

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año IX

Octubre de 1933

Núm. 106

El "jus ad rem" en el Derecho civil moderno (*)

EL PROBLEMA EN EL DERECHO SUIZO

El tercero que determina a un contratante a no ejecutar su obligación, ¿atenta a un derecho protegido por el Código civil suizo?

La ilicitud.—Para obtener la reparación del daño experimentado es preciso probar, según la teoría del Tribunal federal, que el acto dañoso haya lesionado un bien jurídicamente protegido por el artículo 41, párrafo 1.º del Código de obligaciones suizo. Esta teoría llamada relativa ha sido definitivamente adoptada por el Tribunal federal (1). La ilicitud consiste a menudo en la violación de un derecho absoluto. La propiedad puede ser lesionada por la destrucción de la cosa. Los derechos inmateriales (derecho de autor, derecho al nombre, etc.) son violados si un tercero se sustituye al habiente derecho.

Los derechos relativos, principalmente el derecho de obligación, no despliegan efectos más que frente a ciertas personas, los deudores, y no pueden ser lesionados por éstos últimos más que por inejecución.

Las consecuencias de la inejecución de un contrato están reguladas por los artículos 97 del Código de obligaciones y siguientes. Es la responsabilidad contractual la que sólo está comprometida.

(*) Véanse los números 100 a 105 de esta Revista.

(1) R. O. («Recueil Officiel des arrêts du Tribunal fédéral». Lausanne), 30, II, 571, Praxis 10, núm. 107, Cons. 1.

Un tercero que impide al deudor ejecutar su obligación, no atenta al derecho de crédito (1).

Se ha pretendido, sin embargo, que un tercero podía lesionar el derecho de obligación si se daban determinadas circunstancias. Así Becker (2) cita el caso en que el tercero se ampare de una acción para ejercer un derecho de opción en provecho propio.

Si el verdadero acreedor no tiene un derecho de opción frente a la Sociedad anónima, no es más que por razón de haber realizado la obligación la misma Sociedad; ella estaba obligada a ejecutar lo que ha hecho. El *vinculum juris* entre acreedor y deudor no ha sido roto, sino que, por el contrario, despliega todos sus efectos. De otra parte, es preciso hacer notar que el acreedor no pierde su derecho si el deudor sabía que el detentador del título al portador, por ejemplo, había devenido portador gracias a un acto ilícito. En este caso el deudor no debe pagar (3).

Tuhr admite que es preciso conceder al acreedor una acción de daños y perjuicios si un tercero ha dispuesto sin derecho de un título al portador, y que de esta suerte había aniquilado el derecho del acreedor (4). Basándose ante todo sobre consideraciones de equidad, se llega a esta solución. Pero este problema se simplifica mucho si se enfoca desde otro punto de vista. Basta notar que este título al portador es un bien corporal. El tercero habrá, pues, cometido, según las circunstancias del caso concreto, un robo o un abuso de confianza y estará obligado a reparar el daño causado.

Si el legislador suizo hubiese querido asimilar las dos hipótesis citadas a los casos semejantes a la violación de un derecho de obligación, lo que habría podido hacer en el rigor del derecho positivo (5), debió formular explícitamente una regla análoga.

Entre los derechos protegidos por el artículo 41, párrafo 1.º del Código de obligaciones, es preciso citar, por el contrario, el dere-

(1) R. O. 25, VI. 852, 52, II, 376. Von Tuhr: «Allgemeines Teil des schweiz. O. R. Tübingen 1928, p. 327. Gelpke: «Die Verletzung eines vertraglichen Rechts durch einen Nicht-Vertragsbeteiligten». Diss. 1919 Zurich, p. 36.

(2) Becker: «Kommentar zum schweiz. Obligationenrecht», 1911, p. 175.

(3) R. O. 38, II, 468.

(4) V. Tuhr, ob. cit., p. 327.

(5) Roguin: «Science jur. pure», III, p. 681.

cho de la personalidad consagrado por los artículos 28 del C. C. S. (Código civil suizo) y 49 del Código de obligaciones. Si el derecho de la personalidad ha sido lesionado, el titular puede demandar que el atentado cese, y si ha habido falta puede intentar una acción de daños y perjuicios. Bajo ciertas condiciones dispone de otro lado de una acción en pago de una suma de dinero a título de reparación moral. Según el artículo 28, párrafo 2.º, una acción de daños y perjuicios o en pago de una suma de dinero a títulos de reparación moral no podría ser intentada más que en los casos previstos por la Ley. Por los autores, como Tuhr y Oser sobre todo (1), admiten que este párrafo contiene un error de redacción.

Otro precepto en materia de actos delictuosos es el artículo 41, párrafo 2.º del C. O. Esta disposición asimila el atentado a las buenas costumbres al acto ilícito, limitando, por tanto, la acción de daños y perjuicios a los casos en que el daño ha sido causado intencionalmente.

Nos resta examinar en cuál de estos grupos será preciso clasificar el hecho del tercero que induce al deudor a romper su compromiso. No hay, en todo caso, regla alguna que prohíba directamente la instigación a la ruptura del contrato. Dos soluciones eventuales se presentan al espíritu: o bien se podrá, siguiendo el ejemplo de ciertas decisiones del Tribunal alemán, aplicar la regla del artículo 41, párrafo 2.º del C. O. a nuestra hipótesis, o bien será preciso establecer la existencia de un derecho subjetivo del acreedor lesionado por el acto del tercero.

En el sistema del derecho civil suizo es el segundo problema el que lógicamente debiera colocarse en primer lugar; pero, ante el ejemplo chocante del § 826 alemán, la jurisprudencia suiza se ha interesado sobre todo en la aplicación del párrafo 2.º del artículo 41 y ha olvidado examinar a fondo la cuestión de la existencia del derecho subjetivo violable por el tercero. En su tendencia a seguir fielmente las tendencias establecidas por el Reichsgericht los juristas suizos no parecen atribuir una atención suficiente a las particularidades de su derecho civil.

Hemos visto que la jurisprudencia alemana aplica en diver-

(1) Tuhr: p. 328, nota 35; Oser, art. 49. Bem 2.ª.

sas ocasiones el § 826 a nuestra hipótesis. No será, pues, sorprendente que el artículo 41, párrafo 2.º del C. O. tenga efectos análogos en el terreno del derecho suizo. Pero no debe creerse que estas dos disposiciones, casi idénticas en cuanto a su tenor (la del C. O. ha sido copiada del C. C. alemán), juegan exactamente el mismo papel en las dos legislaciones, puesto que ambas deben conciliarse indudablemente con el sistema general de los Códigos respectivos.

El Tribunal federal ha declarado categóricamente, y por cierto sin indicar sus argumentos, que la incitación a una violación contractual no constituye un atentado a las buenas costumbres (1). Para que hubiere lugar a aplicar el artículo 41, párrafo 2.º, es preciso, según esta sentencia, circunstancias particulares y agravantes.

El problema hay que plantearlo en otra dirección.

¿Hay en Derecho suizo un derecho de la personalidad que protege el lazo contractual contra el atentado de un tercero?

El artículo 28 del Código civil suizo que crea los derechos de la personalidad no contiene enumeración limitativa. Reconoce en principio la existencia de este derecho y no establece una categoría de derechos cerrada. El artículo 28 ha sancionado la jurisprudencia del Tribunal federal anterior al Código civil. Pero de otro lado, constituye de antemano una base legal para las hipótesis nuevas, sea que todavía no se hayan presentado ante los Tribunales, sea que se hayan hecho necesarias para la evolución de la vida social.

Se deduce que es imposible indicar todos los derechos que son protegidos por el artículo 28; la expresión de intereses personales de este precepto, elegida intencionalmente, es muy extensa y el espíritu de la disposición no permite que la jurisprudencia limite el campo de aplicación para el porvenir. Los derechos de la personalidad reconocidos hasta la fecha por el Tribunal federal se refieren a los intereses personales siguientes: la vida, la salud, la libertad en los diversos sentidos del término (por ejemplo, el derecho de expresar las opiniones políticas, morales o religiosas, el derecho de ejercer una actividad para ganarse la vida), el honor, el crédito, las afecciones de familia, el

(1) R. O. 52, II, 376.

secreto de la vida privada, el derecho a la propia imagen, el ejercicio de una profesión o de un oficio bajo ciertas circunstancias (1).

Entre los derechos de la personalidad reconocidos hasta el presente por el Derecho civil suizo no se encuentra ni el derecho al respeto del lazo contractual por el tercero, del Derecho francés, ni el derecho de ejercer libremente el comercio que, como veremos luego, se ha reconocido en el Derecho inglés.

Sin embargo, es prematuro creer que el Tribunal federal rechazaría, a diferencia de esas jurisprudencias francesas e inglesas, este derecho de la personalidad.

Lo que ha pasado es que la cuestión no se ha presentado hasta hace poco.

El problema se planteó con motivo del asunto Schweiger-Horn C. Araks-Tschamkerten & Cie. (2).

Algunas fábricas suizas de cigarrillos habían formado un *cártel* para fijar y hacer respetar el precio de los cigarros y se prohibía contractualmente toda entrega directa o indirecta a los miembros afectados por un boycott.

Estando establecida una coordinación entre el *cártel* y la sociedad suiza de comerciantes de cigarros, se envió un Boletín a sus miembros previniendo a éstos para que no vendiesen por debajo de un cierto precio; otras sociedades se adhirieron todavía a este *cártel*.

Por el contrario, Schweiger y Horn, negociantes en Zurich, rehusaron firmar, y aunque boicoteados, llegaron a procurarse cigarros de las fábricas que integraban el *cártel* y después los vendieron a un precio inferior al fijado por este último.

La cuestión que se plantea y que nos interesa es ésta: Los terceros, Schweiger y Horn ¿han aportado su concurso a la ineje-

(1) Se trata aquí de la personalidad económica. Este derecho ha sido reconocido por el Tribunal federal cuando los actos que prohíbe producen la ruina completa del lesionado. R. O. 22, v. 175, 32. II, p. 360, 367, 370. Pero más recientemente el Tribunal federal ha juzgado que este derecho no entra en el cuadro de los derechos protegidos por el artículo 28, sustituyendo al criterio absoluto, aniquilamiento económico, un criterio relativo, sacado de la proporción entre el daño causado y el efecto útil del acto jurídico. R. O. 51, II, 525, 52, II, 383, Praxis 28, p. 277.

(2) R. O. 52, II, 370.

cución de los contratos concluidos entre fabricantes o entre fabricantes y detallistas? ¿La inexecución ha sido una consecuencia de su solicitud?

De ser cierta una de estas hipótesis, ¿deben considerarse como responsables de un delito civil?

El Tribunal federal ha respondido que el contrato entre fabricantes y comerciantes de tabaco no engendra más que derechos relativos. Un tercero no se halla en estado de lesionar un derecho semejante. Por consiguiente, no puede estar obligado a respetarlo. Si se quiere invocar la complicidad o la instigación de los terceros a un delito perpetrado por el deudor, será preciso para sostener este punto de vista que el tercero haya cometido un delito. Pero la inexecución de una obligación no constituye delito.

Por consiguiente, no se puede declarar responsable de un atentado contra las buenas costumbres al tercero que haya inducido al contratante a romper su compromiso o al tercero que haya explotado sistemáticamente la inexecución del contrato. Son las circunstancias agravantes, el fin perseguido y los medios empleados los que determinan el carácter inmoral del acto y pueden provocar así la aplicación del artículo 41, párrafo 1.º del C. O.

En el caso propuesto el hecho del tercero se caracteriza como un acto de defensa contra el *cártel* que amenaza su independencia económica y no se le debe juzgar muy severamente, pues este motivo constituye en cierta manera una circunstancia atenuante.

No hay lugar para aplicar el artículo 48 del C. O., puesto que el hecho de vender más barato que un concurrente no constituye un procedimiento contrario a las reglas de la buena fe.

Cuando en la instancia anterior, el Tribunal comercial de Zurich se basaba en el artículo 48 del C. C. suizo y admitió la existencia de un derecho a la integridad de la actividad profesional organizada no interpretó exactamente la noción del derecho de la personalidad establecido por este artículo. El Tribunal federal ha reconocido en su jurisprudencia el derecho de la personalidad económica; pero se trata solamente del derecho de cada uno de desplegar su actividad en la vida económica o, en otros términos, de una manifestación particular del derecho de la libertad personal muy restringido.

Pero este derecho no protege al comerciante que ha organizado su comercio de una manera especial contra todo atentado de parte de los terceros. Basta que pueda ejercer su actividad económica; no son protegidos sus intereses económicos.

Los intereses dignos de protección son aquellos que le individualizan y distinguen de otras personas, como, por ejemplo, su nombre, su crédito.

Pero los demandantes (el *cártel*) no pedían la protección de su derecho de desplegar una actividad económica, sino la limitación de la libertad de otro.

El Tribunal no tiene por qué intervenir en el juego de la Ley de concurrencia de las fuerzas económicas, y por ello rechazó el recurso de los demandantes.

La misma posición, es decir, la idea de que el hecho de aportar su concurso a la inejecución de un contrato o que las solicitudes a este fin no son contrarias a las buenas costumbres ha sido adoptada por la sentencia del caso Blank-Mollet C. Thomas (1).

El sentido de la jurisprudencia del Tribunal federal es bien claro. El tercero que induce al contratante a la inejecución de su compromiso o que le aporta su concurso no es *ipso facto* responsable de reparar el daño causado. Puede, sin embargo, suceder que las circunstancias agravantes o los medios particularmente inmorales hagan el acto contrario a las buenas costumbres y entonces habrá lugar a aplicar el artículo 41, párrafo 2.º del C. O.

Hemos dicho ya que antes de explicar el artículo 41, párrafo 2.º C. O. se habría debido comprobar si, según el derecho suizo, el acto del tercero podría lesionar un derecho absoluto reconocido por esta legislación, y acabamos de ver que el Tribunal comercial de Zurich en el asunto Schweiger-Horn, había intentado un esfuerzo en esta dirección.

Partiendo de la idea de que el tercero, comerciante al detall, se había procurado mercancías que sabía vendidas en contra de un convenio prohibitivo de vender por bajo de un cierto precio, ese Tribunal ha visto un atentado al derecho de la personalidad económica del contratante lesionado (2).

(1) J. d. T. («Journal des Tribunaux». Lausanne.) 1928, p. 114.

(2) «Blätter Zürch. Rechtsprechung», 1927, p. 75.

Este atentado se caracteriza por la supresión parcial de una organización comercial especial que ligaba contractualmente un cierto número de negociantes al *cártel* y respecto también al contratante lesionado y restringía así su libertad. Pero el Tribunal federal no ha compartido esta opinión y ha declarado que la noción del derecho de la personalidad no consentía y prohibía una protección concedida en su nombre a las relaciones de carácter relativo establecidas entre deudor y acreedor.

Para poder tomar posición en esta discusión con conocimiento de causa, no será inútil familiarizarse un poco con el carácter general de estos derechos en el campo del Derecho civil suizo.

A diferencia del Derecho alemán y de la forma restrictiva del § 823, el Derecho civil suizo reconoce los derechos de la personalidad y les atribuye un campo de aplicación más extenso. Excepción hecha del derecho al nombre y a la marca de fábrica, el origen y el fin del derecho de la personalidad no están regulados por el ordenamiento civil. En las demás hipótesis es preciso aplicar los principios generales sobre la adquisición y la pérdida de los derechos (1). Para que nazca un derecho de la personalidad es preciso un objeto adecuado. El derecho se adquiere sólo cuando su objeto existe.

Mientras el objeto no se ha presentado, el derecho no existe. El objeto debe poseer ciertas cualidades, debe tener un valor, debe ser un bien, y debe estar, según su naturaleza, en relación con una persona. En su calidad de bien personal, se opone a los bienes ordinarios que no se refieren a una persona determinada. Por último, el objeto debe ser compatible con el derecho y las buenas costumbres.

En segundo lugar, hace falta un sujeto: sin sujeto no hay derecho, a pesar de Becker. Como el Derecho civil suizo no hace diferencia entre las personas para concederles el goce de derechos, todo el mundo puede prevalerse por igual de los derechos inherentes a la personalidad.

Por último, un hecho relaciona el objeto al sujeto. Este hecho jurídico puede ser idéntico a la adquisición del goce de los derechos o puede derivarse de un hecho especial. En el primer caso se

(1) Specker K.: «Die Persönlichkeitsrechte Diss». Zurich, 1910, p. 132.

habla de los derechos de la personalidad generales o innatos, y en el segundo, de derechos especiales. Estos últimos se adquieren de manera originaria o derivativa, ya legalmente, ya contractualmente. Citemos a título de ejemplo el nombre de familia que se adquiere de manera originaria y legalmente en el momento en que una persona deviene miembro de cierta familia (1).

En el número de los derechos de la personalidad reconocidos es preciso colocar aquel que protege la libertad bajo diversos aspectos. Se trata, por ejemplo, del derecho de expresar las opiniones personales y también del derecho de ejercer una actividad para ganar la vida, y la cuestión se plantea para nosotros en saber si debe admitirse en este mismo cuadro el derecho de hacer libremente el comercio jurídico.

No entendemos por ello el derecho del comerciante de ejercer su profesión, sino el derecho de cada uno de poder concertar libremente los contratos con todo el mundo, y desde el punto de vista pasivo, el derecho de oponerse a una traba que un tercero puede aportar a la libertad de toda otra persona de entrar en relaciones contractuales con el titular de este derecho. De otro lado, esta libertad comporta todavía el derecho de impedir a un tercero el intervenir en las relaciones contractuales una vez establecidas.

Este derecho, que constituye un deber de no intrusión en las relaciones contractuales establecidas y por establecer, parece llenar las tres condiciones necesarias para constituir un derecho de la personalidad. *El objeto* de este derecho consiste en el respeto para los terceros de la esfera de las relaciones contractuales. Como el titular de este derecho tiene incontestablemente interés en concluir libremente sus compromisos y a la vez en que los contratos hechos sean ejecutados, *el valor* de este objeto queda establecido. Por último, *se refiere a la persona del contratante lesionado* por la inmisión y solamente a él. De otro lado, el objeto debe ser *conforme al derecho y a las buenas costumbres*, y no parece que signifique atentar a éstas.

Nada se opone teóricamente a la existencia de tal derecho sobre el terreno del ordenamiento suizo. Para no reconocerlo precisaría

(1) Specker: Ob. cit., p. 136.

demostrar que sus consecuencias son inadmisibles, y su existencia no ha sido jamás negada expresamente en el Derecho suizo.

La idea de la existencia de un derecho de la personalidad a hacer libremente su comercio parece haber escapado a la observación de los juristas. Y es lo cierto que ahora todavía una de las grandes dificultades de la aplicación del derecho de la personalidad reside en el hecho de que se puede extender indefinidamente su campo de aplicación sin que se haya encontrado una solución definitiva a la cuestión de saber cómo se puede detener este peligro, lo cual no significa que un interés general no deba ser protegido si merece serlo.

A tenor del artículo 4.º del Código civil suizo, incumbe al Juez apreciar si el interés en juego merece ser protegido. La regla que debe aplicar protege los intereses personales, cuyo fin es conservar y ampliar la personalidad (1). Para encontrar esta regla, Specker y Egger remiten a la teoría del «derecho justo» de Stammler. Esta, en efecto, ha ejercido en muchas ocasiones su influencia sobre la jurisprudencia del Tribunal federal y en la elaboración de ciertos artículos del Código civil suizo (2).

El Juez debe tener un *criterium* seguro que le permita recoger las circunstancias, excluyendo la ilicitud del atentado a un derecho de la personalidad. Si se sigue el camino indicado por Stammler, el Juez debe constatar si la solución eventual es conforme o contraria a los principios formales del «derecho justo». El Tribunal federal, de otra parte, no ha establecido un criterio único según el cual pueda siempre decidirse si es preciso o no proteger un interés legítimo en conflicto con un derecho de la personalidad. Ha querido formular su punto de vista diciendo que hay protección de intereses legítimos cuando el orden jurídico y las buenas costumbres permiten la lesión de un derecho (3), fórmula que no puede prestarnos grandes servicios puesto que nos coloca delante de un nuevo problema, el de circunscribir estos dos términos, cuyo sentido es muy general.

El legislador no ha podido o no ha querido erigir un principio

(1) Egger: «Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch», 1911, art. 28.

(2) Egger: p. 91.

(3) Vodoz: «Le boycottage en droit suisse», thèse. Lausanne, 1926, p. 36.

rígido que regulara hasta en sus detalles la protección de los intereses personales.

Ha debido dar un carácter más flexible a esta disposición y reconocer al Juez una más grande libertad de apreciación.

No encontramos objeción en admitir en principio un deber de no intrusión impuesto a todo el mundo.

Sin embargo, no podemos deducir que toda inmisión en la esfera contractual de otro, cualesquiera que sean las circunstancias, constituye un acto ilícito. Para volver a nuestro caso práctico, nos parece que el hecho de inducir al contratante a la ruptura de su compromiso es contrario a la obligación de respetar el derecho del acreedor a hacer su comercio jurídico.

Sin embargo, los intereses en juego constituyen un problema bastante complejo y tal aserción podría conducir a exageraciones. Es imposible y contrario a esta categoría de derechos el consagrar un principio fijo que regule la cuestión de un solo golpe y de una vez para todo.

Bien al contrario, todos los intereses legítimos y todos los elementos del caso concreto deben ser tomados en consideración. Parece, por ejemplo, evidente que el tercero que, ignorando la existencia del lazo contractual entre A. y B., determina al uno o al otro a comprometerse hacia él de manera incompatible con el primer contrato, no persigue más que su propio interés, perfectamente justificado.

Una decisión que fuera más lejos atacaría al *jus commercii* del segundo acreedor.

Es precisamente la oposición de los dos derechos de realizar el comercio jurídico del primer contratante y el del segundo acreedor o el del instigador a la inejecución de un compromiso lo que nos permitirá establecer una línea de demarcación entre el acto que debe considerarse como un atentado al derecho de la personalidad y el acto que no lo constituye y que entra en la esfera normal del ejercicio de un derecho. Cada uno tiene el derecho, como hemos admitido en principio, de concluir contratos con cualquier otra persona, pero está obligado también por su deber de no intrusión a respetar los lazos contractuales entre los terceros siempre que tuviese conocimiento de ello.

Si el tercero extraño al contrato no ha ejercido una influencia

determinante sobre el deudor o sobre la inejecución del contrato, el problema reviste un aspecto diferente. Si acepta el ofrecimiento de concluir un contrato, aunque conozca un contrato anterior que obligue a su cocontratante, no parece más que hacer uso de su derecho de entrar en relaciones contractuales con todo el mundo, y no compartirá la responsabilidad del deudor resultante de la ruptura del contrato.

En cambio, si aporta su concurso a la inejecución del contrato por el deudor prometiéndole tomar a su cargo todo o parte de las consecuencias resultantes de esa inejecución, lesionaría, sin duda alguna, el derecho de la personalidad del primer acreedor.

Dos ideas parecen desprenderse, en resumen, de estas notas. El tercero es responsable del daño que ha causado, siempre que su acto haya ejercido una influencia determinante sobre la inejecución del primer contrato, cuya existencia conocía, pero no atenta al derecho de la personalidad que protege la esfera de las relaciones contractuales, si ignoraba el primer compromiso o si no ha hecho más que aceptar una proposición rogada que le ha hecho el deudor de concluir un contrato.

Si se compara esta teoría y su resultado con las ideas adoptadas por autores como Neuner (1) y Ortolan, que querían igualmente colocar la relación de derecho de obligación al abrigo de un atentado de los terceros, se percibe fácilmente la superioridad de un sistema erigido sobre la base de los principios generales del Derecho suizo, que por ser más flexible permite concordar las reglas teóricas con las necesidades de la práctica, aunque su fórmula no sea tan sencilla como la del derecho de protección absoluta de las obligaciones.

Nuestra teoría evita el error de estos dos autores de no preocuparse más que de un solo interés y de considerarlo de una manera abstracta y desde un solo punto de vista. Y lo que debe tenerse en cuenta es que el derecho de protección concedido al interés de un primer contratante debía necesariamente atender al interés de un segundo acreedor, ignorante del primer contrato, interés tan digno de protección como el del primer acreedor.

A nuestro parecer, el Derecho suizo se aproxima a la concep-

(1) «Wesen und Arten der Privatsrechtsverhältnisse», 1886, p. 70 s.

ción anglosajona, que veremos luego, de un deber de no inmisión en las relaciones contractuales de otro. Pero si los Jueces ingleses llegaron a ello de manera intuitiva y no precisaron las reglas de su aplicación, el Derecho suizo nos permite edificar una teoría análoga sobre la base de los derechos de la personalidad, lo que nos facilitará la determinación de su radio de acción.

El reconocimiento de un derecho general de hacer el comercio jurídico nos parece tener una cierta superioridad sobre el derecho al respeto del lazo contractual por los terceros, reconocido en el ordenamiento jurídico francés. El deber de no intrusión proclamado por el Derecho suizo, no solamente implica un campo de aplicación más extenso que ese principio del derecho al respeto del lazo contractual francés, sino que permite todavía relacionar el derecho correspondiente al derecho de la personalidad, marcando mejor la idea de una esfera personal caracterizada por la liberación de cada uno de toda intervención en sus relaciones contractuales.

JOSÉ MARÍA FONCILLAS,

Notario.

(Continuará.)

La futura legislación de los documentos de giro

En la *Gaceta* del 20 de Octubre de 1932 se han publicado, para que las entidades oficiales y el comercio en general los conocieran e informaran sobre su posible ratificación, los Convenios internacionales relativos a la unificación del Derecho en materia de letras de cambio, pagarés a la orden y cheques.

A la información han acudido las Cámaras Oficiales de Comercio de Madrid, Salamanca y Santander, los Jueces de Alicante (Sur), Arnedo, Baza, Calatayud, Chinchón, Denia, Granadilla, Guía, Logrosán, Mancha Real, Molina de Aragón, Montefrío, Montilla, Murias de Paredes, Olmedo, Onteniente, Pontevedra, Talavera y Valencia (Distrito del Mar), las Audiencias territoriales de Burgos, Coruña y Valencia, el Consejo Superior Bancario, la Dirección general del Timbre y el Tribunal Supremo.

Casi todos los informes coinciden en apreciar la necesidad de ajustar nuestra legislación a la corriente unificadora y aconsejan, en su consecuencia, la ratificación de los Convenios. Con igual entusiasmo parece hallarse animada la Comisión Jurídica Asesora que, en los actuales momentos, estudia la materia y prepara el Anteproyecto de Ley que ha de modificar radicalmente nuestro derecho cambiario.

Para que la transformación, si llega a producirse, no coja de sorpresa a nuestros técnicos ni confunda a los profesionales, banqueros y comerciantes con inesperadas repercusiones, daremos a conocer en éste y en los sucesivos números los documentos que por su origen y contenido nos parezcan de mayor trascendencia.

Informe del Consejo Superior Bancario acerca de los dos Convenios para unificación del Derecho cambiario con sus anejos, los dos proyectos sobre conflictos y los dos acuerdos relativos a impuesto del Timbre.

PRIMERO

Naturaleza, alcance y condiciones de estos proyectos de compromisos internacionales.—La ratificación por España de los Convenios significará:

a) La obligación de introducir en su territorio el proyecto de ley uniforme sobre la letra de cambio y pagarés a la orden y el proyecto de ley uniforme sobre cheques y la aplicación de ciertas normas en los conflictos de leyes.

b) La ley uniforme sobre letras de cambio y sobre cheques que España incorpore así a su derecho internacional puede variar, respecto al proyecto de ley uniforme, en los extremos que han sido objeto de reservas en el anejo II sobre la letra de cambio y pagarés a la orden, y en el anejo II sobre cheques, en cuanto España decida utilizarlas, debiendo señalar las que escoja en el momento de la ratificación.

c) Para que entre en vigor el derecho cambiario unificado son necesarias siete ratificaciones o adhesiones, tres de las cuales serán necesariamente de Estados que sean miembros permanentes en el Consejo de la Sociedad de Naciones.

d) Luego que las condiciones necesarias y suficientes para la puesta en vigor del derecho cambiario unificado hayan sido cumplidas, España queda obligada a no denunciar los Convenios durante dos años, contados desde la fecha en que ella los haya puesto en vigor.

e) Desde la expiración del cuarto año, a contar de la entrada en vigor de los Convenios, podrá España, como cualquier otro Estado, solicitar su revisión, y, en el caso de que otros cuatro Estados la apoyaran, el Consejo de la Sociedad de Naciones decidirá si ha lugar a convocar una Conferencia para dicho propósito.

SEGUNDO

Análisis de los extremos anteriores.—Ad a). Los dos proyectos de ley uniforme significan, en opinión unánime de este Consejo, un notable y feliz esfuerzo de aproximación al ideal unificador del derecho cambiario. La obra realizada en Ginebra, en 35 sesiones, durante los meses de Mayo a Junio de 1930, y en 36 sesiones durante los meses de Febrero a Marzo de 1931, sobre letras de cambio y cheques, respectivamente, es un paso más en la serie de meritisimos estudios, que habían alcanzado ya en la Conferencia de La Haya, en los años 1910 y 1912, un momento de plenitud. Muchas de las Delegaciones participantes en la obra de Ginebra estaban constituídas por personas varias veces calificadas, representativas de los sectores económicos más interesados en la unificación del derecho cambiario. Finalmente, aunque los textos elaborados no cubren sino una parte de tal derecho y, salvo los dos relativos a conflictos de leyes, no afectan a Inglaterra, significan un sistema de soluciones acertadas y felices, dotado de un tal vez excesivo margen de elasticidad, dado el alcance de las reservas. Por estas razones el Consejo Superior Bancario, que además conoce cuánto valor tienen en la Constitución española y para nuestra política exterior los Convenios internacionales, entiende conveniente recomendar la ratificación de los seis de que se trata, por lo que ellos son y porque las reservas de que le es dable a España hacer uso, garantizan poder llegar a una situación jurídica sin introducir modificaciones excesivas en su propio derecho mercantil.

Ad b). Las reservas consignadas en los anejos respectivos responden a la defensa, por parte de los representantes de Estados que las formularon, de los que consideraban ser principios característicos de sus sistemas jurídicos cambiarios. Prescindiendo del derecho inglés, que queda fuera del proyecto de ley uniforme, se marcaron en una y otra Conferencia, claramente, las peculiaridades, dentro del derecho comparado, del sistema francés, el alemán, el escandinavo, el suizo, el italiano y el español. Un primer estudio de dichas reservas lleva a la conclusión de que a España sólo interesarían aquellas con las cuales pudiera ser salvada alguna peculiaridad de nuestro derecho cambiario que no se quisiera sa-

crificar al realizar la obra de unificación, y estas reservas son pocas en número. Considerando, sin embargo, más detenidamente el asunto, llega este Consejo a la conclusión de que es conveniente hacer uso del mayor número posible de reservas, y esto por varias razones. La aceptación de las reservas no implica, en todo caso, el deber de utilizarlas, y siempre sería más cómoda y holgada la postura de España aceptándolas todas en principio, para usar después solamente de aquellas que estimase más conveniente a sus intereses. El uso por otros Estados de reservas, quizá numerosas, puede crear una situación de desigualdad, en cuanto nuestro sacrificio por la unificación resultara ser mayor que el de otros países. Los Gobiernos que por utilizar muchas reservas reduzcan ahora su esfuerzo por la unificación, quedan para el porvenir en situación mejor que aquellos que procedan con parsimonia, porque al hacerse la revisión futura de los textos uniformados podrán ofrecer, como compensación para otras concesiones, la renuncia de las reservas que antes no hicieron y que ya hizo España. Por estas razones se llega a la conclusión de que conviene formular un gran número de reservas.

TERCERO

Reservas.—1.º Respecto al proyecto de ley uniforme de letras de cambio y pagarés a la orden, procede hacer las reservas contenidas en los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, primer párrafo del 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23 del anejo II, teniendo por hecha la declaración del artículo 16.

2.º Respecto al proyecto de ley uniforme sobre cheques, los contenidos en los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 8, 9, 12, 13, 14, 15, último párrafo del 16, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 y 31 del anejo II, teniendo por hecha la declaración del artículo 19.

3.º Conflictos de leyes en materia de letras de cambio y de pagarés a la orden. Se recomienda sean aceptadas las declaraciones y reservas contenidas en los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 19.

Y en cuanto a los conflictos de leyes en materia de cheques, se hace igual recomendación de las declaraciones y reservas de los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10 y 18.

4.º Derechos de timbre en materia de letras de cambio, pagarés a la orden y cheques.

Se propone sean también aceptadas las declaraciones y reservas de los artículos 1 y 9 de ambos Convenios.

CUARTO

Observaciones.—1.º Texto castellano.—En el momento de la ratificación conviene dejar expresamente manifestado que, en ningún caso, el texto de nuestra ley uniforme estaría redactado en otro idioma que el castellano, con lo cual definirá España su posición respecto a extremos contenidos en el párrafo primero, artículo primero de cada uno de los dos Convenios de unificación. Expresa además el Consejo Superior Bancario la conveniencia de que, desde luego, sean sometidas las traducciones ya publicadas en la *Gaceta* a un estudio muy concienzudo, no sólo desde el punto de vista filológico y gramatical, sino de la terminología técnica del Derecho español, porque considera que algunas traducciones no son perfectas.

2.º Elaboración de los proyectos uniformes.—La tarea fundamental que ha de realizarse por el Gobierno, si acuerda ratificar aquellos Convenios, consiste precisamente en la elaboración de los proyectos de ley, que habrá de presentar a las Cortes para su aprobación y serán el resultado de:

a) La inclusión en sus articulados de todos los preceptos de los dos proyectos elaborados en Ginebra sobre letras de cambio y cheques, que no resulten modificados por las reservas de que haga uso al ratificarlos.

b) Los preceptos que se desprendan de las reservas utilizadas en cuanto no modifiquen extremos de los preceptos elaborados en Ginebra.

c) Y las normas de Derecho español sobre todos los extremos del campo cambiario, no cubiertos por preceptos de la ley uniforme, que en el momento de la elaboración de los proyectos desee España, en vía de «*legeferenda*», incorporar a su legislación sobre cheques y letras de cambio, normas éstas que en parte procederán de su actual Derecho mercantil o de usos y costumbres existentes, y en parte obedecerán a propuestas derivadas de la técnica jurídica ante las exigencias de una realidad hoy no suficientemente dotada de un derecho de aplicación.

La elaboración de semejantes proyectos la reputa este Consejo esencial y de máxima importancia, y, dejando a salvo la libertad del Gobierno para redactarlos, así como la intervención que en aquélla han de tener los órganos competentes de la Administración española, se declara este organismo de mi presidencia dispuesto a colaborar, una vez más, en la obra oficial, y expresa su deseo de ser oído cuando aquellos proyectos hayan sido redactados.

QUINTO

Conclusiones.—De lo anteriormente expuesto el Consejo deduce, como finalidad de su informe, las siguientes recomendaciones:

- 1.^a Ratificación de los seis Tratados.
- 2.^a Utilizar las reservas señaladas en el párrafo tercero de este escrito.
- 3.^a Al hacer la ratificación, encarece a la Sociedad de Naciones la conveniencia de una reunión con los representantes de los demás Estados que también ratifiquen, para conocer los proyectos de leyes uniformes y el uso hecho, por cada uno, de las reservas.
- 4.^a Extender a todo el Protectorado la aplicación de los nuevos derechos uniformes sobre letras, pagarés a la orden y cheques; y
- 5.^a Proceder desde luego a los estudios e informaciones precisas para la elaboración de dos leyes españolas, una sobre letras y pagarés a la orden y otra sobre cheques, oyendo sobre los proyectos en su día al Consejo Superior Bancario.—*Es copia.*

* * *

Excmo. Sr. : Accediendo a la atenta invitación que V. E. se ha servido comunicar a esta Presidencia con fechas 29 de Diciembre del próximo pasado año y 9 de Enero del corriente para que la Sala de lo Civil de este Tribunal o la de Gobierno, si se estimase preferible, informase sobre la ratificación de los Convenios internacionales en materia de letras de cambio y pagarés a la orden, firmados en Ginebra y publicados en la *Gaceta de Madrid* correspondiente al 20 de Octubre último, la Sala de Gobierno que pre-

sido, a propuesta del Presidente de la Sala de lo Civil, ha aprobado, después de un detenido examen, las siguientes advertencias y conclusiones :

Parece que dado el carácter judicial del Organismo que contesta debieran ceñirse las líneas de este informe al estudio de las variantes que los Convenios en cuestión introducen en las acciones del llamado Derecho cambiario y de las excepciones que los interesados pudieran oponer, así como a las novedades del procedimiento que, para el ejercicio de unas y otras, quepa desenvolverse con el posible respeto a la tradición procesal española ; pero el derecho se ha hecho más para los pueblos que para los jueces y acaso no sean superfluas algunas indicaciones sugeridas menos por el estrado que por la vida diaria de nuestro pueblo.

La técnica cambiaria recogida en el Anejo I, que lleva por título «Ley uniforme sobre la letra de cambio y el pagaré a la orden», señala una separación, ya que no una ruptura, entre el derecho continental y el anglosajón, con tendencias notoriamente germánicas que, por su carácter abstracto y formalista, no son del todo adecuadas al temperamento y costumbres de las naciones latinas. Sin embargo, las Repúblicas hispanoamericanas han comenzado a llevar a sus Códigos de comercio la reglamentación propuesta, y la tercera Comisión de la VI Conferencia Panamericana, celebrada en la Habana en 1928, recomendó a todas la adopción de una Ley uniforme sobre los efectos comerciales, tomando como base la Convención de La Haya de 1912, con algunas modificaciones ; y si no queremos distanciarnos de pueblos a quienes nos unen íntimas relaciones de raza, legislación, idioma, costumbres y emigración, estamos en el deber de aprovechar esta coyuntura de unificación de la parte más importante del derecho mercantil.

Alguna violencia habrá que hacer, indudablemente, al nuestro ; acaso haya que desconocer costumbres arraigadas en el comercio español o normas reputadas como buenas hasta el momento presente, y no deja de tener valor el alejamiento de Inglaterra, verdadero eje de nuestro comercio internacional ; pero las ventajas de una legislación que pueda extenderse a medio mundo, la necesidad de ser consecuentes con los informes y votos de nuestros representantes en La Haya y en el Consejo de la Sociedad de las Naciones, así como con las respuestas enviadas a la Cámara de Comercio Inter-

nacional, la evolución de nuestras leyes en los últimos tiempos y, sobre todo, la orientación constitucional hacia una política exterior leal y amplia, son poderosos motivos que neutralizarán los inconvenientes apuntados.

Los diez primeros artículos de la ley uniforme que se refieren a la emisión y forma de la letra de cambio representan el triunfo más brillante que la técnica germánica haya obtenido en estos tiempos sobre la occidental latina y la anglosajona intercontinental. Caracteriza a la primera, y a las legislaciones que de ella se derivan (como Hungría, Bulgaria, Finlandia, etc.) la particularidad de exigir la denominación (*Wechsel, lettre de change, bill of exchange, lettera di cambio, Wisselbrief, letra de cambio*) del documento como específico de giro, hecha en el mismo bajo pena de nulidad, mientras que un segundo grupo, dentro del cual se encuentra nuestro Código mercantil al lado de los vigentes en Francia, Luxemburgo, Grecia, Bélgica y muchos Estados del Sur de América, centra el eje de la cambial sobre la llamada *cláusula a la orden*, y en otros países, como Holanda, la República Argentina, el Uruguay y los regidos por el Derecho angloamericano, no son necesarios para la validez de aquélla ni su denominación ni la cláusula expresada.

Por la solución alemana se decide el número primero de la Ley uniforme, a cuyo tenor la letra de cambio debe contener la denominación de «letra de cambio» inserta en el texto mismo del título y expresada en el idioma empleado para su redacción, y desde el primer momento se perciben como consecuencias fatales de esta fórmula, primero, la creación de una causa artificial de nulidad, por negar el carácter de cambial al documento que reúna todos los requisitos del artículo 444 del Código de comercio; segundo, la necesidad de alterar rápidamente las costumbres mercantiles para ajustarlas a la regla internacional, y tercero, la formación de un nuevo concepto poco ajustado a la idiosincrasia española.

Para evitar tan grave trastorno de las prácticas tradicionales había introducido el artículo 2.º de la Convención de La Haya de 1912 la autorización de que los Estados contratantes pudieran disponer que las letras de cambio creadas en su propio territorio y que no tuvieran tal denominación serían válidas siempre que estuvieran extendidas *a la orden*; pero el artículo 1.º del Anejo II

sobre el que informamos, tan sólo permite a las Altas Partes contratantes reservarse la facultad de ordenar que la obligación de insertar la denominación no se aplique hasta seis meses después de la entrada en vigor del Convenio. De modo que aun con esta reserva, habría de hacerse el reajuste de modelos y usos en un plazo angustioso si se le compara con la trascendencia de la innovación.

Todavía son de mayor importancia las modificaciones de concepto que lleva tras sí la aproximación del Derecho cambiario a la *Wechselordnung* alemana.

Las Ordenanzas de Bilbao y el Código Mercantil de 1829 consideraban la letra como documento representativo del contrato de cambio, y el Código vigente de 1885 regula, aunque con timidez, sus funciones de crédito, pero se hallan muy lejos de la concepción formalista que arranca de una denominación expresa y no se olvidan de los precedentes causales entre los interesados ni del papel que juega la provisión de fondos y las relaciones entre almacenistas y comerciantes, banqueros y clientes. Según la reglamentación propuesta, la letra quedará convertida en un mandato puro y simple, firmado por el librador y dirigida al librado, para que pague cierta suma en un lugar determinado. Ni el concepto en que el librador se declara reintegrado por el tomador, ni la indicación del vencimiento (artículo 2.º) ni la expresión de librarse a la orden (artículo 10) son requisitos necesarios, ni las relaciones causales, la técnica de la provisión de fondos y las acciones de enriquecimiento ilícito aparecen más que en las reservas admitidas por los artículos 15 y 16 del Anejo II, que será necesario recordar caso de ratificación.

No debemos ocultar, sin embargo, que la corriente legislativa mundial busca los cauces alemanes y que la *denominación* es exigida, no sólo por los Estados del Centro de Europa, y algunos del Asia, sino por Venezuela, Paraguay, Nicaragua, Guatemala, Brasil y Perú.

La indicación de que el documento es una cambial llama la atención de los interesados sobre la obligación que suscriben, lleva implícita la afirmación de que es transmisible por endoso, como si estuviere extendido a la orden, evita las dudas que por razón de su estructura pudieran surgir y es el contrapeso formal que la técnica jurídica impone a los negocios abstractos.

Dentro del capítulo primero encontramos una modalidad que parecerá extraña a quien sólo conozca nuestras prácticas cambiantes: en una letra pagadera a la vista o a cierto plazo vista, se puede estipular que la cantidad produzca interés a partir de la fecha del giro o de otra que se indique. Como se trata de una cláusula potestativa y la costumbre tardará en aclimatarse en nuestro país, no hay inconveniente en llevar la autorización al Código de comercio. No hemos de ocultar que personas doctas y de grandes conocimientos en esta esfera jurídica se han pronunciado contra este tipo de cambial por creerlo «contrario al concepto de lo que es una letra de cambio y a las condiciones que debe reunir como instrumento de crédito» y por reputarlo verdadero préstamo con interés por un tiempo más o menos determinado.

En uno de los primeros proyectos de Ley uniforme se terminaba el capítulo que venimos examinando con la admisión de letras en que el librador insertase la cláusula de *retour sans frais*. Ahora ha pasado el precepto al artículo 46, que permite al librador, endosante o avalista dispensar al portador mediante la cláusula «devolución sin gastos», «sin protesto» o cualquier otra equivalente, de levantar el protesto por falta de aceptación o de pago para ejercer sus acciones. Una costumbre que podemos llamar general había abierto la puerta a esta clase de efectos, desvirtuando el principio absoluto de que sólo el protesto puede conservar los derechos que corresponden al tenedor contra los girantes o intervinientes. Al darles carta de naturaleza el último proyecto español de Código mercantil, lo equiparó, con gran sorpresa de los elementos bancarios, a *las letras perjudicadas*. En atención a lo generalizado de la costumbre, a la dificultad de protestar letras en los pueblos de escasa importancia, a los gastos desproporcionados que el traslado de los Notarios lleva aparejados y a las peticiones del Consejo Superior Bancario, nos parece aceptable la reforma.

El segundo capítulo del título que examinamos desenvuelve los efectos transmisivos y obligacionales del endoso, en términos que provocarán la completa derogación de los artículos al mismo dedicados en nuestro Código y de reglas sancionadas por las prácticas comerciales.

Dejemos a un lado el problema de si se necesita o no la tradición del documento para provocar su transferencia efectiva (de

suerte que la letra hallada o sustraída ha de tener trato distinto (que la entregada) y la cuestión del lugar donde el endoso ha de colocarse, que el artículo 13 resuelve indirectamente, contra el sentido etimológico, exigiendo tan sólo que se estampe al dorso cuando consista simplemente en la firma del endosante.

De los cinco requisitos que, según el artículo 462 del Código de comercio, ha de contener el endoso, únicamente el indicado (la firma del endosante puesta al dorso) es esencial. Quedarán, en su virtud, derogado el artículo 463, que reputa comisión de cobranza el endoso sin fecha, e inoperante o superfluo el 464, que se refiere a las antedatas, sobre todo si se atiende a que, según el artículo 20 del Convenio, se presume que el endoso sin fecha ha sido extendido antes de terminar el plazo para efectuar el protesto. En realidad, la modificación es más aparente que real, desde el momento en que la jurisprudencia de este Supremo Tribunal ha declarado que el endoso en blanco (artículo 465 del Código de comercio) únicamente necesita la firma del endosante.

También pierde su vigencia el artículo 466, a cuyo tenor no podrán endosarse las letras no expedidas a la orden ni las vencidas o perjudicadas, puesto que todo efecto que lleve la denominación *letra de cambio* será transmisible por endoso anterior o posterior al vencimiento, con los efectos previstos en el artículo 20 ya citado. Solamente cuando el librador ha insertado en la letra las palabras «no a la orden» o una expresión equivalente, será transmisible en la forma y con los efectos de una cesión ordinaria.

El endoso, que debe ser puro, simple, incondicionado y total, puede extenderse en la letra o en hoja añadida a favor de cualquier persona, aunque sea el librado, al portador o en blanco.

Se admite la prohibición de nuevos endosos, la cláusula de «sin gastos», la mención «valor al cobro», «para el cobro» o «por poder», y lo que para nosotros es más interesante, la indicación de «valor en garantía» o «valor en prenda».

Entrar en el estudio de las variaciones legislativas implícitas en cada una de esas palabras resultaría tarea menos difícil de lo que se cree, porque bastaría traducir los comentaristas alemanes, que, al desenvolver los artículos 9.º y siguientes de la ley cambiaria vigente de 1.º de Octubre de 1908, nos dan el planteamiento y solución de la mayor parte de los problemas.

Presentan cierta novedad los artículos 16 (acciones del portador de una letra sustraída o extraviada), 17, 18 y 19 (excepciones que pueden oponerse al portador), cuyo comentario nos llevaría demasiado lejos. Aprovecharemos su contenido para hacer una observación de carácter procesal. Suelen dividirse las excepciones de que se puede servir un deudor cambiario en objetivas o absolutas (*in rem*) y personales o relativas (*in personam*). Unas y otras se subdividen, hasta alcanzar cifras aterradoras, y deben medirse con cuentagotas, si se nos permite la frase, al reglamentar el procedimiento ejecutivo. En la legislación alemana el actor tiene la opción entre el procedimiento ordinario y el específico de cambio, regulado por los artículos 602 y siguientes de la Z. P. O. Comprendido este juicio en el quinto libro, por ser un caso del llamado proceso documental, se distingue de éste, con el que tiene de común el precepto de que la prueba ha de fundarse sobre documentos y la no pertinencia de la reconvencción, en las siguientes particularidades: el plazo de personación es más corto, las responsabilidades accesorias no necesitan ser acreditadas con todo rigor, la presentación del giro puede ser probada por medio de juramento deferido y, si los demandados son varios, se deja a elección del demandante el ejercitar la acción en el lugar del pago o en el domicilio de uno de aquéllos.

Al transportar muchas de las normas cambiarias alemanas a nuestro sistema, sin modificar la ley Procesal, se ahondaría la distancia existente entre el derecho material o sustantivo y el formal o adjetivo, en términos que desde ahora debemos denunciar. Supongamos que se conserva el texto del artículo 523 del Código de comercio, a cuyo tenor «contra la acción ejecutiva por letras de cambio no se admitirán más excepciones que las consignadas en la ley de Enjuiciamiento civil». ¿Subsistirán, únicamente, las de falsedad, pago, compensación, prescripción y quita o espera, traídas del Código de 1829, reservando cualquier otro para el juicio ordinario? ¿Ampliaremos el marco de los artículos 1.466 y 1.467 para introducir a su sombra hasta las mismas acciones de enriquecimiento que algunos autores alemanes estiman cambiarias, por apoyarse en la letra? Por otra parte, el artículo 1.469 admite todos los medios de prueba regulados en la sección quinta del juicio or-

dinario de mayor cuantía y con ello nos aleja del modelo germánico, que es documental.

A pesar de las diferencias de redacción existentes entre los artículos 21 y 29 del proyecto y 469 y siguientes de nuestro Código mercantil, puede decirse que las líneas generales son las mismas: la aceptación es un acto formal que debe expresarse con la palabra «aceptado», u otra equivalente, según el proyecto, o por medio de las palabras «acepto» o «aceptamos», según el Código; no es obligatoria la presentación más que cuando se trate de letras giradas a un plazo contado desde la vista, en ambos textos, o cuando se trate de una pagadera en el domicilio de un tercero o en una localidad distinta, añade el proyecto. Y en este último se observa una mayor libertad, a través del articulado, en todo lo relativo a la posibilidad de estipular la presentación, con o sin plazo; de abbreviar el legal, de aceptar parcialmente, y aun en materias más delicadas, como el tachado de la aceptación, antes de restituir la letra.

Resulta demasiado largo el plazo de un año, a contar desde la fecha, concedido para presentar las letras a la aceptación, sobre todo si se le compara con el de tres meses, en que deben ser presentadas las giradas entre la Península y Canarias y se tiene en cuenta la rapidez de los transportes; pero como no se incluye en el Anejo II ninguna reserva de que se pueda hacer uso para forzar la presentación de los giros nacionales habrá que soportar el inconveniente, si se quieren aprovechar las ventajas del Convenio.

El único importante que para la admisión de los tres artículos relativos al aval presentaría la exigencia de que éste se efectúe o formalice en la letra de cambio o en un añadido (*allonge*) queda atenuado por el artículo 4.º del Anejo II, que faculta a las Altas Partes contratantes para admitir en su territorio el aval por acto separado. Si se entiende que en España debemos conservar esta modalidad, basta con hacer la reserva correspondiente.

En el artículo 33 del proyecto se suprimen los vencimientos a uno o más usos y a una feria (números 4.º y 6.º del artículo 451 del Código de comercio), cuyo mantenimiento respondía más a tradiciones casi olvidadas que a necesidades o prácticas mercantiles. Las demás variaciones expresas o implícitas en el capítulo V, dedicado al vencimiento, no tienen gran importancia.

En cambio la tienen, indiscutiblemente, el artículo 38, que autoriza el pago de una letra girada a día fijo o a cierto plazo, bien el día de su vencimiento o bien dentro de los dos días hábiles que le sigan. El choque de este precepto con las disposiciones del artículo 455 del Código de comercio, a cuyo tenor todas las letras deberán satisfacerse el día de su vencimiento, antes de la puesta del sol, sin término de gracia o cortesía, con la adición de que si fuera festivo debe pagarse el precedente, apenas si aparece dulcificado por el artículo 5.º del Anejo II, que reconoce a las Altas Partes contratantes la facultad de completar el artículo citado, en el sentido de obligar al portador a presentar los efectos el mismo día del vencimiento, porque la inobservancia de esta obligación no podrá dar lugar más que a daños y perjuicios, y las otras Altas Partes tienen la facultad de determinar las condiciones con que reconocerán dicha obligación. Caso de ratificación o adhesión, conviene, por lo que valga, utilizar esta reserva.

Conforme al segundo párrafo del artículo 39 el portador no puede rechazar un pago parcial, y, en su consecuencia, se establecerá una doctrina contraria a la recogida por el artículo 494 del Código de comercio, que no impone al portador la obligación de recibir una parte y no el todo de la letra. Como el giro puede ser protestado por el resto, no se perjudica a ninguno de los interesados con el cambio de reglamentación.

Desenvuelve el artículo 41 el pago de una letra cuyo importe se ha indicado en moneda que no tiene curso en el lugar donde deba pagarse con mucho mayor detalle que el artículo 489 del Código de comercio y sin separarse mucho de sus líneas. La dificultad de fijar el valor de las divisas extranjeras en cualquier pueblo de España, el día de su vencimiento, se atenúa un poco con el plazo de cortesía introducido por el artículo 38, y las prohibiciones decretadas para evitar el agio o la depreciación de nuestra moneda quedarán, en parte, vigentes si se utiliza la reserva consignada en el artículo 7.º del Anejo II.

Al repasar los artículos 43 y siguiente, que regulan las acciones en caso de falta de aceptación o de falta de pago, encontraremos, entre las líneas de un sistema cambiario que marchan paralelamente a las nuestras, detalles que rompen con la tradición española. Tales son: los plazos para formalizar el protesto, que se

fijan de conformidad con la doble presentación de las letras a la aceptación y con los términos dentro de los cuales puede hacerse el pago; la dispensa de la presentación al pago y del protesto correspondiente cuando ya se haya formalizado el protesto por falta de aceptación; los efectos concedidos a la declaración de quiebra, en orden a la conservación de acciones; el plazo, agobiante para los grandes Bancos, de cuatro días hábiles concedido al librador para dar aviso de la falta de aceptación o de pago a su endosante y al librador, así como el de dos días en que debe hacerlo el endosante; la aludida dispensa del protesto en las letras «sin gastos», la fijación del importe por principal, intereses, protesto, avisos y demás gastos que el portador o quien ha reembolsado la letra puede exigir; el tachado de endosos posteriores y del suyo propio por el endosante que satisface; la letra de resaca sin comisión, y, por último, la prolongación de plazos por obstáculos insuperables.

Respecto del penúltimo punto creemos que procede utilizar la reserva del artículo 14 (Anejo II) para conservar la comisión en la cuantía que se estime justa.

En el capítulo VIII se agrupan no solamente, como su epígrafe indica, las reglas de la intervención, sino también el régimen de la letra en que hay *indicaciones*. Preceptúa el primer párrafo del artículo 55 que el librador, un endosante o un avalista pueden indicar *una persona* que acepte o pague, caso necesario, y acaso cupiera objetar que los firmantes, en cualquier concepto, pueden indicar *varias personas* para que acepten o paguen, sin que por ello pierda el efecto; pero el sistema seguido en la Ley uniforme y la conveniencia de simplificar el protesto aconsejan aquella solución.

El portador puede negarse a la aceptación por intervención, si no se halla indicada la persona en la letra de cambio (artículo 56 *in fine*), y si la admite pierde las acciones que antes del vencimiento le pertenecen contra aquel por quien se ha dado y contra los signatarios subsiguientes. Tales disposiciones contradicen al artículo 513 de nuestro Código, a cuyo tenor la intervención en la aceptación no privará al portador del derecho a exigir del librador o de los endosantes el afianzamiento de las resultas.

En general, la intervención en la aceptación y pago se halla

tratada con claridad y precisión y puede ser aceptada sin vacilación.

Lo mismo decimos del capítulo IX, relativo a la pluralidad de ejemplares y copias, aunque en él se adviertan algunas novedades, sobre todo en la manera de formalizar el protesto (artículos 66 y 68). Por cierto que en la traducción del primero se emplean las palabras «demostrar por un protesto» como equivalente de *avoir fait constater par un protêt* o de *he has had a protest drawn*, y en la traducción del artículo 68, si bien se dice con mayor exactitud «haberlo hecho constar por un protesto», sobra el pronombre *lo* y debe corregirse el galicismo «o toda otra fórmula equivalente» (*ou toute autre formule équivalente*).

Un solo artículo contiene el capítulo X, que trata de las alteraciones, para disponer que los firmantes posteriores a la introducida en una letra responden en los términos del texto ya modificado y los anteriores están obligados conforme al primitivo texto. No comprende este precepto las falsificaciones propiamente dichas, sino las modificaciones de la cambial por medio de correcciones, raspados, adiciones, apostillas, tachados, etc., que no impidan reconstituir los datos esenciales. De las firmas falsas o de personas imaginarias, así como de las firmas de personas incapaces o que por cualquier razón no podrían obligar a los firmantes, habla el artículo 7.º, que reconoce la validez de las obligaciones de los demás firmantes. Responden estos preceptos, como el artículo 16, que sólo exige una serie no interrumpida de endosos, al deseo de favorecer a los terceros que de buena fe hayan adquirido o negociado la cambial y pueden ser incorporados al derecho español sin escrúpulo ni reserva.

A la prescripción aparece dedicado el capítulo XI, en donde el artículo 70 fija tres plazos: a) el de tres años para las acciones contra el aceptante, contados desde el vencimiento, que coincide con el general establecido en el artículo 950 de nuestro Código; b) el de un año para las acciones del portador contra los endosantes y el librador, a contar desde la fecha del protesto o de la del vencimiento, si hay cláusula de devolución sin gastos, y c) el de seis meses para las acciones de los endosantes entre sí y contra el librador, con la particularidad de contarlos desde el día en que el endosante ha reembolsado la letra o desde el día en que se ha

ejercitado una acción contra él. El sistema tiende a colocar en primer plano y con plena responsabilidad al aceptante, desgravando a los intermediarios en lo posible. A fin de que no chocara violentamente con las prácticas comerciales españolas, debe utilizarse la facultad concedida por el artículo 15 del Anejo II en orden a la subsistencia de las acciones contra el librador que no ha hecho provisión, o contra el librado o endosante que se haya enriquecido injustamente, así como contra el aceptante que ha recibido provisión o se ha enriquecido.

Según el artículo 71, la interrupción de la prescripción sólo produce efectos contra aquel respecto del cual se ha realizado el acto que la interrumpe, y este precepto, aunque roce un poco los artículos del Código civil que por la vía del 943 del Código de comercio pudieran aducirse al resolver el problema, no contradice ninguna disposición fundamental de nuestro Derecho cambiario.

Hemos de advertir que las causas de interrupción o suspensión de la prescripción de las acciones cambiarias son, según el artículo 17, Anejo II, de la incumbencia de la legislación de cada una de las Altas Partes contratantes, con reserva a favor de las otras de la facultad de determinar las condiciones a que subordinarán (sobra la palabra *se* en el texto de la *Gaceta*) el reconocimiento de tales causas; y lo mismo sucede respecto del efecto de una acción como medio de hacer correr el plazo de prescripción de seis meses cuando un endosante procede judicialmente contra otro o contra el librador. Conviene, pues, hacer uso de estas facultades, teniendo en cuenta: primero, que el mecanismo de la *suspensión* es casi desconocido en nuestra patria, y segundo, que de no establecer expresamente, como uno de los efectos de la acción ejercitada, la interrupción del plazo de prescripción contra otro endosante, el Banco español condenado por nuestros Tribunales a pagar una letra, no podría recurrir contra su garante una vez transcurridos los seis meses.

Como disposiciones generales contiene el capítulo XII las siguientes:

Artículo 72. El pago de una letra vencida en día feriado no puede exigirse sino en el primer día hábil siguiente. Va contra lo dispuesto en los artículos 455 y 488 del Código mercantil, pero necesario es confesar que sería muy bien recibida la modificación por

el comercio español. Relacionado con estos particulares el artículo 18 del Anejo II, debe reservarse el Gobierno de la República la facultad de prescribir que ciertos días laborables sean asimilados a los feriados legales, en lo que se refiere a los actos relativos a la letra de cambio; mejor dicho, a la presentación, pago y protesto de cambiales.

Artículo 73. En los plazos legales o convencionales no se comprende el día que les sirve de punto de partida. Coincide con los números segundo y tercero del artículo 452 del Código mercantil y con el artículo 303 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Artículo 74. No se admite día alguno de gracia ni legal ni judicial. Ya se ha indicado que nuestro Código es en tal extremo mucho más rígido que la Ley uniforme.

Regula el Título II de la misma toda la materia del pagaré a la orden y guarda un riguroso paralelismo con el articulado que acabamos de examinar. Por lo que a nuestra legislación toca, los puntos de contacto son más notables, porque el artículo 75 de la Ley y el 351 del Código de comercio tienen igual contenido y hasta el nombre específico del pagaré es requisito exigido en España hace mucho tiempo.

El artículo 77 desenvuelve los principios generales de los artículos 532 y 533 del Código de comercio. Sin embargo, el párrafo segundo del 532 reputa simple promesa de pago los pagarés no expedidos a la orden, y el número quinto del citado artículo 75 se contenta con el nombre de la persona a quien debe hacerse el pago.

Para nuestra técnica, la aceptación es privativa de las letras de cambio, y según el artículo 78 de la Ley uniforme, el que firma un pagaré queda obligado como si fuera aceptante. Todavía se aproximan más los dos conceptos al establecer el segundo párrafo del mismo texto que los pagarés pagaderos a cierto plazo vista deben ser presentados al *visado*, y al ordenar que se acredite la negativa del firmante a dar su visado, por medio de un protesto.

En realidad las diferencias se desvanecen por el carácter formal y abstracto de ambos documentos.

Sólo nos queda por examinar el Convenio destinado a reglamentar ciertos conflictos de leyes en materia de letras de cambio y pagarés, y el relativo al timbre.

Enfoca aquél la capacidad, que declara sometida a la Ley nacional; la forma, que sujeta a la ley del país en donde los compromisos hayan sido suscritos; las obligaciones del aceptante de la letra o firmante del pagaré, que deja a la ley del lugar de pago; los plazos para el ejercicio de los recursos, que coloca bajo la ley del sitio en que se haya creado el título, de igual modo que la adquisición por el portador del crédito que ha dado lugar a la emisión; la cuestión de la aceptación y pago parcial, que somete a la ley del país donde deba pagarse; la forma y plazos del protesto y demás actos necesarios o conservativos, que se regirán por las leyes del lugar en que deban efectuarse y las medidas que se deben tomar en caso de pérdida o de robo, que se atribuyen a la ley del país en que la letra o pagaré son pagaderos. Aunque no se llegara a la unificación de estos títulos, sería de mucha utilidad la adopción de las citadas reglas de Derecho internacional.

Por exigencias del régimen fiscal, la letra de cambio queda reducida en España a la categoría de pagaré civil en cuanto se emplea papel común o timbre deficiente. En otros países se permite el ejercicio de las acciones cambiarias, previo el pago de los derechos correspondientes y de las multas que son variadísimas, llegando a múltiplos exagerados de la cantidad que se supone defraudada.

El artículo 1.º de la Convención relativa al Derecho del Timbre establece el compromiso de modificar las leyes sobre la materia, de tal suerte que la validez de las obligaciones consignadas en las letras o pagarés o el ejercicio de las acciones de ellas derivadas no quedan subordinadas a la observación de las disposiciones sobre Timbre del Estado. Únicamente se podrá suspender el ejercicio de las acciones hasta el pago de los derechos fijados y de las multas en que se haya incurrido. Como también pueden los Estados ordenar que los efectos ejecutivos queden subordinados a la condición de que el timbre de expedición del título se hubiese satisfecho, no vacilamos en aconsejar la ratificación de este último Convenio, si en el Ministerio de Hacienda entienden que los intereses del Fisco quedan suficientemente tutelados y que procede modificar en la ley del Timbre vigente los artículos 142 (papel en que deben extenderse las letras), 144 (prohibición de negociarlas, aceptarlas o satisfacerlas, si no se hallan en el exigido), 146 (documen-

tos de giro librados en el extranjero que hayan de presentarse para su cobro en España), 147 (relativo a los que hayan de pagarse fuera), 148 (timbre de las segundas, terceras y demás), 149 (timbre del aval separado, si queda reservada esta figura), 150 (obligación de devolver los efectos no timbrados en la forma y cuantía determinadas), 151 (que niega la eficacia ejecutiva a los mismos) y 152 (que prohíbe guardarlos en Caja).

Resumiendo lo expuesto, y en atención a que Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Italia, Japón, Países Bajos, Noruega, Grecia y Suiza han ratificado los tres Convenios publicados, nos atrevemos a proponer que España siga el mismo camino, con las reservas que apuntadas quedan.

Es cuanto la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, en cumplimiento de su deber y en grata correspondencia con la atenta invitación que V. E. le ha dirigido, cree oportuno informar.—Madrid, 4 de Marzo de 1933.

ANA E L E R S

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

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

Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

VENTA POR PERSONA VIUDA, DE FINCA QUE ADQUIRIÓ EN ESTADO DE CASADA POR TÍTULO DE HERENCIA. NO PROCEDE SUSPENDER SU INSCRIPCIÓN SEGÚN LO DECLARA LA DIRECCIÓN EN REPETIDAS RESOLUCIONES, PORQUE LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL NO MODIFICA LA CAPACIDAD DE CADA UNO DE LOS CÓNYUGES EN ORDEN A LA DISPOSICIÓN DE BIENES QUE COMO EL QUE NOS OCUPA NO ENTRARON NUNCA A FORMAR PARTE DEL CAPITAL DE AQUÉLLA, NI AUN TOMANDO COMO PRETEXTO EL AUMENTO DE VALOR QUE HAYAN PODIDO TENER TALES BIENES, SI NO SE JUSTIFICA LA EXISTENCIA DE EXPENSAS ÚTILES OBTENIDAS CON FONDOS DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, NI LA ASERCIÓN, SIN PRUEBAS, DE QUE UNA DEUDA CUYO PAGO ASEGURA LA HIPOTECA QUE GRAVA LA FINCA VENDIDA LO SEA DE LA SOCIEDAD MENCIONADA.

Resolución de 30 de Mayo de 1933. (Gaceta de 6 de Julio.)

El Notario de Ciudad Rodrigo, D. José Esteban Rodríguez, autorizó escritura por la que una persona vende a otra, que acepta, unas partes pro indiviso de una finca, con una hipoteca que la grava.

El Registrador de la Propiedad del mismo sitio suspendió la inscripción por el defecto «de que el vendedor se encuentra viudo y en el acto de la adquisición se hallaba casado, sin que aparezca liquidada la sociedad conyugal, tomando anotación preventiva a favor del comprador, al folio», etc.

Interpuesto recurso, el Presidente de la Audiencia declara ins-

cribible la escritura, y la Dirección general confirma el auto apelado, declarando de oficio las costas que el Notario había solicitado se impusieran, con los siguientes considerandos, y la cita de las Resoluciones de 24 de Abril de 1885, 4 de Enero de 1893, 5 de Mayo de 1908, 4 de Noviembre de 1914 y 15 de Febrero de 1915:

Como esta Dirección tiene declarado en las Resoluciones citadas, tratándose de bienes adquiridos por algunos de los cónyuges durante el matrimonio a título gratuito, la disolución de la sociedad conyugal no modifica la capacidad del adquirente para disponer libremente de ellos, ni implica la necesidad de que se le adjudiquen, previa liquidación de tal sociedad; doctrina de todo punto pertinente al caso actual por referirse a un acto de enajenación por el viudo de finca por él heredada de su madre durante el matrimonio.

Otra cosa equivaldría a estimar gravados los bienes patrimoniales del marido con la hipoteca tácita y general que suprimió ya la ley Hipotecaria de 1861, porque el legislador no ha de ser, como decía la Comisión redactora, más solícito en amparar derechos particulares que los mismos individuos a quienes privadamente interesan, si no se cuidan de afianzarlos exigiendo la hipoteca especial establecida a su favor.

Congruente con esta doctrina, el artículo 1.428 del Código no habla más que de la venta de los bienes de la sociedad de gananciales—para impedirla, claro es, durante su liquidación—, porque ésta es la sociedad que se liquida, y los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges no entraron nunca a formar parte de ella.

Ni siquiera puede ser obstáculo para la libre disposición, conforme a la doctrina de este Centro, el hecho de que los bienes privativos del viudo hubieren aumentado de valor, si no consta o no se justifica que se hicieron expensas útiles en ellos durante el matrimonio, y que tales expensas fueron hechas por la sociedad conyugal.

Que por el mismo fundamento tampoco puede impedir la enajenación el aserto, no probado, de que la deuda cuyo pago asegura la hipoteca que grava la finca vendida lo sea de la sociedad conyugal, ni reputarse, por tanto, acto de partición o liquidación de adjudicación que el Registrador supone hecha al comprador

para el pago del crédito hipotecario, ya que ello, si podría ser discutido en la posición de acreedor, nunca se puede dar en la de deudor en un acto de transmisión de dominio de la finca, en que la hipoteca sólo juega como garantía de naturaleza real, fuera de la órbita del título traslativo que es objeto de la inscripción.

Aparte todo esto, el derecho que el artículo 1.369 del Código concede a la viuda o a sus herederos para exigir del marido o sus derechohabientes la restitución de los bienes de la dote, se puede traducir en una anotación preventiva de los inmuebles que hubieran de responder de la misma; y el artículo 1.059 reserva a los herederos, al no entenderse sobre el modo de hacer la partición, el derecho de ejercitarlo en la forma prevenida en la ley de Enjuiciamiento civil, esto es, en juicio ordinario (sentencia de 14 de Febrero de 1912), y más especialmente en el de testamentaria o abintestato, cuyo objeto es precisamente en ambos realizar dichas operaciones particionales.

La misma excepcionalidad de la medida preconizada en el artículo 135 del Reglamento hipotecario sobre pago de gastos y costas por los Notarios y Registradores en la tramitación de los recursos gubernativos, que el artículo precedente declara de oficio al ser promovidos por los Notarios autorizantes, exigía su condicionamiento, según lo hace aquel mismo artículo, a casos de verdadera evidencia en la falta de personalidad del recurrente, o de inexcusable ignorancia en la actuación del calificante, que, dadas las encontradas opiniones de los autores sobre el punto debatido en este recurso, no concurren en la del Registrador de Ciudad Rodrigo.

Se repite en esta Resolución la doctrina tantas veces expuesta por la Dirección, según la cual debe distinguirse entre los bienes privativos de cada cónyuge y los gananciales, quedando éstos limitados en cuanto a su libre disposición al resultado de la liquidación de la sociedad conyugal, y pudiendo disponer libremente de los primeros el cónyuge viudo a cuyo exclusivo nombre se hallen inscritos, sin necesidad de que se le vuelvan a adjudicar, ni de que, de hacerse, sea necesario inscribir esta nueva adjudicación.

Morell, reconociendo la lógica de esta doctrina, la halla, sin embargo, muy peligrosa, sobre todo en lo que al viudo se refiere,

ya que respondiendo el capital del marido de diversas atenciones, puede, como resultado de la liquidación, no quedarle ninguno propio, con lo cual aquellos de que haya dispuesto han sido burlados a los herederos de la esposa o a los derechos de acreedores y terceros.

También hemos oído exponer la duda sobre si ha de entenderse incluidas en dicha libre facultad dispositiva las fincas inscritas durante matrimonio a nombre de uno de los cónyuges en virtud de información posesoria en la que se haya alegado título lucrativo, modo, a nuestro entender, muy apropiado de hacer donaciones entre cónyuges con los consiguientes perjuicios. Sobre este extremo las opiniones son completamente dispares y las prácticas diametralmente opuestas, y convenia, a nuestro juicio, que acerca de él se pronunciara alguna de nuestras autoridades hipotecarias.

HIPOTECA. PROCEDIMIENTO EXTRAJUDICIAL PARA HACERLA EFECTIVA.

UNA VEZ PACTADO EN LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN QUE SE PODRÁ UTILIZAR EL DEL ARTÍCULO 1.872 DEL CÓDIGO CIVIL Y 201 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO, NO ES POSIBLE INTERPRETAR ESTE ÚLTIMO APARTÁNDOSE DE SU SENTIDO. ASÍ, NI PUEDE PRESCINDIRSE DE LOS ANUNCIOS ACOSTUMBRADOS EN LA LOCALIDAD Y EN EL «BOLETÍN OFICIAL» CON LA ANTELACIÓN DEBIDA (REGLA 2.^a), NI DE CUMPLIR, AL OTORGAR EL DOCUMENTO DE ADJUDICACIÓN DE LAS FINCAS, LA EXIGENCIA DEL CONSENTIMIENTO DEL MANDATARIO QUE HA DEBIDO NOMBRARSE EN LA ESCRITURA DE CONSTITUCIÓN DE DICHO CONTRATO PARA REALIZAR LA VENTA (REGLA 5.^a), FALTA QUE NO PUEDE SUPRIRSE CON LA INTERVENCIÓN DEL ACREEDOR QUE NO SE HALLE AUTORIZADO.

Resolución de 14 de Junio de 1933. (Gaceta de 18 de Julio.)

Ante el Notario de Valladolid D. Rafael Serrano y Serrano se autorizó escritura de préstamo hipotecario, pactándose que la falta de pago de dos semestres de intereses, y en otros casos, daría lugar a la reclamación consiguiente, utilizándose el procedimiento ejecutivo judicial o el extrajudicial del artículo 1.872 del Código civil y 201 del Reglamento hipotecario. Seguido este último, se ce-

lebró la primera subasta el 30 de Marzo de 1931, previa la publicación en 27 de dicho mes de anuncios en el *Boletín Oficial* de Palencia y en dos periódicos de dicha ciudad los días 23, 24, 27 y 28 del mismo mes, adjudicándose al mejor postor, y previa citación al deudor, se otorgó la correspondiente escritura de adjudicación, compareciendo en nombre de aquél, ausente, el acreedor.

El Registrador de la Propiedad de Carrión de los Condes no admitió la inscripción de esta última escritura por los siguientes defectos :

«1.º No constar haya sido anunciada debidamente la subasta en los sitios de costumbre de la localidad donde radican las fincas, de conformidad con lo establecido en la regla segunda del artículo 201 del Reglamento hipotecario y Resolución de la Dirección de los Registros de 9 de Agosto de 1916, entre otras, máxime dado el cortísimo espacio de tiempo mediado entre los anuncios efectuados en el *Boletín* y periódicos de Palencia (únicos que se justifican) y la celebración de la subasta, plazo que se estima asimismo inadecuado por analogía con lo dispuesto en los artículos 1.488 y 1.489 de la ley de Enjuiciamiento civil. 2.º Carecer de capacidad el acreedor, don J. G. M., para efectuar la venta o adjudicación a favor del rematante, en nombre o como mandatario del deudor, ya que resulta del Registro que ni a dicho señor ni a ningún otro se designó en la misma como mandatario para ejecutar dichos actos, como era indispensable, una vez pactado el procedimiento del artículo 201 del Reglamento hipotecario, a tenor de la regla 5.ª del mismo y Resolución de 10 de Octubre de 1928. Y estimando insubsanable el segundo defecto, no puede tomarse tampoco anotación preventiva.»

En el recurso interpuesto por el Notario, el Presidente de la Audiencia rechazó la calificación del Registrador de la Propiedad, y la Dirección general confirma la nota de aquél, como sigue :

Aun siendo indudable el carácter permisivo del artículo 201 del Reglamento hipotecario, estando sus disposiciones consignadas «ad exemplum», ello no quiere decir, aparte su valor interpretativo, que una vez que en la escritura de constitución de la hipoteca se hizo constar que el acreedor podría reclamar el capital prestado y los intereses utilizando el procedimiento extrajudicial del artículo 1.872 del Código civil y 201 citado, se pueda, sin contradecir el

contenido del contrato, interpretar sus cláusulas en el sentido de apartarse del mismo.

La publicidad supone que el acto ha de celebrarse con la preparación necesaria para tutelar principalmente los intereses del deudor, por lo cual, aun reconociendo que la que se hace en la Prensa tiene la mayor virtualidad, no puede desconocerse la necesidad de hacerlo con la antelación necesaria en el *Boletín Oficial* y en los sitios acostumbrados de la localidad, conforme a la regla segunda del artículo reglamentario expresado.

Frete a la corriente germánica reflejada en el Fuero Juzgo y en el Fuero Real y encarnada en el artículo 133 de la ley Hipotecaria primitiva, según el cual al vencimiento del plazo para el pago de la deuda el acreedor podría pedir que se despachase mandamiento judicial contra todos los bienes hipotecados, fué introduciéndose en nuestro Derecho el procedimiento extrajudicial, con raíces en el Derecho romano clásico, que, al conceder derecho al acreedor para que pudiese vender la prenda si el deudor no cumplía la obligación, pasó a nuestra ley de Partidas y, últimamente, al artículo 1.872 del Código civil, desenvuelto por la Jurisprudencia y por el artículo 201 del Reglamento hipotecario.

Sin dejar de reconocer que tal facultad era más una atribución emanada del mismo derecho real pignoraticio que una consecuencia de un mandato expreso o tácito otorgado al acreedor, por la misma razón del pacto no contradicho no puede prescindirse de la regla quinta del repetido artículo 201, que exige el consentimiento del mandatario que se haya nombrado para realizar la venta en la escritura de constitución de hipoteca, supliéndolo con la comparecencia del acreedor sin autorización para ello.

El artículo 201, que se cita, ya determina que sus reglas serán de aplicación, sin perjuicio de lo que las partes hayan podido pactar en la escritura. Sus disposiciones no son de carácter coactivo, sino permisivas, y al separarse de su contenido no se incurre en presunción de ilicitud si el procedimiento que se siga es ajustado a Ley y respeta a los terceros; pero si en la escritura se establece que el acreedor podrá reclamar capital e intereses, actuando contra lo hipotecado por el procedimiento extrajudicial del artículo que nos ocupa, es indispensable, para que la estipulación sea comple-

ta y no sujeta a discusiones, que se cite en la escritura el nombre de la persona encargada de vender.

Esta es la doctrina de la Resolución de 10 de Octubre de 1928 (página 944, número 48 de esta REVISTA), que se da como vista en la que precede, coincidente en un todo con esta última en cuanto al segundo defecto de la nota calificadora.

La resolución que también se cita del 1 (debe ser del 11) de Julio de 1930 (pág. 956, número 72 de esta REVISTA) tan sólo se limita a no estimar ilícito el apartamiento de lo establecido en el artículo 201 citado para acercarse al procedimiento del 1.872, siempre que en el que se siga se respete la legalidad, y a los acreedores y terceros; pero no contiene las rotundas afirmaciones de la que más arriba queda extractada.

INSCRIPCIÓN DE EXCESO DE CABIDA DE FINCA. PROCEDE INSCRIBIR EL EXCESO NO INSCRITO DE CABIDA DE FINCA INSCRITA EN CUANTO AL RESTO Y VENDIDA EN ESCRITURA DE FECHA ANTERIOR A 1.º DE ENERO DE 1932, EN VIRTUD DE LA EXCEPCIÓN QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 20 DE LA LEY HIPOTECARIA, NO SÓLO POR LA SALVAGUARDIA QUE RESPECTO AL DERECHO DE TERCEROS SUPONE LA ESPECIE DE CONDICIÓN RESOLUTORIA QUE EN AQUÉL SE CREA, Y POR NO HALLARSE REGISTRADO EL EXCESO A NOMBRE DE OTRA PERSONA, SINO PORQUE, ADEMÁS, EN ESTE CASO LOS LINDEROS DE LA FINCA SON FIJOS, Y FUÉ VENDIDA SIN SUJECCIÓN A CABIDA, NO SIENDO, POR TANTO, APLICABLE AL CASO, COMO SE CALIFICABA, LA NECESIDAD DE ACUDIR AL MEDIO SUPLETORIO DEL ARTÍCULO 504 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO.

Resolución de 17 de Julio de 1933. (Gaceta de 19 de Julio.)

Ante el Notario de Madrid, D. Luis Sierra Bermejo, como sustituto, y para el protocolo de su compañero D. Eduardo López Palop, se autorizó escritura por la que D. Francisco Patiño y Mesa vendía tres fincas a otras tantas personas, describiéndose la vendida a doña María de los Angeles de Iraola y Sánchez Capuchino, como Caserío en término de Ciempozuelos, de cabida total de 34 hectáreas, 59 áreas y 88 centiáreas, lindando: al

Norte, con carretera de Ciempozuelos y Real Acequia o Canal de Carlos III; Sur, Cañada que limita con la provincia de Toledo; Este, caz de la Medialuna, y Oeste, línea férrea de Madrid, Zaragoza y Alicante. Se hizo constar en las estipulaciones: que el precio era a tanto alzado, sin sujeción a cabida, en evitación de reclamaciones caso de tener más o menos; que el vendedor sólo conservaba en el término expresado un pequeño trozo próximo a las monjas, bastante retirado de las fincas que transmitía; reconocía que si se hubiera omitido alguna o algunas dentro de los linderos o próximo se considerase comprendida en la venta, autorizando a los compradores para todo lo que fuera necesario para titularla o defenderla; y se inscribieron en el Registro de la Propiedad de Getafe, según nota fecha 21 de Marzo de 1932, en la que se hizo constar que la finca adquirida por doña María de los Angeles Iraola había quedado inscrita con la cabida de 21 hectáreas, nueve áreas y 75 centiáreas, suspendiéndose la inscripción del resto, o sean 13 hectáreas, 50 áreas, 13 centiáreas, por falta de previa inscripción.

Por otra nota fecha 5 de Octubre de 1932, habiéndose vuelto a presentar la escritura reseñada, con instancia suscrita por D. Antonio María de Iraola, en nombre de su hija menor, doña María de los Angeles, solicitando la inscripción al amparo del párrafo 3.º del artículo 20 de la ley Hipotecaria de las 13 hectáreas, 50 áreas, 13 centiáreas, no se admitió la misma «por entender que no es aplicable al caso propuesto el artículo 20, en su párrafo 3.º de la ley Hipotecaria, y sí el 504 de su Reglamento; ya que hipotecariamente no existe la superficie que los interesados atribuyen a la finca transmitida».

El Presidente de la Audiencia confirma la nota del Registrador y la Dirección general revoca el auto, con los siguientes fundamentos:

Habiéndose presentado el documento con solicitud de inscripción de un exceso de cabida al amparo del párrafo 3.º del artículo 20 de la ley Hipotecaria, sobre cuyo extremo recayó concretamente la nota recurrida, a ello debe reducirse esta decisión, sin entrar para nada en la cuestión, que luego por el recurrente se plantea, de si debe o no inscribirse tal exceso por su pequeña

importancia en relación con la cabida de la finca antes de la rectificación, en aquel momento o después.

Siendo indiscutible la conveniencia de que el Registro refleje con exactitud la realidad física de los inmuebles, en correspondencia con la realidad jurídica, teniendo en general en nuestro sistema el limitado objeto de hacer públicos los actos y contratos recayentes sobre dichos bienes a los efectos de las relaciones entre terceros, la inscripción se supedita en cierto modo al título y no puede tener aquella flexibilidad que tiene en los países en los cuales las fincas pueden ser en todo momento reconocidas sobre la superficie del suelo.

A la preexistencia de la finca en el patrimonio del transferente, anotada o inscrita a su nombre, como base fundamental del principio de legalidad, se establece la excepción de los documentos anteriores a 1.º de Enero de 1932, los cuales, no existiendo inscripción contradictoria, podrán acogerse a los beneficios concedidos por la Ley, produciendo inscripciones que por envolver una especie de condición resolutoria, no producirán efecto contra tercero hasta después de transcurridos dos años, contados desde la fecha en que fueron hechas.

Aunque la aplicación de esta excepción exija que la finca o el derecho no se hallen registrados a favor de otra persona, lo que ciertamente es de difícil determinación cuando se trata del exceso en una finca inscrita, dándose, sin embargo, en este caso la circunstancia de que los linderos de la finca son fijos y de tal naturaleza que alejan la posibilidad de la existencia de terceros colindantes que pudieran ser perjudicados por la inscripción que se pretende, no debe quedar excluido el mismo de aquella excepción, mucho más si se tiene en cuenta que la finca fué vendida sin sujeción a cabida, cuyo exceso viene constando con reiteración en anteriores títulos.

Es la primera vez, que sepamos, que la Dirección se ha visto precisada a pronunciarse en la discusión de si es o no inscribible al amparo del artículo 20 de la ley Hipotecaria el exceso de cabida de finca. Y es de celebrar que lo haga en los términos expresados, porque con ello desvanece las dudas que alguna vez los Registradores hayan podido abrigar acerca de la validez de

las innumerables inscripciones que han debido extenderse con arreglo a la doctrina expuesta, a la vez que marca una norma para lo sucesivo.

Las dos resoluciones que se citan como vistas (la de 26 de Marzo de 1927 y 28 de Julio de 1932, páginas 625 y 862, respectivamente, números 32 y 95 de esta REVISTA) hacen referencia: la primera, a la posibilidad de inscripción de fincas al amparo del artículo 20 citado, con la restricción de tener que citar a las personas interesadas si se presume por el Registrador que dichas fincas puedan hallarse inscritas como formando parte de otras que lo están en favor de tercero, y la segunda, a la previa inscripción de una porción de finca que ya no existe en la de que se segrega.

CANCELACIÓN DE HIPOTECA. LAS CONSTITUIDAS EN GARANTÍA DEL PAGO DE PENSIONES VITALICIAS DEBERÁN CANCELARSE CON SÓLO JUSTIFICAR EL FALLECIMIENTO DE LOS PENSIONISTAS, TODA VEZ QUE EL CUMPLIMIENTO DE ESTE REQUISITO ES BASTANTE PARA DEMOSTRAR QUE EL DERECHO QUE SE ASEGURÓ HA CADUCADO, MOTIVO LEGAL DE CANCELACIÓN, NO DEBIENDO EXIGIRSE, DÁNDOLE CON ELLO MÁS VALOR QUE AL PRECEPTO LEGAL, EL CONSENTIMIENTO DE LA PERSONA A CUYO FAVOR SE HUBIESE HECHO LA INSCRIPCIÓN. ADemás, Y A MAYOR ABUNDAMIENTO, EN ESTE CASO SE HABÍA PACTADO EN LA ESCRITURA QUE LA CANCELACIÓN PODRÍA HACERSE CON LA SOLA PRESENTACIÓN DEL CERTIFICADO DEL ÓBITO DEL LEGATARIO PENSIONISTA.

Resolución de 30 de Junio de 1933. (Gaceta del 21 de Julio.)

En escritura de operaciones particionales ante el Notario de Sevilla, D. César López Forcada, se constituyeron diversas hipotecas sobre fincas en garantía del pago de pensiones vitalicias creadas por la testadora, en cuya escritura se puso como condición «que las hipotecas que se constitufan se cancelarían y reducirían, según los casos, en el Registro de la Propiedad, con la sola presentación del certificado del óbito del legatario o legataria en cuyo favor se solemnizaba».

Fallecieron algunos de dichos pensionistas, y los compradores de las fincas presentaron en el Registro de la Propiedad del Mediodía, de Sevilla, las escrituras de compra, con las certificaciones de defunción de aquéllos, solicitando se cancelaran las hipotecas a ellos referidas. Puso el Registrador la siguiente nota: «No admitida la cancelación solicitada en la instancia que precede por los siguientes defectos: 1.º Falta de personalidad o derecho de los señores solicitantes para expresar consentimiento para la cancelación por aparecer las inscripciones de la hipoteca a nombre de persona distinta. 2.º Constituida la hipoteca en garantía de una pensión, por su carácter accesorio, no procede cancelarse hasta que conste en el Registro extinguida la pensión. No siendo subsanables, no procede su anotación.»

Revocó el Presidente de la Audiencia la nota del Registrador, y la Dirección general confirma el auto apelado, con los siguientes fundamentos:

Procede la cancelación de una inscripción cuando quede extinguido el derecho por resultar así de la misma escritura inscrita, siendo título bastante para cancelar la misma escritura si resultase de ella, o de otro documento fehaciente, que el derecho asegurado ha caducado o se ha extinguido, preceptos del Reglamento vigente que, teniendo su precedente en el artículo 72 del anterior y en el Real decreto de 20 de Mayo de 1880, han obviado la aparente rigidez de la ley Hipotecaria que al exigir para la cancelación el consentimiento de la persona a cuyo favor se hubiese hecho la inscripción, hacía pensar en la inconsecuencia de que al consentimiento de los interesados se le diera más valor que a los preceptos de la ley misma, hasta el punto de que cuando ésta declaraba fenecidos los derechos, se exigiera también aquel consentimiento.

En la escritura de constitución de las hipotecas en garantía del pago de pensiones objeto de este recurso, se puso la condición de poder cancelarias, con la sola presentación de los certificados de defunción de los pensionistas en el Registro de la Propiedad, requisito o condición ajustado a la doctrina legal expuesta, por tener las mencionadas certificaciones el carácter de «documentos fehacientes».

Extinguido por completo el derecho a percibir las pensiones

por muerte de los pensionistas, al extinguirse la obligación principal desaparece la accesoria o de garantía, que es la hipoteca, y cuando las inscripciones carecen de vida y eficacia en el orden hipotecario, la ley debe facilitar su formal cancelación.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Capital autorizado 100.000.000 de pesetas
Capital desembolsado . . . 51.355.500 —
Reservas 63.026.907,21 —

Domicilio social: Alcalá, 14, Madrid

Sucursal Urbana: Glorieta de Bilbao, 6

400 Sucursales en España y Marruecos

Corresponsales en las principales ciudades del mundo
Ejecución de toda clase de operaciones de Banca y Bolsa

TIPOS DE INTERES

Desde 1.º de Julio de 1933, y a virtud de la norma del Consejo Superior Bancario, de observancia general y obligatoria para toda la Banca operante en España, este Banco no podrá abonar intereses superiores a los siguientes:

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 — —

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

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

155. *Cuenta de crédito con garantía de valores. Depósito de valores ajenos confiscados por causa de guerra. ¿Es posible la confiscación de un crédito situado en territorio neutral? El préstamo, la prenda y el artículo 1.124 del Código civil. Extinguida la obligación principal con la entrega de la cantidad prestada, debe el acreedor devolver la prenda con los frutos e intereses producidos desde este momento.* (Sentencia de 14 de Junio de 1933.)

Un aristócrata concertó con un Banco la apertura de una cuenta de crédito con garantía de valores, que luego fueron depositados en la Sucursal del Banco en París, y, sobrevénida la guerra, y como consecuencia del Tratado de Versalles, el Gobierno francés confiscó los valores constitutivos de la garantía pignoratícia. El depositante demandó al Banco y la Audiencia declaró inaplicables al litigio las medidas de excepción dictadas por el Gobierno francés sobre secuestro de bienes, por tratarse de demandantes españoles y ser Madrid el lugar del cumplimiento de la obligación, desestimando la fuerza mayor alegada por el Banco y condenando a éste a la devolución de los valores o de su valor.

Contra la sentencia recurrieron las dos partes, y el Supremo rechaza el recurso del Banco y admite el de los demandantes en cuanto a un motivo, casando y anulando la sentencia de la Audiencia en méritos de la doctrina siguiente:

El depósito constituido por el Banco en otro Banco de París, de valores propiedad de los demandantes, y que éstos pignorarón sin orden ni mandato de los dueños, fué ilícito, y, por consecuencia de ello, fué posible que el Gobierno francés los confiscase. El Banco impugna el fallo recurrido, porque le declara obligado a devolver los valores entregados en prenda por los actores, en cuanto se funda en que el referido Banco incurrió en responsabilidad por no haber librado tales valores del secuestro del Gobierno francés, en atención a hallarse depositados a nombre del Banco alemán, sin que estime la Sala la excepción alegada por el recurrente de fuerza mayor dimanante de la indicada medida de guerra, agregando que fué lícito el depósito constituido en el Banco francés; pero si, según el mismo recurrente reconoce, la sentencia recurrida desconoce la licitud de ese depósito, y, por otra parte, han sido antes desestimados los motivos del recurso encaminados a combatir la contraria declaración de la ilicitud del mismo, de esta afirmación de la Sala sentenciadora ha de partirse para determinar quién debe sufrir las consecuencias jurídicas de la pérdida por secuestro de la prenda de que se trata, y, a este propósito, ha de tenerse en cuenta que, puestos por los actores en poder del Banco alemán los tan repetidos valores, en concepto de prenda conforme al artículo 1.863 del Código civil y posesos por él en nombre de sus dueños, ya que habían de continuar siéndolo con arreglo a lo que dis-

pone el artículo 1.869, quedó obligado el acreedor prendario, por virtud de lo ordenado en el artículo 1.867, a cuidar de los valores a su custodia confiados, con la diligencia de un buen padre de familia, conservándolos para sus dueños, y como la sentencia afirma que el Banco alemán, por iniciativa suya, y por tanto a su cuenta y riesgo, depositó a su propio nombre, en el Banco francés, dichos valores, apareciendo así como propietario de ellos ante el Banco depositario y para el Estado francés, por virtud de este acto, cuya ilicitud proclama la sentencia impugnada, si por consecuencia de estar situada la prenda en Francia y pertenecer a un natural de nación enemiga pudo el Estado francés acordar durante la guerra el secuestro de aquélla y ocuparla, acertadamente declara la sentencia recurrida que esas determinaciones del mismo respecto de los valores integrantes de la prenda no constituyen, para el Banco alemán, un caso de fuerza mayor que le libre de la obligación de devolverlos, pues indudable es que el secuestro de esos valores no hubiera sido factible de haberse constituido el depósito en debida forma, haciendo constar quién era el verdadero dueño, si es que el Banco no hubiera preferido cancelarlo poniendo a salvo los valores.

De lo expuesto se deduce que los valores se perdieron, no para los prestatarios, sino para el Banco, obligado por el contrato a la guarda de la prenda, y a quien, ocurrido el secuestro, incumbía gestionar del Estado francés la devolución, y tales hechos, extraños a los actores, no constitutivos de un caso de fuerza mayor, y ocurridos en territorio francés, es claro que no podían liberar, en España, al Banco alemán del cumplimiento de obligaciones que contrajo en virtud del contrato de prenda celebrado años antes.

En cuanto al recurso promovido por los demandantes, es preciso hacer constar: que en el suplico de la demanda pidieron, o la devolución de la suma pagada, o, en otro caso, la devolución de los valores, sin que ambas peticiones pudieran ser acogidas simultáneamente, habiendo prevalecido la segunda petición, a la que accedieron, tanto el Juzgado como la Audiencia, sin que en casación puedan pretender una declaración diferente, y, en cuanto a la aplicación de disposiciones extranjeras, que los efectos de las leyes se producen por causa de su pertinente aplicación al negocio jurídico que la exija, y, por consiguiente, la supuesta confiscación del crédito de Banco alemán contra los actores, sólo hubiera podido realizarse por la aplicación, en Francia, de determinada disposición del Tratado de Versalles a ese bien incorporal; pero ni la sentencia recurrida afirma la existencia, en Francia, de tal crédito, ni que fuese secuestrado antes de firmarse el Tratado de Versalles, ni se cita disposición alguna que justifique que su publicación determinase, en Francia, la confiscación del repetido crédito y de que, mediante el acto de fuerza que dicha medida de guerra entraña, pudiera quedar subrogado el Estado francés en el derecho civil que en España asistía al Banco para exigir de los actores la devolución del préstamo que del mismo recibieron; y, por consiguiente, la manifestación de la Sala de que el crédito fué confiscado en Francia carece de firmeza, porque más adelante dice que no pueden ser aplicables las disposiciones francesas al pleito entre el Banco y los actores, porque las relaciones jurídicas entre ellos provienen de un contrato celebrado con arreglo a la legislación española, indicando, con ello, que el Tribunal no consideró situado el crédito en Francia ni pudo en esta nación ser confiscado, aunque quizá por inadvertida asociación de ideas entre el crédito y su garantía se consignase en la sentencia, sin que la confiscación pueda tener efecto sobre un bien incorporal, y no siendo posible que se llegase a producir la subrogación del Estado francés en el repetido derecho de crédito, no ofrece duda que, al pagarlo los actores, no lo hicieron por error, sino porque existía para ellos una causa legítima para el pago, en virtud del contrato de préstamo antes contraído, cobrándolo el Banco justamente.

La operación de crédito con garantía mobiliaria, fundamental de la demanda, está constituida por la celebración de un contrato principal de préstamo de dinero con interés y de otro accesorio de prenda, y, por consiguiente, como del primero nace sólo para el prestatario la obligación de devolver el préstamo, y del segundo surge para el acreedor la de devolver la prenda, indudable es que, aun cuando entre una y otra medie relación, como cada cual dimana de diferente vínculo jurídico, no puede existir entre ellas la reciprocidad a que se refiere el artículo 1.124 del Código civil, pues para ello sería preciso la convivencia de ambas dentro de un contrato bilateral, y si la obligación de pago, por parte de los actores, de la cantidad que recibieron, no puede considerarse recíproca de la prenda, notoria es la improcedencia de aplicar al caso de autos, cual reclaman los recurrentes, lo dispuesto en el artículo 1.124 del Código civil.

El motivo quinto del recurso tacha de incongruente la sentencia recurrida, en cuanto absuelve al demandado de la entrega de los cupones, dividendos y frutos, más los intereses de los mismos; pero aunque no exista la supuesta incongruencia, al no estimar dicha solicitud por lo que se refiere a los frutos y accesorios producidos a partir de la devolución del capital, infringe el artículo 1.770 del Código civil, porque, al extinguirse la obligación principal con la entrega de la cantidad prestada y sus intereses, nació para el Banco la de devolver la prenda que en su poder se hallaba depositada en el estado que tenía cuando se liquidó el préstamo, y como desde ese momento los productos de aquélla, representados por los cupones, dividendos y frutos, pertenecían al dueño, si el Banco no verificó la entrega de los valores pignoralados al recibir el importe del préstamo con sus intereses, y si los actores no han podido percibir dichos productos de la prenda a partir de la liquidación de aquél, la devolución de la misma debe realizarse con sus productos y accesorios, y, al no declararlo así el fallo de la sentencia recurrida, le infringió, por lo que debe casarse en cuanto a este particular.

156. *Capellanía colativotfamiliar. La reserva de acciones a favor de tercero se refiere sólo a las personas que no han sido parte en el pleito en que se hizo la reserva. Cosa juzgada. (Sentencia de 26 de Mayo de 1933.)*

Don F. interpuso demanda contra doña R. exponiendo que doña J. C. fundó una capellanía colativotfamiliar en 1673, y para el disfrute de la misma fueron llamados los parientes de la línea materna y en su defecto los de la paterna, describiendo los bienes que fueron reclamados en juicio universal por varias personas, resultando ser adjudicatarias de ellos la demandada, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, cuya sentencia, dictada en 1923, fué ejecutada en 1925, en que el Juzgado dió posesión a la demandada, y como el actor estaba en mejor grado de parentesco, pedía le fueran entregados los bienes. Oposo la demandada lo que consideró conveniente a su derecho y la prescripción de la acción por haber transcurrido cuatro años, que fija la ley de 1856, y el Juzgado dictó sentencia declarando que el actor tenía mejor derecho que la demandada a la propiedad de los bienes dotales de la capellanía, y, en su consecuencia, condenó a la demandada a hacer entrega de los bienes, adjudicación que se hacía sin perjuicio de tercero de igual o mejor derecho, con obligación de abonar el actor a aquélla lo que hubiera pagado, pero la Territorial la revocó, y estimando las acciones de falta de acción y cosa juzgada, absolvió de la demanda a la demandada. Interpuesto recurso, lo rechaza el Supremo, considerando que la legislación vigente reguladora de los derechos sobre los bienes afectos a capellanías colativotfamiliares, al señalarles la órbita en que se desenvuelven las de tipo y carácter sucesorio,

deja subsistentes las normas por que se rigen las transmisiones hereditarias, y, en su consecuencia, al establecer el Tribunal *a quo*, como hecho documentalmente probado, que don F., de quien trae causa directa e inmediata el actor y recurrente, invocó y reclamó su mejor derecho a los bienes de la capellanía, ocupando el lugar como heredero de su padre, que vivía al publicarse la ley de 19 de Agosto de 1846, y falleció sin llegar a reclamarlos, no logrando don F. sus pretensiones por haber sido adjudicados los bienes a la demandada, en virtud de sentencia firme que puso fin al juicio universal en que compareció el mencionado don F. N. al no invocarse en los motivos de casación el número séptimo del artículo 1.692 de la ley Procesal para tratar de justificar, por medio de documentos auténticos, la equivocación del Tribunal de instancia, es forzoso reconocer que en el fallo impugnado no se han infringido los artículos que se citan en el recurso, de las leyes de 14 y 15 de Junio de 1856, Convenio-Ley de 24 de Junio de 1867 y Código civil vigente, sino que, por el contrario, la Sala sentenciadora los aplicó rectamente, toda vez que, pedidos o reclamados por el padre del actor los bienes, se extinguió para él y para sus sucesores el derecho a reclamarlos nuevamente, por imperio del claro y expícito primer artículo de la citada ley de 14 y 15 de Junio de 1856, sin que el hecho aducido por el recurrente, no aseverado en la sentencia, de que determinada interesada falleciese antes de llegar el momento procesal de probar su derecho, pueda hacer revivir en el actor una acción ya agotada por su padre y causante, y que pudo y debió ser continuada y mantenida por el actual recurrente en el juicio universal ya referido, en el que, por edictos, fueron llamados los peticionarios y herederos de éstos, quienes, aunque no se les designara nominativamente en la sentencia, al no proseguir la acción entablada, abandonaron sus derechos, quedando afectados por el fallo, en el que, en definitiva, y sin perjuicio de tercero, se adjudicaron los bienes de la capellanía a uno de los peticionarios, quedando así virtualmente rechazadas las acciones que ejercitaron los demás reclamantes en el mencionado juicio universal, no pudiendo considerarse tercero al recurrente por traer causa directa e inmediata de quien en aquel juicio fué parte, por lo que procede desestimar el primer motivo.

Tampoco puede prosperar el segundo, por no haber infracción de los artículos 1.251 y 1.252 del Código civil al estimar la excepción de cosa juzgada propuesta oportunamente por la parte recurrida, pues íntimamente relacionada esta excepción con la que acaba de ser examinada, por servirle de base y fundamento los mismos hechos, es forzoso reconocer que, entre el caso resuelto por la sentencia primeramente dictada, y el que ha motivado el presente pleito, concurre la más perfecta identidad en las cosas, las causas, el mejor derecho a la propiedad de los bienes y las personas de los litigantes y calidad con que lo fueron, toda vez que el recurrente es sucesor y heredero de quien fué parte en el anterior pleito, y ambos han comparecido y ejercitado acciones como derechohabientes de su progenitor, que vivía al publicarse la ley de 19 de Agosto de 1841, ajustándose, por tanto, la Sala sentenciadora a la doctrina establecida por este Tribunal de que la reserva de acciones a favor de tercero de mejor derecho, en pleito sobre sucesión vincular, se refiere solamente a las personas que no han sido parte en el pleito en que se hizo aquella reserva, por lo que, habiéndose mostrado parte en aquel pleito el padre del actor, el fallo en él recaído surtió los efectos de cosa juzgada respecto al recurrente, por ostentar la personalidad de su causante.

157. *Comunidad de bienes e inexistencia de servidumbre. Circunstancias necesarias para la disolución de la comunidad por*

venta de la cosa y reparto del precio. (Sentencia de 30 de Mayo de 1933.)

Interpuesta demanda por un comunero contra el otro condueño para que colocase reja de hierro y red de alambre en determinadas ventanas y en una puerta, antes ventana, propiedad de éste, se opuso el demandado, quien por reconvencción solicitó que fuesen destruídas unas galerías construídas por el actor y que, siendo imposible la división de las cosas comunes existentes en el cuerpo del edificio, cuyos diversos pisos pertenecían a ambos, se vendiera el edificio en pública subasta para repartir el precio.

El Juzgado dictó sentencia absolviendo de la demanda y dando lugar a la reconvencción en los términos pedidos, sentencia que confirmó la Audiencia de Zaragoza, e interpuesto recurso, no lo admite el Supremo, considerando que procede desestimar el primer motivo fundado en la violación e interpretación errónea de la observancia sexta de «agua pluviali arcenda» del Derecho foral aragonés, porque si esta observancia concede al dueño de una pared medianera el derecho de abrir en ella las ventanas que tenga por conveniente, sin más limitación en el otro condómino de obstruirlas edificando, siempre que la casa reciba luces por otra parte, no imponiendo obligación alguna referente a colocar en las ventanas rejas de hierro, y esta obligación fué la única cuyo cumplimiento se pidió en la demanda, es evidente que la sentencia que absuelve al demandado de tal petición, fundándose en aquella observancia, la interpreta y aplica rectamente, máxime cuando las ventanas en cuestión existían ya al tiempo de adquirir el piso los antecesores del demandado.

La infracción, por indebida aplicación, del artículo 541 del Código civil, en que se basa el segundo motivo, tampoco puede acogerse, porque este artículo lo aplica la sentencia recurrida como argumento secundario y como supletorio de las deficiencias de las disposiciones privativas de Aragón.

En cuanto al tercer motivo, infracción de los artículos 401 y 404 del Código civil, es doctrina de esta Sala, especialmente en su sentencia de 28 de Diciembre de 1928, que para llegar a la disolución de la comunidad por venta de la cosa y reparto del precio son precisas dos circunstancias conjuntas: indivisibilidad de la cosa o gran desmerecimiento de la misma por la división en partes y que no se hubiera logrado después de legalmente intentado el convenio para su distribución o adjudicación a favor de los que se hallasen dispuestos a abonar a los restantes el valor de su participación en la comunidad; que, en el presente caso, el hecho de la indivisibilidad de la cosa común está expresamente reconocido en un considerando del Juzgado, aceptado por la Audiencia, sin que tal declaración de hecho haya sido combatida en este recurso, y, en cuanto al segundo requisito, el hecho de oponerse el actor y recurrente a lo que en la reconvencción pedía el demandado, sobre adjudicación y venta de la cosa, es suficiente para estimar la inexistencia del convenio a que se refiere el artículo 404, no siendo procedente, ni pudiendo resolverse en el presente recurso, la condición de inservible de la cosa por efecto de la división, por ser cuestión nueva no propuesta en el juicio.

158. *Servidumbre de luces y vistas. Requisitos para que pueda admitirse la prescripción extintiva. Acto obstativo. No es medianera la pared en la que no pueden introducirse vigas.* (Sentencia de 24 de Mayo de 1933.)

En escritura pública dos señores delimitaron dos fincas urbanas, esta-

bleciendo que la pared de la casa número 19 sería medianera y podía utilizarse de ella el dueño de la otra, llamada tejavana, en el caso de que quisiera levantar ésta, pero sin introducir madera alguna dentro del tabique, y si el dueño de la tejavana quisiera levantar ésta, tendría obligación de dejar un patio para luces de ambos edificios, sin cerrar las dos ventanas del centro de las cuatro que tiene en cada piso la mencionada casa.

Con estos antecedentes, don A. formuló demanda contra don J. exponiendo que el actor, dueño de la llamada tejavana, hasta ahora no había tenido ocasión de ejercer el derecho de utilizar la pared medianera, pero como ahora trataba de edificar en su terreno, respetando el patio común y las dos ventanas del centro, las restantes laterales debían desaparecer, ya que su existencia es debida a la tolerancia del anterior y actual propietario, por todo lo cual pedía sentencia declarando que la finca del actor no debe servidumbre de luces y vistas a la número 19, propiedad del demandado, sino en los términos precisos de la escritura referida, declarando igualmente que las ventanas laterales abiertas en cada piso de la pared de la casa del demandado, y que tienen vistas sobre la casa del actor, han venido existiendo por su sola tolerancia, declarando también que el demandado está obligado a cerrar y tapiar dichas ventanas laterales, o que, en todo caso, el actor podrá inutilizarlas edificando en su terreno al nivel de la pared medianera, utilizando ésta, si le conviene, aunque sin introducir en ella viga alguna.

El demandado, en el terreno del derecho, opuso la prescripción por haber transcurrido cuarenta y un años de la fecha de la escritura, afirmando que la casa del demandado tenía ganada, a costa de la finca contigua del actor, la servidumbre de luces y vistas, no sólo con las dos hileras centrales de ventanas, sino también con las laterales, debiendo edificar a tres metros de la finca del demandado.

El Juzgado dictó sentencia de acuerdo con las peticiones del demandado, pero la Territorial de Burgos la revocó declarando que la finca del demandante no debe servidumbre de luces y vistas a la contigua del demandado sino en los términos precisos determinados en la escritura; que las ventanas laterales han venido existiendo por tolerancia del actor; que el demandado debe cerrar y tapiar dichas ventanas y que el actor puede cubrirlas edificando en su terreno, dejando el patio convenido y las ventanas centrales.

Interpuesto recurso, lo admite el Supremo y *casa y anula la sentencia recurrida* considerando que los pactos entre los contratantes de la escritura al delimitar las dos fincas que les pertenecían *pro indiviso* se hallan indudablemente vivos, y deben ser reconocidos a don A. los derechos que se declaran a su favor en los pronunciamientos del fallo, puesto que, dada la condición suspensiva establecida en aquéllos, no puede admitirse la prescripción extintiva, además de que, siendo fundamento de toda prescripción el abandono que se supone en el titular del derecho, mal puede reconocerse tal abandono en el actor, que está en el tranquilo disfrute del inmueble con sus derechos inscritos y que tiene señalado en el contrato plazo para levantar su obra y que pagó con su prestación todo lo que en la escritura se le adjudicó, todo ello aparte de que la interpretación de los contratos corresponde al Tribunal *a quo*.

No incide el Tribunal sentenciador en error, de hecho ni de derecho, en la interpretación de la escritura al resolver que la finca número 17 no debe servidumbre de luces y vistas a la número 19, sino en los términos precisos de dicha escritura, porque acordada solemnemente la desaparición de las ventanas laterales, es manifiesto que su existencia hasta la actualidad es debida a la mera tolerancia de los dueños de la finca 17, y, por tanto, el tiempo transcurrido en el disfrute de las ventanas de referencia no aprovecha para la prescripción adquisitiva que se invoca, según lo dispuesto

en el artículo 1.942 del Código civil, sin perjuicio de que el trozo de pared en que se hallan las ventanas cuya desaparición se pretende, no haya llegado a ser medianero, dada la interpretación que el Tribunal de instancia da a la escritura, y, en consecuencia, la pretendida servidumbre de luces sería continua, aparente y negativa, precisando, para ser adquirida por prescripción, el acto obstativo a que se refiere la última parte del artículo 538 del Código civil, que no resulta haber existido hasta la incoación de este pleito, y, por lo mismo, no puede admitirse la prescripción adquisitiva alegada por el recurrente, teniendo el actor perfecto derecho a edificar en terreno de su propiedad inutilizando las ventanas, según lo pactado en la repetida escritura.

Tampoco ha habido infracción en la sentencia recurrida de los artículos 1.930 al 1.938 y 546, número 2, del Código civil, al no accederse a la declaración solicitada por el demandado respecto a haberse extinguido, con referencia a la pared en que se hallan los huecos, la servidumbre de medianería, porque la frase contenida en la cláusula cuarta «podrá utilizarse de ella el dueño de la tejavana en el caso de que quiera levantar ésta, pero no podrá introducir madera alguna dentro del tabique», claramente expresa que no habrá medianería hasta que se levante la tejavana, y, por tanto, más ha podido extinguirse lo que no ha nacido, aparte de lo opuesto al artículo 579 del Código civil, que resulta llamar medianera a una pared en la cual no se puede introducir madera alguna, estando también bajo este respecto en vigor el tan repetido contrato, ante cuyos terminantes acuerdos es indiferente que la pared haya sido o no medianera.

No se ha interpretado con error de hecho la escritura, en cuanto la sentencia afirma que la finca número 17 debe servidumbre de luces y vistas a la número 19, por razón de la existencia de las cuatro hileras de ventanas como signo de la misma, porque el artículo 441 del Código civil, invocado por el recurrente, sólo establece una presunción por razón de los signos, señalando el mismo artículo la excepción de que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario, y como en la escritura se determina con toda precisión el modo en que habrían de quedar las ventanas y patio, es a lo pactado a lo que hay que atenerse.

La sentencia recurrida, en cuanto convirtió en conjunta la obligación alternativa que se suplicó por la demanda, concedió evidentemente más de lo que se pedía y de lo que consienten las cláusulas de la escritura, puesto que el derecho de tapiar o inutilizar las ventanas reconocido al dueño de la finca 17, es sólo para el caso de edificar o levantar en tejavana, en cuyo acto quedará ejercitado y cumplido tal derecho, resultando, por tanto, pertinente el segundo extremo de la disyuntiva, pero no el primero, que, además de no estar previsto en el contrato, podría prestarse al abuso de obligar a tapiarlas al demandado y luego no edificar el actor, habiéndose, en consecuencia, infringido el artículo 359 de la ley Procesal, dando con ello lugar a la casación de la sentencia.

159. *Propiedad industrial. Nulidad de marca. Las disposiciones administrativas no pueden ser citadas como normas infringidas, en casación. La marca tiene la consideración de cosa mueble independientemente del producto. (Sentencia de 5 de Junio de 1933.)*

Un farmacéutico obtuvo en 1927 el registro de la marca P. para distinguir un producto, la que disfrutó hasta 1930, en que una entidad americana le demandó de conciliación para que reconociera que ella tenía la propiedad.

de la marca, a lo que se opuso el demandado, formulando entonces la actora demanda, dictándose sentencia por la Territorial de Valencia declarando la nulidad del registro de la marca P. y decretando la nulidad de la inscripción en el Registro de la Propiedad Industrial.

Interpuesto recurso, no lo admite el Supremo, considerando que si bien es cierto que la incongruencia se da cuando el pronunciamiento de la sentencia acoge la súplica de la demanda por causa jurídica diferente de la que fué controvertida en el pleito, no es menos cierto que en el caso de este recurso aquella divergencia no existe, toda vez que la parte actora planteó su demanda de nulidad de la marca registrada en España por el demandado, no sólo por la fuerza de un registro anterior de idéntica marca en América a favor de la demandante, a cuyo fin se invocan ciertos convenios internacionales, sino también por la prioridad del uso de la misma en España, según hubo de consignarse en el hecho segundo de la demanda, a tenor del artículo 1.º del Real decreto-ley de 26 de Julio de 1929, y, por lo tanto, el fallo recurrido, que no decreta la nulidad de la marca por el primer concepto, pero sí por el segundo, no incurre en el vicio procesal de incongruencia, teniéndose en cuenta que el hecho concreto de la prioridad de uso fué ampliamente discutido por los litigantes.

El Tribunal de instancia ha estimado, por el conjunto de las pruebas, que está plenamente probada la posesión de la marca discutida a favor de la actora, así como su uso público en España desde 1923, aunque sólo fuera a fines de propaganda y organización; y esto sentado, ha de tenerse por indudable que tan importantes declaraciones de hecho han de prevalecer íntegramente como base esencial de la resolución de este litigio, mientras el recurrente no demuestre que la Sala sentenciadora ha incurrido en error de hecho o de derecho, el primero no invocado en el recurso, y el segundo, no obstante haber sido alegado, no puede prosperar, porque no se funda en violación de las correspondientes normas de carácter civil, en este caso los artículos 1.250 y 1.251 del Código civil, que regulan el valor probatorio de las presunciones de derecho, a las que el recurrente sustituye con error por los artículos 2.º y 8.º del Reglamento de Especialidades farmacéuticas de 9 de Febrero de 1924, cuyo carácter de disposiciones administrativas les priva, además, de condiciones para ser citados como norma infringida en casación, y además porque aun teniendo por demostrada la prohibición de venta del producto sin sumisión al Registro de Sanidad y demás condiciones prevenidas en aquel Reglamento, esta circunstancia no obsta a la posesión de la marca P. en España por la Sociedad demandante, siquiera el uso público de la misma fuera a fines de propaganda, pues, en efecto, como con acierto afirma el Tribunal *a quo*, la marca es cosa mueble, independiente y distinta del producto que individualiza.

Acreditada la prioridad de uso en España desde 1923 de la marca en cuestión por la demandante, queda ésta bajo la protección jurídica del artículo primero del Real decreto-ley de 26 de Julio de 1929, y en su virtud es forzoso reconocer su acción para impugnar la misma marca posteriormente registrada a nombre del recurrente, sin que el fallo que así acoge la demanda de nulidad infrinja de ningún modo el citado precepto, ni los artículos 131 y 133 de la misma disposición, en cuanto definen lo que por marca ha de entenderse en el sentido de la Ley y la obligatoriedad del registro de las destinadas a distinguir productos farmacéuticos, pues ni aquella definición legal ni esta registración obligatoria pueden impedir que la marca sea anulada en virtud de sentencia firme de los Tribunales, según prescribe el número 3.º del artículo 176 de la misma ley.

160. *Amigable composición. Si bien los amigables componedores no pueden traspasar el límite fijado por las partes, no puede*

condicionarse su actividad por una demasiada y parcial interpretación del compromiso con olvido de su función amistosa y cordial. (Sentencia de 8 de Junio de 1933.)

Surgidas algunas diferencias entre dos Sociedades con motivo de negocios entre las mismas, fueron sometidas a la decisión de un amigable componedor, a quien propusieron cuatro gestiones que el amigable componedor resolvió por laudo ante Notario, y contra este laudo una de las Sociedades interpuso recurso de casación por quebrantamiento de forma(fundado en el número 3.º del artículo 1.691 de la ley Procesal, por haberse resuelto en el laudo puntos no sometidos a la decisión del amigable componedor.

La Sala no admite el recurso, considerando que si bien es cierto que no pueden trasponer los amigables componedores el límite fijado por la voluntad de las partes, al concretarles el asunto a decidir, no puede condicionarse su actividad por una demasiada ceñida y parcial interpretación del compromiso, olvidando la función amistosa y cordial que se les atribuye al depositar en ellos la máxima confianza para resolver en misión conciliadora las diferencias que a su laudo se someten, pues otra cosa supondría una desvalorización de lo que es sustancia jurídica de la amigable composición, que, basada en la buena fe, goza del prudente arbitrio que le reconoce el artículo 833 de la ley Procesal, doctrina que aplicada al caso que motiva este recurso, apoyado en la causa 3.ª del artículo 1.691, por estimar el promovente haber resuelto el amigable componedor puntos no sometidos a su decisión, hace ver la improcedencia del mismo, porque al examinar las declaraciones del laudo se ve que el amigable componedor interpretó *bona fide* y con un gran sentido de equidad las cláusulas de la escritura de compromiso.

161. *Precario. No es posible en casación alegar la prescripción adquisitiva, respecto de un derecho de habitación cuya existencia no se ha demostrado, si es cuestión nueva no planteada en el pleito.* (Sentencia de 21 de Junio de 1933.)

El dueño de una casa interpuso demanda de desahucio contra una persona que ocupaba dos pisos de la misma sin pagar renta, habiéndole requerido antes notarialmente para que desalojase la finca, a lo que el demandado contestó que no era precarista, puesto que ocupaba los pisos a cambio de la dote que su mujer (hija de la actora) no recibió al tiempo de contraer matrimonio. El Juzgado y la Audiencia accedieron al desahucio, y el Supremo rechaza el recurso, porque la apreciación de la Sala de ser precarista quien ocupa la casa sólo puede combatirse del modo que señala el artículo 1.692 de la ley Procesal, sin que haya habido infracción de los artículos 1.336 y 1.340 del Código civil, porque apreciado por la Sala que no se probó que la actora otorgara el derecho de habitación en la finca de referencia en concepto de dote a su hija, sólo podría desvirtuarse esa estimación del modo antes referido, cosa que aquí no sucede, y como tampoco justifica el demandado que se haya constituido dote y se le haya entregado, ni que posea las habitaciones a título distinto del precario, por todo ello se impone la desestimación del motivo tercero. Resulta también improcedente la alegación de la prescripción adquisitiva respecto del supuesto derecho de habitación que se invoca en el cuarto motivo, porque tal prescripción no fué alegada en el pleito, y es sabido que sólo pueden servir de fundamento a un recurso las leyes o doctrinas relativas a cuestiones planteadas en el mismo, según copiosa jurisprudencia de esta Sala, por lo cual no puede apreciarse la infracción alegada de los artículos 1.930 y 1.957 del Código civil.

DIVORCIO Y SEPARACIÓN

162. *Conducta inmoral de la esposa constitutiva de injuria grave. No puede ser objeto de discusión la concurrencia del elemento intencional característico de la culpabilidad en estos casos, salvo una acabada prueba de inculpabilidad.* (Sentencia de 7 de Junio de 1933.)

La injusticia notoria como causa de revisión de las sentencias de las Audiencias puede fundarse en la contradicción entre los hechos demostrados en el pleito y las afirmaciones de *facto* contenidas en la sentencia o en los evidentes errores de *jure* que en la aplicación de las normas de derecho pre-establecidas se hayan padecido por la Sala sentenciadora.

Sentada en la sentencia recurrida, lo mismo que en el informe del Juez, la conducta inmoral de la demandada, según aparece por modo claro de las resultancias procesales, forzoso se hace estimarla como gravemente injuriosa para el buen nombre del marido, que en el público concepto ha de verse mancillado en su honor y menospreciado en su estimación desde el momento de ser conocida la bochornosa afrenta que su consorte le ha inferido.

No puede ser objeto de discusión ni de duda racional la concurrencia del elemento intencional característico de la culpabilidad en los casos de esta naturaleza, por cuanto los hechos aquí constitutivos de la injuria grave, la continuidad en tan reprochable conducta y el quebrantamiento de los deberes de fidelidad conyugal llevan aparejada la más cumplida demostración de la plena responsabilidad de la persona que voluntariamente los ejecuta, y sólo una acabada prueba de inculpabilidad, bien *ex defectu mentis* o por otra causa exculpatoria cuya comprobación de concurrencia ni siquiera se ha intentado, tendría la fuerza suficiente para determinar una declaración contraria a esta presunción.

Como legítima consecuencia de lo que precede, es forzoso declarar constitutivos de injurias graves comprendidas en la causa séptima del artículo 3.º de la ley de Divorcio los hechos que aparecen probados en el pleito, según reconoce el Tribunal sentenciador, lo que obliga a estimar la causa de revisión alegada y dar lugar al recurso, decretándose el divorcio vincular y declarando culpable a la esposa.

163. *Retroactividad. Efectos de sentencia ejecutoria recaída en juicio de divorcio seguido ante Tribunal eclesiástico. Decreto del Ministerio de Justicia de 3 de Noviembre de 1931. Los hechos ocurridos antes de la publicación del Decreto no pueden regularse por sus disposiciones, a menos de querer atribuir a una declaración ministerial una eficacia derogatoria de la ley civil que no tiene y una virtualidad retroactiva de que carece.* (Sentencias de 26 de Junio de 1933.)

Contra auto dictado por la Audiencia de Barcelona, que determinó la suspensión de efectos de una sentencia dictada por el Tribunal eclesiástico en juicio de divorcio, interpuso recurso de casación por infracción de ley la es-

posa, y el Supremo lo admite y casa y anula el auto recurrido, porque están conformes los cónyuges en que el indicado juicio de divorcio ante el Tribunal eclesiástico de la Diócesis terminó, por sentencia de 28 de Abril de 1930, concediendo el Vicario general a la esposa, por tiempo indefinido, la separación *quoad thorum, mensam et habitationem*, y como en el presente caso se trata de un matrimonio católico, queda fuera de duda, atendida la fecha de la sentencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 80 del Código civil, que el Tribunal eclesiástico fué el único competente para el fallo del juicio de divorcio promovido por la mujer y para declarar su firmeza, por lo que instada por ella la ejecución del mismo en la parte relativa a sus efectos civiles y acreditados dichos extremos por el testimonio literal que presentó, ello fué suficiente para que el Juzgado acordase, a los fines de los artículos 67, 73 y 82 del Código civil, en providencia de 14 de Julio de 1931, que quedó firme, el requerimiento al marido para que no molestase a su esposa, bajo apercibimiento de desobediencia al Juzgado, y que se expidiese carta orden al Juzgado municipal para la consignación de la oportuna nota marginal en el acta de matrimonio.

Las disposiciones del Gobierno contenidas en el Decreto del Ministerio de Justicia de 3 de Noviembre de 1931, cuya vigencia quedó en suspenso al siguiente mes, no podían abrogar los preceptos legales antes citados del Código civil ni prevaler contra ellos, conforme a lo dispuesto en su artículo quinto, por lo que, aunque se deje a un lado que dicho Decreto ministerial no podía tener efecto retroactivo, como el esposo reconoce en el escrito con que acudió al Juzgado, ni pidió en él la suspensión de los efectos civiles de la sentencia ejecutoria, que el auto recurrido acordó para poder entrar a resolver sobre las peticiones por dicho señor deducidas, al hacer aplicación en el auto recurrido la Audiencia del artículo 4.º de la indicada disposición ministerial a las pretensiones deducidas por el marido para acceder a sus solicitudes, de que se reintegrase su mujer al domicilio conyugal, contra la separación por tiempo indefinido decretada por el Tribunal eclesiástico, y lo dispuesto en el artículo 73 del Código civil, como primer efecto de la sentencia firme de divorcio, y de que cesase el depósito de su esposa, cuando ordenada por el Juzgado la ejecución de aquélla en cuanto a sus efectos civiles en la providencia dicha, había cesado ya necesariamente el depósito de la mujer constituido durante el juicio, pues carecía ya de razón de ser, es indudable que infringió el artículo 4.º del Decreto de 3 de Noviembre de 1931 el auto recurrido, por haberlo aplicado indebidamente a las solicitudes del marido, cuya decisión sólo podía regirse por las prescripciones del Código civil vigente, como lo acredita el que al prescindir de ellas la referida Audiencia, vino a destruir y a anular los efectos de la situación de derecho y de hecho creada por los esposos por la providencia de 14 de Julio de 1931, dictada con sujeción a las disposiciones del citado Código para ejecutar una sentencia firme, meses antes del Decreto de 3 de Noviembre de 1931; por todo lo cual procede estimar el recurso entablado.

Segunda sentencia.—Deja sin efecto el auto recurrido y vigentes los efectos civiles de la sentencia ejecutoria, por las razones indicadas en el epígrafe.

ENRIQUE TAULET,
Notario de Valencia

Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

LVII

Rescisión de contrato. Declarada la rescisión de un contrato por la Administración, es procedente la anulación de la liquidación ocasionada por él, aun cuando no se haya ingresado el importe. Debe resolver el Delegado de Hacienda, como devolución de ingresos, y no el Tribunal Provincial.

La solicitud de anulación de liquidaciones ha de estimarse comprendida en el artículo 58, en relación con el 201, número 2, del Reglamento del impuesto de Derechos reales de 26 de Marzo de 1927, aplicable al caso, según los que, cuando se declare judicial o administrativamente por resolución firme la nulidad de un acto o contrato, y éstos no hubieran producido efectos lucrativos, puede pedirse la devolución de las cuotas en el plazo de cinco años desde que la resolución quedó firme, toda vez que la petición se formula apoyándola en esos preceptos y se alega como causa la resolución administrativa rescindiendo el contrato, esto es, uno de los motivos legales de devolución. No es suficiente para negar que la petición encaje en dichos artículos el hecho de no haberse ingresado las liquidaciones, y por ello no puede realizarse la devolución, pues tal circunstancia no cambia la naturaleza de la petición ni afecta al derecho que los referidos artículos reconocen al contribuyente, y no pueden tener otra trascendencia que la que se deriva de la materialidad de no poderse devolver una cantidad que no se ha recibido; pero ello no puede constituir obstáculo para reconocer que

si por cumplirse efectivamente alguna de las condiciones que esos artículos señalan para dar lugar a la devolución, el contribuyente tendría derecho a ser reintegrado de las cantidades que el citado artículo 58 señala, el mismo derecho tiene para que por la Administración se declare la improcedencia de exigir las cantidades que de haber sido ingresadas habrían de ser devueltas; esta doctrina fué ya fijada en acuerdo del Tribunal Central de 20 de Diciembre de 1927. Por otra parte, la solicitud de anulación de las liquidaciones originaria del expediente no tiene por objeto discutir la liquidación practicada por estimarla improcedente, sino que se dejen sin efecto unas liquidaciones por consecuencia de un acuerdo posterior de la Administración que ha dejado sin efecto el contrato base de aquéllas, y por ello no es procedente estimar dicha petición como impugnación de las liquidaciones.

Tratándose de una petición análoga a las de devolución de ingresos indebidos, debe fallar, por ser competente, el Delegado de Hacienda, y no el Tribunal Provincial Económico-Administrativo. (Acuerdo del Tribunal Central de 4 de Abril de 1933.) 27 de 1933.

LVIII

Contratada por el Estado la construcción de un puente sito en territorio exento del impuesto por sociedades domiciliadas en territorio exento, garantizándose el contrato por fianzas depositadas también en territorio exento, se halla sujeto el contrato al impuesto por el doble concepto de contrato mixto de suministro y obras y por el de fianza.

Las entidades contratistas alegaban que el contrato de obras y el de fianza están exentos, conforme al Concierato económico con las Provincias Vascongadas, pues se trata de la construcción de un puente, esto es, de un inmueble sito en B. y de una fianza a favor del Ayuntamiento de B., es decir, en territorio y de municipio exentos, y todas las entidades menos una son de territorio exento, debiendo pagarse las obras en parte por la Diputación y por el Ayuntamiento exentos. El recurso no prospera.

En la escritura presentada a liquidación, las Sociedades X. y Z. se obligan respecto al Estado a construir un puente en B., poniendo los materiales necesarios y afectando al cumplimiento de esa obli-

gación una fianza, constituida en nombre del Ayuntamiento de B. (de territorio exento); y tales estipulaciones determinan, con arreglo a los artículos 1.544 y 1.857 del Código civil, un contrato de arrendamiento de obras con suministro de material y otro de prenda o fianza pignoratícia según la legislación de la Administración. El objeto de la transmisión en el arriendo de obras, es decir, aquello a que se obliga el arrendador, es un trabajo o prestación que no tiene carácter de inmueble, sino de mueble, según el artículo 336 del Código civil, y, por lo tanto, no hay que atender al lugar en que están sitos los bienes, sino al régimen foral o común del adquirente, según los artículos 29 y 30 del Reglamento del Concierto Económico de 24 de Diciembre de 1926, y 2.º del del Impuesto; el adquirente en el arrendamiento de cosas es el arrendatario, o sea «el que adquiere el derecho a la obra que se obliga a pagar», como lo da por supuesto el artículo 1.546 del Código civil, y en el caso actual ese arrendatario es el Estado, con arreglo a los citados artículos; el contrato está sujeto al impuesto del Estado; en cuanto al suministro de materiales, es notorio que éstos son muebles y su adquirente el Estado; que por ello la obligación de abonar el impuesto recae en los contratistas, según el artículo 59 del Reglamento del Impuesto. En cuanto a la fianza, es lo cierto que aparece constituida para garantizar las obligaciones de los contratistas para con el Estado, que es el que podría exigir el cumplimiento de esas obligaciones y la realización de la fianza; y por ello, aunque aparezca constituida a favor del Ayuntamiento, está sujeta al impuesto, según el artículo 1.º, párrafo 4.º, del Reglamento del Impuesto. (Acuerdo del Tribunal Central de 18 de Abril de 1933.) 29 de 1933.

LIX

Adjudicación para pago de deudas en testamentaria. Procede liquidar por tal concepto en caso de que existan deudas deducibles y no haya metálico, adjudicándose exceso de bienes a un heredero. El tipo de liquidación, si hay moratoria, es el del antiguo Reglamento y no el del nuevo.

Además de la adjudicación expresa de bienes para pago de deudas, regulada como acto sujeto al impuesto en el artículo 9.º del Reglamento del Impuesto, hay otros casos de adjudicación tácita

regidos por los mismos principios que la anterior; por ejemplo, el artículo 101 del Reglamento, según el que cuando en una herencia existan deudas que deban deducirse, se carezca de metálico para satisfacerlas y no se haga adjudicación expresa para su pago, se exigirá el impuesto al heredero por el referido concepto de adjudicación para pagar deudas con todos los derechos y deberes atribuidos por el mismo Reglamento a los adquirentes; ahora bien, si de la totalidad de los bienes constitutivos de una herencia se disminuye el importe de las deudas, es indudable que al satisfacerse éstas o se pagan a los acreedores o queda en suspenso el pago, y en ambos casos es lógico, dentro del concepto jurídico del Impuesto, que se gire la liquidación correspondiente, ya contra los acreedores, porque se les adjudican bienes por el importe de sus créditos, bien a cargo de los herederos, porque reciben bienes diferentes de los de su haber hereditario, y se presume que ello es para pago de deudas, y sin que sea admisible que lo deducido de la masa hereditaria por tal concepto no sea objeto de liquidación alguna.

El caso expuesto está sujeto al impuesto por su misma naturaleza jurídica, dado que constituye una adquisición de bienes inmuebles en una porción del valor de la finca igual al importe de la deuda que se deduce, puesto que los herederos deben pagar ésta en su día, entregando metálico al acreedor, metálico el precio de la parte proporcional del inmueble que se transmite, desde luego, a aquéllos juntamente con los demás bienes incluidos en la escritura particional. Ese acto es de naturaleza jurídica análoga a la compraventa. La liquidación, naturalmente, se practica conforme al artículo 9 del Reglamento, reconociendo a los herederos el derecho a que se les devuelva lo pagado por la herencia si en el plazo de un año lo piden, si acreditan que han hecho cesión al acreedor de los bienes en solvencia de su crédito, o si los han enajenado con ese objeto. Como la presentación del documento se efectuó durante la moratoria concedida por la ley de 31 de Marzo de 1932, el tipo a que se ha de liquidar es el del antiguo Reglamento (4,80 por 100) y no el 5 por 100 del actual, aun cuando hubiese pasado el plazo reglamentario de treinta días para hacer la presentación de aquél, habida cuenta, además, de la Orden de 7 de Abril de 1932 (*Gaceta del 8*). (Acuerdo del Tribunal Central de 6 de Marzo de 1933.) 30 de 1933.

LX

Procedimiento. Girada una liquidación por multa y demora en el pago de una liquidación, e impugnada aquélla sin pedir la condonación, debe tramitarse como tal reclamación y resolverla en primera instancia el Tribunal Económico-administrativo Provincial. (Acuerdo del Tribunal Central de 7 de Marzo de 1933.) 31 de 1933.

LXI

Afianzamiento de recaudación. El contrato de afianzamiento de recaudación celebrado por un Ayuntamiento conforme al Estatuto municipal, por ser aleatorio y una especie de seguro, no está sujeto al impuesto.

El Estatuto municipal, por el artículo 449 del mismo, después de prohibir a los Ayuntamientos de más de 20.000 almas el arriendo de bebidas espirituosas y alcoholes y de reiterar en el artículo 552 que la facultad de arrendar las contribuciones está limitada por el artículo antes citado, establece en el 553 que la recaudación directa no excluye el afianzamiento de la gestión recaudatoria, y regula en el mismo artículo y en los tres siguientes el afianzamiento como un contrato en cuya virtud una persona garantiza al Ayuntamiento una cantidad mínima de recaudación, obligándose, en el caso de que no sea cubierta por la cantidad efectivamente recaudada, a responder de la diferencia, percibiendo, en cambio, los premios que se estipulan en el caso de que la recaudación efectiva supere la cantidad asegurada, todo ello mediante el derecho de designar un gestor que se haga cargo de la dirección e inspección del servicio y pueda proponer el nombramiento y separación del personal afecto al mismo, pero asumiendo dicho gestor el carácter de empleado del Ayuntamiento y corriendo a cargo de este último los gastos de la recaudación afianzada.

Si el contrato descrito tiene analogía con el de arriendo a tanto alzado de contribuciones, impuestos y arbitrios a que se refiere el artículo 16 del Reglamento del impuesto de Derechos reales, en

cuanto se estipula sobre el supuesto de que el Ayuntamiento realice la recaudación con empleados pagados por él, limitándose el afianzador a designar o proponer los empleados con objeto de asegurar la eficiencia técnica del servicio y a garantizar al Ayuntamiento un rendimiento mínimo, por lo que sólo tiene que abonar cantidades cuando la recaudación directa exceda de ese mínimo.

El pacto constituido por la estipulación del afianzamiento es un contrato aleatorio de los que define el artículo 1.790 del Código civil, como aquellos en que las obligaciones y derechos recíprocos se refieren a un hecho incierto, y el artículo 438 del Código de Comercio clasifica como contratos de seguros, y que los contratos aleatorios, en general, y los de seguros, en especial, no están sujetos al impuesto de Derechos reales; el contrato celebrado en escritura pública, en este caso, se ajusta a lo indicado y no está sujeto al impuesto. (Acuerdo del Tribunal Central de 20 de Abril de 1933.) 34 de 1933.

LXII

Devolución del impuesto. No da derecho a éste la venta de una casa realizada por los albaceas para pago de legados y del importe del impuesto de Derechos reales.

Los artículos 9 y 16 de los Reglamentos del impuesto de 1927 y 1932 preceptúan que en las adjudicaciones de inmuebles por vía de comisión para pago de deudas se exigirá el impuesto, sin perjuicio del derecho de devolución, que procederá cuando se acredite la adjudicación de los inmuebles al acreedor en pago de su crédito o la venta para ello en el término de un año; pero ese precepto no es aplicable al caso de una finca vendida por los albaceas, pues no consta que en la testamentaria fuera adjudicada para pago de deudas ni que se exigiera impuesto alguno por ello, que, de haberse satisfecho, sería el que procedería devolver, y si nada se pagó, nada puede devolverse; tampoco puede servir de base al derecho reclamado que el importe de esa finca se aplicase al pago del impuesto de Derechos reales de unos legados y al pago de esos mismos legados, toda vez que éstas no son deudas del causante, sino parte de la herencia, que han de satisfacer regla-

mentariamente el impuesto como tales legados, así como tampoco es deuda deducible el importe del impuesto que deban pagar los herederos y legatarios, aunque el testador mandase que se abonase con cargo a la herencia, pues lo prohíbe el artículo 31 del Reglamento, y, por lo tanto, no puede ser devuelto, porque ello equivaldría a que el Tesoro no percibiese la herencia por esa transmisión, lo cual sería ilegal. (Acuerdo del Tribunal Central de 6 de Junio de 1933.) 36 de 1933.

LXIII

Los contratos verbales no están sujetos al impuesto, por lo que no acreditados por escrito los que se suponen celebrados por varios Ayuntamientos para suministro de fluido eléctrico, no se puede exigir aquél.

La exención de aquéllos está fijada en los artículos 5.º y 3.º de los Reglamentos del impuesto de 1927 y 1932; no logrado por la oficina liquidadora, en expediente de investigación, aportar documento alguno en que consten los contratos de suministro de fluido eléctrico que se dicen celebrados entre D. X. y los Ayuntamientos de Z., ni siquiera las actas del Ayuntamiento y su fecha, no cabe exigir un impuesto por un pacto verbal, y mucho menos cuando, ignorándose esa fecha, pudiera ser de fecha anterior a quince años y estar prescrito el derecho de la Administración; la mera presunción de que existan esos documentos, aunque se quede en la obligación de otorgarlos, no autoriza a la exacción del impuesto, como si realmente existieran, y cuando menos si el interesado niega su existencia y la Administración, aunque ha hecho gestiones conducentes a acreditarlo, no haya podido conseguirlo. (Acuerdo del Tribunal Central de 9 de Mayo de 1933.) 37 de 1933.

LXIV

Personalidad de denunciantes. No la tienen para recurrir ante el Tribunal Central en expediente de investigación; no puede estimarse tampoco como denuncia la manifestación incidental he-

cha en un escrito de alegación de un expediente respecto de otro asunto distinto de aquel que es objeto de ese expediente..

El acuerdo de la Abogacía del Estado objeto del recurso constituye un acto administrativo realizado en consecuencia de un fallo del Tribunal Provincial para determinar si existía una donación por virtud de una manifestación hecha en el escrito de alegaciones por el denunciante al evacuar el trámite de vista de otro expediente de denuncia; aun cuando se apreciase que el acuerdo de la Abogacía tenía por origen el escrito del denunciante presentado como alegaciones de otro expediente (y no como es, en realidad, la orden del Tribunal Provincial), aludiendo a una posible donación; es evidente que ese escrito de alegaciones no puede estimarse como mera denuncia, ni por la forma de un escrito de alegaciones presentado en un expediente en trámite, ni por la omisión de los requisitos exigidos en los artículos 167 y 168 del Reglamento del impuesto, dándose además la circunstancia de que la Administración tenía conocimiento del hecho ahora denunciado. Por último, el artículo 15 del Reglamento de Procedimiento niega personalidad para reclamar a quienes no afectan directamente las cuestiones, y el denunciante no tiene ese interés directo en el acuerdo de la Abogacía, por lo que no se le puede reconocer personalidad. (Acuerdo del Tribunal Central de 16 de Mayo de 1933.) 41 de 1933.

LXV

Recurso de nulidad. Procede cuando después del fallo se recuperan documentos que hubieran hecho variar.

El recurso de nulidad, según el artículo 108 del Reglamento de 29 de Julio de 1924, únicamente puede ser interpuesto ante el Central, cualquiera que sea la resolución contra la que se recurra y quien la haya dictado, excepto cuando lo haya sido por el Ministro, agregándose que si estima la nulidad, se limitará a declararlo así y devolverá el expediente a quien lo dictó, a fin de que, previa la práctica de oficio de las diligencias pertinentes, se resuelva el asunto o para que los interesados presenten nueva reclamación; se ha renunciado al Contencioso y se ha interpuesto en el plazo de tres meses. Según el artículo 105 del mismo Re-

glamento, procede el recurso de nulidad cuando después del fallo se recuperan documentos que hubieran hecho variar éste o cuando hubiera recaído resolución en virtud de documentos que al dictarse aquélla ignorase una de las partes, que habían sido declarados falsos por sentencia firme de Tribunal competente.

Girada una liquidación según un testamento ológrafo que un Tribunal competente declaró nulo con fecha anterior a la resolución impugnada, pero ignorándolo la Administración al liquidar, procede la nulidad, como comprendida en los dos números referidos del Reglamento de 29 de Junio de 1924, porque es indudable que si el Tribunal hubiera conocido a tiempo esa declaración de nulidad, la reclamación de los interesados hubiera sido distinta del fallo recaído, puesto que las liquidaciones se giraron a nombre de los herederos, según el testamento ológrafo, y esos supuestos herederos han dejado de serlo al anularse el testamento, no pudiendo sustentar ese carácter una vez anulado el testamento ni mantenerse el criterio que entonces sostuvo la Administración, debiendo, por ello estimarse el recurso de nulidad, anulando las liquidaciones. Aunque el Reglamento se refiere a documentos falsos, idéntico efecto ha de surtir la nulidad del testamento. Debe, pues, anularse la resolución del Tribunal Central de 13 de Diciembre de 1932, revocar el del Provincial a que él se refiere y las liquidaciones, girándose otras a los nuevos herederos, con multa por falta de la presentación oportuna. (Acuerdo del Tribunal Central de 8 de Mayo de 1933.) 40 de 1933.

LXVI

La base para liquidar en caso de adjudicarse una finca hipotecada al acreedor hipotecario, a virtud del artículo 131 de la ley Hipotecaria, es el tipo de subasta, lo mismo que si hubiera licitación; si hay dudas razonables acerca del valor, el liquidador ha de pedir autorización a la Dirección de lo Contencioso para comprobación, y ésta lo puede otorgar discrecionalmente.

Según el artículo 61 del Reglamento del impuesto de Derechos reales, en las ventas mediante subasta judicial la base liquidable

será el precio de la adjudicación al adquirente, sin perjuicio de la tasación pericial; la adjudicación de la finca al acreedor hipotecario es consecuencia de un derecho ejercitado en el acto mismo de la segunda subasta efectuada, aunque se haga preciso dictar posteriormente auto judicial, al efecto de formalizar la adjudicación correspondiente. La adjudicación se hizo en un procedimiento judicial seguido para obtener la enajenación de las fincas mediante subasta, con las formalidades establecidas para tales casos, sin otra variante esencial que la de haberse realizado la adjudicación de los inmuebles al acreedor hipotecario ejecutante y no de un postor en la subasta, condición que, por otra parte, ha podido tener el acreedor hipotecario conforme al artículo 131, regla 14 de la ley Hipotecaria; y, por tanto, tal hecho constituye una circunstancia accidental que no impide calificar la transmisión como llevada a efecto mediante subasta judicial. El contenido del artículo 61 del Reglamento del impuesto de Derechos reales tiene su origen en el Real decreto de 6 de Septiembre de 1917, en cuya exposición de motivos se funda la fijación de la base en que son suficientes garantías las de la publicidad que la subasta lleva consigo, y tales circunstancias lo mismo se da cuando el procedimiento termina por adjudicación a un postor cualquiera que cuando concluye por adjudicarse la finca a un acreedor a virtud del derecho legal, pues en ambos casos es uno mismo el procedimiento para la fijación del tipo de subasta y celebración de ésta.

No obstante, en los casos en que se ha seguido un procedimiento judicial conforme al artículo 131 de la ley Hipotecaria, existe un valor asignado en la escritura de hipoteca a las fincas para caso de subasta, que es el que legalmente sirve de tipo para la primera que se celebra, circunstancia que no se da en el procedimiento judicial ordinario, ya que en éste el valor se obtiene mediante tasación pericial; y por ello al fijar la base para liquidar no puede olvidarse esa tasación hecha por los interesados, que constituye uno de los medios ordinarios de comprobación, a tenor del artículo 80, párrafo tercero, del Reglamento del impuesto.

Como excepción, el artículo 61, párrafo segundo del Reglamento autoriza al mismo se pueda proceder a la tasación pericial previo acuerdo de la Dirección de lo Contencioso, que tiene facultades para otorgarlo discrecionalmente para comprobar en casos jus-

tificados o si hay duda del verdadero valor: es, pues, indispensable que acuda el Liquidador a dicho Centro para fijar la base liquidable por haber tenido efecto en virtud de una comprobación de valores y no simplemente como determinación ordinaria de la base imponible. (Acuerdo de 18 de Abril de 1933.) 42 de 1933.

LXVII

Deducción de deudas. No son deducibles más que las fundadas en título que lleve aparejada ejecución. Las letras aceptadas y no protestadas por falta de pago no son deducibles.

Las deudas de que en este caso se trata son: 1.ª Un crédito que, según la escritura de aprobación y protocolización de las operaciones testamentarias del causante, consta en documento privado, que no ha sido aportado al expediente, de fecha anterior a la muerte del causante. 2.ª Deudas que se han pretendido demostrar con documentos privados de fecha anterior al fallecimiento, presentados no al liquidar, sino en la reclamación, y sin reintegrar. 3.ª Letras de cambio aportadas al expediente, aceptadas y no protestadas por falta de pago.

El precepto aplicable era el Reglamento de 1927, dada la época del fallecimiento; y según el párrafo primero del artículo 101 del mismo, en relación con el 1.429 de la ley de Enjuiciamiento civil y sentencia de la Sala tercera, de 20 de Febrero de 1928, es indispensable, no sólo que se acredite la indubitable existencia de las deudas, sino que los documentos en que se funden tengan fuerza ejecutiva, y esos preceptos se han de aplicar rigurosamente según sentencias del Tribunal Supremo de 28 de Mayo de 1928, por ser de índole fiscal de indeclinable observancia.

A tenor de esos preceptos, la primera deuda enumerada no es deducible para fijar la base liquidable por no haberse presentado documento alguno para la justificación de su existencia, no siendo bastante para el impuesto el reconocimiento por los albaceas en la escritura de partición, porque ni son herederos, ni aunque éstos lo hicieran sería suficiente, ya que el documento es posterior al fallecimiento del causante y, además, por expresar el artículo

101 que no son suficientes los reconocimientos que hagan el causante en su testamento o los herederos en la escritura de partición.

Las deudas comprendidas en el número segundo tampoco son deducibles, porque los documentos presentados tienen carácter privado, y según el artículo 1.218 y 1.225 del Código civil, sólo hacen fe contra los que los firman y sus derechohabientes y no contra tercero (como es el Estado), y no reúnen la condición de llevar aparejada ejecución, pues no han sido reconocidas en juicio, a tenor del artículo 1.429 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Una escritura adicional de otra testamentaria (en la que se incluyan préstamos de ésta) no puede surtir efecto por ser dicha escritura ajena a ésta, ser de fecha posterior al fallecimiento del causante actual y no haber concurrido los herederos de éste.

Finalmente, las letras de cambio, si bien son documentos ejecutivos, es indispensable, para que surtan efecto en cuanto a la deducción de deuda, que hayan sido protestadas por falta de pago (acuerdos del Central 197 y 214 de 1929, y 54 de 1930, y otros), y esa circunstancia no se da en este caso y no se cumple el artículo 101 del Reglamento; y, además, dos de ellas libradas por el causante a la orden del Banco de X. contra don Z., fueron aceptadas por éste, que se constituyó, por tanto, como obligado a pagarlas, según el artículo 480 del Código de comercio, y, por lo tanto, el señor Z. y no la testamentaria actual sería la deudora, ya que los contratos se celebran para cumplirlos y no consta protesto por falta de pago. Aunque se quisiera aplicar el Reglamento actual de 1932 como más benévolo, según la disposición final de su disposición transitoria, por prevenir que son deducibles las deudas que se entiendan justificadas por los medios admisibles en Derecho a satisfacción de la Administración, si se ratifica la deuda por los herederos y acreedor en documento público, no hay base para ello, pues no están acreditadas las deudas ni se ha otorgado escritura alguna con esos requisitos. (Acuerdo del Central de 2 de Junio de 1933.) 43 de 1933.

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado.

Bibliografía jurídica inglesa

LA NACIONALIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (*The Nationality of Corporations*). R. E. L. Vaughan y Mathew Chrussachi.—*The Law Quarterly Review*: Julio 1933.

La actualidad que esta materia adquirió durante la guerra europea y a la que hace pocos años se refería *Niboyet*, pervive a través de una proteica jurisprudencia que la ha emplazado alternativamente en los campos del derecho privado y del derecho público. Su trascendencia—juzgada con sólo advertir los intereses por ella afectados—clama uniforme solución.

Vaughan y *Chrussachi* comienzan su trabajo con un esquema de las sucesivas teorías propugnadas acerca de la nacionalidad de las personas jurídicas. En los primeros tiempos de las Compañías, cuando el consentimiento expreso del Estado era necesario para su constitución, se admitía universalmente que la persona moral adquiría la nacionalidad del país en que se había «incorporado». Este continúa siendo el punto de vista del Derecho norteamericano. En términos generales, la nacionalidad de una Sociedad se determinaba únicamente por el lugar de su origen, sin tener en cuenta la residencia de los accionistas o la sede de las transacciones. En algunos Estados de la Unión norteamericana este extremo se ha de consignar expresamente en los estatutos.

Con evidente intención política se abandona este sistema—*Gründungstheorie*, como le denominan los alemanes—en la mayoría de las naciones europeas hacia fines del pasado siglo. Sin duda, se pensó en muchos países que con las facilidades ofrecidas por el nuevo Derecho mercantil existía el fundado temor de que se indujese a invertir capital en Compañías incorporadas en el

extranjero que debieron haberlo sido en los respectivos países. A su amparo—se decía—podían los promotores constituir una Compañía bajo la ley laxa de la nación A., aunque el capital estuviese suscrito y el negocio se llevase total o principalmente en el país B. Si el lugar en que se incorporase había de determinar la nacionalidad de la Compañía, podía darse el caso—acorde con la intención—de una nacionalidad espúrea. Y siendo así los Tribunales—se añadía—deberían mirar más a la sustancia que a la forma y tratarla como nacional (*domestic*), obligándola a ajustarse a esta ley.

Esta argumentación, basada en la máxima *Fraus omnia corrumpit*, tuvo favorable acogida en Francia, donde fué adoptada en numerosas decisiones judiciales de la preguerra. Así también en Alemania.

En sustitución del lugar de su incorporación había que adoptar otro criterio para determinar la nacionalidad de la persona jurídica; y se aplicó el seguido para establecer el domicilio de la individual. La persona colectiva se consideraba nacional del país en que tuviere su verdadero asiento, su *siège social effectif*, que con frecuencia, pero no necesariamente, era aquel en que se hallaba incorporada.

Esta teoría está admitida en Bélgica desde hace veinte años. «Toute société—dice el artículo 172 de la ley de 23 de Mayo de 1873—dont le principal établissement est en Belgique soumise à la loi belge, bien que l'acte constitutif ait été passé en pays étranger.» Y el artículo 230 del Código de comercio italiano establece que toda Sociedad que tenga su asiento y el principal lugar de sus negocios en Italia se considerará italiana y sujeta a esta ley en todo caso, aun cuando estuviese incorporada en el extranjero.

Rechazando la afirmación de los juristas continentales, *Vaughan* y *Chrussachi* niegan la identidad del Derecho inglés y del americano en lo que concierne a la nacionalidad de las Sociedades, extremo sobre el cual los Tribunales ingleses han eludido su pronunciamiento definitivo, por la sencilla razón de que, según los principios de su Derecho, la nacionalidad de las Sociedades no es esencial. Las *Companies Acts* distinguen entre Compañías incorporadas según sus disposiciones, y Compañías establecidas fuera

del Reino Unido, pero no hablan de Compañías inglesas y extranjeras. Este Derecho no admite la nacionalidad de la Sociedad como *ratio decidendi*, sino que atiende a la intención de sus miembros o a la residencia para determinar por qué ley se ha de regir la Compañía.

Cuando, antes de la guerra, los jueces ingleses hablaban de la nacionalidad de una Sociedad, dicha nacionalidad no tenía, sin embargo, alcance legal en Inglaterra como estatuto objetivo.

En los años que precedieron al conflicto mundial, y a causa de la penetración económica alemana en los países aliados, se dirigió atención preferente al problema de las Compañías ostensiblemente nacionales, cuyo verdadero control estaba en manos extranjeras. Los intereses amenazados por la guerra obligaron a tomar una decisión en este punto. ¿Qué había de hacerse, por ejemplo, con una Sociedad registrada y domiciliada en Francia, cuyos directores y accionistas fuesen alemanes? ¿Se le iba a considerar francesa, única solución posible con el criterio de nacionalidad de la preguerra, o había de estimársela alemana, en atención a la preponderancia de estos nacionales dentro de la misma? Se observará que el problema es ahora precisamente el reverso del que se planteara en la preguerra con las Compañías constituídas en un país y con «domicilio social efectivo» en otro.

Con excepción de los Estados Unidos, se optó en las naciones beligerantes por considerar a tales Compañías como enemigas de los aliados. Pero el modo de abordar el problema varió según los países.

En Francia se sostuvo el punto de vista de que, dadas las circunstancias, las disposiciones entonces vigentes resultaban inoperantes, por lo que procedía asimilar las Sociedades a los individuos de nacionalidad enemiga. Así se dice en la Circular del Ministro de Justicia de 29 de Febrero de 1916, que, según *Niboyet*, aportó soluciones totalmente nuevas y fecundas. «La nacionalidad aparente de las Sociedades no puede considerarse como una realidad. Las formas jurídicas con que la Sociedad aparece revestida, el lugar de su principal establecimiento, la nacionalidad de los asociados, gerentes o miembros de los organismos sociales fiscalizadores, todos los indicios que el Derecho privado tiene en cuenta para determinar la nacionalidad de una Sociedad, son inaplicables,

quedando limitada la cuestión a fijar, desde el punto de vista del Derecho público, el carácter real de esta Sociedad. Una Sociedad debe ser asimilada a una Sociedad enemiga desde que, de una manera notoria, su dirección o sus capitales están íntegramente o en su mayor parte en manos de súbditos enemigos, porque en tal caso la ficción del Derecho privado disimula las personalidades enemigas mismas y su actuación...

Los Tribunales franceses encontraron justificación teórica a esta Circular, sosteniendo que en tales casos la Sociedad era mera «persona interpuesta»; y una base legal para embargar durante la guerra los bienes de numerosas Sociedades domiciliadas en Francia. Esta extensión de la doctrina de las «personas interpuestas» está desechada por los juristas franceses de hoy día.

Los mismos principios se aplicaron sustancialmente en Alemania, Bélgica, Italia y otros países beligerantes.

En Inglaterra se adoptó una posición un tanto diferente. *Vaughan* y *Chrussachi* afirman que el razonamiento de la Cámara de los Lores en el *leading case de Daimler C.^o, Ltd. v. Continental Tyre and Rubber C.^o Ltd.* (1916), ha sido mal interpretado en muchos lugares del Continente, olvidando una peculiaridad del Derecho inglés: la consideración de enemigo en tiempo de guerra se determina, no por la nacionalidad, sino por la residencia voluntaria entre los enemigos. El mismo ciudadano británico deviene enemigo en tal caso, por pasiva o pacífica que sea esa residencia. Tratándose de personas jurídicas—se preguntaba *Lord Parker* al dictar sentencia en el caso citado—, ¿dónde radica la analogía con esa residencia voluntaria entre los enemigos del rey? En el «control», según *Lord Parker*. Si las personas naturales que asumen el control de los negocios de una Compañía residen en país enemigo, la entidad misma participa de la consideración de tal. Y, por vía de ilustración, añade: «Si después de eliminar las acciones enemigas, el número de los accionistas restantes es insuficiente para que puedan tener lugar las juntas de la Compañía o la reunión de sus directores o gerentes, ello puede ser base para una presunción en este sentido».

Como se ve, en esta sentencia no se imputa a la Compañía la condición de «nacionalidad enemiga», sino la de «enemiga» simplemente. «La Compañía no puede ser absolutamente identificada

con sus accionistas, o con la mayoría de ellos, hasta el extremo de atribuirle la misma nacionalidad», concluían los jueces de apelación, con excepción de *Lord Halsbury*.

Este principio del control para determinar la condición de enemigo en las personas jurídicas se aplicó repetidamente por los Tribunales ingleses y fué aceptada por el legislador en 1918.

Pero al entrar en guerra los Estados Unidos, rehusaron deliberadamente su adopción. En una ley de 1917 atribuían la condición de enemigo a toda persona jurídica incorporada en país con ellos en guerra, o que estuviese en cualquier nación—que no fuese la propia—en relaciones comerciales con el enemigo. La persona jurídica incorporada en los Estados Unidos no podía, pues, adquirir la nacionalidad enemiga.

El principio inglés del control fué adoptado por los autores del Tratado de Versalles, que en el artículo 74 de la Sección V (Alsacia y Lorena) equiparaba «las Compañías controladas por Alemania» con los «nacionales alemanes», asimilación que de nuevo se encuentra en el artículo 297: «Los Aliados y los Poderes asociados se reservan el derecho de retener y liquidar todas las propiedades, derechos e intereses pertenecientes a alemanes o a Compañías por ellos dirigidas».

Algunos autores han propuesto que el sistema de control—único sincero y justo en esta materia, según expresión de *Niboyet*—debía adoptarse de manera permanente; pero recientemente se registra una vigorosa reacción no sólo contra el principio, sino también contra las decisiones judiciales que le dieron vida y a las que *Mazeaud* y *Marburg* niegan autoridad. En el *American Journal of International Law* (vol. 24) se pone de relieve la confusión dimanante de dichas decisiones, cuando la antigua ley, que declaraba en suspenso durante la guerra los derechos de los directores y accionistas extranjeros, resultaba perfectamente adecuada para impedir las transacciones con el enemigo, finalidad perseguida por el legislador. El control era legalmente imposible por parte de esos gerentes y accionistas en país enemigo. Como decía *Norem*, si todos los directores eran enemigos y no quedaba número suficiente de accionistas para elegir nuevos directores, la Sociedad no devenía por ello enemiga, sino que quedaba paralizada en punto de Derecho.

Mirando a la política nacional, el principio del control podía resultar útil a aquellos países que deseaban excluir a los extranjeros de ciertas industrias; pero, como indica *Mazeaud*, es esta cuestión completamente apartada de la que se refiere a la nacionalidad de las Sociedades, y en conexión con la política nacional hacia los extranjeros en general.

Vaughan y *Chrussachi* se oponen a la admisión de esta teoría como principio determinante de la nacionalidad, estimándola en evidente contradicción con la admisión de la personalidad jurídica de las Sociedades, independientemente de la de sus componentes. Las acciones, y con ellas el control—dicen—, pasan constantemente en las Compañías de unos a otros nacionales, y la nacionalidad de las Sociedades no debe seguir las fluctuaciones de esa distribución de acciones. Además—se preguntan—, ¿cómo se va a precisar en un determinado momento esa distribución, dada la generalización cada vez en aumento de las acciones al portador? La aplicación del principio del control durante la guerra fué posible—afirma un autor francés—porque el rompimiento de las hostilidades cristalizó el entonces existente estado de cosas.

Hay, pues, que volver a los antiguos sistemas, dicen los autores que comentamos. El del domicilio—como determinante de la nacionalidad—que antes de la guerra obtuvo reconocimiento casi general en el Continente, adopta dos formas diferentes. Según una, el domicilio de las personas jurídicas es el lugar donde principalmente se llevan a cabo sus actividades económicas, su *centre d'exploitation* o *geschäftsbetrieb*—la mina, en el caso de una Compañía minera; la fábrica, en el de una empresa manufacturera, etc.—. Este punto de vista, aceptado en una época en Francia e Italia, cuenta hoy con escasos defensores. Los juristas continentales propugnan con virtual unanimidad que el domicilio de una Sociedad es el de su *siège social effectif* (*geschäftssitz*, en alemán; *sede sociale*, en italiano). Si existe alguna duda acerca del domicilio social, «le lieu dont la Société a fait le centre de ses affaires, où fonctionnent ses organes essentiels» de una determinada Sociedad, es esta cuestión de hecho a decidir por los Tribunales. Acorde con esta teoría, si una Sociedad con sede social en un país es incorporada en otro, ello no implica el cambio de su nacionalidad, porque, como dice *Cug* en su *Nationalité des Sociétés*, la Sociedad, aún

más que el individuo, no puede constituir artificialmente un domicilio que no corresponda al centro de sus intereses.

En opinión de *Vaughan* y *Chrussachi*, no hay razón para asumir que el domicilio determine la nacionalidad de una Sociedad. La analogía con la persona individual—si es dable hablar de ella—es argumento en contra de este criterio. La persona física puede adquirir la nacionalidad por *iure sanguinis*, por *iure soli* o por naturalización. La Sociedad, naturalmente, no puede adquirirla por el *iure sanguinis*; pero ¿por qué no habría de adquirir la nacionalidad por *iure soli*—como sucede con la persona física en muchos países—, esto es, la de aquel país en que nace la personalidad corporativa? Además, ¿no se puede establecer analogía entre el certificado o carta de naturalización concedida a la persona individual y el certificado de Registro de una Sociedad? La nacionalidad de la persona física no se determina en ningún caso por su domicilio, como tal considerado, y, en principios generales, no se comprende por qué el domicilio ha de determinar la nacionalidad de una persona jurídica.

Además, como *Mazeud* admite francamente, una Sociedad que registrada en un país, tenga su sede social en otro, no debía, según el criterio de la nacionalidad, considerarse como nacional del país en que tenga su asiento, sino carente de toda nacionalidad. Ya no tiene la de aquel país en que se incorporó, porque no está domiciliada en él y no ha adquirido la nacionalidad del país en que está domiciliada, porque no fué registrada bajo la Ley del mismo. Es una Sociedad de hecho, sin nacionalidad, sin existencia autorizada por una ley nacional, que debiera ser disuelta por los Tribunales.

Dado el creciente número de Compañías con conexiones internacionales, cuyo centro de gravedad puede, en el ir y venir, cambiar de un país a otro, cabe imaginar las dificultades a que este principio puede dar lugar. Antes de la guerra, los Tribunales franceses no titubeaban en aplicar la teoría del *siège social effectif*, porque en casi todos los casos tenían que habérselas con Sociedades fraudulentas (*bogus companies*) que era necesario liquidar en interés del público. Sin embargo, cuando en el caso de la *West Canadian Collieries, Ltd.* (1908), tropezaron con una Compañía cuyo domicilio social estaba, sin duda, en Francia, pero que, por razones de conveniencia, se había incorporado en Inglaterra, llevando el

principio a su consecuencia lógica, la consideraron inglesa. Basándose en esta decisión, algunos juristas franceses propugnan la teoría según la cual la Sociedad puede elegir libremente su domicilio y, por ende, su nacionalidad, siempre que lo haga sin intención fraudulenta. La teoría del domicilio, decaída en opinión de *Vaughan* y *Chrussachi*, tiene escaso valor legal y práctico.

El punto de los efectos legales del cambio de domicilio social efectivo de uno a otro país es, a juicio de dichos autores, la piedra de toque de la teoría del domicilio. Consideremos por un momento—dicen—el sentido de la nacionalidad con referencia a las Sociedades. Una Sociedad sólo puede existir en cuanto algún ordenamiento jurídico nacional le haya reconocido como tal, reconocimiento que supone la base necesaria para que lo sea también por otros sistemas nacionales, mediante tratados o de otra forma, en virtud de la comunidad de las naciones (*comity*).

Además, la persona jurídica tiene una constitución, una ley personal, según expresión de los juristas continentales; esto es, que está sujeta a un conjunto de reglas que determina sus derechos y obligaciones y gobierna sus relaciones con los miembros y con terceras personas, a cuyas reglas se ha de acomodar su actividad, dondequiera que la ejerce.

La nacionalidad de una persona jurídica—dicen—no puede ir más allá de esto. El concepto de nacionalidad no ha de ser el mismo tratándose de una persona individual que de una colectiva. Como expone *Niboyet*, al hacer el cómputo de los nacionales franceses no se añaden las Sociedades a los individuos de este país. Si se adscribe la nacionalidad a las personas jurídicas o al igual que a las físicas, es debido a la obvia conveniencia de admitir una analogía existente hasta cierto punto, particularmente en aquellos países donde estatuto y capacidad están determinados por la Ley nacional. Pero no hay razón para llevar más allá esta analogía.

¿Existe algún fundamento—aparte de determinar su ley personal—para adscribir nacionalidad a la persona jurídica? La experiencia de la guerra ha evidenciado que los países beligerantes no perseverarán en ninguna teoría de la nacionalidad de las personas jurídicas al decidir acerca de su condición de enemigo. En tiempo de paz, la protección diplomática de los Estados se extiende a las Sociedades en que sus nacionales estén interesados, sin considera-

ción a la nacionalidad de la Sociedad misma. Por lo que a los impuestos y a la *cautio indicatum solvi* se refiere, la nacionalidad tiene hoy escasa importancia en todas partes. Por otro lado, y a medida que se extienden en todo el mundo las ramificaciones de las Sociedades mercantiles, adquiere gran importancia el conocer fuera de toda duda el ordenamiento que gobierna la actividad de una determinada Sociedad y que necesariamente ha de ser un derecho nacional.

Esto explica por qué muchos juristas niegan que la Sociedad pueda tener nacionalidad. Si convenimos en que la nacionalidad de las Sociedades—asumiendo por un momento que la tengan—sólo sirve de hecho para determinar su ley personal, importa poco que digamos que las Sociedades tienen nacionalidad—cuyo efecto es limitado—, o que la nacionalidad así limitada no es en ningún modo nacionalidad.

Volviendo nuestros autores al punto que consideran verdadero reactivo de la teoría domiciliaria de la nacionalidad, se preguntan : ¿Cuál es la situación de una persona jurídica que desplaza su sede social efectiva de un país a otro, sin que de nuevo sea registrada? ¿A qué ley está sujeta, a la de su antiguo o a la de su nuevo domicilio? Los defensores del sistema del domicilio encuentran gran dificultad al llegar a este extremo. Para ser consecuentes con ellos mismos, han de decir que la Sociedad ha dejado de existir o que en lo sucesivo es un nacional del país de su domicilio. Sin embargo, y esto es bastante significativo, los altos Tribunales de Francia y Alemania han rehusado extraer cualquiera de estas consecuencias en las circunstancias indicadas.

El *Reichsgericht*, después de sostener repetidamente que el cambio de domicilio pone fin a la existencia de la persona jurídica, afirmó, en el caso de *Gesthische Gewerkschafte* (1918), que no obstante el cambio de domicilio a Prusia, continuaba existiendo, si bien sólo como una *Liquidations-gesellhmhaft*.

Este sistema ha sido censurado por juristas alemanes como contrario a la intención de los accionistas, que evidentemente deseaban que continuase la vida de la persona jurídica en su nuevo país.

En el famoso *Caso Poirier* (1898), el Tribunal de Casación sostuvo que una Compañía francesa que había cambiado su domicilio

social efectivo a Bélgica, continuaba con aquella nacionalidad, porque los accionistas no habían revocado en tiempo la cláusula estatutaria según la cual la Compañía quedaba sujeta a la Ley francesa. En otras palabras, consideraron que la intención de sus miembros era decisiva en la materia.

En el campo contractual, la mayoría de los países han admitido que, en principio, nada pueda impedir que las partes se sometan a ley diferente de la de cualquiera de ellos. Si bien esta teoría de la «autonomía de la voluntad» ha sido objeto de recientes censuras, especialmente de *Niboyet*, en su *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International* (1927)—, de hecho se aplica casi a diario en conocimientos y pólizas de fletamento. Ahora que, como indica *Niboyet*, «qu'est ce que la Société, sinon l'effet d'un contrat plus ou moins réglémenté, mais enfin d'un pur contrat de Droit privé tout de même?»

Algunos autores no tienen inconveniente en adoptar como *ratio decidendi* de la nacionalidad la intención de los miembros, mientras otros se resisten a admitir que la voluntad de los individuos por sí y sin la intervención de autoridad estatal sea suficiente para conferir el estatuto nacional a la persona. La nacionalidad —podrá decirse—es materia de Derecho público y no puede depender del capricho de los individuos.

A juicio de *Vaughan* y *Chrussachi*, la dificultad es más aparente que real. En alguna medida, la intervención del Estado es necesaria en todos los países para la constitución de la persona jurídica. A veces basta con el cumplimiento de los requisitos legales, lo que equivale a una autorización tácita condicionada.

Si esto es así, si una persona jurídica sólo puede tener existencia invocando alguna ley nacional, difícilmente podrá ser nacional de país que no sea aquel que ha hecho posible su vida. Resulta inconcebible que una nación pueda constituir una persona que va a ser miembro de otra. La voluntad de los individuos puede no ser suficiente para conferir la nacionalidad, pero ¿por qué no ha de ser bastante cuando así está admitido, aunque sea tácitamente, por el Estado cuya nacionalidad se demanda? Si la nacionalidad es cuestión de derecho público, la Ley a considerar es la de este país y no la de ningún otro.

Para *Vaughan* y *Chrussachi*, los casos de «fraude à la loi» se

basan en un error. Los Tribunales de todos los países—dicen—deben tener jurisdicción para terminar o prohibir, dentro del territorio nacional, la actividad de cualquier persona jurídica, nacional o extranjera, que, por razones que sólo a ellos compete juzgar, consideren contaminada de fraude. Sin embargo, no pueden llegar a imputar, por ejemplo, nacionalidad francesa a una Compañía incorporada en Inglaterra en circunstancias tales que, si bien satisfacen al Derecho inglés, se considerarían fraudulentas en el francés. Sería paradójico que un país pudiese imponer su nacionalidad en sanción de fraude.

Así se vuelve al antiguo principio de la nacionalidad de la persona jurídica por el lugar de su incorporación, sistema que conduce al mismo resultado del que atiende a la intención de sus miembros. El hecho de que la persona se constituya en un determinado país y según su derecho, supone una presunción casi irrefutable del deseo de sus individuos de que adquiera dicha nacionalidad.

Este sistema reduce al mínimo la incertidumbre, apartando a los Tribunales de las notorias inconsecuencias en que han incurrido aquellos países que adoptan la teoría del domicilio y proporcionando, a la vez, considerable libertad a los hombres de negocios.

Tanto para los miembros entre sí, como para las relaciones de éstos con la persona jurídica, no puede haber perjuicio, y las terceras personas, gracias a las prescripciones legales acerca del registro de aquélla, tienen pleno conocimiento de la situación. Rechazando la sugestión de que los suscriptores de acciones en Compañías extranjeras tienen derecho a la protección de la ley del país en que la suscripción tuvo lugar, dice Leveu: «Il n'est pas douteux que les souscripteurs n'ont compté que sur les garanties qui leur sont données par la loi personnelle de la société, et non par d'autres: c'est cette loi qu'il faut suivre». Y parece que este principio es de aplicación general.

Indudablemente, los abusos son posibles. Las personas jurídicas «vagabundas» (*travels*), como pintorescamente se las denomina en América, pueden constituirse en un país con el propósito de negociar exclusivamente en otro. Pero los abusos—quizás exagerados—pueden ser corregidos por la ley del lugar sin invo-

car una teoría viciosa de la nacionalidad. Los países en que tales empresas se desenvuelven, pueden protegerse—si así lo estiman conveniente—excluyendo de su Bolsa las acciones correspondientes, o disponiendo que tales Compañías extranjeras, además de ser registradas, suministren al público una completa información. (Ley francesa de 18 de Marzo de 1919; artículo 201 del Código de comercio alemán, y artículo 232 del Código italiano.)

Siempre se ha pensado que el Estado debe tratar a sus ciudadanos por lo menos con tanta liberalidad como a los extranjeros, y de aquí que, si se permite actuar a los extraños en forma de Compañía extranjera, nada abona que los nacionales no puedan gozar del mismo privilegio.

Finalmente, ¿será demasiado esperar que antes de prolongado lapso el derecho de Compañías de cada país reúna suficientes garantías para que accionistas y acreedores puedan registrar en el extranjero sin mayor incentivo para el promotor de Compañías fraudulentas?

JUAN RAMÍREZ DE LA TORRE,

Doctor en Derecho.