

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ES-
PECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año IX

Mayo de 1933

Núm. 101

LA HIPOTECA NAVAL⁽¹⁾

ELEMENTOS REALES DEL CONTRATO DE HIPOTECA

En este capítulo puede afirmarse, desde luego, que los bienes susceptibles de hipoteca naval son los buques mercantes; no creamos necesario extendernos más en ésto, por estimar superfluas las demás consideraciones que se pudieran hacer, ya que así lo declara expresamente nuestra ley de Hipoteca naval en su artículo 1.^º

Surge ahora la cuestión de si la hipoteca naval puede extenderse a los buques destinados a la navegación fluvial, o si solamente se aplica a los destinados al comercio marítimo. Nada disponen nuestras leyes sobre esto de una manera expresa, y, por tanto, la cuestión que acabamos de plantear tendrá que resolverse con arreglo al concepto jurídico de buque y a la terminología usada por nuestras leyes sobre esta materia. También la etimología de las palabras que las leyes emplean puede ayudarnos a resolver la cuestión.

Ya vimos cómo el artículo 148 del Reglamento del Registro Mercantil fijaba el concepto de buque diciendo: «Se reputarán buques...» Y por vía deductiva establecimos dos condiciones mínimas integrantes del concepto de buque: la flotabilidad y la destinación a servicios de la industria o del comercio marítimos. De estas dos condiciones, la primera, evidentemente, se presenta en las embarcaciones destinadas a la navegación fluvial; pero no así la

(1) Véanse los números 99 y 100 de esta Revista.

segunda, pues el adjetivo «marítimo» que el mencionado artículo emplea se utiliza, sin duda, para cualificar a su sustantivo, es decir, a la industria y al comercio, que será preciso sean *marítimos*, del mar, sobre el mar; y esto, claramente, excluye de la hipoteca naval a las embarcaciones fluviales. La terminología que nuestra ley emplea nos confirma en nuestra posición; y las reglas etimológicas, también. Por eso estimamos que las embarcaciones destinadas a la navegación fluvial no pueden ser objeto de esta clase de hipotecas.

En Francia la cuestión se resuelve en el mismo sentido por la ley de 5 de Julio de 1917; según ella, la hipoteca naval (*hypothèque maritime*) sólo es aplicable a los buques destinados a navegar sobre el mar (*bâtiments de mer*) (Ripert).

Plantéase ahora el problema de la

HIPOTECA DEL NAVÍO EN CONSTRUCCIÓN

Para entrar en el estudio de esta cuestión será preciso, ante todo, plantear brevemente la cuestión de lo que el contrato de construcción sea y su regulación en nuestras leyes. El contrato de construcción no está ni definido ni reglamentado en el Código de comercio español; sólo existen en él la norma genérica consignada en el artículo 573 y una referencia especial al contrato mismo de construcción en el artículo 574.

El contrato de construcción está dentro de nuestra rúbrica general de arrendamiento de obras y servicios. En este arrendamiento una persona se compromete por un precio cierto a entregar una cosa, a prestar determinados servicios o a realizar una obra; así tenemos la triple figura del arrendamiento. Dentro del artículo 1.544 del Código civil cabe la inclusión del contrato de construcción de buques, ya que ese artículo dispone: «En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto.» Se trata en este artículo del arrendamiento de obras, cosa que es, en realidad, la construcción de un buque; pero ante todo, en el contrato de construcción de buques hay que establecer una distinción fundamental entre:

1.º Construcción del buque por *economía*.2.º Construcción del buque por *empresa o a «forfait»*.

En la primera forma de construcción el naviero, con materiales que le pertenecen y con obreros que tiene a su servicio, construye el buque; es ésta la forma más antigua de construcción que se da en la industria naval. Esta primera forma (cronológicamente) de construcción no ofrece dificultades; el futuro dueño arrienda los servicios de sus asalariados y transforma la propiedad de las materias que posee por la del buque mismo.

Actualmente lo corriente es que se distinga entre la industria naviera y la constructora de buques, llevándose a cabo ésta mediante precio cierto por persona distinta del naviero que después será propietario del buque (por contrato de obra). Lo más corriente es que el constructor, además del trabajo, ponga los materiales. Tanto en la primera forma de construcción como en aquella en que el constructor pone solamente el trabajo, el problema de la propiedad de la construcción es fácil: el propietario es el naviero, pues lo que hace es transformar la propiedad de los materiales que posee. Pero y cuando el constructor pone también los materiales, ¿quién es el propietario? Creemos que lo es el constructor, según se desprende del artículo 1.588 del Código civil, según el cual, aunque éste ponga los materiales el contrato sigue siendo de ajuste o a tanto alzado. La propiedad pasa de mano el día en que la construcción está terminada; pero ¿pasa automáticamente cuando la construcción ha terminado, o se precisa tradición? En España creemos que sí, debido al artículo 60 del Código civil. Ahora bien: puesto que el constructor es el propietario de la nave, es evidente que el que encargó la construcción tiene una posición que en ciertos casos puede ser desfavorable: ejemplo, caso de quiebra del constructor; el naviero no es propietario de la nave, y, por tanto, no puede reivindicarla; y si pagó algún plazo del precio, su posición es aún peor, pues no puede ni reclamar la nave, ni ostentar privilegio alguno para el cobro de su crédito, siendo un simple acreedor quirografario. Para evitar esto se pactan diversas soluciones: así la transmisión sucesiva de la propiedad de la nave a medida que su construcción se vaya terminando; pero contra esta solución hay que alegar que la obra tiene el carácter de indivisible; la obra no está realizada hasta que el buque está terminado, y sólo

desde este momento puede hablarse de transmisión de la propiedad, ya que la construcción del buque se pactó como una obra consumada y perfecta.

Entonces, para defender al naviero, se ideó la hipoteca del buque en construcción por las cantidades que aquél hubiera entregado al constructor; así si el constructor quiebra, el naviero ya no queda desamparado, pues tiene un crédito privilegiado sobre la construcción.

Y ya con esto nos encontramos en el terreno propio de nuestro trabajo, y vemos que el artículo 5.^o de la ley de Hipoteca naval dispone en su párrafo tercero: «La hipoteca sobre buques en construcción se constituirá por el propietario»; y en el artículo 16 se señalan las condiciones y reglas según las cuales la hipoteca del buque en construcción debe pactarse y los requisitos que se deben llenar para que el contrato logre su plena efectividad.

En la legislación francesa también se admite la hipoteca del buque en construcción; así se dispone expresamente en el artículo 5.^o de la ley de 10 de Julio de 1885.

En el artículo 1.^o de la ley alemana de 4 de Julio de 1926 se autoriza la hipoteca desde que se ha colocado la quilla y el navío se ha individualizado de una manera clara y duradera por un número o un nombre inscrito en un lugar visible que lo sea hasta después de la botación del buque.

Admítense también la hipoteca del buque en construcción en Bélgica, cuya ley de 10 de Febrero de 1908, en su artículo 26, párrafo segundo, dice escuetamente: «Puede constituirse—la hipoteca marítima—sobre un navío en construcción.» También se acepta en Portugal (artículo 587 del Código de comercio) y en casi todas las legislaciones.

La hipoteca de la nave en construcción es de gran utilidad, porque es un medio eficacísimo para promover la industria naciente. La construcción de un buque requiere grandes capitales, que quedan inmovilizados, improductivos, por un tiempo más o menos largo, pero siempre considerable, como es el necesario para la construcción; y para terminar ésta, sin recurrir al crédito, es necesario que el constructor tenga una potencialidad económica enorme, de la que en innumerables casos carece. Y entonces, de no admis-

tirse la hipoteca naval, agotados los medios económicos propios y las posibilidades de obtener nuevos créditos personales, el constructor, que ha empleado grandes capitales, que ha emprendido y, a veces, casi terminado la obra, veríase obligado a suspenderla o truncarla; y esto es lo que también se evita, dándole el medio de procurarse dinero con garantía real sobre la construcción, es decir, con la hipoteca del buque en construcción.

Soluciona, además, la admisión de esta hipoteca el problema, que ya esbozamos anteriormente: en la construcción del buque por empresa es frecuente pactar que el precio se irá entregando en partes, a medida que la obra vaya progresando. Ahora bien: en caso de quiebra del constructor, el naviero que ha pagado ya una parte del precio se vería reducido a producirse como un acreedor quirografario, situación evidentemente injusta. Y entonces, para mejorar su situación y colocar al naviero en mejores condiciones, puede acudirse a la hipoteca naval, constituyendo hipoteca sobre la construcción por las sumas pagadas.

Se han levantado, sin embargo, dificultades a esta hipoteca: así, por ejemplo:

1.^a Ripert, en su obra ya mencionada, recoge y expone: «Es preciso determinar quién es el propietario del buque en construcción. Pero esta dificultad—como de lo anteriormente expuesto se deduce—se resuelve fácilmente atendiendo al modo de construcción que se pactase; si ésta es por economía, el propietario será el naviero, y si es a *forfait* lo será el constructor.

2.^a Se pretende que no existe todavía el objeto mismo que se quiere hipotecar; un buque en construcción no es todavía un buque; y se dice que una hipoteca sobre una cosa que no existe, o que existe incompletamente, y que está al arbitrio del deudor el hacerla existir o completarla, es absurda.

Pero es que la hipoteca sobre un buque en construcción no puede decirse hecha sobre una cosa que no existe; el objeto no es una nave terminada, sino una nave empezada, y esto puede ya tener un valor considerable, a veces enorme. Una nave en construcción es algo semejante a un edificio en construcción, y nadie obstaculiza la hipoteca de edificios en construcción, ni a nadie se le ocurre decir que esas hipotecas recaen sobre un objeto que no existe. Y, sobre todo, una nave en construcción es ya algo presente,

no un objeto inexistente y sólo futuro, y, como acabamos de decir, puede tener un gran valor.

Lo que sí exige nuestra legislación es que esté invertida en la construcción la tercera parte del capital total a invertir, o que se haya presupuestado para la construcción total del casco (artículo 16, ley Hipoteca naval).

Estimamos, pues, que por fomentar la construcción de buques, suministrando medios materiales a los constructores y, como consecuencia de esto, contribuyendo a desarrollar el comercio marítimo, este género de hipotecas debe admitirse. Y es satisfactorio ver cómo todas las legislaciones se inclinan en este sentido.

LA HIPOTECA, LOS ACCESORIOS Y LAS PERTENENCIAS

En esto son de plena aplicación los principios de Derecho inmobiliario: el objeto de la garantía real se extiende para la nave, como para los inmuebles, a sus accesorios, a todos los objetos destinados permanentemente a su servicio, a no ser que en los pactos de constitución de la hipoteca se establezca expresamente lo contrario. Cuando los accesorios cesan en su destinación, deben tratarse como muebles que físicamente son, y no son, por consiguiente, susceptibles de servir de garantía real; viceversa, entrarán en la órbita de ésta los accesorios que hubiesen venido a pertenecer a la nave posteriormente a la constitución de la hipoteca. La hipoteca abarca a los accesorios, en cuanto éstos son una pertenencia orgánica de la nave y se consideran como cosa inmediatamente ligada a la principal a la que sirven para integrarla en su función esencial. Son de plena aplicación aquí, como ya hemos dicho, los principios del Derecho común: *res accessoria sequitur conditionem rei principalis*; la hipoteca de la cosa principal vincula—si no hay restricción expresa—a las accesorias. En esto es dispositivo el artículo 7.^º de la ley de Hipoteca Naval, que dice: «Se entenderán hipotecados juntamente con el casco del buque y responderán de los compromisos anejos a la hipoteca, salvo pacto expreso en contrario, el aparejo, respetos, pertrechos y máquinas, si fuere de vapor, que se hallen a la sazón en el dominio del dueño o ducños de la nave hipotecada...»

En lógica interpretación de los principios del Derecho común, parece también que la hipoteca naval debe extenderse a todas las mejoras que a la nave se incorporen; y esto porque las mejoras y accesiones que se incorporan a la cosa se identifican con ésta, y, por tanto, a ellas debe también extenderse la hipoteca.

Solventada en este sentido la cuestión de los accesorios y pertenencias, el mismo artículo 7.^º, que acabamos de citar, plantea otra de gran interés al incluir en la hipoteca a los fletes y a las indemnizaciones que al buque corresponda percibir por abordaje, avería o seguro. Analicemos las cuestiones que suscita la inclusión del flete en la hipoteca.

LA HIPOTECA Y EL FLETE

El flete, evidentemente, no es un accesorio ni una pertenencia; no es algo ligado de una manera inmediata a la nave ni una cosa necesaria, o contribuyente cuanto menos a que ésta realice su misión comercial; lejos de esto, es el resultado, el beneficio que la explotación comercial del buque produce; es la compensación que el naviero obtiene en razón al riesgo a que sometió su capital.

Creemos que el flete puede considerarse como un fruto civil de la nave. Según Ferrara, fruto es «toda utilidad que se obtiene de las cosas sin alteración de su sustancia y conforme a su especial destino económico» (*Trattato di Diritto civile italiano*); sin gran esfuerzo, dentro de este concepto puede incluirse el flete.

Partiendo de esta base, de la consideración del flete como fruto (o si se quiere como efecto) de la empresa marítima, ¿deben incluirse los fletes—según dispone nuestra ley—en la hipoteca naval? («los fletes devengados y no percibidos por el viaje que estuviera haciendo o el último que hubiere rendido al hacerse efectivo el crédito hipotecario», artículo 7.^º). Brunetti se opone a esta inclusión diciendo que, caso de hacerse así, se convertiría al naviero de propietario en gestor de los intereses del acreedor; pero esta afirmación obedece a que Brunetti no se plantea la cuestión en sus términos más exactos; no se trata de incluir en la hipoteca *todos* los fletes, sino sólo del *flete a percibir o del último percibido*, como si dijéramos, «del fruto pendiente». Y esto no contradice

aquejios principios de Derecho común que dijimos eran aplicables en estas cuestiones. Por eso estimamos inexacta la afirmación de Brunetti, y creemos que la posición en que se sitúa no es la que realmente debiera ocupar. Creemos, además, que éste es un problema que se resuelve fácilmente, sobre todo en nuestra construcción. En efecto: aceptada por nosotros—como ya anteriormente hemos dicho, y por los motivos que entonces expusimos—la construcción de la fortuna de mar como patrimonio autónomo y consecuentes con nuestra idea, incluimos al flete del último viaje en la masa de bienes objeto de la garantía hipotecaria, por estimar que esos bienes que integran el flete pueden equipararse en cierto modo a los frutos pendientes, y que, como tales, siguen aún perteneciendo al patrimonio autónomo, que es el que los hizo formarse, y que es la fortuna de mar.

No decimos tanto de los fletes ya devengados por viajes anteriores, porque éstos ya se disgregaron de la mencionada fortuna de mar. Y no se nos objete que en el Derecho inmobiliario ocurre de distinta manera; lo que ahora sostendremos no sólo no está en contradicción con lo que en tal Derecho ocurre, sino que es precisamente eso, y no otra cosa, lo que en él sucede, pues de la misma manera que los frutos pendientes se abarcan en la hipoteca y los recogidos ya no entran en ella, así también el flete, que es un fruto, en tanto está pendiente, en tanto aun no ha surgido la condición necesaria (fin del viaje, entre otras) para que se considere recogido, debe incluirse en la masa de bienes que forman parte de la garantía. En apoyo de esta opinión viene el artículo 577 del Código de comercio, al atribuir al comprador del buque durante el viaje «los fletes que devengare en él (en el viaje) desde que recibió el último cargamento». Es más: no sólo el flete del viaje en curso es el único que debe ser incluido en la hipoteca; también deben serlo todos los fletes que se deban al naviero, pues forman aún parte de la fortuna de mar y tienen aún la consideración de frutos pendientes.

En cuanto a las indemnizaciones debidas por abordaje, salvamento, avería, etc., y también las de seguro, creemos que por las mismas razones expuestas deben formar parte de la masa de bienes en que se ejecuta la hipoteca, no siendo preciso, para llegar a esta conclusión, el acudir a la subrogación real, pues basta con-

siderarlas como parte integrante de la fortuna de mar ; al ser esto así, y al hipotecarse el buque como centro de esa fortuna, creemos que deben incluirse en la hipoteca. Más adelante volveremos a ocuparnos de esta cuestión (al tratar de la hipoteca y la subrogación real).

Contrariamente, no creemos deba darse igual tratamiento a los accesorios cuya propiedad no pertenece al propietario de la nave ; y es porque en este caso esos accesorios no pertenecen a la fortuna de mar, no contribuyen a integrarla ; en esos casos, aunque exista destinación a un mismo fin del accesorio y de la fortuna de mar, no hay integración de aquél en ésta ; se podrá hablar todo lo más de una posesión en precario o de un préstamo de cosa específica ; pero no de otras situaciones jurídicas, estando el propietario del accesorio desligado por completo de la hipoteca constituida sobre el buque.

ANTONIO BOUTHELIER ESPASA,

Abogado.

(Continuará.)

El “*ius ad rem*” en el Derecho civil moderno⁽¹⁾

II

EL DESARROLLO DE LA NOCIÓN Y LA APLICACIÓN DEL TÉRMINO A OTRA FIGURA JURÍDICA

Si los autores del siglo xiii habían descubierto la existencia de una relación de derecho que denominaron *ius ad rem*, no llegaron, en cambio, a definir su naturaleza de manera suficientemente clara para edificar las bases necesarias a una teoría sólida.

No llegaron a desgajar y separar la noción del caso práctico a propósito del cual constataron su existencia. Empleando el término *ius ad rem*, entendían siempre oponer de un lado la investidura verbal o ya la investidura simbólica, y de otra parte la investidura propiamente dicha o la toma de posesión efectiva. Pero nosotros hemos visto que la idea que se habían hecho del carácter de la investidura se había modificado, y es fácil comprender que ello había de repercutir también sobre la noción del *ius ad rem*, que se basaba precisamente sobre el carácter de esta institución.

El *Liber feudorum*, II, 26, § 15, declara que, incluso antes de la toma de posesión, el investido estaba beneficiado con un derecho sobre el feudo, puesto que podía obligar al señor a concedérselo y sin que este último pudiera liberarse con el pago de una indemnización. Y, de otra parte, podría reclamarse el inmueble frente a un tercero.

Nosotros hemos hecho ya alusión a las ideas romanas, bajo cuya influencia la noción de la investidura se había transformado hasta el punto de no ser más que un contrato generador de obligaciones.

Tomando como base, para explicar la idea del *ius ad rem*, estas dos nociones divergentes de la investidura, se llega necesariamente

(1) Véase el número 100 de esta Revista.

a resultados muy diferentes. Si en el primer caso, en que la investidura confiere un derecho más fuerte que un simple derecho de obligaciones, el término *jus ad rem* designa un derecho de orden *cuasi real*; en el segundo caso no significa más que un derecho de obligación.

El «jus ad rem» en la significación de un derecho más fuerte que el derecho de obligación.—Dos teorías paralelas sobre lo que es preciso entender por *jus ad rem* se han desenvuelto una al lado de otra. Es natural que la teoría del *jus ad rem*, comprendida en el sentido de *jus in personam*, encuentre el mayor número de defensores, puesto que la idea del carácter puramente personal del derecho derivado de la investidura era generalmente aceptada.

Hay, sin embargo, cierto número de autores que continúan aplicando ese término al derecho de un adquirente de cosa cierta, pero que todavía no ha tomado posesión, y sin embargo está provisto de un derecho de persecución sobre la cosa.

Así los glosadores y los juristas italianos de los siglos XIV y XV conocían, al lado de un *jus personale* y un *jus reale*, un *jus ad rem*, cuyo carácter es, sin embargo, difícil de determinar. Affolter (1) enumera a Petrus de Bella Portica, Johannes Faber; Bartolus, muerto en 1357; Paulus de Castro, Panormitanus. Por ejemplo, Petrus de Bella Portica considera el dominio directo como un atributo del *jus ad rem*, en tanto que Johannes Faber se contenta con atribuirle el efecto de un *cuasi dominium*. Esta idea parece haber sido repetida por una serie de autores, por desgracia, difícilmente accesibles. Affolter cita a Rochus de Curte, a fin del siglo XVI y a principios del XVII; Claudio Cantiuncula, Heinrich Schneidewin (1519-68), Mynsinger (1514-88), Wesenbec, Peter Gudelin (1550-1689), al español Ludovicus Molina y al italiano Vicentius Filliucius (1566-1622), Bachovius (1574-1634). Muchas divergencias existían entre las opiniones de estos diversos juristas, y según el parecer de Affolter, la noción del *jus ad rem* no se destacaba con toda la claridad deseable.

El término empleado en el sentido del «jus in personam».—Al frente de esta escuela se levanta la teoría de otros autores, para los que el *jus ad rem* era sinónimo de derecho de obligación.

(1) *Das römische Institutionen-System*, pág. 121. Heidelberg, 1897.

Así, Heinrich Hahn (1605-68), en una disertación en 1639, *De jure rerum et juris in re specibus*, según este autor, el derecho privado puede ser dividido entre el *jus personarum* y el *jus rerum*.

El *jus rerum* consiste en la *facultas circa rem qua vel res ipsa affecta est vel persona obligata* (conclus. IX). El *jus circa rem* se subdivide en un *jus in re* y en un *jus ad rem*, o, en otros términos, en derecho real y personal (conclus. IX). Refiriéndose a Baldus, muerto en 1400, y a Jasus Mainus, muerto en 1514, da la definición siguiente del *jus ad rem*, que es la única que nos interesa aquí: *jus ad rem est quod non nisi in obligatione constituit*. Germani Schuldt: *Belgis Inschuldt*. Considera como expresiones equivalentes los términos *jus personale*, *jus non consolidatum*, *jus propter rem*.

En 1666, un profesor de la Universidad de Groninga, Gerhard Feltmann, publicó su *Tractatus de jure in re et ad rem, id est manuductio ad jus civile Romanorum et Clivorum*.

A propósito del *jus ad rem*, distingue la *obligatio* del *jus ad rem*; la primera es la causa, y la segunda, el efecto. El *jus ad rem* se refiere a la persona del acreedor, y la *obligatio* a la del deudor.

Comparando el *jus in re* al *jus ad rem*, cita, entre otros ejemplos, la doble venta, que es la hipótesis que nos interesa y que, después de la codificación prusiana, ha sido considerado como el prototipo de un caso de aplicación del *jus ad rem*. Por consecuencia, desde el punto de vista moderno, el resultado de las reflexiones de Feltmann es bastante inesperado, aunque la diferencia no consiste en el fondo más que en los términos empleados, que tienen otra significación.

El primer adquirente tiene un *jus ad rem*, y nada más que un *jus ad rem*, y por lo mismo, el segundo adquirente de la cosa, tomando posesión de ella, adquiere su propiedad.

El primer comprador no tiene más que un derecho personal frente al vendedor; esto prueba, evidentemente, que el autor no ve en lo que él llama *jus ad rem* más que un derecho de crédito.

No es solamente Feltmann el defensor de esta teoría.

Así, G. A. Struve (1619-92), en su *Jurisprudentia Romano-Germanica forensis* (1670), dice: *Jus ad rem est facultas jure competens qua ad rem praestandam, hoc est dandum aliquid vel faciendum, aut aliquando patientium personam ex uno facto obliga-*

tam habemus. Este *jus ad rem* abarca, por consiguiente, todos los derechos personales independientes de su modo de origen.

Esta opinión es igualmente compartida por Feltmann, que habla de un *jus ad rem ex delicto*, *jus ad rem ex judicato velut obligatiene*, *jus ad rem quasi ex contractu*, y que titula así precisamente diversos párrafos de un capítulo tratando de la división del derecho en general.

La teoría de la distinción del *jus ad rem* y del *jus in re* se encuentra también en Arnoldus Vinnius (1558-1657), profesor de Leyden (1). Considera la noción de la obligación colocándose desde diferentes puntos de vista: *Obligatio quatenus a parte debitoris, consideratur, jus non est, sed vinculum juris...*, *a parte autem creditoris qui debitorem ita adstrictum habet, non male jus dicitur, quod ex contractu acquiretur et numeretur in bonis. Etenim jus illud non est jus in re, sed tantum ad rem, tribuens creditor i actionem in personam cumtaxat.*

En el siglo XVIII, Daries (1714-91) (2) distingue las obligaciones creatrices de un *jus ad rem* de las que no constituyen más que un *jus personale in specie*. No es *jus ad rem* más que el derecho que tiene por fin la prestación de una cosa aun conservando su carácter personal.

III

EL DERECHO A LA COSA (DAS RECHT ZUR SACHE)

Si se investiga en los tratados del siglo XVII y parte del XVIII la significación del término *jus ad rem*, se encontrará expuesta como un derecho de crédito en general o desde uno de sus aspectos. La idea subsiste, aunque el adquirente de cosa cierta que no hubiere tomado posesión de ella esté beneficiado de un derecho más fuerte que un derecho personal. Las dos teorías eran absolutamente independientes.

De otra parte, es difícil comprobar la relación que pueda existir:

(1) *Vinnii Institutionum Comm.*, revisado por Heineccius. Lugduni (1761). L. II, tit. II, 3.

(2) *Institutiones Jurisprudentiae universalis Jenae*. § 805.

entre las construcciones de los canonistas, feudistas y sus sucesores civilistas, de un lado, y la norma de un derecho especial del adquirente de cosa cierta hacia un segundo adquirente de la misma cosa, de otra parte. En cuanto a los autores modernos (1), en su tendencia a relacionar estas dos teorías, las llaman con igual nombre y parecen tratarlas retrospectivamente.

Parece cierto que antes del siglo XVIII la expresión *jus ad rem* no se aplicaba a la relación de derecho establecida entre un primer y un segundo adquirente de la misma cosa.

Cuando la empleaban los autores de los siglos XIV, XV y XVI, se referían a un derecho descubierto por los canonistas y feudistas y era sinónima de obligación. En un radio territorialmente restringido y probablemente de una manera autónoma e independiente de las teorías precedentes, designaba el usufructo por oposición a la propiedad.

Tal es el caso del *Grand Coutumière*, de Jacques d'Albriges, y de la *Somme rurale*, de Jean Bouillon (2), obras de los siglos XIV y XV. Es preciso, pues, ponerse en guardia al servirse de la expresión imaginaria de *jus ad rem*.

No obstante, si nos interesamos en la cuestión de saber si el primer adquirente de cosa cierta podía reivindicarla de un segundo adquirente, no podemos todavía afirmar que este problema fuere desconocido en esta época por el solo hecho de que los autores no lo hubieran tratado bajo el título de *jus ad rem*.

El derecho del primer adquirente frente al segundo antes de la época de la codificación.—La idea de conceder una protección a los intereses del primer acreedor existía desde tiempo, pero a este derecho no se le hacía objeto de una denominación especial.

Las fuentes no se pronuncian sobre este punto de una manera clara; parece, sin embargo, que, según el derecho de la Edad Media, el primer contratante era preferido al segundo si éste era de mala fe, y sobre todo en materia inmobiliaria (3).

(1) Ved Rigaud: *Le Droit réel*, pág. 91; Roguon: *Science jur. pure*, número 1.168.

(2) Brissaud: *Manuel d'Histoire*, págs. 1.217, 1.218 y 1.253.

(3) Laband: *Vermögensrechtliche Klagen*, págs. 272-274; Stobbe: *Deutsch. Privatrecht*, III, 2.ª edic., Berlin, 1885, § 175; Heusler: *Gewere*, pág. 30 s.; Sohm: *Trauung u. Verlobung*, página 19; Gierke: *Deutsch. Privatrecht*, II,

Sohm ha pretendido (1) que el derecho real germánico de la Edad Media no se adquiere sólo por la transferencia de la cosa, sino por la conclusión del contrato. El comprador está beneficiado con un derecho real, de suerte que el derecho de disposición del vendedor se extingue, y una segunda enajenación en beneficio de un tercero será en adelante imposible o deberá ser declarada nula. Sin embargo, es preciso admitir con Stobbe que Sohm no cita las fuentes de las que saca sus conclusiones y que su solución no explica por qué todos los autores llegaron a hacer una distinción entre el tercer adquirente de buena y el de mala fe.

En verdad que de la manera indicada por Sohm el interés del acreedor estaría mejor protegido, y esa tendencia se armonizaría con la manifestada en los derechos particulares, de atribuir mayor importancia a la ejecución de la venta. Este sistema estaba dictado por las condiciones económicas, que hacían más deseables todavía que en la época actual la ejecución en natura, ya que el adquirente no tenía la misma facilidad que hoy de procurarse una cosa idéntica (2).

Pero no es necesario remontarse tan lejos en la Historia para encontrar vestigios. Para no citar más que las fuentes suizas, aunque también las hay evidentemente en otros Derechos (3), se puede mencionar el *Coutumiére de Ormont-dessous*, que en el artículo primero de su título 21, sobre *Fautes qui se commettent aux biens et possessionis d'autrui*, dice: *En cas que quelqu'un fasse vendition ou alienat a une personne d'une possession ou bien qu'il eut déjà précédemment vendue ou alienez a d'autres en defraudant par ce moyen le dernier acheteur, tel faut vendeur sera réputé pour larron et sera puny et châtié pour tel sauf la grâce du souverain.*

§ 153, nota I, cita el derecho de las ciudades de Viena y Hamburgo, a título de ejemplo. Ved también otros autores citados por Stobbe, quien declara que Brünneck ha probado la existencia del principio para el derecho mobiliario dentro de las fuentes del derecho nórdico.

(1) *Das Recht Eheschließung, aus dem deutschen und canonischen Recht geschichtlich entwickelt*. Weimar, 1875, pág. 79 y sig.

Trauung und Verlobung. Weimar, 1876, pág. 13 y sig.

(2) Ved E. Huber: *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, vol. IV, pág. 844. Basilea, 1893.

(3) Ved Loening: *Vertragsbruch in deutschen Recht*, pág. 389, 1876.

El Código de Aigle, 6, 6, § 2 (1) se pronuncia en estos términos casi idénticos: *De la double vente. En cas que quelqu'un vendit une possession, ou autre chose a quelque personne et qu'il l'eut déjà vendue a un autre, en trompant par ce moyen le dernier acheteur tel faux vendeur sera pris pour un larron, punty et châtié comme tel, outre la ban de cinquante florins et plus outre a connaissance de Justice* (2).

Tales ideas debían necesariamente favorecer el nacimiento de un derecho protector del primer acreedor, incluso frente al tercero que hubiera determinado al deudor a no ejecutar. Si, pues, tal facultad ha hecho su aparición en derecho común, ello en sí mismo no tiene nada de sorprendente. Es más sorprendente que no se le encuentre en Derecho romano, en el que no se atribuía un derecho análogo al primer acreedor. Antes bien, es preciso considerar el principio de la protección del primer comprador contra un segundo de mala fe, como la *communis doctorum opinio* establecida por los Tribunales y la doctrina (3). En los autores de fin del siglo XVII y los comienzos del XVIII la idea se encuentra un poco extendida; por ejemplo, en Brunnemannus, *Comm. in Cod.*, ad. l. 15, *De rei vindic*; Voet: *Com. ad. P. VI*, l. núm. 20; Leyser: *Medit. ad Pand.*, sp. 444, m. 3; Berger: *Oecon Jur.*, II, 2, § 1, núm. 1, § 18, núm. 6.

Pero si los autores del siglo XVIII estaban de acuerdo para decir que esta regla existía y era universalmente reconocida, no lo estaban, en cambio, en lo que concierne a su fundamento y razón de ser.

En esta época los juristas buscaron una justificación de este principio, problema cuya solución no era nada fácil.

Así, Voet, a fines del XVIII, vacilando y sin pronunciarse de manera clara y definitiva, decía (4): *Sit tamen emtor secundus*,

(1) Berna, edic. 1772.

(2) *Comp. Coutumière de Grandson*, art. 139: E. Huber: *System u. Geschichte, des schweiz Privatrechts*, IV, pág. 845, remite a los principios análogos establecidos por diferentes estatutos del Tesino y de la Haute-Engadine.

(3) Ziebarth, pág. 201, nota 4, que cita como partidarios de esta opinión a Gaill, muerto en 1587, *Obser. pract.*, II, 55, n. 11; *Mevius Decis*, VI, 153; *Wernher observ.*, II, 370, 425.

(4) *Comment. ad Pand.*, VI, I, núm. 20, citado por Gruchot. *Glossem zum Allg. Landrecht*, Gruchot, 8, pág. 602 s.

sciens rem priori distractam esse, nihilominus emerit, et possessionem ex traditione fuerit adeptus, priori quidem non ob id vindicatio accommodanda est, quippe, necdum domino; sed in factum actionem personalem ei contra secundum fraude non carentem dari oportere, quidam censem, ne dolus ei prosit.

Un interés digno de protección ha sido lesionado, y los jurisconsultos buscan el medio de ponerlo al abrigo de un atentado. Voet no sabe qué acción emplear a este fin y calla su opinión, citando sólo las de otros autores, de los que ni el nombre consigna.

La acción *in factum* de que hablan estos autores se basa en el dolo, ya que este autor tiene cuidado de añadir la razón de la existencia del derecho *ne dolus ei (emtori secundo) prosit*. Mas para admitir que haya dolo será preciso que el tercero esté ligado por una relación de derecho al primer comprador, pues sin ello no se encontraría en estado de incurrir en dolo. No es extraño, por consecuencia, ver a Voet dudar al emitir su opinión.

A principios del siglo XVIII, Leyser (1) se pronuncia de manera más decisiva: *Traditio ei non prodest, qui rem, quae ei traditur alii jam promissam esse scit.* Y expone sus argumentos como sigue: *Regula ante memorata, quod inter duos emtores aut donatores is praefertur cui prius traditio facta, tunc ex unanimi fere interpretum sententia locum non habet, cum posterior, cui tradita est res, eam jam alteri venditam aut donatam fuisse scit.* Ita Brunemann ad L. 15 C., *De rei vind. N. 6*, pluresque ibi allegati, adde Bergeri, *Supplementa ad Elec. discept. for. Part. 2*, p. 216, lex clara deficit, sed aequitas hanc sententiam tuetur, et argumentum legis. *Venditor nempe, qui rem jam alteri promissam iterum, promittit, sine dubio fraudulentiter agit.* Is igitur, qui fraudem hanc novit, et tamen ex ea lucrum aucupatur, fraudis particeps atque adeo beneficiis jurium indignus fit.

El vendedor que se obliga por segunda vez a entregar la cosa ya prometida, trata fraudulentamente. El tercero, cómplice y que lo sabía, es responsable en igual grado. Como el derecho común no se opone a la reparación en natura, el primer adquirente sería puesto en posesión de la cosa.

La interpretación de Leyser no da solución para el caso, por

(1) *Meditationes ad Pandectas*, vol. 8, Lipsiae, 1780, spec. 444, m. 3.

ejemplo, de un heredero que ignorando el contrato hecho por el *de cuius* y un acreedor, enajena, por la instigación de un tercero de mala fe, el objeto del primer contrato.

Parece que en este caso la acción del tercero es tan reprobable como en aquella hipótesis, pero la teoría de Leyser no permite declararlo responsable, porque el deudor no ha cometido delito.

No podemos profundizar en esta cuestión. En resumen, Leyser reconoce también el principio del derecho preferente del primer acreedor, como idea generalmente admitida.

Llegando a esta época, alrededor de 1750, ciertos autores se colocan en un punto de vista un poco distinto.

Entre los autores adversarios de la teoría del *jus ad rem* en el siglo XVIII, una sentencia de la Cour d'Appel. de Lubeck de 28 de Octubre de 1836 (1) cita a Struve, *Synt. jur. civ. Ex. 23, th. 48 in f.*; Walch: *Nähgerechte*, ed. 3, p. 94, núm. 5, y Hommel: *Rhapsod*, VI obs., 883, núm. 1. Sin embargo, no es exacto que estos juristas sean adversarios de la teoría del *jus ad rem*, y lo que ellos no admiten es la idea de un derecho de reivindicación atribuido al primer comprador. Se juzgará mejor después de haber leído lo que dice Hommel: *Re duobus vendita et posteriori emtori tradita, priorem emtorem a secundario, etiamsi hic sciverit rem jam fuisse venditam, revocare posse, pragmaticorum error est, sed ad id quod interest prior emtor adversus venditorem actionem ex emto, et adversus emtorem posteriorem fraudis conscientum ex L. Aquilia actionem, eamque utilem, recte instituet.*

En el fondo, no hay más que una cuestión de terminología, toda vez que el autor, si bien niega la acción revocatoria, deja en pie la acción de compraventa contra el vendedor, y la aquiliana contra el segundo comprador consciente del fraude.

Glück, algunos años más tarde (2), se declara de acuerdo con la opinión de Hommel negando el derecho de reivindicación al primer comprador. Tal era el estado de la doctrina cuando va a intentarse la codificación en Prusia. Tres teorías encontramos relativas al derecho del primer acreedor, pero en la práctica sus consecuencias no difieren.

(1) Citada en parte por Gruchot: *Glossen zum Allg. Landrecht*, Gruchot, 8, pág. 602 s.

(2) *Erläuterung der Pandekten B.*, 17, pág. 219.

El primer adquirente tiene un derecho de reivindicación entendido en un sentido más amplio que el ordinario, porque, en efecto, no habiendo tomado posesión el primer adquirente, normalmente no tendría ese derecho de reivindicación.

Este derecho de reivindicación estaría basado en la mala fe del segundo adquirente, pero es difícil comprender por qué la mala fe ha de producir esta consecuencia.

Las otras dos teorías conducen a la *actio in factum* y hablan igualmente de una *actio utilis*, teniendo las dos fundamento común desde el momento en que ambas parten de la *actio Aquilia* y conceden al lesionado un derecho a la reparación del daño que puede realizarse en *natura*.

En los trabajos preparatorios de la codificación, la opinión de Suárez fué contraria a la introducción de este principio en la *Preussisches Allgemeines Landrecht* de 1794 (1). Pero la opinión tradicional, defendida por la mayoría de la comisión, lo incluye. Suárez pensaba que no había ninguna razón para admitir que el conocimiento del derecho del primer contratante debiera impedir a un segundo adquirente el transmudar el derecho de obligación en un derecho real.

El Código civil prusiano contiene, por consecuencia, las dos disposiciones siguientes: Pr. Ld. R., I. 10, § 25: *Auch der welcher zur Zeit der Eintragung oder der Uebergabe den früher entstandenen Titel eines andern weiss, kann zum Nachteil desselben, die früher erhaltene Eintragung oder Uebergabe nicht vor- schützen.* (Aquel que al momento de la inscripción o de la tradición tiene un conocimiento de un derecho anterior de otro, no puede prevalecer en perjuicio de éste, de la inscripción o de la tradición ejecutadas.)

Pr. Ld. R., I. 19, § 5: *Kann der Besitznehmer überführt werden, dass ihm das zu derselben Sache erlangte persönliche Recht des andern zur Zeit der Besitzergreifung schon bekannt gewesen sei, so kann er sich, seines, durch die Uebergabe entstandenem dinglichen Rechtes gegen denselben nicht bedienen.* (Si se puede probar que el adquirente tuvo conocimiento al momento de la toma de posesión del derecho personal de un tercero a la misma cosa,

(1) Ved la opinión de este autor en el pasaje de la *Revisio Monitorum*, citado por G. Lenz: *Studien u. Kritiken Greifswald*, 1847, p. 92.

no puede prevalecerse frente a él de su derecho real constituido (por la tradición.)

La consagración oficial del principio parece sería favorable a su expansión, incluso fuera de la esfera inmediatamente afectada, pero sucedió al revés. Se establece el principio que representaba el resultado de una construcción jurídica sin indicar los elementos. Los comentaristas que se encontraban enfrente de esta disposición no percibían siempre la totalidad de la construcción edificada y se esforzaban en descubrir una relación de derecho inmediatamente visible en el texto del artículo. Es el nombre de *Recht zur Sache* por oposición a *Recht auf die Sache*, lo que llamaba más la atención de los autores.

Se ha relacionado la idea del derecho a la cosa enunciada por esos dos artículos con otro principio que también se encuentra en el Código civil prusiano y que se había llamado la teoría del título y el modo.

Según esta teoría, el contrato crea el título sobre la cosa a adquirir, pero este título debe ser todavía completado por el modo de adquisición, y es entonces solamente cuando el titular deviene propietario.

Se ha buscado de manera más o menos precisa (1) dar la impresión de que esta teoría se desenvuelve sobre la base de la idea del derecho a la cosa, y que a su lado era más fácil penetrar el carácter de este derecho. Todo lo que es preciso retener de este razonamiento es la constatación de que, en efecto, sin distinguir estas dos partes en la adquisición de una cosa, no se puede concebir un derecho a la cosa. Pero es erróneo creer que, porque la distinción existe, el derecho a la cosa esté *ipso facto* constituido. Es verdad que los autores citados no pretenden nada parecido, pero ellos atribuyen este razonamiento a los defensores de la idea del derecho a la cosa.

JOSÉ MARÍA FONCILLAS,

Notario.

(Continuará.)

(1) Foerster: *Preussisches Privatrecht*. Berlín, 1892, 823; Motive III, página 3, 1888.

El Notariado árabe o fórmulas notariales

Escasos son los trabajos que se han publicado acerca del Notariado musulmán ; sin embargo, de las investigaciones realizadas por algunos eximios arabistas y de los documentos que han sido encontrados referentes a las instituciones jurídicas de este pueblo, hallazgos que se deben, la mayor parte, más a la casualidad que a una premeditada decisión investigadora, se puede afirmar que entre los musulmanes la institución notarial se halla bien definida.

Un estudio de reconstitución y de síntesis de las fuentes jurídicas sobre la materia y relacionando el Derecho musulmán contemporáneo con el desarrollado por el Protectorado francoespañol, sirviendo en esta relación de línea divisoria para marcar dos épocas distintas la Conferencia de Algeciras como determinante de la soberanía del Sultán, nos permite poder sostener que el Notariado musulmán obedece a un tipo de organización muy similar al de las naciones anglosajonas, y especialmente al Notariado inglés, aunque separándolo las características de la civilización distinta entre los países anglosajones y el árabe, siendo el Notario, entre los musulmanes, un auxiliar de la Administración de justicia, en cuanto el documento notarial sirve de prueba preconstituida que utilizan los Jueces árabes, si bien de efectos jurídicos más limitados y más secundarios. Es, en una palabra, el Notariado musulmán de tipo funcionarista, sin la condición autenticadora que se distingue entre las naciones civilizadas y sin hallarse sujeto a una organización jerárquica y perfectamente armónica.

No es posible separar, en el Mogreb, el derecho estatal en general, ni menos prescindir de la religión musulmana entronizada

en el Alcorán, por la influencia que siempre ejerció la religión islámica sobre las instituciones jurídicas y sociales de aquel pueblo.

Una prueba de nuestra afirmación se halla, indudablemente, en el siguiente pasaje del Alcorán: «Cuando contratéis una deuda—dice—reembolsable en un plazo fijo, hacedlo por escrito; que un *Escribano de confianza* redacte por escrito vuestros contratos, conforme a justicia, y que no rehuse hacerlo ya que Dios le ha dado talento para ello» (1). En este precepto hallamos dos principios de indudable trascendencia, a saber: 1.º La existencia del Notariado en el pueblo musulmán; y 2.º La perfecta e íntima conexión entre el Derecho y la Religión en aquel país.

Según este pasaje, el documento notarial constituye un elemento de prueba, aunque no con el carácter de preferente, pues en el régimen de las pruebas jurídicas, dentro del Derecho procesal de los musulmanes, la del juramento y la testifical tenían cierta preferencia y hasta, si se quiere, cierta preeminencia.

Pero los tiempos cambian, y con ellos cambió también el rango de las pruebas procesales. La documental se vigoriza y alcanza mayor importancia, y de aquí que, como «la prueba preconstituida, que supone el instrumento público, como afirma el Padre José López Ortiz (2), reporta innegable utilidad a la contratación», es de creer que los jurisconsultos no tardaron en buscar una fórmula que armonizase la preferencia de la prueba juramental o testifical con la indiscutiblemente utilísima del instrumento notarial. «De hecho—continúa diciendo—en los Tribunales se alegó desde muy pronto el documento escrito, que debía ser confirmado por dos testigos, pero no eximía de juramento al que la alegaba.» De esta manera la prueba documental, la testifical y el juramento constituyan una prueba única, eficaz e indestructible, sobre la cual se asentaba la resolución dictada por los Jueces musulmanes.

¿Cómo, pues, tuvo origen el Notariado entre los musulmanes? Abenjaldum, famoso escritor musulmán, explica en sus *Prolegó-*

(1) Sura II, 282. Citado por el sabio zrabista agustino P. José López Ortiz en su preciosa monografía intitulada *Algunos capítulos del formulario notarial de Abensalmund de Granada*, pág. 3.^a Madrid, 1928.

(2) Monografía citada, pág. 4.^a

menos el origen de la Institución Notarial (1) en los siguientes términos: «Adala es un oficio que se refiere al servicio de Dios y que depende de la función judicial y del desarrollo de la actividad de la justicia. Consiste en ejercer, con la autorización del Cadí, las funciones de testigo entre los particulares, ya sea que se trate de dar fe de sus derechos o de sus obligaciones; a servir de testigo de buena voluntad en sus convenciones y a declarar en los Tribunales en caso de contención; en fin, firmar los instrumentos para asegurar la estabilidad de los derechos de los particulares, de sus propiedades, créditos y, en general, de cualquier género de transacciones».

«He dicho con la autorización del Cadí, porque, por la corrupción de los hombres, ha venido a ser difícil distinguir los hombres probos de los tramposos, y el Juez o Cadí, que está en condiciones de distinguirlos, parece que se ha visto en el caso de limitar el número y determinar quiénes han de intervenir en los contratos entre los particulares, para que no estén sujetos sus derechos a fraudes o inseguridades. Las condiciones para desempeñar este oficio son: Una gran fama de hombre íntegro; además, saber redactar las actas y contratos de manera que se expresen clara y ordenadamente todas las determinaciones de las partes y que se guarden los requisitos que la ley exige para la validez del negocio de que se trate. Es, por consiguiente, necesario conocer la parte del Derecho referente a estas cuestiones».

«Precisamente por causa de estas condiciones exigidas en tales funcionarios, y por la conveniencia de que se hayan ejercitado convenientemente en estas materias, sobre todo con una suficiente práctica en ellas, estas funciones sólo se confían a un limitado número de personas de confianza».

«Podrá parecer (.....) que tales personas se atribuirían el uso exclusivo de la virtud de la justicia; no quiere decir su nombre tal cosa, sino que el ser justos es condición indispensable para ejercer tales funciones».

«El Cadí debe vigilar la conducta de estos funcionarios, sin perderlos de vista, a fin de tener la seguridad de que se conducen

(1) Según el ya citado Padre José López, quien además manifiesta que el texto de Abenjaldum puede verse en la traducción de Slane y en la *Chrestomathie Arabe*, de S. de Sacy (París, 1826), tomo I, pág. 39.

como es conveniente, sin descuidarse nunca en ella, ya que pesa sobre él el cuidado de mantener a los particulares en el tranquilo uso de sus derechos, lo que le obliga con responsabilidad grandísima.

Con el establecimiento de estos funcionarios, el ejercicio de sus funciones judiciales resulta más fácil y más extendido, ya que se puede administrar justicia a hombres probos, cuya honradez pudiera ser ignorada del Cadí a causa de la enorme población de las grandes ciudades, de la oscuridad de las circunstancias y de la necesidad en que se ven los Jueces de dictar sentencia, en muchos casos, sólo con prueba escrita; estos funcionarios, en la mayor parte de los casos, son los que ilustran al Juez en el juzgar del valor de los documentos que exhiben las partes».

«En todas las grandes ciudades, estos funcionarios tienen abiertas al público oficinas o simplemente bancos en la vía pública, en que se sientan, esperando a cualquiera que tenga por conveniente llamarles para que asistan de testigos a sus convenciones y las pongan por escrito».

Llegó, pues, a ser tan necesaria la intervención de estos funcionarios en la redacción de los documentos entre particulares, que la separación de las funciones judiciales y las notariales, que se inicia antes del año 263 (Hégira, 875 de J. C.) tomó estado, hasta el punto que se citan verdaderas polémicas habidas entre Cadíes y Notarios (1), pues, como sostiene Abenmoguit, de Tole-

(1) Aloxami, en su libro *Historia de los Jueces de Córdoba*, traducido por D. Julián Ribera, editado por el Centro de Estudios Históricos, refiere la siguiente anécdota: «Un narrador de noticias me contó lo siguiente: «Mohamed ben Ibraim ben 'Elchabab era un hombre que se había dedicado al oficio de redactar contratos. Ahmed ben Baqui ordenó que se inspeccionase escrupulosamente lo que ese Notario hacía; desde ese instante los documentos que redactaba fueron sometidos a revisión. Abenelchabab, al notar esto, dijo cierto día: «De dónde se ha sacado ese Ahmed ben Baqui que él sabe redactar documentos mejor que yo?» Estas palabras llegaron a oídos de Ahmed ben Baqui; pero éste se calló, hasta que aquel Notario hubo de redactar unos contratos, y se los presentaron a Ahmed ben Baqui para revisarlos. Baqui puso todo su ahínco en examinarlos escrupulosamente, hasta que encontró algunas cláusulas, que puso en evidencia como defectuosas, y le dijo en seguida: «Hay que cambiarlas.» El Notario las cambió. Luego trajo documentos y Ahmed ben Baqui se los censuró también. Al fin, Elchabab le mandó a decir: «Confíesote que sabes tú de esta materia más que yo, y estoy dispuesto a procla-

do (1), en su famoso *Tratado de Derecho notarial*, «la carrera notarial y sus excelencias entre las demás profesiones de los musulmanes» era cosa que estaba fuera de toda duda. Por eso a estos funcionarios, según afirma el mismo Abenmoguit, les estaba encargada la redacción de escrituras, debiendo dominar la lengua árabe y conocer suficientemente aquellas cuestiones jurídicas acerca de las cuales tienen que aconsejar a los clientes.

Bueno es advertir que dichas cuestiones debían resolverlas de común acuerdo con los principios jurídicos preconizados por la escuela Malikita, que es la única que ejerció influencia en la legislación marroquí, ya que la de Aben-Ebu-Hamifé, la de Schafi y la de Hambel apenas si pudieron prosperar, sin duda, porque Malik caracterizó la tendencia de su doctrina por una intransigencia dogmática, que hubo de reflejarse forzosamente por un arraigo fanático del espíritu legal que inspira la obra del Profeta.

La necesidad, pues, de reducir a un número de personas determinadas la prueba testifical y revestirla de la más absoluta credulidad hizo que a esta facultad testificadora se le añadiese la autenticadora, aunque conservando siempre el carácter originario de testigo, y sin tener jamás el de funcionario, ya que sobre todas las funciones extrajudiciales que pueden desempeñar está la propia y principal de ser auxiliares de la administración de justicia.

Basta recordar la organización judicial árabe para convencerte de ella. La función de administrar justicia incumbe, en Marruecos, al Cadí, cuyo nombramiento afecta caracteres peculiares, como, respecto a dicho extremo y al de la jerarquía, afirma Reclus en las siguientes palabras: «El Juez Supremo es el Cadí de Fez, por lo general, uno de los Xorfa, de la familia imperial de los Filali, y él nombra a los Cadíes de los distritos o amalatos, quienes, a su vez, y sin intervención de sus superiores, designan los Cadíes de las diferentes tribus y aldeas» (2). En sus funciones auxilian al Cadí los *Adules*, que presentan en su actuación grandes analogías

marlo públicamente; pero te suplico que dejes de hacer esta inquisición y examen tan minucioso y tan repetido, porque, de continuar haciendo eso, juro que no redactaré un solo documento.» Ahmed ben Baqui, de allí en adelante, no sólo no le dijo nada, sino que le trató con indulgencia.»

(1) Edición Cairo, tomo II, pág. 58.

(2) *Novísima Geografía Universal*, tomo III, pág. 239.

con nuestros Escribanos y Notarios. Luego, las funciones notariales en el Imperio marroquí están asignadas a los funcionarios llamados Adules, si bien en todos los órdenes controladas por el Cadí.

La única prueba documental que reconoce y sanciona el Derecho musulmán es el *agd* o *aqd*, la *tenfila* y la *Mulkia*, que son los documentos que en las grandes ciudades del Imperio contienen las estipulaciones de los interesados en los contratos de compra y venta. Por eso aquellas locuciones significan contrato o acto de contratar, siendo el verdadero nombre de aquel contrato el de *resm* o *utsiga*.

¿Qué intervención tienen los Adules en la contratación? Veámoslo; si bien limitaremos nuestro estudio al contrato de compra y venta, que es el de más importancia en el territorio marroquí.

El *agd* o *aqd* de la compra y venta es redactado por los Adules, quienes a la vez certifican de la realidad de las condiciones estipuladas en el contrato, adquiriendo, con ello, caracteres muy parecidos a la autenticidad de nuestros documentos notariales. El comprador tiene derecho a que el vendedor le haga entrega de todos los documentos que constituyen el historial del inmueble adquirido, incluso el originario, que toma el nombre de *um*. Pero como puede suceder que el primer título de propiedad proceda de una reivindicación de una tierra muerta o abandonada, o bien de una concesión hecha por el Sultán, conviene que expongamos las formalidades que se emplean en ambos supuestos.

La *revivificación*, en el Derecho musulmán, no es otra cosa más que un acta de *notoriedad*, en la que declaran varios testigos acerca de la propiedad del inmueble como perteneciente siempre al propietario que transmite. Esta *acta de notoriedad* toma el nombre de *Mulkia*, y si intervienen en ella doce personas, el Cadí y dos Adules, entonces se le titula *Mulkiat ellafif*, porque el valor y eficacia es absoluta, ya que el Cadí interviene no como autenticador o legalizador de las dichas declaraciones, sino como testigo cualificado o excepcional.

Mr. J. B. Giles, Director que fué del Cuerpo de Intérpretes de Marruecos, nos presenta, en su colección, unas fórmulas que no hemos vacilado en trasladar aquí. Dice así una de ellas:

«Alabado sea Dios.

Los testigos cuyos nombres siguen declaran conocer de un modo perfecto y legalmente suficiente a Sid Mohamed Ben Daud Abquion para atestigar que tiene en su posesión, disfrute y propiedad, que él detenta efectivamente entre sus bienes y propiedades, la totalidad de un jardín sito en Suani Essefla (Suani inferior) limitado: 1.º Al Sur, por el jardín perteneciente a El Hadj Abdelkarin Elghessal. 2.º Al Este y al Norte, por el camino público; y 3.º Al Oeste, por el terreno inculto llamado El Biadh».

«Que él explota el referido jardín como un propietario explota su bien».

«Que él se atribuye la propiedad que le es notoriamente atribuida. Y eso después del período de tiempo legalmente suficiente para adquirir la propiedad (diez años)».

«Que saben que no se ha elevado durante ese período de tiempo ninguna cuestión ni oposición contra el referido propietario, el cual hasta ese día no ha hecho a este jardín objeto de ninguna venta, donación ni limosna».

«Que ni se ha dejado ni ha sido despojado por cualquier título o motivo que sea».

«Tal es su declaración clara y precisa, basada en sus relaciones de vecindad, escrita y librada a requerimiento del interesado en la fecha del 22 Rebia el primero del año 1320 (correspondiente al 29 de Junio de 1902.) (Siguen los nombres de los doce testigos.)

«1.º Sid Ahumed Ben Sedig Abarondi. 2.º Sid...» (De mano del Cadí.)

«Este testimonio ha sido dispuesto ante quien ha sido designado especialmente a ese efecto. Es auténtico.»

«Alabado sea Dios».

«El jurista, el ilustre, el docto, etc., Cadí de la plaza y provincia de Tánger atestigua la autenticidad del acta precedente; ese acto, a sus ojos, es válido y legalmente establecido. Fecha, la precedente».

«En fe de todo lo cual firman». (Siguen las firmas de los dos Adules.)

En la mulquia, que intervienen seis testigos y un Adul, el formulario es el siguiente, muy parecido al anterior:

«Alabado sea Dios».

«Los dos Adules que suscriben han recogido de los seis testigos siguientes (aquí, los nombres) su testimonio, según el cual, ellos declaran conocer de un modo perfecto y legalmente suficiente a (el nombre del poseedor transmitente) para atestiguar que tiene en su posesión, disfrute y propiedad que él detenta efectivamente entre sus bienes y propiedades la totalidad de...» (Se describe la finca.)

«Que él explota el referido jardín como un propietario explota sus bienes».

«Que él se atribuye la propiedad que le es notoriamente atribuida. Y eso después del período de tiempo legalmente suficiente para adquirir la propiedad».

«Que saben que no se ha elevado durante ese período de tiempo ninguna cuestión ni oposición contra el referido propietario, el cual hasta este día no ha hecho a ese jardín objeto de ninguna venta, donación ni limosna».

«Que ni se ha despojado ni ha sido despojado por parte de cualquier título o motivo que sea».

«Los afirmantes atestiguan, además, que saben que ese terreno no ha sido parte de bienes *habus* ni de las tierras *Magzen*».

«Tal es su declaración clara y precisa, basada en las relaciones frecuentes con el interesado, en la fecha del 23 Safar 1324 (correspondiente al 18 de Abril de 1906). En fe de lo cual firman...» (Los Adules.)

Y completando el testimonio, un Adul añade lo siguiente :

«Alabado sea Dios».

«El Adul que suscribe testimonia de modo perfectamente conforme a la declaración de los testigos arriba expuestos». (Sigue su firma.)

Este documento lo autoriza el Cadí en los siguientes términos :

«Atestiguado por los Adules que han recibido el testimonio precedente y el Adul que ha confirmado dicho testimonio, aprueba y legaliza el Cadí». (Sigue su firma.)

Cuando en la mulkia concurren dos Adules en calidad de testigos, uno de ellos aparece aceptando el testimonio del otro y suscribiéndolo como suyo. Su fórmula es del tenor siguiente :

«Alabado sea Dios».

«Según autorización del Bajá Sid Hamza ben Taieb ben Hima,

por la mediación de su Ujier El Hady Ahmed ben Abdessadok».

«Según autorización semejante de quien es de derecho Cadí (su nombre), por la mediación de su Ujier el Hady Yousef ben Imbarek Essousi».

El tal Adul que suscribe declara conocer de un modo perfecto....» (Continúa como en el primer formulario o *Mulkiat Ellafif*.)

«El firmante acredita que sabe que ese terreno no ha sido parte de los bienes *habus* ni de las tierras del *Magzen*».

«Tal es su declaración, clara y precisa, basada sobre frecuentes relaciones con el interesado, y sobre sus investigaciones a ese objeto, consignado a instancia del interesado en la fecha del....»

«En fe de lo cual firman ...» (Siguen las firmas de los dos Adules.)

«Alabado sea Dios».

«Atestiguado por los dos Adules, aprobado y legalizado, el Cadí.» (Firmado.)

Es curioso también el formulario que se emplea cuando el derecho del vendedor reconoce por origen una concesión del Sultán : *Tenfidia*. Esta se acredita por medio del mandato del Soberano, que autoriza con su sello y firma, y a la concesión va anexo un canon o pago de cantidad estipulada en concepto de censo. La fórmula es como sigue :

«Alabado sea Dios».

«Nos donamos por el poder de Dios al portador de la presente, Hadj-Mohamed, el terreno que tiene entre sus manos, perteneciente al *Magzen*, en el puerto de Tánger, que Dios proteja. Ese terreno está contiguo a la casa de Hmed Donkali».

«Nos dejamos ese territorio entre las manos del susodicho propietario con el mismo título que lo poseía durante la vida de nuestro señor Muley Elhassam».

«Nos le damos completamente ese terreno, y Nos lo damos públicamente».

«Nos encargamos a los administradores de nuestros bienes del mencionado puerto de dejar el terreno entre las manos del susodicho propietario en las condiciones antes designadas».

«Paz : Fecha 16 Moharram, 1313».

Obsérvese que el formulario precedente afecta a las relaciones jurídicas de los árabes entre sí, creadas al amparo de su derecho y

dentro del territorio marroquí. Pero las relaciones internacionales han creado tratados entre marroquíes y extranjeros para regular la capacidad jurídica de estos últimos dentro de los territorios del Sultán y la forma de adquisición de la propiedad. Entre estos tratados, y con respecto a España, son de tener en cuenta los de 1856 y 1861, que asimilan las funciones consulares a los Adules en su concepto de Notarios, y al efecto dispusieron que los documentos autorizados por un Notario europeo tuviesen plena eficacia y valor ante los Tribunales musulmanes con sólo que fuesen traducidos al idioma del país.

Mas estos documentos pueden afectar a relaciones jurídicas creadas dentro de estas tres categorías: 1.^a Compra de bienes hallándose presentes los contratantes. 2.^a Compra de bienes con intervención de mandatario; y 3.^a Transmisión de bienes de un extranjero fallecido en territorio de Marruecos.

Cualquier documento en el que se consignen dichas relaciones o situaciones jurídicas está sujeto a la calificación del Cadí, pues el artículo 60 de la Conferencia de Algeciras, y de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del Convenio de Madrid, dispuso «que antes de autorizar la redacción de los actos de transmisión de la propiedad, el Cadí deberá comprobar, conforme a la ley musulmana, que los títulos son regulares, «a cuyo fin», el Magzen designará, en cada una de las ciudades y distritos indicados en el artículo, el Cadí que se encargue de efectuar esas comprobaciones».

Cada una de aquellas tres situaciones jurídicas ha dado lugar a una fórmula especial, que no podemos dejar de consignar.

1.^a Compraventa de bienes, hallándose presentes los contratantes.

«Alabado sea Dios».

«El cristiano francés M. Paul Lafite compra de su vendedor, el musulmán Ben Ali, la totalidad de un jardín sito en Agla, distrito de Tánger, limitado por» (Aquí, los lindes de la finca.)

«En toda su extensión y con todas sus cargas, servidumbres, usos y dependencias y todos los derechos que le son anejos tanto en el interior como en el exterior».

«Esta adquisición es perfecta, válida, ejecutoria, definitiva, de-

bidamente establecida, exenta de toda causa resolutoria de retro-venta y de derecho de opción y consentida o acordada en el precio total de... que el vendedor reconoce haber recibido por completo de mano de su adquirente, al cual ha entregado buena y válida carta de pago de dicha suma».

«En consecuencia, el adquirente toma posesión efectiva del objeto de su adquisición y se instala en dicho objeto en lugar y grado del vendedor como el poseedor de un bien se instala en su bien, y el propietario real en su propiedad personal, conformándose en ello a la Sunna, con facultad de volver sobre la venta en los casos autorizados por la ley, después de haber examinado dicho objeto, de haberlo reconocido en todos sentidos, encontrándolo de su agrado, con entero conocimiento de causa por las dos partes».

«Hecho y pasado con el concurso de un intérprete para los contratantes, traduciéndose además por sus gestos, sus noticias y su conformidad; los contratantes se encuentran en el estado de salud física y moral legalmente exigidos en la fecha del 5 Djuniada el 1.º 1325» (correspondiente al 16 de Junio de 1907).

«Según autorización escrita del Bajá Sid X, dirigida a quien es derecho (el Cadí), y excluyendo de dicha venta toda tierra Magzen o habus inalienables».

«El Cadí ordena la redacción de la presente acta estando los títulos debidamente establecidos y efectuada la delimitación métrica».

«En fe de lo cual, firmada...» (Las firmas de las dos Adules.)

2.º *Compra con intervención de mandatario.*

«Alabado sea Dios».

«El negociante francés (sigue el nombre), por procuración o poder, desea vender un lote de tierra en nombre del negociante cristiano (aquí su nombre)».

«El referido mandato se halla redactado en lengua extranjera (francés), y su admisión, por la pura jurisdicción del Islam, exige su traducción a la lengua árabe».

«El Cadí, por orden del encargado de Negocios Cherifianos, muy altas gracias a Dios, el jurisconsulto, el ilustre, el hombre de ben-

diciones, Sid..., por mediación de su Ujier, el taleb Sid..., ordena a dos Adules, por intermedio de su Ujier, Sid..., presentarse en el Consulado de Francia en Tánger, a fin de oír del Cónsul actual de Francia la interpretación de dicho documento».

«Los dos Adules designados (que Dios sea con ellos en esta y en la otra vida) comparecen ante el Cónsul indicado en su oficina establecida en Tánger».

«El Cónsul, después de enterado, declara»:

«Que de ese documento aparece que X representa en Tánger a M. X.».

«Que esa procuración le confiere plenos poderes».

«Que esa acta se halla debidamente establecida... y que es ejecutoria, según las leyes vigentes en Francia».

«Que él no puede hacerlo objeto de ningún recurso contra el Escribano de los presentes ni contra cualquier otra persona; que el detentador de los presentes no debe tener, a ese efecto, temor alguno».

«Los dos Adules autorizados por las dos órdenes arriba expresadas atestiguan la presente declaración, extendida por medio de un intérprete; los gestos del Cónsul traducen, de otra parte, su noticia y su asentimiento».

«Hecho con la fecha del 15 Safar 1323 (que corresponde al 21 de Abril de 1905).»

3.^º *Transmisión de bienes de un extranjero fallecido en territorio de Marruecos.*

«Alabado sea Dios».

«El cristiano francés X, propietario del inmueble limitado por..., según aparece del acta fechada en 10 Chaaban 1298 (8 Junio 1881) y atestiguada por los Adules Sid..., ha fallecido sin dejar herederos, según la declaración del Cónsul francés en Monsieur, cuya intervención es necesaria, sólo por vía de su administración, pudiendo acreditarlo únicamente».

«En ese estado».

«El cristiano español X compra del Cónsul de Francia, M. X..., la totalidad del citado inmueble, delimitado y descrito, después de declarar el Cónsul que no ejercerá ningún recurso contra el Es-

scribano de los presentes, ni contra el Cadí, ni contra el adquirente».

«Esta adquisición es perfecta, válida, ejecutoria, definitiva, debidamente establecida.. », etc. (Sigue la *Mulkia* como la primera-
miente transcrita.)

«Cuya acta es hecha y pasada en la fecha del, con autorización escrita del Bajá Sid X..., excluyendo de dicha venta todo bien Magzen o *habus inalienable*».

«En fe de lo cual firman....»

No cabe, pues, duda que en el Imperio marroquí la institución notarial está bien definida, y el funcionario Notario ha de estar versado en las leyes del Imperio, para no dar lugar a nulidades y rescisiones.

El conocimiento del Derecho no ha de ser puramente en el orden teórico o especulativo. Reducido a estos límites, quizá no llenara la función social de perpetuar las relaciones jurídicas creando una prueba preconstituida. En el territorio del Mogreb se rinde culto a la parte práctica del Derecho, o, mejor dicho, a la aplicación del Derecho en su estado normal; y quizá esta consideración haya hecho que los formularios se divulgaran y vinieran a constituir un medio de interpretación de las leyes, pues sólo así se comprende que los Notarios más ilustres de aquella nación no titubearan en escribir sus formularios notariales, guía para el ejercicio de las funciones notariales y a la vez medio seguro de una interpretación doctrinal del derecho existente.

No es menester traer a colación los innumerables trabajos que en este orden de ideas se han producido.

En Agosto de 1884, el *Boletín de la Academia Nacional de la Historia* daba cuenta a sus lectores que D. Francisco Zapater y Gómez, correspondiente de aquella entidad en Zaragoza, había encontrado muchos Códices en Almonacid de la Sierra, cerca de Cariñena, y perteneciente al distrito de la Almunia de Doña Godina, que constituían manuscritos arábigos y aljamiados. Y gran importancia tienen cuando los ilustres profesores del Centro de Estudios Históricos D. Julián Ribera y D. Miguel Asín escribían en 1912 lo siguiente, entre otras cosas, todas ellas muy notables: «Los manuscritos que verdaderamente avaloran esta colección... son Códices de gran rareza e interés: dos formularios de actas notariales y

judiciales escritos para que los utilizaran los Notarios y Jueces musulmanes españoles. En estos formularios, aparte de las normas abstractas que aparecen en casi todos los Códigos legales..., se encuentran precisamente las formas más usuales y frecuentes, en su aplicación a casos concretos y ordinarios, y hasta se citan algunas costumbres jurídicas especiales de las regiones para que han sido escritas: soñ, por lo tanto, el derecho viviente».

En esta colección de manuscritos, formada por la Junta para Ampliación de Estudios e Investigaciones Históricas, se halla un manuscrito de Abulhasan Ali ben Yahia ben Alcacim, de Cinheja, que ejerció el oficio de Notario de Algeciras, de cuya ciudad fué nombrado más tarde Juez o Alcadi. Este manuscrito se compone de 125 folios, y constituye una colección de actas notariales, con cuyo nombre bautizó el libro su autor, todas ellas de gran utilidad.

También merecen citarse los formularios notariales escritos por los distinguidos Notarios de Córdoba Abenabizamanin, Abenalatar, Abenalhindi y Muza ben Ahmed. Todos estos formularios fueron aprovechados por el docto jurista y excelente Notario Abenabdelquahed el Fihri, natural de Alpuente (Valencia). Se hallan compuestos de 146 folios y contienen fórmulas notariales de un gran valor jurídico, por cuya causa fueron tenidos en gran estima por los demás fedatarios y seguidos por éstos en el ejercicio de sus funciones.

Y, sobre todo, merece un ponderado elogio el formulario notarial de Abensalmun de Granada, y de cuyo libro, según hemos dicho, ha hecho un concienzudo y grandioso trabajo el ya citado Padre José López Ortiz. Este formulario, como muy acertadamente advierte el ilustre agustino, su principal objeto es el de asegurar la eficiencia ante los Tribunales de las escrituras redactadas conforme a los principios de la ciencia notarial o conforme al formulario de que haga uso el Notario; pero no queda tampoco en segundo lugar, al menos por la extensión que suele concedérsele, la interpretación de las cláusulas usadas o elegibles.

Este formulario no se destinó solamente a los Notarios; su utilidad para los Jueces es indiscutible, ya que se prevén todos los sentidos de que es susceptible una cláusula, las diversas hipótesis a que puede ser aplicada y su distinto valor en cada una; el No-

tario sí debe conocer estos criterios de interpretación, para aconsejar a los clientes. Pero a base de suponer al Juez suficientemente versado en la interpretación que a las diversas estipulaciones ha dado la tradición.

Repetiremos, por fin, para demostrar la importancia de los formularios notariales árabes, lo que acerca de ellos escribe Hachijalifa en su notable *Diccionario bibliográfico*: «Su objeto, pues, es el modo legal de redactarlos. Los principios en que se funda tal ciencia se han de tomar de la ciencia jurídica, en parte, y también de las artes de redacción y composición, que, a su vez, se fundan en la autoridad del uso, en el ejemplo de lo ya escrito y en razonamientos lógicos. Entre las ciencias jurídicas está clara su colocación y finalidad, que es hacer más sensible y práctico lo preceptuado; en las literarias, el uso recto y claro del lenguaje» (1).

Tal es, pues, a grandes rasgos trazada, la organización del Notariado árabe y el concepto que en la vida social y jurídica merece el Notario y los formularios notariales.

Hoy, y por lo que a las relaciones hispanomusulmanas se refiere, son de tener en cuenta las siguientes disposiciones legales:

1.^a El Dahir de 1.^º de Junio de 1914, concediendo a los Cónsules las funciones notariales.

2.^a El de 3 de Febrero de 1915, concediendo aquellas facultades al Secretario del Juzgado de Primera instancia de Nador, y el de 19 de Noviembre de 1928, confirmándose las;

3.^a Otro Dahir, de 20 de Marzo de 1928, organizando el Notariado israelita, de cuyo Dahir nos ocuparemos por separado por la importancia que tiene en la zona del Protectorado español.

JOSÉ M.^a MENGUAL,
Notario y Abogado.

(1) Véase la edición Cairo, tomo II, pág. 58.

Depósitos en Bancos. ¿Quiénes pueden retirarlos? El impuesto de Derechos reales en los mismos

El caso es tan frecuente que bien merece meditar acerca de él: una persona casada constituye un depósito de valores públicos en un Banco; fallece el cónyuge del depositante y después éste. Los herederos del depositante, por sí solos y sin prueba alguna de que lo depositado era de la exclusiva propiedad de aquél, ¿pueden retirar los valores depositados acompañando únicamente el título justificativo de su derecho hereditario (testamento o declaración de herederos) y los justificantes de haber pagado el impuesto únicamente por la transmisión hereditaria del deponente a ellos?

¿Necesitarán, además, justificar ser del depositante exclusivamente la propiedad de lo depositado?

¿Precisará también justificar el pago por el impuesto correspondiente a la liquidación de la sociedad conyugal?

Tales son las cuestiones que el caso plantea.

Y de intento prescindimos de la posibilidad de exigir la intervención conjunta de los herederos de ambos cónyuges para poder retirar lo depositado, porque en tal supuesto no hay cuestión, pues se exigiría el máximo de garantía que el Banco podía pedir, y precisamente la cuestión queda virtualmente resuelta al preguntarnos si la justificación de la propiedad exclusiva de lo depositado, a favor de uno de los cónyuges, excluye la intervención de los herederos del otro y aun si tal prueba sería precisa.

Aparte de que es innegable que los valores públicos, como toda clase de bienes, pueden y tienen perfecto derecho a tener ya

prejuzgado su carácter de propios de uno de los cónyuges, mediante un documento público, por ejemplo, que acreditara dicha propiedad exclusiva, y en tal caso constituiría una extralimitación el pedir la intervención de personas que ningún derecho podían ostentar a lo depositado.

Si es incuestionable que justificada la propiedad exclusiva de los valores a favor del cónyuge depositante, huelga la intervención de los herederos del otro cónyuge, queda reducido el problema planteado a determinar si los Bancos tienen derecho a exigir tal prueba del exclusivo dominio y si además pueden exigir se acredite el pago del impuesto de Derechos reales por la liquidación de la sociedad conyugal en casos como el propuesto, en que los interesados no estiman necesaria tal liquidación, por concebir los bienes depositados como del propio y exclusivo dominio del cónyuge que los depositó.

Y conviene, al llegar a este punto, hacer notar que el problema no se plantea cuando depositados los valores en un establecimiento de crédito por un cónyuge en estado de casado, los retira después en estado de viudo *el mismo depositante*, pues es práctica seguida, en tales casos, la de devolver el depósito sin justificación del estado civil, ni exigir pago alguno del impuesto, práctica que viene a corroborar la opinión que luego expondremos, sino que sólo surge al fallecer el depositante viudo y pretender retirar lo depositado sus herederos.

Para exponer sistematizada la materia distinguiremos:

- 1.^º Naturaleza del contrato de depósito.
- 2.^º Dominio de la cosa depositada.
- 3.^º Acción del deponente para exigir la devolución de la cosa.
- 4.^º Aspecto fiscal del problema.
- 5.^º Estudio del caso propuesto.
 - A) Presunción de posesión a favor del depositante.
 - B) Los derechos dominantes del contrato de depósito se transmiten únicamente a los herederos del depositante.
 - C) Justificante del pago del impuesto de Derechos reales.
 - 1.^º *Naturaleza del contrato de depósito.*

El artículo 1.758 del Código civil establece que «se constituye el depósito desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y restituirla». El fin primordial del depósito es, co-

mo contrato destinado a vencer el obstáculo del tiempo, custodiar, guardar una cosa ajena. No es contrato por el que se traslade el dominio de una cosa, y, por tanto, el dominio de lo depositado no entra en la esencia del contrato, sino la conservación de la cosa mueble objeto del mismo, pues lo que importa es que no se destruya, que se conserve tal y como fué entregada. En este sentido convienen los tratadistas Blanco Constans, Estasen, Eixalá, Castán y otros.

Su etimología así lo indica (del verbo «ponere», colocar, y la partícula «de» que refuerza el sentido de aquél, dando a entender, según Ulpiano, la confianza que el contrato exige en el deponente con respecto al depositante). En romance se llamó «condesijo», de «condessar», dar en custodia, con lo que se prueba el primordial fin de este contrato.

2.^º *Dominio de la cosa depositada.*

Es asimismo de esencia en el contrato de depósito que para su subsistencia *no es preciso que la cosa depositada sea del dominio del depositante*; en este sentido, el artículo 1.771 del Código civil prohíbe al depositario exigir al deponente prueba alguna de su dominio sobre la cosa depositada. No entra en la entraña del contrato de depósito analizar un dominio que nada importa para su vida jurídica, puesto que el dominio no se transmite. El depositante, mero poseedor, dueño o no de la cosa que da en depósito, la entrega, sin probar su dominio, y nada más. El contrato tiene de pleno su eficacia y debe producir todos sus efectos.

Y ello es tan consustancial con el contrato de depósito que ya Heinecio, en sus recitaciones de Derecho civil romano, dice que contra la acción *directa*, que compete al depositante, para recibir la cosa, no tiene lugar *ni la excepción de dominio*, con lo que claramente se da a entender que, ni aun conociendo que el deponente no era el dueño de la cosa depositada, no puede negarse a devolverla, pues sólo en el caso de mediar delito o falta (artículo 1.771, párrafos segundo y tercero del Código civil) exige la ley el aviso al que se presume como dueño, y de no reclamar éste en el término de un mes *debe devolverla a aquel de quien la recibió*.

3.^º *Acción del deponente para exigir la devolución de la cosa.*

Es la llamada acción directa en el derecho clásico, y que re-

coge nuestro Código civil en su artículo 1.766, al establecer que el depositario está obligado a restituir la cosa, cuando le sea pedida, al depositante o a sus causahabientes o a la persona que hubiese sido designada en el contrato.

4.^º *Aspecto fiscal del problema.*

Es indudable que, si no siempre, sí en la mayor parte de los casos, la propiedad de la cosa depositada pertenece al depositante.

Tratándose de cosas (como los valores públicos) que por su carácter mueble fácilmente escapan a la fiscalización, por parte de la Hacienda, para exigir tributaciones al ser transmitidas, se estableció una presunción de orden fiscal que, como todas las presunciones del mismo orden, no siempre es exacta ni justa, esto es: «Los bienes muebles depositados a nombre del causante o donante, por causa de muerte, se presume que son de la propiedad de éste» (artículos 48, 75 y 76 del Reglamento del impuesto de Derechos reales).

Ella lleva, como consecuencia, una obligación por parte de los Bancos: la de no devolver depósitos sin la justificación de que ha sido satisfecho el impuesto de Derechos reales por la transmisión hereditaria de que haya sido objeto alguno de los valores depositados (artículos 59, número 9, y 222 del mencionado Reglamento).

5.^º *Estudio del caso propuesto.*

Como claramente se desprende de los antecedentes expuestos, la dualidad del aspecto civil o jurídico y del aspecto fiscal es patente.

Civilmente, el depositante no se sabe si es o no dueño; nada exige que lo pruebe, ni aun el mismo depositario puede exigir tal prueba.

Fiscalmente, el depositante es dueño; la transmisión de los valores depositados al fallecimiento del deponente es un hecho fiscalmente cierto: la herencia existe y debe tributar.

Pero este doble aspecto del problema, que de modo tan claro se puede apreciar en los antecedentes dichos, ha llevado la confusión a ciertos Bancos, y confundiendo lastimosamente lo que son derechos civiles con lo que son obligaciones fiscales exigen, cuando los depósitos han sido constituidos en estado de casado,

que se pruebe *que son de la exclusiva propiedad del depositante los valores depositados*, bajo pena de considerarlos gananciales, con arreglo al artículo 1.407 del Código civil, y exigen, además, el pago correspondiente a la liquidación de la sociedad legal de gananciales.

Los errores en que se basa la práctica seguida por algunos Bancos tanto a la recepción como en la devolución de los depósitos son :

a) Al depositarse los valores, el Banco no exige justificación alguna de la propiedad de los valores depositados, con lo cual no hace sino hacer honor al artículo 1.771 del Código civil, que expresamente prohíbe al depositario exigir al depositante que pruebe ser propietario de la cosa depositada. Es más, en muchos Bancos ni aun se hace constar el estado civil del depositante en las facturas de entrega de los valores.

b) Caso de devolución de los valores depositados, el Banco, cumpliendo los artículos 1.766 y 1.771 del Código civil, entrega los valores depositados al mismo depositante sin exigirle prueba alguna de su estado civil; lo cual confirma que en tal caso se interpretan los artículos citados en el sentido de que establecen una presunción de propiedad *exclusiva* de los valores a favor del depositante y que, por tanto, viviendo éste, ni puede exigírselle prueba de su dominio, ni puede negársele la devolución de la cosa depositada cuando la pida. Ni que decir tiene que en tal caso no se le pide justificante alguno de pago a la Hacienda. Sin embargo, es fácil observar que con tal doctrina es perfectamente posible que valores adquiridos a título oneroso, a costa del caudal común, durante el matrimonio, y depositados en un Banco durante la vigencia de la sociedad de gananciales por el marido, como administrador legal de dicha sociedad, sean retirados por el marido, ya viudo, burlando los derechos de los herederos de la mujer y defraudando a la Hacienda pública por el impuesto de Derechos reales, correspondiente a la sucesión de la mujer y a la disolución de la sociedad conyugal.

c) Pero muere el marido, ya viudo, y el panorama cambia radicalmente. Las facilidades de algún Banco se truecan en exigencias, no siempre justificadas, y se exigen : 1.º, prueba del estado civil del marido cuando depositó los valores, prueba tardía

que debió exigirse al depositarios también o no exigirla ni al depositarlos ni al retirarlos; 2.º, prueba de que los valores depositados son de la propiedad exclusiva del marido, con infracción evidente del artículo 1.771, antes expuesto, y con el peligro que lleva consigo una prueba tan tardía que o no se debe exigir ni al retirar ni al constituir el depósito, o que hubiera sido más fácil al constituirlo, por la dificultad de probar la adquisición, tras largo período de tiempo, de un depósito, del que muchas veces se han perdido o extraviado los justificantes de la adquisición o los valores han sido convertidos o amortizados y sustituidos por otros; 3.º, intervención de los herederos de la mujer premuerta, caso de que la prueba no se pueda aportar, por considerarse entonces los valores depositados como bienes gananciales, a tenor del artículo 1.407 del Código civil; y 4.º, finalmente se exige la justificación del pago o exención del impuesto de Derechos reales por la liquidación de la sociedad de gananciales o por la adjudicación en pago de los bienes propios del marido, si los valores depositados lo fueren.

Para el Banco el precepto del artículo 1.771 es letra muerta cuando fallece el titular del depósito y exige pruebas de propiedad de los valores, a que no tiene derecho, y, en cambio, se niega a devolver lo depositado a los herederos o causahabientes del depositante, como es su obligación.

Para situar el problema en un plano de franca imparcialidad, es lo cierto que los Bancos depositantes se mueven entre dos fuegos de orden jurídico y van, además, amenazados por un tercer fuego de orden fiscal; el problema se les plantea de esta forma: o al depositar los valores en el Banco éste exige una justificación de quién es el dueño de lo depositado (el marido exclusivamente, por ser privativos suyos los títulos depositados), en cuyo caso se cometería una infracción del artículo 1.771 del Código civil, infracción que no se atreve a cometer ningún Banco; o no se exige tal justificación de propiedad, y en ese caso, el Banco, ateniéndose al artículo 1.407 del Código civil, presume que los valores son gananciales presuntos y exige la liquidación de la sociedad legal con intervención de los herederos de ambos cónyuges, lo que en el caso de ser los valores depositados de la sola y exclusiva propiedad del marido nos parece una injustificada exigencia.

a no ser que los herederos del marido prueben ser del exclusivo dominio de éste, en cuyo caso ya se exige una prueba, que parece estar en abierta oposición a la letra y al espíritu del artículo 1.771 citado.

De otro lado parece que el Reglamento del impuesto, caso de considerarse gananciales los títulos depositados, por la presunción del artículo 1.407, exige el pago de los Derechos reales por la disolución de sociedad conyugal (números 66 y 67 de la tarifa o la exención del artículo número 28 del Reglamento, en relación con el artículo 22 del mismo).

Sin embargo, el problema, a nuestro entender, es de verdadera interpretación y armonización de los textos legales expuestos para reducirlos a reglas fijas y uniformes, tanto en los casos de constitución de depósitos como en los de retirada de valores, ya por el mismo deponente, ya por sus herederos, borrando la dualidad de criterio de los Bancos, según se trate de que viva el mismo depositante o de que haya muerto.

A) *Presunción de posesión a favor del depositante.*—El artículo 1.771 del Código civil viene a sentar, en relación con los artículos 430 y 448, la presunción de que el depositante es un poseedor de la cosa depositada, en concepto de dueño, con justo título, y no puede ser obligado a exhibirlo. Y ello lo confirma el espíritu de la sentencia del Supremo de 13 de Enero de 1893, que estableció la doctrina de que los resguardos de un Banco producen presunción *juris* de que pertenecen al que aparece como poseedor en el resguardo. Otra sentencia, la de 27 de Enero de 1903, que establece que la MERA TENENCIA de los valores depositados corresponde a aquel a cuyo nombre aparece expedido el resguardo, sin que esto prejuzgue la cuestión de propiedad, «aunque exista comunidad de bienes».

Es decir, que la ley distingue perfectamente la cuestión de propiedad de los valores (no prejuzgada por los resguardos de depósito, según puede verse también en sentencia de 24 de Abril de 1893) y la mera tenencia de los títulos depositados que pertenece, con presunción *juris tantum*, al depositante, sin que se le pueda exigir prueba alguna de su dominio (artículos 448 y 1.771 citados). Pretender oponer a una presunción *juris tantum*, que expresamente prohíbe, *para los efectos del contrato de depósito*

(y esto es importante, porque sólo del contrato de depósito se trata), la prueba del dominio, otra presunción, la del artículo 1.407 del Código civil, que establece la *presunción de dominio*, con el carácter de gananciales, de ciertos bienes, *salvo prueba en contrario*, es desconocer el verdadero alcance de la interpretación de las leyes.

El precepto del artículo 1.407 del Código es un precepto de carácter general; el segundo, el artículo 1.771, es la excepción. El uno exige una prueba de dominio para excluir de los gananciales ciertos bienes; el otro prohíbe esa prueba; lo que equivaldría al absurdo legal de quitar toda defensa al deponente y obligarle necesariamente a considerar como gananciales bienes que no lo son.

El Reglamento del impuesto de Derechos reales, en sus artículos 48, 75 y 76, establece, *a los solos efectos fiscales*, una presunción a favor del depositante; pero convierte la posesión en dominio y exige se consideren de la propiedad de aquél los títulos depositados. Y si bien se analiza el precepto del citado artículo, que como precepto fiscal debe ser interpretado con un criterio opuesto al fraude, la presunción que establece es contraria al precepto del artículo 1.407 del Código civil, y así, fallecido un titular casado, *salvo manifestación en contrario de los herederos*, debe conceptuarse como base liquidable de su herencia el importe íntegro de los valores depositados y no la mitad solamente. Véase, pues, cómo el mismo Reglamento de Derechos reales viene también a fuir del precepto del artículo 1.407 del Código, que chocaría con los fines primordiales del contrato de depósito.

Y confirma más aún esta presunción de mera tenencia del depositante la misma práctica de los Bancos, devolviendo al mismo, ya viudo, los valores depositados en estado de casado, sin formalidad alguna ni pago de impuesto, lo que supone la admisión de una tenencia *exclusiva* del depositante, sin mezcla de cuestión alguna de dominio, que queda intacta, para ser discutida fuera del Banco, entre el depositante y los que por cualquier título crean tener derecho a lo depositado (entre los cuales pueden incluirse los herederos de la mujer, caso de ser gananciales los valores).

B) *Los derechos dominantes del contrato de depósito se trans-*

miten únicamente a los herederos del depositante.—Sentadas las afirmaciones anteriores, las consecuencias son claras: si la herencia de una persona comprende todos los derechos que no se extingan por su muerte (artículo 659) y en esos derechos suceden al difunto, por el hecho solo de su muerte, sus herederos (artículo 661 del Código civil), es indudable que entre los derechos transmitidos a los herederos, como continuadores de la personalidad jurídica del causante, figura la *acción directa*, de que antes hemos tratado, y que compete a los causahabientes del depositante, para exigir del depositario la restitución de la cosa depositada, cuando le sea pedida (artículo 1.766 del Código civil). No se trata ya de quién sea o no sea dueño de la cosa depositada, sino de la acción real que compete al depositario, y por su muerte, a sus herederos únicamente, como mero tenedor de la cosa entregada en depósito, para pedir y exigir su devolución. Pretender entonces escudarse el depositario, para retardar la devolución de los valores depositados, en la falta de justificación de la propiedad de los valores en depósito y el hecho mismo de exigir tal prueba son infracciones tangibles, manifiestas de las obligaciones que taxativamente le imponen los artículos 1.766 y 1.771. ¿El depositante entregó, *fuera o no dueño*? Pues a su fallecimiento sus herederos pueden exigir la devolución de lo depositado, *sean o no dueños*. El depositario no puede exigir al depositante, en ningún momento del contrato, y por ende, ni al constituirse ni al devolverse el depósito, prueba alguna del *dominio* de lo depositado, y la misma prohibición tiene con respecto a los herederos del deponente, a quienes tampoco puede exigir tal prueba de dominio, y sólo los documentos que les acrediten como tales causahabientes (declaración de herederos ab intestato, o testamento; certificación de defunción y del registro de actos de última voluntad); documentos que justifican la *personalidad* y a los que no les alcanza la prohibición del artículo citado; pero no los que pueden envolver una justificación de propiedad (como los que acreditan la adquisición de los valores depositados), cuya exigencia encaja entre lo prohibido por el repetido precepto legal.

C) *Justificantes del pago del impuesto de Derechos reales.*—Todo cuanto queda dicho es la demostración más indudable de lo injustificado de la exigencia de ciertos Bancos al pretender se

justifique el pago del impuesto por la disolución de sociedad conyugal.

Los valores depositados fiscalmente son del depositante, como queda dicho; a su fallecimiento, a falta de declaración en contrario de los interesados o herederos, sólo existe una transmisión hereditaria del depositante a sus herederos y sólo esta transmisión se ha de justificar y satisfacer.

Se nos objetará que muchas veces valores depositados en Bancos son considerados en la liquidación de la sociedad legal y partición de la herencia del depositante como bienes gananciales, y como tales pagan a la Hacienda y se adjudican a la viuda o herederos; pero, en realidad, en tales casos el carácter de gananciales dado a los valores no es una aplicación del artículo 1.407 del Código civil, sino todo lo contrario: un reconocimiento de los herederos del deponente de la propiedad de la mitad de los valores depositados a favor de la mujer o sus herederos, y el derecho de ésta y éstos dimana de tal reconocimiento, que de otro lado nada empece para que se haga al discutirse la cuestión de propiedad con los herederos de la mujer, *después* de haberse retirado los valores depositados por los herederos del marido única y exclusivamente, ya que la mujer o sus herederos, de no estar conformes con ello, pueden ejercitar los derechos que les conceden los artículos 1.785 del Código civil y 499 de la ley de Enjuiciamiento civil para poner a seguro los valores, evitando su ocultación.

Y con ello queda sentada nuestra impresión personal en asunto de tanta trascendencia jurídica y que tan de continuo se da en la práctica bancaria.

ANTONIO VENTURA,

Abogado de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL Y MERCANTIL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

* * *

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La cuestión de fondo es resuelta en la siguiente forma:

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

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

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

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

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

DIVORCIO Y SEPARACIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ENRIQUE TAULET,
Notario de Valencia.

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

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

Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

XLIII

Condonación. Son causas para ésta el que al descubrimiento de valores en la liquidación definitiva, en relación a la provisional, sea debido a declaración espontánea de los contribuyentes, y no por investigación provisional; que la omisión en aquélla fué originada por la creencia de que no procedía relacionar más que la mitad de dos depósitos indistintos, y que sin la aclaración respecto de ellos hecha en la definitiva la Administración no hubiera tenido noticia de los depósitos ni hubiera habido liquidación, y, finalmente, que de una partida en metálico omitida en la liquidación provisional, no es justo hacer responsable del olvido a los herederos que no participaron de él; debe, pues, condonarse los dos tercios, conforme a los artículos 114 del Reglamento de 29 de Julio de 1924 y 231 y concordantes del del Impuesto. (Acuerdo del Tribunal Central de 7 de Mayo de 1929) 10 de 1929.

XLIV

Devolución de ingresos indebidos.

Para que la petición de devolución de ingresos indebidos formulada ante el Delegado de Hacienda pueda prosperar, es indispensable conste indubitablemente el error de hecho alegado con-

forme al artículo sexto del Reglamento del Impuesto y 201 del de Procedimientos. Los errores alegados consistentes en que se consignó, en cuanto a una finca rústica, un valor sumando los de otras parcelas *pro indiviso* con aquéllas; y en cuanto a una urbana, en que se le dió como líquido imponible el de dos contiguas pertenecientes al mismo dueño, han de ser probadas debidamente para que se puedan tener en cuenta. (Acuerdo del Tribunal Económicoadministrativo Central.)

XLV

La adjudicación a los socios de una Sociedad, hecha al ser disuelta ésta, de los bienes sociales en los cuales se comprueba que hay un aumento de valor sobre el que figuraba como aportación de los mismos a aquélla, se ha de liquidar, por el concepto de sociedades, al 0,50 y no al 4,80, como adjudicación o cesión de inmuebles.

No se impugnó el exceso de valor comprobado sobre lo aportado, que por lo tanto es preciso estimar como cierto, sino el tipo a que se ha de liquidar ese exceso de adjudicación sobre lo que aportaron, es decir, si ha de serlo por el de sociedades o por el de cesión onerosa al 4,80 por 100. El Tribunal Provincial falló en sentido de que el artículo 19 del Reglamento ordena liquidar como cesión ese exceso de adjudicación sobre lo aportado; el Tribunal Central estima, por el contrario, que el aumento de valor comprobado por la Administración en la adjudicación de bienes al disolverse la Sociedad no produce otro efecto que el de elevar la base de imposición para liquidar el impuesto, conforme al artículo 61 del Reglamento del impuesto, pero no permite la alteración de la calificación jurídica del acto o contrato por el que se realiza la transmisión; esta interpretación es indudable, según el artículo 19, párrafo 2.º del Reglamento de 1927 y a los mismos números del de 1932, ya que en ellos se puntualiza que la diferencia entre el valor de los bienes aportados a una Sociedad y las acciones o participaciones que en representación de los mismos se reconocen a los socios tributarán como cesión a la Sociedad distinta de la aportación a título de capital social, si aquella diferencia exis-

tiese según declaración de los interesados, y, por consiguiente, no tributará en tal forma si resulta de una comprobación practicada por la Administración, con independencia de toda voluntad del contribuyente, que conste expresamente o que lógicamente pueda inferirse de algún acto suyo. (Acuerdo del Tribunal Central de 10 de Enero de 1933.)

XLVI

Caducidad de la instancia. La falta de justificación de la personalidad del reclamante (por ejemplo, por falta de inscripción en el Registro Mercantil del poder otorgado por una Sociedad de ese orden) produce la caducidad de la instancia y hace imposible la prosecución de la tramitación del recurso de alzada ante el Tribunal Central contra un fallo del Provincial, según el artículo 62 del Reglamento de 29 de Julio de 1924. (Acuerdo del Tribunal Central de 24 de Enero de 1933.) 8 de 1933.

XLVII

Caudal relicto. No está sujeta al impuesto sobre el caudal relicto, en caso de transmitirse, una herencia mediante el cumplimiento de condiciones primero en usufructo a una persona y en nuda propiedad a otra indeterminada, y después, por muerte, de la usufructuaria, a favor de los nudo propietarios definitivos en quienes se consolida el dominio, más que la primera transmisión y no la consolidación, sin perjuicio de lo que proceda liquidar por las transmisiones hereditarias.

Caso. A. instituye heredera a B. en usufructo si ésta se casa con C., y, en tal caso y si éste vive al morir A., la nuda propiedad es para los hijos que ambos tengan, y, en defecto de ellos, la herencia se divide en dos partes, una de las cuales es para E. y sus hijos F., G. y H., por partes iguales, y la otra mitad para sufragios por A.; B. se casó con C., y éste sobrevivió a A., y, por ello, al morir A., se adjudicó el usufructo a B. por el 50 por 100, dada su edad, y se aplazó la liquidación del otro 50 por 100 por ser

desconocidos los herederos, girándose además liquidación por el caudal relichto; la usufructuaria falleció sin sucesión y sobreviviéndola los demás herederos testamentarios de A., o sean, E., F., G. y H., adjudicándoseles la mitad de los bienes por cuartas partes, y la otra mitad para misas; presentada a liquidación esta última partición se giró liquidación sobre todo el caudal relichto con la deducción reglamentaria de 2.000 pesetas; los herederos testamentarios E., F., G. y H. impugnaron esta última liquidación, en la que se tomó como base los bienes del extinguido usufructo de doña B., alegando que esos bienes son parte integrante de la herencia de A., que ya había tributado por tal concepto, y, por tanto, de cobrarlo ahora resultaría una duplicación de pago por tratarse de dos liquidaciones giradas por la misma herencia por iguales bienes, conceptos, tipos y herederos. Desestimada esa petición en primera instancia es acogida por el *Central*.

Los bienes de A. están sujetos, tanto en cuanto al usufructo como en cuanto a la nuda propiedad, al impuesto sobre el caudal relichto, no obstante la indeterminación de los nudo propietarios, hasta que murió la usufructuaria y se supo—por tal circunstancia—quién *adquirió* en firme tal derecho, toda vez que según el artículo 254 del Reglamento de 16 de Julio de 1932, la condición suspensiva y la indeterminación del adquirente sólo producen el aplazamiento de la liquidación cuando de tal indeterminación de quién adquirió en firme tal derecho, toda vez que según el artículo 241, el cual no tiene aplicación al caso expuesto porque aquél se contrae a herederos directos y aquí se refiere a una sobrina.

En cuanto a la herencia de doña B., ha de tenerse en cuenta que el impuesto del caudal relichto, según la exposición del Real decreto de 27 de Abril de 1926, grava el conjunto pro indiviso de una herencia antes de su partición, y es independiente de las transmisiones hereditarias y sirven de base para liquidar los bienes que integran el caudal relichto; y como los bienes relictos por B. fueron adquiridos en usufructo de A. y la defunción de aquélla no produjo otra consecuencia en cuanto al impuesto que la consolidación del dominio por extensión del usufructo a la determinación de los adquirentes de la nuda propiedad, derechos que dimanan en totalidad de doña A., pues de ésta los adquirieron los nudo propietarios, es visto que en este caso no puede apreciarse una segun-

da herencia o transmisión como conjunto indiviso para girar sobre ella la liquidación de caudal relicto independiente de la transmisión hereditaria producida por el fallecimiento de la primera causante ; no obsta a ese criterio la sustitución de algunos mobiliarios hecha durante el usufructo de B., pues no se alteró la naturaleza y extensión del derecho del usufructo, ya que además consta que los valores sustituidos continuaron afectos al usufructo ; el criterio expuesto guarda analogía con lo prevenido en el artículo 253 del Reglamento del Impuesto sobre sustitución de unos herederos a otros y liquidación en ese caso del impuesto de caudal relicto, y lo mismo ocurre en los fideicomisos. (Acuerdo del Tribunal Central de 4 de Abril de 1933.) 10 de 1933.

XLVIII

Permuta. La fecha de la escritura de permuta es la que determina la obligación de contribuir y la legislación aplicable para liquidar, que será la vigente en esa fecha, no teniendo influencia para ello los convenios verbales preliminares.

El párrafo segundo del artículo 48 del Reglamento del Impuesto previene que éste se exigirá en las transmisiones por contrato de muebles, inmuebles y derechos reales, cualquiera que sea la naturaleza de los documentos que contengan tales actos, a diferencia de lo que ocurre en las transmisiones de acciones u obligaciones de Sociedades, en que es preciso la existencia de escritura pública o documento judicial o administrativo, estando exentos los contratos verbales mientras no se eleven a escritura pública, según el número 5 del artículo 6.^o del Reglamento, preceptos que evidencian la necesidad de un documento escrito para que se pueda liquidar el impuesto en las transmisiones por contrato, siendo el momento que hace nacer el derecho administrativo y la obligación del contribuyente aquel en que lo convenido se hace constar en documento, no siendo todo lo anterior a tal otorgamiento más que actos preparatorios que no originan la obligación de contribuir, y cualquiera que sea la fecha de esos actos preparatorios o convenios verbales, el plazo de presentación sólo se cuenta desde la fecha del documento ; por lo tanto, celebrado un contrato de permuta de

fincas rústicas por urbanas por escritura pública de 23 de Marzo de 1932, esta fecha es la de arranque de la obligación de contribuir, y como en aquélla ya estaba en vigor la ley de 11 de Marzo de 1932 (*Gaceta* del 13), conforme a la misma se ha de liquidar, o sea al 5 por 100 del valor de lo que cada permutante adquiere, ya que sus preceptos, en cuanto modifican otros anteriores, se aplican desde el día siguiente de su publicación; aun en el supuesto de que la fecha del contrato fuese anterior a la de la escritura (supuesto legalmente inadmisible), como sostienen los interesados, habría de sujetarse a la nueva legislación a tenor de la primera disposición transitoria de la nueva ley, puesto que habría que admitir que la fecha del contrato es la que dicen aquéllos, y desde esa fecha hasta la presentación del documento liquidable pasaron más de los treinta días que establece el artículo 107 del Reglamento. (Acuerdo del Central de 18 de Abril de 1933.) 12 de 1933.

XLIX

Liquidaciones firmes. Las liquidaciones pueden ser impugnadas en el plazo de quince días, y si no se hace así ante el Central cuando se trata de una liquidación girada por la Caja de Depósito por devolución de fianza, aquélla es firme y el recurso extemporáneo, debiendo entenderse hecha debidamente la notificación cuando se ha pagado el impuesto. (Acuerdo del Central de 21 Marzo 1933: 15 de 1933, dictado con vista de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de Julio de 1923 y artículo 42 del Reglamento de 29 de Julio de 1924.)

L

Sociedades. Las prórrogas de Sociedad han de liquidarse sobre la base de la diferencia entre el activo y pasivo, agregando los fondos de reserva y la partida de pérdidas y ganancias que se haya hecho figurar en el pasivo del balance de la Sociedad, debiendo estar integrado por lo que sean propiamente deudas a favor de tercero y no de los accionistas.

Acordado por una Compañía su prórroga indefinida, solicitó la liquidación mediante escritura pública, en la que se insertó el in-

ventario-balance ; la Sociedad pretendió se liquidase tomando como base la diferencia entre el activo y el pasivo, siendo de notar que en este último se incluía 1.000.000 de pesetas en fondos de reserva y 500.000 de pérdidas y ganancias : el liquidador giró la liquidación sobre la aludida diferencia, agregando a ella los fondos de reserva ; apeló la Sociedad y el Central determina que a dicha suma se adicione la partida de pérdidas y ganancias para fijar la base aludida.

El artículo 19, párrafo 4.º, del Reglamento de 1927, aplicable al caso, dispone que la prórroga de Sociedades tributa por el capital efectivo líquido en el momento en que el acuerdo se adopte, esto es, que rige aquí el principio general de que tributan aquéllas por el verdadero capital transmitido, y no sobre el nominal (lo cual sólo ocurre cuando no se acompaña inventario y balance, según dicho artículo 19) ; el haber líquido de una Sociedad anónima es lo que reste de su haber total, deducidas las deudas a favor de tercero, sin que quepa admitirse que se puedan también deducir las deudas a favor de los accionistas, porque éstos no son terceros con relación a la Sociedad, y, según tal criterio, nunca existiría haber líquido, porque el capital social es deuda a favor del accionista, y sin que sea admisible tampoco que el haber líquido lo constituya la diferencia contable entre el activo y el pasivo del balance, pues en la contabilidad por partida doble no se da tal diferencia ; en el inventario-balance sólo pueden reputarse como obligaciones a favor de tercero las «de empréstitos», las «de acreedores» y las «cuentas a liquidar», pero no los fondos de reserva ni la pérdida de cuenta de pérdidas y ganancias, que precisamente por ser favorable se incluye en el pasivo ; en cuanto a estos dos últimos conceptos, el fondo de reserva no es patrimonio de los accionistas, sino de la Sociedad, como lo prueba que no tributa por utilidades por la tarifa segunda, y que la Sociedad responde con ese fondo, del cual sólo la Junta o Consejo de la Sociedad puede disponer ; y en cuanto a «las pérdidas y ganancias», en el momento en que el acuerdo de prórroga se adoptó, al que se refiere el artículo 19, párrafo 4.º, del Reglamento, es evidente que tal partida formaba parte del haber líquido de la Sociedad, cualquiera que sea el destino posterior (pago de dividendo o fondo de reserva) que haya podido dársele : la base de liquidación será diferencia del activo y pasivo, pero agregando los fondos de reserva, más la par-

tida de pérdidas y ganancias, que, por formar parte del haber de la Sociedad, figura en el pasivo, lo mismo que su capital. (Acuerdo del Tribunal Central de 15 de Marzo de 1933.) 16 de 1933.

LI

1.º *Audiencia verbal en el expediente: su otorgamiento es de carácter discrecional por la Administración, según la importancia del caso.* 2.º *La comprobación de valores ha de hacerse por cada finca, y si los interesados subsanan un error, expresando que se trata de dos diferentes en vez de una, y comprobada cada una separadamente hay aumento, ese aumento ha de tomarse como base para liquidar el impuesto.*

1.º El artículo 70 del Reglamento de Procedimiento previene que el otorgamiento de audiencia verbal es discrecional por parte de la Administración, habida cuenta de las circunstancias del caso; y, tratándose de una cuestión de hecho, no procede conceder aquélla.

2.º En cuanto a la comprobación, aparece que en una herencia se comprendió una finca urbana, compuesta de dos casas, cuya comprobación, según sendos recibos de contribución, dió un valor igual al de los interesados; pero pagado el impuesto sobre esa suma, los mismos interesados otorgaron una escritura, que, presentada a liquidación, dió un aumento de valor comprobado, según los nuevos datos, para una de las fincas; y por ello ese aumento es inexcusable tenerlo en cuenta y girar una liquidación complementaria, porque si bien la suma de los valores declarados de las dos fincas en la escritura adicional coincide con la global de la finca única, no es menos cierto que cada valor de esos separado no coincide con la capitalización del respectivo líquido imponible, arrojando un aumento respecto de uno de ellos; y como, a tenor del artículo 87 del Reglamento, la comprobación por los amillaramientos se hará capitalizando el líquido imponible por cada finca individualmente, es visto que, subsanado por los interesados el error padecido de estimar una finca lo que eran dos, y dando aumento la comprobación individual, era inexcusable hacer esa comprobación individual y tomarla como base, según el artículo 61 del mismo, si era mayor que el declarado por

los interesados. (Acuerdo del Tribunal Central de 21 de Marzo de 1933.) 19 de 1933.

LII

Notificación. Comprobación de valores. 1.º *La comprobación de valores es un acto impugnable por el contribuyente, y si no se le notificó expresamente, puede impugnar aquélla al conocer la liquidación practicada que se giró sobre ese valor comprobado que se impugna.* 2.º *La oficina liquidadora para hacer la comprobación por los datos de los precios medios ha de obtener certificación de los mismos en la oficina competente, y no puede valerse de los que tenga particularmente, siendo nula la comprobación en el supuesto de que no se ajuste a esa regla fundamental.*

1.º En cuanto al primer extremo, así se desprende del párrafo 6.º del artículo 85 del Reglamento del impuesto, y ese acto es reclamable ante el Tribunal Provincial, a menos de que el medio de comprobación sea el líquido imponible o la renta líquida.

2.º Entre los medios ordinarios de comprobación, según el artículo 80 del mismo Reglamento, figuran los precios medios de venta, según los datos del Registro de la Propiedad o los de las publicaciones oficiales y según los párrafos 4.º y 5.º del 84, entre las certificaciones integrantes de los expedientes de comprobación han de estar incluidas las de los precios medios, según esos datos, no pudiendo ser exigida la presentación de las mismas como medio de comprobación, sino que ha de expedirse de oficio, cualquiera que sea el Registro a que pertenezcan y donde hayan de surtir efecto; por lo tanto, si se utiliza como medio de comprobación el precio medio que en la oficina liquidadora aparecía asignado por el Catastro urbano al metro cuadrado de terreno, no siendo atribución de las oficinas liquidadoras determinar por sí mismas los precios medios con los datos que posean, sino atenerse a los que aparezcan en la certificación que de oficio ha de expedir el Registro de la Propiedad o la oficina que tenga a su cargo la publicación de los datos de carácter oficial, es evidente que la comprobación hecha por el precio medio en tal forma es nula, pues previamente debió obtenerse certificación del Registro de la Propiedad. (Acuerdo del Central de 2 de Mayo de 1933.) 21 de 1933.

LIII

Comprobación de valores. Timbre. En cuanto al primer extremo, expresa la doctrina del caso anterior. En cuanto al segundo, se establece que la impugnación del timbre debe ser resuelta por el Tribunal Provincial constituido en la forma prevenida en el artículo 3.º del Real decreto de 16 de Junio de 1924, previa invitación al interesado de que formule la reclamación separada de la del impuesto de derechos reales. (Acuerdo del Central de 18 de Abril de 1933.) 22 de 1933.

LIV

Compraventa. 1.º Existe una doble compraventa, y deben liquidarse ambas si una finca se cede por su dueño a otro, y los herederos de éste la ceden a un Banco por precio que consta abonado en la cuenta del vendedor, no habiéndose incluido esas fincas en la herencia del segundo vendedor, y apareciendo una carta de este segundo vendedor en que se autoriza a los herederos del primero para que otorguen la escritura de venta a favor de quien él les expresa. 2.º Existiendo la carta y la partición en que consta la primera venta, no se trata de un contrato verbal, sino escrito y sujeto al impuesto. 3.º No pueden incluirse las fincas en la herencia del primer vendedor sin contradecir la tesis sustentada. 4.º La reclamación económica autoriza al Tribunal a tratar todas las cuestiones, aun no planteadas por los interesados. 5.º Declarada espontáneamente la transmisión, no hay multa.

1.º De las dos liquidaciones, el Banco de X, adquirente de las fincas, ha prestado su conformidad a la girada a su nombre, y sólo impugna lo referente a quién fuese el transmitente; y como esta liquidación por la adquisición anterior de las fincas por ese transmitente está girada a nombre de los herederos de Z, y éstos ni han formulado reclamación ni consta que el Banco sea apoderado suyo, en realidad ambas liquidaciones están consentidas.

2.º Las cuestiones planteadas son: a) Si hay dos compraventas

tas o una sola. b) Si hay documento escrito acreditativo de la celebración de ambas compraventas. c) Si pueden resolverse de oficio por el Tribunal cuestiones no planteadas por los interesados. d) Si procede adicionar el caudal hereditario del primer causante con las fincas en cuestión; y e) Si procede multa e intereses de demora.

a) Son preceptos básicos de contratación los artículos 1.254, 1.258, 1.262 y 1.278 del Código civil, según los que existe el contrato desde que varias personas consienten en obligarse en dar alguna cosa o prestar algún servicio, perfeccionándose por el nuevo consentimiento mediante la concurrencia de la oferta y de la demanda, siendo obligatorio, sin necesidad de forma especial; en el caso expuesto existen dos contratos de compraventa: uno, el contenido en la escritura presentada a liquidación a favor del Banco de X; otro, el relacionado en ella, por el que se vendieron las fincas a Z, cuyos herederos son los que las ceden al Banco; en cuanto al contrato contenido en la escritura a favor del Banco X, no hay cuestión, y desde luego no se impugna, estando, además, probado por carta de Z al Banco X, lo discutido si existió o no la transmisión a favor del transmitente al Banco, o se trata de una nueva comisión de la viuda de Z para otorgar la escritura.

En los antecedentes reseñados en la escritura aparece diseñando con claridad un primer contrato de compraventa desde el primitivo dueño de las fincas, J, a favor de Z, puesto que, según aquéllos, consta que J adquirió la obligación de vender a Z percibiendo el precio, y muerto Z sin formalizar la escritura, los herederos de Z excluyeron de la masa hereditaria las fincas vendidas; por haber menores se pidió autorización judicial, y para lograrla se manifestó que el causante había vendido en vida las fincas; existe una carta de uno de los herederos de J dirigida a Z reconociendo la obligación de otorgar la escritura a quien éste indique, y a su vez otra de Z, dirigida al Banco X, cediéndole los derechos derivados de la carta anterior en pago de los descubiertos que tenía en el Banco, cesión que no hubiera podido realizar sin tener previamente adquiridos los derechos que cedía, dándose además la circunstancia de que el Banco tenía abonada a Z en su cuenta el precio de la compra; y, finalmente, que la cesión de J fué ante-

rior a la constitución social del Banco, y, por lo tanto, la adquisición de las fincas no pudo hacerla el Banco, que no existía, sino que hubo otro comprador anterior, o sea Z, cuyos herederos son los que otorgan la escritura a favor del Banco. Es de notar que, según el artículo 40 del Reglamento del impuesto, la transmisión de créditos, derechos y acciones, mediante los que pueden obtenerse bienes determinados, devenga el impuesto como los mismos bienes.

b) Carece de aplicación en el caso actual la exención de los contratos verbales (número 6 del artículo 5.^o del Reglamento), pues la transmisión de J a Z aparece corroborada por las manifestaciones hechas por sus herederos en la escritura de partición de sus bienes y la carta entregada mediante Notario, cumpliéndose los requisitos del artículo 1.227 del Código civil, y la cesión de Z al Banco X aparece en la escritura de compraventa, mediante cuyos documentos las partes podían exigirse mutuamente el cumplimiento de sus obligaciones, no siendo necesaria escritura pública, según el artículo 48 del Reglamento y 1.445 y 1.450 del Código civil; la condición de extranjero de Z y la prohibición que como tal tenía de adquirir inmuebles en África no afecta al impuesto, que prescinde de la legalidad de los actos en el fondo y en la forma.

c) La reclamación económica somete al Tribunal Central todas las cuestiones, aun no planteadas por los interesados, según el artículo 20 del Reglamento de Procedimiento de 29 de Junio de 1924 y sentencia del Supremo de 6 de Junio de 1926 (*Gaceta* de 18 de Marzo de 1927 y 17 de Enero y 27 de Mayo de 1927).

d) No procede adicionar las fincas a la herencia de Z y liquidar como herencia, porque en los fundamentos alegados se parte precisamente de la idea de que Z fué quien adquirió de J y quien transmitió antes de su muerte al Banco X; luego esas fincas no fueron transmitidas a sus herederos, y sería contradictorio incluirlas en el caudal hereditario.

e) No es procedente imponer multa a los herederos de Z por falta de presentación, conforme a lo prevenido en el artículo 209 del Reglamento, según el que si los contribuyentes incursos en aquélla mueren antes de liquidarla, y no hay denuncia particular, los herederos están dispensados de ella si presentan espontánea-

mente los documentos. (Acuerdo del Central de 2 de Mayo de 1933.) 23 de 1933.

LV

Deudas deducibles. Para que se puedan deducir de una herencia han de constar en documento que lleve aparejada ejecución; y, por lo tanto, no protestada una letra no puede ser deducido su importe de la herencia, y mucho menos si tampoco se acredita la deuda con documentos fehacientes; en cuanto a una cuenta de crédito, ha de probarse con documento bastante, no siéndolo un acta notarial y una certificación del Banco en que conste el saldo.

Las deudas cuya baja se pretendió en la herencia eran un saldo de una cuenta de crédito en un Banco y el importe de una letra de cambio. Según el Reglamento del impuesto (artículo 101), en las herencias son deducibles las deudas contra el causante que consten en documento fehaciente y legítimo que lleve aparejada ejecución, a tenor del artículo 1.429 de la ley de Enjuiciamiento civil y sentencias del Tribunal Supremo de 20 de Febrero y 26 de Marzo de 1928, precepto de indeclinable aplicación fiscal, no enervándose ese precepto por otros preceptos o textos y siendo deducibles las cuentas de crédito o préstamos personales otorgados por Bancos inscritos en la Comisaría de Ordenación Bancaria que consten en póliza intervenida por agente de Bolsa o corredor de comercio, si se acompaña certificación del agente, con referencia a su libro-registro, y otra de la cantidad acreedora, haciendo constar el saldo el día del fallecimiento del causante; por lo tanto, si la letra de cambio no está protestada al fallecer el causante, no es título que tenga fuerza de ejecución, según acuerdos del Tribunal Central números 197 y 214 de 1929, 54 de 1930 y 59 de 1932, y, por lo tanto, aun habiendo presentado la letra no era título para deducir la deuda; y en cuanto a la deuda derivada de la cuenta de crédito, tampoco es deducible si no se presenta la póliza original o certificación del agente mediador; el Reglamento actual autoriza que se deduzcan las deudas justificadas (aun prescindiendo del carácter ejecutivo) por medios de prueba admisibles a satisfacción de la Administración, siempre que además se ratifi-

que la existencia de la deuda por los herederos con la comparecencia del acreedor, o si consta el pago en documento público y no está contraída a favor de los herederos o legatarios de parte alícuota o de los cónyuges, descendientes, ascendientes o hermanos, y no presentada al pedir la liquidación, ni la letra de cambio, ni testimonio de ella, ni documento alguno anterior al fallecimiento del causante, según previene el artículo 101 del Reglamento, han de ser los documentos probatorios, hay que reconocer que no está probada la deuda, no siendo bastante una certificación del Banco ni una escritura de reconocimiento parcial de la deuda por un heredero, pues en esos documentos no constan la fecha del libramiento o aceptación de la letra, desconociéndose las circunstancias del contrato y no hallándose acreditada en forma indubitable la deuda que se quiere deducir; lo mismo ocurre con la derivada de la cuenta de crédito, pues aun admitiendo que la administración pueda percindir en estos contratos de la póliza del agente para formalizar el préstamo, ha de haberse aportado prueba fehaciente de tal contrato anterior al fallecimiento del causante y la certificación del Banco y el acta notarial en que se hace constar el saldo de la deuda no son suficientes a esos fines. (Acuerdo del Tribunal Central de 9 de Mayo de 1933.) 25 de 1933.

LVI

La aplicación del tipo especial de adquisición de inmuebles por Sociedades benéficas, aun siendo extranjera, exige que se haya acreditado que aquélla se dedica a la satisfacción de las necesidades intelectuales o físicas gratuitamente.

La entidad reclamante, de carácter y constitución extranjera y alegando que se componía de tres secciones, una de ellas de beneficencia, y que tenía capacidad para adquirir inmuebles, pretendió se aplicase a la compra de una casa el tipo especial de adquisiciones de establecimientos privados, ya que la reclamante, según ella lo era, y el Reglamento del impuesto no exige ningún otro requisito, y menos la clasificación por el Ministerio de la Gobernación.

La reclamación no prospera. No está demostrada la condición de establecimiento benéfico: el artículo 28 del Reglamento de 1927 aplicable, previene se liquiden al 2 por 100 las adquisiciones onerosas hechas por los establecimientos de beneficencia o instrucción de carácter privado; pero tal prueba no se ha hecho, pues siendo, según el artículo 2.º del Real decreto de 14 de Marzo de 1899 establecimientos de beneficencia aquellos que con carácter permanente se dedican a la satisfacción gratuita de necesidades intelectuales o físicas, no aparece demostrado que la Sociedad en cuestión realice sus fines gratuitamente, ni aun se ha alegado en primera o segunda instancia tal circunstancia, a pesar de que el fallo de primera instancia se basa en no estar probada la naturaleza benéfica de la Sociedad; debe, pues, liquidarse la compraventa al tipo corriente, y no por el especial. (Acuerdo del Central de 4 de Abril de 1933.) 26 de 1933.

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA .

SENTENCIAS DICTADAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO ALEMAN CUYO CONTENIDO PUEDE OFRECER IN- TERES (1)

I. *Cuando se le entregue al Notario la minuta acerca del contenido de una escritura que haya de autorizar, no debe éste omitir ninguna de las estipulaciones esenciales contenidas en la misma, en especial las que tengan por finalidad el aseguramiento de una de las partes contratantes, a no ser que, instruidos los otorgantes suficientemente de la importancia de la cláusula que trate de suprimirse, hayan manifestado su conformidad con esa omisión.* (Sentencia de 12 de Junio de 1931.)

Tratábase en el litigio que dió lugar a esta sentencia de un contrato de compraventa, con parte del precio aplazado, otorgado ante Notario en 6 de Agosto de 1927 por una mujer casada, propietaria de un pequeño establecimiento mercantil, asistida de su esposo. Este había entregado al Notario una minuta del contrato, en la que se establecía a favor de la vendedora una cláusula de reserva de dominio sobre la cosa objeto del contrato, en garantía de la parte del precio cuyo pago quedaba aplazado.

El Notario, atendiendo a indicaciones del comprador, sustituyó, al redactar la escritura, dicha cláusula de reserva de dominio por la estipulación, corriente en todas partes, de considerarse vencidas todas las cantidades pendientes al dejar de pagar el deudor

(1) Véase Dr. Leo Sternberg: *Rechtsprechung* (Jurisprudencia) en «Zeitschrift des Deutschen Notarvereins» (Revista de la Asociación de Notarios alemanes), Marzo de 1933, págs. 178 y 187 y siguientes.

uno de los plazos y proceder en tal supuesto la ejecución contra el comprador por la totalidad de la deuda.

Al efectuarse la lectura del instrumento público, consta probado en el juicio correspondiente que el marido de la vendedora hizo una indicación al Notario acerca de la carencia de la cláusula de reserva de dominio. Contestó éste que para aseguramiento de los derechos de la vendedora figuraba, en lugar de la cláusula indicada, una estipulación por la que el comprador consentía la ejecución inmediata por la totalidad de la deuda pendiente, al dejarse de pagar un solo plazo.

Con tal respuesta se consideraron suficientemente garantizados la vendedora y su esposo, mas luego, al verse perjudicados por la carencia de una garantía real ante un deudor insolvente, promovieron la correspondiente demanda contra el Notario autorizante.

La sentencia establece que el Notario se hallaba obligado a hacer saber a los otorgantes la diferencia existente entre la garantía real propuesta originariamente por la vendedora en la minuta de contrato que el marido de ésta entregó al Notario, la cual aseguraba a la acreedora contra el riesgo de reventa o de pignoración de la cosa objeto del contrato, y la mera garantía personal que ofrecía la cláusula insertada en la escritura facilitando tan sólo el cobro de la deuda mediante el procedimiento ejecutivo. Tiene presente el fallo que, tratándose de pequeños comerciantes, en quienes no cabe suponer unos conocimientos jurídicos suficientes para hacerse cargo de las consecuencias de redactarse la escritura en la forma que se hizo, pudo muy bien inducir a error a la vendedora y a su marido el término «aseguramiento» que empleó el Notario autorizante al explicar el contenido del instrumento a la parte interesada que había advertido la carencia de la cláusula de reserva de dominio.

II. *No es inscribible en el Registro Inmobiliario la renuncia a los derechos que puedan emanar de disposiciones legislativas futuras, en virtud de las cuales se rebaje el tipo de interés.* (Sentencia de 10 de Noviembre de 1932.)

Mediante documento notarial cedió cierto propietario sus inmuebles a un hijo suyo, haciendo cargo este último de las responsabilidades dimanadas de las hipotecas que gravaban las fincas,

concediéndole al padre cedente una renta vitalicia, y obligándose a satisfacer, además, determinada cantidad en metálico, que habría de devengar un interés del 5 por 100 a partir de 1.º de Julio de 1932.

Figuraba en la escritura una cláusula que decía: «El adquirente renuncia expresamente a todo beneficio jurídico que pueda resultar a su favor en virtud de una disposición legislativa futura por virtud del hecho de reducirse el tipo de interés por obra del legislador. Formula esta renuncia movido por la consideración de estar destinados los intereses de dicho capital a servir de medios para el sustento del enajenante y de la esposa de éste» (que venían a ser los padres del adquirente de las fincas).

Añadíase a continuación, a los efectos de la ley Ordenadora del Registro Inmobiliario: «Por consiguiente, constituye hipoteca sobre las mismas fincas adquiridas en garantía de la parte aplazada del precio de la compra y solicita la inscripción en el Registro Inmobiliario de dicha hipoteca con las referidas condiciones, referentes al tipo de interés y a la forma de verificarse el pago».

No es inscribible la manifestación de renuncia indicada por faltar desde un principio el derecho o *pretensión jurídica* que en la actualidad ostente el carácter de renunciable.

A mayor abundamiento, es principio normativo de todo sistema de Registro Inmobiliario que la inscripción en el mismo sólo pueda verificarse al amparo de normas legislativas vigentes, ya que la admisión de inscripciones fundadas en eventuales preceptos de una legislación futura obligaría a la práctica de unas anotaciones preventivas y notas marginales que harían perder al Registro toda fijeza y estabilidad.

Por último, es obligado tener presente la eventualidad de que al dictarse la disposición en cuya virtud se reduzcan los tipos de intereses, preceptúe el propio legislador que se trata de una disposición cuya observancia se considera de orden público, y que por tal motivo se prohíbe y declara nula de pleno derecho toda renuncia a esa rebaja de intereses.

En tal supuesto, la propia disposición prevista declararía nula la renuncia cuya inscripción, por todos los motivos enunciados, no puede menos de denegarse.

Para poder inscribir la cláusula de constitución de hipoteca por la parte aplazada del precio de la venta sin la renuncia, es requi-

sito ineludible, conforme al párrafo 29 de la ley Ordenadora del Registro Inmobiliario alemán, que conste la manifestación de conformidad de todas las partes interesadas en la inscripción que ha de verificarse, comprendiendo tan sólo las estipulaciones que tienen acceso al Registro.

ALFONSO FALKENSTEIN Y HAUSER,

Abogado del Colegio de Madrid.

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

CAJA DE AHORROS

Intereses que se abonan: 4 por 100. Libretas, máximo 25.000 pesetas. Cajas abiertas los días laborables de 10 a 2

Sucursales en España y Marruecos

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

Cuentas corrientes a la vista con un interés anual de 2 y medio por 100

CONSIGNACIONES A VENCIMIENTO FIJO

Un mes 3 por 100

Tres meses 3 1/2 por 100

Seis meses 4 por 100

Un año 4 1/2 por 100

El Banco Español de Crédito pone a disposición del público, para la conservación de valores, documentos, joyas, objetos preciosos, etc., un departamento de CAJAS DE ALQUILER con todas las seguridades que la experiencia aconseja. Este departamento está abierto todos los días laborables desde las 8 a las 14 y desde las 16 a las 21 horas. **Horas de Caja:** de 10 a 14.

Para cuentas corrientes de 10 a 14 y de 16 a 17.

ANA ELLERS

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 derecho. — Teléfono 3906

Legislación ordenada y comentada de la República española

por Jácome Ruiz

Compilación cronológico-sistématica de todas las disposiciones de carácter general (proyectos de ley, leyes, decretos, órdenes, circulares y protocolos), publicadas en la *Gaceta* desde el día 1.º de Enero al 31 de Diciembre de 1932.

Para el fácil y cómodo manejo del verdadero caos legal que constituye todo lo legislado—tan frecuentemente enmendado, anulado, reformado o añadido—durante el año 1932 (pasan de mil las disposiciones recogidas en esta compilación), lleva esta obra, verdaderamente excepcional en su clase, tres índices: Uno cronológico sistemático (por Departamentos ministeriales) al principio de cada mes; otro parcial al final de cada uno de los dos tomos de que consta, citando las disposiciones que pudiéramos decir fundamentales y de más uso; y un tercero, alfabético-sistématico al final del tomo II (tirado en papel amarillo), donde por orden rigurosamente alfabético van referidas cuantas disposiciones contienen ambos volúmenes de cuantas maneras puede citárselas lógicamente, con objeto de que con la menor referencia que se tenga de ellas pueda encontrárselas con toda facilidad.

De lo que contiene esta obra puede formarse una idea sabiendo que el tomo I tiene 1.184 páginas y 1.818 el II; y el índice alfabético 96 páginas, a 44 líneas, del cuerpo 8.

El precio de ambos tomos, perfectamente encuadrernados, es de 20 pesetas. Por correo, 21; a reembolso, 21,50 pesetas.

Otras obras jurídicas de Jácome Ruiz

PRACTICA FORENSE.—(Teoría y práctica del procedimiento judicial en materia civil...)

Con 144 formularios. Primera obra en su clase, que estudia y expone a un tiempo, como es lógico que se haga, los Procedimientos judiciales y la Práctica forense; es decir, el «porqué» y el «cómo» de las actuaciones jurídicas.)—Un volumen encuadrernado, 10 pesetas.

EL DERECHO DE ASOCIACION EN ESPAÑA.—(Constitución, legalización, registro y funcionamiento de toda clase de Sociedades civiles y mercantiles. Con modelos y formularios.)—Un tomo, 2,50 pesetas.

EL ABOGADO DEL OBRERO.—(Toda la legislación social explicada y comentada al alcance de cualquiera. Con modelos y formularios.)—Un tomo, 2 pesetas.

CASEROS E INQUILINOS.—Una peseta.

MATRIMONIO Y DIVORCIO.—Una peseta.

TESTAMENTOS.—(Con 30 modelos.)—Una peseta.

HERENCIA Y PARTICIONES.—Una peseta.

LA LETRA DE CAMBIO.—Una peseta.

Pedidlas, y toda clase de libros, a LIBRERIA BERGUA, Mariana Pineda, 9, Madrid.