

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año VIII

Septiembre de 1932

Núm. 93

El depósito irregular y su apli- cación en Derecho mercantil ⁽¹⁾

(Historia y Derecho comparado)

b) Como sentencia que recoge la doctrina de las Partidas, hemos encontrado la de 30 de Abril de 1891, en que con motivo de una tercería de dominio y de mejor derecho, el Tribunal Supremo declaró: Que quien recibe mercaderías por cuenta de otro admite un depósito irregular, que le transmite el señorío de ellas, a tenor de lo dispuesto en la ley 2.^a, título III, Partida 5.^a, quedando, en cambio, obligado, según lo pactado en la correspondiente escritura, a devolver el depositante las mercaderías recibidas, o el valor señalado en el contrato a cada una de las que hubieran desaparecido del depósito, ya por haberse vendido mediante autorización del primitivo dueño, ya por otras causas imprevistas, sin exceptuar ninguna de tales causas, y a indemnizarle del menor valor que tuvieran las que devolviese con roturas o quebrantos, previa regulación de esta diferencia por peritos en defecto de acuerdo de los interesados.

c) Son sentencias del tercer grupo, esto es, de las que hacen decir al artículo 309 del Código de comercio lo que no dice, y equiparando ese artículo con el 1.768 del Código civil, decretan la conversión del depósito irregular en un mutuo, sin percibir la diferencia, ya apuntada, entre ambos preceptos, las dos siguientes:

(1) Véanse los números 86 a 92 de esta Revista.

El 27 de Marzo de 1901 y en la casación de una Sentencia sobre calificación de un juicio de quiebra declaró el Tribunal Supremo: Que no existe ley ni disposición alguna que autorice al mandatario para aplicar a usos propios los valores que en comisión, depósito o administración hubiere recibido del mandante, ni tal facultad se infiere, ni puede en modo alguno inferirse, del artículo 1.724 del Código civil, que establece la obligación de pagar intereses de las cantidades que haya aplicado a usos propios y de la que deba después de fallecido el mandato. Que según los artículos 1.767 y 1.768 del Código civil, y el 309 del Código de comercio, cesan los derechos y obligaciones del depositante y depositario solamente cuando éste hubiera sido autorizado para servirse de la cosa depositada, en cuyo caso se convierte el depósito en préstamo o comodato.

Y la del mismo Tribunal, de 20 de Enero de 1915, en que en casación de una Sentencia sobre reivindicación de acciones del Banco Nacional de San Carlos se declara: Que es condición tan esencial del contrato de depósito, tanto civil como comercial, la de que sea ajena la cosa depositada, que el depositario no puede servirse de la misma, a no ser con permiso o asentimiento del depositante, en cuyo caso se convierte el depósito en préstamo o comodato, o en el contrato que en su sustitución se hubiera celebrado, con arreglo al Código de comercio.

Merecen mención aparte, por su extraordinaria importancia, dada la novedad de sus puntos de vista, con respecto a la jurisprudencia anterior, ya examinada, las Sentencias que en la quiebra del Banco de Barcelona dictaron el Juzgado del Norte y la Audiencia de dicha ciudad sobre si los llamados cuentacorrentistas eran o no acreedores de dominio. Son dos Sentencias que representan criterios opuestos (1).

Las declaraciones fundamentales de la sentencia de primera instancia son dos: 1.^a Que el depósito irregular existe como figura independiente del mutuo; 2.^a Que en el depósito irregular el depositante no pierde la propiedad de las cosas depositadas, por

(1) Las dos Sentencias a que nos referimos aparecen transcritas en la obra del profesor G. Echávarri, *Comentarios al Código de comercio*, tomo III, páginas 44 y siguientes.

lo cual debe ser considerado de modo preferente a los simples acreedores personales:

a) La representación del Banco de Barcelona calificó de depósito irregular el depósito hecho por sus cuentacorrentistas, equiparándolo en sus efectos al contrato de préstamo, en cuanto permite al Banco depositario utilizar en sus propias operaciones el dinero depositado, con obligación de devolver al depositante una cantidad igual en especie y calidad. Sostenía, de conformidad con el concepto de depósito, el depositario, la tesis de la transmisión de propiedad a favor del Banco y la conversión del cuentacorrentista de acreedor de dominio en acreedor de cantidad.

En cambio, la representación del actor, o sea del depositante, estimaba inaceptable, en nuestro derecho vigente, la clasificación de los depósitos en regulares e irregulares, porque ni el Código de comercio, aplicable al caso de autos, ni el civil, que rige como supletorio, establecen aquella distinción. El Juzgado se declara a favor de la primera opinión: «Considerando que el depósito irregular, cualesquiera que sean sus analogías con el préstamo, no puede jurídicamente confundirse con éste, no sólo porque su simple denominación distingue lo suficientemente el uno del otro, sino porque, conocidos los efectos del depósito bancario, que exigen su restitución sin previo aviso del depositante, es materialmente imposible comprenderle en los efectos del préstamo mercantil, que, según el artículo 313 del Código de comercio, exige indispnsablemente para su devolución, cuando no existe plazo estipulado, el previo requerimiento notarial al deudor con treinta días de anticipación.»

b) Ahora bien: el Juzgado admite la figura del depósito irregular, pero no admite los efectos jurídicos de esta clase de depósito, con objeto de garantizar mejor el derecho de los depositantes. De aquí que niegue la transmisión de propiedad al depositario. Conforme a la doctrina del Juzgado, el depositario en esta clase de depósito puede, desde luego, sustituir por otros, en el momento de la restitución, los signos de dinero depositados, pero sin que esto signifique que se extingue la responsabilidad del depositario como tal. Según el Juzgado, esta opinión es la que está de acuerdo con la «teoría jurídica del depósito irregular», conforme a la cual se llama así el depósito de cosa fungible, especial-

mente dinero, que por su naturaleza permite su uso al depositario, en razón a que no se causa en tal caso perjuicio alguno al depositante, si en vez de los objetos depositados se le restituyen otros iguales en especie y calidad, ya que su derecho queda amparado por subsistir en todo lo demás las mismas disposiciones que en el depósito regular; teoría que quedaría destruida en sus fundamentos, si por el solo hecho de que los signos de dinero depositados puedan ser sustituidos por otros, en el momento de la restitución, se entendiera extinguida la responsabilidad del depositario y convertido éste en un simple deudor personal de cantidad.

Las razones que aduce el Juzgado en apoyo de esta interpretación pueden reducirse a las siguientes:

1.^a La facultad de librarse de talones, que compete al depositante, implica para el depositario la obligación de tener siempre fondos a disposición del cuentacorrentista, única forma posible de que los talones que éste libre contra el Banco sean, como establece el Código, «órdenes para retirar los fondos que tiene disponibles en poder del librado». Esta limitación legal, en la disponibilidad del dinero por el Banco, impide admitir—según el Juzgado—que los fondos depositados en una cuenta corriente a metálico pueda considerarlos el Banco como de su exclusiva pertenencia, en cuanto debe reducir el uso de dicho dinero a reglas de prudencia, que en ningún caso puedan lastimar el derecho del cuentacorrentista depositante, a retirar por su orden aquellos fondos que, según la ley, tiene a su disposición en poder del Banco depositario.

2.^a En segundo término alega el Juzgado, para negar el paso de propiedad con el depósito irregular, una razón de índole social y moral, al decir que, aparte las razones expuestas de orden legal, no responde a la función social y jurídica de los Bancos el hecho de que éstos puedan creerse autorizados para invertir indistintamente en sus operaciones sus capitales propios y los que reciben por motivo de confianza, pues aunque el objeto principal de aquella función consiste en la circulación del dinero inactivo, no puede estimarse cumplida cuando no obedece a fines lícitos y morales, y es evidente que si no se distinguieren los bienes propios de los ajenos para los efectos de su empleo, no sólo se produciría el abuso intolerable de establecerse casas de crédito con capitales reducidos, buscando el lucro de especulaciones pe-

ligrosas, con la previa captación del ahorro público, sino que se reconocería a los Bancos un privilegio extralegal, que dañaría en definitiva a su propio crédito, en cuanto se admitiese que sin otra norma que su exclusivo arbitrio, ni otra responsabilidad que la de un deudor ordinario, puedan comprometer en toda clase de empresas capitales que les fueron entregados con renuncia de todo lucro, precisamente para excluirlos de riesgos que puedan impedir a su dueño su constante disponibilidad.

Deduciendo las consecuencias de su interpretación del depósito irregular, el Juzgado considera comprendidos en el número 3.^a del artículo 909 del Código de comercio, referente a los bienes y efectos que el quebrado tuviese en depósito, los fondos recibidos por razón de un depósito bancario, aunque se aceptase para éste el concepto de depósito irregular, por no venir, en tal carácter, exceptuado por la citada disposición legal. Esto aparte de que dichos fondos deberían comprenderse, de todos modos, en el artículo 908 del Código de comercio, «en razón a no haberse transmitido en ningún momento».

La Audiencia Territorial revocó esta Sentencia, y dice entre otros extremos compendiados por «El Economista» (1), que los puntos a resolver en aquel litigio, de extraordinaria importancia social y jurídica, pero de términos claros y concretos, son: si la cuenta corriente sobre que versa es un contrato de depósito o de préstamo; si la propiedad de los fondos ingresados en cuenta corriente se transfiere al Banco, o si sigue conservándola el cuentacorrentista o imponente, y si, como consecuencia, el cuentacorrentista es un acreedor de dominio o un acreedor de cantidad.

Por lo pronto, según la Audiencia de Barcelona, hay que prescindir, por su carencia de fuerza obligatoria, del Derecho antiguo y de las opiniones de los tratadistas nacionales y extranjeros, debiendo limitarse la resolución a inspirarse en las disposiciones legales vigentes, si no ciertamente abundantes, de inexcusable observancia, y en las escasas resoluciones del Tribunal Supremo consagradas como fuentes de derecho.

En esquema, la Sentencia de la Audiencia de Barcelona viene a decir que el contrato de cuenta corriente en modo alguno puede

(1) G. de Echávarri, ob. cit., pág. 48.

ser un depósito ni regular ni menos aun irregular, estando esta figura excluida de nuestra legislación positiva; que realmente tampoco se trata de un auténtico préstamo, aunque tiene con él más analogía que con el depósito; y que, en consecuencia, se trata de un contrato «*sui generis*», es decir, del contrato pactado—en virtud del principio de la libertad de pactos formulado por el Código civil—por las partes, Banco y cuentacorrentistas, en la forma y en las condiciones con que lo encontramos formulado. Y esta forma y estas condiciones son las que hay que tomar en cuenta, sin que sea necesario buscarle denominación para que surta sus efectos jurídicos, ni menos encajarle a este mismo fin en cualquiera de los tipos ya definidos y regulados en nuestras leyes.

Fundamenta este criterio en los artículos 1.254 y 1.261 del Código civil, de los cuales el primero establece que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse respecto de otra u otras a dar alguna cosa o prestar algún servicio, y el segundo, que no hay contrato sino cuando ocurren los requisitos del consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato, y causa de la obligación que se establezca, y dice que, dados esos requisitos, exigidos para la existencia y validez de los contratos, no es preciso *que los contratos hayan de tener necesariamente un nombre* de los que figuren para denominarlos en nuestras leyes, ni que sus formas *hayan de encajar exactamente en los que se definen en los Códigos civil y mercantil*.

A esto añade que en los contratos, según el artículo 1.255 del Código civil, pueden establecerse los pactos, cláusulas y condiciones que los contratantes tengan por convenientes, sin más limitación de la de que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público, y que en el caso del pleito existía un contrato conocido con el nombre de cuenta corriente bancaria, moderna institución ya vulgarizada en el comercio, cuyo principal objeto no era otro que el de concentrar en los Bancos los capitales inactivos para destinarlos a operaciones de descuento y de préstamo y de empréstitos públicos y privados, beneficiando con ello los intereses generales del comercio y de la industria.

Después de esta definición descriptiva del contrato de cuenta corriente, fija sus caracteres en estos términos: uno de los contra-

tantes, denominado cuentacorrentista, entrega su dinero a un Banco para ir disponiendo de él según tenga necesidad, por medio de órdenes firmadas llamadas «talones» o «cheques»; *el Banco dispone de su dinero para sus operaciones, cuidando de tener siempre fondos disponibles para atender al pago de talones que se le presenten.* De estos claros términos del contrato nacen los derechos y obligaciones de los contratantes; la parte que impone su dinero en el Banco no contrae ninguna otra obligación, y sí el derecho de que sean atendidos los talones, entregando a él o a un tercero que designe, la cantidad que se diga hasta el importe del saldo que a su favor resulte, y la otra parte, o sea el Banco, contrae la obligación de atender inmediatamente los talones que se le presenten y la de cuidar de tener siempre fondos disponibles, y el derecho de disponer de los fondos que le impongan para sus préstamos y descuentos con la debida prudencia para la efectividad de las operaciones antes dichas.

Los expresados elementos son los que caracterizan, en opinión de la Sala sentenciadora, el contrato de cuenta corriente. Pero como por las partes se había planteado la cuestión de si el estipulado era un contrato de depósito o de préstamo, se cree en la necesidad de resolver en vista de las disposiciones legales reguladoras de tales contratos. Indudablemente no encaja en el contrato de depósito—dice la Sala—, porque con arreglo al artículo 1.758 del Código civil, éste se constituye desde que se recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla, y con arreglo al 1.767, el depositario no puede servirse de la cosa depositada, y en el presente caso la cosa no fué entregada para guardarla, sino para servirse de ella, y, por tanto, ni los términos del contrato pueden ser más distintos, ni más opuesta la intención de los contratantes; ello aparte de que el citado artículo 1.767 expresa que el depositario no puede servirse de la cosa depositada sin permiso expreso del depositante, y el artículo 1.768, que cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo. El artículo 309 del Código mercantil dispone que, siempre que con asentimiento del depositante dispusiere el depositario de las cosas que fueren objeto del depósito, ya para sí o sus negocios, ya para operaciones que aquél le encomendase, cesarán los derechos y

obligaciones propios del depositante y depositario y se observarán las reglas y disposiciones aplicables al préstamo mercantil, a la comisión o al contrato que en sustitución del depósito hubiesen celebrado. De todo lo cual deduce que el contrato de que se trata, ni por los términos que lo integran, ni por la intención de los contratantes, ha podido ser un depósito, y que de haberlo sido hubiera perdido su carácter para convertirse en préstamo.

En cuanto al préstamo, la Sala sentenciadora estimó que el contrato pactado ofrecía con él más analogía que con el de depósito, puesto que, según el artículo 1.740 del Código civil, por él, una de las partes entrega a otra dinero u otra cosa fungible, con la condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad; pero por las razones apuntadas, porque la esencia de los pactos difiere en uno y otro contrato, y porque la intención de los contratantes no fué el otorgar un contrato de préstamo, no puede considerarse como tal el que es objeto del litigio.

Pero el punto de derecho que constituía la cuestión más importante a resolver en el litigio era el de si la propiedad de los fondos ingresados en cuenta corriente se transfiere al Banco o sigue conservándola el cuentacorrentista. Con respecto a ella declaró la Sala que, proclamada la facultad del banquero de disponer de los fondos de la cuenta corriente bancaria, tanto por constituir ello la esencia de estos contratos, cuanto porque los artículos 180 y 182 del Código de comercio, al ordenar a los Bancos que conserven en metálico en sus cajas la cuarta parte del importe de las cuentas corrientes, los autorizan para que dispongan del resto, cuando y principalmente porque las partes litigantes están conformes con aquella facultad del banquero, aun con las limitaciones impuestas por los artículos citados, es de todo punto indispensable admitir *que se transfiere a su favor la propiedad de los fondos*, sin cuya transferencia carecería en absoluto de base legal la mencionada facultad, toda vez que para disponer de una cosa precisa antes ser propietario de ella; doctrina amparada por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 2 de Marzo de 1873, de 19 de Enero de 1873, de 26 de Noviembre de 1895 y de 21 de Diciembre de 1908, en una de las cuales se consigna que sólo en los depósitos de custodia pueden considerarse los depositantes acreedores de dominio respecto de la cosa objeto del depósito. Además, la manera de dis-

poner del dinero de la cuenta corriente el cuentacorrentista, es por medio de órdenes firmadas por él, llamadas talones o cheques, y éstos, según disponen los artículos 542 y 543 del Código de comercio, están equiparados a las letras de cambio en cuanto al ejercicio de las acciones que producen, que no son ciertamente las de un acreedor de dominio, y, finalmente, los artículos 908 y 909 del Código de comercio relacionan los bienes que estando en poder del quebrado no se le hubiese transferido la propiedad y se consideran de dominio ajeno, y en esa relación no sólo no incluyen los fondos de que se trata, sino que bajo el número 6, expresa el 900 los caudales remitidos fuera de cuenta corriente al quebrado: luego los remitidos dentro de la cuenta corriente son propiedad del quebrado (en este caso suspenso), y no del dominio ajeno.

Finalmente, declara la Sala que el último punto a resolver, es decir, el de si el cuentacorrentista es acreedor de dominio o de cantidad, es la consecuencia de las cuestiones precedentes ya tratadas, y, como tal, después de lo expuesto no puede estimarse en el acto el carácter de acreedor de dominio, por ninguno de los conceptos establecidos en los citados artículos 908 y 909 del Código de comercio, y si sólo el de acreedor de cantidad, sujeto a las consecuencias legales de la situación del Banco demandado.

Como se advierte, son completamente opuestas las conclusiones a que llegan el Juzgado del Norte, de Barcelona, y la Audiencia Territorial de la misma ciudad. Para el primero, el depositario de cosa fungible no pierde en ningún momento su propiedad sobre la cosa depositada; admitir lo contrario equivaldría a desvirtuar la facultad que tiene el depositante de retirar los fondos que tiene disponibles en poder del librado (según precepto terminante del Código de comercio); el hecho de que el depositario pueda restituir especies distintas de las recibidas, no dice nada en contra de la subsistencia de la propiedad en el deponente, el cual puede exigir al depositario la responsabilidad del obligado a custodiar. Por el contrario, la segunda Sentencia, negando la existencia del depósito irregular, afirma que la propiedad de las cosas depositadas pasa al depositario, quedando reducido el derecho del deponente a un simple derecho de crédito sobre cantidad determinada.

¿Cuál es de estas dos Sentencias la que mejor se acomoda a la doctrina sobre el depósito irregular?

A la primera debe ante todo objetarse que, una vez admitido que el depositario pueda disponer o usar de la cosa depositada devolviendo otras iguales, no puede decirse que subsiste la propiedad de esas cosas del lado del depositante. Por hábiles que sean los argumentos aducidos en apoyo de esta tesis, siempre resultará un contrasentido jurídico el que una persona tenga la propiedad de la cosa, y no está en situación de reivindicar esa misma cosa por la imposibilidad material de cumplir el primer requisito de la acción reivindicatoria, es, a saber, la perfecta identificación de la cosa que se reivindica. Sobre este punto de la insuperable dificultad de una *vindicatio nummorum* hemos de volver al comentar las disposiciones del Proyecto de reforma del Código español.

Más acertada es en este respecto de la transferencia de la propiedad la Sentencia de la Audiencia Territorial de Barcelona, bien que no sean aceptables en su totalidad los argumentos aducidos. Prescindiendo de la equiparación entre los talones o cheques del cuentacorrentista y la letra de cambio para deducir que las sanciones deducidas de ambas clases de documentos no son las de un acreedor de dominio, es menester apuntar la inoportunidad de la mención de los artículos 908 y 909 del Código de comercio, hecha con el propósito de demostrar que si los caudales remitidos fuera de cuenta corriente al quebrado se consideran como de dominio ajeno, se deduce a *sensu contrario* que los remitidos dentro de cuenta corriente son propiedad del quebrado (en nuestro caso depositario). Olvida la Sentencia que el Código de comercio, al hablar de cuenta corriente en el artículo 909, no se refiere en absoluto al depósito en cuenta corriente, sino a la cuenta corriente mercantil, como situación contractual que media entre comerciantes, cuyo contenido ordinario se concrete en la compensación mutua y en la entrega del saldo a plazo fijo.

Admitimos desde luego el razonamiento de la Audiencia dirigido a negar la equiparación del depósito en cuenta corriente con un contrato de préstamo, atendiendo principalmente a la intención de los contratantes y a la esencia misma de los pactos. No tan afortunados son, en cambio, los argumentos aducidos contra la configuración del depósito en cuenta corriente como un depósi-

to irregular. A este efecto, resulta desde luego inadecuada la invocación del artículo 1.768 del Código civil, condenatoria del depósito irregular, cuando existen preceptos específicos en el Código de comercio de imperiosa y primordial aplicación. Ciento que se cita el artículo 309 del Código mercantil, pero es para limitarse a transcribirlo, sin señalar la diferencia que implica su dicción comparada con la del 1.768: antes bien, parece como si se quisieran equiparar completamente ambos preceptos, al citarlos conjuntamente en apoyo de la misma tesis negativa del depósito irregular como contrato de depósito.

45. Ya hicimos resaltar, al estudiar el depósito irregular en nuestro vigente Código de comercio, que este Código concedía amplia libertad en la regulación de los depósitos verificados en Bancos, almacenes generales, Sociedades de crédito o cualesquiera Compañías, de suerte que, aun admitiendo una interpretación de los preceptos del Código desfavorable para la sustantividad del depósito irregular, esta figura podría siempre, como en efecto ocurre, manifestarse en la vida jurídicomercantil española al amparo de las disposiciones estatutarias que el Código de comercio invoca como regla primordial en los depósitos mercantiles. Son precisamente estas disposiciones estatutarias, circunscribiéndonos a las de los Bancos, las que vamos a examinar ahora para constatar esa vida práctica del depósito irregular.

Haremos sólo mención de los Estatutos y Reglamento del Banco de España, por ser este Banco el más importante y el único que tiene un carácter oficial en muchos aspectos.

En los citados Estatutos y Reglamento se reconoce y regula el depósito irregular en su forma de depósito de numerario, como específicamente distinto del depósito regular. Así, el artículo 6.^º de los Estatutos dice: Que las cajas del Banco autorizadas para ello podrán recibir en depósito: monedas de curso legal en la Nación o billetes del mismo Banco. Pero la naturaleza de depósito irregular que el Banco concede a esta clase de depósitos se reconoce mejor en el artículo siguiente, que regula las obligaciones del Banco en tales depósitos. La responsabilidad del Banco como depositario—dice el artículo 7.^º—consistirá en devolver la misma

cantidad en numerario nacional en equivalencia de los depósitos en metálico.

Tal redacción excluye toda otra hipótesis que no sea la del depósito irregular. Porque obsérvese que no se habla de la misma especie, en cuyo caso podría argumentarse la existencia de un depósito simplemente regular, como veremos al estudiar el Proyecto de reforma al libro II del vigente Código de comercio, sino de «la misma cantidad». Ahora bien, si la obligación del Banco queda circunscrita exclusivamente a devolver la misma cantidad, no hay duda que adquiere la propiedad de la suma depositada y que el depositante se convierte de acreedor de dominio en acreedor de cantidad, acreedor de *tantundem*.

Viene también a probar que todos los depósitos de la clase indicada que admite este Banco son auténticos depósitos irregulares y no mutuos, el hecho de que el reembolso se opera siempre a la presentación del resguardo acreditativo del depósito, y sin que se requiera aviso previo más o menos largo. Véase, en confirmación, lo que dispone el artículo 8.^º de los citados Estatutos acerca de la devolución: la devolución de los depósitos se hará previa la presentación de los resguardos que el Banco hubiere expedido, y el recibo en ellos, suscrito por la persona con derecho a retirar el depósito. Por tanto, la clasificación que nosotros hicimos, según se tratara de depósitos a vista o a corto preaviso, o depósitos a plazo fijo o a largo preaviso, como criterio distintivo para reputarlos depósitos irregulares o mutuos, es inaplicable a la regulación que el Banco de España hace de los depósitos.

Finalmente, son depósitos gratuitos y no producen interés.

En cambio, según los Estatutos del Banco de España, no tienen el carácter de depósito irregular los valores mobiliarios, sean nacionales o extranjeros, que las cajas del Banco pueden recibir también en depósito según el artículo 16. La responsabilidad del Banco en esta clase de depósitos consiste en devolver los mismos valores mobiliarios que hubiesen recibido (artículo 7.^º). Se trata, pues, de un depósito regular en el que la obligación de devolver *idem corrus* sólo se transforma en el caso de que las piezas depositadas hayan sido sustituidas por amortización, conversión o canje realizado por la entidad emisora (artículo 7.^º, § 3.^º). En esta reglamentación de los depósitos de títulos se diferencia el Banco de

España de la Banca catalana, en la cual, precisamente la posibilidad de devolver títulos distintos a los depositados (depósito irregular), ha producido desastres financieros de gran magnitud, que el Proyecto de reforma del Libro II del Código de comercio ha tenido presentes al establecer la prohibición terminante de la cuenta corriente de valores, siguiendo de esta suerte el modelo de los Estatutos del Banco de España.

46. Las disposiciones del nuevo Proyecto de reforma del libro II del Código de comercio ahorran el esfuerzo de interpretación que requieren los preceptos del Código de comercio vigente. En el Proyecto se reconoce por primera vez, explícitamente, la figura del depósito irregular, encauzándola con una reglamentación de carácter necesario (*jus cogens*), tendente a evitar los abusos denunciados en la práctica, y de los cuales fué expresión culminante el asunto en que se dictaron las dos Sentencias que hemos recogido en la última parte del número 44 de este trabajo.

«Se ha juzgado imprescindible—dice la exposición del Proyecto de reforma—ante el hecho ofrecido por la realidad de existir, ya con formas confusas, ya con tendencias malsanas, siempre de consecuencias perniciosas, el depósito irregular, desenvolverlo en formas claras, que, permitiendo a la libertad del pacto, constituirlo con la mayor ventaja y reciprocidad de intereses de las partes, impiden simulaciones peligrosas e inmorales, fuente de fraudes importantes y motivo de que se debilite el crédito, que es el alma del comercio. Al logro de tales propósitos se establece que el depósito irregular ha de ser precisamente de numerario, y nunca de valores y por tiempo indeterminado, con lo que se le diferencia del préstamo mutuo; exígetse en el depositario la condición de banquero y que el deponente conozca de antemano las garantías que el depositario afecte al cumplimiento de las obligaciones que le incumben en esta clase de depósitos y las haga constar en el resguardo. Merced a estas cortapisas el depositante queda a salvo de insolvencias culposas y fraudulentas, hallando la máxima seguridad en el reconocimiento a su favor de acreedor de dominio por el importe de la cantidad depositada, con relación a las garantías afectas por el depositario al cumplimiento de las obligaciones en esta especie de depósito.»

Veamos cómo se recogen estos principios en el articulado. Según el Proyecto, no es depósito irregular todo depósito de cosa fungible. Para que exista depósito irregular se requiere, conforme a su artículo 293, además de las circunstancias exigidas a todo depósito para que se repute mercantil: 1.º Una doble circunstancia objetiva: el depósito ha de ser precisamente de numerario y por tiempo indeterminado; 2.º Dos circunstancias subjetivas, referente la primera al hecho de que el depositario tenga la condición de banquero, y la segunda, al hecho de que el depositante conozca previamente las garantías especiales que el depositario afecta al cumplimiento de sus obligaciones. Estas garantías se harán constar en el resguardo; pero no resulta claro del número 3.º del artículo 293 quién es, si depositario o depositante, el que debe hacerlas constar. Parece que debe ser el primero.

En el párrafo final del propio artículo se insiste en la prohibición de que puedan ser los valores objeto de depósito irregular, con el fin de evitar los abusos a que estos depósitos de valores habían conducido.

El contenido obligacional, característico del depósito irregular, viene expresado en el artículo 302, § 2.º: «En el depósito irregular la devolución será de igual cantidad de numerario que la recibida con los intereses estipulados. 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 en depósito.»

Ahora bien: los requisitos que el artículo 293 impone al concepto del depósito irregular mercantil suscitan la siguiente cuestión: ¿basta con que el depósito sea de numerario para que se convierta en irregular, o es preciso un pacto expreso en cuya virtud se autorice al depositario para disponer de la cosa depositada? De la interpretación literal del artículo 293 parece deducirse que, en cuanto se cumplen las condiciones en él contenidas, el depósito se convierte en irregular, y que, por tanto, la devolución, sin necesidad de que las partes lo digan, «será de igual cantidad de numerario que la recibida» (artículo 302, § 2.º).

Esta conclusión es vivamente combatida por Coppa-Zuccari en su Monografía sobre el depósito irregular (1). Según él, esta

(1) Ob. cit., pág. 183.

doctrina arranca del paso de Alfeno, por nosotros examinado, y la cuestión se reduce a saber si la consignación o entrega por parte del depositante y la aceptación por parte del depositario de dinero no individualizado implica necesariamente en aquél la voluntad de transmitir y en éste la voluntad de adquirir la propiedad.

Para resolverla negativamente, aunque en relación sólo al depositante, basta observar que la numeración o recuento tiene, generalmente, sólo la finalidad de determinar, en el interés de ambas partes, la suma a que asciende la cantidad depositada, sin que pueda hablarse de intención de transmitir la propiedad. Así, si se entrega a una persona una cierta suma, determinando sólo numéricamente para que la guarde en su caja fuerte durante veinticuatro horas, o si a una persona notoriamente insolvente y agobiada de deudas, pero digna personalmente de toda confianza, se le entrega una cantidad de importancia para que la custodie, no se podrá, evidentemente, hablar de voluntad de transferir la propiedad en el deponente por el solo hecho de que fué entregada *neque clausa, neque obsignata, sed tantum adnumerata*. Si el depositario la pierde en el juego, el depositante podrá demandarle por violación de depósito; si un acreedor del depositario la embarga, el propietario puede reivindicarla. Estas y otras consecuencias análogas que podrían sacarse ponen de manifiesto la impráctica de la cuestión.

Téngase en cuenta, además, que la numeración del dinero se hace aun cuando la moneda depositada se haya individualizado convenientemente y considerado, por tanto, como infungible; porque si la individualización impide que monedas distintas sustituyan fraudulentamente a las entregadas, no es, en cambio, bastante a impedir que, por ejemplo, una parte de las individualizadas sea sustraída o robada. Todo ello demuestra que la numeración del dinero no es necesariamente, ni siempre, consecuencia de la voluntad del depositante de transferir la propiedad al depositario, y así tiene también lugar cuando la voluntad se manifiesta claramente en sentido contrario, lo que en definitiva excluye que el simple hecho de la numeración esté enderezado a tal transmisión.

Se necesita, pues, a más de la numeración del dinero, toda una serie de circunstancias coincidentes para que del hecho de la

misma pueda concluirse la existencia en el depositante de la voluntad de transferir la propiedad del dinero al depositario. Si a un Banco, el cual notoriamente no recibe más que depósitos abiertos, se hace entrega en depósito de una cierta suma, la argumentación que refutamos estará justificada; pero estará justificada por las circunstancias que acompañan a tal depósito y no por el simple hecho de la consignación de dinero no individualizado.

Pero aun cuando se quisiera ver en tal hecho una expresión tácita de la voluntad del depositante, enderezada a transmitir al depositario la voluntad del dinero, tal voluntad y tal declaración no bastan por sí solas. Es necesario que concurra también el consentimiento del depositario, dirigido a la adquisición de la propiedad, que por hipótesis le viene ofrecida; consentimiento que no puede presuponerse sino cuando resulte claramente de los hechos. Los escritores que hablan exclusivamente del depositante olvidan que el depositario puede tener mucho interés en rechazar la propiedad de la cosa depositada que le viene ofrecida, y que la propiedad no puede transferirse al depositario si éste no quiere adquirirla.

Claro que esta cuestión es más compleja de lo que parece a primera vista, porque, por otra parte, existe la imposibilidad material, en el caso de que no se hayan individualizado las monedas, de reclamar precisamente las mismas monedas depositadas. Es el argumento que más se hace valer por los contradictores de nuestra tesis.

JOAQUÍN GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE,

Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Central..

(Continuará.)

Comentario al artículo 87 del Reglamento

¿LOS DOCUMENTOS PRIVADOS, SON INSCRIBIBLES DE SUYO?

Apenas si habría transcurrido un mes desde la publicación de la ley de 21 de Abril de 1909, cuando, entre lo mucho y bueno que por entonces se escribió acerca de ella, vió la luz en la *Gaceta de Registradores y Notarios* un articulejo de ínfimo valor, por ser mío, pero que tuvo la suerte de dar motivo a que compañeros de más ciencia y de mejor ingenio rematasen el asunto no bien siquiera esbozado por mí, y aclarasen a la vez todas las oscuridades que se echaban de ver en el artículo 17 de la tal ley, o sea el que pasó a ser, y todavía es, con algún ligero retoque, el 20 de la ley Hipotecaria.

Haciendo caso omiso, pues no vale un comino, de lo que con tal ocasión salió de mi pobre santiscario, no carecería de interés ni de actualidad, a pesar de los veintitrés años transcurridos, reproducir lo que, atendiendo a mi llamamiento, escribieron con notable lucidez, D. Antonio Fernández Castañón, D. José Utrilla, D. Atilano Alonso y otros de tan buena inteligencia y de pluma no menos ágil; pero no es eso lo que ahora me propongo, sino afirmar como hecho cierto e importante que entre tantos puntos en que no llegamos a la conformidad, ha habido uno aceptado expresamente por todos o casi todos los contendientes.

Sostenía yo, e intenté demostrar en mi modesto trabajo de hace cerca de cinco lustros, que el documento *fehaciente* anterior a 1.^º de Enero de 1909, al cual, abreviando, y para que nos entendamos, llamaremos antiguo, sólo por eso, es decir, sólo por su fecha, y

siempre, por supuesto, que en él concurran las circunstancias esenciales de la adquisición, era inscribible en el Registro, aunque no venga a él en compañía de otro documento posterior a la indicada fecha, con el fin de eximir a este último del requisito, por regla general inexcusable, de la previa inscripción. El documento antiguo, entiéndase bien, antiguo con virtud legal bastante para eximir a otro nuevo del requisito de la previa inscripción, es inscribible por sí solo, y porque la ley lo quiere así, no necesita acomodarse al principio del trato sucesivo. El titular de un documento antiguo de esa clase puede exigir que se le inscriba y se le dé, mediante ciertos requisitos, y esperando el tiempo que marca la ley, efectos contra tercero.

Esta afirmación, dada por mí a la publicidad hace ya muchos años, iba impregnada de recelo y de desconfianza en el acierto: quise probar si entre los que se ocupan y entienden en esta materia suscitaba repulsas o merecía aprobaciones; pero hoy repito la afirmación sin titubeos y sin el menor asomo de temor a equivocarme, porque aquel globo de ensayo que, con no disimulada timidez, lancé al espacio, aterrizó felizmente en la Dirección general de los Registros (Resolución 30 de Diciembre de 1909, cinco meses después de mi discutido artículo), echó el ancla más tarde en el Reglamento hipotecario (párrafo primero, número primero, del artículo 87) y fondeó después definitivamente en la misma entraña de la ley, ya que mi modesta, pero audaz aserción, en cuanto estos conceptos sean compatibles, fué virtualmente incorporada a la ley Estévez, primero, y, por último, a la ley Feced, en las cuales, como novedad respecto a la ley del año 9, y no digamos nada a la ley primitiva y sus reformas, aparece la regla autorizando la inscripción de los documentos antiguos, aunque se presenten solos, sin que sea indispensable para su ingreso y permanencia en el Registro el venir en compañía de otros documentos a los cuales preste o de los cuales reciba apoyo.

La invención no es ciertamente para que nadie se engríea con ella, y si exhumándola de su merecido olvido la saco a colación, es porque la historia se repite, y ahora, aunque pudo y debió ser algunos años antes, hago remanecer la cuestión en términos no absolutamente iguales, pero sí mucho más semejantes de lo que a primera vista parece. El Reglamento de la ley Hipotecaria con-

sidera bastante para suplir la previa inscripción los documentos privados que reúnan ciertas circunstancias y se sometan a algunos requisitos. Se puede, por lo tanto, reproducir mi pregunta respecto a si esos documentos son inscribibles *per se*, como lo son los *fehacientes* a que aluden el artículo 20 de la ley y el 87 del Reglamento.

Suelto de nuevo las amarras de mi globo de ensayo y lo echo a la ventura lastrado con la contestación afirmativa y con los temores de no hacer un viaje de tanta suerte como el primero. He explorado antes la opinión de mis compañeros, y he podido ver que si no estoy en singularidad, pues en minoría lo estoy cierta y claramente, será porque los aun vivientes de mis distinguidos compilitones en la otra campaña, no querrán dejarme solo. Son buenos, pero son pocos; los que opinan en contra son legión, y son tan buenos como los otros. No puedo, a pesar de esto, dejar de creer que defiendo una buena causa.

Por vía de introito me conviene hacer algunas consideraciones respecto al vocablo *fehaciente*, porque a su alrededor han de girar algunos de mis razonamientos. Lo primero que diré es que no tiene mucha antigüedad en nuestra lengua castellana; si bien es cierto que ya se ve en los diccionarios modernos, es trabajo perdido el de buscarlo en el monumental, llamado de Autoridades, o en cualquiera otro anterior al siglo XIX. Su corta edad en el idioma corre parejas con su escasa e imprecisa significación, lo mismo en el lenguaje común que en el científico. Decir de un documento que es público, es decir algo absoluto, ya que, en cuanto a ser público, no cabe la idea de cantidad; no hay documentos más públicos y menos públicos; si son públicos, todos lo son del todo; tan público es el modesto certificado de la partida de nacimiento que expide un Juez municipal, o el recibo de la contribución firmado por el recaudador, como la escritura más solemne o la ejecutoria adornada de la máxima autoridad. Algo parecido ocurre al decir documento privado; al calificar de público o de privado un documento, referimos a ellos una característica fija, invariante y en cierto modo sustantiva, mientras que al calificarlo de *fehaciente* le atribuimos cualidades o excelencias sujetas al más y al menos que no implican nota distintiva entre unos y otros escritos probatorios. Para la técnica

jurídica y para las leyes españolas y no españolas, sólo existen los documentos comprendidos en la clasificación *membre de públicos y privados*. Eso de *documentos fehacientes*, locución que no he visto arriba de seis veces en las leyes y disposiciones oficiales, es producto de un descuido o del olvido momentáneo, pero con huellas duraderas, de que con decir tan sólo *documento fehaciente* no se dice absolutamente nada, por la sencilla razón de que ese adjetivo no sólo abarca mucho, sino que abarca todo lo que se puede llamar documento, de modo que no aprieta, no precisa, no determina nada. La tira de papel blanco o de color que nos acredita de locatarios de una butaca en el teatro; el pequeño rectángulo de cartón que nos da derecho a ser transportados de una estación de ferrocarril a otra; el billete de tranvía; la tarjeta respaldada o la carta de familia que nos constituye deudor o nos da medio de recuperar lo prestado, *tan fehacientes* son, cada uno para lo suyo, como la escritura otorgada ante Notario, o el traslado de una orden o decreto ministerial, o un título académico, o como cualquiera de los innumerables documentos auténticos expedidos por el Gobierno o sus funcionarios. Todos los documentos son *fehacientes*, poco o mucho, y si no lo fueran, no habría por qué llamarlos documentos; pero si bien todos los públicos son *fehacientes*, no se puede decir que todos los *fehacientes* sean públicos. De esta incontestable verdad, de esta incombustible afirmación se desprende una de dos cosas: o los autores de la ley Hipotecaria se durmieron como el bueno de Homero y dejaron pasar unas palabras sin sentido, o quisieron, con perfecto conocimiento de lo que hacían, igualar, para los casos de que estamos tratando, los documentos públicos y los privados, siempre que unos y otros, pues en ambas clases los hay perfectos e imperfectos, fueran *fehacientes*, esto es, que hicieran fe en juicio, que es lo que les caracteriza, según el diccionario de la Academia, única autoridad que podemos consultar, ya que ni las leyes ni los autores de Derecho nos dicen una palabra de esto. La falange de compañeros que tenemos enfrente no intentará, ni podría demostrar, que el legislador, con la denominación de *fehacientes*, ha querido decir lo mismo que si dijese públicos, ni que en esa denominación no ha querido incluir también los documentos privados.

Pues bien : tal oscuridad, que nadie podría esclarecer con garantías de acierto, ha hecho preciso que el Reglamento, cumpliendo la misión propia de las disposiciones de su naturaleza, diera una explicación de la frase vacua, pero desorientadora, atravesada en el texto del artículo 20 de la ley.

El 87 del Reglamento dispone que podrán inscribirse sin precisa inscripción :

1.º Los documentos públicos anteriores a 1909 (hoy a 1932).

2.º Los otorgados después, si el transmitente justifica con documentos fehacientes la adquisición anterior a la indicada fecha.

3.º Para la cuestión de que tratamos es igual al segundo.

«Para los efectos de los números segundo y tercero (ahora copio literalmente, no extracto), la frase *documentos fehacientes* comprende no sólo los documentos incluídos en el artículo 3.º de la ley, sino los que, según el 1.227 del Código civil, hagan prueba contra tercero en cuanto a una fecha anterior a la indicada.»

Mis adversarios en esta lucha incruenta, que, por lo demás, son amigos queridísimos, apoyándose en este segundo párrafo del artículo 87, no creen, como yo creo, que tales documentos privados, a los cuales se les declara la categoría de *fehacientes*, sean inscribibles por sí solos porque el Reglamento los eleva de condición para el efecto de servir de rodriques a otros documentos de superior rango ; pero no para que, utilizando en provecho propio, esa fuerza, esa autoridad, esa virtud que se les reconoce, se inscriban ellos solos.

Debe presumirse que las leyes y reglamentos están concebidos sin palabras sobrantes, pero sin que falte una sola palabra, para que sea perfecta la expresión de la mente del legislador. Al decir el párrafo segundo del artículo 87 que para los efectos de los números segundo y tercero del mismo artículo se consideren fehacientes ciertos documentos privados, no significa que la eficacia de tales documentos se limite a servir de *carabina*, y perdonese el vulgar neologismo, a documentos de tan poco fuste y de tan exigua entidad, que sin la desgraciada dama de compañía no puedan traspasar los umbrales del Registro. Si, contra toda razón y toda lógica, hubiera querido el Reglamento declarar eso, lo habría dicho en forma adecuada, valiéndose de una de estas locuciones o de otra equivalente : *para el solo efecto* ; *nada más*

que para el efecto, únicamente para el efecto. Lo que el Reglamento se propuso en este punto fué equiparar, para los efectos de eximirlos de la previa inscripción, los documentos privados de fecha antigua a los públicos y auténticos del artículo 3.^º de la ley.

En el último párrafo del que estamos comentando del Reglamento, se leen estas palabras: «las inscripciones practicadas *en virtud* de documentos privados, comprendidos en los números 2.^º y 3.^º se pondrán en conocimiento de todos los que pudieran estar interesados en ellas, por medio de solicitud...» Ahora bien: la expresión *en virtud de* se entiende, cuando no se dice claramente otra cosa, que significa la virtud inmediata o próxima, y no la mediata o lejana. Se dice: *en virtud de* testamento o de declaración de herederos, se inscribe la herencia, y una compra se inscribe *en virtud* de escritura de compraventa, y no se dice ni se entiende que el heredero inscribe *en virtud* de los títulos que acreditan de dueño al causante, ni que el comprador inscribe *en virtud* de la información posesoria que acaso necesitó hacer el vendedor. Parece, por consiguiente, que el Reglamento da por supuesta la autoinscripción de los documentos privados.

No debo continuar con esta clase de argumentos, que tal vez mis contendores, si me sale alguno, califiquen de fuegos artificiales. Poco luminosos son y bien me pesa a mí de ello, pero quiero que no se eche de menos la indefectible bomba final, y a tal efecto, sin quitar ni añadir una tilde, subrayando lo que en el original está en bastardilla y poniendo en versalitas lo que yo considero decisivo en esta cuestión, copiaré un párrafo de la Exposición que en las ediciones oficiales precede al Reglamento hipotecario. Dce así: «La interpretación que el artículo 87 da a la frase (*documentos fehacientes*), si bien extiende los términos del artículo 1.227 del Código civil en forma que a primera vista pudiera parecer demasiado amplia, encuentra su principal fundamento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en las facilidades que ofrecerá para que los documentos privados, *evidentemente anteriores a 1909, INGRESEN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.*»

En este párrafo se reconoce la necesidad, a que antes habíamos aludido, de interpretar la frase «documentos fehacientes», y se afir-

ma que el artículo 1.227 del Código civil ofrecerá facilidades para que los documentos privados antiguos ingresen en el Registro.

Ingresar equivale a entrar, pero no a acompañar a otro y volverse desde la puerta. Ingresar es entrar y permanecer en un paraje. Ingresan en el Registro el contenido de las informaciones poseedorías o de dominio, el de las escrituras, el de las ejecutorias y el de los documentos auténticos expedidos por la autoridad judicial, o por el Gobierno o sus Agentes, pero no ingresan, si se habla con propiedad, aunque se tengan presentes, los poderes, los certificados de últimas voluntades, los del Registro civil, los del Catastro, ni las instancias que frecuentemente se presentan en nuestras oficinas.

Aunque las palabras copiadas en versalitas no necesitan más explicación ni tampoco es preciso desentrañar nada en el claro sentido de todo el párrafo, permítaseme hacer notar que esas facilidades que explican o cohonestan la tal vez excesiva extensión del artículo 1.227 del Código civil; esas facilidades no son para que los documentos públicos se inscriban, sino para franquear el paso al Registro a los documentos privados de fecha indudablemente antigua. *Tolle et lege*, y con esto es bastante.

La fuerza de lo que llaman en Francia *parti pris*, de la cual no me atrevo a considerarme yo mismo del todo libre, puede llevar a los compañeros que disienten de mi opinión a no estimar valor alguno en las consideraciones con que intento defenderla, pero no podrán negar que los documentos privados de fecha antigua cierta, equivalen a los públicos para el efecto de eximir a otros de la previa inscripción, y concedido eso, como no se puede menos de conceder, dejo a la Dirección general de los Registros el trabajo de explicar las lógicas y racionales consecuencias que de esa igualación se siguen. Lo hará más claramente que yo lo haría, y por de contado con muchísima más autoridad. El párrafo entrecerrado que copio a continuación, es el quinto considerando de la Resolución de 30 de Diciembre de 1909 :

«Considerando : Que ha de admitirse igualmente que si los documentos fehacientes anteriores a primero de Enero del corriente año, pueden servir de base para la inscripción de los otorgados con posterioridad, pueden también por sí solos tener acceso a los libros del Registro, o lo que es lo mismo, que los documentos rela-

»tivos al dominio de inmuebles o derechos reales otorgados con anterioridad a la expresada fecha son también inscribibles a favor del »que esté facultado para transferir, aunque éste no transfiera dicho »dominio, pues no hay razón para hacer depender su inscripción »del hecho de que los inmuebles o derechos reales a que los mismos se refieran, sean objeto de transmisión o gravamen efectuados »con posterioridad a aquella fecha, toda vez que esta circunstancia »accidental no puede determinar por sí sola la concesión de tal derecho, sino que el motivo originario del mismo, o sea el establecer »un punto de partida en el Registro al propietario cuyos títulos no »han podido tener ingreso en el mismo por falta de previa inscripción, existe tanto en uno como en otro caso..»

Si hubiera de subrayar o de poner en letra bastardilla todo lo que en ese considerando hay de importante, de suesorio, de decisivo en favor de mi opinión, convertiría en difícil e incómoda la lectura de un texto tan claro. Algo se me ocurre que reforzaría las razones alegadas en él; pero hago gracia de todo ello al lector, no sea que al verme apuntalarla demasiado, llegue a creer que no estoy muy firme en mi opinión. No obstante, permítaseme recordar, o si se quiere, repetir, que, acerca del punto en cuestión, los documentos públicos y los no públicos, siendo de fecha cierta, están igualados *para los efectos* de los consabidos números segundo y tercero, lo cual es algo distinto, muy distinto, nótense bien, de decir «sólo para los efectos», como se empeñan en afirmar, incurriendo visiblemente en una petición de principio, pues dan como cierto lo que se trata de demostrar, los que, sin ánimo alguno de causarme molestia, me califican de hereje. Sostengan en buen hora su tesis; pero válganse de otra defensa menos deleznable que la fundada en las palabras «*para los efectos de los números segundo y tercero*», etc., escritas en el artículo 87, las cuales no pueden sustituirse, con ventaja, por otras, pues constituyen la fórmula de máxima claridad y perfección posibles, ante la necesidad de no extender esos efectos a los documentos del número primero del mismo artículo, que, por referirse a documentos públicos, no requería explicación alguna, y si se hiciese, sería una redundancia perturbadora e imperdonable. Quiero indicar con esto que al párrafo segundo del artículo 87 le estaba vedado decir «para los efectos del párrafo anterior»; le

era forzoso dejar entender que la novedad que iba a introducirse no rezaba, por innecesaria, con los documentos del número primero, y entonces excogitó la expresión acertadísima que mis adversarios consideran limitativa, cuando realmente es sólo enunciativa, porque no lleva aparejadas las palabras *exclusivamente*, *únicamente* u otra de igual alcance y significación. Pruebe el lector que no comparta mi parecer, pruebe a redactar el número segundo del artículo 87 como mejor le parezca y con el pie forzado de no referirse para nada al número primero, porque en las leyes lo que sobra daña, y verá si es cosa fácil y hacedera decir en otros términos lo mismo que nosotros sostenemos que dice. Sustituiría una frase concisa y usual por largos circunloquios, severamente proscritos en la literatura de las leyes, y no habría logrado poner las cosas tan corrientes y molientes como están ahora.

Lo que tal vez no estará tan claro como yo quisiera es lo que acabo de escribir y mucho de lo que le precede. Cúlpese a mi inhabilidad y a la consideración de que me dirijo a personas que saben más que yo de esta materia, y, como *intelligenti pauca*, he huído de amplificaciones, que, cuando no son necesarias, perjudican.

Con la demostración apagógica, o sea la que se hace presentando los absurdos y sinrazones consecuencia de la opinión contraria a la que sostenemos, haríamos mayor la abrumadora longitud de este artículo; pero séame permitido señalar como muestra una de las muchas anomalías que saltan a la vista desde largo.

En el orden natural de las cosas puede haber cimiento sin edificio encima, pero no puede haber edificio sin cimiento, más o menos sólido, debajo; puede haber un primero y único eslabón de cadena, sin segundo y posteriores; pero no puede haber un segundo eslabón sin que le preceda el primero; nadie da lo que tiene; nadie puede transmitir lo que no posee. Por estas razones, los que no participan de mi parecer en el punto objeto de este trabajo se ven forzados a reconocer que quien no puede comprar, ni recibir en pago, ni tomar en permuto con efectos hipotecarios, puesto que si hizo su adquisición mediante documento privado, le será inasequible la inscripción, podrá, no obstante, vender, per-

mutar o dar en pago la misma cosa con plenos efectos hipotecarios a favor del adquirente. *Risum teneatis?*

Con los documentos privados antiguos, cuando se utilizan para servir de apoyo a documentos públicos modernos, quienes no opinan como nosotros toparán una particularidad notable, por no llamarle círculo vicioso, sin solución posible, si no es la que nosotros proponemos. El documento nuevo no puede despacharse sin la ayuda del antiguo, y el antiguo nada vale que se parezca a efectos hipotecarios, si no es en relación o como auxiliar del nuevo. Los dos se necesitan recíprocamente, y, por tanto, ninguno de ellos puede, hipotéticamente hablando, invocar preferencia sobre el otro. Desde nuestro punto de vista no se da ese conflicto, porque resueltamente damos al documento antiguo un valor sustancial, del cual el documento público moderno no inscrito carece. La fecha del uno está antes, y la del otro, después del tope marcado por la ley para separar los autoinscribibles de los que necesitan la previa inscripción de otro documento.

Esta vital importancia que pretendemos para el documento antiguo no se merma por la ausencia de la fe pública; todo nuestro respeto, toda nuestra estima para esta institución; pero, no obstante la competencia, el celo y la probidad de los Notarios, se pueden consignar en sus escrituras, sin saberlo ellos, por supuesto, las mismas inexactitudes, de buena fe o fraudulentas, que se pueden intentar y perpetrar en un documento privado; el Notario da fe de que los contratantes dicen esto o aquello; hasta ahí la verdad indudable; pero ni él ni nadie puede siempre responder de la que se contenga en las manifestaciones de las partes. Si, por ejemplo, algún desaprensivo, fundado en la certeza de que la ley Fedec iba a adelantar la fecha del tope, tuviera la avilantez de vender una finca ajena no inscrita a nombre de nadie, lo cual es posible, salvando el Notario su responsabilidad, no sería más grave la estafa cometida mediante un documento público que llevada a cabo por un papel cualquiera ante testigos o sin testigos. La verdad o la ausencia de verdad sería la misma en todo caso. No se ve, pues, la razón para que la escritura, siendo antigua, se despache por sí sola, y para que el documento sin fe notarial sea rechazado, si es que reúne las circunstancias esenciales de la comprobantía, o del acto que constituya su objeto, siempre, por su-

puesto, que se trate de actos para los cuales la escritura pública no sea una solemnidad indispensable.

No sé por qué algunos compañeros rasgan sus vestiduras al oírme defender la autoinscripción de los dos documentos privados objeto de este artículo. Tengan en cuenta que esa virtualidad no se les concede a todos, y que a ninguno se le da de balde. Es preciso que reúnan las circunstancias esenciales, que contengan actos en los cuales la escritura pública sea prueba y no solemnidad, que evidentemente sea de fecha anterior al tope legal, que hayan cumplido con la Hacienda o que lleven a su pie la nota de la Oficina Liquidadora y, por último, que la inscripción que *en su virtud* se haga, cuyos efectos contra tercero no empezarán hasta los dos años, se pongan en conocimiento de las personas que puedan estar interesadas, por medio de dobles edictos, que se fijarán en los sitios de costumbre y se insertarán en el *Boletín Oficial* de la provincia.

Lo que afirmo y lo que presumo, lo presumo y afirmo con sinceridad de buena ley; pero tanta es la desconfianza que he tenido siempre de mis propios juicios, y tales son el número y la calidad de los compañeros de la línea de enfrente, entre los cuales hay más de uno cuyo saber y perspicacia me merece verdadero respeto, que me asaltan temores de que en esta larga e inamena lucubración no haya sino mucha buena voluntad y no poco de chuchería, que, desgraciadamente, nadie podrá calificar de prematura.

Es muy probable que no consiga cambiar en redondo de opinión, o sea pasarle del no al sí, a ninguno de los Registradores que esto lean; pero no considero imposible haber llevado la duda al ánimo de alguno que, como yo, no escrupulice en pequeñeces; y a ese le exhorto que, para salir del equilibrio inestable, o haga una consulta oficial o resuelva la cuestión por sí mismo en sentido favorable a la inscripción: no será la primera brecha que se abra en la muralla de la Ley, pues ya hace mucho tiempo que los documentos privados entran en el Registro, y al legalizar muchas adquisiciones lícitas y verdaderas, que están fuera de él, ganaría mucho el público y los Registradores no irían perdiendo nada.

Digo no irían, en vez de no iríamos, porque mis días han pasado ya. Sobran dedos en una mano para contar los meses que

me quedan de carrera. Me despiden de ella mis muchos años y una ley piadosa, justa y sabia, que acato agradecido, respetuoso y resignado. El hondo sentimiento que, no obstante esto, me produce el separarme de vosotros, compañeros que habéis sido siempre buenos para mí, no poco se aminoraría si este articulejo fuera ocasión, como el otro de hace veintitrés años, para que mediante consulta al Centro directivo, o sin ella, se adoptase en vuestras oficinas la práctica que he intentado defender. Sería un recuerdo que el que se va tendría mucho gusto en legar a los que se quedan.

FÉLIX A. CASCOS,

Registrador de la Propiedad.

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

Corresponsales 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.

La depreciación monetaria y sus efectos jurídicos

III

LAS TEORÍAS JURÍDICAS Y LAS CRISIS MONETARIAS (*)

Teoría de la imprevisión contractual.

Esta teoría es una de las más importantes, invocada para restablecer la justicia en la economía de los contratos trastocados por la guerra, por la depreciación monetaria, o más especialmente por la incidencia de un invento inesperado.

La teoría de la imprevisión tiende ya a restringir el contrato, ya a modificar la prestación, cuando entre el momento del acuerdo de voluntades y el de la ejecución sobreviene un evento imprevisto, que, sin hacer imposible la ejecución material, la hace más difícil o más onerosa ; según esta teoría, las partes trataron sobre la condición implícita de que durante cierto tiempo las circunstancias no cambiarían hasta el punto de invertir la economía del contrato. No se trata de una teoría nueva (1) ; puede encontrarse su origen lejano, especialmente en el Derecho canónico.

También en Derecho romano se admitió en ciertos casos que el cambio de las condiciones exteriores podía tener una influencia sobre la ejecución de un contrato ; así, en un texto de Africano en el Digesto (X, 46, 3, *De sol.*, 38 pr.) la condición tácita *si res in-*

(*) Véase el número anterior.

(1) Sobre la historia de la cláusula *rebus sic stantibus* véase en los antiguos : Pfaff : «Die Clausel rebus sic stantibus en la Zeitschrift für Unger», p. 221, y en los modernos, Przybyłowski : «Klauzula rebus sic stantibus wrozwou historyznym». Lwów, 1926.

eodem statu maneat se interpretó como una estipulación, y, por tanto, como un contrato de derecho estricto, en el que teóricamente se debía estar a las palabras expresamente empleadas por las partes; otros textos de la literatura romana (1) indican que para que la obligación subsista es preciso que las circunstancias no hayan sido modificadas.

En la Edad Media los glosadores destacaron los textos del Digesto que consagraban la existencia de una condición tácita, permitiendo en ciertos casos la liberación del deudor, y después de ellos, los canonistas, guiados por su ideal de moral y de justicia, no creyeron que un acreedor pudiera exigir la ejecución literal de una obligación si las condiciones habían cambiado considerablemente desde el momento de la promesa, y admitieron en los contratos la condición implícita *rebus sic stantibus*. Santo Tomás de Aquino había declarado que el promitente no es infiel a su promesa, si no la ejecuta, porque las condiciones han cambiado: *Si sunt mutatae conditiones personarum et negotiorum* (*Summa*, 2.^a par., 2.^a sec., *Quaes.*, 110, art. 31).

La cláusula *rebus sic stantibus* se la encuentra muy generalizada en las obras de Derecho canónico; así, sobre el Decreto de Graciano (2.^a parte, causa 22, question 2, «*Ne quis*») leemos en la glosa la indicación siguiente: *Semper subintelligitur haec conditio; si res in eodem statu manserit... Est hic argumentum quod propter novum casum, novum datur auxilium. Item argumentum est hic quod verba generalia non extenduntur ad ea de quibus non est dictum vel cogitatum*; y la glosa sobre las Decretales, libr. II, tít. 24 *De jure jurando, Quemadmodum*, indica igualmente que el juramento mismo se entiende bajo la condición tácita *si res in eodem statu permanere*.

Los postglosadores, como Bártilo y Baldo, aceptaron igualmente la c. r. s. s., y su admisión se generaliza, extendiéndose por los diferentes países de Europa, sobre todo en Italia con Alciato, y en los países de lengua germánica, donde se la utilizó mucho en los siglos XVI y XVII. Pero el abuso de la c. r. s. s. da lu-

(1) Séneca: «*De beneficiis*», IV, 35. *Omnia debent esse eadem quae jucuntr cum promitterem ut promittentis fidem teneas*, y cap. XXXVIII: *Non est turpe cum re mutare consilium*. Cicerón: «*De officiis*», I, 10; Quintilio: «*Declam.*», CCXV.

gar a una reacción desde el siglo XVII, que acaba por triunfar en el siglo último.

El primer síntoma de la reacción contra la c. r. s. s. se manifiesta en la obra de Grocio, *De jure belli et pacis*, donde escribía: *Solet et hoc disputari an promissa in se habeant tacitam conditionem, si res maneant quo sunt loco; quod negandum est, nisi apertissime pateat, statum rerum presentem in unica illa, quam diximus, ratione inclusum esse...* (libr II, cap. XVI, § 25, 2.º).

Los Códigos bávaro de 1756 y el prusiano de 1794, todavía acogían la c. r. s. s., y en Francia, Larombière también escribía a mitad del siglo XIX que las obligaciones se extinguían por el cambio de circunstancias tales que las partes no previeron y con las que no habrían contratado. La teoría de la imprevisión en la época contemporánea ha tenido un renacimiento, casi general en Europa, debido a las circunstancias de la guerra y de la postguerra, y en especial en los países de la Europa central, y ha sido mirada en cierto momento como una de las teorías más importantes del Derecho civil que las circunstancias demandaban su aplicación, y así se la ha visto poner en práctica no solamente en Alemania, sino en Austria y en Polonia e incluso en Italia.

En los países de la Europa central la c. r. s. s. ha sido considerada como la representante de los diversos argumentos que el deudor podía invocar, fundándose en el cambio de circunstancias.

En Alemania la aplicación de la teoría de la imprevisión, apoyada sobre las ideas de imposibilidad económica (§ 325, B. G. B.), de buena fe, de equidad (§§ 157 y 242, B. G. B.), ha conducido, por de pronto, a la rescisión de las mercancías a entregar trastocadas por la guerra, y después, a la valorización de los créditos pagaderos en marcos. Se ha llegado hasta ensayar introducir como disposición de orden general la c. r. s. s. en el derecho positivo, y así en el proyecto de nuevo Código civil checoeslovaco el profesor Kremar quería insertar un texto en este sentido: «El Juez tendrá el poder de anular o de modificar el contrato en caso de modificación por circunstancias sobrevenidas sin la falta del demandado a condición de que la ejecución estricta de la convención constituya para el deudor una amenaza de ruina» (1).

(1) Wahl: *Das Valorisationsproblem in der Gesetzgebung und Rechtsprechung Mittel-Europas*. Vienne; Ricola-Verlag, 1924; p. 82.

En Francia durante la guerra la teoría de la imprevisión se la ha presentado como fundada sobre una cláusula tácita *rebus sic stantibus*. Así Wahl, que descartaba el sistema de asimilar las dificultades nacidas de la guerra a una imposibilidad, en el sentido del artículo 1.148 del Código civil, cree que los Jueces pueden lo mismo romper que suspender el contrato e igualmente modificar el montante de las prestaciones, considerando que las partes han querido introducir en su contrato la c. r. s. s., es decir, la estipulación de que sus obligaciones respectivas están establecidas bajo la reserva de que las circunstancias del contrato no se modificarían totalmente y ni siquiera sensiblemente, y este autor invoca en su favor el artículo 1.796 del Código de Napoleón sobre disminución de la merced del arrendamiento en caso de pérdida de la cosecha (1).

Por último, Wahl y los partidarios de la imprevisión hacen hincapié en la aplicación de esta teoría por la jurisdicción administrativa, en materia de concesión de servicios públicos, para reclamar se aplique ello también en materias del orden civil.

Después del armisticio se encuentra la teoría de la imprevisión en diversos trabajos, especialmente en las tesis doctorales de Fyot y de Voirin, presentadas en 1921 y 1922.

Fyot repite los diferentes argumentos en favor de la imprevisión, e insiste especialmente sobre el artículo 1.150 del Código civil francés, en el que se distingue, en efecto, entre los daños y perjuicios que han sido previstos y los que no se han podido prever en el contrato para poderlos imputar al deudor exento de dolo, y al que no se le puede imputar más que los daños previstos o previsibles.

En cuanto a Voirin (2), se da cuenta de la insuficiencia de los diferentes textos invocados, y se esfuerza en construir una teoría de la imprevisión sobre el cálculo, sin pedir ni a las disposiciones formales de derecho positivo ni a las muletas de las construcciones clásicas desfallecientes—como él dice—un apoyo que serían incapaces de proporcionar.

La teoría de la imprevisión tuvo su consagración en Francia en la ley Faillot (21 de Enero de 1928), que permitía la resolución de

(1) Wahl: *Droit civil et commercial de la guerre*, t. II, p. 7 y sig.

(2) Voirin: Ob. cit.

las obligaciones, cuya ejecución causaría un perjuicio al demandado, cuya importancia excedería en mucho las previsiones que pudieron ser razonablemente hechas en la época de la Convención, y todavía en Francia las leyes de 6 de Julio de 1925 y de 9 de Junio de 1927 sobre la revisión de arrendamientos a largo plazo se inspiraban también en la teoría de la imprevisión.

El Código civil soviético de 1923 aceptó también la teoría del agobio del deudor, cuyo fundamento no es más que la c. r. s. s.

Pero esta teoría de la imprevisión ha sido combatida fuertemente, especialmente por Capitant, en una nota al D. 1917-2-33, y, como dice Hübrecth, no se encuentra artículo ninguno en el Código de Napoleón, y podemos decir, por tanto, nosotros, en el español tampoco, que pueda servir de base a una teoría general de la imprevisión, pues en ellos no existen preceptos análogos a los artículos 373 del Código suizo de obligaciones ni a los artículos 321, 610 y otros del Código alemán.

En realidad los artículos que se han invocado en Francia en favor de la c. r. s. s. son sumamente débiles y de contenido limitado, y ha sido precisa una ley para poder admitir la teoría de la imprevisión, que la jurisprudencia no había aceptado a pesar de las dificultades gravísimas que al comercio jurídico produjo la gran guerra.

Los artículos 960, 1.443, 1.563 y 1.944, en que se han pretendido apoyar, están dictados no en vista de la c. r. s. s., sino por situaciones particulares, y más parecen ser dichos artículos excepciones a principios generales, excepciones dictadas sea por un interés particular que hace al legislador atender a los menores y a las mujeres casadas, sea ya por el carácter especial de un contrato como el depósito, y los artículos 1.769, 1.772 y 1.773 del Código francés, y que Wahl cita en su apoyo, están inspirados, evidentemente, por un sentimiento de benevolencia y de equidad en favor del arrendatario; pero no pasan de ser disposiciones de detalle respecto a un contrato, respecto a una hipótesis determinada, y que sería imprudente el darle una aplicación extensiva. En definitiva, sólo el artículo 1.150 del Código francés parece hacer una distinción clara entre lo previsto y lo imprevisto; mas todavía ello es sólo respecto de los daños e intereses y para el caso de ausencia de dolo en el deudor, y parece difícil el hacer de este artículo un principio

general de nuestro derecho, que, por otra parte, el análisis de Pothier y de los trabajos preparatorios parece indicar que sería imprudente fundar sobre este artículo una teoría de conjunto de la imprevisión en Derecho francés.

Para edificar una teoría de la imprevisión la poca solidez de los artículos del Código y la insuficiencia de los cuadros técnicos (fuerza mayor, abuso del derecho, etc.), no ha escapado a la inteligencia de Voisin, que las rechaza, y si ello es así, ¿qué es lo que resta? Una teoría, sin duda seductora en equidad, pero inservible en Derecho francés ni español, en el qué ningún texto positivo la sostiene. La cuestión, por otro lado, está mal expuesta bajo la forma de imprevisión, de excepción o de derogación al adagio *pacta sunt servanda* y a la autonomía de la voluntad en el momento del contrato, pues parece imposible considerar la c. r. s. s. como un principio general de nuestro derecho y no admitir que la imprevisión en las condiciones en que ha sido presentada hasta aquí pueda servir de medio de conjunto para restablecer el equilibrio intencional en el contrato en caso de variación del valor de la moneda.

Respecto a la intención de las partes en el momento del contrato y causa en los contratos sinalagmáticos.

Enfrente de la depreciación monetaria, el jurista debe esforzarse en encontrar los medios de disociar la suerte de los créditos con la suerte de la moneda y de aumentar el montante nominal de los créditos en la moneda reducida; en una palabra: valorizar los créditos.

Rechazadas también las teorías de la imprevisión, bien pronto otros sistemas se presentan tendiendo a una revisión o a una modificación del contrato.

Y una de las manejadas es la teoría de la presuposición de Windscheid.

La presuposición es, en efecto, una condición no expresada, implicando que la convención no puede realizarse más que en una situación *determinada* que hace parte integrante de la voluntad

desde la conclusión del contrato (1); se puede decir que los contratantes a largo plazo, sobre todo, contrataron bajo la condición de que la moneda conservaría durante el período estipulado su cualidad sustancial de estabilidad; pero, aunque parezca corresponder este sistema a la psicología real de los contratantes, resulta por contra muy extraño a los cuadros generales del derecho español y no parece pueda ser admitido; la idea de equivalencia material objetiva o económica entre las prestaciones es igualmente insuficiente y lo que quiere hacer respetar nuestro derecho de obligaciones no es una equivalencia material, sino *intencional*.

Ninguna de las teorías invocadas hasta el momento nos puede servir de base ni de fundamento sólido para la valorización de los créditos.

A nuestro parecer esta base se encuentra en la idea fundamental de nuestro derecho de obligación; asegurar el respeto a la voluntad común de las partes en el momento del contrato sobre los elementos considerados como sustanciales y determinantes de la obligación; y así la valorización de los créditos no se presentará como una modificación de la relación de derecho querida por las partes, sino como su ejecución misma. «Es la teoría de la voluntad la que domina todo nuestro Código—dice Capitant—y es en ella donde debemos buscar los elementos para una solución de conjunto a nuestro problema.»

En efecto, sobre esta teoría esencial, en la que se apoya la nulidad por error, dolo, o violencia, la condición resolutoria tácita de nuestro artículo 1.124 del Código civil español, la *exceptio non adimplenti contractus*, la noción de causa del contrato, etc., es la necesidad de respetar la voluntad real de los contratantes la que se encuentra bajo diversas formas en las decisiones jurisprudenciales y en las obras de la mayoría de los autores contemporáneos, como Capitant, Celice, Maury, etc.

Es, pues, el respeto de la voluntad real de las partes en el momento del contrato sobre el adagio *pacta sum servanda* el que precisamente tiene por fin hacer respetar esta voluntad soberana en la que pensamos debe fundarse la valorización de los créditos, y no se trata, por tanto, de modificar el contrato, sino de hacerlo

(1) Radouant: «Du cas fortuit et de la force majeure». *Thèse*, París, 1920, página 59.

respetar; ni tampoco de una revisión, sino, más sencillamente, de asegurar la verdadera ejecución de la obligación, y en resumen: la teoría de valorización, que nos parece susceptible de ser aceptada, debe apoyarse sobre los principios esenciales de nuestro Código, que tienden a hacer respetar la intención real de las partes en el momento del contrato.

Llegados a este punto de nuestro estudio, podemos decir que el poder de adquisición estable es la cualidad sustancial y determinante en la moneda tenida en cuenta al contratar; supongamos ahora que el poder adquisitivo cambia notablemente por depreciación o por apreciación, ¿debe considerarse el crédito como indisolublemente ligado a la suerte de los instrumentos de pago? No tal, pues la voluntad de las partes y, por consecuencia, la obligación, el crédito, no descansan esencialmente sobre los instrumentos de pago, sino sobre un cierto *quantum* de poder adquisitivo; la moneda no es, en efecto, más que el medio material y variable en virtud del cual la obligación de pagar una suma de dinero, es decir, la transmisión de un poder de adquisición, se ejecuta prácticamente; este medio material puede ser de oro, de plata, de bronce o de papel, y si se admite que un deudor obligado a liberarse en moneda extranjera pueda liberarse válidamente en moneda nacional, lo que prueba que no hay ningún lazo necesario entre el crédito y los instrumentos materiales empleados para su extinción, lo esencial es que las partes cambien lo que en realidad tuvieron en cuenta; si, pues, uno de los medios materiales de pago es el papel, por ejemplo, su depreciación o caída no impedirá al crédito existir, pues éste no se apoyaba sobre una cantidad fija de papeles diversamente coloreados cualquiera que fuese su valor, sino sobre un cierto *quantum* de poder adquisitivo.

Si alguna vez el legislador, por un texto formal (lo que sería una disposición excepcional contraria a la voluntad soberana de las partes), puede decidir que la obligación de pagar una suma de dinero se regule, no según el valor de la moneda, sino según el poder de liberación oficialmente impuesto por la autoridad pública, impondría un nominalismo absoluto contrario a los principios del Derecho moderno público y privado.

Sería un nominalismo absoluto que no ha existido nunca, pues tanto en el Derecho actual como en el Derecho romano, el nomi-

nalismo usual no tiene otro fundamento que la fungibilidad en el tiempo y en el espacio de las diferentes especies de monedas, entre ellas fungibles, resultantes de la equivalencia de sus cualidades sustanciales.

Este sistema se apoya sobre una voluntad presunta del acreedor para el cual es indiferente, salvo cláusula en contrario, de ser regido por tal o cual moneda, puesto que las diversas monedas tienen la misma calidad sustancial, el mismo valor ; en suma : el nominalismo es la aplicación de la fungibilidad a las monedas y termina cuando la equivalencia de las cualidades sustanciales, condición previa de la fungibilidad, cesa también.

La identidad de la calidad sustancial de valor estable no existe hoy entre una moneda de la anteguerra y las monedas depreciadas actuales ; la fungibilidad entre esas monedas no existe, y el nominalismo, que en ausencia de un texto imperativo no es más que la expresión de esta fungibilidad, no se opone, por tanto, a la valoración de los créditos.

Nuestro derecho de obligaciones asegura el respeto a la intención de las partes a condición de que se trate : primero, de una voluntad común, de un punto tenido en cuenta y aceptado por cada uno de los contratantes ; segundo, de un elemento que en el contrato haya sido considerado como determinante y no de algo que tenga carácter accesorio.

Pues bien : en los contratos cuya obligación consiste en el pago de una suma de dinero, hay una intención común en el momento del contrato sobre un cierto poder de adquisición estable y esta consideración ha sido el elemento determinante del contrato, pues, de otra suerte, no se hubiera contratado o se hubiera hecho de distinta manera.

Por consecuencia, en ausencia de una prescripción contraria, general e imperativa, el Juez debe asegurar el respeto de la voluntad de las partes en la ejecución de las obligaciones de pagar una suma de dinero diciendo que la ejecución deberá hacerse en las condiciones que tuvieron en cuenta las partes en su voluntad soberana, es decir, sobre la base del poder adquisitivo de la moneda en el momento del contrato.

El sistema, por tanto, que creemos aceptable es bien diferente del de la teoría de la imprevisión que hemos examinado antes ;

nosotros no decimos que ya que las partes no previeron la depreciación monetaria fuera injusto obligarles, a pesar del evento incierto; nosotros decimos que los contratantes, ante todo, tuvieron en cuenta transmitir y recibir un cierto *quantum* de poder adquisitivo y es este punto el determinante del contrato; luego si la moneda se deprecia, basta aumentar el número de los instrumentos de pago para que la obligación sea ejecutada en las condiciones esenciales queridas por las partes en el momento del contrato.

Las nociones del fin y de la causa exigen igualmente la valorización de los créditos; la voluntad jurídica es una voluntad final, dice Caleb, el fin, la causa o la condición—como dicen los autores y la Jurisprudencia—del enlace del acreedor de una suma de dinero, es la obtención de un cierto *quantum* de poder de adquisición.

Cualquiera que sea la definición de la causa parece que en un contrato sinalagmático la obligación de un acreedor de una suma de dinero quedaría sin causa, al menos parcialmente, si no recibía más que una parte de la potencia adquisitiva en consideración a la cual consintió en obligarse.

Conforme a las tendencias modernas, las definiciones que se dan de la causa ven ésta a menudo en el equilibrio, en la equivalencia de las prestaciones queridas por las partes; la causa, como dice Maury, es la equivalencia querida (1).

Luego si este equilibrio se destruye por la depreciación monetaria, la obligación del acreedor de la suma de metálico deviene sin causa en la medida que la potencia adquisitiva de la moneda se encuentra disminuida. Los riesgos de la moneda depreciada deben correr a cargo del deudor, y de igual manera que el deudor de un trigo no individualizado no puede dar trigo averiado en lugar del de buena calidad pretendiendo que su trigo se averió después del contrato, de igual manera el deudor de una suma de dinero no puede prevalecerse de la depreciación monetaria para liberarse en especies metálicas que no responden al poder de adquisición, que ambas partes tuvieron en cuenta en el momento de constituirse la obligación.

(1) Maury: «Essai sur le rôle de la notion d'équivalence en Droit civil français». *Thèse*. Toulouse, 1920. (Jouve, 2 vol., págs. 38.)

Además, cualquiera que sea el argumento que se invoque, ya la ausencia parcial de la causa, ya la necesidad de ejecutar la obligación en las condiciones consideradas en el momento del contrato, no habría jamás lugar a la resolución del lazo obligatorio; esto sería una solución demasiado radical.

La prestación de moneda depreciada presenta todavía un interés parcial para el acreedor, y bastará aumentar el montante nominal de los instrumentos materiales del pago, de suerte que se transfiera el poder adquisitivo, tenido en cuenta el día del contrato.

Tampoco aceptamos deba distinguirse entre los diferentes contratos y obligaciones, pues tanto en las obligaciones unilaterales como en los contratos sinalagmáticos, es siempre el valor el elemento determinante de la moneda.

Nosotros no aceptamos el sistema de Nussbaum (ob. cit., páginas 145 y siguientes), que representa una posición media entre los partidarios de la valorización y los nominalistas absolutos.

Nussbaum distingue entre deudas de metálico y deudas de valor (*Geldschulden und Wertschulden*), y sólo admite la valorización en estas últimas.

Según este autor, el valor de la moneda en el momento del nacimiento de la obligación sólo podría tenerse en cuenta en lo que concierne a:

- 1.º Los daños y perjuicios por pérdida o deterioro de la cosa.
- 2.º Los gastos de conservación.

3.º El reembolso de la suma recibida indebidamente, si esta suma ha sido sustraída efectivamente a la depreciación, y, por último, se indemniza tardíamente al acreedor perjudicado por la depreciación después del vencimiento de la deuda.

En todos los demás casos, el valor nominal de las especies en el momento del contrato sería liberatorio.

Nosotros rechazamos todas estas distinciones; todas las deudas de dinero son sumas de valores, pues no se concibe el dinero sin pensar en el valor, y en realidad los casos en que Nussbaum admite la valorización son simplemente aquellos en los que, por razones especiales, la valorización aparece más inevitable; pero la distinción entre *Wertschulden* y *Geldschulden* se nos muestra bien ficticia.

En resumen : nos apoyamos sobre la naturaleza de los contratos sinalagmáticos, haciendo hincapié en el punto de vista económico y, sobre todo, intencional de la naturaleza y de la función de las obligaciones consistentes en una suma de dinero, y llegamos a la conclusión de que el valor de la moneda es tan importante que es un elemento esencial del contrato, y que la obligación debe reputarse parcialmente sin causa si el deudor no paga, a pesar de la depreciación, más de la suma numérica prevista, sin tener en cuenta su poder adquisitivo.

Esto parece sería igual invocar la noción de enriquecimiento sin causa ; pero dado el carácter de la *actio de in rem verso*, es preferible no utilizarla.

La voluntad determina libremente el equivalente, pero una vez éste se ha determinado en el momento del contrato es preciso que el equilibrio intencional de entonces se encuentre igual en el momento de su ejecución.

La depreciación monetaria entraña, empleando la terminología de Labbé, un verdadero «cambio de sustancia», descansa sobre un elemento esencial del contrato y necesita la valorización de los créditos.

Cabe pensar igual en si el deudor de una suma de dinero podrá pedir reducción en su deuda cuando, por contra, la moneda haya aumentado de valor antes de la ejecución de su obligación.

Si el alza es ficticia, como, por ejemplo, un francés deudor de dólares, éste no puede alegar el alza del dólar, puesto que en rigor lo que ha ocurrido es la baja del franco, y en realidad la cosa querida es la misma, y así en Francia se ha estimado que en caso de alza aparente de una moneda extranjera no se puede invocar ni la fuerza mayor ni la teoría de la imprevisión.

En caso de alza real, creemos que, por correlación con la valorización de los créditos, en caso de depreciación, el alza, a su vez justificaría una reducción de la deuda, y así ocurrió en Francia, cuando, bajo el Directorio, se volvió a la moneda metálica ; sin embargo, en Hungría, el Tribunal Supremo ha rechazado la reducción de las deudas a consecuencia del alza de la corona checo-eslovaca.

JOSÉ MARÍA FONCILLAS,

Notario.

El procedimiento registral en la legislación inmobiliaria alemana^(*)

o) Diversos procedimientos para rectificación de los asientos del Registro.

Es función primordial del encargado del Registro Inmobiliario la de velar por la exactitud de los asientos contenidos en los libros del mismo.

Esta norma básica implica la necesidad de que, cuando a pesar de todas las precauciones adoptadas aparezca alguna inexactitud en un asiento, las leyes reguladoras del procedimiento registral ofrezcan la posibilidad de subsanarla, con o sin intervención de los Tribunales de Justicia.

Recordamos a este propósito el principio normativo de nuestra Legislación hipotecaria, conforme al cual la inscripción no debe convalidar actos nulos o falsos, pero que, mientras subsista, es decir, en tanto los Tribunales no la hayan anulado mediante las solemnidades de un juicio declarativo, debe surtir forzosamente todos sus efectos e imponer por sí misma el imperio de un estado jurídico de que es proclama y garantía (1).

Establécese, por así decirlo, una presunción *juris tantum* en favor de la exactitud de la inscripción, hasta el extremo de que, aunque falten los supuestos jurídicos en que toda inscripción debe

(*) (Véanse los números 91 y 92 de esta Revista.)

(1) Véase prólogo redactado por D. Pablo Martínez Pardo (pág. xxvi), a la obra *Reforma de la Legislación Hipotecaria* de don P. Higueras. Tomo I, Madrid, 1900.

fundarse, ésta produce sus efectos mientras que Registro y realidad no se pongan de acuerdo, para lo cual es necesario tramitar el oportuno juicio declarativo.

En el Derecho germánico existen varios procedimientos para la rectificación, a saber:

I. El procedimiento netamente registral tramitado de oficio conforme al párrafo 54, apartado primero de la Ley Ordenadora del Registro Inmobiliario.

Para que éste pueda tener lugar, se requiere que se trate de una inscripción, la cual, por ser inadmisible en razón a su contenido, no debió nunca llevarse a efecto, y que, por consiguiente, exista interés de parte del Estado en evitar que surjan responsabilidades con motivo de semejante inscripción. Como ejemplo tipo suele citarse a este propósito el caso de haberse inscrito algún derecho no susceptible de establecerse sobre una finca (1).

Tales inscripciones, jurídicamente imposibles por razón de su contenido, deben cancelarse de oficio en cuanto el encargado del Registro se cerciore de las circunstancias del caso.

II. La contradicción (*Widerspruch*), cuya anotación (2) se efectúa de oficio, facilitando a la parte interesada la incoación del oportuno procedimiento judicial para la rectificación.

Si la inscripción no es jurídicamente imposible, como en el supuesto anterior, pero adolece, en cambio, de alguna inexactitud material, por cuyo motivo no debió el encargado del Registro haberla verificado, se inscribirá de oficio la correspondiente contradicción (*Widerspruch*) a tenor del propio apartado primero de la citada Ley Ordenadora Registral. Para ello es únicamente requisito indispensable que la inexactitud de la inscripción implicara, por sí misma, la infracción de alguna disposición legal.

III. El procedimiento netamente registral tramitado a instancia de parte interesada, regulado por el párrafo 22 de la Ley Ordenadora del Registro Inmobiliario.

Conforme a este precepto, no es necesario el consentimiento

(1) Véase 13.^a edición de la citada Ley Ordenadora Registral (*Grundbuchordnung*), comentada por Rudolf Beyer, Leipzig, Reclam, 1932, pág. 25.

(2) La técnica alemana emplea para este supuesto la palabra *Eintragung*, que literalmente traducida dice *inscripción*.

de aquél cuyo derecho esté afectado por la inscripción, cuando la inexactitud de la misma esté probada de modo fehaciente, precepto que, en particular, es aplicable a la inscripción o cancelación de una limitación a la facultad de disponer (*Verfnegungsbeschraenkung*).

Este procedimiento requiere, desde luego, para que su tramitación pueda tener lugar dentro del propio Registro, que la inexactitud del asiento aparezca plenamente demostrada en virtud de documento público o autentificado por funcionario público competente (*Offentlich beglaubigt*), a tenor de lo preceptuado en el párrafo 29 de la tantas veces repetida Ley Ordenadora Registral.

IV. Procedimiento judicial ordinario para la rectificación de asientos en los libros del Registro Inmobiliario.

Es necesario tramitar este procedimiento cuando, no tratándose de un caso regulado especialmente por la Ley, exista una parte que deba presumirse interesada en el mantenimiento de la inscripción cuya rectificación se solicite.

Aparece enunciado este procedimiento en el párrafo 894 del Código civil alemán, a tenor del cual, cuando el contenido del Libro del Registro Inmobiliario no aparezca conforme con la verdadera situación jurídica en atención a un derecho sobre la finca, a un derecho sobre semejante derecho, o a una limitación relativa a la facultad de disponer de la especie indicada en el párrafo 892, apartado primero del propio Código, podrá todo aquél cuyo derecho no esté inscrito o que aparezca indebidamente inscrito o también el que esté perjudicado por la inscripción de un gravamen o de una limitación realmente inexistentes, solicitar que aquel cuyo derecho esté afectado por dicha rectificación manifieste su conformidad con la rectificación que habrá de verificarse en el correspondiente Libro del Registro.

En este procedimiento ordinario se efectúa en el Registro tan sólo la anotación de la contradicción (*Widerspruch*) oportuna, y luego, en virtud de la resolución judicial correspondiente, la rectificación del asiento por medio de una nueva inscripción.

La manifestación de conformidad del presunto interesado podrá suplirse por la sentencia firme, en la que se condene a éste a

emitir dicha declaración, según lo preceptuado en el párrafo 894 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alemana.

Por ello afirma Du Chesne que dicho procedimiento judicial ordinario participa de una doble naturaleza. En tanto haya necesidad de probar la inexactitud de la inscripción, se trata indudablemente de un juicio de carácter declarativo; mas teniendo presente que al propio tiempo ha de suplirse la manifestación de consentimiento de la presunta parte interesada en la inscripción para que ésta pueda rectificarse, es indudable que este procedimiento ostenta, en este aspecto, el carácter de acto de jurisdicción voluntaria.

V. Procedimiento de rectificación establecido en el párrafo 14 de la Ley Ordenadora del Registro Inmobiliario.

Según el citado precepto legal, puede solicitarse también la rectificación de un asiento registral por medio de la inscripción efectuada a favor del titular de un derecho, por aquel que a su vez se encuentre en condiciones de solicitar una inscripción en el Registro fundándose en algún título que lleve aparejada ejecución contra el referido titular, siempre que la admisibilidad de la inscripción a favor de éste dependa de una rectificación previamente verificada en el Libro del Registro.

De dos maneras podrá el ejecutante solicitar y obtener la rectificación indicada. Si posee documentos públicos fehacientes o equiparados a éstos conforme al párrafo 29 de la Ley de Ordenación Registral que justifiquen plenamente la inexactitud del asiento en cuestión, podrá solicitar la rectificación por medio del procedimiento netamente registral regulado por el párrafo 29, de la citada Ley Ordenadora.

En otro caso, tendrá que acudir al procedimiento judicial ordinario para probar cumplidamente la inexactitud del asiento registral con citación del titular respectivo, cuyo consentimiento será, en su caso, suprido en la forma antes expuesta por medio de la sentencia que al efecto se dicte.

p) *Coincidencia de dos o más solicitudes de inscripción que afecten a un mismo derecho.*

En principio aparece resuelto este problema en el párrafo 17 de la citada Ley de Ordenación registral, a tenor de la cual, cuando se soliciten varias inscripciones que afecten a un mismo dere-

cho, no deberá verificarse la inscripción pedida en su último lugar antes de haberse resuelto la solicitud primeramente presentada.

Puede, empero, darse el caso de que la primera solicitud adolezca de algún requisito que, sin ser en sí mismo difícil de cumplimentar, exija, no obstante, cierto tiempo para que quede subsanado el defecto que su carencia implica, siendo así que la demanda de inscripción presentada en último lugar se halla en condiciones de ser resuelta favorablemente en el acto.

Para tales casos dispone el apartado segundo del párrafo 18 de la tan repetida Ley de Ordenación Registral (1), que, cuando antes de haberse resuelto una solicitud de inscripción se inste otra inscripción que afecte al mismo derecho, se inscribirá de oficio una prenotación (*Vormerkung*) o una contradicción (*Widerspruch*) a favor de la solicitud primeramente presentada.

La prenotación tiene lugar, como es sabido, cuando se trata de alguna solicitud de inscripción modificativa de una situación jurídica existente conforme al Registro, siendo así que, cuando se hubiera instado una inscripción de carácter meramente rectificador de otra anterior, procede, conforme a la técnica registral alemana, inscribir la contradicción (*Widerspruch*).

De esta forma se consigue que la solicitud últimamente presentada pueda resolverse debidamente y que, incluso, si el primer peticionario no subsana en tiempo hábil los defectos de que su solicitud adolece, pueda, en definitiva, llegarse a efectuar la inscripción a favor del último solicitante.

Es, como vemos, la misma doctrina que ha servido de base para la regulación de la *disposición interlocutoria* desenvuelta para el caso especial de la concurrencia de varias peticiones de inscripción referentes a un mismo derecho.

(1) Es curioso notar que el citado apartado segundo del párrafo 18 fué agregado por la Comisión que hubo de dictaminar sobre el Proyecto de Ley, en el que no figuraba. (Véase edición cit. de la *Grunbuchordnung*, coment. p. Rudolf Beyer, pág. 11.)

RECURSOS ESTABLECIDOS CONTRA LOS ACUERDOS DE LA OFICINA REGISTRAL

I. EL PROCEDIMIENTO REGISTRAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

a) *Preceptos normativos.*

Dispone con carácter general la Ley Ordenadora del Registro Inmobiliario en su § 71, que contra los acuerdos de la Oficina Registral puede utilizarse como remedio jurídico el *recurso de queja* (1).

Es inadmisible el recurso de queja contra el asiento de inscripción. Puede, no obstante, instarse por vía del recurso de queja que se ordene a la Oficina del Registro Inmobiliario verificar un asiento de contradicción (*Widerspruch*) o de cancelación, a tenor de lo dispuesto en el párrafo 54 del propio Cuerpo Legal (párrafo 71, apartado 2.º).

En materia de competencia establece acto seguido el párrafo 72 de la misma Ley Ordenadora, que el *recurso de queja* se decidirá por el Tribunal Territorial (*Landgericht*) (2) en cuya demarcación se encuentre la Oficina Registral en cuestión, precepto interpretado por el párrafo 81 del citado Ordenamiento Registral en el sentido de ser competente la Sala de lo Civil.

La interposición del recurso puede efectuarse ante la Oficina del Registro o ante el Tribunal que ha de decidirlo por medio del oportuno escrito, o de comparecencia en el propio Registro o en la Secretaría del citado Tribunal (párrafo 73).

Establece la citada Ley Registral a continuación dos fundamentales preceptos :

El primero autoriza para basar el recurso en hechos y comprobantes nuevos, es decir, no aportados en tiempo oportuno al expe-

(1) Tal es la traducción literal más aproximada de la palabra *Beschwerde*.

(2) Si bien no es fácil establecer equivalencias entre las categorías de Tribunales de países sometidos a organización judicial tan distinta, puede afirmarse que el *Landgericht*, por razón de su competencia y atribuciones, corresponde a una de nuestras Audiencias provinciales que tuviera una Sala de lo Civil.

diente registral (párrafo 74), disponiendo el segundo que, cuando los Encargados de las Oficinas Registrales consideren fundado el recurso ya interpuesto, pongan remedio, por propia iniciativa, a la situación jurídica que lo hubiera motivado (párrafo 75).

El párrafo 76 de la misma Ley reconoce al Tribunal Territorial la facultad de ordenar a la Oficina Registral antes de la resolución del recurso, que verifique el asiento de prenotación (*Vormerkung*) o el de contradicción (*Widerspruch*), los cuales se cancelarán de oficio en cuanto le conste al Registrador el desistimiento o la denegación del recurso.

Dispone, por último, el párrafo 77 de la Ley Registral examinada, que la resolución que dicte el Tribunal Territorial decidiendo el recurso será fundamentada, debiendo notificarse al recurrente.

b) Ambito del recurso.

Aunque el Cuerpo Legal indicado califica el recurso contra los acuerdos de la Oficina Registral como *recurso de queja* (*Beschwerde*), éste, por su naturaleza, se asemeja más bien al de apelación en ambos efectos, tal como aparece regulado en los párrafos 511 al 544 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alemana, ya que la Ley Ordenadora Registral antes examinada permite a la parte recurrente la alegación y aportación sin restricción alguna de nuevos hechos y medios de prueba (por analogía con lo dispuesto en el párrafo 519 de la Ley Procesal citada), llevando aparejada la sustanciación del recurso un examen detenido y minucioso de todo el expediente registral por parte de la Sala que ha de fallarlo.

Trátase, pues, de un remedio legal muy diferente por su naturaleza, del *recurso de queja* propiamente dicho, llamado también, al igual del que es objeto de nuestro estudio, *Beschwerde*, y regulado por los párrafos 557 al 567 de la Ley Procesal Civil alemana, el cual está limitado, en cuanto a su ámbito, a los extremos que determinadamente hubiera señalado al efecto la parte que se consideró agraviada.

De los preceptos legales enunciados se infiere que el recurso que nos ocupa es susceptible de ser interpuesto, lo mismo contra el acuerdo denegatorio de una inscripción que contra la disposición interlocutora dictada por el Registrador a los efectos del párrafo 18 de la Ley Ordenadora y asimismo contra la inscripción que probadamente difiera de la oportunamente solicitada. Puede

también interponerse en las condiciones y supuestos que oportunamente se examinarán, contra ciertas providencias o acuerdos inherentes al procedimiento registral en primera instancia, que no sean de las que ponen término al mismo.

Unicamente es improcedente el recurso contra el asiento de inscripción, en el que se accede a lo solicitado por el peticionario del mismo.

Examinemos ahora los diferentes casos :

1.º Recursos contra la denegación de una inscripción en el Registro.

Ante todo, corresponde al Tribunal examinar el escrito o la comparecencia de interposición en cuanto a competencia por razón de materia y de territorio, así como todo lo concerniente a la capacidad jurídica y de obrar del recurrente, sin olvidar la cuestión de la personalidad, especialmente cuando éste hubiera comparecido por medio de apoderado.

Si por virtud de este examen se evidencia que el recurso no carece de ninguno de los referidos requisitos procesales, podrá comenzar la investigación acerca de la existencia de los presupuestos registrales del asiento en su día solicitado (1).

En cuanto a la cuestión de fondo, hay que distinguir las dos especies de recurso que pueden darse.

Cuando el recurrente aporte hechos y comprobantes no alegados a su tiempo ante el Registrador que denegó la inscripción, la Sala, en virtud del examen de estos nuevos comprobantes, por sí solos o considerándolos como complementarios de los antecedentes ya obrantes en el expediente registral, dictará la resolución que estime pertinente, modificando el acuerdo del Registrador y oficiando, por consiguiente, a dicho funcionario para que verifique la inscripción en su día denegada.

En el supuesto de que el recurrente no aporte ningún nuevo comprobante, consiste la misión del Tribunal en efectuar un detenido examen de la solicitud de inscripción y de los antecedentes de toda índole en que ésta hubiera podido basarse, con completa independencia de la calificación que en su día llevó a cabo

(1) Respecto al término *presupuestos del asiento*, confr. Jerónimo González Martínez: *Principios hipotecarios*. Cd. 1931, pág. 272.

el Registrador, y dictar, en consecuencia, la resolución que proceda.

Puede también darse el caso de que, habiéndose formulado el recurso, no sea, empero, necesario llegar a la decisión del mismo, por poner el propio Registrador remedio a la infracción alegada por el peticionario, a tenor del párrafo 75 de la Ley Registral enumerada.

El Encargado del Registro Inmobiliario puede, al conocer los fundamentos del recurso interpuesto, modificar por propia iniciativa su anterior acuerdo al cerciorarse de que éste no se halla ajustado a derecho y, en consecuencia, verificar la inscripción que anteriormente había denegado, al efecto de simplificar el procedimiento, evitando de esta forma la ulterior tramitación del recurso.

Semejante excepción al principio normativo de la irrevocabilidad del acuerdo registral no implica, sin embargo, la concesión al Registrador de una nueva facultad calificadora en el sentido de poder incluso *denegar temporalmente*, por defecto subsanable, la inscripción que antes había rehusado de plano, dictando una *disposición interlocutoria* que permitiera al recurrente llevar a efecto la necesaria subsanación, sino que, por el contrario, el párrafo 75 de la Ley Registral le faculta tan sólo a dicho funcionario para revocar su propio acuerdo en la forma indicada y practicar acto continuo, sin más requisitos, el asiento solicitado, o si no está dispuesto a acceder lisa y llanamente a tal petición, dejar que el recurso siga sus trámites.

2.º Recurso contra la disposición interlocutoria del párrafo 18 de la Ley Ordenadora.

Es frecuente el caso de que el Encargado de una Oficina Registral exija del peticionario la aportación de una prueba, a veces difícil de obtener, y en ocasiones desmesuradamente costosa; con el fin de subsanar algún defecto que, en opinión del referido funcionario, impide verificar la inscripción solicitada.

El recurso que el solicitante de la inscripción suspendida puede interponer contra la *disposición interlocutoria* por la que se ordena la aportación de los comprobantes, requiere el examen por parte del Tribunal relativo a la existencia o carencia de tal defecto, salvo cuando el recurso estuviera motivado por el señalamiento de un plazo que el apelante considere demasiado corto para po-

der obtener los justificantes requeridos, en cuyo caso el Tribunal resolverá a su prudente arbitrio, examinadas las circunstancias del caso.

3.^º Otros casos en los que puede interponerse recurso contra las resoluciones de las Oficinas Registrales.

En todas aquellas resoluciones o providencias que no persiguen otra finalidad que la de encauzar el procedimiento registral en primera instancia, y cuyos términos, por tal motivo, no influyen en la resolución final del Registrador, falta la base para el recurso, al no existir una lesión inmediata para el derecho del solicitante.

Entre tales providencias de nueva tramitación cabe incluir también aquéllas por las que el Registrador exija la aportación de declaraciones que no aparezcan relacionadas con los presupuestos registrales del asiento, quedando a salvo, en todo caso, el derecho del peticionario a instar ante el propio Registro la reposición de la providencia en cuestión y la de reclamar en forma reglamentaria ante el superior jerárquico administrativo del encargado del Registro (1).

Muchas veces los términos en que aparece dictada una providencia justifican la posibilidad de interponer el recurso judicial, aunque el objeto de la resolución sea el cumplimiento de un mero trámite procesal. Así, por ejemplo, si el Registrador se limita a pedir que se le exhiba de nuevo determinado documento, se trata en principio de un acuerdo no susceptible, por su naturaleza, de ser recurrido ante el Tribunal; pero si en esa misma providencia establece el encargado del Registro un plazo determinado con la inminencia de que, una vez transcurrido, se considerará a la parte interesada decaída de su derecho a aportar el comprobante exigido, se trata ya de una verdadera *disposición interlocutoria*, contra la que evidentemente cabe interponer recurso judicial.

En aquellos otros casos en los que el consentimiento de la parte afectada por la inscripción se suple mediante la aportación de una sentencia firme, procede verificar la inscripción en virtud de la misma.

Incumbe lo mismo al Registro que al Tribunal Territorial, ante el cual puede recurrirse, la calificación de todos los requisitos pro-

(1) Véase Du Chesne, ob. cit., pág. 61.

cesales de la ejecutoria y presupuestos registrales de la inscripción, incluso sobre la competencia del Juzgado o Tribunal cuyo fallo se aporte y la legalidad de las formas extrínsecas de la sentencia, más todo lo concerniente a determinar si en el caso en cuestión aparece, efectivamente, suplido el consentimiento de la parte interesada en la forma y términos exigidos por las leyes procesales aplicables, es extremo que compete exclusivamente a los Tribunales de Justicia, y para el cual es incompetente, lo mismo el Registrador que el Tribunal Territorial, ante cuya Sala de lo Civil se comparece al solo efecto de recurrir dentro del procedimiento registral, contra la resolución de dicho funcionario.

4.º Limitaciones impuestas por la legislación positiva a la facultad de interponer recurso.

El tratadista alemán tantas veces citado (1) señala algún caso en el cual, existiendo lesión para el derecho del solicitante de una inscripción, se ve éste, no obstante, imposibilitado de recurrir contra el acuerdo registral por falta de un precepto legal que le ampare.

Así, por ejemplo, el propietario de una finca consiente la imposición de un gravamen sobre la misma, en garantía de una deuda que devenga intereses y solicita la inscripción de dicha carga real en el Registro.

El encargado de la Oficina Registral, al inscribir, omite todo lo referente a los intereses. En tales condiciones resulta que, conforme a las leyes que regulan el procedimiento registral germánico, el asiento registral, cuya falta de integridad no se evidencia, es plenamente fehaciente, lo mismo en el caso de que la omisión (del devengo de intereses y de la cuantía de éstos, en el ejemplo citado) proceda de un descuido del Encargado del Registro, que si obedece a una denegación parcial.

No cabe, por consiguiente, al no existir, como en nuestra legislación hipotecaria, un documento auténtico extraregistral que forzosamente haya de servir de base para la inscripción, interponer el recurso por lesión del derecho del peticionario, y resulta, por otra parte, que el procedimiento judicial ordinario para la rectificación del asiento registral tampoco es admisible, por coincidir la

(1) Véase Du Chesne, ob. cit., págs. 57-58.

persona del acreedor cuyas facultades no aparecen exactamente reproducidas con la del deudor afectado por la inscripción, faltando el requisito exigido por el párrafo 894 del Código civil alemán, de existir un demandante y un demandado ineludible, para poder ejercitarse la acción civil (1).

Esta circunstancia impide asimismo solicitar que se practique un asiento de contradicción (*Widerspruch*), a los efectos del párrafo 899 del citado Código civil, el cual, por otra parte, sólo podría verificarse de oficio, si, a su vez, fuese heredero interponer el recurso contra el acuerdo registral (a tenor del párrafo 54 de la Ley Ordenadora, oportunamente examinado), cosa imposible por las razones antes expuestas.

Ante esta situación no le queda al perjudicado otro remedio que solicitar una nueva inscripción, haciendo valer el empeoramiento experimentado, entre tanto, en la situación jurídica de la finca (2).

Es éste, según reconoce el propio Du Chesne (3) un defecto inherente al procedimiento registral, tal como se halla actualmente regulado en Alemania, en el que convendría ampliar las posibilidades para obtener la rectificación de asientos, reconociendo a los funcionarios que se hallan al frente de los Registros Inmobiliarios una posición más independiente y de mayor responsabilidad.

Para acometer semejante reforma es, empero, antecedente necesario conseguir que todas las Oficinas Registrales estén regentadas por funcionarios que sean profesionales del Derecho, extremo sobre el qual hemos de volver al final del presente trabajo.

ALFONSO FALKENSTEIN Y HAUSER,

Abogado del Colegio de Madrid.

(Continuará.)

(1) Véase Du Chesne, ob. cit., pág. 57.

(2) Ob. cit., loc. cit.

(3) Ibid., págs. 57-58.

Ensayo sobre la codificación del Derecho civil en Turquía^(*)

IV

Una Comisión especial del Ministerio de Justicia de Turquía procedió a traducir el Código suizo, sin que las fuentes consultadas nos suministren dato alguno sobre el idioma preferido por la Comisión, para que sirviera de base a sus trabajos. El conocimiento del texto original que tuvieron a la vista los traductores puede tener importancia en algún caso por el distinto valor técnico que suelen tener ciertas palabras especialmente consagradas en Derecho (1).

Después fué revisada la traducción por una Comisión jurídica, que deliberó en presencia de Ismet Pachá, Presidente del Consejo ; de Mahmoud Essad bey, Ministro de Justicia, y de Veli Eddine bey, profesor de Derecho civil.

Dócil a las inspiraciones oficiales, esta Comisión declara que «el proyecto es una traducción del Código suizo, el más perfecto de los que rigen actualmente en los países civilizados, que, por los principios y disposiciones modernas que contiene, está llamado a producir una evolución muy importante y muy eficaz, conforme a las necesidades de nuestro siglo, en nuestra vida civil y social, llenando, además, las numerosas lagunas de nuestro Derecho».

Luego de aprobado este proyecto por la Gran Asamblea Nacional se promulgó como ley número 743, de 17 de Febrero de 1926, para que comenzase a regir en 4 de Octubre del mismo año. (*Diario Oficial* número 339, de 4 de Abril de 1926) (2).

(*) Véanse los números 91 y 92 de esta Revista.

(1) No debe olvidarse que el texto original del Código suizo aparece en tres idiomas : alemán, francés e italiano, sin que, a pesar de las dificultades de expresión, ninguno de ellos se conceptúe como una traducción.

(2) Al dar cuenta de este Código, la *Rivista di Diritto Civile*, 1927, pá-

La materia comprendida en el Código civil turco es la misma que es objeto del Código suizo, porque en Turquía también se ha dedicado un código especial a las obligaciones y contratos (1).

No obstante, el Código turco aparece con 937 artículos, mientras que el Código suizo tiene 977. La diferencia es debida a ciertas correcciones efectuadas por la Comisión jurídica para adaptar los preceptos relacionados con la autonomía cantonal de Suiza al Estado unitario turco. Estas modificaciones fueron estudiadas por R. Secretan muy extensamente en un interesante trabajo publicado al ponerse en vigor el nuevo Código de la República turca (2).

Igual que el Código suizo, se divide el hoy vigente en Turquía en cuatro libros, donde se tratan, respectivamente, los derechos de las personas, los derechos de la familia (matrimonio, filiación, tutela), los derechos sucesorios (herederos legales, testamentos, apertura de la sucesión y partición) y los derechos reales (propiedad, otros derechos reales, posesión y registro inmobiliario).

En 29 de Mayo de 1926, con el número 864, se publicó una ley sobre la entrada en vigor y aplicación del Código civil (*Diario Oficial* número 402, de 19 de Junio de 1926), donde, en 49 artículos se dictan las oportunas reglas transitorias, aceptando, desde luego, el principio fundamental de la irretroactividad de la ley civil.

Una vez conocida la estructura del Código civil turco examinaremos ligeramente algunas de las variaciones que se observan, comparando sus preceptos con los del Código suizo. De los 361 artículos—que aparecen alterados en la redacción turca—sólo aludiremos a las más salientes diferencias.

V

1.^a *Fuentes legales*.—El artículo 1.^º del Código civil de Turquía es una traducción literal del correlativo del Código suizo. El *artículo 483*, comete el error de asignar la fecha del 4 de Abril de 1926 a la Ley que promulgó el expresado cuerpo legal. La fecha que se consigna en este trabajo está tomada del *Code civile turc*. Editions Rizzo. Constantino-pla, 1928.

(1) El Código de las Obligaciones de Turquía es de 3 de Abril de 1926; también está tomado casi literalmente del Código suizo, y se halla publicado por el editor Rizzo.

(2) R. Secretan: *Bulletin Mensuel de la Société de Législation Comparée*, 1927, pág. 361.

Juez turco, en su virtud, deberá acudir, en defecto de ley aplicable al caso controvertido, al Derecho consuetudinario, y en defecto de una costumbre, pronunciará su sentencia según las reglas que establecería si hubiese de efectuar un acto legislativo.

El supuesto del legislador turco y suizo es que hay Derecho que no está en la ley, Derecho que el Juez debe investigar en vivo, en las formaciones sociales, en el seno de la realidad jurídica y social, auscultando siempre en los altos principios de justicia (1). Mediante la creación judicial del Derecho, el Juez deja de ser un prestidigitador que saca de la ley, de un modo maravilloso y sorprendente, una decisión que él mismo había introducido antes secretamente en ella (2).

Esta función del Juzgador requiere, indudablemente, un perfecto conocimiento de los elementos informadores de la norma legal, ya que, de otro modo, es imposible que su labor pueda ser armónica y congruente con la obra legislativa. ¿Cómo podrán los Jueces turcos crear una norma *justa y sabia en el cuadro del orden jurídico existente*, como exige la exposición de motivos del Código suizo, si desconocen los elementos que engendraron ese orden jurídico suizo, trasplantado por el omnipotente legislador de Turquía?

2.^a *Mayor edad*.—El artículo 11 del Código turco fija la mayoría de edad a los diez y ocho años cumplidos, en lugar de los veinte años, que establece el Código suizo, en armonía con los preceptos de la ley Federal de 22 de Junio de 1881.

Las diferencias de raza quizá hayan aconsejado esta variación.

3.^a *Emancipación*.—La edad para obtenerla se fija en Suiza a los diez y ocho años cumplidos (artículo 15), y en Turquía, a los quince años (artículo 12), siempre a propuesta del padre, madre o tutor, y con aprobación del Tribunal competente en cada una de estas naciones.

4.^a *Régimen matrimonial*.—Dice el artículo 170 del Código turco que los esposos se conceptúan casados bajo el régimen de separación de bienes, al menos que por contrato hayan adoptado otro

(1) F. Clemente de Diego: *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*, 1925, pág. 121.

(2) G. Radbruch: *Introducción a la ciencia del Derecho*. Traducción de Recaséns, 1930, pág. 159.

sistema de los admitidos por la ley. En cambio, el artículo 178 del Código suizo establece como legal el régimen de unión de bienes.

5.^a *La monogamia*.—Si hemos de creer las afirmaciones de ciertos escritores, hacía ya varios años que los turcos abandonaron de hecho la costosa poligamia oriental, para adoptar las costumbres occidentales (1); por eso no debe extrañarnos que en el artículo 93 del Código civil se venga a establecer que toda persona que desee volverse a casar debe justificar que su anterior matrimonio fué disuelto por la muerte, el divorcio o una sentencia de nulidad. Así también se ordena en el artículo 101 del Código suizo.

6.^a *Matrimonios nulos*.—Después de publicado el Código turco de las obligaciones, de 3 de Abril de 1926, se suprimieron por innecesarios los artículos 92 y 112 del Código civil. Se establecía en estos preceptos, concordantes con los artículos 100 y 120, respectivamente, del Código suizo, que el matrimonio estaba prohibido entre parientes en línea recta, entre hermanos y hermanas germanos, consanguíneos o uterinos, entre tíos y sobrinos, aunque el parentesco sea natural, y entre la nodriza y el niño lactante, así como entre hermanos y hermanas de leche; entre afines en línea directa, aun cuando el matrimonio que motive la afinidad esté disuelto por muerte o divorcio, y, por último, entre el adoptante y el adoptado, así como entre cualquiera de ellos y el cónyuge del otro.

En el artículo 112 se sancionaba con la nulidad el matrimonio celebrado por personas casadas, por dementes o incapaces de discernir por efecto de una causa durable y por los parientes y afines que tenían prohibido el matrimonio.

7.^a *Capacidad para testar*.—Dispone el artículo 449 del Código turco que «toda persona capaz de discernimiento, y contando con quince años cumplidos, tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento, dentro de los límites y según las formas establecidas por la ley».

En el artículo 467 del Código suizo, redactado en iguales términos, sólo concede la testamentifacción activa después de haber cumplido los diez y ocho años de edad.

8.^a *Legítimas*.—Después de copiar el Código turco, con el nú-

(1) Blasco Ibáñez: *Oriente*, pág. 279, etc.

mero 453, los preceptos del artículo 471 del Código suizo, que trata de las reservas o cuotas legítimas que corresponden, en la sucesión *mortis causa*, a los descendientes (3/4), padres (1/2), hermanos (1/4) y cónyuge sobreviviente (total del resto si concurre con herederos legales y la mitad de la herencia si es heredero único), se prescinde de los artículos siguientes hasta el 474, que se reproduce con el número 454.

En el suprimido artículo 472 del Código suizo se autoriza a los cantones para abolir la reserva o legítima de los hermanos y para extenderla a los sobrinos. ¡Este rudo golpe dado a la unidad del Derecho civil deja subsistente el derecho especial de los cantones de Berna, Friburgo, Bâle-Ville, Tessin, Vaud, Neuchâtel y Ginebra, donde los hermanos carecen de derecho a la legítima. También continúa vigente después del Código suizo el derecho especial de Lucerna, Uri, Schwyz, los dos Unterwald, Glaris, Zong, Soleure, los dos Appenzell, Grisons y Valais, donde, por el contrario, no sólo tienen los hermanos reconocido el derecho a cuota legítimaria, sino que también se extiende a los sobrinos. ¿Por qué eligió el legislador turco el sistema del Código suizo, que es el de Zurich y otros cantones, y no el de los citados antes? El Ministro Mahmoud Ezzad nada nos dice de las razones que aconsejaron tamaña decisión, a pesar de que, lógicamente, debe presumirse que cualquiera de las tres soluciones del Derecho consuetudinario suizo, además de ser admisibles en el orden técnico, habrían de resultar igualmente exóticas para el pueblo turco.

La supresión de este artículo pone de relieve la ignorancia del Ministro que redactó la exposición de motivos del Código turco. Si se hubiera parado a estudiar el significado de semejante precepto, respetuoso con el Derecho cantonal consuetudinario, no se hubiera atrevido a afirmar que el Código suizo «de un solo golpe había suprimido todos los derechos consuetudinarios cantonales, que fueron reemplazados por una ley uniforme y totalmente diferente a las anteriores».

En el Código de Turquía también se omiten las disposiciones del artículo 473 del Código suizo, donde se establece que «uno de los cónyuges, por disposición *mortis causa*, puede dejar al sobreviviente el usufructo de toda la parte destinada a sus descendientes comunes. Este usufructo tiene lugar, de derecho, en la sucesión

atribuída por la ley al cónyuge viudo, en concurso con los descendientes comunes. Si el cónyuge sobreviviente vuelve a contraer matrimonio, su usufructo queda reducido a la mitad».

Este artículo, nuevamente discutido por la doctrina, debió estimarse inadaptable al pueblo turco.

9.^a *Capacidad para suceder.*—En el párrafo segundo del artículo 503 del Código suizo se establece que «el oficial público autorizante y los testigos, igual que sus ascendientes, descendientes, hermanos, hermanas o cónyuges, no pueden recibir liberalidades en el testamento» que, respectivamente, autoricen o presencien.

Estos preceptos no han pasado al Código turco, donde el artículo 483 sólo reproduce, en su primera parte, que trata de la capacidad para concurrir al otorgamiento de los testamentos, en concepto de Notario y testigos, las disposiciones del expresado artículo 503 del Código suizo.

10. *Prescripción adquisitiva.*—Respecto de la prescripción extraordinaria, se establece en el artículo 662 del Código vigente en Suiza que «el que ha poseído durante más de treinta años, sin interrupción, pacíficamente, y como propietario, un inmueble no inmatriculado, puede pedir la inscripción a título de propietario».

«El poseedor, en las mismas condiciones, puede ejercitar el mismo derecho sobre un inmueble respecto del cual el registro inmobiliario no revele el propietario, o cuando el propietario haya fallecido o esté declarado ausente al terminar el plazo de treinta años.»

«Sin embargo, la inscripción no tendrá lugar más que por orden del Juez, y si no se formuló oposición durante el plazo fijado en la notificación oficial, o si las oposiciones fueron desestimadas.»

El artículo 639 del Código turco reproduce estos preceptos, pero fijando en veinte años el término para prescribir y prescindiendo de las disposiciones referentes a la oposición de terceros.

Los preceptos del moderno Código civil turco, relativos a la usucapión, demuestran de un modo evidente el carácter de esta ley, impuesta contra las costumbres y tradiciones del pueblo otomano.

Dice Choucri Cardahi que, unánimemente, los autores han declarado que la prescripción adquisitiva es una institución jurídica desconocida en Derecho musulmán. El Derecho otomano clásico tenía una carácter marcadamente individualista, como inspirado en

los principios del rito malekita, por cuya razón también protegía indefinidamente al propietario, frente a los intereses generales que suelen invocarse para justificar la usucapión (1). La jurisprudencia siempre admitía como principio jurídico que «la ley musulmana no conoce la prescripción como medio de adquirir la propiedad» (2).

En armonía con esta doctrina, había declarado el artículo 1.674 del *Medjellet* que el no ejercicio de un derecho durante un plazo, más o menos largo, no implica su decadencia o pérdida.

Pues bien, todo esto se olvidó por el moderno legislador turco, quien, usando de sus omnípotentes poderes, introduce en la ley la usucapión tradicional romana, sin preocuparse del arraigo que luego pueda tener esta institución entre sus gobernados.

II. *Registro inmobiliario*.—El artículo 910 del Código turco, igual que el 942 del suizo, establece que «el registro inmobiliario da el estado de los derechos sobre los inmuebles»; pero en lugar de determinar los libros que comprende, como se hace en éste, (*Gran libro* o mayor, documentos complementarios, plano, estado descriptivo, *diario*, etc.), se limita a ordenar que «un reglamento especial determinará el modelo del registro inmobiliario y la forma de llevarlo».

Otros principios fundamentales del sistema suizo han desaparecido del Código turco, donde observamos la falta del párrafo 3.^º del artículo 944, que ordena la creación de un registro especial para los ferrocarriles de uso público. En el artículo 913, correspondiente al 945 del Código suizo, se suprime el párrafo primero, donde se establece que cada inmueble debe recibir en el Libro Mayor del Registro una hoja y un número. Tampoco se mencionan las hojas colectivas para los bienes inmuebles que formen una unidad económica independiente, ni las demás reglas referentes a la manera de llevar los Registros (artículos 947 y siguientes del Código suizo).

Respecto de los derechos inscribibles dicen los artículos 958 y

(1) Choucri Cardahi: *La possession en Droit ottoman*. *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, 1926, pág. 207.

(2) Corte de Apelación de Argel, 17 Diciembre de 1896, en J. Robe, 1887, pág. 96, Tribunal civil de Mascara, en *Revue Algérienne*, 1908, pág. 58, etcétera.

959 del Código suizo que en el Registro tienen entrada el dominio, las servidumbres, las cargas reales, los derechos de garantía y aquellos derechos personales declarados previamente inscribibles por la ley (ciertos arrendamientos, etc.). En los artículos 918 y 919 del Código turco se reproducen estos preceptos, pero sin aludir a los derechos de garantía (*numerus clausus*).

Los efectos de la inscripción se determinan en los artículos 929, 930 y 931 del Código turco. En los mismos se establece que el nacimiento de los derechos reales está subordinado a la inscripción y que los terceros que de *buena fe* adquieran derechos reales, basándose en dicha inscripción, deben ser mantenidos en su adquisición, mas no los que conozcan los vicios del derecho indebidamente inscrito (artículo 932).

Sabido es que estas disposiciones están tomadas de los artículos 972 y siguientes del Código suizo, aun cuando difieren de las mismas, por no referirse concretamente al Libro mayor, o al diario del Registro inmobiliario.

El Código turco remite a las «disposiciones especiales» todo cuanto se refiere a la organización de la oficina del Registro, nombramiento de funcionarios, etc. (artículo 916). En Suiza esta materia corresponde a la legislación cantonal (artículo 953).

El Tesoro es responsable de todo daño resultante del cuidado del Registro inmobiliario, sin perjuicio de la ulterior responsabilidad del funcionario que cometió la falta (artículo 917 del Código turco, concordante con el artículo 955 del suizo, que alude a los cantones en lugar de citar al Tesoro nacional).

VI

El ensayo codificador del legislador turco, sin preocuparse del paralelismo que, según la técnica, deben guardar la ley y las convicciones jurídicas de los pueblos, es uno de los fenómenos más interesantes de la historia contemporánea, que merece ser destacado y meditado profundamente, como revelador de la influencia etnológica en el proceso interno y externo de la formación de la norma jurídica.

FAUSTINO MENÉNDEZ-PIDAL,

Juez de primera instancia

El tercero en el Registro mejicano

CAPITULO I

PRECEPTOS A ANALIZAR

Sirven de base a mi estudio las disposiciones legales contenidas en el nuevo Código civil mejicano, de 30 de Agosto de 1928, tercera parte, título segundo: «Del Registro público», así como el Reglamento del Registro de 8 de Agosto de 1921, en lo que ha quedado vigente (en todo aquello que no contradiga las disposiciones del Código civil).

Al final de este capítulo transcribo los artículos pertinentes de ambos Ordenamientos legales.

Tanto por el título que encabeza este capítulo de mi trabajo como por el párrafo que antecede se advierte que voy a ocuparme de Leyes, no mencionando otras fuentes de Derecho: Principios generales, costumbre, ciencia jurídica, jurisprudencia.

Tal limitación no obedece a una preferencia mía subjetiva por la Ley, menospreciando la importancia de las demás fuentes de Derecho. No es el fetichismo por los Códigos generales y por el valor absoluto de la Ley, propios del siglo XIX, el que dicta la exclusiva atención que presto a los ordenamientos legislativos.

La causa de la reducción es objetiva: en el ambiente judicial de Méjico, como herencia encastillada del siglo pasado, no se ha roto en Derecho privado la preeminencia intocable de la Ley.

Pero, además, ni aun en la posición secundaria que las demás fuentes ocupan, las estudio, por una razón de orden práctico: la imposibilidad de obtener en Madrid la jurisprudencia y la doctrina mejicanas sobre la materia de mi estudio.

Sólo diré, en términos generales, por mi conocimiento de la práctica judicial y registral de Méjico, que el problema del tercero en relación con el Registro se orienta más por los cánones extensos y precisos del de obligaciones, que por los avances rigurosos del sistema germánico.

La comprobación es sencilla : El anterior Código civil mejicano, de 31 de Marzo de 1884, disponía en su artículo 3.193 : «Los actos y contratos que conforme a la ley deben registrarse, NO PRODUCIRÁN EFECTO CONTRA TERCERO si no estuvieren inscritos en el oficio respectivo.» Y, en cambio, para el caso especial de la hipoteca *stricto sensu*, el mismo Código fija el valor de la inscripción, no exclusivamente en función de tercero, sino atribuyéndole carácter constitutivo, incluso para las partes ; decía textualmente el artículo 1.889 : «La hipoteca no producirá efecto alguno legal sino desde la fecha y hora en que fuere debidamente registrada.»

Por lo tanto, el Código de 1884 aceptó un criterio ecléctico, pues si, en general, establecía el valor de la inscripción en función del tercero, en cambio, para la hipoteca le fijaba un valor constitutivo.

Pues bien, rectificando este último sentido sustantivo, un decreto de 3 de abril de 1917, dispuso : «La hipoteca no producirá efecto legal alguno *contra tercero* sino desde la fecha y hora en que fuere registrada.»

Y persistiendo en esta negación del valor sustantivo de la inscripción, dispone el nuevo Código civil de 1928 : artículo 3.003 : «Los documentos que conforme a esta ley deben registrarse y no se registren, sólo producirán efectos entre quienes los otorguen ; pero no podrán producir perjuicios a tercero, el cual sí podrá aprovecharlos en cuanto le fueren favorables.»

El artículo 2.919, del propio Código, establece que la hipoteca nunca es tácita ni general, y «para producir efectos contra tercero necesita siempre de registro».

La moderna legislación civil mejicana, por lo tanto, se aleja claramente de los patrones germánicos y ordena toda la materia registral, en función del concepto de tercero.

¿ Cuál ha sido la causa de este alejamiento, e incluso de la rectificación de los antiguos preceptos que atribuyeron valor sustantivo

a las inscripciones, si bien nada más en las hipotecas *stricto sensu*?

A mi juicio, el tráfico inmobiliario mejicano, bastante reducido, no ha hecho sentir con imperio la necesidad de organizar el Registro, procurando, a través del valor sustantivo de la inscripción, el afianzamiento y la seguridad de las operaciones adquisitivas del dominio de inmuebles y derechos reales. Viejos resabios de una organización señorial y latifundista de las tierras de labor: existencia de grandes haciendas, ligadas hereditariamente a las familias, resistencia psicológica del gran propietario a desprenderse de sus heredades, han limitado las transacciones.

Y en cuanto al crédito, sea rural o urbano, funcionando a través del mutuo con garantía hipotecaria, termina casi siempre con el despojo del propietario imprevisto, que emplea las cantidades obtenidas más en gastos improductivos que en empresas comerciales o industriales.

La Ley, aunque, imitando los patrones registrales del siglo liberalista, admitió el Registro e intentó dar efectos constitutivos a la inscripción, se encontró la resistencia psicológica del ambiente y se vió precisada a rectificar; el deseo del tráfico inmobiliario, principal impulsor de los Registros, y el logro de un sistema seguro de crédito territorial, que requiere la protección amplia del acreedor, se encontraban detenidos en el ambiente mejicano: enemigo de la transferencia del dominio; y reacio a un crédito que concluía por la ruina del propietario.

Sobre esto, han venido las nuevas corrientes de Derecho, plenamente admitidas en Méjico, a partir de su gran revolución cerrada en 1917: Constitución política, que en su artículo 27 asigna toda la propiedad del suelo a la Nación; leyes del patrimonio familiar declarando inembargables e ingravables los bienes; preceptos agrarios impidiendo todo tráfico y todo gravamen privado sobre las parcelas repartidas...

La negociación inmobiliaria y el crédito se refugian en los centros urbanos desarrollados. El Registro sirve más bien estos intereses. Pero, al hacerlo, tiene que sufrir la presión del ambiente general enunciado, y, por ello, lejos de acercarse al patrón registral germánico, se sigue escudando en el viejo concepto contractual romano del tercero. Es lo que creo demostrarán los preceptos ex-

tractados que a continuación inserto, y los demás capítulos de esta Memoria.

* * *

Disposiciones de Ley, importantes para el problema del tercero, en el Registro mejicano (Código civil de 1928. Reglamento del Registro de 1921) :

Código civil :

Artículo 3.003. «Los documentos que conforme a esta ley deben registrarse y no se registren, sólo producirán efectos entre quienes los otorguen; pero no podrán producir perjuicios a tercero, el cual sí podrá aprovecharlos en cuanto le fueren favorables.»

Artículo 3.006. «La inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes.»

Artículo 3.007. «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los actos o contratos que se otorguen o celebren por personas que en el Registro aparezcan con derecho para ello no se invalidarán EN CUANTO A TERCERO DE BUENA FE, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud de título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo registro.

Lo dispuesto en este artículo no se aplicará a los contratos gratuitos, ni a actos o contratos que se ejecuten u otorguen violando una ley prohibitiva o de interés público.»

Artículo 3.008. «No podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o de derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción en que conste dicho dominio o derecho.

En el caso de embargo precautorio, juicio ejecutivo o procedimiento de apremio contra bienes o derechos reales determinados, se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos o de sus frutos, inmediatamente que conste en los autos, por manifestación auténtica del Registro de la Propiedad, que dichos bienes o derechos están inscritos a favor DE PERSONA DISTINTA de aquella contra la cual se decretó el embargo o se siguió el procedimiento, a no ser que se hubiere dirigido contra ella la acción, COMO CAUSAHABIENTE el que aparece dueño en el Registro.»

Artículo 3.009. «No pueden los b'enes raíces o los derechos reales impuestos sobre los mismos aparecer inseritos a la vez en favor de dos o más personas distintas, a menos que éstas sean copartícipes.»

Artículo 3.017. «El registro producirá sus efectos desde el día y la hora EN QUE EL DOCUMENTO SE HUBIESE PRESENTADO en la oficina registradora, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente.»

Artículo 3.018. Previene que el Notario autorizante de la escritura que deba registrarse dé al Registro un aviso en el que «conste la finca de que se trate, la indicación de que se ha transmitido o modificado su dominio o se ha constituido, transmitido, modificado o extinguido el derecho real sobre ella». «El Registrador, con el aviso del Notario, y sin cobro de derecho alguno, hará inmediatamente una ANOTACIÓN PREVENTIVA al margen de la inscripción de propiedad. Si dentro del mes siguiente a la fecha en que se hubiere firmado la escritura se presentare el testimonio respectivo, su inscripción SURTIRÁ EFECTO CONTRA TERCERO DESDE LA FECHA DE LA ANOTACIÓN PREVENTIVA, la cual se citará en el registro definitivo. Si el testimonio se presenta después, su registro sólo surtirá efectos DESDE LA FECHA DE LA PRESENTACIÓN.»

Artículo 3.029. «Las inscripciones no se extinguén EN CUANTO A TERCERO, sino por su cancelación o por el registro de la transmisión del dominio, o derecho real inscrito a otra persona.»

Artículo 3.036. «Cuando se registre la propiedad o cualquier otro derecho real sobre inmuebles, en favor del que adquiere, se cancelará el registro relativo al que enajene.»

Artículo 3.043. «Las cancelaciones deberán contener, para su validez, los datos necesarios a fin de que con toda exactitud se conozca cuál es la inscripción que se cancela, LA CAUSA POR QUE SE HACE LA CANCELACIÓN Y SU FECHA.»

Artículo 3.044. «Las inscripciones preventivas se cancelarán no solamente cuando se extinga el derecho inscrito, sino también cuando esa inscripción se convierta en definitiva.»

Preceptos del Reglamento del Registro:

Artículo 31. «Cuando una persona tenga más de un título, bien porque siendo heredero o legatario, funde su derecho en un testamento y en una partición, bien porque poseyendo bienes que le han sido disputados, es mantenido en su propiedad por transac-

ción o sentencia ejecutoria, o bien por cualquiera otra causa, deberá inscribirse cada uno de dichos títulos, aunque, si fuere posible, se comprenderá en una sola inscripción.»

Artículo 49. Para el caso de que una sentencia resuelva sobre una anterior inscripción, ordena se haga UNA NUEVA, la cual no surtirá sus efectos SINO DESDE SU FECHA.

Artículo 71. «Siempre que en los títulos consten planos o croquis de las fincas, se agregará al libro de Documentos un ejemplar que los interesados llevarán preparado, HACIÉNDOSE MÉRITO DE ESTA CIRCUNSTANCIA EN LA INSCRIPCIÓN Y DANDO EL ENCARGADO FE DE QUE COINCIDE EL ORIGINAL Y SU COPIA.»

Artículo 72. «Inscripto en el Registro cualquier título de propiedad en favor de una persona, no se podrá inscribir ningún otro anterior en favor de persona distinta.»

Artículo 77. «Inscripto en el Registro cualquier título TRASLATIVO DEL DOMINIO de los inmuebles, no podrá inscribirse ningún otro de fecha ANTERIOR, por el que se transmita o GRAVE la propiedad del mismo inmueble.»

Artículo 78. «La prohibición contenida en el artículo anterior se entiende sin perjuicio de la facultad que, según la misma ley, tengan los dueños de inmuebles o derechos reales para registrar los títulos que oportunamente no hubieren presentado; pero en las inscripciones de esta especie se hará mención de dicha circunstancia, antes de expresarse la conformidad de ellas con los documentos de su referencia.»

Artículo 131. «Para la cancelación de las hipotecas basta el consentimiento expreso y debidamente comprobado del acreedor.»

Artículo 141. «Cuando se registre la propiedad a favor del que adquiera, se cancelará el registro relativo al que enajene.»

CAPITULO II

DISCREPANCIAS CON EL SISTEMA GERMÁNICO DE TERCERO

La perfección y amplio desarrollo de los sistemas germánicos de Registro (Código civil alemán, Código suizo) y la solución técnica y clara que han dado al problema del tercero hipotecario, jus-

tifica como paso previo al estudio del mismo problema en el Registro mejicano, que trate de fijar en este capítulo las discrepancias y el alejamiento que éste guarda con relación a aquél.

En el Registro germánico se asigna a la inscripción un valor sustantivo: ella autentica o legitima la situación real con el valor de una presunción *juris tantum*, en función constitutiva o declarativa, según los casos. Y si viene un tercero adquirente, que celebra su adquisición basándose en esa verdad registral, se refuerza frente a él el valor de la propia inscripción, pasando de presunción *juris tantum*, que admite prueba en contrario, a una presunción *juris ei de jure* (o bien a una ficción legal, según opinan otros autores).

La causa eficiente de este nuevo valor de la inscripción, su fuente de origen, es la *fides publica*.

En virtud de esta organización general del sistema, la posición y el problema del tercero quedan perfectamente encuadrados y delimitados:

El tercero es el «adquirente», que se apoya en el «asiento» del Registro para fundamentar su adquisición.

Nótese dos elementos: existencia de una previa inscripción (por ello decimos que la adquisición del tercero es «segunda», a diferencia de la «primera», que originó la inscripción que sirve de apoyo a la adquisición); una operación que consiste en una «adquisición derivativa» (lo cual indica que los problemas peculiares a esta operación jurídica; título y modo, tradición, *jus ad rem, gewere*, inscripción; influyen en nuestro problema de tercero).

No se trata en el Registro solamente de un tercero, sino de un tercero «adquirente» (1).

Puede darse un caso de tercero en que no se trate de «adquisición»: por ejemplo: deudor hipotecario que, fiándose de la inscripción, paga los intereses al acreedor «inscrito». Pero, en general, el problema centro es el de adquisición. (El Registro se propone asegurar las «transmisiones», dar solidez y desarrollar «el tráfico inmobiliario».)

Pero este tercero que «adquiere» (y adquiere precisamente ba-

(1) Nussbaum (p. 41), en su *Tratado de Derecho hipotecario alemán*, dice: «Para comprender el alcance de este régimen (*fides publica*), no hay más remedio que distinguir entre la posición jurídica del *primeramente inscrito* y la de sus sucesores o causahabientes.»

sándose en una inscripción antecedente, lo cual hace que la inscripción que corresponde a su acto adquisitivo sea «segunda»; necesita:

I. Encontrarse en una peculiar posición psicológica (buena fe).

II. Esta posición psicológica se une al valor del asiento «primero» (cosa juzgada, inscripción sustantiva, inscripción como simple formalidad que nada añade al acto extra-registral, transcripción sacramental).

III. Se estima, por último, la correspondencia que existe de hecho (no en la ficción jurídica) entre Registro y realidad.

Estimando todos estos elementos, sabremos el definitivo carácter, subsistencia y extensión de la adquisición del tercero.

Es decir, la inscripción, como elemento centro que proporciona el Registro, linda de un lado con la realidad jurídica existente fuera del Registro, y del otro, con la posición psicológica del tercero adquirente, que apoya su adquisición en tal inscripción.

Realidad, o sea verdadera situación extra-registral; valor intrínseco de la inscripción, y actitud psicológica del tercero (buena o mala fe) se entrelazan para definir la suerte de la adquisición de este último.

Pero si el Registro germánico, por virtud de su minuciosa técnica, ha establecido las bases precisas y fijas para saber: cuándo coinciden realidad y registro; y qué valor tiene en cada caso el asiento registral; resulta, en verdad, que el problema del tercero está ya predeterminado: la posición psicológica del adquirente (buena o mala fe) no puede extenderse indefinidamente, ni salirse de los cánones estrictamente registrales.

Los principios de *fides publica* y de buena fe, que contienen directamente el problema registral de tercero, resultan dóciles consecuentes del principio de inscripción (valor del asiento), y de las normas que resuelven las posibles discordancias entre Registro y realidad (inexactitud «real»).

Lo que el tercero ha de conocer, para que sepamos si es de buena o mala fe, será únicamente el desacuerdo entre el Registro y una situación «real»; y los efectos de este conocimiento (buena o mala fe) se encontrarán directamente limitados por la inscripción: esto es, consistirán tales efectos sólo en resolver si ha de mante-

nerse o no el vigor de la protección registral de la inscripción «primera», para el tercero; lo cuál decidirá la suerte (subsistencia o insubsistencia) de la «segunda» inscripción (por lo tanto, decidirá la suerte de la adquisición del tercero).

En resumen:

El problema registral de tercero, en el sistema germánico, queda reducido a estos términos:

a) El Registro, ¿concuerda o no concuerda con la verdadera situación «real»? (¿Es exacto o inexacto?) Nótese que esto excluye toda discrepancia entre Registro y una situación «creditual», o sea derivada del Derecho de obligaciones (ventas, préstamos, etc.). Este punto es el ÁMBITO DE LA BUENA FE.

b) La inscripción que frente a los terceros tiene valor de ficción legal, de verdad inatacable, ¿ha de proteger o no al tercero de nuestro caso concreto? Es decir, este tercero ¿gozará o no de la protección hipotecaria mediante la cual se toma como verdad lo que el asiento del Registro expresa? Estos serán los EFECTOS de la solución del problema de tercero.

c) El tercero adquirente, ¿conocía o no la inexactitud «real» del Registro? ¿Merece o no, por lo tanto, la «protección»? PARTE PSICOLÓGICA: buena o mala fe, según el conocimiento del tercero.

* * *

El Registro mejicano está lejos de esta precisión:

¿Delimita en términos de Derecho inmobiliario la inexactitud del Registro? ¿Habrá inexactitud siempre que el Registro no concuerde con la realidad? (¿sea ésta de Derecho real o de Derecho de obligaciones, simples hechos?). Bien porque fuera del Registro exista un derecho real que en el Registro no aparece existente; bien porque no exista cuando el Registro lo declara existente, bien porque un contrato, una obligación cualquiera rompa también esta concordancia... (La inscripción no convierte los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes.) En todos los casos, ¿habrá inexactitud? Es una primera confusión entre Derecho real y Derecho personal, que necesariamente repercuten en todo lo subsiguiente, hasta alcanzar proporciones de embrrollo en el término lógico del sistema: el problema del tercero.

El valor de la inscripción, otro de los ejes del problema, ni es una cosa juzgada, ni tampoco simple formalidad. Aunque el artículo 3.006 del Código civil no admite que la inscripción agregue fuerza alguna a las situaciones jurídicas, se ve inmediatamente obligada la Ley, en el artículo siguiente, a hacer reservas frente a los «terceros adquirentes de buena fe».

Un artículo de la compraventa define la inscripción como «entrega jurídica».

En el caso de doble venta, prevalece la inscrita primero.

El 3.003 establece el valor de la inscripción en función de tercero, sin concederle importancia alguna «inter-partes».

El párrafo final del 3.008 establece, en cambio, ciertos efectos sustantivos para el caso de embargo o procedimiento de apremio : la inscripción basta para desvirtuar el procedimiento.

Por último, el problema psicológico del tercero recibe las consecuencias de la doble indecisión anterior ; su buena o mala fe se resolverá atendiendo al conocimiento no tan sólo de inexactitud real del Registro, sino también inexactitud por causas obligacionales. La actitud psicológica del tercero se confunde con la buena fe contractual : fraude, dolo, etc. Los efectos se entremezclan con los de la acción pauliana y de la evicción.

Y el sistema entero del Registro que, según la principal declaración del artículo 3.003, se define en función de este tercero, encuentra que su base es precisamente lo más confuso y menos encuadrado en principios de Derecho inmobiliario.

¿Cómo aclarar este delicado problema del tercero registral dentro del sistema del Registro mexicano? En la imposibilidad de transformar todas las disposiciones hasta lograr su concordancia con el sistema germánico, me propongo, dados los elementos propios del Registro mexicano, buenos o malos, correctos o incorrectos en la técnica inmobiliaria, definir del mejor modo posible los extremos interesantes al problema de tercero.

SILVIO A. ZAVALA,
Abogado.

(Continuará.)

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL

181. *Pago de servicios.* Sentencia de 18 de Diciembre de 1931.

Don R. formuló demanda contra don C. alegando que había realizado determinados trabajos de instalación de una maquinaria, pidiendo el pago de las obras ejecutadas, oponiendo don C. que la maquinaria la había comprado a cierta casa y por cuenta de ésta el operario trabajó, según demostraba con carta de la misma; el Juzgado y la Audiencia absolvieron de la demanda, y el Supremo rechaza el recurso, pues la Sala no infringe por inaplicación el artículo 1.544 del Código civil, por no resultar probado que una de las partes se obligó a ejecutar una obra por cuenta de la otra y mediante precio cierto, y estimándose por el Tribunal *a quo* que entre demandante y demandado no ha existido vínculo contractual, es manifiesta la improcedencia de aplicar dicho artículo con la pretensión de que de él nazcan obligaciones, por parte del demandado, de pagar servicios que la Sala declara no se prestaron por su cuenta, debiendo ser desestimado el recurso.

182. *Desahucio. Indemnización de daños y perjuicios. La absolución de la demanda resuelve las demás pretensiones.* Sentencia de 10 de Diciembre de 1931.

Don J. A. interpuso demanda contra el dueño de una finca y contra el arrendatario de una tienda de la misma, exponiendo los

siguientes hechos : el dueño de la finca arrendó al otro demandado una tienda que tenía cuatro huecos, de los que sólo necesitaba tres el arrendatario, arrendando el cuarto al actor, que allí puso otra tienda, totalmente independiente de la anterior. El arrendatario, por convenir a sus intereses, quiso desahuciar al actor, para lo cual preparó el lanzamiento por falta de pago, pero como esto no lo consiguió porque el actor se cuidó de pagar puntualmente, se puso de acuerdo con el dueño, dejando de pagar para que éste lo lance, lo que se llevó a efecto, siendo él comprendido en un desahucio en el que no fué oído ni parte, pidiendo la indemnización de perjuicios, que serían evaluados en ejecución de sentencia.

El Juzgado y la Audiencia absolvieron de la demanda, y el Supremo no admite el recurso, considerando que como premisas necesarias para la debida solución del caso son de notar : que la demanda de don J. A. se encamina a lograr la condena solidaria al pago de daños y perjuicios, citando el artículo 1.902 del Código civil y el Decreto de alquileres, afirmando en el recurso que el fallo combatido no resolvió específicamente las pretensiones de la demanda ; la sentencia de la Audiencia, después de desestimar la formulada por don J. A., no contiene otros pronunciamientos que el de absolver de la misma a los demandados, y como repetidamente tiene declarado este Tribunal, la absolución de la demanda resuelve todas las pretensiones deducidas, y por ello no existen méritos para sostener que no quedaron resueltos en la sentencia del Tribunal *a quo* los extremos relacionados con las declaraciones que en el fallo echa de menos el recurrente. La sentencia recurrida no estima tampoco probadas las maquinaciones ilícitas de los demandados para consumar el despojo y lanzamiento, y, en cambio, les reconoce la licitud con arreglo a derecho en su conducta en cuanto al lanzamiento del demandante.

* * *

Es tarea difícil encontrar una legislación medianamente equitativa en materia de alquileres, y más difícil poner trabas a la mala fe, tanto de propietarios como de inquilinos. En el período de abuso de aquéllos (época de la guerra y postguerra), se hizo necesaria una legislación de alquileres, que al fin vino, pero con una base completamente injusta, ya que a veces un mismo propietario que tenía

la suerte de verse libre de inquilinos, podía subir las rentas hasta el infinito, y el mismo dueño, en otra casa con arrendatarios inamovibles y con unos alquileres estancados, veía subir de modo pavoroso los gastos de entretenimiento de la finca. Hoy reinan por completo las aspiraciones de los que pagan la renta, y las demandas de revisión de alquileres, con arreglo al año 1914, en fincas que entonces no existían, son el caso más típico de la inorgánica legislación de alquileres. El caso del pleito resuelve una cuestión, no entre inquilino y dueño, sino entre éstos y un subarrendatario de establecimiento mercantil, el que, a falta de otra cosa mejor, tuvo que acudir al artículo 1.902 del Código civil por no existir un Estatuto o Código que regule estas materias, labor que no consideramos adecuada para ser elaborada por una Cámara política, sino que debería salir de un acuerdo entre las representaciones de las Cámaras de la Propiedad (que yo haría voluntarias, no forzosas) y de las Cámaras de inquilinos. La vida pujante de éstas indica de modo expresivo las ventajas de la voluntariedad y la desventaja de la obligatoriedad de pertenecer a las otras, que de este modo, sin estímulo, se convierten en instituciones de vida lágida, como lo demuestra la creación de las Cámaras libres, que con interés especial cumplen de modo eficaz el fin para que han sido creadas.

183. Arrendamiento de servicios. La absolución de la demanda supone la desestimación de lo pedido en ella. Sentencia de 28 de Noviembre de 1931.

El dueño de un establecimiento de tintorería firmó un contrato, por el cual don E. era nombrado jefe de taller, y doña M. encargada del establecimiento de tinte, con sueldo de 20 pesetas diarias cada uno y obligándose a prestar servicio por un plazo mínimo de cinco años.

El documento fué suscrito por don E., por sí y en nombre de doña M., su supuesta esposa, determinándose que ambos tendrían derecho a ocupar unas habitaciones, como parte de la remuneración.

Con tales antecedentes, don E. y doña M. entablaron demanda contra el dueño, alegando que sólo prestaron servicio un año y reclamando 80.000 pesetas por sueldos y derecho de habitación.

El demandado opuso que el contrato se firmó por suponer que quienes contrataban eran marido y mujer, hecho falso según se demostró luego, y que por razones del negocio, además, no necesitaba al jefe de taller que había tomado. El Juzgado y la Audiencia absolvieron de la demanda y el Supremo rechaza el recurso por no haber incongruencia, ya que la demanda pide que se declare voluntariamente incumplido el contrato de arriendo de servicios firmado por el demandado, y la indemnización de daños y perjuicios y la absolución de aquélla comprende la desestimación de todo lo pedido en ella.

184. *Culpa extracontractual. Para que pueda ejercitarse la acción nacida de ella, es necesaria la existencia de una acción u omisión culposa. No constituyen actos o documentos auténticos, a los efectos del número 7 del artículo 1.692, las declaraciones de los testigos, las manifestaciones de las partes y la inspección personal del Juez.* Sentencia de 12 de Diciembre de 1931.

Determinado señor, por sí y en representación de su esposa, formuló demanda contra el Superior de un Colegio, fundada en que un hijo de ambos, alumno del Colegio, había perecido ahogado cuando había salido de paseo y al cuidado de un religioso, pidiendo indemnización del daño causado.

El Superior opuso diferentes razones, y entre ellas que se empleó la diligencia debida e incluso el religioso se tiró al agua para salvar al niño, estando a punto de perecer ahogado. El Juzgado condenó cual se pedía en la demanda; pero la Audiencia revocó esta sentencia, e interpuesto recurso el Supremo no lo admite, porque según constante jurisprudencia de esta Sala, para que válida o eficazmente pueda ejercitarse la acción nacida de la culpa extracontractual, regulada por los artículos 1.902 y siguientes del Código civil, es necesaria la existencia de una acción u omisión culposa, y que, como consecuencia de la misma, se cause un daño a otro, el cual debe ser reparado, siempre que éste sea consecuencia necesaria del acto u omisión en que intervino culpa o negligencia, que como cuestión de hecho corresponde apreciar a la Sala sentenciadora.

Tampoco puede prosperar el motivo fundado en la infracción del artículo 1.101 del Código civil, pues aun admitiendo quede la

entrega del niño a los demandados para su instrucción, cuidado y educación, naciera una obligación contractual, exigible por los padres del citado niño, para exigir una indemnización de daños y perjuicios, esto nacería también, en todo caso, de la existencia de dolo, negligencia o morosidad por parte de los demandados en el cumplimiento de sus obligaciones, y no habiéndose ni alegado siquiera la existencia de dolo y negada por la Sala sentenciadora la culpa, es manifiesta también la improcedencia de este motivo.

No puede, igualmente, prevalecer el error en la apreciación de la prueba, pues no tienen la consideración de actos o documentos auténticos, a los efectos del número 7 del artículo 1.692, ni las declaraciones de los testigos, ni las manifestaciones de las partes, ni la inspección ocular del Juez.

* * *

Véase la Sentencia de 18 de Noviembre, número 161, inserta en el número anterior de esta REVISTA.

185. *Prescripción. Interrupción por la celebración del acto de conciliación. Si hubo causa criminal, el año ha de contarse desde la fecha del auto de sobreseimiento.* Sentencia de 3 de Diciembre de 1931.

Una señora, que había sido víctima de un atropello de auto, promovió demanda en solicitud de indemnización de perjuicios por el daño sufrido, oponiendo el demandado la excepción de prescripción, que fué estimada por el Juzgado y la Audiencia, y la Sala no admite el recurso, considerando que el primer motivo se ampara en el número 1 del artículo 1.692, por estimarse infringido, por falta de aplicación, el artículo 1.973 del Código civil, en razón a que el Tribunal *a quo* computa el plazo de prescripción para estimarla desde que se celebró el acto conciliatorio, y a juicio del recurrente debe empezar a contarse desde que se presentó la demanda de conciliación; y si bien es cierto que el artículo que se supone infringido trata genéricamente del modo de interrumpirse la prescripción, existiendo en la ley disposiciones que concretamente hacen referencia a interrupciones de la pres-

cripción por medio del acto conciliatorio, como en el caso presente acontece, debe ceder el precepto general ante el que resuelve la cuestión que se ventila. Al tratar el artículo 1.947 del Código civil de la prescripción del dominio y demás derechos reales, dice que se interrumpirá civilmente la prescripción por el acto conciliatorio, siempre que dentro de los dos meses siguientes se presente la correspondiente demanda, disposición que por analogía debe aplicarse a la prescripción de las acciones; pero, además, ese mismo criterio está mantenido en el artículo 479 de la ley de Enjuiciamiento, cuando establece que el acto conciliatorio interrumpirá la prescripción de la acción si se promueve el correspondiente juicio dentro de los dos meses de la celebración de aquél, sin averencia, debiendo desestimarse el primer motivo por que el Tribunal de instancia obró acertadamente al computar el término interruptor desde la fecha del acto de conciliación.

El segundo motivo reputa infringido el artículo 1.968 del Código civil, referente al plazo de prescripción de un año, y como en el presente caso no se pudo ejercitar la acción civil, por estar tramitándose una causa criminal por el hecho generador del daño, estima la parte recurrente que debe interpretarse el artículo en el sentido de que el año ha de contarse desde que la perjudicada tuvo conocimiento del auto de sobreseimiento, que puso término al procedimiento criminal; teoría inadmisible, porque no debiendo notificársele tal auto, por no haber sido parte en la causa, resultaría el plazo de ejercicio de la acción de que se trata todo lo ilimitado que la voluntad de la parte interesada en dilatarlo tuviera a bien, con lo que sería letra muerta el precepto legal que lo firma en un año como maximum; y por eso debe contarse dicho plazo, como acertadamente hizo el Tribunal de instancia, desde la fecha del auto de sobreseimiento que puso fin a la causa criminal, siendo incumbencia de la parte recurrente, por su propio interés, averiguar cuándo llegan a ese momento de finalizar la actuación de naturaleza criminal, para ejercitar la civil de que se creyera asistida.

186. *Derecho foral. Derecho del marido en Mallorca y Cataluña para conferir a su esposa la facultad de elegir heredero universal*

entre los hijos de ambos, respetando las legítimas. Sentencia de 10 de Diciembre de 1931.

Don J. G. falleció en Mallorca, con testamento, en el que instituyó heredera usufructuaria a su esposa, nombrando herederos propietarios a dos hijos, A. y B., bajo la división que dispondría su madre, a la que concedía las facultades necesarias en derecho.

La viuda otorgó testamento y dejó la legítima a su hija A., instituyendo heredera a B., y haciendo uso de la facultad que su esposo le confirió, repartió la herencia de éste, parte para A. y la mayor parte para B.

Fallecida la madre, A. formuló demanda, basada en la interpretación que daba al testamento de su padre, pues, según ella, la división debía ser por partes iguales, a lo que B. opuso la interpretación contraria.

El Juzgado y la Audiencia absolvieron de la demanda y la Sala rechaza el recurso, considerando que es costumbre observada en Cataluña y Mallorca, y sancionada por la Jurisprudencia, la de que puede el marido conferir a su mujer la facultad de elegir heredera universal de los bienes de aquél de los hijos de ambos que mejor le pareciese o de distribuir entre ellos la herencia, guardando las legítimas, siendo preciso que el encargo se haga con palabras que lo den claramente a entender.

Como rectamente estimó la Sala, en el testamento otorgado por don J. G. se contiene la indicada costumbre, dando el testador claramente a entender, por las palabras empleadas, que el encargo dado a su esposa lo fué para dividir los bienes de su herencia entre sus hijas, en la forma que mejor le pareciera, y únicamente, a falta de esa división, tendría lugar la subsidiaria, establecida también por el testador, y, por tanto, la de hacer uso la esposa de la mencionada facultad en el testamento, que a su vez otorgó, sin perjudicar la legítima de su hija la recurrente, se atemperó a la voluntad expresa del testador, que utilizó la costumbre establecida.

* * *

No registra Mouton y Ocampo en su obra Derecho consuetudinario (1) la costumbre a que el Supremo se refiere. Según Du-

(1) Luis Mouton y Ocampo: *Derecho consuetudinario español*, 1911.

rán y Bas (1), aunque no es conocido en Cataluña el testamento por Comisario, está introducida la práctica que como derecho consuetudinario ha admitido el Supremo de confiar el marido a su consorte—lo contrario es menos frecuente—la facultad de distribuir la herencia entre sus hijos, expresando, a veces, que ha de hacerlo con arreglo a sus instrucciones...

No vemos tampoco el desarrollo de esta institución, ni en el Diccionario de Mouton (2), ni en el Derecho civil vigente en Mallorca, de la Biblioteca Judicial (3).

Es interesante recordar lo dispuesto en el artículo 29 del Apéndice foral de Aragón, según el cual el testador puede encomendar a su cónyuge, sólo o con asistencia de determinados parientes, que, a modo de fiduciario comisario, ordene y regule la sucesión de aquél...

Según el Sr. Costas, antiguo Notario de Tortosa y hoy Decano del Colegio de Valencia, en Tortosa es casi de ritual la cláusula por la cual el marido instituye a su esposa heredera usufructuaria, con facultad de distribuir igual o desigualmente la herencia entre los hijos comunes, autorizándola además para revocar cuantas veces quiera esta distribución.

Al tratar el Sr. Mouton y Ocampo del proyecto de Apéndice al Código civil para las Islas Baleares, redactado, como es sabido, en 1903 por los señores Ripoll, presidente; Sampol, Font y Sureda, con voto particular de los otros dos vocales, señores Guasp y Socías, no se ocupa para nada de la costumbre reconocida por el Supremo (4).

En cambio, el Sr. Ballester (5) cita el artículo 18 del Proyecto, que es como sigue:

«Cualquiera de los cónyuges, al dejar al otro en testamento, en codicilo o donación el usufructo del todo o parte de los bienes, podrá autorizarle u obligarle a disponer de la propiedad de los

(1) Durán y Bas: *Memoria acerca de las instituciones del derecho civil de Cataluña*, 1883, pág. 191.

(2) *Diccionario del derecho civil foral*, tomo III, pág. 423.

(3) Página 101 y siguientes.

(4) Ved Mouton: *Los apéndices forales del Código civil. Revista de Legislación*, tomo CXVII, pág. 322.

(5) Pedro Ballester: *El apéndice de Baleares. Revista de Legislación*, 1925, pág. 71.

mismos a favor de uno o más de los hijos comunes o determinados parientes del uno o del otro. En estos casos, la designación o elección hecha en acto entre vivos será irrevocable; si se hiciese en acto de última voluntad será revocable.»

Y agrega Ballester que el Supremo declaró, a propósito de esta especialidad foral, en Sentencia de 31 de Marzo de 1906, que, una vez utilizada por el cónyuge supérstite la facultad en documento público, no podía usarse de nuevo. Y decía el Sr. Ballester en Las instituciones forales de Menorca:

«*Aquí ha sido y es general observancia que el testador instituya a su cónyuge heredero propietario, o usufructuario, ordinariamente, con facultad de vender y onerar caso de necesidad, conjiriéndole el encargo de distribuir los bienes entre sus comunes hijos. Y aunque decidido partidario de la unificación, he de declarar que, a mi pobre juicio, es verdadera lástima que una institución tan recomendable no tuviera cabida en el Código, como también sería lastimoso, si el Fuero se conservase, que prevaleciera la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, porque la institución quedaría desnaturalizada.*»

«*Ya que el artículo 831 ha autorizado el pacto en capitulaciones matrimoniales, ¿no se hubiera podido establecer, también por vía de excepción, que esta facultad se transmitiera entre cónyuges por testamento?*»

187. *Depósito de personas. Facultades del juzgador de instancia para resolver discrecionalmente lo más conveniente al interés de los hijos.* Sentencia de 14 de Diciembre de 1931.

Una señora solicitó, fundada en malos tratos, el depósito suyo y el de un hijo del matrimonio, mayor de cuatro años, por estar enfermo, a lo que el marido se opuso, en cuanto al hijo, por no ser cierta la enfermedad. La Territorial accedió a lo pedido por el padre, e interpuesto recurso por la madre, el Supremo no lo admite, pues según constante jurisprudencia de la Sala, para que proceda el recurso de casación contra las Sentencias dictadas en actos de jurisdicción voluntaria, es necesario que las mismas sean definitivas, sin que tengan este carácter las dictadas en los depósitos de personas, y, por tanto, ya se atienda al pronun-

ciamiento dictado en la resolución recurrida, declarando que por aquella ha de quedar el niño en poder del padre, como por tratarse genéricamente de un acto de jurisdicción voluntaria, referente al depósito de personas, debe estimarse, a los efectos de la primera de las declaraciones a que se refiere el artículo 728 de la ley Procesal, que la resolución recurrida no es definitiva, y, por tanto, de conformidad con lo preceptuado en el caso tercero del artículo 1.929, debe declararse no admisible el recurso, sin que pueda oponerse la doctrina de las Sentencias de 26 de Junio de 1929, ya que la misma hace relación a recursos admitidos, en los que pueden discutirse las cuestiones de fondo; discusión improcedente en trámite de admisión, en el que es forzoso reconocer las modernas orientaciones del derecho en orden a dar al juzgador de instancia las amplias y discrecionales facultades necesarias para resolver en cada caso y momento del depósito, en virtud de causa justa, lo más conveniente al interés de los hijos, sin carácter definitivo, a los efectos de la casación.

ENRIQUE TAULET,

Notario de Valencia.