

REVISTA CRÍTICA

DB

DERECHO INMOBILIARIO

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

Año VIII

Octubre de 1932

Núm. 94

El depósito irregular y su aplicación en Derecho mercantil⁽¹⁾

(Historia y Derecho comparado)

Pero si el depositante no puede reivindicar el dinero abierto depositado en poder del quebrado, por ejemplo, esto no sucede —según Coppa—porque haya perdido el carácter de propietario, sino porque en el caso de quiebra, no basta con tener la propiedad de una cosa que se encuentre en la tenencia del quebrado; se hace preciso, además, la individualización, y ésta no es posible en el caso de depósito abierto de numerario. En otros términos: para que pueda reivindicarse la propiedad de una cosa en la quiebra, tienen que concurrir estas dos condiciones: que la cosa sea realmente propiedad del que la reivindica; e individualización de la cosa a reivindicar. De la imposibilidad de la reivindicación por ausencia de una de las condiciones requeridas a tal efecto (imposibilidad de individualización de la cosa, en nuestro caso) no puede lógicamente deducirse también la falta o ausencia de la otra (propiedad en el presunto reivindicador). El depositante, aun cuando no pueda distinguir y reconocer su depósito abierto de numerario y no pueda por ello reivindicarlo, puede, sin embargo, seguir siendo propietario. Y lo será, en tanto no se patentice con hechos concluyentes—y el hecho de depositar monedas no individualizado no tiene esta categoría—su voluntad de

(1) Véanse los números 86 a 93 de esta Revista.

transmitir la propiedad al depositario, y la aceptación por parte cios de la masa, en proporción al montante de aquélla.

Ahora bien: si el depositario mezcló con su propio dinero, el que recibió en depósito, surge entre él y el depositante o depositantes una relación de condominio. Cada copartícipe conserva la propiedad de su cuota y sufre los daños y percibe los beneficios de la masa, en proporción al montante de aquélla.

En conclusión: la ausencia en el depositario de la obligación de restitución *in individuo*, y la imposibilidad para el depositante de distinguir y reconocer las monedas depositadas, son irrelevantes, frente a la cuestión de la transmisión de la propiedad al depositario, porque son compatibles con la permanencia de la propiedad en el depositante. La imposibilidad del reconocimiento excluye solamente aquellos efectos jurídicos, para la producción de los cuales la individualización es necesaria—por ejemplo, el caso expuesto de reivindicación de numerario en la quiebra del depositario—. Pero no impide los efectos que no requieren la individualización de la cosa, y entre ellos la permanencia de la propiedad en el depositante.

Mas ¿cómo debe interpretarse la disposición del artículo 302, por cuya virtud «el depositante será considerado como acreedor de dominio, por el importe de la cantidad depositada, respecto de las garantías afectas por el depositario al cumplimiento de las obligaciones de esta especie de depósito»?

Esta declaración supone que la propiedad del dinero depositado pasó al depositario, ya que si permaneció en el depositante, éste sería acreedor de dominio, no respecto de las garantías, sino de las mismas monedas, o su equivalente, que fueron depositadas. Con esto, el Proyecto sigue la opinión de la mayoría de los autores, que señala el paso de propiedad al depositario como el elemento típico del depósito irregular. No falta, sin embargo, quien opine que no hay tal paso de propiedad al depositario, porque siendo esencial al concepto de depósito la permanencia de la propiedad del depositante sobre la cosa depositada la modificación de esta nota implicaría la inexistencia, no sólo del depósito irregular, sino de todo contrato de depósito (1).

(1) V. La Lumia, ob. cit., pág. 96.

Respecto a esto, y discrepando del criterio expuesto de Coppa-Zuccari, dice Gierke (1), que en el depósito irregular, la situación jurídica real es la misma que en el mutuo, de donde se deduce en primer término que el depositante no tiene ningún derecho de reivindicación en la quiebra del depositario.

También es interesante a este particular el criterio de Bolaffio (2), que explica con la claridad en él característica, que restituyendo «tantundem», el depositario no da *aliud pro alio* «porque la equivalencia entre las cosas fungibles depositadas es siempre tan perfecta que excluye la posibilidad de comprobar, que no son las mismas». «El derecho mercantil—concluye Bolaffio—, apartándose de las abstracciones meramente científicas, para cimentar toda fórmula en armonía con los hechos, ofrece aquí la prueba de la bondad de nuestra doctrina. El derecho del depositante a la restitución del dinero depositado, está en caso de quiebra, en conflicto con los derechos de los demás acreedores del depositario. ¿Qué dicen éstos al depositante? Si pretendéis distraer del patrimonio del quebrado un objeto determinado, deberéis identificarlo y probar que es vuestro. Mas si habéis depositado dinero como tal, no podréis triunfar en esta prueba, porque vuestro dinero se ha mezclado de modo incorregible, con el dinero del quebrado. Vale, en tal caso, el antiguo adagio jurídico alemán: «Wo man seinen Glauben gelassen hat, da muss man ihm wieder suchen.» Pero sobre este punto, que realmente debería estar fuera de discusión no faltan oscilaciones en la jurisprudencia italiana.

Pues bien, el Proyecto, no ha querido reducir al depositante de depósito irregular, a la misma condición del acreedor por título de mutuo, y entendiendo que hay una material imposibilidad (ya hemos visto lo que piensa Coppa-Zuccari sobre esta material imposibilidad) de respetar al depositante su primitivo derecho de propiedad sobre el dinero depositado, traslada ese derecho dominical sobre las garantías ofrecidas por el depositario, con el fin de mantener siempre al primero en posición preferente respecto de los demás acreedores.

En cuanto al contrato de cuenta corriente incluído por nos-

(1) Ob. cit., t. III, pág. 737, núm. 53.

(2) Nota en el Foro italiano, 1891, I, 539 (apud Caraffa, Dig. italiano, página 126, vol. IX, p. 2.º).

otros entre los depósitos irregulares—con las debidas salvedades—y ausente de regulación en nuestro Código de comercio, es recogido también por el Proyecto de reforma que le consagra el título XIV. En la sección 1.^a de dicho título regula el que llama contrato de cuenta corriente de caja, o de imposición de dinero en cuenta corriente, que equivale al que suele llamarse en la práctica depósito en cuenta corriente. Sin duda, el Proyecto no quiso darle este nombre en atención al elemento de servicios (servicio de caja) que hay por parte del depositario; pero que no hay diferencia substancial lo demuestra el que el artículo 676 aplica a este contrato de nueva creación las mismas disposiciones del depósito irregular cuando el titular puede disponer de los fondos a la vista, pues si hay plazo convencional, el contrato se reputará préstamo.

JOAQUÍN GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE,

Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Central.

Í N D I C E

Páginas.

I.—INTRODUCCIÓN.

1.—Etimología	81
2.—Concepto jurídico. El elemento de la custodia.....	84
3.—Breve idea de los caracteres del depósito.....	88
4.—Concepto legal civil del contrato de depósito.....	94
5.—Concepto legal mercantil de este contrato.....	95
6.—Cómo aparece la figura del depósito irregular.....	168

II.—DERECHO ROMANO.

Capítulo primero: *Doctrina general sobre depósito irregular.*

7.—Falta de una especial denominación. Analogías con el mutuo.	172
8.—Diferencias entre ambos contratos.....	173
9.—El depósito irregular en las fuentes: texto de Alfenio.....	174
10.—Posibilidad de exigir intereses moratorios: texto de Papiniano. Interpretación de Dedekind y Schaffrath.....	241
11.—Texto de Paulo sobre el pago de intereses convencionales.....	242
12.—Los intereses como compensación del uso.....	243
13.—Interpretación de la opinión de Papiniano expresada en la Ley 24 Dig	244
14.—Transformación del depósito irregular en un mutuo: eficacia del <i>animus</i> . Textos de Ulpiano.....	248
15.—Conclusión	251

Capítulo segundo: *El depósito irregular en las Instituciones mer-
cantiles*

16.—Los depósitos bancarios en su origen.....	252
17.—Los depósitos bancarios en Roma.....	254

III.—DESENVOLVIMIENTO POSTERIOR AL DERECHO ROMANO.

Capítulo primero: *El depósito irregular en la doctrina italiana, francesa, alemana y en la doctrina y legislación españolas.*

18.—Doctrina italiana del Derecho intermedio.....	256
19.—Glosadores	256
20.—Doctrina italiana a partir del siglo XIII	321
21.—Doctrina francesa	324
22.—Doctrina alemana y de los Países Bajos.....	325
23.—Doctrina española	326
24.—Molina y Berni	326
25.—Indicaciones de Béleña	330
26.—Textos legales españoles: «Liber judiciorum».....	333
27.—Fuero real	333
28.—Partidas. Comentario de Gregorio López.....	335

Capítulo segundo: *El depósito irregular en las Instituciones mercantiles.*

29.—Desarrollo del depósito irregular en los depósitos bancarios...	401
---	-----

IV.—DERECHO MODERNO.

Capítulo primero: *Derecho extranjero.*

30.—El depósito irregular en el Derecho moderno.....	404
31.—Derecho suizo	405
32.—Derecho común alemán.....	408
33.—Derecho común italiano.....	411
34.—Derecho común francés.....	415
35.—Aplicación del depósito irregular a los depósitos bancarios modernos	483
36.—Doctrina que niega que los depósitos bancarios sean depósitos irregulares	484
37.—Su examen. El elemento de la custodia.....	485
38.—Criterio adoptado	489
39.—Los depósitos simples y los depósitos en cuenta corriente.....	491
40.—Los depósitos irregulares en el Derecho mercantil italiano.....	493
41.—Los depósitos irregulares en el Derecho mercantil alemán.....	563

Páginas.Capítulo segundo: *El depósito irregular en el Derecho moderno español.*

42.—El depósito irregular en el Código civil	568
43.—El depósito irregular en el Código de comercio.	570
44.—El depósito irregular en el de jurisprudencia.... .	575
45.—El depósito irregular en los Reglamentos bancarios..	651
46.—El depósito irregular en el Proyecto de reforma del Libro II del Código de comercio.....	653

La depreciación monetaria y sus efectos jurídicos

IV

LAS CLÁUSULAS DE GARANTÍA

Pero mientras la valorización llega, los particulares, celosos de sus intereses, han buscado defender el equivalente real de sus prestaciones por medio de adecuadas cláusulas de garantía, y, como dice Bonnet (1), la repugnancia del organismo social frente a la inestabilidad monetaria se manifiesta en todos los países por reacciones casi espontáneas, y por doquier la busca de la estabilidad se ha producido y bajo las formas más variadas.

La cláusula más corriente ha sido la del pago en especies de oro; otros contratantes han tenido en cuenta que, prácticamente, por la desaparición de las especies metálicas en período de inflación, era difícil sustraerse al pago en billetes; pero la necesidad de dar a sus contratos una base sólida les ha llevado a distinguir la moneda de cuenta de la moneda de pago, y han contratado sobre la base del oro o de una moneda extranjera estable o sobre el curso de una mercancía o el índice de los precios; en estos casos, la cantidad de moneda nacional a pagar variará con el curso de la cosa tomada como base, y la suma nominal aumentará, por tanto, con el aumento de los precios en caso de depreciación monetaria; por último, ha habido quienes han vuelto a la antigua permuta con la cláusula de pago en mercancías (quintales de trigo,

(1) Bonnet: *Les expériences monétaires contemporaines*. París, Armand Colin, 1926, pág. 184.

barricas de vino), o bien rechazan toda obligación a largo plazo, insertando reservas sobre el precio o cláusulas de revisión amigable o arbitral.

CLÁUSULA «PAGABLE EN ORO» Y CLÁUSULA «VALOR-ORO» U ORO-AGIO.

En Francia, la cláusula oro en período de curso forzoso ha sido anulada por la jurisprudencia en las relaciones internas, validándolas, tan sólo en ciertos casos, en las relaciones internacionales.

Frente a esta jurisprudencia, la doctrina francesa se ha dividido al apreciar la validez de la cláusula oro.

La tienen por nula, en régimen de curso forzoso, Demogue (1), Capitant, Rousseau, Nogaro, Lyon Caen.

Otros la consideran no ejecutoria, especialmente en período de curso forzoso, pero siguen la opinión, ya patrocinada antes por Labbe, de que pueda transformarse en una cláusula de agio; así, Valéry, Dupuich, Caleb, Weiss, Pillot, Despagnet y De Boek, Niboyet.

Otros sostienen que, en defecto de prohibición, esta cláusula es válida y ejecutoria en principio, incluso en período de curso forzoso; así, Geny, Mestre, James.

En rigor, la tesis de la jurisprudencia francesa es poco sólida; Jeze (2) la ha criticado de manera contundente.

Niboyet, igualmente, niega la distinción que se hace entre relaciones internas e internacionales por considerarla ilógica.

Un argumento de esa jurisprudencia es de carácter económico: se dice que es preciso no sólo defender, sino acrecentar el encaje del oro y de la plata que sirve de cobertura al billete, y de ahí el carácter de orden público del curso forzoso del billete; pero como dice Jeze, la aplicación de la cláusula oro no afecta para nada al «stock» del oro, y por el contrario ella forzará a los atesoradores a ponerlo en circulación, y tarde o temprano irá aumentar las reservas del Banco de Francia.

(1) Demogue: *Journal des Notaires et des Av.*, 1921, páginas 137-140, y 1923, páginas 97-102.

(2) Jeze: «La monnaie de paiement dans les contrats entre particuliers et dans les emprunts publics d'Etat». *Revue de Science et de Lég. Financière*, 1924.

Otro argumento es, que, como el curso forzoso afecta al crédito público, si esa cláusula se admitiera perjudicaría el crédito del Estado, pero con razón dice Jeze, que es precisamente desde el día en que se declara el curso forzoso cuando se perjudica el crédito del Estado y la moneda se deprecia más, porque los acreedores no saben en definitiva con exactitud a qué les derá derecho la moneda inconvertible.

En definitiva, es preciso reconocer que el curso forzoso es la ruina del crédito público y no precisamente el reconocimiento de la validez de esas cláusulas.

El único argumento que considera apreciable Jeze es el fin financiero del curso forzoso, o sea el impuesto por la inflación; pero esto no pasa de ser un argumento transitorio y fugaz en la evolución de las inflaciones.

Algunos autores, como Aubry et Rau, Planiol y Ripert, Barbin, Savatier, pensando que el curso forzoso no es, en definitiva, más que una moratoria, pretenden fundar la nulidad de la cláusula oro en el curso legal mismo, considerado como absolutamente obligatorio.

El curso forzoso no es más que una moratoria, una medida que se toma únicamente en las relaciones del Banco con los particulares, y precisamente porque es una medida de carácter limitado no modifica en nada el carácter anterior del billete de ser una moneda legal asimilada al oro.

Si se adopta esta asimilación, es difícil admitir que los interesados puedan, por un convenio privado, prohibir al deudor liberarse por medio de la entrega de ciertas monedas, aunque el hecho de rehusar este numerario esté, en interés del orden público, castigado con una pena.

Pero declarar este curso normalmente obligatorio, ¿es considerar que el Estado impone a los ciudadanos el valor nominal de la moneda, de la que es en cierto modo el creador?

El Estado no crea la moneda, y no interviene más que para atestiguar la naturaleza, el peso y el título y asegurar así a sus súbditos este instrumento de medida de valores, al mismo tiempo que síntesis de la riqueza que necesitan.

Esta consideración, tendente a restringir los poderes monetarios del Estado a su justo dominio y a reservar el ejercicio normal

de la autonomía de la voluntad, es hoy todavía más incontestable; el nominalismo absoluto, en su origen, es la teoría del poder regaliano sobre la moneda, se desenvuelve paralelamente al acrecimiento del poder real, y, por tanto, parece que no debe encontrar lugar hoy en el Estado moderno, donde está en contradicción con los principios de libertad admitidos, y fuera de un nominalismo fundado sobre los hechos, sobre la perfecta fungibilidad de las especies metálicas, sobre la indiferencia del acreedor a recibir una especie metálica u otra, nominalismo que reposa, en definitiva, sobre una presunción de voluntad, y que cae ante una cláusula en contrario, como también, en el caso de depreciación monetaria, delante de una presunción contraria con la pérdida de la igualdad de las cualidades sustanciales sobre la cual está fundado, el nominalismo absoluto ha desaparecido con el antiguo régimen.

Otras veces se admite, contrariamente a los principios generales de libertad, predominantes en la sociedad moderna, que el Estado, en razón de una necesidad urgente, decrete un nominalismo absoluto.

Todos lo aceptan: *salus populi, suprema lex*; pero para establecer este nominalismo de orden público, el legislador debe expresar claramente su voluntad con una ley, y así se hizo cuando en Francia se quiso prohibir las cláusulas de pago en especies metálicas en la época de la Banca de Law, bajo la Revolución, y en Alemania, con el decreto de 28 de Septiembre de 1914, y en Bélgica, con el Real decreto de 2 de Agosto del mismo año, y en Rumania, con la ley de 21 de Agosto de 1916, y en Grecia, con la ley de 7 de Mayo de 1918, etc.

Pothier mismo tenía por válida la cláusula de pago en especies metálicas, en ausencia de un texto formal en contra.

De cualquier manera que se considere el problema se impone una conclusión, y es que ningún texto y ningún argumento susceptible de ser aceptado se oponen hoy, ni en Francia ni en España, a la validez de las cláusulas de pago en especies metálicas oro, y, por tanto, en estas condiciones, estas cláusulas deben ser declaradas ejecutorias, en razón del principio superior del respeto a la autonomía de la voluntad, y a fin de respetar la intención de las partes que contratan en oro para asegurar la práctica de estas

cláusulas, ante las dificultades de proporcionarse especies en oro, el Juez podrá autorizar al deudor a liberarse en billetes, pero teniendo en cuenta su valor real respecto al oro (1).

Otra de las cláusulas de garantía frecuentes es la cláusula valor-oro o de oro-agio.

En tanto que la causa pagable en especies de oro tiende a obligar al deudor a realizar el pago efectivo en moneda metálica, la estipulación de pago sobre la base del franco oro, por ejemplo, le permite liberarse en billetes de Banco, pero teniendo en cuenta la prima del oro sobre el billete, el número de los cuales a devolver al acreedor aumenta a medida que el papel moneda se deprecia frente a la moneda oro.

Esta cláusula valor-oro se funda sobre la distinción antigua entre la moneda de cuenta y la moneda real, y desde la Edad Media, en efecto, se piensa, para evitar las dificultades provenientes de la depreciación monetaria, en contratar en unidades de cuenta, representando un peso inmutable de oro o de plata, y así se contaba en marcos-Banco de Hamburgo o en florines de Banca de Amsterdam.

En Francia, esta cláusula no se la encontraba antes de la guerra, y los formularios notariales preveían únicamente la cláusula de pago en especies metálicas; ciertos autores, como Labbe, admitían que la cláusula pagable en especies de oro se transformaba en cláusula de oro-agio bajo el régimen de curso forzoso del papel moneda; pero ante el hecho de que desde 1917 los Tribunales, siguiendo la jurisprudencia instaurada ya en 1873 por la Cour de Cassation, declaraban nulo entre franceses, en Francia, la estipulación del pago en especies bajo el régimen de curso forzoso, en razón igualmente de la poca abundancia del numerario metálico, se busca una cláusula, que, sin abandonar la moneda nacional, garanticé a los contratantes contra las fluctuaciones, permitiendo al deudor liberarse en billetes.

(1) En Alsacia y Lorena, después del armisticio, había gran número de contratos con la cláusula de pagable en marcos-oro. Como se trataba de una moneda extranjera, y no pudiendo condenar a pagar en marcos-oro efectivos, que no se podían encontrar, se decidió por la valorización de los créditos conforme a la intención de las partes, que era, sin duda, el asegurar la estabilidad real de las prestaciones.

En la misma época, en Alemania, Mugel y otros juristas hicieron una viva campaña en favor del marco oro moneda de cuenta, y análogamente, en Francia, se hizo otra campaña en la Prensa y en las reuniones públicas, propagándose la idea de estipular sobre la base del franco-oro, y en Junio de 1902, la *Sémaine de la Monnaie* adoptó un voto tendente a reconocer la validez de las estipulaciones sobre la base del franco-oro y a vulgarizar el uso de la contabilidad en francos oro; muchas Cámaras de Comercio francesas se mostraron favorables a las cláusulas valor oro, y se llegó a constituir incluso una «Liga del franco-oro», que patrocinaba esta cláusula, que tanto éxito encontró en el mundo de los negocios, y se podía recurrir a esta cláusula de garantía tanto más cuanto que diversos Estados habían aceptado la idea de moneda oro, moneda de cuenta distinta de la moneda papel, como así fué en la Conferencia Internacional de Madrid de 1920, en la que se adoptó el franco oro como base de las tarifas de la «Unión Postal Universal», definiendo esta moneda oro sobre la base de

10.000

un dólar, como igual ————— de esta moneda.
51.825

Sin embargo, a pesar de toda esta campaña, en Francia, la cláusula que nos ocupa no fué muy usada, y la jurisprudencia presenta rarísimas decisiones sobre la cuestión (1).

La doctrina se halla dividida también respecto a esta cuestión, y la mayoría de los autores que declaran la nulidad de la cláusula-oro en especies bajo el régimen de curso forzoso, mantiene la misma opinión respecto a la cláusula-oro-agio; otros autores, siguiendo aquella antigua opinión de Labbe, transforman la cláusula-oro-especies en cláusula-oro-agio, en período de curso forzoso, admitiendo así la validez de la cláusula de agio y no la de la cláusula-oro efectivo; otros autores se declaran favorables a una y otra cláusula, como Reboud (2).

Lo que resulta curioso es que ningún autor llega a la anulación de la cláusula sobre la base del franco oro, aunque reconoz-

(1) Se encuentra solamente una Sentencia del Tribunal Civil del Sena, de 31 de Julio de 1923, que admite la ejecución de la cláusula oro en especies, bajo la fórmula de una cláusula oro-agio y otras Sentencias del Tribunal civil de Niza de 31 de Diciembre de 1926, que declaró válida esta cláusula.

(2) Reboud: *Précis d'Economie politique*. París, Dalloz, 2 vol., 1927.

can la validez de la cláusula pagable en especies de oro, y, por lo tanto, si se admite que el curso forzoso no es más que una moratoria en provecho de la Banca, se llega a pensar que la cláusula-oro-especies es válida tanto antes como después de una ley que decrete el curso forzoso de la moneda-papel, puesto que las monedas metálicas no son retiradas de la circulación, y si se piensa que el curso legal asimila el billete de Banco a las monedas metálicas existentes, parece se puede concluir que la estipulación sobre la base de moneda-oro conduciría a un pago de un número de billetes según el curso de la moneda de oro con relación al curso de la moneda-papel, y se habría violado así la asimilación legal del billete y de las especies metálicas. Esta manera de ver conduciría, pues:

1.^º A validar la cláusula-oro-especies, puesto que el curso forzoso no es más que una moratoria que no prohíbe esta cláusula, que se basa sobre una moneda legal.

2.^º A rechazar, por contra, toda sanción a la cláusula de pago, sobre la base de moneda-oro, toda distinción de valor entre las diferentes monedas legales; las demás cláusulas de garantía que se rebelan contra la asimilación de la moneda-metal y la moneda-papel serían validadas en razón de la interpretación restrictiva que se impone en materias que derogan el principio de la libertad de las convenciones.

Otros autores, como Caleb y James creen la cláusula-oro-agio mucho más aceptable y válida que la cláusula-oro-especies e incluso que las cláusulas de pago en moneda extranjera, y, sin embargo, opinan que esa cláusula-oro-agio es la únicamente anulable en período de curso forzoso, y así no estará prohibido el elegir entre las diversas monedas legales para hacerse pagar en oro o en plata y no en billetes; pero, por contra, no se podrá distinguir los valores diferentes representados por las especies metálicas y el representado por el billete de Banco, para atribuir por la cláusula de agio más valor al primero que al segundo; habría en ello una solución de apariencia bastante lógica, sobre todo, cuando desde largo tiempo los hechos no probaban el abismo que separaba la moneda-oro con la moneda-papel; pero después de las grandes crisis monetarias de la postguerra la ficción de la moneda-papel, igual moneda-oro, no ha podido resistir al impulso de los

acontecimientos, y conviene colocarse resueltamente sobre el terreno de los hechos, consagrado, de otra parte, hoy día por el legislador mismo, que ha permitido, como en Francia, por ejemplo, la compra por encima de la par de los francos metálicos; se han valorizado los créditos de los arrendadores a largo plazo, y se ha llegado, por fin, por la estabilización legal, a consagrar oficialmente la depreciación de la moneda-papel respecto de las monedas metálicas anteriores.

Pero fuera de este argumento, otras consideraciones exigen el reconocimiento de la validez de la estipulación sobre la base de la moneda oro; por de pronto, pensemos que la asimilación del billete a las especies metálicas no es de orden público y, por lo tanto, puede derogarse por una cláusula expresa; una asimilación absoluta no puede resultar sino de un texto preciso que no existe y las disposiciones del curso forzoso no han hecho más que conceder una moratoria a los Institutos de emisión del billete nacional; pero hay otro argumento favorable a la cláusula pagable sobre la base del oro, que resulta de artículos de los Códigos civiles, como son los 1.896 y 1.897 del Código civil francés, que dispone que el nominalismo es inaplicable en caso de estipulación de pago en lingotes y, por consecuencia, el deudor puede válidamente obligarse a devolver en natura un cierto peso de oro o de plata y puede también obligarse a entregar un número de billetes de Banco que representen el precio del lingote considerado en el día del nacimiento de la obligación, y si se quiere el acreedor puede dar mandato a su deudor para vender al curso del día del nacimiento de la obligación el lingote prometido y entregarle el precio. Este es el argumento que se ha presentado en favor de las cláusulas de escala móvil, basadas sobre el curso del trigo, haciendo notar que si el arrendador puede hacerse prometer directamente un trigo, puede igualmente hacerse prometer billetes sobre la base del curso del trigo en lugar de recibir trigo para venderlo él mismo, y este argumento ha sido admitido por la doctrina y jurisprudencia francesa reciente en materia de pago sobre la base del trigo; y se ha dicho que si el acreedor tiene el derecho de hacerse prometer un lingote de oro en virtud del artículo 1.896 del Código de Napoleón, tiene igualmente el derecho de hacer vender el lingote prometido por su deudor

y hacerse pagar el valor ; por tanto, la cláusula franco-oro, basada sobre 0,29 centigramos de oro o sobre $\frac{1}{3.444,44}$ de kilogramo

de oro, no es otra cosa que una cláusula lingote conducente a un pago en billetes. Conviene, pues, reconocer la validez de la cláusula pagable sobre la base de moneda-oro, verdadera cláusula de escala móvil sobre la base de un lingote de metal fino, igualmente que se admite hoy la cláusula pagable, según el curso del trigo.

En resumen : concluimos diciendo que la cláusula de pago sobre la base moneda oro es la única de las cláusulas de garantía que puede parecer dudosa su validez ; pero que esta cláusula es válida incluso en régimen de curso forzoso en defecto de prohibición expresa y en razón del principio superior de respeto a la voluntad de los contratantes.

JOSÉ M.^a FONCILLAS,

Notario.

El tercero en el Registro mexicano⁽¹⁾

CAPITULO III

ESQUEMA PROPIO PARA EL ANÁLISIS DEL PROBLEMA DEL TERCERO

La distancia entre los Registros germánicos y el Registro mexicano no permite, para estudiar el problema del tercero en este último, utilizar los trazos de aquéllos; de aquí la exigencia de encontrar un esquema suficientemente amplio y general que, sin dejar de comprender todos los extremos técnicos del problema, sea capaz de abarcar la materia un tanto extensa y difusa de nuestro tema: El tercero en el Registro mexicano.

Me propongo, pues, en este capítulo precisar la forma en que debo enfocar científicamente mi problema, reservando para el siguiente el estudio concreto del caso mexicano.

En la mayoría de los sistemas de Derecho, cuando se comienza el estudio del problema del tercero, se encuentran estos términos: el tercero «conocía», «debía conocer», «pudo conocer»; el tercero obró «con fraude», el tercero es de «buena o mala fe», el tercero «se aprovechó» de la situación legal. Y también se dice: como conocía, «no es verdadero tercero», o bien «no es tercero», lo cual ya conjuga la buena o mala fe con el ser o no tercero.

¿Qué significa todo esto? Nos revela, desde luego, una preocupación de orden psicológico; se alude continuamente a una posición mental del tercero adquirente: que «conoce», que es «de mala fe», etc.

(1) Véase el número anterior.

Y esta preocupación psicológica es más fuerte en aquellos países que no han alcanzado una sistematización técnica y precisa de sus Registros, ni están habituados, por lo tanto, a la distinción neta y profunda entre el Derecho Inmobiliario y el Derecho general de Obligaciones.

La calificación de la aludida representación mental del tercero adquirente es compleja: abarca un elemento de actitud—uno de tiempo—, otro de objetos de la actitud mental (si el tercero «conoce»—cuándo ha conocido—. Qué es lo que el tercero ha de conocer para que califiquemos su posición psicológica).

Hay sistemas de Registro (el español) que examinan en el tercero una actitud de «conocimiento», con diversas gradaciones: el tercero «conoce», «pudo conocer», «debió conocer», «es parte», «intervino en el acto», «no es ajeno al acto».

El sistema suizo, artículo 974 del Código civil, dice: «Cuando un derecho real ha sido inscrito indebidamente, la inscripción no puede ser invocada por el tercero QUE HA CONOCIDO O DEBIDO CONOCER SUS VICIOS.»

Pero al lado de estos sistemas que examinan un estado cognoscitivo del tercero, hay los que no se limitan a ello, sino exigen un matiz de dolo, de fraude. En estos casos la actitud es: conocimiento más dolo. La ley belga de 16 de Diciembre de 1851 (artículo 1.º) exigía «terceros que hubieren contratado sin FRAUDE»; la protección del Registro sólo se extendía, por lo tanto, a los que reunían esa ausencia de fraude, aunque tuvieran «conocimiento».

En sentido diametralmente opuesto encontramos sistemas para los cuales el estado mental de conocimiento del tercero carece de toda importancia (el elemento psicológico desaparece, por lo tanto, en la consideración del problema): aunque el tercero «conozca», puede lícitamente adquirir si se basa en la declaración de un Registro; es decir, se autoriza la actitud mental de un tercero «que se aprovecha de una ventaja legal», que se apoya en un estado jurídico ficto, sabiendo que lo es (conociendo su discrepancia con la realidad).

El tiempo en que surge la actitud mental influye, pues un conocimiento o un dolo del tercero adquirente posteriores a la celebración de su acto adquisitivo no podrían influir en la suerte

de éste: *mala fides superveniens non nocet.* (Se discute si el momento ha de ser el de celebración de contrato, el de la presentación del acto celebrado en el Registro, el del logro de la inscripción.) (1).

Pero si mencionamos continuamente el «conocimiento», cabe preguntar: ¿Qué es lo que el tercero ha de conocer? ¿Por qué nos preocupa ese conocimiento?

El tercero, al celebrar su acto adquisitivo, ha exteriorizado en el mismo una voluntad que nos advierte de una previa representación mental, en orden a la adquisición que realiza. Suponemos de pronto que la voluntad adquisitiva exteriorizada en el acto y la representación mental del tercero cuando la celebró (su idea de qué era lo que efectivamente adquiría y si podía lícitamente adquirir), son congruentes.

Pero por virtud de pruebas aportadas por algún interesado se demuestra que la representación mental «exacta» del tercero, al adquirir, era mucho menor o de peor calidad que la «aparente», que resulta exteriorizada en el acto adquisitivo, y esto porque «conocía» determinados hechos o situaciones de Derecho que necesariamente debían influir en su representación mental adquisitiva, reduciéndola.

He aquí la explicación de nuestro interés por ese «conocimiento» del tercero:

De la existencia objetiva de cierto estado de hecho o de derecho, o de ciertas declaraciones de la Ley que el tercero «conoce», deducimos que su representación mental adquisitiva «exacta» era de tal o cual extensión o firmeza: menor que la que aparentó al emitir su voluntad adquisitiva cuando celebró el acto de adquisición.

(Lo que no puede suceder en ningún caso es que la representación mental adquisitiva «exacta» sea mayor que la «aparente» expuesta en el acto adquisitivo; sería absurdo suponer que el tercero quisiera adquirir más de lo que expresó al celebrar la adquisición.)

Tenemos, por lo tanto, la posibilidad de llegar a una «minoración» de la representación mental del tercero.

Y si, como sucede generalmente, esa «situación de Derecho», esos hechos o esas declaraciones de ley, que el tercero «conocía»,

(1) Ved *Principios hipotecarios*, de D. Jerónimo González, pág. 203.

atribuyen derechos y protegen intereses de un extraño, verdadero derechohabiente perjudicado por la adquisición, comprendemos inmediatamente el interés de éste en aportar las pruebas del estado cognoscitivo del tercero: su precisión de probar cuál era la representación mental «exacta» de éste; que el adquirente, por tanto, al celebrar la adquisición, «tenía mentalmente» conciencia de que no podía subsistir en la extensión y términos en que la celebrara.

Y al fijar una distancia entre la voluntad «aparente» y la «exacta», decimos que el tercero es de mala fe. Resulta así posible reducir su adquisición a los términos de la última representación; reducción que, en el caso de venir animada por el interés contrario de un derechohabiente «perjudicado», será proporcional a la magnitud del derecho de éste. Retrocederemos o disminuiremos la adquisición del tercero en tanto cuanto lo requiera el interés del «perjudicado», pero, naturalmente, nada más dentro de los límites que autoriza la mala fe del tercero adquirente; en otros términos, dentro del margen que media entre la representación mental aparente y la exacta del tercero.

Ya se aprecia aquí cuánto importa para el problema saber cómo se puede conseguir la fijación de este linde: la representación «exacta» del tercero.

Aclaremos con un ejemplo: C. compra la finca X. a B., quien la ha hipotecado tácitamente a A.

C., al adquirir, según lo que en su adquisición revela, ignora la hipoteca tácita: es la impresión que nos deja el examen de su voluntad exteriorizada en el acto (éste dice que la finca pasa libre de gravamen).

Pero viene el acreedor hipotecario, A., a ejercer su hipoteca, una vez realizada la adquisición de C.; éste se opone. Hay que decidir, por tanto, cuál es la calidad de su adquisición: si libre de gravamen, o bien, por el contrario, la hipoteca ha de tener valor en su contra.

A. comprueba que C., al adquirir, «conocía» la hipoteca. ¿Qué resultará de esta prueba? Que A. no tuvo, en verdad, al adquirir una representación mental tan amplia como la que aparentó mediante la exteriorización de voluntad, según consta en el acto adquisitivo, que habla de una compra libre de gravamen.

Es decir, mediante su prueba, A. ha conseguido demostrar una «minoración» en la representación mental de C.

Pero entonces decímos: Si C. «conocía» y su representación mental al adquirir era menor que la exteriorizada por él en el acto adquisitivo (es lo que queremos decir al expresar que es tercero de mala fe), ¿qué efectos resultarán?

¿Vamos a reducir la adquisición ya existente a lo que el tercero pensó? Esto significaría reducir la adquisición en tanto cuanto vale el derecho del titular perjudicado: la hipoteca de A. que «conocía» el tercero.

La reducción es bastante clara cuando se trata de medir la «extensión» de la adquisición: su amplitud. Pero habrá casos en que se trate no de reducirla, sino de aniquilarla totalmente (por ejemplo: si el adquirente conocía que el enajenante no era el verdadero dueño, y el sistema de Derecho se pronuncia por la nulidad de este género de adquisiciones). Pero nótese que en este caso el planteamiento del problema resiste; el juego del sistema sigue siendo el mismo, puesto que en este ejemplo la representación mental verdadera del tercero era como cero (sabía que no podía adquirir nada), y de allí la posibilidad objetiva de aniquilar totalmente la adquisición realizada por el mismo.

En un problema ideal de tercero podría aceptarse, por lo tanto, esta enunciación:

Un acto adquisitivo que manifiesta una aparente voluntad del tercero y nos dice la extensión de la adquisición, posible prueba por parte del derechohabiente verdadero, «perjudicado», de que el tercero adquirente «conocía», hechos o derechos que, según la Ley, recortan el alcance de su adquisición; de aquí que su representación mental al adquirir fuera menor que la aparente que consta en la exteriorización volitiva del acto de adquisición; por lo tanto, posible reducción de la adquisición ya celebrada al límite de esa representación mental cierta y exacta del tercero.

De lo anterior se deduce que en aquellos sistemas de tercero que tienen la preocupación de la posición psicológica, todo consistirá: en fijar o probar la representación mental exacta y cierta del tercero en el momento de celebrar la adquisición, y en poner en debida correlación con ella lo que ha de subsistir de la adquisi-

ción: la medida definitiva de la misma o incluso su aniquilación total.

En resumen: Si por un momento abstraemos el problema del voluntad que por de pronto vamos a aceptar como traducción fiel analizarlo según estos elementos nudos:

El tercero celebra el acto de adquisición; en él manifiesta una voluntad que por de pronto vamos a aceptar como traducción del de su representación mental adquisitiva. Diremos, por tanto: el tercero ha celebrado una adquisición, y la ha celebrado en los términos en que se la «representaba mentalmente»: en que la quería y la imaginaba.

Pero averiguamos después que el tercero, al celebrar su adquisición, tenía conocimiento de ciertos hechos o relaciones de derecho o de situación jurídica anterior, que nos indican claramente que lo que pensaba cuando adquirió no era lo que aparentemente podía creerse de atenerse a la voluntad manifiesta en el acto adquisitivo; comprobamos que, en realidad, su representación mental adquisitiva «exacta» y no «aparente» tenía que ser de menor extensión o de inferior calidad que la que expresaba mediante el acto adquisitivo.

Si existe entonces un interesado que resulta «perjudicado» por la amplitud de la adquisición celebrada y desea que ésta decrezca hasta el límite en que el tercero la pensó realmente (supóngase que el perjudicado tiene un derecho que resulta menoscabado por la adquisición), pedirá esa reducción y la conseguirá.

La adquisición final resultará, por lo tanto, reducida a los términos exactos de la verdadera representación mental adquisitiva del tercero.

Pero si bajamos del terreno ideal para situarnos en la práctica, nos preguntamos: ¿Cómo se desarrolla el problema en la vida real?

Y observamos que la Ley, el sistema de Derecho, señala taxativamente los hechos y derechos que pueden producir la minoración de la representación mental del tercero; la Ley podrá decir que tales o cuales hechos o derechos causan la minoración cuando el tercero los conoce, y, en cambio, tales otros no.

Y aún más: si existe un Registro con sistema de inscripción, tenemos que aunar este elemento a nuestro problema; la inscripción fictamente nos dirá ahora cuál fué la representación mental aparente del tercero cuando celebró su adquisición. La discordan-

cia entre realidad y Registro y el conocimiento de ella por el tercero nos expresarán cuál fué la representación «exacta» adquisitiva. (Y téngase en cuenta que según el valor que el sistema atribuya a la inscripción y según las clases de discrepancia que admita entre realidad y Registro, obtendremos una solución distinta al problema del tercero.)

Recordemos ahora el ejemplo de la hipoteca tácita, a que ya nos hemos referido; supongamos que el sistema de Derecho declara la inscripción, elemento constitutivo de la hipoteca, de tal suerte que si no figura en el Registro, no existe válidamente.

C. adquiere la finca. Viene el acreedor A. a ejercer su hipoteca tácita. Puede demostrar incluso que C. conocía la celebración de la hipoteca; mas como no está registrada, no producirá válidamente la «minoración» de la representación mental adquisitiva de C.: su adquisición subsiste íntegra.

Veamos brevemente algunos casos, según el distinto valor de la inscripción:

Se atribuye a la inscripción valor de cosa juzgada. ¿Qué significa para nuestro problema de tercero? Advierto una doble función: Supuesto que la inscripción es la verdad legal, no cabrá una situación extraregistral discrepante, y, por consiguiente, tampoco cabrá un «conocimiento» en el tercero de la misma. La cosa juzgada equivale, pues, a decir: en ningún caso habrá discordancia; el tercero nunca podrá conocerla. No habrá, en su virtud, ningún caso en que pueda «minorarse» la representación mental adquisitiva; la única que puede atribuirsele es la que se formó al adquirir «según el Registro», atendiendo a lo que los libros registrales expresaban.

En realidad, se suprime el elemento psicológico del problema, por una previa supresión de los elementos objetivos discrepantes que pudieran ser «objeto de conocimiento».

Sistemas de transcripción sacramental.—La transcripción es como una formalidad intrínseca del acto; si no consta en el Registro, no tiene virtualidad. Y aunque se admite el distingo de que ese requisito sacramental es sólo para los terceros, y que el acto es válido entre las partes, siempre, por lo tocante a nuestro problema, la solución es muy semejante a la del caso anterior; el acto sólo existirá y no podrá existir de otro modo frente al tercero, si no figura en el terreno sacramental, si no ha cumplido el requisito que le per-

mite ingresar en esta zona jurídica de eficacia contra el tercero. Sin el complemento sacramental, la parte ya existente del acto no existe fictamente para el tercero; no puede éste conocerla; no se puede hablar, por lo tanto, de una minoración.

Sistema germánico, de inscripción con valor material.—Aunque la inscripción es la verdad, sólo lo es como presunción *juris tantum*; caben supuestos extraregistrales que marquen una discordancia entre Registro y realidad; pero esos supuestos han de ser de una naturaleza especial: han de ser situaciones de Derecho Inmobiliario, «reales», no credituales. El Registro sólo entonces será inexacto, y sólo entonces cabrá un conocimiento en el tercero que produzca su minoración mental adquisitiva.

Podríamos sintetizar este caso en la siguiente forma: Una situación diversa de la dicha por la inscripción, un conocimiento del tercero de esta situación extraregistral de naturaleza «real», que produce una representación mental adquisitiva inferior a la exteriorizada en el acto de adquisición que aparentemente se basó en la primera inscripción.

En el sistema suizo de Registro, bastante semejante al germánico, siempre la discrepancia ha de ser «real», pero no se atiende sólo a que el tercero «conozca», sino también «haya debido conocer».

Por lo tanto, al admitirse la posibilidad de comprobar que el tercero, por «conocimiento» de ciertos estados «reales», podía formarse una representación mental de menor extensión que la que derivaba del Registro, viene el fenómeno de reducción de su adquisición o incluso de su aniquilación.

Existen, por último, sistemas de Registro poco precisos, que admiten un mayor número de casos de discordancia con la realidad; por ejemplo, que conocía el tercero ciertos derechos «credituales» o situaciones de Derecho de obligaciones, acreedores de una representación mental inferior que, por lo tanto, permiten disminuir la adquisición. (Este es el caso de España, si se admite la tesis del Tribunal Supremo sobre la mala fe.)

Lo importante en todo lo expuesto es ver cómo, según el sistema de Registro que se acepte, varía la posibilidad de probar cuál fué la exacta representación mental del tercero adquirente. Pero el que unos sistemas admitan más elementos que otros para pro-

ducir la minoración, no rompe la técnica abstracta del problema de tercero en la forma en que la hemos enunciado.

Siempre lo que se tiene presente es una representación mental del adquirente para tomarla de norma, a fin de medir la subsistencia y extensión del acto adquisitivo ya realizado.

En el ejemplo de la hipoteca tácita hemos visto cómo en un caso podía producir minoración y en otro no, según que la Ley la admitiera o no como elemento de «conocimiento» del tercero, eficaz para producir una rebaja de su representación mental.

* * *

Pero habiendo comenzado nuestro análisis del tercero por un elemento psicológico, hemos llegado a ciertos *elementos objetivos*: acto adquisitivo celebrado por el tercero y situación de hecho o de Derecho relacionada con el mismo y que establece una discordancia con la adquisición.

O bien, caso de existir inscripción en el Registro, un estado aparente proporcionado por los libros y en el que basa su acto adquisitivo el tercero, y por otra parte, una situación extra-registral verdadera, discordante, que nos da la pauta de la reducción final de la anterior operación adquisitiva.

El elemento psicológico (conocimiento), dividido en representación mental aparente y representación mental exacta, se apoya, respectivamente, en la voluntad, exteriorizada en el acto adquisitivo, y en la situación discrepante; o, refiriéndonos al caso del Registro, en la divergencia entre la inscripción y la verdadera situación extra-registral.

Como términos correlativos, advertimos, por lo tanto, elementos objetivos discordantes y representaciones mentales del adquirente en función de ellos.

¿Es tal la íntima correspondencia de unos y otros elementos (objetivos psicológicos), que podríamos confundirlos? ¿No hemos visto incluso que en los casos de inscripción con valor de cosa juzgada y el de transcripción sacramental, la eliminación de las posibilidades de discrepancia objetiva aniquila el valor del elemento psicológico del problema de tercero?

No puede negarse la unión y la mutua influencia, pero tampoco es lícito confundir estos elementos.

Más bien lo que ha de reconocerse es que hay sistemas que prestan especial atención al elemento anímico, en tanto que otros atienden de preferencia a la relación objetiva.

Y en esto cabe una gradación sumamente compleja.

Pongamos algunos ejemplos :

Hemos expuesto en el Registro germánico la posibilidad de una discordancia o inexactitud «real» del Registro; el tercero adquiere, según el Registro, pero no conoce la situación «real» que vive fuera del Registro. ¿Cabe reducir su adquisición? Es decir, ¿esta reducción puede fundarse únicamente en la discordancia objetiva existente, o necesita, además, el elemento anímico: que el tercero conociera esa discordancia?

C. adquiere de B. una hipoteca que está cancelada, pero C. lo ignora. ¿Qué se resuelve en cuanto a su adquisición?

La solución es interesante, pues nos dirá si en el problema de tercero cabe desprenderse del elemento psicológico o no. Es decir, si podemos atenernos exclusivamente al elemento técnico de congruencia de inscripción y realidad, o siempre ha de contarse con los motivos psicológicos: que el tercero conociera la discordancia.

A mi ver, resurge aquí con indudable fuerza el elemento psicológico y habrá sistemas que permitan un aprovechamiento legal de la situación. Aunque C. conozca la cancelación, adquirirá, pues el Registro no la expresaba. Habrá otros que en el caso de existir la discordancia entre Registro y realidad, pero ignorada por C., dirán: C. adquirió bien, pues a pesar de la cancelación, basta que la ignorara para que se le proteja. También habrá sistemas en que la sola discordancia tendrá fuerza, con independencia del conocimiento de C., para anular la adquisición de éste: como había una cancelación, C. (conózcala o no), no puede adquirir.

Si el sistema, aparte discrepancia y conocimiento de ella, pide dolo, se tendrá: C. conocía la cancelación, mas como no ha mediado, ademá, dolo, se mantiene su adquisición.

Tenemos, pues, frente al estado objetivo de cancelación, según el régimen de Derecho, que la posición psicológica de desconocimiento de ella por parte de tercero (buena fe de éste) servirá para subvertir en unos casos la realidad, desconociendo la cancelación

en mérito a la protección del adquirente, y en otros, en el que el elemento anímico no influye tanto, prevalecerá la situación objetiva sobre la posición psicológica de buena fe: la cancelación surtirá efecto contra el adquirente.

Dado, pues, un sistema de Registro, habrá que examinar, ante todo, si es de tipo psicológico, objetivo o formal (inscripción como cosa juzgada).

SILVIO A. ZAVALA,

Abogado.

(Continuará.)

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

Capital autorizado	100.000.000	de pesetas
Capital desembolsado	51.355.500	-
Reservas	59.727.756,67	-

Domicilio social: Alcalá, 14, Madrid
CAJA DE AHORROS

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

Sucursales en España y Marruecos

Correspondentes 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.

Comentario al artículo 87 del Reglamento

El interesante artículo inserto en el número 93 de esta Revista por el veterano Registrador D. Félix A. Cascos contiene una exhortación a los compañeros para que, saliéndose del equilibrio inestable en la cuestión que plantea, se llegue a un criterio firme, con lo que los Registros no irían perdiendo nada.

Y yo, recogiendo la invitación, aunque sea el menos indicado, me echo a la palestra para defender la teoría sentada por el culto compañero y añadir de *motu proprio* algunas consideraciones.

Desde luego, en las razones y fundamentos sentados por el articulista existe un fondo tal de razón que sólo por escrúpulos legales podrá mantenerse una idea contraria.

Para sistematizar nuestra modesta opinión en tan interesante problema comenzamos por analizar el artículo 20 de la ley Hipotecaria, en su párrafo tercero, tal como aparece redactado después de la ley Feced :

Según dicho párrafo, son inscribibles sin el requisito de la previa inscripción :

1.^º Los documentos (no dice la ley si públicos o privados) anteriores a 1.^º de Enero de 1932.

2.^º Los posteriores otorgados por quien justifique, con documentos fehacientes, la adquisición del derecho sobre los mismos bienes con anterioridad a esa fecha.

Reglamento en mano, veamos los supuestos que, de acuerdo con la tesis sentada por el Sr. Alvarez Cascos, podrían presentarse :

1.^º Documentos *públicos* anteriores a la fecha expresada, aun-

que el derecho no conste en ningún otro documento (caso primero del artículo 87 del Reglamento hipotecario).

Este supuesto puede, a su vez, subdividirse en estos otros:

a) Documentos públicos notoriamente inscribibles (escrituras, documentos judiciales, etc.).

b) Documentos públicos cuya inscripción es más dudosa, aunque no sería aventurado afirmar que, con un criterio amplio, podrían motivar inscripción primera (certificaciones catastrales acreditando que han transcurrido diez años desde la aprobación del catastro en un término municipal, sin que por los Tribunales se haya dictado sentencia firme contraria al estado físico y jurídico de una finca inscrita en el libro catastral, que, con arreglo al artículo 37 de la ley de 23 de Marzo de 1906, tienen el valor real y jurídico de un título real).

2.^º Documentos *privados* anteriores a 1.^º de Enero de 1932.

Es el caso propuesto por el Sr. Alvarez Cascos, y podría estimarse comprendido en el caso segundo del artículo 87 del Reglamento hipotecario. La razón más poderosa que podría aportarse en pro de la tesis del ilustrado Registrador es la siguiente: Un propietario tiene una finca adquirida por documento privado anterior al año 1932. Dicho interesado puede comparecer ante un Notario y otorgar escritura de venta, de donación, etc., transmitiendo su dominio a un tercero. El documento que se otorgue es inscribible. ¿Por qué esperar a que llegue la hora de la transmisión para dar entrada en el Registro a ese documento privado?

En la práctica hemos tenido el expresado caso con propietario con documento privado que quería inscribir sin transmitir, e, inclinándonos a un criterio francamente protector del documento público, hemos conseguido se elevara a público el documento privado por los mismos otorgantes e inscribiéndose el nuevamente otorgado acompañado del privado anterior a 1932 o protocolizándose éste. Pero el problema hay que abordarlo frente a frente: El propietario que tiene documento privado anterior a 1932, ¿por qué ha de esperar, para inscribir dicho documento, a realizar una transmisión o un gravamen de lo adquirido mediante él?

Se nos objetará que el artículo 3.^º de la ley sólo permite la inscripción de los documentos públicos; pero a ello hemos de oponer que el artículo 3.^º es la regla general, y el párrafo tercero del

artículo 20 es la excepción, y que dar acceso en el Registro a los documentos privados anteriores a 1932 no significaría desnaturalizar el principio de legalidad de nuestro sistema hipotecario, sino sólo sentar un antecedente en el Registro para transmisiones posteriores.

Será tanto como, interpretando los preceptos legales en el sentido que lo hace el Sr. Alvarez Cascos, decir: El artículo 20 de la ley Hipotecaria permite que motiven inscripción primera los documentos (sin distinguir entre públicos y privados) anteriores a 1932, pero *al solo efecto* de que puedan servir de base para transmisiones posteriores. Estas quedarían, por tanto, ya sujetas al principio general del artículo 3.^º de la ley, y sólo podrían inscribirse en virtud de escritura pública.

3.^º Documentos posteriores a 1.^º de Enero de 1932. Necesitan ir acompañados de otro fehaciente, en la amplia acepción que le da el artículo 87 del Reglamento, para ser inscribibles. Y, a este propósito, hemos de traer a colación la opinión, ya muy extendida en el Cuerpo de Registradores, de que entre los documentos que pueden considerarse fehacientes no sólo están los públicos y los privados, como ventas, permutes, etc.; las mismas instancias de liquidación del impuesto de Derechos reales anteriores a dicha fecha; las declaraciones presentadas a la Hacienda antes de dicha fecha para el traslado de contribución y los documentos privados de venta, etc., firmados por *cualquiera* persona que haya fallecido antes de la repetida fecha (lo que deberá justificarse), sino también las certificaciones de los amillaramientos, registros fiscales o Catastro que acrediten que figuraban las fincas a nombre del transmitente con anterioridad a la fecha expresada.

4.^º Las adquisiciones derivadas de un título universal antiguo, justificando con documentos fehacientes (que puede ser alguno de los citados) anteriores a 1932, que los bienes de que se trata están comprendidos en el tal título universal.

5.^º Las adquisiciones derivadas de un testamento anterior a 1932 que describa los bienes transmitidos, aunque el causante haya fallecido después, las consideramos inscribibles como comprendidas en el caso primero, siquiera el testamento no surta sus efectos hasta la muerte del causante, aun contrariando la letra del párrafo tercero del artículo 87 del Reglamento.

6.^º Las adquisiciones derivadas de un testamento anterior a 1.^º de Enero de 1932 que no describe los bienes transmitidos, habiendo fallecido el causante después de la indicada fecha y existiendo documentos fehacientes anteriores a la misma que justifican que el causante los había adquirido con anterioridad, constituye, a nuestro entender, una de las mayores equivocaciones que se cometan en la interpretación del párrafo tercero del artículo 87 citado. En efecto: un propietario tiene varias fincas adquiridas por documentos privados fehacientes de los que, con arreglo al artículo 87, pueden servir de antecedente a una transmisión. Es incuestionable que si dicho propietario vende, permuta, dona, etc., el comprador, permutante o donatario podrá inscribir su derecho; pero fallece con posterioridad a 1.^º de Enero de 1932; la letra rígida de la ley impide a sus herederos inscribir la escritura de partición, por ser su adquisición posterior a la fecha tope tantas veces repetida. Claro es que con un criterio de justicia en la interpretación, y sin que se modifique la ley, podía darse entrada en el Registro a la escritura de petición que otorgarán los herederos con una interpretación extensiva del artículo 20 de la ley, considerando que éste, en su espíritu, busca que el *transmitente* sea el que haya adquirido el derecho antes de la fecha 1.^º de Enero de 1932; y siendo en las herencias el transmitente el causante, la adquisición de éste anterior a la fecha expuesta, llena la exigencia legal, pues de interpretarse con un criterio legalista las palabras de la ley «los que se otorguen por quien justifique la adquisición del derecho con anterioridad a esa fecha», teniendo en cuenta que tan otorgante es el que vende como el que compra, no podría inscribirse una venta actual, pues el comprador (otorgante), no había adquirido su derecho antes de esa fecha, sino ahora; y no fué ese el espíritu de la ley. También podría interpretarse la palabra *Título*, que emplea el citado párrafo 3.^º del artículo 87 del Reglamento, en el sentido que le da el artículo 45, esto es, como sinónima de documento inscribible, y, en ese caso, siendo el testamento anterior a la fecha expresada, quedaría cumplida la exigencia legal y salvada la injusticia.

7.^º Las adquisiciones derivadas de un título universal, posterior a la fecha expresada, pero pudiendo justificarse con documentos fehacientes anteriores a la misma la adquisición por el causante.

Es una consecuencia del caso anterior. Ese causante en vida hubiera podido transmitir y el adquirente inscribir; ninguna razón existe, en buenos principios de justicia, para que sus herederos no inscriban. Y a éstos es a los que tiende a proteger la opinión del señor Alvarez Cascos. Los documentos privados fehacientes anteriores a la citada fecha, se inscriben; los herederos tienen ya una base, un fundamento para inscribir su título particional, que motivará inscripciones segundas, por constar el dominio del causante inscrito. El espíritu de la ley queda incólume, sólo padece la forma. Podría también fundarse la defensa de esta inscripción en el carácter de transmitente que, según hemos expuesto al tratar del caso anterior, debe tener el que haya adquirido antes de 1.^º de Enero de 1932.

* * *

Y con ello hacemos punto final y creemos haber acudido al llamamiento de nuestro veterano compañero. ¿Hemos acertado? Atrevidas son las ideas expuestas en orden a la interpretación de los preceptos legales. Quienes tienen mayores conocimientos y más autoridad que nosotros, dirán las suyas. El globo de ensayo está en el aire. Esperemos...

ANTONIO VENTURA,
Registrador de la Propiedad.,

El procedimiento registral en la legislación inmobiliaria alemana⁽¹⁾

c) Desarrollo práctico del procedimiento registral en segunda instancia.

El recurso interpuesto al amparo de las disposiciones legales enunciadas contra un acuerdo denegatorio del Registrador tiene, según hemos visto, por finalidad la obtención de un fallo que venga a declarar la improcedencia de dicha negativa y ordene, al propio tiempo, practicar el asiento solicitado.

Para dictar semejante resolución deberá el Tribunal examinar todos aquellos antecedentes que, por cualquier motivo, pudieran ser tenidos en cuenta para resolver acerca de si procede mantener la denegación u ordenar, por el contrario, al Registrador que inscriba, aunque se dé el caso de no haber sido tomados en consideración dichos antecedentes hasta aquel momento ni por el solicitante, ni por el encargado de la Oficina Registral.

Tratándose, en cambio, del recurso interpuesto contra la *disposición interlocutoria* del Registrador, consiste la finalidad próxima del mismo en liberar a la parte apelante de la carga que implica la aportación de la prueba exigida por el Registrador o, al menos, la obtención de alguna mayor facilidad con tal propósito, apareciendo la declaración de imprudencia de la negativa como fin mediato o indirecto.

Siendo así, habrá de limitarse la misión del Tribunal a examinar el extremo o extremos que aparezcan señalados en la dispo-

(1) Véanse los números 91, 92 y 93 de esta Revista.

sición interlocutoria impugnada, como presupuestos registrales necesarios para poder verificar el asiento solicitado, o, todo lo más, a resolver, en su caso, acerca de la procedencia de ampliar el plazo concedido por el Registrador al peticionario para la aportación de los comprobantes requeridos.

Análogas normas son aplicables a los recursos interpuestos contra cualesquiera acuerdos del Registrador por los que se le exija al solicitante de alguna inscripción la aportación de pruebas, con o sin señalamiento de plazo, aunque no revista precisamente la forma de *disposición interlocutoria*, conforme a lo dispuesto en el § 18 de la ley Ordenadora Registral, oportunamente enunciado.

Aparte de la facultad, reconocida al recurrente por el § 74 del citado Cuerpo legal, de aportar nuevos comprobantes (pudiendo incluso fundamentar el recurso en hechos no alegados ante el Registrador), puede, a su vez, el Tribunal Territorial requerir al recurrente para que aporte documentos justificativos de determinados extremos, señalando al efecto el plazo que estime pertinente.

No cabe, empero, atribuir a semejantes providencias del Tribunal el carácter de *disposiciones interlocutorias* en el sentido de las que establece el § 18 de la ley Registral arriba citada, ya que el § 76 de la misma no admite la existencia de éstas en el procedimiento de segunda instancia.

Es, por otra parte, rasgo característico e inconfundible de la *disposición interlocutoria* la limitación que, una vez dictada, establece en las facultades de la Autoridad o Tribunal respectivo.

Así, por ejemplo, en el supuesto del § 18, tantas veces citado, viene obligado el Registrador, al expirar el plazo por él señalado sin que se aporten las pruebas exigidas, a denegar de plano la inscripción. El Tribunal Territorial, en cambio, queda en libertad (por virtud de la omisión indicada del § 76 de la ley Ordenadora Registral), aun después de transcurrido el plazo señalado al recurrente sin haber éste aportado los comprobantes exigidos, de adoptar la resolución que estime más procedente, lo mismo en lo que respecta a la prórroga del plazo de prueba, sustitución de ésta, en su caso, por otros justificantes pedidos de oficio, que en lo referente a la decisión del recurso. Por ello se consideran estas providencias como de mera tramitación, no dándose contra ellas recurso ante el Tribunal Territorial Superior.

Por lo que respecta al fallo por el cual se ha de decidir el recurso, puede el Tribunal declarar no haber lugar a admitirlo cuando evidentemente no se dé alguno de los requisitos procesales que la ley exige para su interposición (por ejemplo, cuando el recurrente creyese que la providencia registral impugnada era una *disposición interlocutoria*, siendo así que no ostentaba tal carácter) o cuando no concurran en quien comparece como recurrente las circunstancias personales exigidas a tal efecto por la ley Registral (así, por ejemplo, por no haber sido el propio compareciente quien hubiera instado la inscripción denegada, o no estar facultado a reclamar contra la negativa, al no darse de la misma un perjuicio material que afecte a su derecho).

Declarado inadmisible el recurso, queda, naturalmente, firme el acuerdo registral impugnado.

El Tribunal declarará, a su vez, no haber lugar al recurso cuando, dándose todos los requisitos procesales para la admisión del mismo, entendiese que no aparece, empero, probada la lesión de derecho alegada por el recurrente.

II. EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL EN TERCERA INSTANCIA.

(Recurso extraordinario)

a) *Preceptos normativos.*

Aparece regulado este procedimiento por los siguientes preceptos de la ley Ordenadora del Registro Inmobiliario:

§ 78. Contra el fallo del Tribunal encargado de resolver el recurso se admitirá como remedio jurídico el ulterior recurso cuando dicho fallo esté basado en una infracción legal. Los preceptos de los §§ 550, 551, 561 y 563 de la ley de Enjuiciamiento civil alemana son aplicables en lo pertinente.

§ 79. El ulterior recurso será decidido por el Tribunal Territorial Superior (1) cuando versando el recurso sobre la interpretación de algún precepto de la legislación registral inmobiliaria

(1) Corresponde a nuestras Audiencias Territoriales. (Véase la nota al § 72 de La propia ley Registral.)

vigente en todo el territorio alemán, el Tribunal Territorial Superior pretende desviarse del fallo dictado por otro de igual categoría en recurso de esta clase, existiendo alguna sentencia del Tribunal Supremo alemán por la que se resuelve el problema jurídico planteado, deberá someter la decisión del recurso a dicho Supremo Tribunal, remitiéndole a éste los autos con una exposición fundamentada de su punto de vista jurídico. El auto en el que se acuerde dicha remisión deberá notificarse al recurrente.

En el caso previsto en el inciso segundo del presente párrafo será decidido el ulterior recurso por el Tribunal Supremo.

§ 8o. El ulterior recurso podrá interponerse ante la Oficina Registral, el Tribunal Territorial o el Tribunal Territorial Superior.

Si la interposición se efectuara por medio de escrito, deberá éste llevar la firma de Letrado. No será necesaria la intervención de Abogado cuando el recurso se interponga por Autoridad o Notario que hubiera solicitado la inscripción conforme a lo dispuesto en el § 15 de esta ley Ordenadora Registral.

Ni la Oficina Registral ni el Tribunal Territorial estarán facultados para poner por sí mismos remedio a la situación jurídica que hubiera motivado el recurso.

En todo lo demás serán aplicables, en lo pertinente, los preceptos relativos al recurso ordinario.

b) *Naturaleza de este ulterior recurso.*

Cuando el procedimiento registral en segunda instancia haya terminado sin dar satisfacción al recurrente, puede éste entablar nuevo recurso contra el acuerdo del Tribunal Territorial.

Trátase, a tenor del § 78 de la ley Registral enunciada, de un verdadero recurso por infracción de preceptos legales (tanto de carácter sustantivo como adjetivo), siendo indiferente a estos efectos que se trate de disposiciones vigentes en toda Alemania o de las que tan sólo son aplicables dentro del ámbito legislativo de algún Estado confederado. La sola limitación establecida por la constante jurisprudencia de los Tribunales es la de no poderse fundamentar este ulterior recurso únicamente en la supuesta in-

fracción de leyes no alemanas, restricción basada, según Du Chesne (1), en la primordial finalidad de este ulterior recurso, consistente, como es sabido, en facilitar la unificación de las normas interpretativas del Derecho registral dentro de aquella Nación.

El ulterior recurso se sustancia, al igual que el de segunda instancia, en interés del solicitante de la inscripción. La labor calificadora que en esta tercera instancia ha de realizarse abarca, desde luego, la demanda de inscripción presentada a su tiempo en el Registro, pero tan sólo como antecedente del fallo recurrido.

Interpuesto el ulterior recurso ante el Tribunal Territorial Superior o el Tribunal Supremo, en su caso, no están facultados ni el Tribunal Territorial ni la Oficina Registral para poner remedio por sí mismos a la situación jurídica que dió lugar al recurso (§ 80 de la citada ley Registral), al modo como, según vimos en el lugar oportuno, puede hacerlo el Encargado del Registro por propia iniciativa, aun después de interpuesto el recurso ordinario.

Esto viene a evidenciar el carácter distinto de ambos remedios legales.

Durante la sustanciación del recurso no habrá lugar, desde luego, a dictar ninguna disposición interlocutoria encaminada a facilitar la aportación por el recurrente de nuevos comprobantes, toda vez que la naturaleza peculiar de aquél rechaza semejante posibilidad; pero siempre que la finalidad práctica de la inscripción que se procura conseguir mediante la sustanciación del recurso extraordinario se vea comprometida por otras demandas de inscripción, podrá instarse ante el Tribunal que conoce del mismo que ordene a la Oficina Registral que practique el asiento de prenotación o de contradicción que en cada caso proceda, a tenor de los §§ 18 y 76 de la ley Ordenadora Registral, oportunamente examinados.

c) *Contenido del fallo dictado en tercera instancia.*

Si el Tribunal encargado de fallar este ulterior recurso entendiese que el de segunda instancia no había cometido infracción al-

(1) Ob. cit., pág. 79.

guna, al confirmar el acuerdo del Registrador denegatorio de la inscripción en su día solicitada, declarará no haber lugar a dicho recurso, quedando, por consiguiente, firme la denegación, sin que ello, empero, sea obstáculo para que el interesado inste de nuevo en el momento y en la forma que crea oportuno la inscripción del propio derecho, incoándose a tal efecto un nuevo expediente registral que nada tiene que ver con el anterior.

Si, por el contrario, estimara el Tribunal Superior que se ha cometido alguna infracción por parte del inferior, al haber éste confirmado el acuerdo denegatorio del Registrador, declarará haber lugar al recurso, ordenando, en consecuencia, a la Oficina Registral que practique la inscripción denegada en su día al solicitante.

El procedimiento para la sustanciación y decisión del recurso, cuando, conforme al § 79 de la tan repetida ley Registral, tenga lugar ante el Tribunal Supremo alemán, es, aparte de la cuestión de la competencia, el mismo que rige para la tramitación ante los Tribunales Territoriales Superiores (Audiencias Territoriales), ya que, según indicamos en el lugar oportuno, la intervención de uno u otro Tribunal sólo depende de la jurisprudencia que exista acerca del problema jurídico planteado en el recurso respectivo.

III. RECURSO QUE A SU VEZ CABE INTERPONER CONTRA LOS PERJUICIOS DIMANADOS O QUE PUEDAN DIMANAR DE INSCRIPCIONES ORDENADAS EN SENTENCIA RESOLUTORIA DE UN RECURSO.

Por virtud del fallo dictado en segunda instancia ordenando que se practique una inscripción en su día denegada por el Registrador, se modificará, si el acuerdo del Tribunal llegase a ser firme, la situación jurídica de un inmueble, y ello implica, evidentemente, un posible perjuicio material para los interesados en que tal alteración no se produzca.

Estos interesados, que, al no haber sido parte en el recurso, sólo pueden intervenir en defensa de su derecho al hacerse público el fallo del Tribunal Territorial, procurarán intervenir antes de que la inscripción que ellos estiman lesiva se lleve a efecto, es decir, antes de que pueda irrogárseles un perjuicio material.

Podrán, pues, interponer recurso ante el Tribunal Territorial Superior contra el fallo aludido. Si entre tanto se hubiera verificado ya la inscripción, el Tribunal ante el que hubiera recurrido el presunto lesionado ordenará de oficio a la Oficina Registral que lleve a efecto el oportuno asiento de contradicción (*Widerspruch*) (1).

IV. RECURSO SIN EFECTOS CANCELATORIOS INMEDIATOS.

Los §§ 54 y 71, en su apartado segundo de la tan repetida ley Ordenadora Registral, al establecer el primero la posibilidad de remediar inexactitudes de los libros del Registro por medio del llamado *asiento de contradicción*, a que antes hacemos referencia, cuando la inscripción resultase inadmisible por razón de su contenido, y facilitando el segundo la obtención de un asiento de contradicción o de cancelación por vía de recurso, que al efecto puede interponerse ante el Tribunal Territorial, dan lugar a una nueva modalidad de remedio legal, que podemos denominar *recurso de efectos mediatos*.

Se solicita, en tal supuesto, del Tribunal Territorial respectivo que ponga remedio a la lesión originada en los intereses del reclamante por la inscripción impugnada y que, al propio tiempo, aclare la cuestión relativa a la infracción legal y la inexactitud del asiento, ordenando, en consecuencia, a la Oficina Registral lo que estime procedente (2).

V. OTROS ACUERDOS DEL REGISTRADOR SUSCEPTIBLES DE RECURSO.

Cabe, en general, recurrir contra aquellas decisiones del Encargado de la Oficina Registral que originen al solicitante algún perjuicio en sus intereses, no reparable de otra manera.

Así, por ejemplo, puede haber lugar a interponer recurso contra la negativa del Registrador a efectuar un asiento de contradicción (*Widerspruch*) o a cancelar una inscripción inadmisible por

(1) Du Chesne, ob. cit., pág. 91.

(2) Véase Du Chesne, ob. cit., págs. 97-98 confr. doctor Hermann Oberneck *Das Reichsgrundbuchrecht*, ed. 1909; t. I, pág. 148.

razón de su contenido, y también cuando dicho funcionario no accede a cancelar el asiento de contradicción en los casos en que ya no procediera mantenerlo.

Asimismo cabe recurrir ante el Tribunal Territorial cuando el Encargado de la Oficina Registral se niegue a manifestar los libros de la misma, a librar copias o certificaciones de los asientos o a conceder el beneficio de pobreza a quienes legalmente deba otorgarse (1).

CONSIDERACIONES ACERCA DEL PROCEDIMIENTO REGISTRAL ALEMÁN Y SU POSIBLE PERFECCIONAMIENTO

Después de examinar someramente la estructura y el desenvolvimiento del procedimiento registral alemán en sus tres instancias, procede recordar, a manera de epílogo, cómo la falta de unidad en la organización administrativa de las Oficinas Registrales constituye un evidente obstáculo para lograr que se reconozca por las leyes una mayor amplitud a la función calificadora del Registrador, toda vez que sólo en uno de los Estados confederados, Wurtemberg, están desempeñadas dichas oficinas necesariamente por juristas especializados, siendo así que en las demás regiones de la Confederación germánica abundan los Registros regentados por personas no profesionales del Derecho (2).

Como dice Du Chesne (3), el Registro Inmobiliario, llevado por el sistema de listas, reglamentario en Alemania, es, en principio, tan sencillo, que un oficial experto en esta especialidad puede, en los casos corrientes, practicar sin dificultad las operaciones necesarias para verificar los diversos asientos en los libros.

Cuando, no obstante, surja alguna dificultad, ésta puede ser de índole tal que el jurisconsulto más especializado no logre, a veces, resolverla sin un previo y detenido estudio. Resulta por tal motivo que como a la mayoría de los Oficiales de Registros sin formación jurídica no les es fácil en muchas ocasiones discernir acerca de si existe dificultad en practicar la inscripción solicitada,

(1) Véase Oberneck, ob. cit., t. I, pág. 149.

(2) Véase Du Chesne, ob. cit., págs. 58 y 108.

(3) Ibid, loc. cit., pág. 108.

llega a darse una verdadera imposibilidad de prescindir en las Oficinas Registrales de cierto asesoramiento quasi permanente, por parte de algún experto jurista, allí donde el Encargado del Registro no posea la carrera de Leyes.

El ideal, en materia de procedimiento registral, consiste, ante todo, en otorgar al Registrador las más amplias facultades calificadoras y una plena responsabilidad, logrando, al propio tiempo, independizar la función registral, en sus varias instancias, de los Tribunales de Justicia, y evitando asimismo de recargar el trabajo, que inevitablemente pesa sobre éstos, con procedimientos más o menos complejos relacionados con la rectificación y validez de los asientos registrales.

De cuanto precede se infiere claramente que en nuestra legislación hace ya cerca de tres cuartos de siglo que tenemos establecida la premisa necesaria para crear un procedimiento registral independiente en todos sus trámites e instancias del judicial, toda vez que ya la primera ley Hipotecaria confió, con carácter general, los Registros de la Propiedad a juristas especializados y de probada competencia, objetivo que no han logrado alcanzar, aun hoy en día, países donde, por lo demás, se ha cultivado siempre asiduamente la ciencia del Derecho inmobiliario.

ALFONSO FALKENSTEIN Y HAUSER,

Abogado del Colegio de Madrid.

La futura ordenación del procedimiento civil y de lo contencioso-administrativo

En el discurso leído por el señor Ministro de Justicia con ocasión de la apertura de los Tribunales, el 15 de Septiembre último, aparte de una serie de consideraciones y sugerencias de trascendental importancia sobre «la revolución y la justicia», «la formación del Juez», «la nueva organización judicial», «el procedimiento penal», «la jurisdicción militar» y «la magistratura y el espíritu republicano», encontramos los siguientes sustanciosos párrafos sobre «la jurisdicción civil» y «la justicia y la administración», cuyo estudio recomendamos a nuestros lectores :

LA JURISDICCIÓN CIVIL

Una nueva organización de la Administración de Justicia, si ha de ser eficaz, implica la reforma del procedimiento, tanto en materia civil como en materia penal.

En materia civil convendría conservar la estructura de la actual ley de Enjuiciamiento, pero introduciendo en ella importantes modificaciones, que habrían de referirse a los extremos siguientes: *a)* mayor celeridad en el procedimiento, acortando los plazos y simplificando los trámites; *b)* intervención más activa

del Juez, que no debe ser un mero espectador del procedimiento y que ahora sólo actúa en el momento de dictar resoluciones; c) mayor amplitud del recurso de casación.

Hay que acortar los plazos en todos los procedimientos en general, pero especialmente en las cuestiones incidentales que dilatan la terminación del proceso. Los secretarios judiciales deben ser los encargados de todas las formalidades del trámite, admitiendo escritos, acordando traslados y firmando todas las providencias de mera tramitación. Los juicios declarativos deben ser purgados de trámites dilatorios y reducidos a las formas más simples. Es preciso aligerar los procedimientos sumarios, incorporando en lo posible a nuestra legislación la técnica procesal de otros países. De la práctica inglesa pueden tomarse no pocas direcciones. La jurisdicción francesa de «referé» es un procedimiento brevíssimo que permite adoptar, en el espacio de unas horas, medidas provisionales urgentes de la mayor importancia. Hoy es imposible, en nuestra técnica procesal, conseguir una resolución judicial que impida un daño, ampare un derecho o contenga un ataque de carácter civil en trance de consumación. Fuera del límite de los interdictos—cuyo procedimiento es bastante dilatorio, a pesar de su pretendida rapidez—no existe en nuestra legislación nada que se parezca a la jurisdicción de «referé» francesa. Por otra parte, contribuyen a entorpecer la labor del Juez, recargándola considerablemente, gran número de actos de jurisdicción voluntaria que deberían salir de la esfera judicial y ser entregados a la competencia de los Notarios.

Dos principios se disputan el predominio en la técnica procesal: el principio *dispositivo* y el llamado *inquisitivo u oficial*. Según el primero, son las partes las que han de impulsar el proceso. Según el segundo, incumbe tal función al Tribunal. En la conjugación de estos dos principios se puede encontrar la mejor técnica, aunque parece, desde luego, necesario ampliar y estimular la iniciativa del Juez. En toda cuestión que se somete a la decisión judicial, y por la sola intervención del Juez, hay algo más que una mera cuestión de derecho privado. La intervención del Juez hace que trasciendan a la esfera social y pública cuestiones que, sin ella, se desenvolverían en la esfera privada. El Juez tiene derecho a elaborar su convicción. Hoy la iniciativa del Juez

es de carácter negativo, una especie de veto. La de carácter positivo, representada, por ejemplo, en las providencias para mejor proveer, es excesivamente tímida. El Juez puede rechazar las pruebas impertinentes, las inútiles, las que se refieran a hechos no controvertidos; pero no puede proponer ni pedir pruebas. El legislador creyó que las partes, por su propia conveniencia, habrían de ofrecer elementos de juicio suficientes, y de ahí el papel pasivo del Juez, como si el objeto de la prueba fuese formar la convicción de las partes y no la del juzgador. Pero al Juez, que ha de dictar sentencia bajo su responsabilidad, lo que le interesa no es lo que las partes le ofrezcan, sino lo que él considere necesario para formar su convicción. Se debe facultar al Juez para que abra el período de prueba, aunque las partes no lo pidan, para solicitar de las partes medios de prueba sobre hechos que considere dudosos, para practicar cualquier diligencia, a fin de mejor proveer, para subsanar de oficio cualquier defecto procesal que, por una cuestión de forma, le impida entrar a conocer del fondo del asunto. Se deben otorgar al Juez, con las garantías indispensables, facultades excepcionales para los casos en que un litigante complique el procedimiento con dilaciones reiteradas, trámites inútiles o peticiones innecesarias.

La suprema garantía del procedimiento exige que se dé mayor amplitud al recurso de casación. Los horizontes de éste, ya rigurosamente trazados por la ley, han ido cerrándose más cada día por la jurisprudencia. El recurso de casación debería abarcar: *a)* la valoración jurídica de los hechos que declare probados el Tribunal de instancia; *b)* la declaración de las consecuencias jurídicas que se deriven de los hechos probados; *c)* la interpretación de toda clase de obligaciones, contratos y cláusulas testamentarias, partiendo de las afirmaciones de hecho que contenga la sentencia y de lo que resulte de los documentos; *d)* la estimación de los documentos controvertidos.

Por último, convendría estudiar las posibilidades que el Jurado pudiera ofrecer en materia civil. La experiencia inglesa, tan original en ésta como en otras manifestaciones de la vida jurídica, no nos suministra resultados concluyentes y fácilmente traducibles. En Inglaterra, el concurso del Jurado en materia civil se halla íntimamente ligado al arbitrio del Juez. Si las partes no lo

piden, los procesos civiles se fallan sólo por el Juez. Si las partes solicitan el concurso del Jurado, el Juez lo convoca. Mas el Juez tiene facultad para rechazarlo cuando, por la naturaleza del asunto, la calidad y cantidad de documentos que sea preciso examinar, etc., entienda que procede la intervención exclusiva de un juzgador técnico. Por lo general, el concurso del Jurado sólo se requiere cuando principalmente juegan la prueba de testigos y peritos y la inspección personal del Juez. Cuando la prueba es documental el Jurado no suele ser requerido.

El procedimiento es largo y complicado y hay que acortarlo y simplificarlo. Es insuficiente o abusivo y es preciso dar facultades al Juez para remediar lo uno e impedir lo otro. Es necesario ampliar las garantías lo mismo en la instancia que en la casación. Pero todos los defectos del procedimiento son poca cosa en comparación de su enorme carestía. Esto tiene una importancia extraordinaria en una sociedad democrática, en un Estado popular, y es preciso ir acercándose, en la medida que sea posible, a la gratuitad de la justicia.

LA JUSTICIA Y LA ADMINISTRACIÓN

La revolución de Septiembre convirtió en delegada, encomendándola a las Audiencias y a una Sala especial del Tribunal Supremo, la jurisdicción contencioso-administrativa que en 1845 se instituyó como retenida y se atribuyó al Consejo Real y a los Consejos provinciales. La Restauración volvió a la jurisdicción retenida, atribuyéndola al Consejo de Estado en sustitución del antiguo Consejo Real y las Comisiones provinciales. La Ley de 13 de Septiembre de 1888—notad que es la gran época sagastina, el mismo Parlamento largo que votó, entre otras leyes democráticas, la del sufragio universal—estableció definitivamente la jurisdicción delegada, aunque prevaleció el eclecticismo de Santa María de Paredes y se instituyó el Tribunal de lo Contencioso-administrativo unido al Consejo de Estado. La Ley de 5 de Abril de 1904 separó el Tribunal de lo Contencioso-administrativo del Consejo de Estado, restaurando en el Tribunal Supremo la Sala de lo contencioso-administrativo erigida por la revolución de Sep-

tiembre en nombre de la justicia democrática. Pero todavía es preciso acentuar el carácter judicial del recurso contenciosoadministrativo. Y un precepto de cumplimiento ineludible, el artículo 101 de la Constitución de la República, obliga a desenvolverlo en los términos que exige la posición de igualdad que han de tener ante la Justicia los particulares—es decir, los ciudadanos—, y la Administración.

El sentido general de la reforma que impone el citado precepto constitucional debe responder a las tres finalidades siguientes: 1.^a A fundar el recurso contenciosoadministrativo de plena jurisdicción sobre bases más científicas, simplificando su técnica y extendiendo su virtualidad mediante la reducción al mínimo de requisito del ejercicio de la potestad reglada. 2.^a A elevar al rango legislativo la doctrina establecida por la jurisprudencia sobre el recurso contenciosoadministrativo de nulidad por infracción de un precepto legal, comprendiendo en este concepto tanto los vicios sustanciales del procedimiento como la nulidad del acto en virtud de una aplicación de la ley que la cause por sí mismo, conforme al artículo 4.^º del Código civil, y pudiendo determinar el ejercicio de la acción, no sólo la lesión de un derecho subjetivo, sino la de un legítimo interés; y 3.^a A configurar ciertos recursos extraordinarios de nulidad fundados en las normas legales distributivas de la competencia y funciones de la Administración pública, siguiendo la dirección ya marcada en la jurisprudencia en orden al recurso por abuso de poder. La materia contenciosoadministrativa podría quedar estructurada del modo siguiente: a), un recurso de plena jurisdicción; b), un recurso ordinario de nulidad; c), un recurso extraordinario de nulidad por exceso de poder; d), un recurso extraordinario de nulidad por desviación de poder.

El recurso de plena jurisdicción es el contenciosoadministrativo por excelencia. Mediante el mismo, puede el juzgador revocar los actos administrativos total o parcialmente y sustituirlos en idéntica medida por otros. El primer requisito para que sea procedente este recurso es que se trate de una resolución administrativa de carácter definitivo. El segundo, que tal resolución vulnere un derecho de carácter administrativo preexistente. Las razones que aconsejan la supresión del tercero, que se trate de actos en el ejercicio de la potestad reglada, parecen decisivas. Con arreglo a la doctrina mo-

derna que se refleja tanto en la ley como en la jurisprudencia, toda providencia administrativa se reduce a un problema de actuación de aquélla, y, por lo tanto, resulta siempre un acto más o menos vinculado a una norma que traza el límite de la actividad de la Administración. Por otra parte, el derecho subjetivo del particular impone siempre a la Administración el deber de atenerse al derecho objetivo de donde aquél emana, observándose en la práctica forense que, en la mayoría de los casos, las cuestiones de la facultad reglada y del derecho lesionado viene a reducirse a una sola.

El recurso ordinario de nulidad podría ser determinado por dos motivos: uno, la infracción de las leyes de procedimiento; otro, la contradicción abierta y flagrante de una ley en su directa aplicación. En el primer caso debe ser suficiente para el acceso al recurso que el interesado utilice en el momento de la infracción procesal, los remedios administrativos establecidos en la ley, reconociéndosele el derecho de reclamar en vía jurisdiccional la nulidad de lo actuado a raíz de la infracción, tanto en el supuesto de no ser atendida su reclamación contra la misma como en el de silencio. En el segundo caso, contra el acto abiertamente contrario a la ley debe poder el interesado accionar inmediatamente en nulidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

El recurso extraordinario de nulidad por exceso de poder debe abarcar, si ha de ser debidamente matizado, tres motivos distintos: abuso, exceso propiamente dicho y defecto de poder. El primero, que ha sido ya, en parte, elaborado por la jurisprudencia, implica una resolución dictada por autoridad u organismo que no tiene facultades para ello. El segundo significa que la autoridad u organismo que resuelven han ido más allá de lo que la ley les atribuye. El tercero, que la potestad administrativa no actuó en la medida cuantitativa a que le obliga la ley. Tipo del abuso de poder es el conocimiento por la autoridad administrativa de lo que correspondería al Parlamento, o a los Tribunales de justicia, y asimismo de lo que no corresponde ya a ningún órgano administrativo por haberse consumado la competencia con autoridad mediante un acto declaratorio. Tipo del exceso es el conocimiento por una autoridad administrativa de lo que compete a otra autoridad del propio orden, sea inferior, superior o coordinada. Tipo de defecto es el caso en que, debiendo actuar la autoridad ad-

ministrativa, porque a ello le obliga la ley de su competencia, no lo hace en todo o en parte, abandonando total o parcialmente la protección del interés de los administrados.

El recurso extraordinario de nulidad por desviación de poder supone una estimación jurídica mucho más delicada y sutil que la de los recursos anteriores. En éstos el derecho objetivo violado por la Administración es siempre un precepto legal concreto y determinado. En aquél son las normas administrativas en su conjunto y en cuanto constituyen un régimen jurídico especial. El motivo primero y principal del recurso por desviación de poder es la notoria falta de idoneidad entre el fin a que la ley responde y los medios que la autoridad administrativa utiliza para resolver un determinado asunto.

Tal es, ligeramente esbozado, el recurso contencioso-administrativo que claramente se dibuja en los progresos de la doctrina. A su implantación nos obliga, revolucionaria en esto como en otras muchas cosas, la Constitución de la República. Con algunas reformas en el órgano de la jurisdicción, señaladamente en los tribunales provinciales, que deberían convertirse en regionales y tener una composición más técnica, y en el procedimiento, se acercaría la jurisdicción contenciosa a lo que debe ser la justicia administrativa en un Estado democrático. En orden al procedimiento es necesario dar mayor facilidad y amplitud a la prueba, facilitar el allanamiento de la Administración a la demanda, y, sobre todo, proclamar la imposibilidad de la suspensión o inejecución de las sentencias por motivos que no sean el peligro de guerra con una potencia extranjera o la grave alteración de orden público. En la ley actual la Administración ostenta frente al particular—es decir, frente al ciudadano—una situación de privilegio que es de todo punto incompatible con la justicia.

Por folletos y revistas

«La obligación legal de contratar», por MARIO STOLFI, Doctor en Derecho.—*Revista de Derecho Civil*, Milán. Meses Marzo y Abril 1932, páginas 105 a la 182.

INTRODUCCIÓN

El principio general de la libertad de contratar. Sus manifestaciones.

En el sistema contractual es principio informador el de la libertad del contrato. Son sus manifestaciones, de una parte, la facultad concedida a todos de contratar o no en las condiciones y formas que les parezca, y de otra, la posibilidad de modificar por mutuo consentimiento un contrato ya perfeccionado, e incluso revocarlo.

Principales limitaciones a la facultad de contratar.

A) La coacción para contratar :

Tal principio de libertad no es absoluto. Está limitado cuando la voluntad del hombre (contrato o testamento) o de la Ley obligan al sujeto de derecho a hacer declaración de voluntad contractual.

B) Reglamento obligatorio de futuras relaciones contractuales :

Se limita también tal privilegio, cuando ambas partes, o por lo menos una de ellas, están obligadas por contrato (Reglamento preventivo contractual) o por Ley (Reglamento preventivo legal) a dar un contenido determinado a los futuros contratos. Como ejemplos pueden citarse los de tarifa para los contratos individuales

eventuales de trabajo, los colectivos, también de trabajo, estipulados por los Sindicatos reconocidos por la Ley.

En efecto, la Ley puede regir una relación en el caso del silencio de las partes o declarar la ineeficacia de las cláusulas que violen una norma de derecho objetivo, y privar, por lo tanto, de eficacia a la voluntad individual, pero sin sustituirla contra la misma voluntad.

Lo mismo puede decirse de las demás fuentes del Reglamento colectivo de trabajo. Así, por disposición expresa de la Ley, tienen valor de contrato de trabajo :

1.^º Las normas generales sobre condiciones de trabajo que pueden emanar de los órganos centrales corporativos.

2.^º Las sentencias de los Tribunales de Trabajo sobre las relaciones colectivas de trabajo y los bandos arbitrales correspondientes.

3.^º Las normas establecidas por el Consejo Nacional de las Corporaciones para la disciplina de las relaciones, aun diversas de las de trabajo, surgidas entre las varias categorías de la producción representadas por Sindicatos legalmente reconocidos.

Se ha examinado la cuestión de si los Sindicatos vienen obligados por la Ley a estipular los contratos colectivos de trabajo. Resuelto afirmativamente, sería un ejemplo de la obligación legal de contratar. Parece que así debe ser, pues al constituir personas jurídicas públicas tienen la obligación de cumplir los fines que se les han asignado, entre los cuales está la formación del Reglamento colectivo frente al Estado, el cual puede revocar el reconocimiento, si no se le presenta para su aprobación.

Algunos escritores van más lejos. De que los Sindicatos tengan la obligación, respectivamente, de ejecutar el contrato colectivo, deducen que la sentencia del Magistrado del Trabajo, que regula las relaciones del trabajo, se debe considerar como un acto de ejecución forzosa. Esta opinión no persuade, porque no se pueden fijar las fuentes de la obligación. No son la declaración XI de la carta del trabajo, porque sus normas representan una tendencia; pero no son una Ley que pueda originar un estado jurídico. Tampoco puede afirmarse con Raselli que la obligación de ejecutar el contrato colectivo grava a los Sindicatos, no sólo frente al Estado, sino también respecto a las Asociaciones contrapuestas, que tienen de-

recho de pretender su observancia, en cuanto se necesite una tutela para sus intereses, pues un simple interés no basta a hacer surgir una obligación legal de contraer por parte de dichos Sindicatos, sin expresa disposición legislativa. El legislador salvaguarda estos intereses permitiéndoles acudir a la Magistratura del Trabajo, la cual formará el Reglamento colectivo en lugar de los Sindicatos, y sus sentencias no tienen carácter jurisdiccional, porque obligan también a los extraños al juicio.

C) La modificación o revocación legal de una relación contractual preexistente.

No hay que ver en esta limitación una coacción para contraer, ni contratos modificativos o resolutivos, según Nipperdey, porque la modificación o revocación *ex lege* se producen sin que coopere el obligado y sin que se estipule un nuevo contrato.

Pueden servir como ejemplo de la doctrina:

1.^o El rescate *ex lege* que se concede en la ejecución inmobiliaria por débito de impuestos.

2.^o El derecho concedido por la Ley al comprador de una cosa afectada de vicios ocultos de ejercitar a su elección la acción redhibitoria o la *canti minoris*.

3.^o El derecho de prelación *ex lege*, con eficacia real, que produce sus efectos con la declaración unilateral del derechohabiente sin la cooperación del obligado. Tal es el concedido al Estado en la venta que se haga privadamente de objetos de arte o antiguos.

4.^o El derecho concedido al enfiteuta de redimir el canon, cuando quiera, sin requerir el consentimiento del concedente.

¿ Tiene naturaleza pública o privada la obligación legal de contraer ?

Según Nipperdey tiene las dos : Es pública, en cuanto al fin, porque el ordenamiento jurídico limita la libertad de las partes al decidir si pueden o no concluir un contrato en vista de un interés general ; es privada respecto al objeto, que pertenece fundamentalmente al derecho privado.

El autor no sigue esta opinión, sino la de Jellineck, según el cual el contrato es una figura jurídica general, que pertenece preferente, pero no exclusivamente, al derecho privado. Efectivamente, hay contrato en el derecho internacional cuando un Estado se contrapone a otra personalidad estatal no sometida a su imperio ;

lo hay en el derecho público interno, cuando la intervención del Estado de otros entes autárquicos encuentran un obstáculo en el estado de libertad de los sujetos de derecho; ejemplo: concesión de servicio público, etc. También se consideran por respetables autores como de derecho público las relaciones entre una Empresa que ejerce un servicio público y los usuarios, cuando la Empresa goza de un monopolio de derecho, el cual se considera históricamente como un atributo esencial o natural de la soberanía. Por estas razones, es preferible atribuirle uno u otro carácter, según que tenga por objeto la concesión de un contrato de derecho privado o de derecho público.

Diversas fuentes de la coacción para contraer:

1.^o *Obligación convencional para contraer.*

Hay una coacción convencional para contraer cuando la obligación deriva de un contrato concluido voluntariamente por el obligado, al cual la doctrina ha dado el nombre de contrato preliminar o *pactum de contrahendo*.

Siguiendo a Barassi, se considera como ejemplo el del adquirente de un fundo, que se obliga a respetar los contratos que el vendedor hubiere hecho con los arrendatarios; lo mismo sucede con el pacto de prelación cuando se ha prometido preferir a alguno en la eventual venta o arrendamiento de alguna cosa, quedando ésta sujeta a condición suspensiva, potestativa, por parte del obligado, si quiere enajenar o arrendar la cosa, aunque algunos no admiten la condición, porque ésta supone un negocio perfecto, y se retrotrae al momento en que se verificó el acuerdo; pero se puede contestar que se confunden la promesa unilateral condicionada y la venta con condición.

Los juristas germanos no consideran este pacto como un contrato preliminar, porque con el ejercicio de la prelación, el titular *ipso iure* se subroga para con el tercero adquirente en todos los derechos y obligaciones que resultan del contrato de enajenación, sin que sea necesario perfeccionar un nuevo contrato.

2.^o *¿Qué sucederá en el caso de oferta al público?*

No puede hablarse de coacción para contraer cuando las ofertas son simples invitaciones, o cuando las ofertas son contractuales; pero no hay disposición que impida la revocación, siendo responsable de ella el oferente solo cuando haya renunciado a ella o cuando

la otra parte ha comenzado de buena fe a ejecutarla y ha sufrido daños, pero sin quedar obligado a la conclusión del contrato.

Puede tener, sin embargo, alguna relación con la obligación de contratar, pudiendo servir de ejemplo las Empresas de transportes, que, al hacer circular los carruajes por un recorrido determinado, tienen la obligación de contratar, que se le impone por la ley, en cuanto el público acepta la oferta.

3.^º *Obligación testamentaria para contraer.*

Puede imponerse al heredero o legatario por un acto de última voluntad la obligación, ya recordada por los jurisconsultos romanos, de concluir un determinado contrato. En tal hipótesis hay un caso de legado *per damnationem* o *sinendi modo*, al cual recurre el testador cuando no puede o no quiere servirse del legado *per vindicationem* o *per praeceptionem*, que transfiere directamente la propiedad del causante al beneficiario. Se considera también, como ejemplo, aunque bastante controvertido, si el deudor puede en el testamento conceder una hipoteca destinada a tener eficacia en seguida que se abra la sucesión; pero nadie duda que el testador puede imponer al heredero la obligación de concederla.

4.^º *Obligación legal para contraer.*

Puede ser impuesta por la ley, entendiéndose lo mismo en su sentido material que formal, mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, oyendo el parecer del Consejo de Estado, y aun por Reglamentos autorizados o delegados.

5.^º *La obligación legal de contratar en los monopolios de derecho.*

Existe esta obligación legal, aun sin disposición legislativa, cuando se ha eliminado la concurrencia para las industrias que la harían posible; cuando normas jurídicas disciplinan el monopolio de determinadas industrias que tienden por las leyes ordinarias de la economía al régimen de monopolio.

Parece que Barassi se excede al afirmar que hay coacción en contraer para los médicos, farmacéuticos, abogados, etc., cuando se les limita la facultad de trabajo, al exigirles certificado de capacidad técnica, pues pasando revista a las leyes que regulan tales profesiones, se observará que sólo en casos determinados están obligados por la ley a prestar su trabajo; lo cual se explica porque se trata de personas que ejercen funciones públicas a título de ejercicio

privado. Dado el interés público de estas profesiones, estarán en un grado de dependencia respecto a la Administración Pública, la cual quiere que la función pública se cumpla bien.

Recientes doctrinas extranjeras excluyen de la coacción para contratar a los Monopolios, aun de derecho, a no ser que haya normas especiales legislativas. Así, Molitor distingue entre monopolios de derecho y de hecho, y dice que si se admitiese que toda norma de derecho que crea o reconoce un monopolio, impusiese la obligación de contratar, no podría negarse que se impondría también al monopolio de hecho, porque éstos reposan también en un derecho atribuido por la ley, el derecho de propiedad; en cambio, Nipperdey sostiene que no procede tal distinción de los efectos de la obligación.

Nosotros sostenemos que tal obligación a cargo del que desempeña un servicio público existe, goce o no goce el beneficiario de un monopolio. Y la razón es que la necesidad de satisfacer a los que solicitan la prestación del servicio depende de su naturaleza pública, no de que esté o no monopolizado.

A la obligación legal de contraer corresponde el derecho del público a la indemnización, el cual entra en la categoría de derechos públicos subjetivos, que puede ser entendido, como dice De Valles «como la facultad que pertenece a cada uno de participar en los servicios públicos en condición de igualdad con los demás y dentro de las condiciones y límites asignados por la ley y los reglamentos.

RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN LEGAL DE CONTRATAR

1.^º *Cuándo se perfecciona la obligación.*

Un sujeto de derecho al que la ley impone la obligación de contratar no quedará obligado: cuando falte cualquier elemento, esencial para su perfeccionamiento; cuando exista imposibilidad inicial de cumplimiento; cuando la pretensión del acreedor del futuro contrato supera los límites puestos por la ley.

Esta cuestión se estudia principalmente en relación a la obligación de las Empresas de transportes de poner a disposición del

público todos los medios a que les obliga la concesión, de modo que satisfagan las necesidades del público, aunque sean excepcionales.

2.^º *Sanciones por el incumplimiento.*

El obligado será condenado por el Juez al cumplimiento específico de la obligación; pero no puede ser extendida ésta a casos no previstos por la ley, por su condición de obligación de hacer infungible, que implica una declaración de voluntad, no siéndole, por lo tanto, aplicable el artículo 1.220 del Código civil, que dice: «Al no ser cumplida la obligación de hacer puede ser autorizado el acreedor a hacerla a expensas del deudor.»

El Juez condenará también al resarcimiento de daños, siendo ésta la solución aceptada por el proyecto italofrancés de las obligaciones, valorándose los daños de conformidad con el Código civil, a no ser que la ley determine otra cosa.

3.^º *El que infringe la obligación de contratar impuesta ¿incurre en responsabilidad contractual o extracontractual?*

Hagamos constar, ante todo, que el criterio de distinción entre estas dos especies es bastante controvertido. Sostenemos, con la doctrina predominante, que hay responsabilidad contractual cuando se viola una obligación existente entre las partes, cualquiera que sea su fuente, y extracontractual o aquiliana, cuando se viola una obligación preexistente genérica, el deber jurídico del *neminem laedere*.

Se admite, generalmente, por la doctrina y la jurisprudencia que la diferencia entre las dos responsabilidades estriba principalmente en la carga de la prueba. El que acciona por incumplimiento contractual debe probar la existencia de la obligación y su incumplimiento, incumbiendo al deudor probar que ha cumplido su obligación o que no la ha podido cumplir por caso fortuito o fuerza mayor. El que acciona por responsabilidad extracontractual debe probar el daño, el incumplimiento de la obligación general de *neminem laedere* y la culpa del deudor. También pueden diferenciarse por razón de las personas, por el delito o quasi delito colectivo, etc.

Recordada esta doctrina por *summa capita*, veamos ahora si la institución ha de regularse por los principios que rigen una u otra.

La cuestión ha sido examinada por la doctrina y la jurispru-

dencia principalmente referida a la materia de transportes. Según Scialoja, la coacción para contratar no se funda en una institución de relación obligatoria, sino en una norma que constituye, de un lado, un deber, al que corresponde un derecho subjetivo, por el otro ; la violación del deber constituye transgresión de una norma, y es fuente, por lo tanto, de un resarcimiento extracontractual. Puede superarse la objeción diciendo que existe una relación jurídica entre los interesados, al menos en los casos en que la norma jurídica, que impone la coacción, atribuya al perjudicado un verdadero y propio derecho subjetivo, que puede hacerse valer contra el obligado. Por lo tanto, se puede concluir que el incumplimiento de la obligación se regulará por los principios de las obligaciones contractuales.

LÍMITES DE LA COACCIÓN LEGAL PARA CONTRAER

1.^o *Obligación legal para contraer en las transferencias obligadas.*

No entra en el ánimo del autor la transferencia de un derecho de una persona a otra sin un acto de disposición del titular. Por eso no se estudia con el debido detenimiento la expropiación por utilidad pública, pues no se puede decir que se impone obligación de contratar cuando no tiene lugar una venta necesaria entre el expropiante y el expropiado, sino que éste sufre la expropiación, que acontece aun contra su voluntad ; ni de la adquisición por parte de una entidad pública de las instalaciones y del material móvil dedicados al funcionamiento de un servicio público en los casos en que la ley concede la facultad de rescate a la entidad pública que sustituye en la concesión a la industria privada, pues se trata sólo de un simple cambio de concesionario ; ni a la requisición de bienes materiales, a que se recurre cuando no se puede proveer a la necesidad mediante contratos de derecho privado, porque no se establece una relación contractual entre el particular y la Autoridad, sino que sufre las consecuencias de un acto administrativo, que emana de la Autoridad en el ejercicio de su poder de imperio, ni de la venta forzada de los bienes del deudor, por faltar una manifestación cualquiera de la voluntad del deudor dirigida a transferir la propiedad a otra persona.

2.^º Obligación legal de contratar y obligación a una prestación material.

No entran en nuestro propósito los casos en que un sujeto viene obligado por una norma jurídica a una prestación personal cuando el objeto de la obligación no es la conclusión de un contrato. Pongamos un ejemplo: la ley obliga a los Municipios a alojar a los militares, lo cual ejecutarán o con medios propios u obligando a los vecinos.

Molitor excluye la coacción legal aun en los casos en que el obligado está constreñido a estipular determinado contrato. ¿No es preferible ver en tal hipótesis una obligación de contratar y de ejecutar la prestación material? Así, las Empresas de transportes están obligadas a verificarlo en el caso de contrato, al que están obligadas por la ley, sin necesidad de declaración unilateral por parte del usuario.

3.^º Obligación para un sujeto de derecho de manifestar su voluntad respecto a una proposición de contrato.

No puede hablarse de la obligación de contraer cuando la ley impone a un sujeto la obligación expresada. Se pone como ejemplo el artículo 351 del Código de comercio, que obliga al comerciante que no quiere aceptar un encargo a manifestarlo al demandante inmediatamente; en el ejemplo falta la coacción directa, pues el sujeto es libre para aceptar o no la propuesta contractual; pero el silencio del comerciante constituirá violación de la obligación impuesta y le hará responsable del daño que haya producido con él.

No habrá tampoco coacción cuando el silencio del destinatario es un elemento que perfecciona el contrato, pues es libre de rehusar la propuesta, impidiendo la conclusión del contrato. No existe tampoco cuando la ley a determinados hechos atribuye determinadas consecuencias jurídicas, como si hubiese intervenido una declaración de voluntad, como en la tácita *reconductio*, pues el interesado puede evitarla dejando el fundo.

ESPECIFICACIÓN DE LOS CASOS EN QUE EXISTE OBLIGACIÓN DE CONTRATAR

A fin de hacer menos árida la materia se considerarán sólo los casos más importantes, dividiéndolos en dos grandes categorías,

según que con ellos el ordenamiento jurídico tienda a tutelar preferentemente un interés público o privado. La primera comprende los casos en que se concluyen normalmente los contratos, debiendo hacerse valer la coacción sólo como una válvula de seguridad. Es la más importante por referirse a los servicios públicos y profesiones u oficios de público interés. La segunda comprende los casos en que, sin la coacción, los particulares no contraerían normalmente o con las condiciones que requiere el interés público. Pertenece a ella los contratos de trabajo, compraventas, arrendamientos en períodos excepcionales, etc.

PRIMERA CATEGORÍA. OBLIGACIÓN LEGAL DE CONTRATAR A CARGO DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS

Las Empresas que desempeñan un servicio público, como las del gas, agua, etc., están obligadas a prestarlo a todos los que lo solicitan, con igualdad de trato, siendo responsables para con los usuarios de la violación culpable de la obligación de contraer, y para con la Autoridad, si se trata de un servicio público concedido a la industria privada. Aun sin disposición legal expresa se admite, generalmente, la obligación de contratar a causa de la naturaleza pública del servicio; por ejemplo: los almacenes generales.

OBLIGACIÓN DE PRESTAR SUS SERVICIOS ALGUNOS PROFESIONALES QUE EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS

Pondremos algún ejemplo interesante: En las profesiones sanitarias los médicos titulares tienen la obligación de prestar sus servicios a los que figuren en el padrón de pobres, y a los que no lo están, conforme a las tarifas, que serán establecidas por los Consejos sanitarios y aprobadas por el Prefecto. (Artículo 4.^º del Real decreto de 30 de Diciembre de 1923.)

Los médicos libres también están obligados en los casos previstos por el legislador, por ejemplo, para combatir la difusión de enfermedades infecciosas, cuando no se puede asegurar de otro

modo la asistencia medicoquirúrgica ; lo mismo sucede con los veterinarios y parteras ; no cabe duda que existe una obligación legal de contratar, siendo contractual la relación entre el médico y el enfermo que requiere sus servicios.

En las profesiones forenses vienen obligados Procuradores y Abogados, aunque no para casación ; Peritos e Intérpretes. Lo mismo sucede con los Notarios, Oficiales judiciales y Administradores judiciales.

OBLIGACIÓN LEGAL DE CONTRAER EN MATERIA DE SEGUROS

No se podrá hablar de esta obligación en los casos en que los derechos de los asegurados derivan directamente de la ley por el hecho de pertenecer a una categoría de personas protegidas por ella, por ejemplo, el seguro de maternidad.

Como ejemplo de coacción legal para contratar se cita el de seguro social obligatorio, en el cual los derechos de los asegurados dependen de un contrato de seguro, que viene estipulado a su favor con un Instituto, como sucede con los accidentes de obreros en los trabajos industriales, con el seguro obligatorio contra las enfermedades profesionales. En los casos de seguro obligatorio de carácter contractual, la ley indica cuál es el Instituto asegurador, obligándole a aceptar las propuestas contractuales.

Así, por una parte, los operarios dedicados a trabajos o empresas del Estado, provincia o municipio, etc., deberán ser asegurados en la Caja Nacional de Seguros, y ésta deberá aceptar todas las propuestas de seguros que se le presenten por las mencionadas Empresas. Si se retrasa el contrato de seguro por negligencia de la Caja y logra probarse, ésta queda obligada al resarcimiento de daños.

La Caja Nacional está también obligada a aceptar las propuestas de reaseguro que le sean presentadas conforme a las prescripciones legales (31 de Enero de 1904).

Existe también una obligación implícita legal para contraer en los casos en que es necesario un contrato para *invertir* los capitales dados del modo establecido por la Ley.

Aclaremos el concepto con algún ejemplo.

A. El artículo 13 del Real decreto de 29 de Abril de 1923 establece el modo en que deben ser *invertidas*, con prohibición de cualquier otro empleo, las reservas matemáticas y cualquier otra disponibilidad patrimonial del Instituto Nacional del Seguro, estableciéndose quiénes son los responsables colectiva y solidariamente por cualquier inversión o empleo de fondos hechos con derogación del artículo. Las demás Empresas nacionales y extranjeras de Seguros sobre la vida también poseerán un activo suficiente para cubrir las reservas matemáticas correspondientes, el cual estará vinculado a favor de la masa de los asegurados, que tienen sobre tal fondo un derecho de privilegio.

Estamos, por tanto, en el caso de garantías colectivas, que leyes especiales han instituido en favor de una masa de determinados acreedores, considerada como un todo, sobre bienes determinados, vigilando el cumplimiento de esta obligación el Ministerio de Corporaciones, el cual, una vez que hubiere observado deficiencia en el activo para cubrir las reservas, invitará a la Empresa a reintegrar la cantidad en el plazo de un mes, transcurrido el cual, si no lo ha verificado o no se ha justificado, disolverá la Empresa mediante Decreto.

B. Según el artículo 9.^º del Real decreto de 15 de Octubre de 1925, los Institutos aseguradores contra accidentes del trabajo en Agricultura deberán constituir la mitad, al menos, del fondo de reserva en Títulos del Estado o garantizados por el Estado. Los capitales de la Caja Nacional destinados a los seguros de invalidez y vejez serán empleados en los modos indicados en el Real decreto de 28 de Agosto de 1924. Igual obligación se impone a instituciones distintas del Seguro, como sucede con las de Beneficencia, que invertirán las sumas disponibles en títulos de la Deuda pública del Estado.

Otro ejemplo de la obligación de contraer lo constituye las Empresas nacionales y extranjeras dedicadas a seguros de vida, que están obligadas a ceder al Instituto Nacional de Seguros una cuota-parte de cada uno de los riesgos asumidos.

OBLIGACIÓN LEGAL DE CONTRAER EN PERÍODOS EXCEPCIONALES PARA
LA VIDA DEL ESTADO

Pocos son los Estados en que se impone esta obligación y ello sólo en período de guerra o postguerra; cuando resultan fallidas las tentativas contractuales con los particulares, se recurre a la expropiación, requisa, etc.; mas, pasadas las críticas circunstancias, se vuelve a la normalidad. Así ha sucedido en Italia; pero ha quedado subsistente alguna ley de excepción. Así el Decreto de 7 de Enero de 1923, en que se estatuye que si en un municipio hay escasez de habitaciones y abundancia de locales que se pueden destinar a habitaciones y están deshabitados por los altos precios exigidos, el Prefecto obligará a los propietarios a alquilarlos en el plazo de dos meses, y si no lo hicieren, podrá adjudicárselos el Prefecto a los más necesitados de habitación, según su juicio.

Artículo 41 del Código de Marina Mercante.

A fin de que se conserve la nacionalidad de las naves italianas dispone este artículo que los extranjeros no domiciliados ni residentes desde cinco años en Italia, que sean propietarios por cualquier título de más de la tercera parte de la propiedad de la nave, deben, en el plazo de un año, traspasar el exceso de ella a persona capaz de poseer naves italianas.

Los dueños de cinematógrafos deben servirse obligatoriamente de las películas del Instituto Nacional *Luce*, debiendo recogerlas a sus cuidados y expensas y según un precio de flete fijado por Decreto de 5 de Agosto de 1926.

SEGUNDA CATEGORÍA. SERVIDUMBRES CONVENCIONALES IMPUESTAS POR
LA LEY

Se comprenden en este estudio los casos de servidumbres legales que, aun derivando en abstracto de la Ley no pueden constituirse en concreto sino a consecuencia de convención o sentencia.

Como ejemplo, la doctrina y la jurisprudencia italiana consideran la limitación de la propiedad en el caso de servidumbre de paso necesario, del cual, una vez probada la necesidad, puede el pro-

pietario del fundo cerrado obligar al del vecino a contraer, esto es, a consentir en la constitución de la servidumbre ; lo mismo puede repetirse para las servidumbres de acueducto obligatorio.

Existe también la servidumbre predial de conducción eléctrica impuesta por la Ley. Hay escritores de opinión contraria. Algunos la consideran como legal y personal ; se opone a esta opinión la posibilidad perpetua de la carga y la consideración de que el derecho personal se limita respecto a una persona y a sus herederos, mientras que esta servidumbre es transmisible a cualquier sucesor, aun a título particular ; otros ven en ella una simple limitación legal de la propiedad, porque no puede considerarse como fundo dominante la fábrica donde se encuentra la estación de transformación de la energía eléctrica ; se puede superar la objeción considerando que en derecho italiano se admite servidumbre de fin industrial, como sucede con las de acueducto, cuando las aguas se utilizan sólo industrialmente. También merece la consideración de servidumbre análoga a la de conducciones eléctricas la de paso de funiculares aéreos.

Medianería coactiva.

Hay un caso de obligación legal para contraer, porque la comunidad del muro, aun derivando en abstracto de la Ley, no puede en concreto constituirse, sino a consecuencia de una convención o sentencia, pagando la mitad de todo su valor o la mitad del valor de la parte común o la mitad del valor del suelo sobre el que está construido el muro. La convención ha de hacerse por escrito, so pena de nulidad y ha de inscribirse para que se pueda oponer a terceros. Se adhiere también el autor a la teoría de Pothier sobre la cesión forzada del derecho de comunidad o de venta obligatoria de la comunidad, aunque no faltan autores como Gouillard, que ven en esta cuestión una servidumbre legal ; otros, como Ramponi, una expropiación por causa de utilidad pública, y llegan a la conclusión de que la propiedad se adquiere por voluntad unilateral, y otros, finalmente, como Planiol, una relación *sui generis* de naturaleza mixta, sujeta hoy a las reglas de la venta y de la expropiación.

Cauciones necesarias.

Estudiaremos también los casos en que se obliga a determinados sujetos de derecho a prestar caución. Las cauciones necesarias, que son de las que tratamos, unas son legales y otras judiciales, pudiendo ser personales (*fideiussione*) o reales, a no ser que expresas normas dispongan otra cosa. Así sucede, por ejemplo, con los administradores de Sociedades anónimas por la responsabilidad en que puedan suceder en su gestión respecto a la Sociedad o los terceros, los cuales deberán depositar acciones nominativas de la Sociedad en una cantidad establecida; los Sindicatos de Seguros mutuos, que deberán constituir para los accidentes de los operarios en la industria una cantidad en títulos emitidos o garantizados por el Estado.

Es difícil determinar la naturaleza jurídica de la relación cuando se refiere a bienes muebles, pues la expresión *caución* se usa por la Ley en sentido genérico. Unas veces las cauciones se imponen en garantía de un crédito, y si se transfiere al titular del crédito sólo la posesión del objeto, tenemos el contrato de pignoración en sentido técnico, siendo ésta la hipótesis normal para las cauciones en títulos a la orden, nominativos o al portador; se hace una excepción, cuando los títulos nominativos han sido emitidos por el Estado, pues en tal caso tenemos una hipoteca, que será preciso anotar en el Gran Libro de la Deuda pública, para que produzca sus efectos. Otras, se transfiere al asegurado la propiedad de la cosa, con la obligación de servirse de ella sólo para los fines de la garantía, de restituirla en caso de cumplimiento o de imputar su valor al propio crédito en caso de incumplimiento, y tendremos entonces un contrato innominado, o *sui géneris*, traslativo de la propiedad y constitutivo de garantía, al cual se le llama por la doctrina *pignus irregulare*.

La distinción entre el contrato de prenda regular e irregular es muy importante desde el punto de vista práctico. Cuando no se traslada la propiedad del objeto, los títulos podrán siempre ser reivindicados por el propietario, y si el que los ha recibido no puede entregarlos por haberlos enajenado, se le podrá obligar a recobrarlos, y si fuera imposible, se sustituirá la obligación con

un crédito en dinero ; además, los riesgos y ganancias corresponderán al propietario.

Si la caución se da a un tercero se tratará de depósito regular o irregular, según que el depositario venga obligado a restituir la cosa en su identidad o tenga la facultad de restituir el *tantundem*; en el primer caso, si el depositario pide la suspensión de pagos o que sea declarado en quiebra, el depositante es admitido a reivindicar los títulos, si existen en el activo, y si han sido enajenados y no recuperados, tendrá un crédito escriturario sujeto a las reducciones del concurso.

Hay otras cauciones necesarias que no dicen relación a la garantía de un crédito. Son ejemplos característicos : la caución judicial de buena conducta, que si no se presta, se sustituye por el Juez con la libertad vigilada ; la caución para la libertad provisional, la cual, si durante el curso del procedimiento, cesa o se disminuye, la Autoridad lo notifica al interesado, a fin de que en el plazo de diez días presente uno o más fiadores, con la advertencia de que si no lo hace será encarcelado.

Evidentemente, se hablará en esta hipótesis de depósito regular o irregular, según el objeto de la caución, antes que de la prenda.

¿Qué sucederá si el sujeto de derecho no presta la caución exigida por la Ley ? Las sanciones varían en cada caso. Limitándonos a las más interesantes, recordaremos que la admisión de una persona al ejercicio de una función y el nombramiento para cargos determinados están subordinados a prestación de fianza ; así sucede con los Agentes de cambio, que no pueden desempeñar su oficio sin haberla prestado ; en el seguro obligatorio de accidentes en la industria dejan de ser reconocidas las cajas privadas y los Síndicos de Seguros mutuos, cuando no se reintegra la caución dentro de un plazo determinado, si fué expropiada en todo o en parte para el pago de indemnizaciones. En algunos casos se imponen sanciones penales ; así sucede con el Administrador de una Sociedad anónima, que no preste caución dentro de los treinta días de su nombramiento.

Obligación legal al nuevo empleo del dinero obtenido en la enajenación de bienes muebles.

Se comprende en este estudio tal obligación legal, subrogándose la cosa al precio, según el principio *res succedit in locum pretii*. Se recurre a esta institución para evitar que el marido disipe la dote de la mujer, y que la dote se convierta de dote en especie en dote de cantidad, que pasa a la propiedad del marido, quedando a la mujer un simple derecho de crédito.

Si no se cumple la mencionada obligación, la mujer puede, aun durante el matrimonio, pedir la nulidad de la enajenación, accionar contra el marido por no haber cumplido la obligación impuesta por la Ley, pidiendo la restitución del precio pagado por el adquirente, además de la indemnización de daños, y accionar también contra el adquirente de los bienes dotales pidiéndole un nuevo pago por no haber vigilado el nuevo empleo del precio, que es condición para la validez del pago, y el adquirente, en caso de responsabilidad, no podrá pedir la nulidad de la enajenación, sino proceder contra el marido para la restitución del precio, que se le ha pagado sin justa causa, y el resarcimiento de daños si el marido no declaró en el contrato que la cosa era dotal, y aun proceder contra la mujer, pretendiendo el reembolso del precio o parte del precio en que se hubiere lucrado.

Otro ejemplo de nuevo empleo obligatorio tenemos en la disposición que obliga a la mujer que tiene sus bienes separados a emplear, con la autorización judicial, las sumas que recibió en pago de la dote.

Retrocesión en la expropiación por utilidad pública.

El artículo 6º de la Ley de 25 de Junio de 1865 sobre las expropiaciones por utilidad pública, dispone: «Después de la ejecución de una obra de pública utilidad, si algún fundo adquirido con tal fin no ha recibido en todo o en parte ese destino, los expropiados o sus causahabientes que tenían la propiedad de los bienes de que fueron expropiados, tienen derecho a obtener la

retrocesión.» En este caso no se trata de una resolución del contrato de propiedad, sino de una obligación *ex lege*, a cargo de los expropiantes, de hacer retroceder, mediante un nuevo contrato, a los antiguos propietarios, los inmuebles que no han sido ocupados con la ejecución de la obra de utilidad pública.

Dice Sebastini que no puede hablarse de reventa en el sentido técnico, porque el expropiante está obligado a hacer retroceder el inmueble a los antiguos propietarios cuando éstos quieran, faltando, por tanto, el elemento fundamental del contrato, esto es, la libre voluntad por parte del expropiante; mas se supera la objeción diciendo que no debe confundirse la existencia del consentimiento, elemento esencial para los contratos, con la espontaneidad del mismo; pues, como afirma Ascoli, si el contrato se reconoce como existente cuando la declaración de voluntad de uno de los contratantes fué fruto de una coacción ilegítima, con mayor razón debe reconocerse así cuando fué legítima, y el contrato no puede ser anulado, como ocurre en la primera hipótesis.

Derecho de conmutación en la sucesión de hijos naturales y del cónyuge sobreviviente.

Un ejemplo de la obligación legal de contratar se tiene en la que se impone al cónyuge y a los hijos legítimos, si quieren sustituir el usufructo, que corresponde a aquél, por una renta vitalicia u otro de los modos indicados en el artículo 819 del Código civil.

Santoro-Passerelli niega la contractualidad del acto de conmutación, porque le parece una contradicción al no ser espontáneo el consentimiento: prefiere ver en ello un acto *debido*, siguiendo la terminología de Cornelutti; no se excluye con ello la naturaleza contractual del acto de la conmutación, pues, según el mismo autor, existen negocios jurídicos contractuales, que son al mismo tiempo *actos debidos*, como, por ejemplo, un contrato definitivo a cuya formación se haya obligado uno en virtud del contrato preliminar.

Artículo 8.º de la Ley de 22 de Marzo de 1913 sobre las Farmacias.

Dispone que la autorización para el ejercicio de una Farmacia, que no sea de nueva institución, implica la obligación en el concesionario de comprar al titular anterior o a sus herederos las existencias que hubiera en ella, so pena de decaer en la concesión.

Obligación legal de contraer en los contratos del trabajo.

En los casos más interesantes la coacción es impuesta por la Ley en favor de los empleados del Estado o de otro ente público. El Estado se preocupa de la suerte de sus empleados, cuando concede a la industria privada un servicio público, que desempeñaba antes directamente, obligando al concesionario a tomar al personal que estaba adscrito al servicio, como ha acontecido al conceder las líneas telefónicas del Estado.

FEDERICO BRAVO LÓPEZ,

De la Dirección general de los Registros y del Notariado.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL

188. *Amigables componedores.* Sus facultades se hallan limitadas por la voluntad de las partes y deben interpretarse restrictivamente. Sentencia de 16 de Diciembre de 1931.

Un Agente de seguros, de una parte, y un asegurado, de otra, otorgaron escritura nombrando amigables componedores a tres señores con el fin de que dictaran sentencia en cuanto a procedencia o no de abono de indemnización por parte de las Compañías aseguradoras al asegurado, y después de los trámites de rigor, dictaron sentencia afirmando la obligación de pagar determinada cantidad.

Interpuesto recurso por haber resuelto la sentencia puntos no sometidos a su decisión, *el Supremo lo admite*, casando y anulando la sentencia dictada por los amigables componedores a partir de las palabras «abonar en consecuencia...», considerando que la constante jurisprudencia de este Tribunal tiene declarado que las facultades de los amigables componedores se hallan limitadas por la voluntad de las partes y no pueden extenderse a casos y cosas que no hayan sido sometidos expresa y terminantemente a su decisión en la escritura de compromiso, que es la única ley a que deben atenerse los arbitradores en el cumplimiento de su misión, habiendo establecido también que dichas facultades deben interpretarse con criterio restrictivo, por lo cual es inadecuada e improcedente cualquiera extralimitación. Y anotada por modo claro-

y preciso la misión confiada a los amigables componedores en la cláusula de estipulación correspondiente de la escritura de compromiso, que les ordena resolver sobre la siguiente cuestión, ¿están las Compañías aseguradoras en el caso de hacer efectivo el seguro convenido, o, por el contrario, carece el asegurado de derecho a indemnización? Es palmario que a este solo extremo debió de referirse el laudo, y al no hacerlo así, por cuanto después de fallar afirmativamente en el primer sentido añade que en consecuencia deben abonar al asegurado las cantidades que se fijan, se ha extralimitado, resolviendo sobre un punto no sometido a su decisión, cual es el fijar una indemnización sin que tal facultad se hubiera atribuido en la escritura de compromiso a los arbitradores.

189. *Falta de personalidad y falta de acción. La declaración de quiebra inhabilita al quebrado para la administración de sus bienes. Facultades del depositario-administrador.* Sentencia de 17 de Diciembre de 1931.

En ejecución de Sentencia la Sociedad T. embargó a la Sociedad J., entre otros bienes, un crédito de 725.000 pesetas que tenía a su favor, contra don R., el cual fué anunciado a subasta en 235.000 pesetas.

Antes de esa fecha se había declarado en quiebra la Sociedad J., estando sujeto a embargo el crédito referido. Después del embargo, hecho por la Sociedad T., el administrador-depositario de la quiebra formuló demanda contra esta Sociedad, y la J., alegando los perjuicios que el embargo ocasionaba a la masa de la quiebra, aumentados por la baja tasación del crédito, declarando el Juzgado, por auto, no haber lugar a revisar la demanda de tercera ni a la suspensión del trámite de apremio, fundándose en que el depositario-administrador actor obraba como representante legal de la quiebra de la Sociedad J.; pero como ella era también ejecutada, no se daban en la demanda los requisitos necesarios para la tercera.

Contra este auto el depositario interpuso recurso de reposición, interesando que por contrario imperio se reformara, en el sentido de admitir y tramitar la demanda, y que el defecto de personalidad invocado por el Juzgado debía resolverse en la Sentencia.

El Juzgado denegó el recurso de reposición ; pero la Territorial revocó este auto, ordenando admitir la tercería, dictándose providencia mandando tramitarla, lo que motivó recurso entablado por la Sociedad T., desestimado por auto, ordenando contestar la demanda ; pero esta Sociedad, en vez de contestar, formuló, por medio de demanda incidental, artículo de incontestación, con arreglo al artículo 535 de la Ley Rituaria, dictando el Juzgado Sentencia declarando no haber lugar a tramitar la tercería ; pero apelada esta Sentencia, la Territorial falló en el sentido de desestimar la demanda incidental en cuanto a la falta de acción ; pero la estimó respecto a la falta de personalidad en el depositario-administrador para proponer, en nombre de la Sociedad J., la demanda de tercería contra la Sociedad T. y, en su consecuencia, que no había lugar a tramitar dicha demanda.

Interpuesto recurso por infracción de ley, el Supremo *lo admite* y casa y anula la Sentencia recurrida, considerando que es doctrina constante de este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 533, que la falta de personalidad en el actor puede originarse en la carencia de las cualidades necesarias para comparecer en juicio o en no acreditar el carácter o representación con que reclama, sin que pueda confundirse con la falta de acción que afecta directamente al derecho que se pide, y como de fondo ha de resolverse en la Sentencia. La declaración de quiebra inhabilita al quebrado para la administración de sus bienes y para entablar pleitos reclamando derechos de su patrimonio, lo que sólo puede hacer la sindicatura, como representante del quebrado y sus acreedores, por no estar éstos facultados para hacer por sí reclamaciones particulares, según resolvió esta Sala en Sentencia de 5 de Febrero de 1908.

Establecida en el artículo 1.319 la aplicación, en lo que respecta a las quiebras, de lo dispuesto en la misma sobre los concursos, en cuanto no esté previsto en el Código de comercio y en aquélla, es inconcuso que le es aplicable lo mandado en el artículo 1.181, al disponer que el depositario-administrador tendrá la representación del concurso hasta que los síndicos tomen posesión del cargo, siendo inadmisible el abandono en que forzosamente habían quedado los pleitos pendientes y los derechos de la quiebra si no hubiera una legítima representación que pudiera ostent-

tar en juicio y fuera de él la personalidad de la masa de bienes, doctrina sentada en Sentencia de 19 de Abril de 1919.

190. *Partición de herencia. Convenio privado entre los herederos antes de la práctica de la partición. Omisión que motiva la adición a la división, sin necesidad de rescindir ésta.* Sentencia de 21 de diciembre de 1931.

Don V. falleció con testamento, en el que disponía, entre otros particulares, lo siguiente: deja a su hijo A. la planta baja, escalerilla y piso alto, ocupados por escuelas públicas; a A. y otro hijo F., por mitad, la casa ocupada por el otorgante, los altos que se sobreponen a la misma, la era y terrenos colindantes, y a su otro hijo V., la casa sita entre las dos anteriores. También deja a sus hijos A. y F., por mitad, quince hanegadas en Sueca, advirtiendo que si lo dejado antes rebasare el tercio de mejora, se consideraría comprendido en el tercio libre. En el remanente instituye herederos a todos sus hijos.

El Contador nombrado en testamento formalizó la partición, y en una de las bases hizo constar que las quince hanegadas eran propiedad de la viuda, por lo que no se comprendían en el inventario, renunciando la viuda a los gananciales y a la cuota vitalicia, siempre que los herederos admitiesen como de su propiedad la finca anterior. Se hizo constar que lo dejado al hijo A. era la totalidad de la casa, y que A. y F. renunciaban al legado de las quince hanegadas. Este cuaderno se protocolizó por el Contador y la viuda.

Antes de firmar estas operaciones, todos los herederos de don V. y la viuda formalizaron un contrato, por virtud del cual ésta hacía la división de sus bienes gananciales entre los hijos, reservándose el usufructo; declaró tener un campo de tres hanegadas, queriendo que una fuese para el hijo V., con obligación de abonar éste a los hermanos la parte correspondiente en dinero o tierra, comprometiéndose A. y F. a entregar 10.000 pesetas a los demás hijos no mejorados.

Con estos antecedentes, una de las hijas no mejoradas formuló demanda contra los demás herederos, la viuda y el Contador, porque éste, unas veces se había atenido al testamento y otras al documento privado anterior, con lo que la actora había resultado per-

judicada, porque no se habían incluido algunos bienes, como las quince hanegadas, y se renunciaba a unos gananciales que se distribuían en documento privado, por lo que pedía que se subsanasesen las omisiones y se incluyesen los bienes omitidos.

La viuda y el hijo V. se allanaron a la demanda, pero se opusieron el Contador y otros hijos, y el Juzgado declaró ajustada a derecho la partición realizada por el Contador, sentencia que confirmó la Audiencia de Valencia. El Supremo rechaza el recurso considerando que el Tribunal de instancia sobre la base de los hechos que aparecen probados en el litigio y para cuya resolución son fundamentales, declara que el Contador nombrado en testamento por el causante, hizo las particiones impugnadas con sujeción a lo dispuesto en el referido testamento, así como que en aquella sazón, el Contador desconocía el documento privado que suscribieron los interesados, incluso los recurrentes, a quien por cierto se concedió una mejora que no estaba en el testamento; que la viuda renunció primero al dominio y luego al usufructo de los gananciales, siendo cierto que ella adquirió con dinero propio la finca de quince hanegadas. Que, como consecuencia de lo expuesto, en la sentencia recurrida se declara que se halla ajustada a derecho la partición, que debe cumplirse el convenio y que la omisión observada en la partición debe subsanarse mediante escritura de adición a la división, sin necesidad de rescindir ésta; y como el Tribunal de instancia, no sólo no deja sin resolver ninguno de los extremos pedidos, ni otorga ni más ni menos que lo pedido por los litigantes, es manifiesto que no pueden ser estimados los motivos del recurso.

* * *

Voy a recoger algún extremo interesante que se desprende de la sentencia anterior. Debo advertir que no es de gran importancia, pero si puede ser de interés para los funcionarios que vengan a esta región, desde otras, donde los conceptos que analizo son completamente desconocidos.

Es de observar, en primer término, la defectuosa descripción de las fincas urbanas, existiendo en este punto una disparidad tan grande entre la descripción del centro de España y la de Valencia, que puede, en algún caso, inducir a confusión. La nomenclatura

en esta materia, a consecuencia de la excesiva subdivisión de las fincas urbanas, que en gran parte se venden por pisos (1), discrepa de la descripción que se hace en otros lugares, y de ahí que el testador aludiera en el testamento a una planta baja, escalerilla y piso alto. Esta confusión fué subsanada por el Contador, que interpretando el testamento (de acuerdo con lo que tiene establecida la jurisprudencia de la Dirección) (2), declaró que lo dejado era la totalidad de la casa. Así como en otros sitios se entiende por plantas los diferentes pisos de que consta un edificio, aquí, planta baja es todo cuarto a nivel del suelo, lo que corrientemente se denominan bajos; por eso en Valencia, si hay dos pisos a ese nivel del suelo se dice que la casa tiene dos plantas bajas (3). Las escaleras se mencionan muy frecuentemente en la titulación, porque en la generalidad de los casos, cada dueño de piso, o grupos de dueños, procuran tener la suya independiente, arrancando de diferentes portales, que aquí se llaman patios (4). Para distinguir la existencia de dos pisos en una planta, se dice que hay habitaciones encaradas, denominándose interiores no a los cuartos que en los diferentes pisos no tienen vistas a la calle, sino a lo que en otros lugares recibe el nombre de áticos o azoteas. Como se ve, las anteriores aclaraciones carecen, por su vulgaridad, de un gran interés jurídico, pero entendemos que pueden tener alguna utilidad práctica.

Otro punto interesante digno de ser tratado con alguna atención es el grandísimo interés que en la huerta se tiene a fin de respetar al cónyuge viudo el usufructo universal del caudal relicko. En la generalidad de los casos, los testadores, para no chocar con el sistema legitimario del Código civil, ofreciendo siempre una gran

(1) Ved, sobre esta materia, Alvares Cascos: *Revista de Derecho Privado*, número 180, 1928, pág. 267. J. González: *REVISTA CRÍTICA*, 1929, pág. 186 y siguientes.

(2) Entre la copiosa jurisprudencia que reconoce al contador la facultad de fijar la inteligencia de las cláusulas testamentarias pueden verse: Sentencia de 12 de Diciembre de 1906 y Resoluciones de 23 de Junio de 1910; 12 de Diciembre de 1912, 29 de Abril de 1913, 11 de Diciembre de 1929 y 23 de Julio de 1925.

(3) Siempre que tengan entrada independiente. Si sólo tienen acceso por el portal, se llaman entrepisos.

(4) Los patios reciben el nombre de deslunados.

resistencia y con gran desconfianza de que lo que el Notario les dice sea cierto, acuden al medio de rogar a sus hijos que respeten al supérstite dicho usufructo bajo pena de perder, quien no obedezca el deseo del testador, la parte correspondiente de los tercios de mejora y libre disposición. De desear es que al tiempo de acometer la reforma del Código civil, tenga entrada en nuestra legislación esta interesante institución de que hoy solamente disfrutan determinadas y privilegiadas regiones forales.

191. *Servidumbre de paso. Requisitos para adquirir por prescripción, antes del Código civil, las servidumbres discontinuas.*
Sentencia de 21 de Diciembre de 1931.

Una señora formuló, contra don J., demanda ejercitando acción real negatoria de servidumbre, por ser dueña de determinadas fincas, por las cuales, en tiempos, los antepasados de la actora concedieron graciosamente el paso a los dueños de otra finca, hoy propiedad de don J., y comoquiera que esta concesión era por pura amistad, una vez planteado un interdicto que la actora perdió, pedía que se declarase que sus fincas no estaban sujetas a servidumbre de paso a favor de la finca de don J.

El demandado alegó que adquirió la finca con todos sus usos y servidumbres, según constaba en la escritura, y que desde tiempo inmemorial los dueños de su finca utilizaban el paso, pidiendo por reconvención que se hiciese esta declaración. El Juzgado y la Audiencia declararon que sobre las fincas de la actora pesaba una servidumbre de paso de vehículos de tiro y carga a favor de la finca del demandado, e interpuesto recurso, el Supremo lo rechaza, considerando que, si bien en casación se pueden combatir los considerandos de la sentencia de que se recurre, cuando constituyen premisa obligada o antecedente necesario del fallo, ello no autoriza para atacarlos aisladamente, prescindiendo de los demás, que completan el razonamiento que sirvió de base a la parte dispositiva. Aplicando la doctrina anterior, es indudable que no puede prosperar el motivo que se funda, de modo exclusivo, en que la Sala sentenciadora infringió, por aplicación indebida, la ley 15, título XXXI de la Partida 3.^a, por cuanto que, lejos de ser así, al Tribunal *a quo*, no ignorando que antes de la vigencia del CÓ-

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

digo civil, para adquirir por prescripción las servidumbres discontinuas, no bastaba el tiempo ordinario, sino que se necesitaba la posesión inmemorial, o sea aquélla por espacio de tanto tiempo que no se pueden acordar «los homes cuanto ha que la comenzaron a usar», no solamente no se concretó a la afirmación en que se basa el recurrente, extremo incompleto de uno de los considerandos, sino que en otros, analizando los elementos que integran la servidumbre, derecho, uso y signo apparente, y la prueba practicada, estimó, en el ejercicio de sus soberanas facultades, la existencia de la misma desde tiempo inmemorial. Tampoco incurrió la Sala sentenciadora en los errores que se indican, porque sin desconocer el valor probatorio de los documentos públicos y privados, así como de la confesión en juicio, los tuvo en cuenta para formar su juicio, incluso una escritura de 1864, en que la finca aparece libre de cargas; una carta y la confesión en juicio de uno de los demandados.

CUESTIONES DE COMPETENCIA

192. *Pago de servicios.* Sentencia de 7 de Diciembre de 1931.

Han de abonarse en el lugar donde se prestaron.

193. *Negativa de la existencia de contrato.* Sentencia de 10 de Diciembre de 1931.

En tal caso es competente el Juzgado del domicilio del demandado.

194. *Acción personal.* Sentencia de 15 de Diciembre de 1931.

No existiendo prueba en materia de competencia, y tratándose del ejercicio de una acción personal, es competente el Juez del domicilio del demandado.

195. *Sumisión expresa.* Sentencia de 23 de Diciembre de 1931.

Requiere la renuncia clara del propio fuero y la precisa designación del Juez, al cual se someten las partes.

FIN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DEL AÑO 1931

I D 3 2

C I V I L

I. Acción reivindicatoria. Requisitos para que prospere. Sentencia de 8 de Febrero de 1932.

Una señora otorgó testamento en favor de sus hijos diciendo que no enumeraba los bienes por ser conocidos; pero declarando que todos, a excepción de una casa, los había adquirido por herencia de su padre.

En vida de la otorgante, vendió su marido una casa, y después, dos mitades indivisas de otras fincas, por documento privado, y pocos días más tarde la testadora vendió las otras dos mitades, reservándose el usufructo. Con tales antecedentes, una hija de la testadora formuló demanda contra el comprador de los bienes antes indicados, ejercitando acción reivindicatoria, basada en la falsedad y simulación de los contratos privados celebrados, puesto que su padre, marido de la testadora, no pudo vender lo que no era suyo, pidiendo se declarasen nulos, por simulados, los contratos celebrados y las inscripciones consiguientes del Registro de la Propiedad, quedando los bienes a disposición de los coherederos en la proporción correspondiente.

El Juzgado absolvió de la demanda; pero la Audiencia condenó al demandado a dejar a la libre disposición de sus dueños los bienes reivindicados.

El Supremo rechaza el recurso, considerando que en numerosas resoluciones de esta Sala se ha proclamado la doctrina de que para el feliz éxito de la acción reivindicatoria es preciso justificar la propiedad de los bienes reclamados, fundada en justo título de dominio o en su posesión continuada durante treinta años; la identidad de los mismos y que se dirija la acción contra quien los tenga o posea, y como acerca de estos dos requisitos no surgió discusión en el pleito, y la sentencia impugnada reconoce su concurrencia, en el caso de autos el recurrente, sin combatir las apreciaciones de la Sala sentenciadora, pretende demostrar la infracción del artículo 348 del Código civil y la del 1.068, por entender que no había concurrido en la testadora causante de la actora el pri-

mer requisito de los necesarios para el triunfo de la acción reivindicatoria. Siendo exacto que para el feliz éxito de dicha acción es necesaria la justificación del dominio de los bienes reclamados, no es menos cierto que no cabe confundir dicha necesidad probatoria con los hechos constitutivos de las probanzas, y puesto que la Audiencia estimó en la sentencia recurrida que, por el resultado de la prueba, se hallaba justificado que los bienes litigiosos, cuya identidad se reconoce, pertenecen en pleno dominio a los herederos de la testadora, por estimar probado que esta señora los poseyó como dueña más de cincuenta años, y la apreciación de esta prueba pertenece a la Sala sentenciadora, habrá de estarse a sus apreciaciones, de hecho determinantes de la procedencia de la acción promovida, por cuanto no se combaten en el recurso del modo determinado en el número 7 del artículo 1.692.

2. *Marca de fábrica. La protección de la propiedad industrial nace de la obtención del certificado, título de inscripción en el Registro de la Propiedad industrial. No procede la indemnización de perjuicios si no se prueba la existencia de los mismos.* Sentencia de 29 de Febrero de 1932.

Una Compañía inglesa de gramófonos formuló demanda contra otra española, alegando que dos marcas usadas para distinguir discos y aparatos por otra tercera Compañía, que transmitió sus derechos a la actora, y que ésta registró en varios países antes de 1914, venían siendo usadas indebidamente por la demandada, pidiendo la nulidad del Registro hecho y la consiguiente indemnización de perjuicios. La demandada opuso la preferencia de su derecho, registrado en 1913, pidiendo por reconvención la indemnización de perjuicios causados por la actora.

El Juzgado, en sentencia que confirmó la Audiencia, resolvió de acuerdo con la contestación a la demanda, dando lugar a la reconvención, y la Sala admite el recurso en cuanto a un motivo, casando y anulando la sentencia recurrida, en cuanto considerando que el Tribunal *a quo*, al pronunciar la sentencia recurrida, por la que se absuelve a los demandados, no infringió los artículos 32 de la ley de Propiedad industrial de 16 de Marzo de 1902, en relación con el 30 y los apartados e) y f) del 28 de la misma ley, así

como tampoco el artículo 50 del Reglamento para su ejecución, de 15 de Enero de 1924, pues al no dar lugar a la reivindicación de marcas solicitada, no infringe tales disposiciones, puesto que la Sala sentenciadora, afirmando como cuestión de hecho que el actor no registró ni en España ni en Berna las marcas, deduce de tal afirmación que los derechos que con arreglo a la ley nacen de la obtención del certificado, para que la propiedad de una marca resulte amparada por las disposiciones de dicha ley no pueden ser alegadas por los demandantes, por no haber obtenido y llenado tal requisito.

Tampoco infringe el Tribunal sentenciador el artículo 609 del Código civil ni el 1.955 del mismo Cuerpo legal, porque desde el momento que el artículo 30 de la ley reconoce que la propiedad de las marcas está equiparada a la de los bienes muebles y los modos de adquirir esta propiedad son los reconocidos por el Derecho civil, es manifiesto que, con arreglo a la ley, ha estimado el Tribunal *a quo* que la propiedad de las repetidas marcas ha podido ser adquirida por prescripción, conforme a los artículos 609 y 1.955, sin desconocer por ello lo dispuesto en el artículo 10 de dicho Cuerpo legal, ya que en el presente caso se trata de la adquisición por prescripción en España y por una Sociedad española. Si bien, con arreglo al artículo 50 del Reglamento de Propiedad industrial, el Registro no podrá mezclarse en las cuestiones de propiedad y dominio, que han de ventilarse siempre ante los Tribunales de justicia, no es posible desconocer que a la Administración corresponde entender, conforme al artículo 4 de la ley, de los expedientes de propiedad industrial, y, por tanto, estimada por la Sala la prescripción adquisitiva de las citadas marcas, y no teniendo que resolverse cuestión ninguna de posesión, cuantas cuestiones surjan con motivo de los expedientes incoados por los demandados, han de tramitarse conforme a la ley de Propiedad industrial. Y, por último, para que nazca la obligación de indemnizar, es preciso que se pruebe la existencia de los perjuicios, y que éstos fueron causados por el acto ejecutado u omitido, y como de los hechos declarados probados no se deducen tales perjuicios, es manifiesta la improcedencia de condenar a la Sociedad demandada al pago de los mismos por vía de reconvención, y, por tanto, debe ser estimado el recurso en cuanto a este motivo.

3. *Desahucio. La interrupción en el uso y disfrute de la cosa arrendada. La posesión de buena fe y la gestión de negocios. Indemnización de daños y perjuicios. Presunciones.* Sentencia de 20 de Febrero de 1932.

Don M., dueño de una casa, celebró un contrato con don J., dando a éste en arriendo las distintas habitaciones de que se componía el edificio, con arreglo a ciertas condiciones y precios, y habiendo fallecido don M., adquirió la finca el Sr. A., por compra hecha a los sucesores del finado, subrogándose en los derechos y obligaciones nacidos del contrato de arriendo entre el antiguo dueño y don J.

El nuevo dueño demandó de desahucio a don J. por falta de pago, obteniendo sentencia de acuerdo con la demanda y lanzando al demandado y a diferentes subarrendatarios. Con estos antecedentes, éstos interpusieron demanda contra el dueño y contra don J., por entender que ellos no eran subinquilinos, sino arrendatarios, pues la intervención de don J. fué siempre la de un verdadero administrador, pidiendo la nulidad de lo actuado, que se declarase que don J. era administrador y, además, reclamando toda clase de gastos, aumento de alquileres de los nuevos pisos, etc., etcétera.

Practicadas las pruebas, entre ellas una escritura de poder del primitivo poseedor a don J. para administrar y otro para desahuciar, el Juzgado dictó sentencia absolviendo de la demanda, pero la Audiencia revocó esta sentencia, concediendo cuanto los supuestos subinquilinos pedían. Interpuestos recursos, el Supremo no los admite: el de los inquilinos porque, al no acceder al pago de la diferencia entre lo que pagaban los actores y lo que abonaban sus sucesores en el arriendo, no hay incongruencia, porque a quo, al absolver al demandado en este extremo, lo hace con arreglo a derecho.

La Sala sentenciadora tampoco infringe los artículos 451, 466 y 1.888 del Código civil al negar la entrega de dicha diferencia, pues el recurrente hace nacer este derecho de haber sido interrumpido en el uso y disfrute de la cosa arrendada y el poseedor de buena fe hace suyos los frutos mientras no sea interrumpido legalmente en la posesión, y como el demandante lo fué en virtud de

lanzamiento, no existe a su favor tal derecho, sin que tampoco pueda sostenerse que hay gestión de negocios, la cual no puede nunca nacer de la usurpación alegada por los recurrentes arrendatarios de la casa de referencia; al condenar la Sala a indemnizar daños y perjuicios por las mudanzas hechas por los demandantes y no por otras causas, no infringe el artículo 1.107 del Código civil, pues la prueba de la existencia de los perjuicios corresponde estimarla al Tribunal *a quo*, y su apreciación corresponde al mismo, porque la existencia de perjuicios no es consecuencia forzosa del incumplimiento de una obligación.

En cuanto al recurso interpuesto por el señor A., el Tribunal sentenciador no infringió el artículo 1.252 del Código civil, pues por un conjunto de pruebas estima justificado que los demandantes en este pleito no eran subarrendatarios del recurrente señor A., sino arrendatarios directos por contratos celebrados con el dueño de la finca, y en su virtud, al afirmar la Sala sentenciadora que los efectos de la sentencia de desahucio dictada contra el señor A. no alcanzaba a los demandantes, no infringió dicho artículo 1.252, puesto que no hay la identidad necesaria y exigida por la ley entre el inquilino señor A., desahuciado, y los inquilinos demandantes a quienes se hizo extensiva la sentencia en el momento del lanzamiento, ni éstos eran causahabientes del desahuciado ni estaban unidos al mismo por vínculos de solidaridad, y deduciendo el Tribunal *a quo* que los demandantes no eran subarrendatarios del desahuciado de un conjunto de prueba, es manifiesto que tal apreciación no puede ser combatida desarticulando dicho conjunto, por lo que no puede admitirse el recurso.

ENRIQUE TAULET,

Notario de Valencia.

Advertencia.—Al final de la Sentencia número 186, referente a los derechos del marido en Mallorca y Cataluña, publicada en nuestro número anterior, se omitió consignar la siguiente nota:

«Sobre este cuestión debe consultarse el interesante y documentado trabajo del Notario Luis G. Pascual y Ruiz, «La institución de heredero distributario», en la *Revista de Derecho Privado*, tomo XVIII (año 1931), pág. 114.»