma puesta al pie de un documento reconociendo una obligación determinada, hay que darle todo el valor y eficacia que en derecho le corresponde, en tanto no se demuestre que se estampó mediando alguna de las causas que la ley establece para viciar el consentimiento: intimidación, violencia o dolo; ninguna de las cuales se ha acreditado que exista en el caso de autos; pues la alegación hecha por el deudor en el sentido de que se vió obligado a suscribir el documento de reconocimiento de deuda, ante la intimidación que constituía para él la amenaza del prestamista de que si no lo hacía así se quedaría sin sus fincas, comprendidas en las escrituras de venta con pacto de retro, no puede merecer que sea tenida en cuenta con sólo considerar que, tratándose de dos escrituras públicas de venta con pacto de retraer en el término de seis años, a contar de la fecha de sus respectivos otorgamientos, que lo fueron, una, en 15 de Diciembre de 1903, y la otra, en 19 de Mayo de 1906, cuyos plazos vencieron sin que el vendedor hiciera uso de su derecho a retraer, el comprador inscribió su dominio sobre las fincas en los correspondientes Registros de la Propiedad, es evidente que desde aquellas remotas fechas quedaron esas fincas en poder de su nuevo dueño, y, por lo tanto, habían sido ya perdidas para el recurrente, que sólo las venía poseyendo a título de arrendatario, en virtud de otros contratos celebrados con quien sólo a título de dueño de las mismas podía realizarlo; y por ello es incuestionable que, al suscribir el recurrente, en 15 de Diciembre de 1930, el documento privado que es base de la reconvencción, no podía servir de motivo que forzara su voluntad el no perder unas fincas que había perdido ya desde hacía muchos años.

Considerando que teniendo como fundamento único todos los motivos del recurso la existencia de un préstamo usurario, a base

de cuyo supuesto han sido formulados, desaparecido y negado, por lo que queda anteriormente manifestado, tal supuesto, huelga entrar en su detallado examen, ya que ninguna finalidad práctica podrían tener, a los fines del recurso, porque negada la premisa fundamental del mismo, éste, naturalmente, ha de ser desestimado.

El Supremo establece, una vez más, no ser el 6 por 100 interés elevado; recuérdese la sentencia de 22 de Enero de 1931, que coincide con la de 30 de Enero de 1917, que declaró ser el 8 por 100 el interés normal del dinero, por regla general. Véase Vallés y Pujals: «Del préstamo a interés de la usura y de la hipoteca». Barcelona, 1933. Rodríguez Martín: «Represión de la usura». Madrid, Reus, 1923. Hinojosa: «Sobre la imprescriptibilidad de la acción nacida de los préstamos usurarios» (sentencia de 9 de Enero de 1933), Revista de Derecho Privado, tomo XXI pág. 242. Burgos Cruzado: «La usura y sus remedios», «Revista General de Legislación», tomo CLX, pág. 317. Angulo Riamón: «El contrato de préstamo en la legislación civil», «Revista General de Legislación», tomo CXVI, pág. 369. Fuentes del Río: «¿Es lícito ya el pacto de «intereses de intereses» en el contrato de simple préstamo?», «La Reforma Legislativa», tomo XX (año 1891), pág. 81.

Véase la Orden de 22 de Mayo de 1934.

50. *Suspensión de pagos de una Compañía de Ferrocarriles a instancia de obligacionistas, con arreglo a la ley de 2 de Enero de 1915. Sentencia de 13 de Octubre de 1934.*

Un grupo de obligacionistas de una Compañía solicitó la declaración de suspensión de pagos de la misma, a lo que el Juzgado, en auto confirmado por la Audiencia, no dió lugar, e interpuesto recurso, el Supremo casa y anula el auto de la Audiencia y declara a la Compañía en suspensión de pagos, conforme al artículo 3.º de la ley de 2 de Enero de 1915.

Considerando, en primer término, que el auto recurrido tiene el carácter de resolución definitiva, a los efectos del presente recurso, porque si definitivo es, procesalmente, todo acuerdo judi-

cial que ponga término y fin a la acción ejercitada, haciendo imposible su continuación, conforme al número 1.º del artículo 1.690 de la ley de Enjuiciamiento civil, es indudable que el auto dictado por la Audiencia de B. confirmando el del Juzgado de la misma capital, que desestimó la pretensión de 212 obligacionistas de la Compañía F. M. de B., en súplica de que fuera ésta declarada en estado de suspensión de pagos, en ejercicio de la acción que a referidos obligacionistas otorga el artículo 3.º de la ley de 2 de Enero de 1915, puso término a aquella reclamación judicial de un modo absoluto y completo; reclamación que, además, tiene vida propia e independiente, sin ser consecuencia, derivación o incidente de litigio anterior.

Considerando que el actual recurso de casación se funda en un solo motivo, el del número 1.º del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento civil, y por violación e interpretación errónea del artículo 3.º de la ley de 2 de Enero de 1915, principalmente, procediendo declarar, en cuanto a este motivo, que sobre todas las normas y criterios de interpretación que el recurrente alega como infringidos por la Audiencia, al examinar e inaplicar aquel precepto, está el criterio de defensa de los intereses que el legislador quiso amparar y defender, que en el presente caso no fueron otros que los particulares de los acreedores, en armonía con el supremo de la justicia, ya que, al examinar sus antecedentes legislativos, se ve manifiesto el propósito decidido de crear un nuevo orden jurídico en materia tan delicada e importante como la de suspensión de Compañías y Empresas de Ferrocarriles, para evitar abusos e indefensiones, que, con la anterior legislación podían producirse y se producían, con evidente perjuicio de aquellos intereses, y por ello la referida ley estableció dos suspensiones de pagos: una, genérica, la de su artículo 1.º, a instancia de uno o varios acreedores legítimos que justifiquen su derecho, con arreglo al Código de Comercio, y otra, específica, a instancia de obligacionistas portadores, por lo menos, de la vigésima parte de las obligaciones en circulación, con los demás requisitos de su artículo 3.º; que la primera de indicadas suspensiones podrá regirse por el Código de Comercio; pero en cuanto a la segunda, es indudable que no puede regirse más que por la ley de 2 de Enero de 1915, que la creó, y esta ley no pone limitación, condición ni excepción alguna a la sus-

pendencia de pagos solicitada por los obligacionistas, ni prohíbe el ejercicio de esta acción por la circunstancia de existir una proposición de convenio de la Compañía, prohibición y excepción que, para estimarla, sería preciso que la ley la estableciera expresamente, máxime cuando constituiría un privilegio que podría llegar a hacer inútil la acción y derecho de los obligacionistas, que quedarían entregados a la legislación anterior, con todos sus indicados abusos, y así se deduce de las terminantes palabras de aquel artículo 3.º, al ordenar que, «para lo sucesivo, y a partir de la vigencia de esta ley..., serán declaradas en estado de suspensión de pagos las Compañías, si lo pretendiesen los obligacionistas...», precepto cuya sola lectura le hace distinto e independiente, no sólo del establecido en el artículo 1.º, sino de los convenios que, con arreglo al artículo 2.º, pueden las Compañías concertar con sus acreedores, conforme a las leyes de 19 de Septiembre de 1896 y 9 de Abril de 1904, y de los trámites y efectos que estas leyes conceden a referidos convenios; y al no estimarlo así la Audiencia de B. y opinar que son incompatibles y excluyentes los artículos 2.º y 3.º mencionados, denegando por ello la suspensión de pagos solicitada, interpretó erróneamente y violó este artículo 3.º, procediendo por ello a estimar el primero y esencial motivo de casación, sin que sea por ello ya necesario examinar los demás motivos del recurso.

Debemos recordar que en la Gaceta del 7 de Noviembre (1934) aparece un Decreto del Ministerio de Justicia en el cual se dispone que las Compañías de Ferrocarriles y demás concesionarias de obras y servicios públicos que hubieran propuesto a sus acreedores un convenio, podrán continuar tramitándolo hasta su resolución, aun cuando sean declaradas en suspensión de pagos. El Decreto en cuestión contiene algunas otras disposiciones interesantes en relación con esta materia.

Véase la sentencia de 3 de Julio de 1933 (REVISTA CRÍTICA, IX, página 864), con una breve nota bibliográfica, a la que podemos agregar: Jorro: «La suspensión de pagos». Valencia, 1902. Benito Endara: «La nueva ley sobre suspensión de pagos», «Revista General de Legislación», tomo XCI, pág. 76. Blanco Constans:

«Reformas legislativas urgentes que el comercio reclama en las suspensiones de pagos», «Revista General de Legislación», págs. 301 y 546 del tomo LXXXVIII. Bustamante: «Necesidad de reformar el Código de Comercio en la suspensión de pagos», «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», tomo LXXXV, pág. 213.

DIVORCIO Y SEPARACIÓN

51. *Domicilio del matrimonio. La ausencia indefinida del esposo y su residencia en el extranjero, en lugar desconocido, determinan el reconocimiento del domicilio de la esposa, residente siempre en España.* Sentencia de 13 de Octubre de 1934.

Habiéndose declarado incompetente la Audiencia de Valencia para conocer de la demanda de divorcio promovida por D.^a J. P., accede el Supremo al recurso de revisión interpuesto y dice:

Considerando que el artículo 41 de la ley de 2 de Marzo de 1932 no prevé en verdad el caso, al efecto de que el Juez determine su competencia, de que el marido demandado hubiere trasladado su residencia al extranjero, como en el de autos ocurre; pero puesto que la ausencia indefinida de su esposo en país tan lejano y la absoluta carencia de noticias suyas desde hace cerca de dieciocho años, según afirma la demandante, la colocaron en situación de procurarse medios de vida, al quedar el hogar conyugal deshecho; si en busca de ellos tuvo que trasladarse a Gandía, y en esta localidad reside habitualmente, desde hace años, dedicada a la prestación de servicios domésticos para proporcionarse el sustento, y es obvio que desde la partida de su esposo a la Argentina se ha visto imposibilitada de recabar su consentimiento y autorización expresa para trasladarse en España de residencia y domicilio, habrá de entenderse que el marido lo ha hecho tácitamente cuando menos, y que ha de reconocer y soportar, a los efectos del artículo 41 de la ley de Divorcio, como domicilio del matrimonio el que su esposa, residente siempre en España, ocupa en Gandía, y estimar, por tanto, la competencia de la Audiencia de Valencia para conocer de la demanda de divorcio que en dicho Juzgado de primera instancia promovió D.^a J. P. contra su marido.

Considerando que, en atención a lo expuesto en los precedentes fundamentos, procede dar lugar al recurso de revisión interpuesto por D.^a J. P. y declarar competente a la Audiencia de Valencia para que dicte sentencia de fondo en el asunto que la demanda sometió a su decisión, y, como consecuencia obligada de lo anterior, devolver los autos a dicho Tribunal, a fin de que pronuncie respecto de aquél el fallo que estime justo.

No debe ser omitido un comentario favorable a las declaraciones de la sentencia anterior; la doctrina opuesta conduciría a consecuencias desventajosas para la mujer hasta el punto de producir una indefensión injusta. Sobre los demás extremos relacionados con la legislación de divorcio, nos remitimos a la bibliografía inserta al final de las sentencias de 10 de Julio de 1934 (REVISTA CRÍTICA, X, pág. 718), 12 de Junio de 1934 (tomo X, pág. 638) y 21 de Abril de 1934 (tomo X, pág. 552).

ENRIQUE TAULET,

Notario de Valencia.

Jurisprudencia administrativa del Impuesto de Derechos reales

LIII

Comprobación de valores. 1.º Dictado acuerdo por el Tribunal Provincial sobre inclusión o exclusión de determinadas fincas o comprobación de valores, y siendo ese acuerdo firme, por no ser apelado, a ello ha de estarse. 2.º No obstante, si tal comprobación e inclusión se hizo sólo en una liquidación provisional, puede rectificarse en la definitiva si se pide antes de los cinco años de aquélla. 3.º La tasación pericial, a costa de los interesados, sólo es procedente cuando los bienes no están amillarados; pero puede utilizarse a resultas de lo que se obtenga, o sin decretarlo, desde luego, a efectos del pago de honorarios del perito.

CASO.—Presentada a liquidación una herencia, se verificó la comprobación de valores, que fué apelada por los interesados, y, dictado fallo por el Tribunal Provincial, fué consentido éste por aquéllos. Hecha nueva comprobación, los interesados reprodujeron las cuestiones planteadas anteriormente, y el Tribunal Central fija la doctrina del epígrafe.

Las cuestiones planteadas son la adición al caudal hereditario de las fincas que figuraban a nombre de la causante en el Catastro y Registros fiscales de arrendamientos, y que no se comprendían en la relación presentada a liquidación provisional del impuesto, así como a la forma de identificación de las fincas, con vista de las certificaciones catastrales y de los Registros fiscales, y a la liquidación por adjudicación para pago de deudas fueron resueltas por

el Tribunal Económicoadministrativo Provincial en acuerdo contra el que no se interpuso recurso de apelación ante el Central; y siendo firme aquel acuerdo, a ello ha de estarse, por ser cosa juzgada; y como en el segundo expediente de comprobación de valores se siguió por la Oficina liquidadora el mismo criterio que en el primero en cuanto a los extremos aludidos, y la segunda reclamación económicoadministrativa se entabló con las mismas razones que la primera, no es procedente tratar cuestiones ya resueltas y consentidas.

No obsta a ello que los recurrentes hayan aportado documentos que no lo fueron en el expediente primeramente resuelto, porque las copias aportadas carecían, por ser simples, de todo signo de autenticidad, y además porque se trata de documentos conocidos antes de la primera reclamación, y que pudieron ser aportados antes de dictar su fallo el Tribunal Provincial, por lo que no existen razones que exijan la admisión de tal prueba para dejar sin efecto el fallo del Tribunal Provincial, firme y consentido.

No obstante, la comprobación de valores impugnada fué practicada para una liquidación provisional, y comoquiera que, según el artículo 118, párrafo segundo, del Reglamento, esa clase de liquidaciones son revisables de oficio, en cuanto a todos sus elementos integrantes, al practicarse la definitiva en el plazo marcado en el 115; y, según doctrina del Tribunal Supremo, de 21 y 22 de Enero de 1904 y 14 de Mayo de 1906, la liquidación provisional nada prejuzga, puesto que puede revisarse de oficio al practicar la definitiva, única que causa estado, es decir, que, según acuerdo del Tribunal Central de 8 de Marzo de 1932 (núm. 74, de 1931), que el objeto de la liquidación provisional es dar facilidades a los contribuyentes para que puedan declarar el acto sujeto al impuesto y pagar éste ajustándose a los plazos reglamentarios, sin incurrir en penalidad, cuando aún no se ha hecho la partición de la herencia, satisfaciéndose cantidades a cuenta y a reserva de rectificar, si procediera, total o parcialmente la liquidación y la comprobación provisional una vez que se conozca la forma de distribución del caudal hereditario; debiendo entonces únicamente ir a la definitiva y ajustar a ella la provisional; y, por lo tanto, cuando se practique la definitiva, si se hace en el plazo de cinco años desde la provisional, conforme al artículo 118, párrafo segundo, del Reglamento,

es posible efectuar, con vista de los datos que se consignan en el documento particional y de las alegaciones y pruebas que se practiquen, las exclusiones que procedan o utilizarse otros medios de comprobación de los primeros empleados, contra lo cual se podrá entablar, en su caso, la reclamación económicoadministrativa.

La tasación pericial, a costa de los interesados, sólo es procedente, conforme al artículo 87 del Reglamento, cuando los bienes no estuviesen amillarados o inscritos en el Registro fiscal o Catastro, y no fuese posible verificar la comprobación de valores por los demás medios del artículo 80, circunstancias de las que en este caso no se da la primera, y por ello la Oficina liquidadora se ha de atener a lo que ya consta en el expediente referente al amillaramiento, o Catastro, o Registro, y aun se puede llegar a la tasación pericial, pero no a costa del interesado, sino en la forma corriente, a las resultas de que se obtenga o no aumento, al efecto de pago de los honorarios del perito, en la forma prevenida en el artículo 98 del Reglamento.

LIV

Restitución de los bienes privativos de la cónyuge viuda aportados al matrimonio, unos como dote estimada y otros como inestimada. 1.º La devolución a la mujer de bienes consistentes en edificaciones hechas con dinero propio de la mujer en solar propio de la misma—según documentos auténticos—no está sujeta, según el artículo 28, número 6, del Reglamento, aunque los bienes estén transformados. 2.º El aumento de valor de los bienes privativos de la mujer, obtenido en la comprobación de valores, no debe ser computado como gananciales o herencia, sino como bienes privativos, y se ha de declarar exento.

La cuestión planteada se refiere concretamente a la restitución de los bienes privativos de la cónyuge viuda, al practicarse la liquidación de la sociedad conyugal por fallecimiento del causante, bienes que fueron aportados al matrimonio, unos como dote estimada, otros como inestimados, quedando los restantes como parafenales; así como la restitución de la dote estimada debe hacerse por el precio que se le hubiese fijado al recibirla el marido, con-

forme a los artículos 1.346, 1.347 y 1.366, del Código civil; y en tal sentido, hay que atenerse, para la restitución, a la cantidad en que fueron valorados los bienes al tiempo de su aportación, salvo deducciones legales; tratándose de dote inestimada, la devolución debe comprender los mismos bienes o aquellos que los hubiesen sustituido, siendo de cuenta de la mujer el incremento o deterioro que tuvieren, a tenor de los artículos 1.346, 1.360 y 1.372 del citado cuerpo legal; y que respecto de los bienes parafernales, o se entregue su administración al marido—y en tal caso tendrá efecto su devolución en la misma forma que la de los dotales inestimados (artículo 1.391 del Código civil)—, o bien no se hace aportación de ellos al matrimonio; y en ese caso, al no hacer cambio alguno de su dominio y administración durante el matrimonio, no requiere una adjudicación expresa al disolverlo, sino que se obtiene por la cónyuge viuda, en la misma situación jurídica, por el valor que tengan en ese momento. Por ello la adjudicación a la viuda debe comprender su importe de 100.000 pesetas; y la devolución de los parafernales e inestimados, el valor que a los mismos corresponda en el momento de la sucesión, o sean las partidas de 200.000 y 1.000.000 por parafernales, más los aumentos que por comprobación se obtengan, los cuales deben adicionarse a la adjudicación, en pago de los bienes privativos de la cónyuge viuda, tanto por los fundamentos de derecho civil expuestos como por decirlo así el artículo 53 del Reglamento del impuesto de 16 de Julio de 1932, según el que si los bienes en que resulte el aumento por comprobación fueron legados específicamente a persona determinada o adjudicados en concepto distinto del de herencia, los aumentos afectarán sólo al adquirente de los bienes.

En consecuencia, las adjudicaciones en pago de los bienes pertenecientes a la viuda y demás correspondientes a la sucesión deberán comprender: 1.º La exención de aquellos que se conservaban al causarse la herencia, y que son los enumerados en la escritura particional al hacerse la adjudicación de los dotales y parafernales, a cuyo valor deberá agregarse, para la exención, el aumento por comprobación en los títulos de la Deuda y el de las acciones del Banco de España, que no fueron tenidos en cuenta por la Oficina liquidadora, así como el aumento del valor de un solar de Madrid. 2.º La sujeción al impuesto, por adjudicación, en

pago de aportaciones matrimoniales, hechas con distintos bienes de los aportados por todos los demás, adjudicados a la viuda en la escritura particional, en concepto de bienes, cuya propiedad tiene ya reconocida, en equivalencia de otros suyos privativos (sin que sea preciso acreditar la sustitución mediata o inmediata de los bienes, a tenor del párrafo segundo del artículo 22 del citado Reglamento); más el valor de los bienes que se entregan para compensar el resto de los dotales y parafernales, debiendo añadirse a las cantidades expresadas en este apartado las que resulten por aumento comprobatorio; y 3.º Deben modificarse las liquidaciones por consecuencia de la alteración que supone la reducción de base, que para unas y otras lleva consigo la adición de las partidas de adjudicación, en pago de aportaciones matrimoniales, incluyendo la porción exenta de la diferencia en más, resultante de la comprobación oficial; todo lo cual lleva consigo la devolución de las cantidades abonadas de más.

Debiendo subsistir las liquidaciones con pequeñas modificaciones de las bases liquidables, debe tenerse en cuenta, en el caso actual, según Acuerdo del Tribunal Central de 22 de Diciembre de 1925 (número 35 de ese año), que, si bien en el Real decreto de 25 de Febrero de 1890, Circular de la Intervención general de la Administración del Estado de 29 de Marzo del mismo año, y reglas primera y segunda de la Real orden de 14 de Julio de 1916 sobre devolución de ingresos indebidos, aplicables, según el artículo 30 del Reglamento de 29 de Julio de 1924, no se establece la compensación de créditos y débitos, procede llevar a efecto la devolución correspondiente, ingresándose por formalización las liquidaciones que se giren nuevamente y entregándose la diferencia en metálico a los interesados mediante los trámites reglamentarios, ya que ese procedimiento evita que se les causen perjuicios innecesarios, obligándoles al pago de liquidaciones cuyo importe está ya satisfecho en cantidad mayor, y porque, si se tramitasen con independencia los expedientes de nuevas liquidaciones y el de devolución de ingresos, podrían resultar perjudicados los intereses del Tesoro si los contribuyentes obligados al pago fuesen insolventes.

El Tribunal acuerda reducir la base por tener derecho el contribuyente a mayor porción exenta como consecuencia de la parte de aumento por comprobación de los bienes dados en pago de los

bienes adjudicados en el de aportaciones matrimoniales *con los mismos bienes* adjudicados; e igualmente que se reduzca la base de las liquidaciones por adjudicación en pago de gananciales y herencia en virtud del mayor capital imponible que ha de atribuirse a la liquidación por adjudicación en pago de aportaciones matrimoniales, por sumarse a dicho capital el aumento por comprobación de valores, según se ha dicho antes, y devolver las diferencias.

(Acuerdo del Central de 12 de Junio de 1934.) 23 de 1934.

LV

Compañías de Seguros. Depósito de garantía. Constituido un depósito por una Compañía de Seguros, con el carácter de necesario, para que—según el epígrafe del resguardo—sirva de garantía a la Compañía para las operaciones que efectúa en España, de conformidad con la ley y reglamento de Seguros, está sujeto al impuesto, como constitución de Fianza, al 0,60.

La Compañía alegó que el depósito se había constituido en concepto de reservas matemáticas y para que sirviese de garantía a la misma por las operaciones efectuadas en España, conforme a la ley de 14 de Marzo de 1908, y por ello se hallaba exento ese acto, conforme al número 3.º del artículo 24 de la ley del impuesto. La reclamación es rechazada. Si bien dicho número exceptúa del impuesto la constitución y devolución de las reservas matemáticas, a que se refiere la ley de 14 de Marzo de 1908 sobre inspección de las Compañías de seguros, el artículo 2.º de la ley Tributaria declara sujetas al impuesto, en su número 10, la constitución, modificación y cancelación de las fianzas de todas clases, cualquiera que sea la obligación que garanticen y el documento en que conste; y como el resguardo del depósito sólo consigna que se constituye para que sirva de garantía por las operaciones en España, sin hacer constar que se trate de reservas matemáticas de la ley de 14 de Mayo de 1908, como exige la ley Tributaria para la exención, como garantía especial y distinta del depósito previo, establecido en el artículo 2.º de la ley del impuesto, con el concepto genérico de fianza, como así lo determina el artículo 20 del

Reglamento de 2 de Febrero de 1912, a ello ha de estarse, y procede desestimar la reclamación. (Acuerdo del Tribunal Central de 17 de Abril de 1934.) 14 de 1934.

LVI

La compra de materiales para construcción de una panadería por un establecimiento del Estado, mediante oferta escrita del proveedor y aceptación y aprobación, también escrita, de la Administración, está sujeta al impuesto, como muebles, y no exenta.

La circunstancia de que el contrato se haya hecho por gestión directa o por administración no exime del impuesto, por no hallarse incluida entre los motivos de excepción señalados en el número 3.º de la ley del impuesto, que, por el contrario, sujeta, en general, la transmisión de muebles, según el artículo 2.º, número 7.º; tampoco se halla comprendido en la excepción de contrato verbal (número 5.º, artículo 3.º, de la ley); pues tanto la oferta como la aceptación de cosas y precios ha de hacerse por escrito, según el Reglamento de contratación del ramo de Guerra de 10 de Enero de 1931; y tampoco es un contrato por correspondencia, al que le alcance la exención del número 8.º del artículo 3.º de la ley del impuesto. (Acuerdo del Central de 10 de Abril de 1934.) 11-1934.

LVII

Sociedad. 1.º No procede hacer comprobación de valores en los bienes aportados a una Sociedad, pues no está admitido por el Reglamento. 2.º No importa que no se haya recurrido ese llamado expediente de comprobación de valores, ya que, por no ser procedente el mismo, el único acto de reclamación es la liquidación girada por la constitución de la Sociedad, y si está hecha en tiempo, no puede rechazarse. 3.º No procede girar liquidación sobre el capital social consignado en la escritura, aunque se hubiera suscrito en todo o en parte, sino sólo por el realmente desembolsado, a virtud de los dividendos pasivos gira-

dos a los socios y percibidos por la Sociedad; y 4.º Una vez que conste por los periódicos los anuncios de repartos de dividendos pasivos, o por otro medio lo conozca la Administración, procede requerir a la Sociedad para que presente los documentos a la liquidación.

CASO.—Se constituyó por escritura pública una Sociedad anónima con 5.000.000 de pesetas de capital, divididos en acciones que no aparecen suscritas y ninguna desembolsada; sino sólo se dijo que el Consejo de Administración fijaría los plazos para abono de los dividendos pasivos. El liquidador, presentada la escritura a liquidar en plazo, formó un expediente de comprobación, en que se fijó como valor del capital los 5.000.000 de pesetas, y lo notificó a la Sociedad, que no recurrió contra ese expediente. En consecuencia, giró la liquidación sobre los 5.000.000, con multa y demora, que fué recurrida por la Sociedad, y es revocada por el Central.

No puede negarse al interesado el derecho a reclamar contra la base de la liquidación, por no haberse reclamado dentro del plazo reglamentario el resultado de la comprobación de valores en que se fijó dicha base, porque el llamado expediente de comprobación de valores por el liquidador y Tribunal Provincial no puede considerarse como tal, ya que no se trata de bienes que pudieran ser objeto de comprobación por los medios del capítulo VI del Reglamento vigente; y por ello no procedería instruirle, y porque tampoco se trataba de ninguno de los casos de determinación de la base liquidable comprendidos en el capítulo V del mismo Reglamento; por todo lo cual el contribuyente no tenía por qué impugnar el resultado de un expediente que no era necesario ni procedente, ni el no haberlo hecho podía, por tanto, privarle de su derecho a reclamar contra la liquidación girada y contra todos sus elementos integrantes.

El único acto administrativo reclamable lo constituye, en este caso, la liquidación referente a la constitución de la Sociedad, por ser donde, al hacerse la calificación del documento, se fijó, efectiva y reglamentariamente, la base de la liquidación y la que, al practicarla, determinó la obligación de la Sociedad de satisfacer el impuesto liquidado; y por ello esa liquidación era contra la que cabía reclamar si el contribuyente la estimaba perjudicial para sus

intereses; y como la reclamación presentada por la Sociedad contra la liquidación lo fué en plazo, no cabe rechazarla por extemporánea ni en cuanto a su base ni en cuanto a sus demás elementos.

Con arreglo al artículo 19, párrafo 1.º, del Reglamento, en la constitución de las Sociedades se paga el impuesto por el 0,60 por 100 del valor de los bienes aportados o metálico desembolsado por los socios o que se desembolse o aporte en lo sucesivo; es decir, que el impuesto no puede estimarse exigible hasta tanto que la aportación de bienes esté realizada o el metálico desembolsado (criterio aplicado por el Tribunal Central en acuerdo de 1.º de Febrero de 1927), y confirmado por el Supremo en sentencia de 29 de Septiembre de 1928, en la que se declara que no puede admitirse como aportación de capital, ni menos como metálico desembolsado, unas acciones emitidas, en tanto no se hagan efectivas, en todo o en parte, y que, a medida que se vayan cobrando los dividendos pasivos que representen las cantidades, que la Sociedad ha de ir percibiendo por el valor de las acciones, la Hacienda tendrá derecho a percibir el impuesto por las sumas ingresadas, no pudiendo obligarse a la Sociedad a contribuir por cantidades que no ha percibido.

En la escritura de constitución social no consta que se hubiera desembolsado metálico alguno por los suscritores de acciones de la Sociedad, y por el contrario, en la propia escritura se expresa que el Consejo de Administración señalará los plazos en que habrán de realizarse los pagos de los dividendos pasivos y su cuantía, lo que demuestra que el capital no estaba desembolsado, confirmándolo también la prueba aportada con la reclamación, consistente en certificación del libro de actas del Consejo de Administración, según la que los consejeros habían convenido, en fecha posterior a la constitución social, en hacer un anticipo del 10 por 100 del importe de sus acciones para gastos de instalación y señalar plazo para el abono del 20 por 100 del primer dividendo pasivo y periódicos en que se contiene el anuncio para hacer efectivo dicho primer plazo; de todo lo cual resulta que el pago del primer dividendo pasivo se solicitó de los accionistas después del otorgamiento de la escritura; por lo que hay que reconocer que, conforme a la misma, no procedía girar liquidación alguna por

constitución de Sociedad, y, por lo tanto, que la practicada sobre el capital de 5.000.000 de pesetas, como si ese capital hubiese estado ya desembolsado, debe ser anulada; apareciendo de los mencionados documentos que se ha repartido un dividendo pasivo de 20 por 100, debe requerirse a la Sociedad por el liquidador, a fin de que presente los documentos necesarios para liquidar por el capital desembolsado si aquélla no los hubiera ya presentado. (Acuerdo del Tribunal Central de 13 de Mayo de 1934.) 13-1934.

LVIII

Procedimiento. Formulada una reclamación referente al impuesto, y desestimada sin que se haya cumplido por el Tribunal Provincial lo prevenido en el artículo 16 del Reglamento de Procedimiento de 29 de Julio de 1924, procede la anulación del fallo.

Dicho artículo dispone que los representantes de los interesados deben presentar el poder que les acredite como tales con su primer escrito, y si no lo hacen, no impedirá que el escrito surta efectos si es para plazos perentorios; pero el Tribunal deberá otorgarles un plazo de quince días para subsanar ese defecto; no cumplido ese precepto por el Tribunal Provincial para que el reclamante justificase su representación, procede anular el fallo del mismo para subsanar ese defecto. (Acuerdo del Central de 13 de Marzo de 1934.) 33 de 1934.

LIX

Caducidad. Procede declarar la caducidad de la instancia si un interesado deja pasar cuatro años sin reinstar un expediente de devolución de ingresos, en el cual no se hubiese aún dictado resolución reconociendo derecho a tal devolución, no procediendo que se haga tal devolución de oficio.

Un Ayuntamiento transigió un pleito con un contratista, pactando que él se hacía cargo del impuesto; la Oficina liquidadora, que había girado la liquidación al contratista con multa, se la cobró

al Ayuntamiento. El Tribunal Provincial anuló ese cobro y el Ayuntamiento instó entonces la devolución del importe de la liquidación que por la Delegación de Hacienda se le había descontado de las contribuciones, no reinstó el expediente, y pasados cuatro años la Abogacía puso una minuta reclamando el expediente dentro de los cuatro años.

Está demostrado que desde la presentación de la instancia del Ayuntamiento pidiendo las pesetas a cuya devolución se creía con derecho hasta el acuerdo del Delegado de Hacienda declarando la caducidad, dicho Ayuntamiento no reinstó el curso del expediente, y desde una a otra fecha transcurrieron más de cuatro años, por lo que procede la declaración de caducidad del expediente adoptada por el Delegado, en virtud del artículo 25, núm. 2.º, del Reglamento de 29 de Julio de 1924 de Procedimiento administrativo, que establece que caducará la instancia, siempre que el interesado no haya reinstado el curso del expediente, en el plazo de cuatro años desde la última gestión que hubiera practicado o desde la última diligencia en que hubiera intervenido, cuando se trate de expedientes de única o primera instancia; la alegación de que no era el Ayuntamiento quien tenía que reinstar el expediente, por ser la Administración la que de oficio, según el artículo 3.º del mencionado Reglamento, debía acordar la devolución solicitada no puede aceptarse, porque la devolución de oficio a que dicho artículo se contrae es sólo aplicable a los expedientes en que ya está acordada la devolución por quien proceda en resolución firme, como lo expresa dicho artículo y lo corrobora el 201 del Reglamento de derechos reales de 16 de Julio de 1932; y en el caso discutido no había tal acuerdo, toda vez que la reclamación presentada por el Ayuntamiento en 1927 tenía por objeto que el Delegado de Hacienda acordase la devolución, a la que aquél se creía con derecho, por creer el ingreso indebido, a lo cual el Delegado podía acceder o no (como asunto de su competencia), según lo estimase justo; no siendo de aplicación la sentencia de 11 de Febrero de 1931, por tratarse en ella de un caso en que se había declarado previamente el ingreso indebido; así como tampoco la de 27 de Abril de 1928, por referirse a un caso de caducidad de instancia, por haber dejado transcurrir los interesados cuatro meses sin presentar los documentos que les fueron reclamados como necesarios para resolver aquél, conforme al párra-

fo 2.º del artículo 25 del Reglamento de Procedimiento, caso que difiere del actual, en el que se trata de la caducidad en el plazo de cuatro años, para lo cual basta que se pase ese tiempo sin reinstalar el expediente, o desde la última diligencia en que hubiera intervenido; tampoco es admisible que los cuatro años se cuenten desde la fecha de minuta del acuerdo del Abogado del Estado pidiendo el expediente al Delegado, por oponerse a ese criterio el precepto terminante, antes indicado, del Reglamento de Procedimiento. (Acuerdo del Tribunal Central, Abril de 1934.) 34-1934.

LX

Vista en segunda instancia. Plazo de bonificación.

Las alegaciones en segunda instancia no proceden más que si hay más partes que la apelante, según el artículo 89 del Reglamento de Procedimiento de 29 de Julio de 1924 y sentencia del Supremo de 26 de Mayo de 1928; por lo que no habiendo más que un apelante, no procede tal trámite.

El plazo de presentación de los documentos a liquidar, con bonificación de 3 por 100, es de tres meses desde el fallecimiento del causante, según el artículo 112 del Reglamento; y no habiendo transcurrido tal plazo, es procedente acceder a ello. (Acuerdo del Central de 8 de Mayo de 1934.) 50-1934.

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado