

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO
DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO CIVIL Y ESPECIALMENTE AL RÉGIMEN HIPOTECARIO

Año VIII

Agosto de 1932

Núm. 92

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

(Historia y Derecho comparado)

El depósito de cosa fungible se presume siempre irregular, a no ser que haya pacto o prueba en contrario; la presunción recae a favor del depositario, debiendo probar el depositante. Consecuencia importante de tal presunción es que el dinero, títulos, etc., se transmiten, con los riesgos, ventajas y pérdidas correspondientes, al depositario, el cual puede libremente servirse de ellos como de cosa propia, transferirlos a su vez en propiedad de un tercero, constituir sobre ellos derechos reales, etc. El asume solo la obligación personal de la restitución de *tantundem*. En caso de quiebra, el depositante no tiene derecho a ejercitar reivindicación ninguna, sino sólo a ser compensado con el dinero de la quiebra (2).

Pipia dice que, generalmente, se identifican los depósitos ban-

(1) Véanse los números 86 a 91 de esta Revista.

(2) En contra de esta opinión, Sentencia del Tribunal de Casación de Torino de 28 de Mayo de 1912, en el contrato de depósito no se puede presumir a favor del depositario la facultad de disponer de la cosa depositada. Conforme con ella, el Tribunal de Casación de Roma, en 19 de Diciembre de 1914, en el depósito irregular el depositante no tiene derecho ninguno de privilegio o de reivindicación, sino sólo una acción personal de crédito.

carios con el depósito irregular, y hace la distinción, ya apuntada, de depósitos disponibles y no disponibles. A los primeros se les acuerda un interés menor, por la obligación en que está el depositario de tener siempre capitales disponibles para los reembolsos, los cuales se verifican o por medio de letras de cambio, o emitiendo cheques contra el banquero, o con la presentación de los pertinentes libretos de cuenta corriente o de ahorro y las correspondientes anotaciones. Por el contrario, a los depósitos no disponibles les corresponde un interés mayor, expidiendo el Banco a su constitución los llamados *buoni fruttiferi* nominativos, que pueden ser transferidos mediante cesión, aunque en la forma abreviada del giro. Pero a continuación se pronuncia contra la pretendida identificación de los depósitos bancarios con el depósito irregular, afirmando que tales formas económicas (las examinadas), por las cuales los grandes y pequeños capitalistas consignan su dinero en los Bancos, aun cuando presentan algunos puntos de contacto con la figura jurídica del depósito irregular, se diferencia, sin embargo, en cuanto que contrariamente a lo dispuesto en el artículo 1.848, la Banca depositaria se libera, restituyendo las sumas depositadas no sólo en la misma especie, sino también en papel o en especie amonedada diversa; y en cuanto que la Banca tiene siempre el derecho a rehusar los reembolsos que no se pidan en el debido preaviso o anteriormente al vencimiento del plazo fijado, en el caso de depósitos no disponibles, y esto en oposición a lo dispuesto en el artículo 1.860. Por tanto, deben reputarse como formas impropias del depósito, que constituyen nuevas manifestaciones economicojurídicas, en las cuales predominan conjuntamente elementos del depósito y del mutuo, pero que dan vida a una relación de nuevo cuño y fisonomía autónoma e independiente, esto es, el depósito bancario.

El Novísimo Proyecto de Código de comercio italiano, publicado en 1925 por la Comisión Real para la reforma de los Códigos (Subcomisión B), contiene la novedad de consagrar un título del libro II a los depósitos bancarios. Dentro de ellos contempla dos supuestos de depósito irregular.

El primero es en el caso de que la Banca tenga en depósito una suma de dinero (artículo 366). La Banca adquiere la propiedad de esa suma, y tiene obligación de restituirla en una cantidad equivalente de la misma especie, en una o más veces, a petición del de-

positante o en la fecha fijada por el contrato. Esta última posibilidad está en contradicción con el criterio de La Lumia, seguido por nosotros, para determinar qué depósitos bancarios constituyen propiamente depósito irregular. El Proyecto italiano considera que subsiste el depósito de suma de dinero, sin transformarse en mutuo aun cuando se haya estipulado una fecha cierta para la restitución. Por otra parte, se advierte que no exige el Proyecto, a los efectos del paso de propiedad de la suma depositada, un especial acuerdo de los contratantes o autorización de uso concedida por el depositante. De todo ello resulta evidente el propósito del Proyecto de mantener decididamente la figura del depósito irregular, aun violentando alguno de los rasgos específicos de la institución.

El segundo supuesto dice relación al depósito bancario de títulos (artículo 368). En este caso, el Proyecto toma mayores precauciones, inspirándose en el mismo deseo de evitar abusos que ha determinado en el Proyecto de reforma del libro II del Código español la existencia de una disposición absolutamente prohibitiva del depósito irregular de títulos. Según el Proyecto italiano, en esta clase de depósitos la propiedad persiste en el depositante, si éste no ha demostrado la intención de transmitírsela a la Banca. Esta intención se presume si el depositante la concede el derecho de disponer sin limitación o le da la facultad de restituir otros tantos títulos de la misma especie. Esta disposición está inspirada en la ley sobre depósitos alemana.

41. En la legislación alemana, los depósitos peculiares del derecho mercantil pueden dividirse en dos grandes grupos según se incluyan o no en el concepto del depósito irregular. Al primero pertenecen, tanto los depósitos de dinero (*Depositengeschäft*), como los depósitos de títulos fungibles (*Summendepot bei Wertpapiere*). Al segundo pertenecen los depósitos colectivos o conjuntos (*Mengerverwahrungsvertrag, Sammeldepot*).

a) Los autores alemanes consideran, en efecto, como depósito regular el *Sammeldepot* o *Vermengungsdepot* (depósito colectivo o conjunto) en el cual el depositario puede mezclar entre sí las cosas fungibles pertenecientes a varios depositantes. El depositario no se hace propietario, sino que constituye una copropiedad por fracciones para los depositantes.

Sustentan esta opinión O. v. Gierke (1), J. Gierke (2), Co-sack (3), Riezze (4). Este último autor considera el depósito colectivo como un tipo intermedio entre el depósito regular y el irregular.

Una aplicación práctica especial encuentra el depósito colectivo de títulos-valores, a partir del año 1882 en el Banco de la *Berliner Kassenverein*. Los Bancos y los bolsistas entregan allí, en esta clase especial de custodia, sus títulos mercantiles, y el Banco depositario los agrupa en especies separadas en calidad de *Sammeldepot*. El Banco se convierte en administrador.. Cada depositante tiene una fracción de copropiedad y puede reclamar la restitución de piezas del mismo género, así como disponer sobre su parte mediante enajenación y constitución en prenda. El tráfico se opera por medio de cheques de diferentes colores. El cheque blanco del depositante se utiliza para la restitución *in natura*; el cheque rojo, para la transmisión mediante la transferencia de su cuenta a la cuenta de otro depositante (tráfico de efectos mediante giro, etcétera) y el cheque verde sirve, finalmente, para fines de prenda (5).

Heilfron (6) considera que el depósito en los almacenes generales, a que se refieren los artículos 416 y siguientes del Código de comercio alemán, puede ser depósito irregular o depósito regular, según los casos. Cuando se depositan cosas no fungibles no hay duda respecto de la naturaleza del depósito. Y cuando se trata de cosas fungibles puede llevarse a efecto la entrega de modo que la propiedad pase al almacenista y éste se obligue a devolver cosas del mismo género, cantidad y calidad (*Summenlagergut*). En tal supuesto, y según el párrafo 3.º del artículo 419, no se aplican las prescripciones del Código de Comercio sobre depósito en los almacenes generales, sino las del artículo 700 del Código civil, sobre

(1) Ob. cit., pág. 739.

(2) *Handelsrecht und Schiffahrtsrecht*. Walter de Gruyter. Berlín y Leipzig, 1926, pág. 461.

(3) *Traité de Droit commercial*, trad. de Leon Mis. T. II, pág. 457. París, V. Giard y E. Briere, 1905.

(4) *Das Bankdepotgesetz*. Verlag von Otto Liebmann, Berlín, 1924, página 72.

(5) J. Gierke, ob. cit., pág. 461.

(6) *Lehrbuch des Handelsrechts*. J. Bensheimer. Berlín, 1913. T. II, página 286.

el llamado depósito irregular. Por el contrario, se aplican las disposiciones del Código de Comercio sobre almacenes generales cuando en el depósito de cosas fungibles (especialmente cereales, espíritus, petróleos) se autoriza al depositario para mezclarlas con otras cosas de la misma especie y calidad (*Sammellagergut*), transformándose la propiedad del depositante en una copropiedad determinada conforme el valor de las cosas que deposita.

b) El *Depositengeschäft* consiste en un depósito de dinero hecho en un Banco en calidad de depósito de suma, en el sentido de que lo que se ha de restituir es simplemente una suma igual a la depositada. El depositante puede exigir la restitución en todo tiempo sin necesidad de aviso (cf. artículos 695 y 700 del Código civil alemán). Los alemanes hablan en este caso de *Tägliche gelder*. El depositante obtiene intereses conforme a especial estipulación, interés que es muy bajo en el caso de *Tägliche gelder*.

c) El *Summendepot* de títulos-valores consiste en un depósito de títulos fungibles. En oposición al depósito regular, este depósito es especialmente peligroso para el depositante, porque pierde su propiedad, según repetidamente se ha dicho. Por esta razón, ya el Código civil alemán prescribe, para que tenga validez, un acuerdo expreso. La ley sobre depósitos bancarios de 5 de Julio de 1896, modificada en 21 de Noviembre de 1923, refuerza la protección concedida al depositante por el Código civil, exigiendo en su artículo segundo un acuerdo especial y escrito para que el depositante pueda devolver títulos distintos a los recibidos en depósito.

El artículo 2.º de esta ley dispone que: «La declaración del depositante o pignorante por cuya virtud se autoriza al depositario o acreedor prendario para restituir, en lugar de los títulos, valores depositados o empeñados de la clase designada en el artículo primero, otros títulos de la misma clase, o para disponer en su provecho de los títulos, solamente será válida cuando la declaración se haya emitido expresamente y por escrito para cada negocio particular, y siempre en caso de que el depositante o el pignorante no explote profesionalmente un negocio bancario o de cambio de dinero.

Cuando el depositario o el acreedor prendario esté autorizado para devolver otros títulos de la misma clase en lugar de los títu-

los depositados o empeñados pertenecientes a la clase designada en el artículo 7.º, no reciben aplicación las disposiciones de este artículo 1.º.

Riesser (1) comenta con relativa extensión las consecuencias jurídicas de las autorizaciones concedidas conforme al artículo 2.º, recién transcrito. Procuraremos resumirlas desde el punto de vista propio de nuestra investigación.

Según este autor, la disposición legal que comenta no produce un tránsito inmediato de la propiedad de los títulos-valores depositados al depositario a quien se autoriza para la restitución de otros títulos. Antes bien, el depósito subsiste como *depositum regulare*, y solamente a partir del momento en que el depositante ha hecho uso de la autorización, mezclando con otros los títulos-valores o realizando otro acto de apropiación, el derecho del depositante queda limitado a una acción personal dirigida a la restitución de una cantidad igual de títulos-valores de la misma clase. Por consecuencia, no puede, a partir de entonces, ejercitar el derecho de separación sobre objetos determinados como pertenecientes a su propiedad en la quiebra del banquero, sino que queda reducido a un acreedor de la quiebra ordinario, y como tal con un derecho sólo sobre el dividendo correspondiente, careciendo de protección penal alguna contra el delito de sustracción o alzamiento.

En el momento indicado, es decir, en el momento en que hace uso de la autorización, se opera el tránsito de la propiedad al depositario y surge un *depositum irregulare*. Por otra parte, y en cuanto, por consecuencia del acto de apropiación, el *depositum regulare* se transforma en un *depositum irregulare*, el depositario responde de la restitución de títulos de la misma clase, incluso en el caso en que podría eludir la responsabilidad, y, por tanto, la restitución, si se tratase de un depósito ordinario, como, por ejemplo, si los títulos, por causa de fuerza mayor, se han quemado o destruído.

Para Riesser se trata, en suma, de un depósito irregular modificado que se opone al depósito irregular típico del artículo 700 del

(1) Ob. cit., pág. 65 y sigs.

Código civil alemán, en el cual el tránsito de la propiedad se opera inmediatamente.

Contra la opinión de Riesser, Lusensky admite un *depositum irregulare*, desde luego en caso de autorización al depositario para disponer ilimitadamente del depósito en provecho propio (1).

Rechaza después Riesser (2) la opinión según la cual en caso de que en el depósito o prenda de títulos-valores fungibles se haya conferido al depositario o acreedor prendario una de las dos autorizaciones a que se refiere el artículo 2.º de la ley sobre depósitos, el depósito se convierte en préstamo por aplicación del artículo 700 del Código civil alemán. Según Riesser, semejante opinión es inadmisibile, tanto desde el punto de vista del Código civil como respecto de la ley especial sobre depósitos. En el primer aspecto reproduce Riesser las opiniones que ya conocemos sobre interpretación del artículo 700 del Código civil alemán; en el depósito de títulos fungibles únicamente dispone el Código que se aplicarán las disposiciones sobre el préstamo, con excepción de las relativas al tiempo y lugar de la restitución, las cuales precisamente son esenciales al depósito. En el caso del artículo 2.º de la ley sobre depósitos, y por consecuencia de la inequívoca voluntad de las partes, tampoco puede ser admitida la existencia de un contrato de préstamo. En efecto, en estos casos, los depositantes no quieren, ciertamente, entregar un capital cuyo valor deba ser restituido; no desean realizar un negocio de crédito, concediendo a crédito un valor al depositario, confiando en que subsista su solvencia hasta el instante del vencimiento, sino que lo que desean es cerrar un contrato de depósito, bien irregular o bien regular modificado. La concesión de crédito no es el fin de la entrega, sino únicamente la forma accidental del hecho de confiar cosas fungibles para fines de custodia. Desean, por tanto, de un modo especial que quien recibe los títulos-valores esté en situación de devolver el mismo número de títulos de la misma clase, no sólo en el término de la restitución, sino en todo momento.

Resumiendo la interpretación del artículo 2.º, tantas veces repetido, dice Riesser que:

(1) Citada por Riesser, not. 1, pág. 67.

(2) Ob. cit., pág. 60.

1.º Existe un depósito regular en los casos del artículo 1.º de la ley sobre depósitos y en los casos del artículo 2.º, mientras el depositario no haya hecho uso, por medio de un acto de apropiación, de la autorización que le fué concedida.

2.º Existe un depósito irregular cuando se trata de títulos-valores en el caso del párrafo 1.º, apartado 1.º del artículo 700 del Código civil, es decir, cuando se estipula que la propiedad pase al depositario y que éste sólo esté obligado a restituir títulos de la misma clase, calidad y cantidad.

Ahora bien, esta estipulación, que, conforme al párrafo 2.º del artículo 700 del Código civil, basta con que sea hecha *expresamente* por un banquero, debe, en cambio, conforme al artículo 2.º de la ley sobre depósitos, y con referencia a los títulos designados en el artículo 1.º, ser pactada además expresamente por escrito y de un modo especial para cada caso, cuando se trata de un no banquero.

CAPITULO II

EL DEPÓSITO IRREGULAR EN EL DERECHO MODERNO ESPAÑOL

42. El depósito irregular en el Código civil.—43. El depósito irregular en el Código de Comercio.—44. El depósito irregular en la jurisprudencia.—45. El depósito irregular en los Reglamentos bancarios.—46. El depósito irregular en el Proyecto de reforma del libro II del Código de Comercio.

42. Los redactores del Código civil español, sin duda influidos directamente por el Código de Napoleón, participan de la repugnancia de este Código hacia el depósito irregular, y superándole en esta tendencia negativa, en lugar de limitarse a una declaración por vía de ejemplo, que confirme la obligación del depositario de sumas en moneda de devolver idénticamente la cosa recibida, incluyeron en el Código la declaración terminante del artículo 1.768, que elude toda posibilidad sobre la existencia del depósito irregular en nuestro derecho común positivo.

El artículo 1.768 es categórico: Cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito. El fundamento de esta disposición desde el punto de vista de los redactores del Código, debe consistir

en que el principio de la libertad de pactos que permite a los contratantes derogar o modificar a su voluntad los preceptos de la ley, tiene como límite el de que sustancialmente ha de quedar intacta la esencia de la relación jurídica que da nombre al contrato. Pero precisamente en el depósito irregular queda intacta la esencia del contrato de depósito, en cuanto que subsiste el elemento de la custodia de la cosa depositada, que puede reputarse como el elemento *sine qua non* de dicho contrato. Claro que en este punto no vamos a insistir, porque ha sido tratado reiteradamente en el desarrollo de este estudio. Se trataba sólo de hacer resaltar que, debido a la subsistencia de ese elemento de la custodia en el depósito irregular, aun cuando este contrato no estuviera típicamente regulado en la ley, genéricamente está reconocido, en cuanto que en la misma se consagra la libertad de pactos, que sólo tiene como límite, según decíamos, el de que sustancialmente ha de quedar intacta la esencia de la relación jurídica que dé nombre al contrato, límite que en ningún caso traspasa, según ha quedado demostrado, el depósito irregular, ya que no altera la esencia del depósito. Por tanto, el artículo 1.768 de nuestro Código civil tiene un alcance excesivo al afirmar, en el supuesto que establece que el contrato pierde el concepto de depósito. Y es que el Código considera de esencia en el contrato de depósito el hecho de que al depositario sólo pase la tenencia de la cosa y no el uso de la misma, como ocurre en el comodato, o el uso y con él la propiedad, como pasa en el préstamo mutuo. Y sobre estos supuestos, la figura legal del contrato se impone a los contratantes en tales términos de necesidad, que todo pacto tendente a desviarse de ese tipo legal produce, *ope legis*, la conversión del negocio.

Claro que la hipótesis del artículo que comentamos es más amplia que la del depósito irregular, puesto que el permiso de uso tanto puede referirse a cosas no fungibles como a cosas fungibles; en el primer caso tendremos un comodato, y la hipótesis del depósito irregular, que el Código civil rechaza, sólo podría presentarse en el caso de haberse entregado cosas fungibles. A este supuesto se refiere la conversión en préstamo que el Código civil señala.

Pero a pesar de la declaración terminante contra el depósito irregular contenida en el artículo 1.768, no faltan apoyos en el

mismo Código civil para poder afirmar la posibilidad legal del depósito irregular. Así, el artículo 1.200 dice que: la compensación no procederá cuando alguna de las deudas proviniera de depósito o de las obligaciones del depositario o comodatario. Tampoco podrá oponerse el acreedor por alimentos debidos por título gratuito. Ahora bien, este artículo supone que lo depositado no es una cosa específica, sino una cantidad de dinero o una cosa fungible, porque si fuera lo primero, no habría necesidad de consignar la prohibición, ya que la imposibilidad de la compensación se deducía claramente del número 2.º del artículo 1.196. Es el mismo punto de vista, ya examinado, de Coppa-Zuccari al plantearse idéntico problema en la legislación civil italiana.

La razón probable de esta antinomia consiste en que nuestro Código civil, en el artículo 1.200, se limita a copiar el 1.293 francés y el 1.289 italiano, sin reparar en la contradicción en que incurría con el 1.768. Pero claro que a nosotros no nos es dable formular las mismas conclusiones que a Coppa-Zuccari, en el sentido de admitir también en nuestro Código civil la existencia del depósito irregular, porque en la legislación italiana no existe, como en la nuestra, un artículo que, como el 1.768, excluya taxativa y expresamente dicho contrato.

43. La interpretación del Código de Comercio vigente en materia de depósito irregular conduce a resultados distintos de los impuestos por la declaración del artículo 1.768 del Código civil. Mientras éste rechaza terminantemente la figura del depósito irregular, los preceptos del Código de Comercio no la rechazan; bien que excluyan la aplicación de las normas propias del depósito. Por otra parte—esto es fundamental—, el Código de Comercio concede 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 vía jurídicomercantil española al amparo de las disposiciones estatutarias que el Código de Comercio invoca como regla primordial en los depósitos mercantiles.

El depósito de cosa fungible por excelencia, el depósito de

numerario, viene previsto en el artículo 307. Distingue este artículo el caso de que los depósitos de numerario se constituyan con especificación de las monedas o se entreguen cerrados o sellados (párrafo 1.º), de aquel otro en que los depósitos de numerario se constituyeran sin especificación de monedas o sin cerrar o sellar (párrafo 3.º). En el primer caso, claro es que no puede haber cuestión respecto de la existencia de un depósito regular. En el segundo supuesto, el Código dispone que el depositario responderá de la conservación y riesgos del depósito en los términos establecidos por el párrafo 2.º del artículo 306, el cual pone a cargo del depositario los menoscabos, daños y perjuicios que las cosas depositadas sufrieren por su malicia o negligencia, y también los que provengan de la naturaleza o vicio de las cosas, si en estos casos no hizo por su parte lo necesario para evitarlos o remediarlos, dando aviso de ellos, además, al depositante inmediatamente que se manifestaren.

Vemos, pues, que el Código trata al depositario de numerario sin especificación de monedas, o sin cerrar o sellar, como a un deudor de cosa específica, informándose, por consecuencia, en el criterio subjetivo de la culpa para medir la responsabilidad del depositario en punto a su obligación de restituir. Esto nos demuestra claramente que en la hipótesis contemplada se impone implícitamente al depositario la obligación de mantener aparte las monedas depositadas para devolver luego las mismas. De otra suerte, es decir, si el depositario pudiera disponer del numerario depositado y devolver otra cantidad igual, es indudable que soportaría íntegramente el riesgo sin atender al daño de la imputabilidad, como cualquier deudor de cosa genérica (*genus nunquam perit*).

Que el depositario no puede disponer de la suma depositada, salvo pacto expreso, lo confirma, además, el artículo 309, que después vamos a comentar.

Pero conviene recoger, como deducción importante del artículo 307, la de que el mero hecho de depositar dinero sin cerrar ni sellar y sin especificar las monedas, no lleva implícita la concesión al depositario de la facultad de restituir, no las mismas piezas, sino *tantundem*. Como advierte Coppa (1), ya la ley 24 D., *Depo-*

(1) Ob. cit., pág. 11.

siti, XVI, 3, declara que no es suficiente el simple hecho del depósito de dinero no individualizado para hacer surgir la figura del depósito irregular. En esa ley Papiniano examina el caso de *pecunia numerata* dada en depósito y formula la doble hipótesis del depósito regular (*ut corpora nummorum eadem redderentur*) y del contrato *qui egreditur depositi notissimos terminos*, esto es, del depósito irregular. Y como observa Mantica (1), *si ex numeratione dominium pecuniae depositae esset translatum* (como resulta de la ley 31, *Locati*, XIX, 2), *responsio et distinctio Papiniani esset inepta. Quae tamen supponendo duod dominium non sit translatum, videtur esse rationabilis*.

A esta interpretación del artículo 307, que considera como depósito regular el depósito de dinero simplemente contado, habría que someter el supuesto del número 9 del artículo 175 del Código, que incluye entre las operaciones que corresponden principalmente a la índole de las compañías de crédito la de recibir en depósito toda clase de valores en papel y metálico. Claro está que, como un depósito regular consistente en dinero sería una figura en contradicción con la finalidad económica de tal depósito, al quedar la compañía de crédito imposibilitada para disponer de las sumas depositadas, las consecuencias jurídicas impuestas por el artículo 307, párrafo 3.º, habrían de ser en todo caso modificadas por los estatutos de la compañía depositaria, al amparo de lo dispuesto en el artículo 310 del Código de Comercio. De este modo los depósitos bancarios de dinero constituyen, conforme a los reglamentos de los Bancos, verdaderos depósitos irregulares, según hemos de ver después.

El artículo 309 del Código de Comercio prevé especialmente el caso de que el depositante disponga de las cosas objeto del depósito. Siempre que con asentimiento del depositante dispusiera el depositario de las cosas que fueran objeto de depósito, ya para sí o sus negocios, ya para operaciones que aquél le encomendara, 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 hubieren celebrado.

(1) *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*, 1662, libro X, título III, núm. 28. Apud Coppa, ob. cit., pág. 12.

Confrontando este precepto con el artículo 1.768 del Código civil, se advierte que las interpretaciones tienen que ser distintas. Nótese que no dice que en tal caso el contrato *sea o se convierta* en un préstamo por ministerio de la Ley, como hace el Código civil. El Código de Comercio supone que los interesados celebraron un nuevo contrato, como consecuencia del cual el depositario, con asentimiento del depositante, dispone de las cosas objeto del depósito. En tal caso no hay duda de que el depósito es sustituido por el nuevo contrato: «Siempre que con asentimiento del depositante dispusiere el depositario de las cosas que fueren objeto del depósito..., cesarán los derechos y deberes propios del depositante y depositario.» Esto es categórico. ¿Qué reglas se observarán entonces? Cuando se dió nombre al contrato novatorio serán las del préstamo, comisión o del contrato celebrado en sustitución del depósito. Pero ¿y si no se celebró ninguno, sino simplemente se autorizó al depositario para disponer de las cosas depositadas?

Vamos a ceñirnos al caso que aquí nos interesa: depósito de cosa fungible. Supongamos que el depositante accede a que el depositario disponga «para sí o sus negocios» de la cosa depositada. Indudablemente, aquí hay una novación de contrato, porque se varía el objeto de una de las obligaciones del depositario (artículo 1.203, número 1.º, Código civil); en vez de devolver la cosa recibida (artículo 306, Código de Comercio), devuelve otra de la misma especie y calidad. Pero ¿implica esta novación de la obligación del depositario la extinción del contrato de depósito y su reemplazamiento por una de préstamo mutuo? No puede dudarse que sí, cuando los interesados manifiestan su voluntad dirigida a la conversión del negocio. Mas si esta voluntad no se expresa, esto es, si los interesados no celebran un contrato de préstamo en sustitución del de depósito, parece que el artículo 309 habrá de aplicarse, esto no obstante, en su parte propiamente imperativa, a saber: la declaración terminante de que «cesarán los derechos y obligaciones propios del depositante y depositario», porque esto ocurre *siempre* que el depositante disponga de las cosas que fueron objeto del depósito. Y, sin duda, cesan en este caso las obligaciones propias del depósito regular, porque la obligación propia del depósito consiste en devolver la misma cosa recibida, y en nuestro caso esta obligación ya no puede cumplirse.

¿Qué derechos y obligaciones nacen entonces en sustitución de los que «cesan»? A mi juicio, aunque los interesados no lo hayan expresamente querido, se aplicarán también las reglas y disposiciones propias del préstamo mercantil, si no porque los contratantes hayan sustituido este contrato de depósito (en cuyo caso no puede haber duda, según se ha dicho), sí, al menos, porque el mutuo es el contrato más semejante a este otro del depósito cuya cesantía decreta nuestro Código.

Ahora bien, es menester dejar bien afirmado que en tal caso el depósito no se convierte en un préstamo mutuo. Lo que ocurre, sencillamente, es que como el depositario de cosa fungible que dispuso de ella con asentimiento del depositante, soporta el riesgo en concepto de propietario y se aprovecha de los frutos, rigen las mismas normas que para el préstamo, principalmente en lo que concierne a la situación jurídica de carácter real (1).

Y no se diga que es inconcebible la existencia de un contrato desprovisto de las reglas correspondientes a su denominación y sometido en todo a las de un contrato afín, porque a más de que el mismo legislador, utilizando el procedimiento de la mal llamada «analogía invocada por el legislador» o analogía legal (2), somete íntegramente, a veces, ciertas instituciones, a la reglamentación dictada para sus afines (v. gr., artículo 346 Código de comercio español; artículo 401 del Proyecto de Código de comercio italiano de 1925), no es tampoco cierto que en nuestro caso se borre por completo la fisonomía del depósito, pues ésta subsiste en la finalidad del contrato (*initium et causa* consistente en la custodia y

(1) Gierke, ob. cit., t. III, pág. 737.

(2) Es muy dudoso que la llamada analogía, invocada por el legislador, constituya propiamente analogía, toda vez que mediante este recurso que el legislador emplea, no se intenta, como en la analogía, crear una norma para el caso no previsto. Aquí existe la norma y no hay, propiamente hablando, casos imprevistos—supuesto normal de la analogía—, sino casos cuya reglamentación, para evitar la repetición innecesaria de preceptos legales, se envía a otra parte del Código, teniendo presente, claro está, la analogía entre las dos instituciones. Pero esta analogía será la razón que haya impulsado al legislador a identificar la regulación de ambas instituciones (realizando un verdadero *rinvio* dentro del Código) cuando no encuentra previsto en la Ley el caso en cuestión, pero nunca la analogía en su propio sentido de procedimiento técnico de integración de textos.

deseo de favorecer preferentemente al depositante), sin contar otras diferencias entre mutuo y depósito irregular, referentes a la cuantía del interés, iniciativa del contrato, etc.

Hemos de reconocer, sin embargo, que la precedente interpretación del artículo 309 del Código de comercio, aunque no deja de estar objetivamente fundada en el texto legal, responde también en gran parte al deseo de salvar la figura del depósito irregular de su identificación legal con el mutuo. Sería, por tanto, altamente recomendable que, con independencia de las posibilidades que permite la fórmula del artículo 310 del Código de comercio, se diera cabida en el articulado del Código al tipo de contrato que estudiamos.

44. La jurisprudencia española referente al depósito irregular se desenvuelve en las dos direcciones que corresponden a las respectivas posiciones del derecho representado por las Partidas, y del derecho representado por el Código civil. Las Sentencias pertenecientes a la primera dirección, siguiendo la doctrina sentada por aquel Cuerpo legal, reconocen y admiten el depósito irregular en toda su extensión, aplicando en su caso rectamente el artículo 309 del Código de comercio en el sentido de que subsiste el depósito irregular, bien que sometido a reglas distintas de las del depósito típico. Por el contrario, las dictadas ya dentro de la vigencia del Código civil, equiparando el citado artículo 309 al 1.768 del Código civil, decretan la conversión del depósito irregular en un mutuo, sin percibir la diferencia entre ambos preceptos, por nosotros apuntada.

Se pueden, pues, constituir tres grupos, según que sólo recojan los preceptos de las Partidas, o que apliquen rectamente el artículo 309 del Código de comercio, o, por el contrario, que equiparen este artículo al 1.768 del Código civil y le den un alcance que no tiene.

a) La primera cronológicamente de las Sentencias anteriores al Código civil, que es la única que aplica rectamente el artículo 309 del Código de comercio, es de fecha 9 de Julio de 1889. Es una casación de un asunto de Ultramar relativo a la devolución de un depósito constituido en el Banco Español de la Habana. El hecho es el siguiente: En 1872, dicho Banco recibió, en calidad

de depósito sin intereses, 20.000 pesos, obligándose dicho Establecimiento a devolver la misma suma al depositante a la presentación de un certificado en el que se especificaba la forma y clase de moneda en que se había hecho el depósito. Al reclamar más tarde el depositante la devolución del depósito, pretendiendo que el reembolso había de tener lugar en monedas de oro o plata, el Banco se negó a ello, contestando que la devolución de aquel depósito debía realizarse en billetes por su valor nominal.

El Tribunal Supremo dictó los siguientes considerandos: Que la Sentencia recurrida descansa en el fundamento de hecho de que el depósito cuya devolución se pide se constituyó en billetes del Banco Español de la Habana y no en efectivo metálico. Que la obligación del depositario que recibe cosas que se pueden contar, como son los billetes del Banco Español de la Habana, es devolver las mismas u otras tantas y tales, y si esto no fuese posible, su precio, según valiesen al tiempo en que debió devolverlas, a tenor de las leyes 2.^a, título III, y 2.^a y 8.^a, título I, Partida 5.^a, a las que como a lo convenido por las partes se ajusta la Sentencia al absolver de la demanda y declarar que el Banco sólo está obligado a devolver los billetes que recibió por su valor nominal. Que la sentencia no infringe tampoco los artículos 408 y 392 del Código de comercio de 1829, y 309 y 312 del vigente hoy día, en cuanto tienen aplicación al caso, puesto que de conformidad con ellos reconoce en el depositario las obligaciones del mutuatario, o sea de devolver otros tantos billetes como los recibidos y por el valor que tengan en el momento de la devolución.

JOAQUÍN GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE,

Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Central.

(Continuará.)

Un caso de aplicación del artículo 811 del Código civil

El artículo 811 de nuestro Código ha sido objeto de largos y minuciosos estudios. Sin embargo, aun existe alguna zona virgen a la investigación. Dentro de ella hemos encontrado el problema que sometemos a la consideración de los lectores. Para fijar bien sus términos utilizaremos un ejemplo tomado de la misma realidad.

A., casado, sin hijos, padece una enfermedad incurable, y previendo su próxima muerte desea otorgar testamento. Quiere instituir heredera a su esposa en la mitad de su caudal. De la otra mitad habrá de disponer a favor de su anciana madre. Los bienes que ésta reciba estarán afectos a la reserva del artículo 811, pues todos los que pertenecen al testador los adquirió por herencia de su padre. A. tiene varios hermanos y algunos sobrinos, hijos de otro hermano ya fallecido. Entre estos parientes, el más dilecto es su sobrina L., joven desventurada que en su viaje de novios, y por un accidente de automóvil, perdió la vista al mismo tiempo que moría su esposo.

A. se propone llevar a su testamento una disposición redactada así: «En consideración a que los bienes que ha de heredar mi madre, por razón de su procedencia, tendrán la condición legal de reservables a favor de mis parientes dentro del tercer grado que pertenezcan a líneas de donde los bienes proceden, designo como beneficiaria de la reserva a mi sobrina L., para que, si sobrevive a mi madre, reciba dichos bienes con exclusión absoluta de mis demás parientes de igual o mejor grado, en la línea paterna.»

¿Será válida esta disposición? O, en términos más generales:

¿puede el testador, en la reserva del artículo 811, designar libremente al reservatario entre los parientes llamados por la ley?

Nuestra contestación es afirmativa; pero como el problema que plantea la pregunta no ha sido reconocido por la doctrina, ni resuelto por la jurisprudencia, la respuesta debè ser razonada.

Los argumentos que fundamentan esta opinión son los siguientes:

El artículo 813 de nuestro Código dice así: «El testador no podrá privar a los herederos de su legítima, sino en los casos expresamente determinados en la ley.

Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo.»

No obstante esta declaración, es evidente que a la excepción contenida en el segundo párrafo del precepto hay que agregar la que resulta del artículo 811, a menos de considerar que la reserva no grava ni condiciona la legítima del ascendiente, ni determina una sustitución forzosa a favor de los reservatarios.

Pero esta opinión no puede sostenerse. El Tribunal Supremo, en sentencia de 7 de Noviembre de 1912, ha reconocido que la reserva constituye una restricción o minoración de la legítima, pues sin ella el ascendiente haría suyos los bienes sin limitación alguna.

Es evidente que la reserva representa un gravamen para el legítimo, puesto que condiciona sus facultades de libre disposición y establece una sustitución obligada en el disfrute de los bienes. También es evidente que la designación concreta del reservatario y su elección entre otros no altera, ni hace más onerosa, una situación jurídica creada por la ley. Por tales motivos entendemos que el artículo 813 del Código civil no representa ningún obstáculo para la validez de la disposición testamentaria objeto de este estudio.

A la misma conclusión llegamos al examinar el artículo 938, el cual previene que lo ordenado en los artículos 811 y 812 es aplicable a la sucesión intestada y a la testamentaria. Conforme a este precepto, el ascendiente tendrá que reservar cuantos bienes adquiera por ministerio de la ley en ambas sucesiones, si en ellos concurren las circunstancias requeridas por el 811. Pero también se infiere la absoluta compatibilidad de la reserva y la sucesión testada.

Tócanos estudiar ahora el repetido artículo 811 para comprobar si en su texto se encuentra el obstáculo que investigamos.

Establece la reserva a favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a línea de donde los bienes procedan.

¿A favor de todos? Hace tiempo que la doctrina y la jurisprudencia dieron contestación a la pregunta.

«Lo que el señor Alonso Martínez deseaba—dice Manresa—era que los parientes colaterales tuviesen derecho a obtener los bienes troncales, no limitando la excepción a los ascendientes, y que en vez de aceptarse la sucesión lineal, se respetase el régimen sucesorio moderno, creándose en favor de los parientes una reserva. Y así se hizo. Y el pensamiento se respeta siempre que los bienes queden en el tronco, en poder de un pariente o de ocho o de veinte, porque no han de conservarse mejor por el hecho de fraccionarse o pulverizarse, o ser muchos los partícipes, que guardándolos el más interesado por su mayor proximidad en la línea.»

«La razón que principalmente se alega—dice la Dirección general de los Registros en su Resolución de 20 de Marzo de 1905—en contra de aquel principio, o sea que al llamar el citado artículo 811 a la sucesión, en el caso a que el mismo se refiere, a los parientes dentro del tercer grado, no contiene declaración alguna respecto a la manera de distribuir entre éstos los bienes que se reservan por virtud de lo que en el mismo se dispone, ni fija distinción o preferencia entre ellos, y que, por tanto, los comprende a todos, no tiene verdadero fundamento, porque en parecidos términos están redactados otros artículos del Código, como el 954, según el cual, en la sucesión intestada, no habiendo hermanos ni cónyuge supérstite, deben suceder en la herencia del difunto los demás parientes colaterales, y a pesar de que en él tampoco se hace distinción o preferencia entre ellos, es evidente, sin embargo, que no todos los parientes colaterales suceden en dicho caso; sino que los más próximos excluyen a los más remotos, ajustándose al principio general del citado artículo 921 del mismo Cuerpo legal, pues los diferentes artículos del Código se complementan y armonizan entre sí.»

Resulta, por tanto, que no todos los parientes dentro del tercer grado tienen derecho a los bienes reservables, sino los más próximos, cuando haya que aplicar las normas de la sucesión intestada, como

sucedará, agregamos nosotros, siempre que no exista disposición testamentaria en la que concretamente se designe al reservatario.

Lógico es que así suceda, puesto que el artículo 811 se limita a establecer una reserva, es decir, la guarda de ciertos bienes a favor de un grupo determinado de parientes; pero no crea una sucesión autónoma, de tipo específico, sometida a normas propias para individualizar a los reservatarios y fijar sus cuotas. Los bienes se reservan para los parientes que estén comprendidos dentro de un determinado grado. La preferencia entre ellos, el orden de suceder, la determinación concreta de sus respectivos derechos, es misión extraña al precepto. La sucesión habrá de ser deferida conforme a las prescripciones del Código referentes a las sucesiones testada e intestada y con la preferencia que entre ellas se establece.

Llegamos en este momento al punto de más grave dificultad. Siendo la reserva una creación de la ley, ¿habrá que aplicar a ella, necesaria y exclusivamente, las normas de la sucesión legítima? Por el contrario, ¿podrá el descendiente de quien inmediatamente proceden los bienes designar en su testamento al beneficiario de la reserva, entre los parientes comprendidos dentro del grado señalado por el legislador?

La contestación negativa a esta última pregunta sería obligada si la reserva fuera una legítima y los reservatarios tuvieran la condición de herederos forzosos. Pero sabemos que no tienen tal condición, puesto que no los enumera el artículo 807. El Tribunal Supremo, en sentencia de 1.º de Abril de 1914, ha declarado «que no cabe suponer el derecho de reserva equivalente al de un posible legitimario a una herencia futura».

Examinando esta cuestión, aunque con otro propósito, ha escrito Manresa: «En primer lugar, no aparecen enumerados como tales herederos en el artículo 807, y si bien dicho artículo omite a los hijos legitimados, esta omisión se halla salvada por otros artículos del Código, pudiendo decirse que virtualmente se hallan incluidos como asimilados, respectivamente, a los hijos legítimos o a los hijos naturales. Mas la omisión en dicho artículo de los parientes lineales dentro del tercer grado, personas sin vínculo alguno de asimilación con los demás legitimarios, a quienes en el Código se concede un derecho nuevo y anormal sería inconcebible, y esto mismo confirma que no les da ni tienen el carácter de legitimarios.»

La reserva del artículo 811 es una creación de la ley, pero lo mismo acontece con la institución de la mejora y con la reserva llamada tradicional del artículo 968.

La mejora es parte de la legítima, porción de bienes de que no puede disponer el testador por reservarla la ley a determinados herederos, y, sin embargo, el padre o la madre pueden en testamento elegir libremente al mejorado, sin respetar la proximidad de grado, entre el grupo de sus descendientes.

Asimismo, el artículo 972 del Código autoriza al cónyuge viudo para mejorar en los bienes reservables a cualquiera de los hijos o descendientes de su anterior matrimonio con exclusión de los demás, aunque éstos sean de grado más inmediato.

Lo que es permitido al testador en uno y otro caso no puede negarse al descendiente en la reserva del 811 cuando respeta los fines propuestos por el legislador, sobradamente conocidos para que nos detengamos a examinarlos.

Como la reserva no crea, según antes dijimos, un tipo autónomo de sucesión, y ha de ser deferida conforme al conjunto de normas que regulan la transmisión de bienes por causa de muerte; y como tampoco establece una expresa excepción a las disposiciones generales contenidas en la sección primera, capítulo III, libro III de nuestro Código, entendemos que las prescripciones del mismo contenidas en los artículos 912 y 913, que determinan la preferencia de la sucesión testada sobre la intestada, son de perfecta aplicación a la mencionada reserva.

También creemos que el Tribunal Supremo de Justicia participa de la opinión expuesta, pues incidentalmente la refleja en la sentencia de 19 de Noviembre de 1910, de la cual transcribimos el siguiente Considerando: «Que siempre estaría justificada la inteligencia dada, aunque no fuera, como lo es, de acuerdo con su texto, el artículo 811, porque siendo el fundamento racional de éste *la voluntad presunta del descendiente* que con su muerte inicia la reserva, de que los bienes a ella afectos vuelvan, por el óbito de la heredera forzosa que se había interpuesto, a los parientes más próximos de aquélla y de cuya línea proceden, en este caso, *contra la voluntad solemnemente manifestada de la descendiente*, resultaría el absurdo de que, cuando se trata de un derecho de troncalidad, la única hermana y prima carnal por la línea materna, heredera

de la mitad de los bienes por el testamento y del resto por la renuncia de la otra, sería pospuesta a un tío carnal de la descendiente de que se trata, y a quien sólo menciona en el testamento para nombrarle uno de sus tres albaceas.»

En resumen, y como consecuencia de las razones expresadas, estimamos perfectamente válida la disposición que A. se propone hacer a favor de su sobrina L. para que disfrute exclusivamente los bienes reservables en el caso de que sobreviva a la reservista.

PASCUAL LACAL,

Notario.

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, máximo 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

Hay que examinar ahora si será posible invocar en los contratos teorías generales que permitan a los contratantes, a consecuencia de las variaciones del valor de la moneda, retirarse del contrato o, mejor aún, restablecer el equilibrio de las prestaciones que tuvieron en cuenta.

Teoría de la fuerza mayor y del caso fortuito.

Algunos autores (1) invocan la fuerza mayor y el caso fortuito para rescindir o invalidar la entrega de mercancías de un valor trastocado por la guerra o por la depreciación monetaria.

El Derecho alemán, entre otros, se ha fundado en la noción de imposibilidad relativa para liberar a las personas que deberían entregar a un precio fijo una cosa cuyo valor nominal hubiera aumentado en proporciones considerables en razón de la baja del marco, y así la jurisprudencia del mismo país estima que la imposibilidad de ejecución de que hace mérito el artículo 325 del B. G. B. debe ser entendida no solamente por imposibilidad material absoluta, sino todavía mejor como imposibilidad económica.

(*) Véanse los números 90 y 91 de esta Revista.

(1) Lebon: «La guerre et les contrats» en *Revue Pol. et Par.*, 1916, t. CLXXII; Guelette: «Les effets juridiques de la guerre sur les contrats» *Thèse*, París, 1919, pag. 304 y sig.

Jurisprudencia análoga se implanta en Italia con motivo del decreto de 27 de Mayo de 1915, que permitía invocar la fuerza mayor no solamente cuando la prestación es imposible, sino también cuando es excesivamente onerosa, y, de igual modo, en Austria se consideró que la dificultad de ejecución debe ser asimilada a la imposibilidad todas las veces que la ejecución, en las condiciones primitivas, ocasionaría un enriquecimiento injustificado del beneficiario.

¿ Puede admitirse esta solución en nuestro Derecho positivo ?

Es cierto que nuestro Código civil, en su artículo 1.105, equivalente al artículo 1.148 francés, dispone que, salvo los casos expresamente mencionados en la ley y de los en que así lo declare la obligación, no hay lugar a daños y perjuicios, cuando, por consecuencia de fuerza mayor o de caso fortuito, el deudor está impedido de dar o hacer aquello a que está obligado ; pero esta imposibilidad de ejecución debe ser material y absoluta, pues el hecho de que la ejecución sea más difícil o más onerosa por la depreciación monetaria, no sería bastante para liberar al deudor, y, por lo tanto, la imposibilidad económica resultante de la diferencia de valor entre las dos prestaciones no podría ser tomada en consideración para la aplicación del artículo 1.105 del Código civil.

Tampoco serviría de nada el distinguir el caso fortuito de la fuerza mayor para sostener que sólo la fuerza mayor significaría imposibilidad invencible de ejecutar, en tanto que el caso fortuito significaría elemento imprevisto, que haría la ejecución más difícil o más onerosa, puesto que tanto para el caso fortuito como para el de fuerza mayor es indispensable que el deudor se vea en la imposibilidad de ejecutar.

Tampoco puede pensarse en invocar la fuerza mayor o el caso fortuito para evitar hacer un pago en moneda cuyo valor haya cambiado, pues a ello no es aplicable dicho precepto, ya que no puede haber imposibilidad de ejecución en lo que concierne a las deudas de cosas genéricas, que, como la moneda, no perecen, según el adagio *genera non pereunt*. El único obstáculo que podía surgir sería el relativo al pago en una moneda retirada de la circulación o en una moneda que no se encuentra, y es lo que puede decirse cuando por consecuencia de las leyes y de las circunstancias de la guerra y de la postguerra ha habido dificultad material de efectuar los pagos

en especies de oro. Pero en este caso la desaparición de la moneda estipulada no podría servir para liberar al deudor por imposibilidad de ejecución, solución simplista que tiene por origen un desconocimiento completo de la naturaleza del derecho de crédito a una suma de dinero, toda vez que esta suma, ajustada a la voluntad de las partes, que es soberana, ha sido convenida como un cierto *quantum* de poder de adquisición, y, salvo estipulación expresa en contrario, las especies particulares con las cuales el pago se efectúe no han sido tenidas en cuenta y son indiferentes. Lo esencial es que el acreedor obtenga el *quantum* del poder de adquisición convenido, e incluso si la moneda oro estipulada ha desaparecido, la ejecución podrá hacerse entregando un poder de adquisición equivalente y sin que se pueda invocar la liberación por imposibilidad de ejecución. Otra cosa sería si las partes, en lugar de tratar, como es costumbre, sobre la moneda, poder de adquisición, se hubieran entendido sobre especies particulares e individualmente determinadas, en cuyo caso, como no se crea una deuda de cosa genérica, la imposibilidad de ejecución, debida a la fuerza mayor o al caso fortuito, liberaría al deudor.

En resumen: estimamos que, salvo el caso de pérdida por fuerza mayor o caso fortuito de piezas de moneda individualmente determinadas sobre las cuales descansa especialmente la convención, la imposibilidad de ejecución no puede ser invocada ni en Derecho francés ni en Derecho español, en lo que concierne a los pagos de sumas en metálico, a cambio de cosas cuyo valor ha aumentado con la depreciación monetaria.

Teoría de la lesión.

El hecho de estar obligado a entregar una cosa mediante un precio devenido insuficiente por la depreciación monetaria constituye en realidad no una imposibilidad material de ejecución, sino los contratos haya siempre una cierta equivalencia material entre las prestaciones, y si el ideal de la justicia conmutativa quiere que en los contratos haya siempre una cierta equivalencia material entre las prestaciones recíprocas, esta equivalencia quedaría rota en cuanto el acreedor de la suma de dinero depreciada quedase obligado a contentarse con la misma suma nominal y a cumplir la prestación

prometida, cuyo valor habría aumentado con el alza de los precios.

Todos los que ven en la equivalencia material de las prestaciones un elemento esencial de la validez del contrato se inclinan a esta teoría de la lesión para preservar al acreedor de una suma de dinero de las consecuencias perjudiciales de la depreciación monetaria.

Esta teoría, al parecer seductora, no es admisible; en primer lugar, porque atiende a una cierta equivalencia material entre las prestaciones, cuando lo que se considera y se tiene en cuenta es el valor objetivo de las prestaciones recíprocas, y, por tanto, si los mayores de edad disponen libremente de sus derechos, han podido obligarse libremente a pagar una cosa cinco veces más cara de lo que valga en realidad, en razón de circunstancias particulares, incluso de un capricho, que, como la expresión de su voluntad independiente, debe ser escrupulosamente respetada. Lo esencial en todo el derecho de obligaciones es el respeto de la voluntad real de las partes en los límites del derecho positivo; lo esencial es que el cambio, aunque no implique equivalencia de manera objetiva y material, haya sido *querido, considerado* por las partes, y, en resumen, es esta equivalencia intencional la que será determinante en virtud no de una idea de lesión, sino de la regla primaria de la autonomía de la voluntad y del respeto de la intención de los contratantes.

Además, esta idea de equivalencia material sobre la que se funda la teoría de la lesión, no solamente está en oposición con los principios generales de nuestro derecho, sino que no puede basarse en ningún artículo del Código civil.

Una última objeción que puede hacerse a la teoría de la lesión es que la equivalencia material de las prestaciones debe apreciarse en el día del contrato, y si esto es así, impide, una vez más, el hacer servir esta teoría para las cuestiones de depreciación monetaria, puesto que en los contratos trastrocados por la baja de una moneda es en la fecha de la ejecución de la obligación, y no en el día del contrato, cuando la alteración existe y cuando la equivalencia querida por las partes debe ser restablecida (1).

(1) Ripert: *La règle morale dans les obligations civiles*. París, 1925; página 119.

Teoría del abuso del derecho.

Se ha aplicado también a este problema la teoría del abuso del derecho: Como ha escrito Naquet, el abuso del derecho no debe ser confinado en sus relaciones con el derecho de propiedad, sino que puede igualmente intervenir en los contratos, y se ha pensado en oponer, al deudor que quiere librarse por la depreciación monetaria con el pago de la misma suma nominal convenida, la teoría del abuso del derecho; así, el deudor podría, en derecho estricto, liberarse con un pago en valor nominal, rechazando la valorización; pero al aprovecharse del perjuicio causado por la depreciación, el deudor abusaría de su derecho y haría un acto contrario a la equidad: *summum jus summa injuria*.

En realidad, esta teoría, así presentada, confina con la teoría que se basa en la equidad y no con una verdadera teoría real del abuso del derecho.

Las definiciones generalmente admitidas del abuso del derecho, no permiten hacer apelación a esta teoría en la hipótesis que nos ocupa. Saleilles escribía que un acto cuyo efecto es perjudicar a otro sin interés apreciable y legítimo para aquel que lo ejecuta no puede jamás constituir el ejercicio de un derecho; el abuso de un derecho será el ejercicio de un derecho sin interés real, sin motivo legítimo, únicamente por perjudicar a otro, según la opinión de Josseland.

La intención de perjudicar es indispensable, por tanto, para que haya abuso del derecho, y en este sentido ha consagrado esta teoría el B. G. B., en su artículo 226, disponiendo que el ejercicio de un derecho no es permitido cuando no tiene otro fin que el de causar un daño a otro. Pero en el caso que nos ocupa, el deudor que quiere liberarse con un pago en moneda depreciada tomada en su valor nominal no tiene ninguna intención de perjudicar al acreedor, pues lo que el deudor quiere es liberarse, computando la moneda en su valor nominal simplemente, ya que todo el mundo lo hace así, y se halla justificado por la costumbre.

Añadamos que todavía hoy la teoría del abuso del derecho es muy discutida, y que en el estado actual de cosas sería una base muy débil para permitir la valorización de los créditos de sumas de dinero depreciados por la baja de la moneda.

El error y la depreciación monetaria.

Algunos autores han tendido a confundir la lesión y el error sobre las cualidades sustanciales de las cosas al tratar de la cuestión que nos ocupa. Así Schkaff dice: «En caso de depreciación monetaria, ¿no podría invocarse el error sobre la cualidad sustancial de la cosa, aquí el valor de la moneda de pago?»; y añade, cayendo en una teoría diferente de la lesión: «El error sobre el valor constituye una lesión y no puede ser una causa de rescisión más que en provecho de un menor y en ciertos casos excepcionales» (1).

Esta confusión entre el error y la lesión, conceptos que se mueven sobre dos planos bien distintos (intencional y material), había sido ya hecha por Mlle. Rozis (2): «¿No puede sostenerse—dice—que hay un error sobre la cualidad sustancial de la cosa, entendiendo como tal, con la mayoría de los autores, aquella sin la cual no se habría contratado, o bien la cualidad que las partes han tenido principalmente en cuenta? Se podría sostener que el deudor está obligado, en consideración de un cierto precio; pero esta teoría no es admisible. Una jurisprudencia constante, sea por no abrir un campo demasiado extenso a la lesión, sea por no atentar al orden social, que reclama la estabilidad de los contratos, no admitió jamás la nulidad por error sobre el precio. De otra parte, la gran objeción a este sistema es no solamente que el error no puede descansar sobre el valor, sino también que el error se aprecia en momento posterior al nacimiento del contrato, en cuyo instante las partes quisieron obligarse por la suma indicada. El cambio de valor sobrevenido después es sólo una consecuencia imprevista que no puede influir sobre el consentimiento ni viciarlo.»

La teoría francesa del error está fundada sobre el respeto a la voluntad de los contratantes; si la cosa no tiene la cualidad sustancial querida al contratar, y en consideración a la cual se aceptó la propia prestación, la teoría del error puede ser invocada. Es la teoría no solamente actual, y aceptada por Baudry-Lacantinerie, Colin y Capitant, Planiol, Celice, etc., sino la opinión tradicional:

(1) Schkaff: Ob. cit., p. 250.

(2) Mlle. Rozis: «L'exécution des obligations (payement) et les variations de valeur de la monnaie». Thèse, París, 1924 (Vannes, Commelin), p. 25-26.

así, Pothier escribía que el error anula una convención no sólo cuando recae sobre la cosa misma, sino cuando recae sobre las cualidades de la cosa que los contratantes tuvieron principalmente en cuenta, y que son la sustancia de esta cosa; e igualmente Laurent declaraba que es la intención de las partes la que decidirá si una cualidad es principal o no; que es preciso ver lo que las partes tuvieron en cuenta al contratar, y que la cuestión es, en definitiva, una cuestión de intención.

En lo que concierne a nuestro particular criterio, no vemos por qué, en principio, un error sobre el precio de la cosa ha de quedar sin influencia si se demuestra que el valor de la especie ha sido considerado como sustancial.

Es indudable que el valor es cualidad fundamental de una moneda, y el vendedor que estipulara el pago en francos franceses creyéndolos del mismo valor que los francos suizos cometería ciertamente un error, haciendo el contrato anulable. Se objeta que en caso de depreciación ulterior no puede ser invocado por las partes que conocía el valor de la moneda en el momento de su acuerdo; pero a ello puede contestarse diciendo que al lado del error sobre el valor en el momento de cerrar el contrato existen otros errores que pueden también ser invocados, como vamos a demostrar.

Si en materia de depreciación monetaria no se pudiera tener en cuenta más que un error sobre una calidad no sustancial o generadora de lesión, nos veríamos inclinados, con los autores antes citados, a reconocer que el acreedor de una suma de metálico debe renunciar a encontrar auxilio en la teoría del error; pero un examen más atento de la psicología de los contratantes nos permite dudar fundadamente de esta solución. Parece, en efecto, que la teoría del error puede ser invocada por los contratantes que convinieron en obligarse a largo plazo y en devenir acreedores de una suma fija de metálico por causa del error que tuvieron sobre las cualidades de metalismo y de convertibilidad *durables* y, sobre todo, sobre las cualidades de estabilidad del valor y de potencia adquisitiva de la moneda. El contratante que pactó un pago en metálico y que luego viene obligado a aceptar papel moneda, puede afirmar que incurrió en error sobre la sustancia de la moneda, creyendo que la peseta era y no podía dejar de ser una moneda metálica, o, en todo caso, convertible a la vista en metal, y ha contra-

tado con error sobre la cualidad, sustancial para una moneda, de la durabilidad del carácter metalista y convertible de la peseta.

E igual ocurre con el carácter de estabilidad del poder adquisitivo de la moneda, cualidad sustancial tenida en cuenta por los contratantes que se obligan a plazo, salvo en los contratos aleatorios y especulativos.

Sin embargo del interés teórico que esta argumentación presenta, parece difícil admitir la teoría del error en materia de depreciación monetaria. El error sobre el carácter de durabilidad y de estabilidad de la moneda no ha podido ser cometido más que después de un largo tiempo en que la moneda ha parecido esencialmente metálica, convertible y estable. Por lo tanto, el error se limitaría, prácticamente, a los contratos de la anteguerra. Pero es que, además, el resultado final de la acción fundada sobre el error no puede ser otro que la nulidad del contrato, lo que sería a menudo una solución demasiado radical y no conforme con la intención real de las partes. La teoría del error es interesante, en lo que revela, una vez más, la importancia que tiene la intención de las partes sobre la formación y el contenido de la obligación; pero carece de flexibilidad para ponerla en práctica, y por ello creemos que no puede ser aceptada.

JOSÉ MARÍA FONCILLAS,

Notario.

(Continuará.)

El procedimiento registral en la legislación inmobiliaria alemana ⁽¹⁾

h) *La labor calificadora de la Oficina Registral.*

Queda esta misión extraordinariamente simplificada al no abarcar el acto causal, sino únicamente la solicitud de inscripción, los antecedentes registrales sobre la finca o el derecho en cuestión, la manifestación del consentimiento para la inscripción cuando sea necesaria y, en su caso, el acuerdo real.

Careciendo el Derecho alemán de una fórmula sintética sobre el contenido de la calificación registral, como la que es objeto del artículo 18 de nuestra ley Hipotecaria, puede decirse que una vez examinada la autenticidad de los antecedentes y documentos referidos (solicitud de inscripción, manifestación de consentimiento, etcétera), proceda calificar los requisitos de procedimiento que han de concurrir en el Registro, o sea la competencia del mismo por razón de la materia y del lugar y a continuación los requisitos que han de concurrir en la persona del solicitante, que son :

a) La capacidad jurídica del solicitante que, conforme a la doctrina dominante, ha de ser copartípe en el derecho que trata de inscribirse.

b) La capacidad de obrar y de disposición del solicitante, y, en su caso, la representación legal o voluntaria que ha de concurrir en el que inste la inscripción.

i) *La labor calificadora con relación a los presupuestos del asiento.*

El único requisito de carácter verdaderamente procesal que, por

(1) Véase el número 91 de esta Revista.

regla general, ha de concurrir en los negocios jurídicos inscribibles según el procedimiento registral alemán es el consentimiento para la inscripción que debe otorgar la persona cuyo derecho sea afectado por la misma. Reconocida que sea la legalidad de sus formas extrínsecas y su eficacia, puede decirse que dicho consentimiento ampara y cubre el negocio jurídico determinante del mismo, no siendo, por tanto, necesario penetrar en su examen.

Solamente en los casos antes enunciados de transmisión de la propiedad de inmuebles y creación, modificación o extinción del derecho real hereditario de superficie (*Erbbaurecht*), tiene el encargado del Registro que ampliar su labor investigadora, haciéndola extensiva al acuerdo de voluntades (*Einigung*).

Como para la calificación de estos extremos sólo cuenta el Registrador con documentos, el examen abarcará por de pronto únicamente el aspecto formal de éstos, pero en cuanto llegue a conocerse alguna circunstancia que permita racionalmente suponer que el negocio jurídico material o el consentimiento otorgado para la inscripción carece de eficacia, habrá lugar a ampliar la labor examinadora a fin de evitar todo riesgo de que la inscripción resulte inexacta. Para esta labor únicamente constituirá una traba, que puede en algún caso cercenar la iniciativa del Registrador, el principio del consentimiento formal desenvuelto en el párrafo 21 de la Ley Ordenadora del Registro Inmobiliario, examinado ya en el lugar oportuno.

Tratándose de la inscripción de sentencias ejecutorias, deberá examinarse si los requisitos que establecen las leyes procesales en cuanto a competencia, personalidad de las partes, ejecutoriedad del título, en su caso, notificaciones, etc., aparecen debidamente cumplidos.

j) *Cuestiones relacionadas con la prueba.*

Al particular que desea asegurar su derecho por medio de la inscripción, le incumbe, en principio, soportar la carga de la prueba al efecto de acreditar la existencia de aquellos requisitos de procedimiento necesarios para que pueda efectuarse la inscripción, cuando éstos no constan debidamente acreditados ante el Registro, o sea la que sintéticamente puede denominarse *prueba de los presupuestos del asiento* (1).

(1) Véase Jerónimo González Martínez: *Principios hipotecarios*, pág. 272.

No tratándose en el procedimiento registral de dirimir controversias entre partes, sino únicamente de efectuar, suspender o denegar la solicitud de un interesado de que se inscriba determinado derecho que le afecta, parece innecesario todo señalamiento de términos para conceder audiencia a las partes.

La dificultad para ordenar dicho procedimiento consiste realmente en que el examen que ha de realizar el Registrador de la petición de los antecedentes que con relación a la inscripción solicitada constan ya en el Registro, así como el referente a los documentos aportados y a la capacidad jurídica y de disposición del solicitante y de la persona que otorga su consentimiento para la inscripción, viene a ser realmente un acto interno del Registrador, que sólo llega a exteriorizarse en el momento en que éste dicta su resolución sobre inscripción o denegación de la misma.

Como remedio, encaminado a evitar que por defectos leves puedan denegarse solicitudes, por lo demás perfectamente fundadas, poniendo así en riesgo importantes intereses, a la manera de las anotaciones preventivas de nuestra ley Hipotecaria, establece el párrafo 18 de la ley Ordenadora del Registro Inmobiliario la llamada *disposición interlocutoria*.

Conforme a dicho precepto, cuando existe un impedimento para efectuar una inscripción solicitada, deberá la Oficina Registral, o denegar la solicitud, indicando en tal caso los fundamentos que para ello tuviere, o señalar al solicitante un plazo adecuado para levantar tal impedimento.

En este último caso deberá denegarse la solicitud una vez transcurrido el plazo señalado, siempre que entre tanto no se haya demostrado haberse levantado dicho impedimento.

En lo que afecta a la presentación de los medios de prueba, debe hacerse juntamente con la solicitud de inscripción, pues la disposición interlocutoria sólo ofrece un medio para facilitar la carga de alegar y probar que, según queda expuesto, incumbe al solicitante.

Por otra parte, es evidente que la circunstancia de que en la referida disposición interlocutoria se mencionen tan sólo determinadas circunstancias cuya carencia de comprobación las hace aparecer como *impedimentos* a los efectos del citado párrafo 18, no implica en modo alguno que la calificación del Registrador haya de limitarse a esos extremos y, ni mucho menos, que los demás alegados en

la solicitud estén ya reconocidos por el Registrador al dictar la disposición interlocutoria.

Aunque rara vez, puede darse el caso de que la referida disposición interlocutoria constituye un medio de prueba de que ciertos supuestos registrales de los que forzosamente habían de concurrir al solicitarse la inscripción (como la competencia del Registro por razón de la materia y del lugar) se han cumplido en debida forma. Esto acaece en casos excepcionadísimos, ya que por regla general se justifican estos extremos por el mismo Registro, tomando por base circunstancias notorias y manifiestas.

Puede, por último, utilizarse también la disposición interlocutoria del párrafo 18 para facilitar al interesado el medio de demostrar la inexistencia de ciertos hechos, que, de haber concurrido en el momento de solicitarse la inscripción, determinarían la ineficacia de la misma.

Tal ocurriría, por ejemplo, en el supuesto de que el encargado del Registro tuviese la sospecha de que el solicitante hubiera estado demente en el momento de pedir la inscripción registral. Demostrada la inexactitud de esta sospecha durante el plazo señalado en la disposición interlocutoria, la inscripción se reputará válida (1).

En cuanto a los medios de prueba para demostración de la existencia de los presupuestos de asientos registrales que no consistan en negocios jurídicos, serán documentos públicos fehacientes y, en ciertos casos concretos, resoluciones judiciales probatorias de hechos determinados.

Las declaraciones de personas particulares inherentes a negocios jurídicos de carácter material o formal constarán en documentos públicos o privados autenticados por Notario, así como en manifestaciones formuladas por escrito ante el propio encargado del Registro y protocolizadas en el mismo.

En resumen, puede afirmarse que las leyes reguladoras del procedimiento registral en Alemania procuran delimitar la función del Registrador en el sentido de eximirle de toda obligación de examen relativamente a la veracidad de los hechos que constan en los documentos aportados por las partes, toda vez que, según el repetido

(1) Véase Du Chesne, ob. cit., pág. 30.

autor (1), carece el Registro de facultades de carácter procesal suficientes para poder llevar a la práctica semejante misión.

Esta misma finalidad de librar en lo posible al encargado del Registro de los riesgos inherentes a la calificación (2) la persiguen también los preceptos que establecen la eficacia del consentimiento formal (párrafo 21 de la Ley Ordenadora antes enunciada), ya que determinan la inhibición por parte del Registrador de toda investigación acerca de la validez del negocio jurídico en cuestión.

En cuanto al documento en que ha de constar la prestación del consentimiento, reúne, desde luego, en sí la eficacia procesal de ésta con la fuerza probatoria del documento público, o al menos de aquel que aparece legitimado o autenticado por funcionario público competente (*oeffentlich beglaubigt*).

k) *El problema de la fe pública registral.*

En el párrafo 54 de la tantas veces citada Ley Ordenadora del Registro Inmobiliario se dispone que cuando la Oficina Registral, con infracción de disposiciones legales, hubiera efectuado una inscripción por virtud de la cual resultase inexacto el Libro del Registro, deberá inscribirse de oficio la contradicción (*Widerspruch*).

En tales casos, no es indispensable que se demuestre plenamente la inexactitud del Libro del Registro, siendo suficiente que sea presumible.

Es, empero, cierto, que no bastará la mera duda acerca de la exactitud del asiento en cuestión, sino que el Registrador deberá adquirir la convicción de que es inexacta, pudiendo fundar su juicio en todos los medios de prueba accesibles al Registro, incluso documentos privados y manifestaciones formuladas por escrito ante el mismo, siempre que quepa atribuir a éstas suficiente valor probatorio.

Además, el párrafo 71 de la propia Ley, en su apartado segundo, faculta a los particulares para solicitar del Registrador, por medio del recurso de queja, que inscriba una contradicción (*Widerspruch*) a los efectos del párrafo 54, antes citado.

En este último caso, se estima por los tratadistas muy conveniente que la parte interesada aporte algún documento en apoyo

(1) Véase Du Chesne, ob. cit., pág. 31.

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

de su petición, pero sin que por ello quepa afirmar que le incumbe la carga de la prueba.

Un procedimiento análogo para efectuar una prenotación aparece indicado en el párrafo 76 de la citada Ley Ordenadora del Registro Inmobiliario para los recursos de queja en general, y el establecido en el párrafo 18, apartado segundo, de la propia Ley para el caso de que, hallándose en tramitación una solicitud de inscripción, se inste otra que se refiera al mismo derecho.

En todos los casos enunciados se trata de un verdadero procedimiento, promovido de oficio, en cuanto el encargado del Registro adquiriera una convicción (controvertible, desde luego) acerca de la fundamentación de la inexactitud del asiento o de la necesidad de asegurar el derecho cuya inscripción se solicita, si bien en estos casos se desvanecen los efectos de la contradicción en los ulteriores trámites del procedimiento y en los efectos del consentimiento formal, sin ostentar aquella perdurabilidad que caracteriza la contradicción promovida de oficio, a tenor del párrafo 54 de la tan repetida Ley Ordenadora del Registro Inmobiliario.

1) *La resolución.*

Terminada por el Registrador su labor examinadora, o sea la que comienza inmediatamente después de presentada la solicitud y, en su caso, la complementaria, iniciada en virtud de lo preceptuado en el párrafo 18 de la Ley Ordenadora del Registro Inmobiliario, es llegado el momento de dictar la resolución.

Si de la labor examinadora resulta que aparecen cumplidos todos los requisitos exigidos por el procedimiento, dándose también los presupuestos registrales necesarios para poder verificar la inscripción, deberá el encargado del Registro ordenar que se efectúe ésta; en otro caso acordará su denegación, pudiendo ésta ser temporal o definitiva (1).

Ahora bien: esta resolución tiene únicamente por objeto decidir si una inscripción solicitada debe o no practicarse, no siendo necesaria la enunciación de fundamentos jurídicos, ni su notificación a parte o partes interesadas.

m) *La inscripción y su eventual denegación.*

(1) Véase Du Chesne, ob. cit., pág. 33. Los tratadistas alemanes evitan el empleo del término «suspensión», utilizando en su lugar el de «denegación temporal».

Básase la inscripción, conforme queda expuesto, en la constatación de estar cumplidos los requisitos de toda especie necesarios para verificarla y en la consiguiente resolución del encargado del Registro de llevarla a cabo. Mas estos actos son de índole tal que se desenvuelven reservadamente en la mente del Registrador, sin llegar a exteriorizarse en el procedimiento.

El procedimiento registral tiene por objeto el establecimiento de una situación determinada en los libros del Registro, que sólo puede efectuar el funcionario encargado del mismo.

No tratándose, como en otros procedimientos, de declarar la juridicidad o antijuridicidad de determinados actos, la legislación registral alemana, en su ánimo de simplificar, ha establecido como único acto de voluntad del Registrador, que trasciende al mundo exterior, la inscripción misma que dicho funcionario efectúa bajo su plena y exclusiva responsabilidad.

En el caso de que el encargado del Registro hubiera llegado a constatar que no se dan los requisitos necesarios para poder verificar la inscripción, resolverá no efectuarla.

La determinación de dicha circunstancia será, también en este caso, un simple medio o antecedente indispensable para llegar a la conclusión indicada, sin hallar, por consiguiente, su exteriorización dentro de las normas de procedimiento establecidas.

Falta, por tanto, en la legislación registral alemana un precepto como el contenido en el artículo 85 de nuestro Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria, y los interesados carecen en aquel país de toda facultad para instar del encargado del Registro que haga constar los motivos en que funde su calificación, habiendo, empero, la práctica registral suplido esta omisión reglamentaria, en la forma que más adelante se expondrá.

n) *Diversidad de resoluciones susceptibles de dictarse en el curso del procedimiento registral y requisitos de las mismas.*

Debe distinguirse a este propósito entre las resoluciones que tienen por finalidad única la de encauzar el procedimiento y aquellas otras cuyo objeto es acceder a la inscripción o denegarla, ya sea temporalmente o con carácter definitivo.

La más importante entre las resoluciones de la primera especie es, sin duda alguna, la disposición interlocutoria del párrafo 18 de la Ley Ordenadora del Registro Inmobiliario (apartado primero),

toda vez que desempeña la doble finalidad de facilitar la obtención de pruebas y de asesorar oficialmente, al propio tiempo, al peticionario en la elección de los medios probatorios de su derecho.

Se dan además resoluciones o providencias de carácter secundario como, por ejemplo, las que ordenan una nueva exhibición de determinados documentos, la aportación de declaraciones de personas interesadas en la inscripción que no afecten precisamente a medios de prueba, o las que, en cualquier forma, exigen la justificación de alguna circunstancia accesoria, así como multitud de otras, difíciles de prever taxativamente por el Legislador para cada caso concreto.

Por lo que respecta a los requisitos de que han de aparecer revestidas las resoluciones o providencias, es evidente que éstas son actos o manifestaciones de voluntad del Registrador, y que en aquellos casos en los que se acuerde efectuar la inscripción conforme a lo solicitado, no es realmente necesario expresar los motivos en que se funde la calificación, que es antecedente indispensable de dicha inscripción.

En cambio, siempre que se trate de resoluciones por las que, en cualquier forma, se deniegue la inscripción pedida, la práctica del procedimiento registral ha reconocido como indispensable, de conformidad con las normas trazadas por el Tribunal Supremo alemán en su constante jurisprudencia, que el Registrador haga constar los motivos en que funda la respectiva calificación, a pesar de que la ley ordenadora registral no lo preceptúa sino en el supuesto del apartado primero del párrafo 18 antes citado y en los términos que más adelante se expondrán.

Justifica Du Chesne (1) esta necesidad de fundamentar toda resolución no favorable a las pretensiones del solicitante, en la consideración de que todo peticionario ostenta un interés digno de protección en saber cuáles son los requisitos de que adolece su solicitud, en opinión del encargado del Registro, pues sólo así podrá aquél reproducir, debidamente modificada, la instancia que le fué denegada, o interponer, en otro caso, el oportuno recurso.

Conforme queda indicado, dispone excepcionalmente el apartado primero del tan repetido párrafo 18 de la citada Ley Ordenadora

(1) *Ob. cit.* pág. 40.

registral, de un modo taxativo, que en el caso de existir un impedimento (*Hindernis*) para la inscripción, podrá el Registrador denegar ésta, *con indicación de los motivos* que para ello tuviere, o conceder al peticionario un plazo proporcionado para la subsanación del defecto.

Este precepto debe interpretarse en el sentido de que no solamente en el caso de denegar de plano la inscripción, sino también cuando el Registrador señale un plazo para la subsanación de requisitos, deberá dar a conocer al peticionario los motivos por los que estime insuficientes los justificantes aportados para verificar la inscripción (1), pues sólo con conocimiento suficiente de tales motivos podrá el solicitante optar libremente entre el cumplimiento de la providencia registral, aportando en término hábil los comprobantes exigidos, o la interposición del recurso correspondiente.

Las restantes resoluciones, o sean todas aquellas que no impliquen denegación ni suspensión de la inscripción solicitada, no necesitarán, evidentemente, aparecer fundamentadas, no siendo tampoco necesario referir en las mismas los antecedentes de hecho, toda vez que éstos deben ya constar en las solicitudes de inscripción y en los documentos aportados por los peticionarios.

Será, en cambio, conveniente reseñar los documentos que se hubiesen tenido en cuenta para calificar, así como los demás antecedentes que oficialmente hubiesen llegado a conocimiento del Registrador, por razón de su cargo, y que éste hubiese tomado en consideración al dictar su providencia.

Como, por lo demás, la Ley Ordenadora del Registro Inmobiliario alemán deja al encargado de éste en completa libertad por lo que a la forma y extensión de las providencias o resoluciones registrales respecta, hasta el extremo de no exigir ni siquiera de un modo taxativo la forma escrita (2), podrá dicho funcionario obrar a su prudente arbitrio en cada caso particular.

Si, conforme queda indicado, el derecho del peticionario a conocer los motivos y el alcance de la calificación, no aparece reglamentado de un modo general en la Ley Ordenadora del Registro Inmobiliario alemán, está, en cambio, asegurado en el párrafo 55.

(1) Véase Du Chesne, ob. cit., pág. 41. Confr. Dr. Herman Oberneck, *Das Reichsgrundbuchrecht*. 4.^a ed., 1919, t. 1.º, pág. 265.

(2) Véase Du Chesne, ob. cit., pág. 39.

de la misma el derecho de toda persona favorecida por una inscripción o afectada por ella a recibir la notificación de haberse ésta efectuado.

Dice así el referido párrafo 55: «Toda inscripción será dada a conocer al solicitante y al dueño inscrito, así como a todas aquellas personas cuyos nombres puedan inferirse del Registro y a cuyo favor se haya verificado la inscripción o que se hallen afectadas por la misma. La inscripción verificada a favor de un dueño será también notificada a aquellos a cuyo nombre aparezca inscrita en el Registro alguna hipoteca, deuda inmobiliaria (*Grundschild*), renta inmobiliaria (*Rentenschuld*), carga real o algún derecho sobre cualquiera de los derechos indicados. Podrá renunciarse a la notificación».

ALFONSO FALKENSTEIN Y HAUSER,

Abogado del Colegio de Madrid.

(Continuará.)

Ensayo sobre la codificación del Derecho civil en Turquía ⁽¹⁾

III

Con gran claridad dice Ruggiero que el fenómeno de la codificación, de la reducción a unidad orgánica de todas las normas vigentes, en un determinado momento histórico de un pueblo, mediante la publicación de cuerpos de derecho o códigos que recojan, modificando o innovando profundamente todo el Derecho de un Estado o ramas del mismo, se repite tan frecuentemente en la historia de la cultura humana, que puede considerarse como una ley natural de la evolución jurídica (2).

Así sucedió en la Edad Antigua, cuando, después de las grandes perturbaciones sociales en Grecia y Roma, la legislación solónica y decenviral dieron al pueblo un cuerpo de leyes nuevas, y cuando, al final del ciclo evolutivo de Roma, Justiniano realizaba su famosa compilación. En la Edad Moderna, la necesidad de recoger los elementos dispersos de una farragosa legislación medieval y de unificar el Derecho regional escrito o consuetudinario, anterior a la formación de las modernas nacionalidades, determinó el acusado movimiento codificador, que se inició en Francia (1804), y continuando en Italia (1865), España (1889), Cantones occidentales y meridionales suizos (Vaud, 1819, a Neuchâtel, 1854-1855), y América del Sur (1845 a 1766),

(1) Véase el número 91 de esta Revista.

(2) Roberto Ruggiero: *Instituciones de Derecho civil*. Traducción de Serrano y Santa Cruz. Reus, 1929. I, pág. 101.

vuelve a surgir, lleno de vida propia en Alemania (1814 a 1896), Suiza (1907), el Japón (1) y China (2).

Varios sistemas puede seguir el legislador en su labor codificadora: desde la formación de un código puramente científico, como defendía la escuela filosófica o del Derecho natural, hasta la creación de un código que sea el producto de la vida social, y no una idea abstracta, que pueda circunscribirse y fijarse en fórmulas rígidas, pasando por varios sistemas intermedios o armónicos, bien mediante la adopción de realidades legislativas admitidas en otros países, como ideal de relativa justicia, o bien amalgamando las enseñanzas de la técnica, con las instituciones tradicionales del pueblo.

Este último sistema fué el escogido por los redactores de los Códigos francés y alemán, si bien en el primero se aprecia un marcado carácter práctico, mientras que en el segundo es notoria la influencia del elemento técnico y doctrinario (3).

Respecto de Turquía, ciertos autores propusieron la adopción íntegra de las instituciones jurídicas occidentales (4), desechando cuanto significare aportación de los elementos jurídicos otomanos. Contra esta tendencia, patrocinada con miras políticas por casi todas las potencias europeas, se revelaron escritores árabes tan caracterizados como Abi-Chahla, quien, a este propósito, recuerda «que cada sociedad tiene sus tradiciones, su historia y sus costumbres», agregando después que «estos elementos forman el alma colectiva que engendra el nacimiento de ciertas nociones de derecho y de justicia, que se denominan normas sociales. Estas normas presiden la elaboración del derecho positivo y la organización política del país. Los vínculos estrechos que existen

(1) Sobre los trabajos preparatorios del conjunto de leyes distintas que constituyen el Código civil japonés, véase *Il nuovo Codice civile giapponese quale materiale per lo studio del Diritto comparato*, en *Rivista di Diritto Civile*, año 1910, págs. 338 y siguientes, donde el profesor de Tokio, Hozumi, estudia profundamente la evolución codificadora del Derecho japonés.

(2) El Código civil chino de 23 de mayo de 1929 puede verse en *The Civil Code of the Republic of China*. Libro I. Trad. Ching Hing Hsia y Et Chow. 1929.

(3) Crome: *Les similitudes du Code civil allemand et du Code civil français. Livre du centenaire*, II, pág. 587.

(4) Van den Berg: *Principes de Droit Musulman*, pág. 231.

entre el sistema jurídico-político, de una parte, y las tradiciones por la otra, constituyen la única garantía del orden y del progreso. Cada sociedad elabora independientemente estos sistemas jurídicos según las normas que respeta y venera»... «La evolución actual tiende a aproximar a todos los pueblos sobre el mismo nivel. Pero esta solidaridad no debe llegar hasta la identidad, hasta la asimilación integral. Esto sería una locura nefasta» (1).

En definitiva, pues, siguen estos autores las enseñanzas de la escuela histórica, capitaneada por Savigny, desde su famoso artículo, oponiéndose a las doctrinas de Hibaüt, sobre codificación del derecho alemán, principalmente porque en las actuales civilizaciones aun no se había llegado a la madurez jurídica necesaria para realizar una útil labor sintética y constructiva del derecho creado mediante la evolución social (2).

Ambas tendencias lucharon denodadamente durante los años de la codificación del derecho civil turco, y cuando parecía seguro el triunfo de la escuela histórica, después de los trabajos de la primera subcomisión codificadora nombrada en 1924, que siguió fielmente las orientaciones de la ley sobre unificación de jurisdicciones de 25 de Octubre de 1917 (3), el Gobierno se decide francamente por el sistema codificador armónico, mediante la adopción de las realidades legislativas admitidas en los países occidentales de mayor *envergadura jurídica*. Para explicar este carácter de la codificación civil turca, dice el Ministro de Justicia Mahmoud Essad, en la exposición de motivos del Código, «que no hay diferencias esenciales entre las necesidades de las naciones que pertenecen a la familia de los pueblos civilizados en los tiempos actuales. Las constantes relaciones económicas y sociales, han hecho de la humanidad civilizada un verdadero bloque familiar. La alegación, según la cual la aplicación del Código turco, inspirado en principios prestados del extranjero, será inconciliable con las exigencias de Turquía, no merece ser tomada en consideración. Por otra parte, Suiza se compone de elementos franceses, alemanes e

(1) Obra citada, pág. 203.

(2) Véase Stern: *Thibaut und Savigny*. Berlín, 1914.

(3) Esta importante ley turca tiene por objeto principal secularizar la jurisdicción judicial, extendiéndose también a completar ciertos preceptos del *Medjellet* sobre el matrimonio y la familia.

italianos, con su historia y tradiciones diferentes. Una ley que puede ser aplicada con éxito en un medio que encierra tan heterogéneos elementos de cultura diferente, podrá ser aplicada ciertamente con éxito en Turquía, donde la población homogénea representa un 80 por 100.»

«Por otra parte, se rechaza la idea sobre inaplicación en Turquía de un Código perfecto, vigente en otra nación civilizada, porque esta tesis viene a afirmar que la civilización no es accesible al pueblo turco; pretensión categóricamente desmentida por los acontecimientos de la historia contemporánea. Toda la historia del renacimiento turco está para atestiguar que la nación no es refractaria a toda innovación sana de progreso sensible, respondiendo a las necesidades del siglo.»

«Está fuera de toda duda—prosigue la exposición de motivos—que las disposiciones del *Medjelle* no son compatibles con la civilización contemporánea; pero no es menos cierto que la vida del pueblo turco no ha sido modelada por el *Medjelle* y otras obras doctrinales de la misma naturaleza. El ministro de Justicia estima que el Código civil suizo favorecerá el impulso de la nación turca, hasta el presente ahogada por preceptos caducos, y que, además, le abrirá un extenso campo de evolución y de progreso. El Código civil no encierra ninguna disposición que repugne a los sentimientos nacionales. Conviene revelar aquí que la nación turca tomó la resolución de adoptar la civilización contemporánea y de crear la suya, por lo cual se ve obligada a conformarse, a cualquier precio, con las necesidades de esta civilización.»

Pretende el legislador turco comparar su sistema de codificación con el seguido en Alemania, Francia y Suiza.

Al efecto, dice que antes del Código vigente, Alemania estaba sometida al Derecho romano, sobre cuyos preceptos se habían amasado una multitud de textos legales en los países centrales. En el Este y Norte, al lado del Derecho romano se formó el Derecho prusiano, lleno de textos y costumbres particulares. En otras partes de Alemania, el Derecho francés estaba en vigor. Así, pues, el 33 por 100 de la población alemana estaba sometida al Derecho romano, el 43 por 100 al Derecho prusiano, el 7 por 100 al sajón y el 17 por 100 al francés. En Baviera sólo se conocían 70 u 80 formas de matrimonio. Antes del Código civil alemán los

ciudadanos no sabían jamás qué ley debía aplicarse al caso del litigio. Los jurisconsultos alemanes hicieron un solo Código para toda la nación, librando al país de esta variedad infinita de leyes y viejos textos. El Código civil alemán fué promulgado en 3 de Julio de 1896. Los partidarios del Derecho consuetudinario pretendieron que el nuevo Código, por ser demasiado abstracto, carecía de valor práctico, mas la realidad demostró su error.

«El Código francés es también el producto de una revolución: también suprimió las viejas costumbres y edificó un Derecho sobre bases nuevas. Entre las grandes reformas que contiene, merece citarse en primer lugar la supresión de los privilegios de castas y la jurisdicción de la Iglesia en los derechos de familia.»

Antes de la elaboración del Código civil, Francia estaba regida por costumbres escritas, que difieren considerablemente de una a otra región. En el Sur aun se conservaban en vigor los preceptos de la legislación romana, mientras que en el Norte el Derecho procedía de fuentes germanas. *«Por el Código civil la Revolución francesa barre todos los vestigios del pasado medieval y los sustituye con disposiciones de ley claras y sensatas.»*

Antes de la adopción del Código civil suizo, había tantas leyes como cantones. El nuevo Código suprime de un golpe todos los derechos consuetudinarios de los cantones y los reemplaza por una ley uniforme *«totalmente diferente de las precedentes»*.

«Estos tres movimientos consumaron la derrota de la Escuela histórica, que pretendía encadenar la vida de los pueblos a las tradiciones inertes.»

Cita el Ministro de Justicia turco estos ejemplos para recordar cómo las naciones, bajo el peso de *necesidades nuevas*, han demolido sus viejas costumbres, y para demostrar que con esta transformación brusca no sobrevino ningún daño vital a los pueblos, antes al contrario, se produjeron grandes beneficios.

Para apreciar la exactitud de las afirmaciones de Mahmoud Esad, sería preciso estudiar detalladamente la economía de los tres Códigos civiles expresados, labor que nos alejaría del objeto concreto de este breve ensayo, mas sin llegar a emprender tamaña empresa, creemos que puede demostrarse la equivocación del Ministro de Justicia turco, recordando brevemente cuáles fueron los elemen-

tos informadores de los tres jalones que señalan el camino de la codificación civil contemporánea.

Si bien es cierto que del Código alemán se ha llegado a decir, con frase exagerada, en sentir de Ruggiero, que se había limitado a formular en artículos las Pandectas de Windscheid, no debe olvidarse que, aunque así fuese, su labor se habría reducido a *expresar técnicamente* las disposiciones del Derecho romano, tan profundamente compenetrado con las costumbres alemanas, puesto que, según reconoce la misma exposición de motivos del Código turco, regía las relaciones jurídicas de un porcentaje, que se elevaba al 33 por 100 de la población del Imperio. Además, tén-gase en cuenta que el excesivo doctrinarismo dogmático de los grandes pandectistas alemanes, cristalizado en los dos primeros proyectos (1874 y 1888), fué abandonado en el proyecto elaborado por la Comisión presidida por Oehlschläger y luego por Kuntzel (1890), y que, aparte de los elementos romanos, se aprecian en el Código alemán numerosas influencias germanas y francesas (1), o sea de los diversos derechos vigentes en el Imperio al iniciarse su unificación mediante la codificación.

Que el Código civil francés no «*barre todos los vestigios del pasado medieval*», nos lo dicen sus primeros detractores, al apellidarle «*Digesto de la legislación atrasada*» (2), y nos lo dicen comentaristas tan destacados como Colin y Capitant, al afirmar que las treinta y seis leyes publicadas en 21 de Marzo de 1804 (30 ventoso XII), constituyendo un solo cuerpo con el nombre de Código civil de los franceses, responden de una manera adecuada a las aspiraciones de su tiempo, combinadas con los preceptos legislativos vigentes en la antigua Francia, por cuyo motivo se confirmó al Código «*el carácter profundamente nacional que los mejores jueces le reconocen*».

Si desacertada es la opinión del Ministro de Justicia turco Mahmoud Essad, cuando expone el carácter de la codificación en Ale-

(1) Véase, por ejemplo, la reglamentación del testamento ológrafo, en Saleilles, *L'article 270 du Code civil français et le paragraphe 2.231 du Code civil allemand*, en *Rev. Trim. Dr. Civil*, 1903, pág. 387, y 1904, pág. 89.

(2) Colin y Capitant: *Curso elemental de Derecho civil*. Tomo I, página 31, traducción española de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*.

mania y en Francia, aun se pone más de relieve su equivocación respecto de la codificación suiza, que, lejos de suprimir de un golpe todos los derechos consuetudinarios, creando una ley uniforme «*totalmente diferente a las precedentes*», lo que hizo fué crear una ley «*nacional*», que representa menos la razón escrita de los jurisconsultos que la conciencia escrita de la nación (1).

En primer término debe advertirse que el Código no modificó la legislación especial de la Confederación sobre materias tan importantes como la propiedad literaria y artística, ferrocarriles, expropiación, seguros, etc., y además, que no sólo respeta los usos y costumbres locales (artículos 5.º, 643, 644, etc.), sino que expresamente reserva al derecho cantonal partes interesantes del derecho privado (artículos 59, 472, 686, 688, etc.). Los Estados confederados, después de la codificación, tienen un ancho campo donde desplegar su actividad legislativa de carácter civil (2).

Precisamente la codificación suiza, lejos de representar un caso de imposición de la voluntad del legislador, significa la aplicación del método más democrático que puede utilizarse en la formación de la ley. Así lo hacen notar Rossel y Mentha, cuando dicen que «si el Código alemán es una obra de gabinete, que surgió de las deliberaciones oficiales de una Comisión, el nuestro, después de haber sido preparado por uno de nuestros más eminentes jurisconsultos (3), fué sometido, desde su primer bosquejo, a la discusión pública. Las Cámaras, la Prensa, los hombres de ley, las Sociedades políticas, industriales y comerciales, todas las clases de la población, y hasta el simple ciudadano, tomaron parte activa y aseguraron su preciosa colaboración»... «Así, el deber del redactor del anteproyecto, y el de los Poderes públicos, fué conectar su obra con el pasado, sin contrarrestar la evolución normal de nuestro derecho privado»; creándose «*este derecho nacional de fon-*

(1) Rossel et Mentha: *Manuel du Droit civil suisse*, I, pág. 44, y Jerónimo González: *Estudios de Derecho hipotecario*, 1924, pág. 258.

(2) Así se hace constar en una *Memoria* publicada por el Departamento federal de Justicia y Policía de Suiza, el 24 de Julio de 1908, y que citan Rossel y Mentha en la obra expresada.

(3) Recuérdese que el Código suizo actual está basado en los proyectos de M. Huber, revisados en 1900 por una Comisión compuesta por el mismo Huber, Gobat, Mentha, Reichel y Rossel.

do y de forma». ¡Qué distinto es todo esto al pensamiento del legislador turco!

De cuanto llevamos expuesto se deriva el error con que el Ministro de Justicia turco proclamaba desde la exposición de motivos del Código civil «la derrota de la escuela histórica». Sin pretender ahora descifrar el proceso interno de la formación de la norma jurídica, ni tampoco el problema de la existencia de una fuente unitaria de la misma, porque, aparte de su exagerada magnitud en relación con nuestros medios, estos estudios requieren un mayor adelanto en los de Psicología social, según dijo Clemente de Diego (1). Basta, para los efectos de este pequeño ensayo, con recordar la doctrina de los comentaristas citados, para que resulte bien de relieve, que los legisladores occidentales siempre hubieron de creer en la omnipotencia de sus facultades, porque sabían muy bien que el gobernante está ligado por el derecho objetivo, que el Estado es, según la expresión alemana, un Estado de derecho (un *Rechtsstaat*) (2), y que la producción del Derecho civil es, ante todo, un hecho humano, cuyo sujeto es la comunidad organizada y no el individuo, aunque detente la fuerza gobernante.

A nuestro juicio, en la exposición de motivos del Código civil de Turquía se sufre una confusión entre dos ideas distintas: entre el carácter omnipotente del legislador y su función codificadora con miras unificadoras, sobre todo durante los períodos revolucionarios.

Cuando el legislador aclara, regulariza y armoniza los confusos preceptos vigentes en un pueblo, con el fin de dotarle de una ley única, ciertamente que no aspira a que prevalezca su propia voluntad o sentimiento jurídico sobre el de la colectividad, aun cuando en algunos casos tenga que resolver conflictos entre normas jurídicas contradictorias, declarando cuál de ellas debe prevalecer y cuáles han de sucumbir en la lucha, por representar intereses sociales menos dignos de protección y respeto. Esta labor ya fué prevista por la escuela histórica y por las doctrinas orgánicas al explicar el proceso de la concepción y producción del derecho.

Cuando surge un desequilibrio entre el orden jurídico estable-

(1) Clemente de Diego: *Curso de Derecho civil*, I, pág. 402.

(2) Duguit: *Derecho constitucional*, pág. 33.

do y los postulados del derecho en su marcha evolutiva dentro de cada pueblo, aparecen las revoluciones. Hoy la revolución es un fenómeno patológico que ofrece especial interés en el campo del derecho (1), donde, sin embargo de su existencia, se reconoce la eterna unidad y continuidad histórica de la vida (2). El legislador revolucionario, pues, tampoco debe aspirar a imponer su voluntad, sino tan sólo a encauzar el movimiento de las masas, poniendo su raíz en el pasado, destruyendo lo decrepito y construyendo sólidamente con miras al futuro.

En la exposición de motivos del Código turco, al observar el fenómeno destructor de ciertas instituciones jurídicas atrasadas, mediante la obra codificadora occidental, se pensó que esto era debido a la omnipotencia del legislador para crear la norma jurídica e imponerla al pueblo, sin sospechar quizás las verdaderas causas: la necesidad de resolver los conflictos existentes entre normas jurídicas de desigual valor y la necesidad de dar cabida al orden jurídico nuevo, dentro siempre de la evolución, como suprema regla de la biología social.

Olvidadas estas fundamentales razones, y tomando el efecto por la causa, nada tiene de extraño que los gobernantes de Turquía creyeran que su labor tiene un carácter jurídico análogo al de las codificaciones de Europa occidental, cuando realmente representa la creación e imposición de una norma jurídica extraña al pueblo turco.

Quizá sea debido este error a la manera de concebir la evolución histórica de la humanidad, muy de acuerdo con la doctrina del siglo pasado, que enhebraba, uno tras otro, los fenómenos sociales, sin tener en cuenta las diferencias etnológicas de cada pueblo. La nueva ciencia etnológica ha descubierto la decisiva influen-

(1) Después de los clásicos estudios de Benjamín Constant, Locke, Santo Tomás, etc., sobre la legitimidad de los períodos revolucionarios que surgen contra los gobernantes que actúan fuera del Derecho, hoy se están realizando profundos estudios sobre esta importante materia: S. Rohatyn, en la *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts*, 1930, págs. 193 y 227, escribió un documentado trabajo sobre *Die juristische Theorie der Revolution*, etcétera.

(2) Domenico Antonio Cardone: *La Teoria della rivoluzione*, en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1932, pág. 101. Dr. Herrfardt: *Revolución y ciencia del Derecho*, trad. *Rev. Derecho Privado*, 1932.

cia de las razas sobre las instituciones jurídicas y sociales, y por esta razón, más que a la similitud de instituciones entre todos los pueblos del mundo, atiende a la evolución completa de cada materia dentro de cada civilización (1).

Si el legislador turco ha querido investigar el proceso de la formación de la norma jurídica sin tener en cuenta la diferencia de razas entre los países orientales y occidentales, nada tiene de particular que incurriera en los errores apuntados, atribuyendo a su obra un carácter jurídico bien diferente al que en realidad tiene.

La codificación en Turquía, pues, significa la afirmación de la omnipotencia de los gobernantes, imponiendo de grado o por fuerza su convicción jurídica a la masa de ciudadanos. Este fenómeno aun no se ha dado en los pueblos occidentales.

Quizá hubiera acertado mejor el Ministro turco Mahmoud Esad si en lugar de comparar su obra codificadora con la occidental, dirige su mirada a otro pueblo de mansedumbre oriental: al pueblo ruso. En Rusia, dice Leroy-Beaulieu, la noción de ley equivale a la expresión de una voluntad individual, poderosa y fuerte, mas pasajera y mutable (2); por eso, al heredar el Gobierno de los Soviets todo el poder que antes ejercían los zares, hubieron de transformar el alma del pueblo mediante simples fórmulas legales, sin conexión, en su mayor parte, con la historia jurídica del país. En el artículo 6.º de la ley de Introducción al Código civil ruso, publicada en *Izvestiia* de 12 de Noviembre de 1922, se establece con toda claridad que «está prohibida la interpretación de las disposiciones del Código sobre la base de leyes dictadas por el gobierno caído y la práctica de los Tribunales antes de la Revolución» (3).

Son, pues, notorias las semejanzas que se observan entre los caracteres de la codificación, en Rusia y en Turquía. Ambos legisladores sobre las ruinas del pasado nacional pretenden levantar una obra legal enteramente nueva.

FAUSTINO MENÉNDEZ-PIDAL,

Juez de primera instancia.

(Continuará.)

(1) F. Graebner: *El mundo del hombre primitivo*.

(2) Anatole Leroy-Beaulieu: *L'Empire des tsars et les russes*, París, 1897, I, p. 276, y II, pág. 285.

(3) Jules Patouillet: *Les Codes de la Russie soviétique*, París, 1925.

Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

PROHIBICIÓN DE ENAJENAR Y GRAVAR. LA IMPUESTA POR UN TESTADOR EN CATALUÑA A SUS HIJAS, E INSCRITA EN EL REGISTRO, IMPIDE LA INSCRIPCIÓN DE UN PRÉSTAMO CON ANTICRESIS Y SEGURO DE VIDA, NO SIENDO APLICABLE AL CASO ACTUAL, POR EXISTIR EN LA PROHIBICIÓN, FINALIDAD APRECIABLE, LA TEORÍA DE LOS NUDO PRECEPTOS O PACTOS QUE EL DERECHO ROMANO, VIGENTE EN CATALUÑA, CONSIDERABA INVÁLIDOS.

Resolución de 11 de Marzo de 1932. (Gaceta de 26 de Abril de 1932.) (1).

Ante el Notario de Barcelona D. José Poal otorgó testamento D. Francisco Sauquet Franch, en el que se contiene la siguiente cláusula :

«Instituye herederas universales a sus dos hijas únicas, Josefa y Montserrat Sauquet y Coll. La primera, o sea Josefa, como tal heredera, adquirirá ella sola la mitad indivisa que al testador le corresponde en la casa número 25 de la calle de Claveguera, de esta ciudad. Los restantes bienes del otorgante, de cualquier clase que fueren, los adquirirán por mitad ambas herederas, ninguna de las cuales podrá, no obstante, por actos *inter vivos*, enajenar ni gravar su parte de herencia.

(1) Puede consultarse el magistral estudio que en un caso análogo hace la Dirección en Resolución de 29 de Diciembre de 1929 (*Gaceta* de 8 de Febrero de 1930). Número 64 de esta REVISTA.

La primera que fallezca de dichas dos hijas del otorgante, si dejare uno o más hijos o descendientes, podrá, para después de su fallecimiento, o sea por acto de última voluntad, distribuir entre los mismos los bienes que hubiese adquirido en virtud de este testamento, y si no hubiere hecho tal distribución, la sucederán en ellos, como en la sucesión, abintestato...

La primera de dichas hijas del testador que falleciere sin dejar descendencia podrá disponer libremente tan sólo de 10.000 pesetas, con las cuales se entenderá pagada de todos sus derechos legítimos; en los restantes bienes que en virtud de este testamento hubiese adquirido será sustituida por su hermana, la otra hija del otorgante, o, en defecto de ésta, por los hijos o descendientes de la misma...

La hija del testador que falleciere últimamente tampoco podrá, por actos entre vivos, enajenar ni gravar los bienes que le hubiesen correspondido en fuerza de este testamento como heredera o como sustituta; para después de su muerte, o sea por acto de última voluntad, podrá disponer libremente de tales bienes, tanto si tiene descendientes como si no.»

Ante el Notario de Barcelona D. Antonio Arenas comparecieron dichas herederas a otorgar escritura de préstamo con anticresis y seguro de vida, por la cual, y considerándose con derecho a percibir los frutos de una casa de la herencia, habiendo contratado una de ellas un seguro de vida con el Banco Vitalicio de España por la suma de 25.000 pesetas, del cual consta como beneficiario el compareciente D. Ramón Puyal y Monclús, el que entregaba a préstamo a dichas hermanas la suma de 9.000 pesetas, y las deudoras constituyen en poder y posesión del acreedor, en concepto de anticresis, el derecho a percibir los frutos de una casa de la herencia, con sujeción a distintas cláusulas.

El Registrador de la Propiedad del Norte de Barcelona no admitió la inscripción «por el defecto insubsanable de que la anticresis que en el mismo se constituye está comprendida en la «prohibición de enajenar ni gravar» que, respecto de su herencia, estableció en su testamento D. Francisco Sauquet y Franch».

En el recurso que se interpuso por el Notario, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota del Registrador, y en la apelación

la Dirección general confirmó el auto, con las siguientes consideraciones:

Prescindiendo de la naturaleza, tan discutida en todas las legislaciones—ya desde la romana—, del gravamen anticrético, que vuelve a mirarse con tanto interés en los países de crédito territorial más avanzado, porque sustituye con ventaja a las varias combinaciones de la hipoteca y el usufructo—usufructo de seguridad o garantía—, y aun equiparada la anticresis, con carácter de verdadero derecho real, a la hipoteca, por la jurisprudencia de este Centro directivo en cuanto supone igualmente, aparte el característico derecho al percibo de los frutos, una potencial enajenación de la propiedad del inmueble, en el caso presente se trata esencialmente de la interpretación de la voluntad del testador, don Francisco Sauquet, al establecer la prohibición de enajenar y gravar los bienes que sus dos hijas y herederas adquirieron por virtud del expresado testamento.

La voluntad aparece clara del tenor mismo de las palabras utilizadas por el testador, que, con independencia de la sustitución fideicomisaria recíproca que más adelante establece y para cuya existencia y efectividad no era ciertamente precisa la prohibición de enajenar, ordena que los bienes del otorgante, de cualquier clase que fueren, los adquirirán por mitad ambas herederas, ninguna de las cuales podrá, no obstante, por actos *inter vivos*, enajenar ni gravar su parte de herencia.

Este propósito del testador, traducido en la prohibición de enajenación y gravamen por actos *inter vivos*, se ratifica en el párrafo final de la cláusula de institución de herederos, donde literalmente se consigna que la hija del testador que falleciere últimamente «tampoco podrá por actos *inter vivos* enajenar ni gravar los bienes que le hubieren correspondido en fuerza de este testamento como heredera o como sustituta»; pero para después de su muerte, o sea por actos de última voluntad, «podrá disponer libremente de tales bienes, tanto si tiene descendientes como si no», apareciendo, por tanto, diáfana la voluntad del testador de que en todo caso, y durante la vida de las instituidas, éstas no pudiesen enajenar ni gravar por actos *inter vivos* los bienes hereditarios.

La prohibición así establecida puede no solamente relacionarse con la conservación íntegra del caudal hereditario, a los efectos de

la sustitución fideicomisaria que posteriormente se establece, sino también con el respeto a esa integridad para el aseguramiento de la vida y decorosa subsistencia de las herederas en primer término instituídas, ya que del contexto de la disposición testamentaria analizada se desprende claramente el espíritu informativo de la voluntad del testador de asegurar a sus dos hijas y a los descendientes que éstas tuviesen los medios de subsistencia constituídos por el caudal hereditario.

Esto sentado, no puede decirse que la prohibición de enajenar constituya un nudo pacto de los que estimaba totalmente inválidos el Derecho romano, actualmente en vigor en Cataluña, y a los que hacen referencia las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de Febrero de 1884 y 12 de Enero de 1907, ya que no siendo el caso actual de prohibición sin finalidad apreciable, es inaplicable aquella doctrina de los nudos pactos invocada por el Notario recurrente.

La estimación de la prohibición de gravar y enajenar como nudo pacto, ineficaz en Cataluña, sólo puede sentarse cuando absolutamente no conste la finalidad perseguida por el estatuyente, y así lo reconocen no sólo los fragmentos de Scaevola, citados en la Resolución de este Centro de 20 de Diciembre de 1929, sino la doctrina de la misma Resolución, al estimar procedente la denegación de la inscripción de cierta escritura de hipoteca otorgada contra prohibición muy análoga a la que en este recurso se debate.

En fin, la prohibición ha sido mencionada en la inscripción y es preciso conservar su virtualidad hipotecaria mientras no sea anulada en la forma prescrita por los artículos 24 y 41 de la ley Hipotecaria en los términos que establece la Resolución citada.

COMPRAVENTA. NO ES DEFECTO QUE IMPIDA LA INSCRIPCIÓN DE UNA ESCRITURA DE COMPRAVENTA EL NO HABERSE HECHO PREVIAMENTE LA DE UNA CANCELACIÓN DE HIPOTECA QUE GRAVABA EL INMUEBLE VENDIDO, NO OBSTANTE HABERSE OBLIGADO A ELLO LOS VENDEDORES EN EL DOCUMENTO. GRAVADA LA MITAD DE LA FINCA VENDIDA, CON PROHIBICIÓN DE ENAJENAR EN EL ÍTERIN EL HEREDERO NO HAGA PAGO A TODOS LOS LEGATARIOS, LA NEGADA O NO PRESTADA CONFORMIDAD DE ÉSTOS CON LA DEDUCCIÓN DEL IMPUESTO DE DERECHOS REALES, QUE PRETENDE HACER EL HEREDERO, IM-

PIDE LA INSCRIPCIÓN DE LA ESCRITURA MIENTRAS AQUÉLLA NO SE OBTENGA O UNA EJECUTORIA ASÍ LO ORDENE.

Resolución de 26 de Abril de 1932. (Gaceta de 17 de Mayo de 1932.)

Ante el Notario de Melilla D. Juan Sánchez Fernández se otorgó escritura, por la que D. Isidoro y D. Juan Manuel Bartolomé Martín venden una finca, que les pertenece por mitad, a D. Moisés Benarroch Roffe, resultando que la mitad del segundo, aun no inscrita a su favor, le pertenece por adjudicación al fallecimiento de su esposa y como único heredero de la misma, en cuyo documento figura una advertencia haciendo constar que el heredero no podrá vender, gravar ni enajenar sin que haya hecho efectivos diversos legados, extremo que el heredero pretende justificar con la carta de pago del impuesto y un resguardo del Banco del importe del legado, con deducción de aquél. Los vendedores se obligan a inscribir previamente una escritura de cancelación de hipoteca, que otorgan el mismo día, que grava la finca vendida, para que ésta quede libre al inscribirse a favor del comprador.

El Registrador de la Propiedad de Melilla suspendió la «inscripción de la escritura de venta» por observarse las siguientes faltas:

Primera. No hallarse inscrita la cancelación de la hipoteca que grava el inmueble, condición necesaria que se establece en el contrato.

Segunda. No constar en cuanto a la mitad indivisa del inmueble, propia de D. Juan Manuel Bartolomé Martín, la entrega íntegra del legado o metálico garantizado con prohibición de enajenar ni gravar, o la conformidad de los legatarios con la deducción que se les hace. Son subsanables ambas faltas y no se extiende anotación preventiva por no haberse pedido.

Interpuesto recurso por el Notario, el Presidente de la Audiencia de Sevilla confirmó en todas sus partes la nota del Registrador y la Dirección general confirma el auto apelado tan sólo en cuanto hace referencia al segundo motivo de la nota del Registrador con los siguientes fundamentos:

Independientemente de la naturaleza del derecho y obligación estipulada en la cláusula segunda de la escritura que motiva este

recurso, es indudable que, si bien conforme a lo prevenido en el artículo 6.º de la ley Hipotecaria, la inscripción de un derecho puede pedirse indistintamente por el transmitente o el adquirente, los efectos de la petición han de ser distintos para la resolución de este recurso, solicitada como lo fué por el segundo, que de haberlo sido por el primero.

Aparte lo incongruente de estimar la estipulación de la cláusula segunda—pactada, sin duda posible, por exigencia del comprador y en beneficio suyo—como verdadera condición suspensiva en la intención de las partes, que hiciese depender de su cumplimiento la adquisición por el mismo comprador de la propiedad de la finca, que a tanto equivale la denegación o suspensión en inscribir la transferencia a su instancia; y admitido que, como sostiene el Registrador, la obligación estipulada es exigible de los vendedores y no potestativa para ellos, resulta evidente, en cambio, que el comprador, conforme al artículo 1.124 del Código civil, pudo optar entre la exigencia del cumplimiento o la rescisión del contrato; pero nada se opone a que el comprador—conocedor de su derecho y dueño de sus actos—renuncie—sin perjuicio para nadie—a lo uno y a lo otro, explícita o implícitamente, o en esta forma dé por cumplida la obligación mediante actos que, como declaran las sentencias citadas, así permitan deducirlo, cual la solicitud de inscripción de la transferencia del dominio de la finca a su favor, en el caso del recurso.

Esta presunción de renuncia a su derecho por parte del comprador, aparte la finalidad primordial de no retrasar la inscripción de la transferencia del dominio, asegurándolo contra posibles incidencias, tiene también lógico fundamento en el hecho frecuente de subsistencia en los Registros de gravámenes extinguidos y sin cancelar, porque, no obstante la disposición de los artículos 77 y 156 de la ley Hipotecaria, el adquirente de una finca, conocedor de la inexistencia del gravamen, sabe perfectamente que el acreedor no podrá reclamarle nuevamente el crédito prevalido de la no cancelación, puesto que al cobrar no puede alegar ignorancia ni puede ser protegido como tercero, y porque, además, confía normalmente en la buena fe del acreedor, ya satisfecho, y en la protección que, en todo caso, supone para él el contenido de los artículos 152, 153 y 193 y siguientes del Reglamento, que alejan y

hacen muy remoto en la realidad el peligro con que la ley le amenaza.

En cuanto al segundo defecto de los señalados en la nota, es indudable, a tenor de lo dispuesto por el Reglamento del impuesto de Derechos reales, la obligación del pago por parte del heredero en los legados de metálico, e indiscutible la correlativa facultad del mismo para descontar su importe al hacer entrega del legado; pero son cosa diferente el derecho o facultad nacidos del cumplimiento de aquella obligación y la prueba de ese cumplimiento, porque girada, como aparece, la liquidación a nombre de los legatarios—única verdad para el Registrador—y negada o no prestada por ellos la conformidad del aserto en contrario y a la deducción pretendida por el heredero, la sola y unilateral manifestación de éste, aun hecha, como lo ha sido, en escritura pública, no puede producir efectos en el Registro ni suplir aquella conformidad sin que una ejecutoria así lo ordene.

NO ES VÁLIDO, Y POR TANTO INSCRIBIBLE, EL PACTO ESTABLECIDO EN ESCRITURA EN LA QUE MARIDO Y MUJER ADQUIEREN POR COMPRA POR MITAD Y PRO INDIVISO UNA FINCA POR EL QUE, AL FALLECER UNO DE ELLOS, HA DE PASAR AL SOBREVIVIENTE LA PARTE QUE EL PREMUERTO ADQUIERE, PORQUE SI SE ESTIMA DONACIÓN LA PROHIBE EL ARTÍCULO 1.334 DEL CÓDIGO CIVIL, Y SI SE LA CONSIDERA COMO COMPRAVENTA, SUJETA A CONDICIÓN RESOLUTORIA, TAMBIÉN SE OPONE A SU VALIDEZ EL 1.458 DEL MISMO.

Resolución de 5 de Mayo de 1932. (Gaceta de 23 de Mayo de 1932.)

En escritura de compra que efectuaron ante el Notario de Lluchmayor D. Manuel Baraibar Arraras los cónyuges D. Pedro Antonio Sastre y doña Ursula Tomás establecieron el pacto arriba dicho, y el Registrador de la Propiedad de Palma inscribió la escritura en cuanto a la venta por mitad y pro indiviso de la finca, y la denegó en cuanto a la manifestación que hacen los compradores, por entender que implica una donación prohibida por la ley, cuyo defecto calificó de insubsanable, por lo que no procedía la anotación preventiva en cuanto a la misma manifestación.

Interpuesto recurso por el Notario, el Presidente de la Audiencia confirmó la nota recurrida, en cuanto por ella se denegó la manifestación de los compradores, y la Dirección general confirmó el auto apelado con los siguientes considerandos:

Ya se califique el contrato y pacto, origen del presente recurso, de compraventa sujeta a una condición resolutoria o de donación, ya se distinga en este segundo concepto la existencia de una donación *inter vivos*, en que la entrega de la cosa se reserve *post mortem*, o se aprecie la de una de aquéllas que en Derecho romano se llamaban recíprocas o compendiosas, siendo todo ello, mirando objetivamente al contrato calificado, posible en principio, siempre será necesario examinar el referido pacto en relación con el vínculo matrimonial que une a las personas que lo establecieron, determinando con la mayor claridad, no sólo el carácter de las adquisiciones de los esposos D. Pedro Antonio Sastre y doña Ursula Tomás, que formalizaron en la escritura de 6 de Enero del año 1931, sino también el fin último que a las mismas les dieron, precisando si esta finalidad está o no en contradicción con la naturaleza de aquellas adquisiciones, todo ello como base para apreciar la validez o nulidad de aquel pacto, a los efectos registrables.

Al declarar dichos esposos que realizaban la adquisición pro indiviso y por mitad, no podían obtener otros resultados que los que provocaría la adquisición separadamente realizada por el marido de la mitad de la finca, seguida de la hecha en iguales condiciones por su mujer, cuyas adquisiciones a título oneroso, sin indicar ni justificar la procedencia del dinero, son para los efectos legales e hipotecarios atribuidas al grupo de gananciales, como bienes de la sociedad conyugal, teniendo en cuenta que el momento para determinar si una finca ingresa en la comunidad de gananciales es el de la transmisión de su propiedad a cualquiera de los cónyuges.

Siendo la finca de la sociedad legal de gananciales por la comunidad en el origen de la adquisición, por aquello de que cuando la costa es comunal, comunal debe ser también lo que se recibe, como decía el Fuero real, sin dilucidar si el inmueble fué o no transmitido por el vendedor con la limitación o *deductio* implícita en el juego de toda condición resolutoria, en que la definitiva transmisión de las partes indivisas quedasen diferidas hasta la disolu-

ción del matrimonio, es evidente que no pudiéndose confundir aquella comunidad con la copropiedad de tipo romano, que supone la indivisión, no puede negarse que es tan íntima la relación personal en los cónyuges y tales las normas de disposición, uso y administración de los bienes en el régimen jurídico del matrimonio, que impedirían el ejercicio de la acción para pedir la división de la cosa común, característica de la comunidad normal de bienes.

La validez del pacto implicaría una modificación en el régimen legal, dentro del cual se desenvuelve la actividad económica de la familia Sastre Tomás; que del examen de diversos preceptos del Código civil, y principalmente del capítulo I, título III de su libro IV, se deduce claramente que la ley ha tenido el pensamiento de que el régimen económico familiar no se altere una vez celebrado el matrimonio; que la voluntad de los esposos es legalmente ineficaz para establecer cambios en el régimen de gananciales, que por su silencio es de suponer les rige, como supondría la admisión del pacto discutido; que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de este Centro directivo, lejos de interpretar restrictivamente los artículos 1.334 y 1.458 del expresado Código, lo hacen asimilando otros contratos a la donación y a la venta y extendiendo a ellos la prohibición; y que, en definitiva, estando prohibidos los contratos de mera liberalidad entre los cónyuges, no puede alegarse el principio de *pacta sunt servanda*, de que es consecuencia el artículo 1.255 del repetido Código civil.

Por último, tan fundamentales principios no pueden ser contradiños, asimilando el pacto a una combinación tontina de aquellas en que se lucran los supervivientes con el capital que dejan los difuntos, ni a una Sociedad particular de bienes por deducción o interpretación, a *sensu contrario*, del artículo 1.677 del Código civil; ni mucho menos fundar la validez en que su nulidad supondría la prohibición del seguro de vida en que ambos cónyuges fueron beneficiarios, porque la naturaleza y fines de aquellos contratos están muy lejos de la asimilación que se pretende y porque el artículo 428 del Código de Comercio establece una excepción para el seguro, con razón en el mismo principio que lo informa.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL

165. *Tercería de dominio. Duplicidad de inscripción en el Registro de la Propiedad.* Sentencia de 25 de Noviembre de 1931.

En autos seguidos por don S. contra don R. y doña J., les fué embargada a éstos una casa, por lo que don P. interpuso demanda de tercería de dominio, alegando que, a mediados del siglo pasado, un antecesor de los ejecutados estableció un censo a favor de un Ayuntamiento en parte de una heredad llamada «Manso Camps», y en determinada extensión que tenía su frente a la plaza de la Constitución, para construir allí una Casa Consistorial, lo que había de realizarse dentro del plazo de ocho años, y, de no construirla, se incorporaría otra vez al terreno.

Pasaron los años; la heredad «Manso Camps» fué pasando a los sucesores del censalista, según consta en el Registro de la Propiedad, y uno de los sucesores, a los veinticuatro años de constituido el censo sin que la construcción se hubiese levantado, consiguió por sentencia que el dominio útil se cancelase a favor del directo, y más tarde la madre de los ejecutados, en nombre de éstos, vendió al tercerista la heredad «Manso Camps» con sus edificaciones, usos y dependencias, incluso la casa embargada, lo que había provocado la tercería. Que el embargo pudo ser trabado porque en el Registro quedó sin cancelar la inscripción del dominio directo, partiendo de la cual, y valiéndose de nuevos linderos, pudieron inscribir los embargados, pidiendo se declarase

la nulidad y consiguiente cancelación de la inscripción a favor de los embargados...

A esta demanda se opusieron el ejecutante y los ejecutados, tratando de demostrar que la casa en cuestión estaba construída sobre terreno que nunca fué del «Manso Camps», cuyo dueño nunca tuvo el dominio directo de dicho terreno. ., pidiendo por reconvencción la nulidad de la inscripción hecha a favor del tercerista. El Juzgado y la Audiencia accedieron a la demanda, absolviendo de la reconvencción, y el Supremo rechaza el recurso, considerando que la Sala sentenciadora no ha infringido los preceptos legales que se citan en el recurso, por cuanto, lejos de admitir la duplicidad de inscripción de un mismo inmueble, la rechaza, si bien reconoce la realidad de la que doblemente aparece respecto a la finca litigiosa, por lo cual justamente ordena la cancelación de una de ellas, y al hacerlo así no quebranta lo dispuesto en los artículos 8.º, 9.º, 20 y 21 de la ley Hipotecaria.

166. *Prescripción y acto de conciliación. El error motivo de la casación es el cometido en el fallo de la sentencia y no en sus considerandos.* Sentencia de 20 de Noviembre de 1931.

La viuda e hijos de un administrador formularon demanda contra la esposa e hijos del administrado, reclamando 11.000 pesetas, importe de los servicios prestados después de haber intentado la conciliación, a la que no compareció la demandada, a la que la demandada opuso la falsedad de los documentos presentados (salvo un poder notarial); que el administrador les debía determinada suma por préstamo y por otros conceptos, cuyo importe pedía por reconvencción.

El Juzgado condenó a la demandada a pagar 10.000 pesetas y al actor lo pedido por reconvencción, sentencia que revocó la territorial de Albacete, condenando sólo al pago de 7.500 pesetas, reconocidas en un pagaré, confirmando en cuanto a la reconvencción.

Interpuesto recurso por la demandada, fundado en la infracción de los artículos 1.964 y 1.947 del Código civil y 469 de la ley de Enjuiciamiento, por haber estimado la Sala que quedó interrumpida la prescripción por el acto conciliatorio, no obstante haberse

presentado la demanda trece meses después de su celebración. El Supremo rechaza el recurso, porque el fallo de la sentencia recurrida nada contiene relativo a la prescripción de las acciones entabladas, y aunque no puede suscribirse la teoría sustentada por el Tribunal *a quo* en cuanto a la eficacia que atribuyó a un acto conciliatorio, al que dentro de dos meses no siguió la promoción del correspondiente juicio al efecto de interrumpir la prescripción, había ya afirmado la Sala sentenciadora que, aunque se estimase prescrita dicha acción, el derecho a reclamar el pago de la cantidad pedida por los demandantes nacía realmente de un documento privado, firmado años antes, y puesto que el administrador falleció en Octubre de 1926, el acto conciliatorio se celebró en Septiembre del año siguiente y la demanda se promovió en 1928, es obvio que, descartada la infracción del artículo 1.947 del Código civil, la simple exposición de las fechas indicadas demuestra que la sentencia recurrida no pudo infringir el artículo 1.964 del Código civil y el 469 de la ley de Enjuiciamiento al sostener que no podía estimarse prescrito el derecho reconocido al causante de la parte actora para el cobro del premio de administración, puesto que, como afirma la resolución combatida, el momento desde el cual pudo ejercitarse aquél fué el de la defunción del administrador. Y que así lo impondría igualmente, bajo otro aspecto, la doctrina de antiguo establecida, según la que el error que da lugar a la casación es el cometido en el fallo de la sentencia y no en sus considerandos, si no constituye el único fundamento aducido por el Tribunal *a quo*; y en el caso de autos el fallo de la sentencia nada contiene en cuanto a prescripción y en los razonamientos de la misma se desestima por un doble motivo la excepción aducida a ella referente, siquiera uno de ellos no sea estimable a juicio de este Tribunal.

167. *Bienes reservables. Reserva del artículo 811. El padre reservatario no está obligado a garantizar los bienes objeto de la reserva en tanto no contraiga otro matrimonio.* Sentencia de 3 de Noviembre de 1931.

Dos hijos formularon demanda contra su padre, alegando que, una vez practicadas las operaciones divisorias por óbito de la

madre, fallecieron dos hijos, los que fueron heredados por el padre con obligación de reservar, habiendo dispuesto de gran parte de estos bienes reservables, por lo que pedían el abono de las cantidades percibidas por la venta de los bienes reservables o, en otro caso, que el padre asegurase hipotecariamente el cumplimiento de estas obligaciones.

El Juzgado dictó sentencia declarando que el demandado venía obligado a constituir hipoteca especial sobre bienes de su propiedad para garantizar el importe de los heredados de los hijos premuertos que fueron enajenados, y que tienen la consideración de reservables, sentencia confirmada por la Audiencia.

Interpuesto recurso, LO ADMITE el Supremo, casando y anulando la sentencia recurrida, considerando que los bienes adquiridos por el padre de sus hijos, que éstos a su vez habían adquirido de su madre, tienen indudablemente la consideración de reservables a favor del demandante y hermanos, por hallarse potencialmente comprendidos en los artículos 811 y 969 del Código civil, según reconocen las mismas partes de este pleito; pero como lo que aquí se discute es la obligación que tenga el padre de asegurar en forma hipotecaria tal reserva, y el supuesto en que descansa se halla en la zona común a las dos especies admitidas por el citado Cuerpo legal, ha de resolverse en primer término cuál de ellas tiene fuero atractivo en el presente caso.

Que por el rancio abolengo de la reserva del cónyuge viudo en la legislación patria, por su mayor congruencia con la constitución de la familia española, por su compatibilidad y estrecho enlace con las legítimas, por su perfecta adecuación con las facultades y autoridad que al padre corresponden en orden a la enajenación y libre disposición de los bienes mientras permanezca viudo, por el desarrollo especial que en el articulado del Código civil encuentra y por las peticiones concretas sobre las que ha girado este pleito, ha de afirmarse que la reserva en él discutida encuentra su molde adecuado y sus principios normativos, sobre todo en cuanto se refiere a las garantías hipotecarias en los artículos 968 y siguientes del repetido Código.

Que es en este artículo donde está precisada la reserva que se impone a los padres de los bienes adquiridos por título lucrativo de sus hijos, estando comprendidos en los artículos 977 y 978 del

mismo Cuerpo legal en relación con los 168 y 200 de la ley Hipotecaria, las únicas obligaciones de garantía impuestas al padre por bienes de tal naturaleza; pero estas garantías sólo son exigibles al viudo o viuda que contraiga ulteriores nupcias, por la desconfianza de que con la intervención de los nuevos parientes puedan ser perjudicados los hijos del anterior matrimonio; mas en modo alguno cabe sean exigidos al que se conserva en estado de viudez, porque la ley no se las impone y porque aquellas disposiciones, como gravosas que son, no pueden interpretarse en sentido amplio ni aplicarse por analogía.

Y esto supuesto, al tener en cuenta que el demandado se conserva viudo, es visto que no le son aplicables las disposiciones legales antes citadas y que el Tribunal *a quo* las infringió por aplicación indebida, dando lugar a que prospere el recurso.

168. *Incongruencia. Subasta judicial en la que, una vez abonado el precio del remate, desaparece la cosa adjudicada. Si responden solidariamente el ejecutado y el ejecutante que percibió el precio. Los Tribunales deben ser imparciales y no completar ni sustituir los medios procesales elegidos por las partes. Sentencia de 30 de Noviembre de 1931.*

En la vía de apremio de un ejecutivo, seguido por una Sociedad contra don A., se verificó la subasta de bienes embargados, adjudicándose a don F., como mejor postor, 300 cajas de jabón, consignando el rematante el precio que se entregó a la Sociedad, y mandándose que se hiciera entrega del jabón a don F., para lo que se requirió a don A., que contestó que no podía entregarlo, pero que estaba dispuesto a entregar su valor.

El rematante, don F., interpuso, como es natural, demanda contra la Sociedad y don A., recayendo providencia por la que se dispuso se requiriese al ejecutado y ejecutante para que, en el plazo de cinco días, abonasen el importe de la mercancía; pasado el tiempo sin cumplirse lo mandado, suplicó al Juzgado que requiriese a las partes al pago, y si no pagaban, librar mandamiento de ejecución y embargo solidariamente contra los bienes de los mismos; el Juzgado requirió a don A. para la entrega de las cajas de jabón, bajo apercibimiento de que, de no verificarlo, se procedería.

criminalmente por quebrantamiento de depósito, y no habiéndolo hecho efectivo, el rematante solicitó de nuevo el embargo, al que se opuso la Sociedad, alegando que ella cobró lo que le debían, siendo responsable sólo el ejecutado; pero, aun en el caso de ser responsable subsidiaria, sólo tendría lugar después de agotados todos los recursos. Previos más trámites, el Juzgado dictó sentencia condenando a don A. al pago de pesetas, absolviendo a la Sociedad. La Audiencia de Oviedo la revocó, condenando a ambos a pagar solidariamente, e interpuesto recurso, el Supremo lo admite, considerando que, con arreglo al artículo 359 de la ley de Enjuiciamiento, la sentencia ha de ser congruente, y esto sentado, resulta evidente que el fallo es incongruente con la demanda, cuando por ésta se suplica la declaración de nulidad de determinada compra celebrada en subasta judicial y consiguiente restitución del precio al comprador, y, en cambio, por aquél se pronuncia la condena de los demandados a consecuencia de una supuesta acción resolutoria o rescisoria sancionada por el artículo 1.124 del Código civil, los Tribunales, en méritos de imparcialidad, están obligados, y como garantía de los litigantes dentro del principio rogado de la jurisdicción civil, a no completar ni menos sustituir los elementos procesales que fueron escogidos por las partes contendientes en la litis.

* * *

La Audiencia de Oviedo, en vista de la peregrinación fatigósima del rematante burlado, se creyó en el caso, por humanidad, por equidad y por justicia, de dictar el fallo que dictó; pero estas poderosas razones nada valen enfrente del mal enjuiciamiento. Hora es ya de que el formulismo y los preceptos arcaicos de una legislación adjetiva absurda se hundan definitivamente y dejen paso al arbitrio judicial en las altas esferas también (que ahora han de nutrirse, en virtud del turno de oposición, por elementos de cultura excepcional, mereciendo nuestro incondicional aplauso el proyecto del ministro de Justicia).

CUESTIONES DE COMPETENCIA

169. *Compraventa mercantil*. Sentencia de 6 de Noviembre de 1931.

Se entiende hecha la entrega en el domicilio del vendedor, salvo pacto o sumisión expresa.

170. *Acción mixta*. Sentencia de 13 de Noviembre de 1931.

Si por el actor se prescindió del Juzgado, al cual se habían sometido ambos contratantes, ha de estarse, para resolver la competencia, a lo dispuesto en el artículo 62 de la ley de Enjuiciamiento.

171. *Prestación de servicios*. Sentencia de 16 de Noviembre de 1931.

Los servicios deben ser pagados en el lugar donde se prestan.

172. *Temeridad y pago de costas*. Sentencia de 18 de Noviembre de 1931.

Si hay sumisión expresa, que aparece en documento firmado por las partes, incurren en temeridad notoria el Juez municipal y el demandado al sostener la inhibitoria, debiendo pagar las costas por mitad.

173. *Pago de servicios*. Sentencia de 24 de Noviembre de 1931.

Deben abonarse en el lugar donde se prestaron.

174. *Precio en venta mercantil*. Sentencia de 26 de Noviembre de 1931.

Ha de satisfacerse en lugar de entrega de la cosa vendida.

CIVIL

175. *Juicio de testamentaria. Su procedencia cuando existen contadores partidores que han practicado la partición legalmente. Derecho del heredero forzoso a promoverle. Sentencia de 3 de Diciembre de 1931.*

Una señora falleció con testamento, en el que dispuso de sus bienes sin perjuicio de las legítimas, y nombró a tres señores contadores partidores con facultades solidarias. Una vez transcurrido el año después de la muerte, uno de los herederos promovió juicio voluntario de testamentaria, porque los contadores no habían cumplido su encargo, entendiendo que tácitamente habían renunciado a él, y aunque la testadora prohibió la intervención judicial y para ello nombró a los contadores, como éstos no habían actuado, promovía el juicio.

El Juzgado accedió a ello, pero uno de los coherederos compareció, presentando copia de la partición ya hecha, pidiendo la nulidad de lo actuado. El actor contestó que la fecha del acta notarial era auténtica, pero la partición era nula, pues el contador en aquella época ya no tenía facultades para realizarla. El Juzgado dictó sentencia accediendo a lo pido por el promotor del incidente y la Sala la revocó y confirmó en parte, declarando no haber lugar a decretar la nulidad de lo actuado y mandando sobreseer. Interpuestos dos recursos, el Supremo los rechaza, considerando que siendo la finalidad del juicio de testamentaria hacer la división y adjudicación de la herencia entre los herederos, es claro que una vez que se acredite en dicho juicio que la división se ha practicado en legal forma, fuera del mismo, procede su sobreseimiento, porque sin negar al heredero forzoso el derecho de promover el indicado procedimiento, aun cuando el testador hubiera nombrado contadores partidores, ese derecho hay que subordinarlo al del testador de hacer por sí o encomendar a otro la práctica de la partición, sin más limitación que no perjudicar las legítimas o nombrar a uno de los coherederos, subordinación evidente en el presente caso, en el que afirma la Sala sentenciadora que la partición se hizo con las formalidades extrínsecas exigidas, por la persona designada por el testador.

Tampoco el fallo recurrido vulnera el artículo 904 del Código civil, porque la designación hecha por el testador de los cargos de albaceas, comisarios y contadores partidores a favor de las mismas personas, la analogía entre los primeros y los últimos, a pesar de ser distintos en su especialidad, lo que obliga a suplir por los preceptos del Código referentes a los albaceas la reglamentación de los cargos de contadores, demuestran a los efectos de este incidente, con vista de lo dispuesto en el testamento, que la partición fué hecha por persona facultada por el testador.

* * *

Es tan escasa la literatura jurídica española en materia de ejecutores testamentarios, que con frecuencia se confunde la diversa condición y funciones de las personas designadas por los testadores con la finalidad de cumplimentar su voluntad. En el testamento origen del caso anterior se emplean los términos de albaceas, comisarios contadores y partidores. Es cierto que cada una de estas instituciones tiene su función propia y su cometido especial; pero en la práctica se emplean los términos como sinónimos, y a veces esto puede dar lugar a confusiones y hasta ser nula la institución. En la zona de Levante, tal vez por influjo del derecho catalán, el albaceazgo es una institución de capital importancia que va generalmente en la primera cláusula de los testamentos y se hace a favor del viudo o de los herederos. Ello sólo indica que no puede confundirse con el comisario del artículo 1.057, que ha de ser forzosamente un no coheredero; pero es el caso que la institución del comisario, elaborado a fuerza de Resoluciones de la Dirección de los Registros y de sus innegables ventajas en la práctica, no es conocido en algunas regiones de España, confundiendo sus funciones con las de los contadores partidores, y así, de este modo, son designados en los testamentos, con una grave imprecisión, porque el contador partidador, a mi juicio, no es comisario ni puede cumplir más funciones que las de su especial naturaleza. No es de extrañar esta oscuridad desde el momento en que los autores, incluso los más recientes, omiten el estudio de la institución del comisario, que vive y es respetado por todos, sin que sepamos de modo cierto y con claridad su manera de ser.

176. *Acción reivindicatoria. Prescripción adquisitiva. No se interrumpe el término para prescribir, por una perturbación causada después de adquirido el dominio.* Sentencia de 21 de Diciembre de 1931.

Don R. formuló demanda contra el Ayuntamiento de X, alegando que era dueño de una porción de terreno dentro del monte de propios, como lo justificaba una circular del Gobernador al sacar a subasta los aprovechamientos, una sentencia en pleito contencioso administrativo y un interdicto, habiendo estado en la pacífica posesión del terreno hasta que el Ayuntamiento había tomado el acuerdo de parcelar el monte, sin respetar su parte. El Ayuntamiento opuso que la sentencia citada había sido dictada en pleito en el que el Ayuntamiento no fué parte; que desde la circular del Gobernador siempre se había subastado todo el monte, negando la posesión del actor y pidiendo la absolución de la demanda.

El Juzgado no dió lugar a la demanda, pero la Audiencia, con revocación de la inferior, accedió a ella, declarando que el actor era dueño de las 300 hectáreas de terreno. Interpuesto recurso, el Supremo no lo admite, considerando que la Sala sentenciadora, al declarar procedente la acción reivindicatoria entablada, no infringe el párrafo 2.º del artículo 348 del Código civil, ya que el Tribunal *a quo*, al estimar probado el dominio de la parte demandante, no deduce tal prueba de los títulos que indica el recurrente, sino de un conjunto de pruebas que lleva a la Sala a la convicción de que el causante inmediato del actor y sus descendientes han venido poseyendo sin interrupción y durante treinta años por lo menos las hectáreas referidas, y, por tanto, al estimar adquirido por prescripción, conforme al artículo 1.930 en relación con el 1.959, el dominio de los bienes reivindicados y dar lugar a la acción entablada, no infringe el repetido artículo 348, artículo que reconoce al propietario acción contra el tenedor de la cosa para reivindicarla.

No es posible alegar la interrupción de la prescripción, porque ésta se llevó a cabo cuando el demandante y sus causahabientes habían ya adquirido por prescripción de treinta años el dominio

de los bienes reivindicados, y esta perturbación, una vez adquirido el dominio, es la que justifica la procedencia de la acción ejercitada.

177. *Evicción. Declarada la existencia de una servidumbre de paso, no puede estimarse que con ello el adquirente de una finca ha sido privado de parte de la misma.* Sentencia de 5 de Diciembre de 1931.

X adquirió por permuta y escritura pública que se inscribió en el Registro de la Propiedad una parcela de terreno, en la que puso, para impedir el paso, una cadena; pero uno de los que utilizaban tal finca para pasar interpuso un interdicto de recobrar, que ganó. El adquirente demandó también a uno de los que pasaban por la parcela, recayendo sentencia confirmando el derecho de los que utilizaban el paso.

En estos actos se demostró, incluso por declaración de X, que todos los propietarios colindantes utilizaban la parcela para pasar, desde tiempo inmemorial. Con tales antecedentes X formuló demanda contra la anterior dueña de la parcela, citándola de evicción, a lo que opuso la demandada que el actor ya conocía la servidumbre que existía sobre la finca, por lo cual no podía estimarse como vicio oculto.

El Juzgado dió lugar a la demanda, pero la Audiencia revocó la sentencia y el Supremo rechaza el recurso porque, según el artículo 1.475 del Código civil, tendrá lugar la evicción cuando se prive al comprador por sentencia firme y en virtud de un derecho anterior a la compra de todo o parte de la cosa comprada, y para que el recurso prospere es preciso que esto se acredite, y estimando el Tribunal *a quo* que la parcela permutada no se cultivó nunca, sino que sirve únicamente para paso de las fincas, paso utilizado por el actor, que la adquirió sólo para tener derecho a pasar a una de sus fincas, ante el temor de que la propietaria de la parcela cerrara ésta, no puede estimarse, por el solo hecho de que se declare la existencia de una servidumbre de paso, que el actor ha sido privado de parte de la finca adquirida, ya que la conserva íntegramente y no ha sido menoscabado su derecho a los fines para que la adquirió.

Parece oportuno recordar la sentencia de 5 de Abril de 1898, relativa a la condición y derechos de los compradores de fincas gravadas con servidumbres aparentes, no inscritas en el Registro de la Propiedad.

178. *Entrega de acciones. Si constituye préstamo u operación de dobles. Los libros de contabilidad como prueba.* Sentencia de 3 de Diciembre de 1931.

Don J. interpuso demanda contra los herederos del señor V., alegando que éste y el actor, deseando adquirir determinadas acciones y careciendo de numerario, convinieron en que V. gestionase una operación bancaria para adquirir 200 acciones éste y 350 el actor, realizándose la operación mediante préstamo pignoraticio hecho por un Banco con la garantía de 550 acciones propiedad de don J. El préstamo fué de 330.000 pesetas hecho a V., y de esta cantidad se emplearon 210.000 en comprar 350 acciones para don J. y 120.000 en 200 acciones para V.

El Banco se incautó más tarde de las 330.000 pesetas y devolvió a V. las acciones en prenda, pero como luego don J. saldó sus operaciones con V., resultaba que, al quedarse éste con las 550 acciones que el actor le entregó para conseguir el préstamo, pedía que los herederos se las devolviesen.

Los demandados opusieron que la operación no consistió en un préstamo conseguido mediante las acciones del actor, sino que fué una operación de dobles por virtud de la cual V. vendió al Banco las referidas acciones entregadas por el actor y se obligó a comprarlas al mismo tipo de cambio, con otras razones y motivos.

El Juzgado dictó sentencia condenando a los demandados a entregar al actor las 350 acciones, pero apelada esta sentencia, la Audiencia condenó a los demandados a la entrega de las 550 acciones.

Interpuesto recurso, el Supremo no lo admite, pues aparte la calificación jurídica que la cuestión litigiosa merezca al Tribunal de instancia, todas las planteadas en el recurso y en el pleito son meramente de hecho y de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora, sin que el error de hecho que se alega resulte de documentos auténticos adecuados.

Tampoco hay error de derecho en la prueba, porque los libros de contabilidad apreciados con otros medios por el Tribunal de instancia, considerados en tal concepto, y aunque no pudieran serlo como libros de comercio, pueden, con sujeción a la ley, valorarse y servirle a la Sala para formar su convencimiento, como lo ha hecho, sin infringir en modo alguno lo dispuesto en el número 2.º del artículo 48 del Código de Comercio, ni lo establecido en los 1.225 y 1.218 del Código civil, no siendo tampoco apreciable en el recurso la alegación de que en la sentencia impugnada se ha infringido el artículo 1.249 del citado Código en orden a la presunción que se dice resuelve la Sala al afirmar que las acciones se habían entregado a V., toda vez que así lo deduce el juzgador de toda la prueba practicada, y porque, en todo caso, entre el hecho de que aquella parte, y la natural consecuencia que deduce, hay perfecta relación.

179. *Préstamo. Cantidades anticipadas a una Sociedad deportiva por uno de los socios, que no constan en forma adecuada en los libros de la misma.* Sentencia de 24 de Diciembre de 1931.

Don J. X, para preparar un ejecutivo contra una Sociedad de deportes, pidió que el presidente y contador de la misma reconocieran diversas sumas que había anticipado a la Sociedad. Acordada la comparecencia del Presidente, éste negó la deuda, entablando entonces don J. X demanda contra la Sociedad en reclamación de las pesetas anticipadas.

En nombre de la Sociedad, el presidente opuso que los socios, en diversas ocasiones, daban cantidades a los jugadores como premio, y que él y otros socios, en situaciones apuradas, daban dinero a la Sociedad, pero sin intención de recuperarlo y sólo por amor al deporte, existiendo, desde luego, el acta de una Junta general en la que se acordó la devolución de las sumas cuando el estado de fondos lo permitiese.

El Juzgado condenó a la Sociedad a abonar la cantidad reclamada, pero apelada esta sentencia, la revocó la Audiencia y el Supremo no admite el recurso porque ha quedado improbadada la demanda desde el momento en que los libros y documentos en que se apoya carecen de los más elementales requisitos en cuanto

a formalidades, fechas, firmas de los directivos, etc., y esta declaración del Tribunal *a quo* no se combate en casación en forma adecuada.

180. *Préstamo en documento privado. Las actuaciones judiciales de un pleito no son documentos auténticos a los efectos de la casación.* Sentencia de 10 de Diciembre de 1931.

Un señor demandó a una señora, a quien había prestado dinero, según constaba en documento privado escrito por un testigo, que luego falleció, pidiendo la devolución del capital e intereses. No había firmado la prestataria por no saber. El Juzgado y la Audiencia accedieron a la demanda y el Supremo rechaza el recurso, considerando que, en orden al presente recurso, precisa dejar sentado que en el mismo, aparte de apoyarse cada uno de los motivos de un modo genérico en los casos del artículo 1.692, lo cual pudiera en rigor haber determinado su inadmisión, realmente su verdadera finalidad es combatir la apreciación de la prueba hecha por el Tribunal *a quo*. Es notorio que las actuaciones judiciales del pleito, y por tanto los escritos de demanda, contestación, réplica y dúplica no son documentos auténticos a los efectos de la casación, así como que la prueba testifical es de libre apreciación de la Sala sentenciadora, no pudiendo en este caso evidenciarse la equivocación del juzgador...

Demostrado, según el Tribunal sentenciador, que el testigo que suscribe el documento se hallaba en normal estado mental cuando lo suscribió y que la demandada viene obligada al pago, no se infringen los artículos que se citan en el recurso, ni ha incidido en los errores de hecho y de derecho que en el recurso se le atribuyen.

* * *

El Supremo, por esta vez, a pesar de ser casi inadmisibile el recurso por un defecto procesal de mal enjuiciamiento, decide sobre el fondo del asunto. Aplaudimos esta orientación y de desear es que en lo sucesivo, y en materias de mayor importancia, no sea un defecto análogo obstáculo para que dicho Tribunal se crea en el caso de estar relevado de dar su parecer. No hace mucho

leíamos en la Gaceta una Sentencia, con motivo de una renuncia hecha por una madre, sin autorización judicial, a los derechos hereditarios que correspondían a sus hijos menores; y cuando esperábamos con la natural impaciencia ver zanjada la cuestión que de momento tiene resuelta la Resolución de Agosto de 1925, estimando innecesaria la autorización del Juzgado, he aquí que nuestro primer Tribunal tropieza con un defecto procesal y queda la interesante doctrina y el fondo del asunto para mejor ocasión.

Sobre la cuestión que dió lugar a la sentencia que extractamos, nada nuevo podemos decir, pero podemos repetir que se trataba de un documento privado, ni siquiera firmado por la propia interesada.

ENRIQUE TAULET,

Notario de Valencia.

Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

XXII

Los liquidadores del impuesto carecen de personalidad para impugnar los actos de la Administración al anular liquidaciones practicadas por aquéllos y ordenar devuelvan lo cobrado por honorarios; el único caso en que pueden recurrir es cuando directa y especialmente se vulnere un derecho que especialmente les esté reconocido.

Un Liquidador giró liquidación con multa y demora; por defecto de tramitación fué anulada por el Tribunal Provincial, que ordenó se repusiese el expediente al momento de la infracción reglamentaria y que se devolviese a los interesados lo que habían pagado, sin perjuicio de girar nuevas liquidaciones, como se hizo; requerido el Liquidador para la devolución de los honorarios de las liquidaciones anuladas, recurrió del acuerdo. El recurso no prospera.

Aun cuando el fallo del Tribunal fué de 31 de Enero, y el escrito del Liquidador fué de 22 de Mayo, se admite el recurso porque no se podían aplicar las reglas ordinarias de notificación, que no se hizo, y aquél recurrió en los quince días desde que conoció el fallo.

El artículo 9 del Reglamento de 29 de Julio de 1924, recogiendo lo sancionado por la jurisprudencia en sus Resoluciones de 5 de Septiembre de 1910 y 29 de Abril de 1916 (Dirección de lo Contencioso), y 22 de Enero de 1916 (Tribunal gubernativo), y auto

del Supremo de 3 de Enero de 1915, establece que los Liquidadores son meros agentes de la Administración y carecen de personalidad para impugnar los acuerdos de aquélla, a no ser que se vulnere un derecho que especialmente les esté reconocido; ese caso de excepción no es el que un Tribunal Económicoadministrativo Provincial, por las razones que él estimó procedentes, anula unas liquidaciones y manda reponer un expediente al estado que debía tener cuando debieron practicarse y no se hicieron ciertas notificaciones a los interesados, pues tal decisión no vulnera un derecho especial del Liquidador, sino que es un resultado de la competencia administrativa, y no se resuelve el derecho a participación en una multa, sino que ordena la subsanación de una falta. Así se ha declarado por el Tribunal Central en sus acuerdos de 24 de Noviembre de 1925, 19 de Enero, 16 de Marzo y 23 de Noviembre de 1926, y 13 de Marzo de 1930. (Acuerdo del Central de 11 de Noviembre de 1930.) 78-1930.

XXIII

Bienes de personas jurídicas.

1.º La inclusión de bienes en el Catastro no es prueba bastante para presumir que pertenecen a aquella persona a quien se atribuyen si el interesado demuestra que tiene entablado expediente para rectificar los datos del Catastro.

2.º Según los artículos 263, párrafo segundo, y 279 del Reglamento del Impuesto, en relación al artículo 60 del mismo, el impuesto se exige conforme al verdadero valor de los bienes en el momento en que han de tributar; y tratándose de un impuesto anual, la imposición correspondiente a cada año ha de girarse sobre el valor de los bienes en ese año, por lo que no es admisible que el valor asignado a los bienes del Ayuntamiento en 1928 sirva para girar liquidaciones por los años anteriores a esa fecha, tanto menos cuanto que los Registros fiscales marcaban valor muy diferente para esos años anteriores.

3.º La casa consistorial y la escuela gozan de la exención del impuesto de personas jurídicas; y para disfrutarla los bienes de aprovechamiento común y dehesas boyales es preciso que el Ayun-

tamiento demuestre que se dan en ellos las circunstancias que determina el artículo 261, número 3, del Reglamento del Impuesto, o sea estar exceptuados de la desamortización y no ser montes catalogados.

4.º Según el artículo 29 de la ley de Contabilidad, prescriben a los cinco años los intereses a favor del Estado y no puede liquidarse intereses de demora anteriores a los cinco años de la fecha de incoación del expediente de investigación; y en la apreciación a esos cinco años posteriores han de computarse esos intereses en relación con la liquidación anual en proporción al tiempo transcurrido y no cinco años para todos y para cada uno. (Acuerdo del Tribunal Central de 19 de Mayo de 1931.) 79-1930.

XXIV

Libretas de la Caja Postal de Ahorros. 1.º La exención reglamentaria sólo alcanza al importe de 5.000 pesetas de la primera de las libretas, cuando un causante tiene varias. 2.º Las demás libretas no deben estimarse como legado a favor del cónyuge superviviente, sino como gananciales.

Las cuestiones son dos: 1.ª Cuantía de las libretas de la Caja Postal a la que alcanza la exención del impuesto de Derechos reales. 2.ª Calificación jurídicofiscal del importe de las libretas de que era titular la viuda.

Según el apartado m), base 10 de la Ley de 14 de Julio de 1909 y 45 del Reglamento de la Caja Postal de Ahorros de 13 de Enero de 1916, y artículo 6.º, número 32 del Reglamento del Impuesto, gozan de exención de éste las transmisiones por herencia de las sumas de las libretas de la Caja Postal de Ahorros si no exceden, en cuanto a cada titular, de la cantidad por la que se abonan intereses, las cuales, según el acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de Diciembre de 1916, adoptado según la letra f) de la base 10, tienen un límite de 5.000 pesetas para los titulares en general y de 10.000 pesetas para las Entidades a que alude el artículo 20 del Reglamento de la Caja; según el artículo 3.º del mismo, nadie puede poseer más de una libreta a su nombre, no debiendo abonarse intereses a las se-

gundas o ulteriores libretas que inadvertidamente se expidan, lo cual demuestra que la exención no alcanza más que a una de ellas; y si bien se exceptúan las libretas a favor de tercero, con limitaciones para el reintegro, es lo cierto que no se ha establecido expresamente la exención del impuesto para esos casos excepcionales. La Real orden de carácter general, de acuerdo con la Dirección de lo Contencioso, de 11 de Diciembre de 1918, dispuso que las sumas representadas por las libretas de la Caja Postal de Ahorros, están exentas del impuesto por herencias si no exceden de 5.000 pesetas, sin que se haga extensiva la exención al caso especial antes expuesto; y si exceden de dicha suma, está sujeta al impuesto la cantidad en que sobrepasen; y si el Consejo de Administración de la Caja Postal elevase o suprimiese el límite aludido, el Abogado del Estado, vocal en el Consejo, lo comunicará a la Dirección de lo Contencioso para que ésta adopte las medidas oportunas; expresándose en dicha Real orden que si bien la facultad del Consejo de señalar el límite de interés es justa en cuanto a la Caja misma, es exorbitante desde el punto de vista fiscal, dada la posibilidad de que un cambio de orientación en el funcionamiento de la Caja suprima o eleve el límite en forma que repercuta desfavorablemente en el rendimiento del impuesto de Derechos reales; y por ello deben adoptarse precauciones para defender al Estado; ese mismo efecto perjudicial se produciría si se declarasen exentas las libretas cuya cuantía no excediera de 5.000 pesetas expedidas a favor del causante de una sucesión por terceros, dada la facilidad con que se podrían imponer cantidades en esa forma, debiendo tenerse en cuenta, además, que las exenciones tributarias, según Real orden de 22 de Noviembre de 1913 (*Gaceta* de 17 de Diciembre de 1913), son de interpretación restrictiva.

Segunda cuestión: En cuanto a ésta, es de notar que las libretas están a instancia del causante sin que pueda precisarse a cuál de los dos cónyuges pertenecía el dinero de esas imposiciones, y por ello deben reputarse gananciales, según el artículo 1.407 del Código civil, según se hizo en la partición; y asimismo debe serlo otra expedida a favor de la viuda, sin que lo fuera a instancia del causante, y en tal concepto deben liquidarse; no conteniendo el testamento legado del marido a favor de su mujer, sería preciso para que se liquidase por tal concepto que existiese una disposición es-

pecial, por virtud de la que las libretas de que sea titular la viuda pasasen a la misma como legado; y como no existe precepto que lo disponga, no es asimilable por analogía ese caso al párrafo décimo del artículo 31 del Reglamento del impuesto, dada la diferente naturaleza jurídica de las pólizas de seguros y de las libretas de la Caja Postal de Ahorros, y especialmente los efectos dados a las libretas en la escritura de partición, debe estarse a las reglas generales de Derecho civil, según previene la Real orden de 11 de Diciembre de 1918, al decir que estas libretas están sujetas a las reglas o condiciones ordinarias y estimarlas como gananciales. (Acuerdo del Tribunal Central de 9 de Diciembre de 1930.) 80-1930.

XXV

Subvención. No tiene el carácter de subvención la cantidad alzada que se da a una persona para asistir a un Congreso Internacional en nombre de España, sino que constituye un gasto propio del Estado mismo; y en todo caso el libramiento expedido está exento del impuesto, por recaer la obligación de abonarle en el Estado.

Nombrado un Comisario Regio para asistir a una Exposición Internacional, acordada la designación del Comité correspondiente y aprobado por la Dirección de Agricultura el crédito formado por el Comité, al efecto de atender los gastos que originase la concurrencia de España a un Congreso, se expidió el libramiento, que fué liquidado, estimando su importe como subvención, al 2,40; el Central anula la liquidación y declara exento el acto; no puede calificarse como subvención, ya que no se concede a la Comisión para sí, ni constituye una ayuda o auxilio económico que tenga por objeto estimular o fomentar el desarrollo de alguna industria, obra o servicio, que es lo característico de la subvención; además tal acto estaría exento en todo caso, según el número 2 del artículo 6 del Reglamento de 1927, por recaer en el Estado la obligación de abonar el impuesto, ya que es un gasto de éste y redundando en beneficio del mismo. (Acuerdo del Central de 25 de Noviembre de 1930.) 81-1930.

XXVI

Dispuesto por el testador que el tercio de todos sus bienes, derechos y acciones, que es de libre disposición, se destine a entierro, funerales y demás fines para el bien de su alma, de la de su esposo e hijo, a fin de que los albaceas lo apliquen según voluntad, y, hecha la distribución del tercio por éstos, cualquier aumento que se note en la comprobación de valores se ha de distribuir en la proporción de un tercio para los fines piamadosos aludidos y dos tercios para los herederos, y no puede aplicarse el aumento total a éstos.

Esta es la principal cuestión debatida. Según el artículo 53 del Reglamento, cualquier aumento que resulte en la comprobación de valores se prorrateará entre los distintos adquirentes, y siendo llamados a una herencia un hijo en dos tercios, y el alma de la causante, de su marido y padres en el otro tercio, lo lógico y lo procedente, según ese precepto, es distribuir el exceso de valor comprobado en la misma proporción en que lo está la herencia; dados los términos del testamento, transcrito en el epígrafe, no es posible entender que los legados del alma sean de cantidad (caso en que no sería aplicable lo antes dicho), sino que la fijación de cantidades ha sido objeto de determinación por la heredera y testamentarios para distribuir el tercio de la herencia en limosnas y sufragios, como ordena la testadora. Otras cuestiones debatidas son que la heredera carece de personalidad para recurrir en nombre de los legatarios; que la liquidación a favor de los pobres debe dividirse en dos: una a favor de los pobres y otra a favor del alma; y un legado para reparar una sacristía debe liquidarse en concepto de legado para reparación de templos y no como herencia de extraños. (Acuerdo del Central de 28 de Octubre de 1931.) Número 82, de 1930.

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado.