

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año VIII

Julio de 1932

Núm. 91

El depósito irregular y su aplicación en Derecho mercantil ^(*)

(Historia y Derecho comparado)

Laurent (1) se plantea el problema de que el depositante permita al depositario servirse de la cosa, y pregunta: ¿habrá entonces préstamo o depósito? o ¿habrá un contrato innominado? Para resolver estas cuestiones Laurent invoca la regla de interpretación propuesta por Pothier: es preciso ver el fin principal que las partes han tenido presente al contratar. Como se advierte, Pothier, excelente romanista, reproduce exactamente la regla de Ulpiano por nosotros recogida en la caracterización del contrato de depósito: *uniuscuiusque contractus initium spectandum et causa*. Cuando el fin principal—dice Pothier—por cuya virtud la tradición de la cosa se ha realizado, no era en absoluto la de confiar la custodia al deudor, bien que, accesoriamente, haya sido encargado de esta guarda, el contrato no es un depósito. Por contra, cuando el fin principal de la tradición era el de confiar la custodia de la cosa al deudor, el contrato no deja de ser un verdadero depósito, aunque se haya añadido otra estipulación. Pothier pone como ejemplo de esta última hipótesis la cláusula de que el depositario podrá servirse de la cosa depositada en caso de que tuviera necesidad de ella. Es preciso distinguir, dice, si la cosa es o no consumible. En el

(*) Véanse los números 86 a 90 de esta Revista.

(1) *Principes de Droit civil*, t. XXVII, pág. 90.

segundo caso, el uso que el depositario ha hecho de la cosa depositada era sólo accidental, y un accidente no puede cambiar la naturaleza de un contrato. Tal ocurriría en el supuesto de que una persona hubiera confiado a otra sus cubiertos de plata autorizándola para servirse de ellos en caso de necesidad.

Pero ¿ocurrirá lo mismo tratándose de una cosa consumible? Ciertamente que el contrato es un depósito mientras el depositario no haya consumido la cosa; pero en cuanto la haya consumido, el depósito se transformará en préstamo. No se puede decir que habiendo sido accidental el consumo subsista el primer contrato, pues es imposible que el depósito subsista, toda vez que ya no hay cosa que el depositario pueda y deba guardar y restituir. Tal es la conclusión a que llega Laurent (ob. cit., pág. 91). ¿En qué sentido se habrá transformado el contrato? ¿Habrá sido siempre en préstamo? ¿O habrá dos contratos: el primero, de depósito, y el segundo, de préstamo, que no se formará más que en el instante en que la cosa se consuma? Pothier parece decidirse en este último sentido; pero más tarde, arrastrado, sin duda, por la tradición romana, califica el contrato todo de depósito irregular, diciendo que este contrato se parece mucho al préstamo, y que, sin embargo, no es un préstamo, como tampoco es un verdadero depósito, sino más bien un contrato innominado que participa de ambas figuras.

Estas ideas de Pothier, que admiten, aunque tímidamente, el depósito irregular, no han encontrado eco en la doctrina ni en la jurisprudencia francesa. Laurent pretende fundarse en la intención de las partes contratantes para afirmar la conversión del depósito en mutuo a partir del instante en que el depositario se sirvió de la cosa.

Pero, a renglón seguido de haber afirmado esto, se plantea Laurent la primera dificultad. Si el depósito se transformó en mutuo, habrá que concluir que la facultad de restitución se regulará no por el artículo 1.944, relativo al depósito, sino por el artículo 1.900, referente al préstamo. La diferencia es grave, porque mientras el depositario debe restituir la cosa de momento en cuanto se le reclame, el prestatario goza siempre de plazo. Para resolver la cuestión vuelve a invocar Laurent la intención de las partes contratantes y afirma que se trata de una cuestión de voluntad, es decir, de he-

cho, que los Tribunales han de juzgar según las circunstancias del pleito.

La misma opinión negativa de Laurent respecto del depósito irregular es sustentada por la mayoría de los autores franceses. Citaremos, entre otros, a Duvergier, *Du dépôt*, pág. 404; Duranton, XVIII, pág. 43 y siguientes; Delvincourt, *Inst.*, III, art. 1.932; Mourlon, III, pág. 1.059; Guillaouard, *Du dépôt*, pág. 21; Huc, XIII, págs. 229 y 240. No obstante, el criterio no es unánime, pronunciándose algunos autores por la existencia en el derecho francés del depósito irregular. Son de citar a este respecto: Pont, *Petits contrats: dépôt*, pág. 445; Troplong, *dépôt*, pág. 115, leyéndose en Massé—*Le droit commercial*, IV, pág. 2.671—estas palabras: «Un dépôt d'espèces monnayées est un dépôt irrégulier, à moins qu'elles ne soient marquées de manière, qu'on puisse en reconnaître l'identité.»

35. Los alemanes distinguen en los depósitos bancarios entre *Depotgeschäfte* y *Depositengeschäfte*. A los primeros pertenecen todos los depósitos relativos a títulos, tanto los depósitos abiertos como los cerrados. Los segundos son únicamente depósitos de dinero.

En calidad de depósito abierto el Banco admite títulos-valores, cédulas hipotecarias y otros documentos que se le entregan sin cerrar. El Banco, salvo el caso de una estipulación contraria o el de que ejerza un derecho de prenda, no tiene, en modo alguno, permiso para disponer del depósito; antes bien, el depositante tiene el derecho a que se le devuelvan las mismas piezas que él entrega.

El Banco responde de la custodia de buena fe, pero no de la fuerza mayor (1). En esta clase de depósitos hay que distinguir el caso en que el depositario tenga únicamente obligaciones de custodia, de aquel otro en que tenga el deber de administrar el depósito que se le ha confiado (*Depots zur Verwaltung*). La administración que el Banco asume comprende la separación y cobranza de los cupones de intereses vencidos, y el estar al cuidado de los sorteos, amortizaciones y conversiones, el canje de títulos interinos por los de-

(1) Loehr, *Das Deutsche Bankwesen*. J. Schweitzer Verlag (Arthur Selier). München, 1921, pág. 11.

finitivos, la presentación de acciones en las Juntas generales, el aseguramiento contra las amortizaciones, etc., etc.

Ciertamente que, respecto de semejantes depósitos, no hay para qué hablar del depósito irregular. Este sólo puede ofrecerse en el caso de depósito en numerario (*Depositengeschäfte*) o en el de títulos cuando se permita al depositario disponer de ellos devolviendo otros de la misma especie.

36. Algunos autores, sin embargo, niegan que el depósito bancario sea un depósito irregular, fundándose en las razones siguientes :

a) Elemento esencial del depósito es la custodia ; el depositario está obligado a custodiar la cosa que recibe en depósito ; obligación que lleva a efecto, en relación con las cosas no fungibles, impidiendo que se pierdan o deterioren, y con respecto a las fungibles, con tener siempre a disposición *tantundem* de la misma especie. En el depósito bancario, por el contrario, no es preciso que tenga la Banca a disposición del depositante la suma recibida ; se limita a tener dispuesta en su caja la cantidad de dinero que la experiencia ha demostrado ser suficiente para atender a los reembolsos que se soliciten, y emplea el resto. No existe, por tanto, la obligación de custodia en el sentido y alcance con que se exige en el depósito irregular.

b) La obligatoriedad para el depositante del término de restitución convenido es inconciliable con el depósito irregular ; y es, por el contrario, esencial al depósito bancario a plazo fijo o con la obligación de previo aviso.

c) El depósito, sea regular o irregular, se estipula siempre en interés del depositante ; por ello a éste corresponde también siempre la iniciativa, no pudiendo nunca el depositario conceder intereses. El depósito bancario, a la inversa, se lleva a cabo en provecho más especialmente de la Banca, que es, por regla general, la que toma la iniciativa y acuerda, en todo caso, un determinado interés.

d) Cuando se trata de depósitos irregulares se excluye la compensación ; en cambio, se admite cuando se trata de depósitos bancarios.

En suma : concluyen los impugnadores de la estructuración del depósito bancario como un depósito irregular, se trate en el de-

pósito bancario de un contrato *sui generis*, distinto de esa otra figura contractual y que, por tanto, requiere un nombre y una regulación propias y adaptadas a su peculiar naturaleza (1).

37. Conviene examinar con algún detenimiento estas objeciones para ver lo que pueden tener de ciertas.

Lo que se dice respecto de la compensación ofrece no sólo un interés teórico, sino también una gran importancia práctica. Gianturco (*I contratti speciali*, pág. 279) (2), dice que no se encontrará Banca que consienta el pago de un cheque al cuentacorrentista deudor suyo, y si los Tribunales pueden constreñirla se debe sólo a la incertidumbre con que la doctrina presenta el depósito bancario. El cajero, en tal caso, procede a extinguir el cheque por compensación, y en lugar de dinero presenta al cuentacorrentista la cuenta de resaca, por ejemplo, de una letra de cambio protestada, con el recibo puesto a su favor. Pero, evidentemente, esta objeción no es decisiva. La circunstancia de que la Banca, en atención a cálculos utilitarios, más o menos conformes con la Ley, rechace el pago de un cheque extendido a favor del titular de un depósito, es cosa que no puede influir sobre la naturaleza jurídica del depósito mismo, y mucho menos que sirva a atribuirle un *nomen juris* distinto. No se puede negar que la Banca tiene el poder de hecho de negarse al pago, pero los Tribunales podrán obligarla, al menos, en tanto no demuestre que el depósito bancario no es un depósito irregular (3).

Tampoco puede admitirse la afirmación absoluta de que el depósito, ya sea regular o irregular, se estipula siempre en interés del depositante, mientras que el depósito bancario se pacta en interés del depositario. En contra de esta opinión es preciso afirmar que el depósito bancario de cosas fungibles se pacta también preferentemente en interés del depositante. Este lo que desea es tener siempre dinero contante a su disposición, ahorrándose, sin embargo, las molestias y el riesgo de la custodia y con objeto, además, de no tener su dinero completamente improductivo. El depositario asume las molestias y el riesgo de la custodia y por ello recibe la remune-

(1) La Lumia, ob. cit., pág. 104.

(2) Apud. La Lumia, pág. 107.

(3) La Lumia, ob. cit., pág. 108.

ración, deduciéndola de los frutos obtenidos del dinero en el entretanto. Por esta razón, el interés se mide siempre más bajo que en el préstamo, y significa no la total remuneración del uso, sino un equivalente por el exceso del producto del dinero sobre la retribución debida por razón de la custodia.

Mejor fundamento presenta la objeción de que un término obligatorio de restitución es incompatible con el depósito irregular y esencial al depósito bancario a vencimiento fijo o con la obligación de previo aviso. Pero es el caso que en la distinción de las diferentes clases de depósitos bancarios se basa nuestro criterio para reputarlas o no depósitos irregulares. Sería, por consiguiente, adelantarse a proceder ahora a contestar esta objeción, ya que, en primer lugar, en parte la aceptamos, y porque, además, va a ser recogida debidamente al exponer nuestro punto de vista.

Ciertamente que la objeción relativa a la desnaturalización del concepto de custodia en el depósito bancario es la de menos fácil respuesta, precisamente porque el concepto de la custodia es de muy difícil determinación dentro del depósito irregular mismo. A primera vista, en efecto, parece imponerse como inexcusable la conclusión de que si la cosa depositada pasa a ser propiedad del depositario, la obligación de custodia se esfuma y desaparece, quedando convertida en la obligación única de devolver otro tanto. Tal es la opinión sustentada por Vidari (1). Observa este autor que la sentencia por él comentada pecó de inexactitud al reputar que en el depósito irregular el depositario asume la obligación de custodia. «Esto—dice Vidari—es sólo verdad en el depósito regular... En el depósito irregular, por el contrario, máxime en el depósito de dinero, el depositario no asume obligación alguna de custodia, porque la propiedad de la cosa recibida en depósito se hace suya y él no se obliga a restituir aquella misma, sino únicamente otro tanto de ella; ahora bien, el depositario no puede ser el custodio de sí mismo.»

La mayoría de los autores, sin embargo, sostienen que, siendo la custodia parte esencial del concepto del depósito, subsiste también en el depósito irregular y, por tanto, asimismo en el depósito bancario como verdadero depósito irregular. Pero no puede negar-

(1) *Diritto commerciale*, 1896, pág. 347 y sig. Nota a una Sentencia de la Audiencia de Venecia de 7 de Febrero de 1896.

se que en las diversas construcciones a este fin propuestas, el concepto de custodia queda casi por completo desvanecido, sobre todo si se concibe la custodia como una actividad encaminada a la conservación y protección de la cosa que, juntamente con la obligación de restituirla, constituye el contenido propio de la actuación del depositario en el contrato de depósito. Y véase cómo volvemos con esto al punto de vista de Windscheid y del Derecho romano, donde la obligación fundamental del depositario se agotaba en la restitución (*actio depositi directa*).

El problema de la custodia en el depósito de cosa fungible tiene que resolverse en una de estas dos direcciones: o se considerará que el concepto de custodia exige la permanencia de la misma cosa en poder del depositario, en cuyo caso desde el instante en que éste se hace dueño queda extinguida toda obligación de custodiar, tanto porque nadie es custodio de sus propias cosas, como por el hecho de que al poder disponer de ella su obligación de custodia se transforma en una simple obligación de dar suma de dinero. (La obligación de custodia se confunde, en una palabra, con la obligación de restitución.) O bien se estima que el concepto de custodia no es tan estricto como cree Vidari, y entonces se acude a salvar el concepto afirmando que en el depósito irregular la custodia consiste, ora en la obligación de tener siempre a disposición del depositante una cantidad igual a la recibida (Coppa-Zuccari, Caraffa), bien el deber de emplear las cantidades recibidas de manera prudente y líquida para estar siempre en situación de restituirlas al ser reclamadas (La Lumia).

a) Coppa-Zuccari (1) entiende de esta forma la custodia: La diligencia enderezada a la conservación de la cosa se realiza por parte del depositario, en relación con las cosas infungibles, impidiendo que se pierdan o se deterioren; en relación con las cosas fungibles, con el cuidado de tener siempre a disposición la misma cantidad y calidad. Este tener a disposición una cantidad y calidad igual de cosas determinadas, no obstante se renueven de continuo o se sustituyan, equivale, para las cosas fungibles, a lo que para las infungibles es la existencia de la cosa *in individuo*. Tal equivalencia concuerda con la naturaleza de las cosas fungibles.

(1) Ob. cit., pág. 95.

las cuales *in genere suo functionem in solutione recipiunt magis quam specie* (L. 2, § 1, D. de rebus creditis, XII, 1). Por tanto, el depositario cumple la obligación de la custodia, impuesta por la ley, siempre que, tratándose de un depósito irregular, tenga a disposición del depositante *tantundem eiusdem generis et qualitatis*. La ley que prescribe al depositario en la custodia de la cosa recibida, aquella diligencia que dedica a custodiar las propias, no le impone otra ni distinta obligación. Tampoco requiere más el interés del depositante.

Con este criterio coincide sustancialmente Caraffa (1). Según él, en el depósito de cosa fungible el depositario cumple con la obligación de la custodia con tener cerca de sí, a disposición del depositante, una cantidad igual a aquella recibida; porque el hecho de tener otras tantas cosas equivalentes a las que han sido depositadas corresponde, cuando se trata de cosas fungibles, a la existencia de la cosa misma, requerida en el depósito de cosas no fungibles. Por ello, en el depósito de dinero, simplemente numerado, el depositario realiza la obligación de la custodia conservando en su disponibilidad una suma numérica de la misma especie que aquella en que se verificó el contrato, suma que deberá restituir al depositante, cuando por el mismo le sea reclamada. *Si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, sic ut neque clausam, neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere apud quem deposita, esset, nisi tantundem pecuniae solveret* (Leg. 31. Dig. Loc. cond., 19, 2).

b) Para La Lumia (2) decir que en el depósito irregular la obligación de custodia se resuelve en la de tener materialmente a disposición del depositante *tantundem*, implica más que una sutileza científica, como ha parecido a algunos (Schatz, Borchers, Jaffé, etc.) materialmente un error. El depositario no está obligado a tener en su poder *tantundem* de la suma depositada, sino exclusivamente a emplearla de manera prudente y líquida, para estar siempre en situación de restituirla cuando le sea reclamada. Por tanto, el hecho de que la Banca conserve en sus cajas la cantidad de dinero bastante a satisfacer las probables demandas de los clientes, no sirve a constituir una derogación de la disciplina

(1) *Digesto italiano*, v. IX, parte segunda, pág. 125.

(2) Ob. cit., pág. 106.

del depósito irregular, y por ello no impide que a este último venga identificado el depósito bancario.

Enfocado así el concepto de la custodia, queda la dificultad de subsumir el depósito bancario al género de los depósitos irregulares. Después veremos que este concepto de la custodia en el depósito irregular ha sido recogido por la Judicatura española en Sentencia reciente.

38. Ahora bien : el hecho de que el depósito bancario sea conciliable con la figura del depósito irregular no quiere decir que todos los depósitos bancarios sean depósitos irregulares. En este punto reputamos exacta la distinción establecida por La Lumia (1), ampliándola al supuesto de que las cosas depositadas sean títulos fungibles, hipótesis prevista, como veremos, en la legislación alemana.

Ya al examinar el valor de la crítica a la doctrina que hace del depósito bancario un depósito irregular se ha observado que no faltaba base al argumento que un término o plazo obligatorio de restitución es incompatible con el depósito irregular y esencial al depósito bancario a plazo fijo o con la obligación de previo aviso. Mas se hace preciso distinguir el alcance de esta afirmación, en el sentido de que la estipulación de un aviso previo no equivale al pacto de un verdadero plazo sino cuando exija una gran antelación, pues si se reduce a muy pocos días, sustancialmente el negocio se reputa siempre pactado a vista, y en tal caso, por tanto, la objeción no conserva fundamento.

A esta previa aclaración hay que añadir que, de todas formas, nada autoriza a afirmar que ninguna de las especies de depósito bancario sea depósito irregular. Es obvio que la investigación sobre la naturaleza jurídica de una relación o concepto debe ir precedida de la limitación y definición de su concepto fundamental ; criterio éste que, en nuestro caso concreto, o no se ha seguido, o ha sido mal aplicado. La mayoría de los escritores, sin preocuparse de una depuración del concepto de depósitos bancarios, que pudiéramos llamar vulgar, y que atribuye al mismo un contenido amplísimo, lo aceptan, y abordan sin más la solución del proble-

(1) Ob. cit., pág. 109.

ma, llegando, naturalmente, a resultados empíricos. Otros, los menos, han seguido un método distinto, no desinteresándose de un previo análisis, del cual han intuido la capital importancia; pero no desligándose totalmente de los viejos prejuicios, han querido constreñir, en una noción única, negocios jurídicos que por su estructura intrínseca son antitéticos, como los depósitos a vista y a corto preaviso y los depósitos a largo preaviso y a plazo fijo, y han obtenido así un concepto de depósito bancario que, aun cuando presentaba, sin duda, un contenido más restringido, no se ofrecía, sin embargo, con caracteres de homogeneidad, y, por tanto, no se prestaba a formar la base de una sólida construcción científica y menos aún a entrar en un tipo legal.

Según La Lumia (1) precisa hacer un desdoblamiento, considerando, de un lado, los depósitos a vista y a breve preaviso o depósitos bancarios *strictu sensu*, y de otro, los depósitos a largo preaviso y a plazo fijo. Esta separación entre las dos categorías de depósitos descansa sobre su diversa función económica y es muy fecunda en resultados, desde el punto de vista jurídico.

Los primeros (depósitos a vista y a breve preaviso) son, indudablemente, depósitos irregulares. En efecto, el fin o motivo principal por que son pactados es el de la seguridad, y si se les acuerda, en ocasiones, algún interés es con carácter accidental, y siempre insignificante; causa de negocio es la custodia, en el sentido de empleo prudente y líquido de las sumas depositadas, y de tal forma que quede garantizada la disponibilidad del depositante, para lo que se obliga a la Banca a la restitución en cuanto se la requiere.

Naturaleza diversa presentan los segundos (depósitos a largo preaviso y a plazo fijo). Esta clase de negocios está integrada por capitales que buscan una colocación; no es el industrial o el comerciante que quieren librarse de la carga y los riesgos de la custodia, declinándolos en una Banca, y que, sin embargo de conceder una amplia facultad de uso, se reservan la permanente disponibilidad de su dinero; se trata, por el contrario, de capitalistas que, poseyendo cantidades improductivas, buscan para las mismas una colocación duradera. Para ello aceptan un término fijo de restitución, más o menos largo, y el otro contratante, la Banca, en corres-

(1) Ob. cit., pág. 110.

pondencia a las más amplias ventajas obtenidas, acuerda una tasa de interés, relativamente elevada y variable en relación a la amplitud del término pactado. Se trata, por tanto, en este segundo caso, de auténticos *mutui fructiferi*.

39. El criterio adoptado se ofrece perfectamente claro para la distinción de las clases de depósito apuntadas. Alguna mayor dificultad ofrecen para ser clasificadas, en uno u otro grupo, estas otras dos formas de depósito, que vamos a examinar seguidamente: el depósito simple y el depósito en cuenta corriente.

a) La aplicación o no aplicación del criterio expuesto al depósito simple se reduce a una mera *quaestio facti*, es decir, a la forma en que se haya pactado su devolución. Según que sean reembolsables a vista o tras de corto preaviso, o con largo preaviso o a plazo fijo, se entenderá, respectivamente, estar en presencia de un depósito irregular o de un mutuo. Así, por ejemplo, son depósitos irregulares los depósitos admitidos por la Banca escocesa y los *comptes de dépôt* de la Banca francesa; mutuos, los que llaman los italianos depósitos *documentati da buoni fruttiferi*.

No constituye una dificultad la circunstancia de que el negocio no se realice en un solo tracto, es decir, una sola entrega y un solo reembolso correspondiente, sino en diversos pagos y reembolsos consecutivos; entonces se tendrá, según los casos, depósitos irregulares o mutuos, en sucesiva y continua formación y resolución. Esto es, no se perfeccionan y se extinguen *uno ictu*, sino que se prolongan necesariamente por un tiempo más o menos largo y en relación con el fin perseguido por las partes; pero los varios ingresos y reembolsos no constituyen relaciones singulares y distintas, sino estadios diversos de una relación única, en la que se agrupan con nexo inescindible.

b) Por lo que respecta al depósito en cuenta corriente, surgen, por el contrario, dudas de entidad, en consecuencia principalmente de su aspecto complejo, que plantea la duda si existe realmente un negocio único o una pluralidad de negocios; de aquí la necesidad de determinar previamente un criterio distintivo que sirva para calificar eficazmente la situación jurídica que nace entre las partes.

En realidad el problema de la naturaleza jurídica del contrato de cuenta corriente no es más que un aspecto parcial de este otro más

amplio: ¿cómo determinar, frente a situaciones jurídicas complejas, si existe un negocio único o una pluralidad de negocios? Los criterios, a este respecto, son muy variados. Para von Schey (1), «se debe, en concreto, ver si es posible escindir las diversas causas contractuales, de tal forma que hasta un determinado punto aparezca una de ellas como la única decisiva, y, a partir del mismo, aparezca la otra. Si esta separación de tiempo es posible, es también posible escindir unas de otras las varias relaciones; de otra forma, no, porque una causa sólo puede dominar la total relación.»

Según Arcangeli (2), precisa atenderse a la obligación contraída por las partes, esto es, al contenido de la relación jurídica constituida entre las partes. Cuando las prestaciones singulares aparezcan relacionadas entre sí, para responder a un fin único que las partes se hayan propuesto, se deberá estimar que hay un solo contrato. Cuando, por el contrario, aparezcan independientes la una de la otra, y ordenadas a fines diversos, habrá que reputar que concurren diferentes negocios jurídicos, caracterizados por causas diversas.

Para Regelsberger (3) hay que tomar en consideración un elemento material: el objeto del negocio o prestación. Finalmente, según La Lumia (4), la investigación sobre si en una situación jurídica hay un negocio único, o una pluralidad de negocios, se resuelve en esta otra: si en una situación jurídica hay una sola causa o un conjunto de causas; utiliza, pues, de guía el concepto de causa, como intento empírico, típico, principal y autónomo del negocio.

Pero sería improcedente, en cuanto ajeno al tema específico que nos ocupa, plantear y estudiar este problema en más amplios términos. Limitándonos a las indicaciones hechas, nos restringiremos al problema de si el depósito en cuenta corriente es o no un depósito regular.

El contrato de cuenta corriente, a primera vista, se nos presenta como un conjunto de negocios. En efecto, al pactar la relación con

(1) Citado por La Lumia, ob. cit., pág. 113.

(2) Citado por La Lumia, ob. cit., pág. 114.

(3) En *Jhering's Jahrb.*, XLVIII, 1904, pág. 453 y sigs., cit. por La Lumia, ob. cit., pág. 115.

(4) Ob. cit., pág. 118.

la Banca el cliente no persigue una finalidad única, sino finalidades múltiples y autónomas, esto es, de un lado, la seguridad del capital propio, y de otro, la realización del servicio de caja y la regulación de operaciones con saldos periódicamente realizados.

Algunos autores, como von Schey y Magri, entienden que se trata de una serie de mutuos hechos por el cliente al banquero, y además de un doble mandato, por el cual el banquero se obliga a realizar por cuenta del cliente operaciones tales como cobranzas y pagos. Ahora bien : la figura del mutuo está excluida desde el momento en que el depositante no entiende encontrar para las cantidades que deposita una colocación duradera, sino exclusivamente proveer a su seguridad, conservando íntegra la disponibilidad ; por tanto, hay que admitir con preferencia la figura del depósito irregular, y no ya en el sentido de una serie de negocios realizados en diversos momentos, sino como relación única, aunque a sucesiva y continua formación y resolución.

Tampoco es exacto que la obligación de desempeñar el servicio de caja sea una relación de mandato, porque la Banca no realiza en el interés del cliente cualesquiera negocios, sino negocios ya determinados (cobranzas y pagos), desempeñando una actividad puramente material, y, por tanto, sería más propio hablar de locación de servicios, dado que la Banca obtiene siempre una compensación directa o indirecta.

En cuanto a la regulación de los respectivos créditos y deudas a virtud de saldos periódicamente realizados, se ofrece como el objeto de un contrato preliminar.

40. En el Derecho mercantil italiano, la *communis opinio* admite la existencia del depósito irregular y lo aplica especialmente al caso de los depósitos bancarios. Sin embargo, algún autor, como Pipia, discrepa. Para él, los depósitos bancarios no pueden subsumirse en la figura jurídica del depósito irregular. Ofrecen, sí, con ella muchos puntos de contacto, como también poseen elementos del mutuo ; pero, en definitiva, hay que atribuirles propia sustantividad y considerarlos como figura jurídica independiente, adscrita a una función económica peculiar. Finalmente, el novísimo proyecto de reforma del Código de comercio italiano es de obligado examen, en cuanto que acoge la figura del depósito irregular, para

aplicarla a los depósitos bancarios con una amplitud quizá excesiva.

Vidari (1), como hemos dicho, admite la figura del depósito irregular, definiéndolo como el contrato por el cual el depositario puede restituir al depositante, o a quien le represente, no ya la idéntica cosa recibida, sino sólo otro tanto de la misma especie.

En este contrato, el dinero y los títulos son estimados en su valor de cambio; y poco importa que la restitución, cuando no haya pacto en contrario, se realice con moneda o con títulos que tengan, singularmente considerados, un valor distinto de la moneda o de los títulos dados en depósito, siempre que el valor restituído sea perfectamente igual al recibido. De aquí se sigue una consecuencia importante, que es común a todas las cosas fungibles constituidas en depósito, cual es la de que, a diferencia del depósito regular, en el irregular la cosa depositada pasa sin más a la propiedad del depositante, el cual, como se ha dicho, no está obligado a restituir sino otro tanto. Y es que, además, no sólo el depositario puede usar como mejor le plazca de la cosa entregada, sino que puede asimismo transmitirla a otro, ya sea a título oneroso o a título gratuito, sea por actos *intervivos* o *morbis causa*. Es el caso del banquero que recibe dinero a interés o sin interés; como puede serlo el del factor que recibe dinero por cuenta de su principal; como puede serlo el del comisionista que lo recibe por cuenta del comitente, y como, en general, lo es el de cualquiera que recibe dinero u otra cosa fungible en depósito.

Así, Scaccia (2) dice que irregular *est depositum pecuniae cum traslatione dominii in depositarium*, y más tarde repite que *dominium enim pecuniae numeratae depositae semper transit in depositarium*; no obstante, *depositarius tenetur tantundem restituere, et per interitum depositae non liberatur, quia genus perire non potest, et sic in eum transit periculum*.

Pero siendo éstos los caracteres del depósito irregular, ¿no se confundirá con el mutuo, es decir, con el préstamo de consumo? Es indudable que, considerados en sí mismos y en su valor doctrinal, estos dos contratos son sustancialmente la misma cosa. En efecto, mutuo o préstamo de consumo se dice de aquel contrato por el cual una de las partes consigna a la otra una determinada

(1) *Diritto commerciale*, vol IV, pág. 500 y siguientes.

(2) Citado por Vidari, ob. cit., pág. 502.

cantidad de cosas, y ésta se obliga a restituir al primero otro tanto de la misma especie y calidad. De aquí la consecuencia de que el mutuo hace pasar la propiedad de la cosa del mutuante al mutuatario, el cual, por ello, debe soportar todos los riesgos y peligros; y así, aunque la cosa recibida perezca más tarde, no por ello se releva el mutuatario de la obligación de devolver otro tanto. Si confrontamos estos caracteres del mutuo con los más arriba examinados como propios del depósito irregular, es forzoso reconocer que sustancialmente ambos contratos son la misma cosa. Por tanto, se puede decir correctamente que el depósito irregular no es sino un mutuo.

El mismo Scaccia, hablando del depósito irregular decía: *Hujusmodi depositum habet naturam mutui*. Doctrina que resulta incontestable, ya que el ser hecho el mutuo principalmente en interés del mutuatario, y el depósito irregular, por el contrario, principalmente en interés del depositante, no altera fundamentalmente (aunque la distinción fuera cierta y exacta en todas sus partes) la naturaleza jurídica del contrato.

Pero al examinar el Código civil vigente, Vidari discrepa de esta opinión de Scaccia. Vidari dice que, con arreglo a la ley civil italiana, no se puede negar que entre depósito irregular y mutuo existen algunas diferencias, y emplea una argumentación que no reproducimos por haber sido ya expuesta y examinada al estudiar el depósito irregular en el Derecho civil italiano (núm. 33).

«Una de las formas más importantes de depósito irregular—prosigue Vidari—es el depósito bancario; esto es, aquel que se hace frente a una institución o persona que expide a nombre del depositante, como representativo de la suma depositada, un título por la presentación del cual el depositario está obligado a restituir una suma idéntica a la recibida (en la misma especie, metálica o en papel, en que el depósito fué hecho, e incluso en especie diversa, cuando el contrato silencia este punto, pero siempre que tenga curso legal en el lugar del pago), aumentada de los intereses pactados de vez en vez, o, como ocurre más generalmente, previamente establecidos por la institución o persona que recibe el depósito: tasa de interés y demás condiciones que de antemano se han hecho públicas. Y como este oficio de recibir en depósito sumas de dinero es casi exclusivamente realizado por Bancos o banqueros,

esta forma de depósito es conocida con el nombre de depósitos bancarios, los cuales, según que la finalidad que se persiga al constituirlos sea la de encontrar una colocación duradera a capitales improductivos o la de disponer en todo momento de las sumas depositadas, eliminando los cuidados y peligros de la guarda propia (doble modalidad que ya ha sido examinada), reciben el nombre de depósitos no disponibles o disponibles, respectivamente.»

Pipia (1) discrepa de Vidari al examinar el depósito irregular. Entiende como tal todo depósito que, recayendo sobre cosas fungibles o *genus*—así, títulos de crédito, dinero no acuñado—, tras pasa la propiedad al depositario, con todos los riesgos y ventajas inherentes, no teniendo el depositario la obligación de restituir las mismas cosas recibidas, sino liberándose con la restitución de cosas de la misma especie y género.

A continuación se plantea el tradicional problema de la diferenciación con el mutuo, diciendo que, así concebido el depósito irregular, viene a constituir una forma del mutuo, pero del que puede doctrinalmente diferenciarse, porque el depósito irregular normalmente se constituye en interés del depositante, mientras que el mutuo se pacta en el del mutuuario, y por poder el depositante exigir en todo momento la restitución de la cosa, aun antes del vencimiento del término convenido. Y se diferencia netamente de la prenda irregular, en cuanto que en éste existe siempre la voluntad de las partes, expresa o tácita, de constituir el dinero, títulos o valores, en garantía o caución de una deuda o de una obligación asumida por el que consigna y a favor de aquel al que viene consignada la prenda y a fin de que pueda ejercitar éste un derecho de prelación, elemento o finalidad que en el depósito no existe.

JOAQUÍN GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE,

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Central.

(Continuará.)

(1) *Diritto commerciale*, vol. IV, pág. 1.062. Torino, 1917.

La depreciación monetaria y sus efectos jurídicos ^(*)

II

DESDE LA REVOLUCIÓN FRANCESA A LA REVALORIZACIÓN ALEMANA

Durante la Revolución francesa se sucedieron depreciaciones monetarias importantísimas: la de los asignados y la de las cédulas territoriales, y bajo la influencia de D'Aguesseau y de los fisiócratas, la teoría de la moneda mercancía es admitida por los legisladores de la Revolución, que abandonan la teoría nominalista, contraria a la equidad, a la intención de las partes y a los hechos económicos, y también la teoría metalista por demasiado simple, ya que no veía en el valor real de la moneda más que el metal, y consagran un nuevo valor, el valor de opinión, sobre la base del cual las obligaciones de pagar una suma metálica alterada por la depreciación monetaria debían ser extinguidas.

Llega, por último, la época de los redactores del Código civil francés; un gran número de ellos afirma que el Código de Napoleón ha consagrado el nominalismo, y todavía recientemente Nogaro sostiene esta manera de ver (1).

Estos autores se apoyan en el artículo 1.895 del Código de Napoleón, equivalente al 1.170 de nuestro Código civil (2). Así Planiol (3) declara que si la obligación tiene por objeto una suma en

^(*) Véase el número 90 de esta Revista.

(1) Nogaro: *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1925; p. 10 y sig.

(2) Como dice Manresa, los Códigos extranjeros han colocado esta disposición entre los artículos que regulan el contrato de préstamo mutuo.

(3) Planiol: *Droit civil*, t. II, 7.^a ed., p. 142, n. 419.

metálico, el deudor debe liberarse entregando la suma debida en el valor nominal de las monedas en el día del pago y no en el valor que tenían las monedas el día que la obligación fué contraída. La Ley, dice, formula esta regla a propósito del préstamo de dinero en su artículo 1.895. Baudry-Lacantinerie (1) dice igualmente que el artículo 1.895 consagra el nominalismo y que esta solución es aplicable a todas las obligaciones que tengan por objeto una suma de dinero, excepto en el depósito. De igual opinión son Duranton, Delvincourt, Troplong, Larombière, Demolombe, Huc, Laurent y Aubry y Rau.

Los artículos del Código napoleónico que prevén fluctuaciones monetarias son poco numerosos; solamente el 1.932, § 2.º, respecto al depósito, y el 1.895 respecto al préstamo, y ambos dan soluciones opuestas. El primero dice que las sumas metálicas depositadas deben ser devueltas en las mismas especies en que fué hecho el depósito, sea cualquiera el aumento o disminución posteriores de su valor, lo cual no ofrece dificultad y está de acuerdo con la naturaleza del depósito, ya que el depositante permanece propietario de la cosa depositada y son los objetos mismos y no otros los que deben ser devueltos.

El artículo 1.895, por el contrario, dice que la obligación que resulta de un préstamo en metálico no es más que por la suma numérica enunciada en el contrato; si hay aumento o disminución en la misma antes de la época del pago, el deudor debe devolver únicamente la suma numérica prestada y en las mismas especies que tuviera en curso en el momento del pago.

Los orígenes de este artículo deben ser buscados en las obras de Pothier y en las teorías nominalistas por el mismo expuestas, especialmente en su *Traité du prêt de consommation*.

Pero si Pothier admite el nominalismo más absoluto en lo que concierne a la asimilación entre las diferentes especies metálicas por su valor nominal, parece, por el contrario, refractario a una asimilación *ipso facto* entre las especies metálicas y el papel moneda, lo cual, según él, no podía resultar más que de una disposición formal del legislador.

Y, de otra parte, Pothier no rechazaba el que las partes pudieran derogar el nominalismo y estipular que el pago debía hacer-

(1) Baudry-Lacantinerie: XIII, Oblig. 2, n. 1.475 y sig.

se sobre la base del valor real de las especies en el momento del contrato.

No se debe dejar en silencio la manera reservada como Pothier dió su solución sobre el nominalismo. Como dice Geny, se sabe con qué resistencia íntima se resignó Pothier a la resolución que consagra el artículo 1.895; Pothier, en efecto, no disimula que el prestamista, a quien se reeembolsa un valor nominal igual al que prestó, pero en especies de menor valor, experimenta un perjuicio, y añade que no se puede sostener que haya compensación de riesgos, pues el préstamo puede ser hecho en circunstancias tales que ocurran las más de las veces aumentos que disminuciones, y, por lo tanto, el aumento del valor nominal de una moneda por disposición del príncipe es, en definitiva, una depreciación y una pérdida para el acreedor si no recibe más que el valor nominal de su crédito en especies nominalmente aumentadas. Pothier recoge todavía la opinión de un jurisconsulto llamado Barbeirac, que quería se hiciera una distinción entre el préstamo gratuito y el préstamo a interés, para aplicar el nominalismo sólo a este último, puesto que el riesgo de la depreciación habría sido considerado como cubierto por los intereses, al revés del préstamo gratuito, en el que el favor hecho por el prestamista podía tornarse en su perjuicio.

En sentir de Pothier, este criterio respecto a los préstamos gratuitos tiene alguna apariencia de equidad, pero no es seguido en la práctica. Pothier reconocía él mismo los inconvenientes del nominalismo, y si llega a adoptar esta teoría, fué sobre todo como consecuencia del poder regaliano, que él creía obligatorio reconocer sobre la moneda: teoría que ve en la moneda un simple signo creado a su capricho por el príncipe independientemente de toda consideración material, teoría que no es más que el reflejo de una idea medieval inadmisibles totalmente hoy. Esta concepción de Pothier es a la vez contraria a la verdadera naturaleza y al destino de la moneda, a la sana concepción jurídica que debe ver en la misma un objeto apropiable, y es contraria, por último, al Derecho público moderno, que no puede admitir ya que la moneda sea un elemento productivo del dominio nacional.

Dados estos antecedentes, no se puede pretender una interpretación demasiado extensiva del nominalismo del artículo 1.895, y

esta impresión se fortalece si se examinan los trabajos preparatorios del Código civil francés.

El primer proyecto de Cambacères no contenía ningún precepto análogo a este artículo 1.895. De otra parte, en su discurso preliminar sobre el texto de la Comisión, Portalis declaraba que al igual de las demás cosas, la moneda puede ser donada, prestada, arrendada, vendida; la moneda regula los precios de todas las demás cosas, tanto mobiliarias como inmobiliarias. Este precio está fundado sobre la comparación de la abundancia y la rareza relativa del dinero con la rareza o abundancia de los objetos o de las mercancías que se compran. No puede ser fijada por los reglamentos, y el gran principio en esta materia es abandonarse a la concurrencia y a la libertad. En esta época, las teorías nominalistas iban en baja y predominaba la teoría de la moneda mercancía.

Ese artículo 1.895 aparece por primera vez en el texto de la Comisión de Gobernación (art. 12, tit. XV).

Cuando el proyecto del Código civil fué comunicado a los Tribunales de Apelación para recibir sus observaciones, la gran mayoría de ellos no se dieron cuenta de la importancia de ese precepto, y sólo el Tribunal de Casación propuso reemplazar los artículos 21, 22 y 23 del proyecto (que son los que luego fueron 1.895, 1.896 y 1.897) por un solo artículo así redactado: «Si ce sont des lingots ou des marcs, ou des denrées qui ont été prêtés quelle que soit l'augmentation de leur prix, le debiteur doit toujours rendre la même quantité et ne doit rendre que cela»; y la Comisión del Tribunal de Casación añadía con melancolía sobre el artículo 21: «El artículo del proyecto decide una cuestión controvertida hace largo tiempo; pero la Comisión no ha podido apartarse de los principios que dictaron la solución de aquella regla para resolver sobre un punto que decidirá siempre la fuerza. ¿Cómo se resolvió a consagrar en principio lo que viene a arruinar tantas familias, lo que tanto favorece la mala fe y lo que ha invertido las fortunas, así como toda idea de justicia y de moral? (1).

Cuando el título referente al préstamo fué sometido al Consejo de Estado el 7 de Pluvioso del año XII (28 Enero 1804), Jolivet pide la supresión en el artículo 23 (después artículo 1.826, Código

(1) Fenet: *Travaux préparatoires du Code civil*, II, p. 736.

napoleónico) de la palabra «marc», la cual dice no estaba en uso. Portalis respondió diciendo que podría sustituirse la palabra «poids», y Jolivet replica que basta emplear la palabra «lingot», la cual supone que la cosa ha sido pesada, y a consecuencia de estas observaciones el artículo fué adoptado retirando las palabras «ou des marcs»; en cuanto al artículo 24 del proyecto (artículo 1.897, Código napoleónico), que contenía igualmente las palabras «ou des marcs», fué adoptado con la misma supresión.

El proyecto del Código civil vino entonces a discutirse ante el Tribunal, y el 16 de Ventoso del año XII (7 de Marzo de 1804), Bouteville hizo, delante de la Asamblea, la siguiente declaración respecto al artículo 1.895: «Si se trata de un préstamo en metálico, las piezas devueltas no son idénticamente las prestadas, sino una suma pareja a la anunciada en el contrato, en las *especies* en curso el día convenido para la restitución, cualesquiera que sean las variaciones que las especies hubieren experimentado entre la época del préstamo y la del pago.»

Por último, Albisson, presentando el proyecto al Cuerpo legislativo el 18 de Ventoso del año XII (9 Marzo 1804), decía sobre el artículo 1.895: «Este viene a colocar como excepción al artículo 29 (1.902 actual), que quiere que las cosas prestadas sean devueltas en la misma cantidad y cualidad, y al artículo 19 (1.892 actual), que somete al prestatario a la obligación de devolver en la misma especie y calidad, las disposiciones del artículo 22. El caso supuesto por este artículo había dado lugar a algunas distinciones sutiles más que sólidas, aunque revestidas de una apariencia de equidad, pero su disposición está conforme a la jurisprudencia aceptada y al Derecho romano sobre el cual se funda.»

Tales son las condiciones en las cuales el artículo 1.895 del Código napoleónico fué adoptado, y parece, pues, que examinando su origen en los trabajos preparatorios, y visto como una excepción de los 1.892, 1.902, 1.896, 1.897 del Código napoleónico, no debe recibir una aplicación extensiva o absoluta. En resumen: lo menos que puede decirse es que parece difícil conceder a este precepto una interpretación extensiva.

Pero este artículo 1.895, ¿se aplica únicamente al reembolso del préstamo de metálico o se aplica a todos los pagos? Parece que debe admitirse con la doctrina que en el pensamiento de los

redactores del Código francés, la regla del artículo 1.895 era aplicable, en principio, a todos los pagos. Históricamente, en efecto, esta solución nominalista está aceptada por Pothier, Merlin, Toullier, Maleville, que fueron los primeros comentadores del Código napoleónico; lógicamente, además, es difícil admitir una solución para el reembolso del préstamo en metálico, y otra solución diametralmente opuesta en los demás pagos (1).

Otra cuestión es si el principio del artículo 1.895 es simplemente interpretativo u obligatorio, en una palabra, si esta regla es de orden público, o, por el contrario, el nominalismo puede ser descartado en ciertos casos, ya por una estipulación expresa de las partes, ya por una intervención del Juez.

Algunos autores ven en este artículo una verdadera disposición de orden público, la cual ni las partes ni el Juez pueden derogar; así opinan Demolombe, Larombière, Laurent, Troplong, Duvergier, Guillouard, Aubry y Rau y modernamente Nogaro.

Contra esta opinión se levantan otros autores, entre ellos Duranton, quien, refutando la opinión de Delvincourt, escribía: «M. Delvincourt dice que se ha tenido en cuenta la razón de Estado, pero nos parece que la razón de Estado no habría sido lesionada por la adopción del sistema contrario, puesto que la nueva moneda no hubiera servido menos para los pagos; solamente las partes se darán cuenta de la diferencia del valor real, tal como nosotros lo entendemos, con aquel que ha sido prestado, y con ello la razón de Estado no hubiera sufrido ningún ataque. Lo que hubiera lesionado la razón de Estado hubiese sido la negativa que hubiese podido oponer el prestamista a la nueva moneda que el deudor hubiera querido hacer servir para su liberación.» De la misma opinión son Rolland de Villargues, Calmet de Santerre, Pont, quien declara en su *Traité des petits contrats*: «Nosotros pensamos también que no hace falta ver en el artículo 1.895 una disposición de orden público a la cual sea imposible derogar por convenciones particulares. Pues si está formalmente estipulado que

(1) Nuestro comentarista Manresa es opuesto a esta aplicación extensiva del artículo 1.170 y elogia la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Noviembre de 1896, que declaró que este artículo se refiere exclusivamente al modo de pagar las deudas que lo sean de metálico, pero no a las de entregar otras cosas o valores.

cualesquiera que fuesen las variaciones monetarias experimentadas en el curso del préstamo, no serían tenidas en cuenta en el momento de la restitución, y que en todo caso el prestatario debería devolver un valor igual al que recibió, ni más ni menos, la convención sería lícita y debería ser ejecutada. Entre los autores modernos niegan el principio de orden público Baudry y Wahl, Geny, Mestre, James, Labbe, en sentir del cual dicho artículo reposa simplemente sobre una interpretación de la voluntad probable de las partes.

El principio inspirador del artículo 1.895 podemos afirmar que no se aplica más que a los pagos en especies metálicas y no se aplica esa regla de nominalismo a los billetes.

Como escribían Aubry y Rau, la regla de la Ley está establecida para una situación determinada y no se aplica a materias o a situaciones análogas. Planiol tiene opinión contraria, pero como ya dijo Albisson en el Cuerpo legislativo, la regla del artículo 1.895 es una disposición excepcional y, por lo tanto, de interpretación estricta, y tampoco es aplicable al pago en monedas extranjeras, puesto que fundado el nominalismo históricamente sobre el poder regaliano de la moneda, este poder no puede evidentemente ejercerse más que sobre las monedas nacionales. Doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en reconocer a la moneda extranjera el carácter de mercancía, y este carácter no permitiría la extensión del nominalismo a tales divisas.

En resumen, creemos que el nominalismo establecido en este artículo 1.895 es un principio de carácter excepcional referido en tiempo normal a todas las obligaciones de pagar una suma en metálico; es una disposición interpretativa y no de orden público, y no se debe aplicar más que a las monedas metálicas.

Las disposiciones dictadas especialmente sobre el curso forzoso de la moneda en los países que intervinieron en la Gran Guerra plantean la cuestión de si la depreciación monetaria podrá ser impuesta en razón de orden público. Este problema de lo que pueda ser el orden público no lo resuelve la Ley, ya que de ello no da la definición. La noción de orden público es una noción esencialmente vaga, cuyos límites pueden desplazarse según las circunstancias o los regímenes. Es también una noción de carácter excepcio-

nal puesto que ella aparece en el artículo 4.º del Código civil español, como derogando el principio general de la libertad de las convenciones: el contenido del orden público, por tanto, debe hacerse objeto de una interpretación restrictiva.

Un nominalismo absoluto en los Códigos no existía antes de esas disposiciones que dictaron los países beligerantes sobre el curso forzoso, y se trata de saber si esas leyes instituyeron en realidad un nominalismo de orden público para la ejecución de las obligaciones de pagar una suma de metálico.

Curso forzoso no significa curso forzoso a la par, sino solamente que el billete no puede ser rechazado. Curso forzoso a la par con el papel moneda requiere un texto preciso, y en defecto de él parece imposible admitir, en razón de los precedentes históricos, un nominalismo absoluto.

El curso forzoso a la par no existe como medida de orden público y los comerciantes y los cambistas pueden, impunemente, derrogarlo. La ficción franco papel (franco oro, dice Hubrecht) (1), parece ser una de las manifestaciones de las psicosis jurídicas de la guerra; son circunstancias excepcionalmente graves en que se extiende, en efecto, la noción de orden público más allá de sus límites naturales y de los textos que la justificarían.

El nominalismo de orden público parece estar instituido por el razonamiento siguiente: toda tentativa de valorización de los créditos, toda validación de las cláusulas de garantía implicaría reconocimiento de la depreciación del franco, luego este reconocimiento propagaría la idea de la baja del franco y entrañaría su caída irremediable.

Dado que importa el evitar esta consecuencia por razones de orden público, se puede invocar éste para rechazar la valorización y prohibir las cláusulas de garantía. Quien quiere el fin, quiere los medios; quien quiere poner obstáculos a un evento que interesa al orden público, debe prevenirse por medios que, en razón del fin para el cual son empleados, participan de este carácter de orden público.

El razonamiento parece lógico, pero la premisa mayor y la

(1) Hubrecht: *Stabilisation du franc et valorisation des créances*. París-Dalloz, 1928.

menor no resisten un examen atento. Como dice Voirin (1), estando cerrada la época de los decretos de reglamentación, jamás la autoridad judicial, de cualquier manera que resuelva los litigios, llegará a marcar con el sello oficial la quiebra monetaria del país. De otra parte, la baja del franco es conocida; desde hace muchos años, es un hecho constatado en los cambios, en los periódicos y que el legislador mismo ha reconocido y consagrado. Además, la idea de que el conocimiento de la depreciación de la moneda entraña su caída irremediable es muy discutible; así vemos a numerosas personas, incluso financieros notables, compradores de marcos, aun conociendo su inestabilidad. En presencia de una moneda depreciada hay un estado psicológico personal que puede hacer creer en una alza o en una baja y prácticamente inclinarse a la compra o a la venta; es la confianza lo que ha prevalecido en las monedas nacionales. Nogaro presentó contra la validez de las cláusulas de garantía esta argumentación: decía que validarlas era hacer subir los precios y provocar el hundimiento del cambio, y que siendo ello una razón de orden público, no podía ser olvidada, y estimaba que, en último término, es el estudio de las repercusiones económicas lo que nos permitirá el tomar partido. Ahora bien: hoy con la estabilización no puede hacerse cuestión de las repercusiones económicas. Por otra parte, si se ha reconocido la validez de las cláusulas de garantía y la valorización en materia de relaciones internacionales, no creemos sea imposible el adoptar ambas en las relaciones internas de un país; no puede haber dos órdenes públicos, uno interno y otro internacional; una cosa es o no es de orden público.

Si la jurisprudencia francesa ha estimado que el nominalismo absoluto no es imposible en las relaciones externas, reconoce que no es de orden público tampoco en las relaciones internas; por consecuencia, la cantidad de billetes necesaria para efectuar el pago puede ser libremente determinada por las partes (cláusulas de garantía) o en caso de litigio por el juez (valorización jurisprudencia) o, en último término, por el legislador (valorización legal) en los dos dominios.

Estimamos, en su virtud, que no puede mantenerse el argu-

(1) Voirin: *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*. Thèse Nancy, 1922; p. 182.

mento del orden público y creemos, por el contrario, que hay motivos de orden público que militan en favor de la valorización de los créditos y del reconocimiento de cláusulas de garantía. ¿Es que el orden público no exige que la intención de las partes y la buena fe, que son el alma de las convenciones, sean escrupulosamente respetadas? ¿Es que el orden público no se opone a que los individuos puedan conseguir un enriquecimiento injusto contrario al espíritu evidente de los contratos y correspondiente a un empobrecimiento correlativo de sus co-contratantes? ¿Es que el orden público, por último, no ordena, de manera absolutamente imperativa, que las cláusulas expresa y libremente consentidas en las convenciones sean en todo caso rigurosamente respetadas? A una noción de orden público, admitida extensivamente sin texto formal por la jurisprudencia, nosotros oponemos estas nociones elementales que pertenecen a la moral, al derecho natural y a nuestro derecho positivo, a saber: que la intención de las partes, la buena fe, el espíritu de las convenciones, las cláusulas libremente consentidas deben ser respetadas y que nadie debe enriquecerse en perjuicio de otro.

Como decía Niboyet, el legislador puede proclamar el curso forzoso; pero su omnipotencia tiene sus límites: no puede dar a un billete un valor que no tiene en realidad.

El Estado mismo ha destruido toda asimilación a la par, permitiendo a la Banca la compra de monedas metálicas por bajo de su valor nominal, y la importancia de esta decisión no escapó a Capitant, que dijo que la concepción de conjunto de la jurisprudencia francesa sobre el carácter de orden público de la equivalencia obligatoria entre los billetes del Banco de Francia y las especies metálicas de igual valor nominal ha recibido un fuerte golpe (1) y el nominalista Knapp pensaba que no se debe nunca, bajo pena de comprometer todo el sistema, tratar la moneda primero como metal y luego como unidad nominal.

Y es que aquí podría plantearse una cuestión muy interesante de derecho público: es la de saber cuáles son los derechos del Estado en materia monetaria frente a los particulares.

En la concepción del Estado aislado de las ideas corrientes en

(1) Capitant: *Droit civil*, 1927; p. 7.

el momento de estallar la Revolución francesa, hay enfrente de los derechos del Poder público los derechos del individuo, cuyo derecho de propiedad, al cual se podrían referir los derechos sobre la moneda, es imprescriptible y sagrado. Hoy todavía numerosos autores, como Hauriou y Duguit, proclaman la existencia de un derecho superior a la voluntad caprichosa de los gobernantes, y, como dice Geny, en las diferentes Constituciones de la época revolucionaria, el sentido claro de las disposiciones respectivas es limitar la misión del Poder legislativo a un simple papel de certificación de los instrumentos monetarios que el Poder ejecutivo pondrá en obra por la fabricación.

Las depreciaciones monetarias han producido en la mayoría de los países europeos una legislación y una jurisprudencia que reflejan la influencia que han ejercido esas alteraciones monetarias en los contratos y obligaciones de pagar una suma de dinero, y en especial, esa influencia se ha relacionado y tenido en cuenta en los arrendamientos donde, como en Francia en la Ley de 29 de Diciembre de 1923, se reconoció formalmente al propietario el derecho de mejorar el precio de su alquiler en razón de las nuevas circunstancias económicas, dentro de ciertos límites. También en el contrato de sociedad se han apreciado las repercusiones de las crisis monetarias, en lo que se refiere especialmente a los balances, a las valoraciones de los inmuebles, de las mercancías y de las máquinas, en lo que concierne también a la gestión de la sociedad, puesto que la baja de la moneda debía tener por objeto el abandono del sistema normal de amortización sobre las bases del precio de «Revient», y también ha habido repercusiones muy curiosas desde el punto de vista fiscal en materia de sociedades y en materia de acciones de prioridad. De igual modo, esas repercusiones se han apreciado en los contratos de matrimonio, en la liquidación subsiguiente del régimen de comunidad, en el régimen dotal y devolución de la dote, en las promesas de venta de inmuebles (contrato de opción), en la indemnización de daños y perjuicios y en la mora del deudor, etc.

En el estudio de las depreciaciones monetarias el Derecho comparado muestra dos períodos jurídicos sucesivos de la depreciación. Durante un primer período, en que la depreciación monetaria es poco importante o se la cree pasajera, se tiende al nomina-

tismo más absoluto, y la unidad monetaria, aunque momentáneamente depreciada, es considerada siempre como teniendo el mismo poder de liberación; pero si la baja de la moneda se precipita y la esperanza de volver a la par se abandona, la doctrina se rebela contra el nominalismo, los acreedores insisten cada vez más vivamente ante los jueces para que éstos, dejándose de ficciones jurídicas ya sin finalidad, tengan en cuenta las condiciones económicas reales y no rechacen una valorización de los créditos que la equidad y el respeto a la intención de las partes exige. Tarde o temprano, según la importancia de la depreciación y las disposiciones especiales de la legislación aplicable, la jurisprudencia evoluciona también y se dictan decisiones tendentes a satisfacer las exigencias de la moral y de la justicia real: el nominalismo ha cedido ante los hechos. Esta segunda fase jurídica de la depreciación es generalmente seguida de una tercera en la cual no es solamente la jurisprudencia, sino el legislador, quien rechaza todo nominalismo dictando medidas generales o particulares de valorización.

Estas fases sucesivas en la evolución de las consecuencias jurídicas de la depreciación se observan claramente en Alemania, en Polonia y en Hungría, siendo de notar que precisamente en Polonia la jurisprudencia se apoyaba en los textos del Código de Napoleón para decir que no se puede, conforme a la buena fe y a la intención común de las partes en el momento del contrato, mantener el nominalismo, a pesar de la depreciación monetaria, lo cual prueba que ni los principios del Código de Napoleón ni tampoco los del Código civil español son opuestos a decisiones jurisprudenciales en tal sentido.

Pero el caso más notable de la evolución de la jurisprudencia y de la legislación sobre el sector de la depreciación monetaria lo suministra Alemania.

En este país es indudable que antes de la Gran Guerra, y a pesar de que el B. G. B. no contiene precepto análogo al 1.895 del Código de Napoleón, el nominalismo fué aceptado. La teoría metalista había prevalecido hasta los comienzos del siglo XIX.

En 1851 Savigny se levanta a la vez contra el metalismo y el nominalismo, recomendando como base de la ejecución de las obligaciones de pagar una suma de dinero el valor corriente que las

partes tuvieron en cuenta en el momento del contrato (1). Pero anteriormente a la promulgación del Código civil alemán disposiciones particulares, tales como el artículo 666 del Código civil sajón de 1875, habían adoptado el nominalismo, y en su consecuencia, esta doctrina se afirma cada vez más, especialmente con Knapp.

De otra parte, si la modificación o la anulación de los contratos, en razón del cambio de circunstancias no fué admitida como principio general antes de la guerra en Alemania, se estimaba, sin embargo, que para decidir de qué manera la ejecución de una obligación debía hacerse, había que inspirarse ante todo en la voluntad real de las partes en el momento del contrato. Así, en 1913 una sentencia del Tribunal del Imperio declaraba que en ciertos casos particulares se podrá examinar si hay lugar a modificaciones por consecuencia de la voluntad de las partes y de la naturaleza del contrato, partiendo del principio de la buena fe; y también en el B. G. B. hay un gran número de artículos que permiten a una de las partes desistir de un contrato en caso de sobrevenir circunstancias nuevas (2). En resumen: antes de la guerra la jurisprudencia alemana se inclinaba a aceptar la influencia del cambio de circunstancias sobre la ejecución de las obligaciones; después, las circunstancias económicas de la guerra y de la posguerra han hecho más apremiante todavía la vigencia de ese principio, especialmente cuando las ordenanzas declararon el curso forzoso del papel moneda y la asimilación total de los billetes a las especies metálicas y autorizaron a los deudores de moneda oro a liberarse en papel (Ley 1.º Junio 1909; Ordenanza 28 Septiembre 1914).

El marco papel, que empezó a depreciarse al final de la guerra, acentúa todavía su crisis a partir de 1920, para llegar en Noviembre de 1923 a proporciones desconocidas en la Historia.

El punto de partida de la jurisprudencia alemana respecto a la valorización de los créditos lo basa el Tribunal del Imperio y el de Leipzig sobre la consideración de la existencia de circunstancias imprevisibles en el momento de cerrar el contrato que hacen su ejecución puntual tan extremadamente difícil y onerosa.

(1) Savigny: Ob. cit.; § 42.

(2) Artículos 321, 610 = mala situación financiera del otro contratante; 626, 671, 712, 723 y 749 = «Ein wichtiger Grund», etc.

que se impone la asimilación a la fuerza mayor para resolverlo por imposibilidad económica. Pero, hasta 1920, si se tenía en cuenta la imprevisión y la imposibilidad económica era para rescindir el contrato y no para valorizar los créditos; la etapa de la valorización la inicia una Sentencia del Tribunal del Imperio de 21 de Septiembre de 1920 decidiendo que el precio fijado para el suministro de vapor en un contrato de arriendo debe ser aumentado, teniendo en cuenta los intereses respectivos del arrendador y del arrendatario. Puesto que el juez puede restringir el contrato con mayor razón, pensaba el Tribunal del Imperio, puede restablecer el equilibrio de las prestaciones recíprocas cuando la buena fe y la equidad lo exigen.

Sin embargo, no creamos que la jurisprudencia alemana se inclinó decisivamente por la valorización, sino que la adopción se hizo gradualmente según la naturaleza de los contratos y bajo la presión de la influencia de la creciente depreciación monetaria, y se tuvo en cuenta primeramente esa influencia en los contratos sinallagmáticos de larga duración y de prestaciones sucesivas, para llegar más tarde a las rentas y, por último, en 1923, a la valorización general de las hipotecas y de los créditos. A este respecto, el Tribunal del Imperio no creía debía irse inmediatamente a la valorización. A consecuencia de una campaña doctrinal, el Tribunal de apelación de Darmstadt, fundado sobre los párrafos 157, 242 y 607 del B. G. B., dictó, en provecho de un menor de edad acreedor, una decisión favorable a la valoración de las hipotecas: el reembolso nominal de la deuda no bastaba para extinguir el derecho real. Todavía el 1.º de Mayo de 1923 aquel Tribunal mantenía el nominalismo; pero los progresos de la depreciación y la ficción de la equivalencia del marco en materia hipotecaria, saltaban a la vista. En países vecinos de Alemania, sucesivamente la *Cour Suprême* de Polonia y el Tribunal Supremo de Dantzic, habían decidido valorizar las hipotecas en proporción del aumento de valor del inmueble gravado. Aprovechándose de la caída del marco, los deudores, las sociedades industriales, reembolsaban sus préstamos obligatorios o hipotecarios, y en presencia de esta situación el Tribunal de Hannover decidía el 14 de Noviembre de 1923 la valorización de las obligaciones industriales sobre la base de los índices económicos en el día del reembolso. El marco ago-

nizaba, un cambio de orientación en la jurisprudencia del Tribunal del Imperio era inevitable y se produjo por el célebre Decreto de 28 de Noviembre de 1923, en el que se decidió la valorización de las hipotecas. Apoyándose sobre la buena fe y el respeto debido a la intención de las partes, declara que la valorización debe ser en principio casi proporcional a la depreciación del marco papel enfrente de la moneda de oro, pero que es preciso tener en cuenta las circunstancias particulares de cada especie, la situación de fortuna del deudor, las cargas que gravan el inmueble, el fin económico que las partes habían perseguido al contratar, etcétera.

Ese Decreto del Tribunal del Imperio contenía argumentos de orden tan general que podrían justificar la valorización de todos los créditos liberables en marcos y ello hubiese tenido un influjo peligroso en toda Alemania.

La ficción engañosa del nominalismo fué, por último, abandonada y los contratos debían en adelante ejecutarse conforme al derecho moderno de obligaciones, es decir, conforme a la común intención de las partes en el momento de celebrarlos, ya que son las que determinan soberanamente la amplitud de sus obligaciones recíprocas. Esta solución es tan conforme a la justicia y a la moral, que no nos explicamos las críticas que Nussbaum dirigió al Decreto de 1923 (1) cuando decía que éste había creado una inseguridad jurídica y que las sentencias variarían con las especies, como si ello no fuera lo propio de toda la Jurisprudencia.

Aquel Decreto fué la señal de una jurisprudencia general de valorización, excepto en los contratos aleatorios y especulativos, donde se rechazó siempre y provocó por fin la intervención del legislador.

Una primera Ordenanza de 29 de Enero de 1924 concede una valorización del 10 por 100; por la tercera Ordenanza fiscal de 14 de Febrero de 1924 una tabla general de valorización fijó en el 15 por 100 del valor original los créditos privados, tabla que ha sido elevada a 25 por 100 para las hipotecas por la Ley definitiva de 15 de Julio de 1925.

JOSÉ MARÍA FONCILLAS,

(Continuará.)

Notario

(1) Nussbaum: *Das Geld in Theorie und Praxis des deutschen und ausländischen Rechts*. Tübingen; Mohr, 1925; p. 125 y sig.

Ensayo sobre la codificación del Derecho civil en Turquía

I. Afirmación de la nacionalidad otomana.—II. La codificación del Derecho civil.—III. Carácter de la codificación en Turquía.—IV. Estructura del Código civil turco.—V. Algunas diferencias entre los Códigos de Suiza y Turquía.—VI. Conclusión.

I

La sociedad turca siempre tendió a imitar la organización de la comunidad musulmana, tal como había sido concebida por el Profeta y sus sucesores los Kalifas.

Sin embargo, afirma Abi-Chahla, que no es posible confundir a los árabes musulmanes con los turcos. Si éstos abrazaron la fe islámica, nunca adquirieron ni la nobleza ni la verdadera cultura de los árabes. El misticismo mahometano, capaz de levantar a todo un pueblo, no es más que un instrumento oportunista local en manos de los otomanos, quienes jamás pudieron elevarse al puro idealismo árabe (1).

Mas no debe olvidarse que los turcos, desde la usurpación del Kalifato por Selin I, eran considerados como los auténticos musulmanes y promotores de la fe koránica, de tal manera, que en un principio la nacionalidad turca no existía, puesto que todos los islamitas tenían derecho a aspirar al Kalifato, cualquiera que fuese el lugar de su nacimiento o residencia.

El Sultán, en este período, ejerce todos los poderes, tanto en el orden temporal como en el espiritual. Es el Kalifa Comendador

(1) Habib Abi-Chahla: *L'extinction des capitulations en Turquie*. París, 1924, pág. 163.

de los Creyentes, titular del absolutismo más absoluto, basado en la supremacía del derecho religioso, que dominó durante los siglos XVII y XVIII. Este régimen es, según la expresión de M. Engelhardt, el «de la fuerza unida a la fe» (1).

Las modernas necesidades del Estado y las contingencias políticas y económicas obligaron a Turquía a replegarse sobre sí misma, a organizarse. La sociedad musulmana turca va a formarse, a transformarse en sociedad otomana independiente. La ley divina, contenida en el código político-religioso del Koran, cederá ante las exigencias imperiosas de la vida moderna. Un derecho nuevo nacerá y una nueva organización va a elaborarse.

Hasta Solimán I los otomanos sólo estuvieron sometidos a la ley koránica; este Sultán inicia levemente el movimiento legislativo, mandando publicar un *Código de las personas* y un *Reglamento de Policía*: el primero para regular las rentas que debían pagar los ciudadanos a los detentadores de feudos o señoríos, y el segundo, de orden penal; pero cuando empieza realmente la evolución legislativa es en el año 1839, presidiendo Rachid Pachá el Diván Imperial; entonces se atenúa el absolutismo despótico del Sultán, y se dividieron los poderes públicos, distinguiendo el orden legislativo del ejecutivo y del judicial.

Antes, las autoridades administrativas podían juzgar y condenar a muerte a todo individuo sospechoso (caso de justicia retenida al servicio de la arbitrariedad administrativa). El Decreto del Sultán de 3 de Noviembre de 1839, proclamado por Abdul-Mejid, ayudado del Presidente del Diván Imperial, puso fin a a este desorden, decidiendo que ningún individuo pudiese ser condenado a muerte sin antes someterlo a un proceso de carácter judicial, sancionado por la autoridad imperial. Además de esta importante declaración, se estableció en el mismo Decreto que las instituciones nacionales debían garantizar a las personas una perfecta seguridad, en cuanto a su vida, a su honor y a su fortuna, sin distinción alguna de creencias religiosas. El nacionalismo territorial otomano hizo su aparición en este momento.

En Decreto de 18 de Febrero de 1856 nuevamente se afirman los mismos principios, al declararse solemnemente la seguridad

(1) M. Engelhardt: *La Turquie et le Tanzimat*. II, pág. 274.

de los individuos para su vida, su honor y su fortuna; la igualdad de todos ante la ley; el respeto a la propiedad individual y colectiva; la admisión de todas las personas a los empleos públicos y al servicio militar; la libertad de cultos y de instrucción pública; la igualdad ante los impuestos; la prohibición de arrendar los recursos fiscales; la publicidad de los procesos y la igualdad de testimonio ante la justicia; el derecho de indulto a favor del Sultán; la supresión de la tortura y reglamentación de las penas personales, etc., etc.

Los principios proclamados en este Decreto Imperial son suficientes para demostrar que la sociedad otomana renunció definitivamente a su carácter religioso y exclusivista: ya todos los individuos son iguales frente a las instituciones colectivas de la nación.

La Constitución de 23 de Diciembre de 1876, de Abdul-Hamido, confirma también los mismos principios, estableciendo el régimen parlamentario, con la responsabilidad ministerial, y constituyéndose, al efecto, un Senado y una Cámara popular, elegida por sufragio universal. En este cuerpo legal se afirma la *independencia e inamovilidad* judicial; pero sus preceptos políticos no llegaron a aplicarse (1).

En 1908, estas tendencias se acentúan con la revolución de la «Joven Turquía», que da a la evolución otomana un arranque sin igual, fortificando el espíritu nacionalista, frente a la utopía pan-islamita.

La guerra de 1914 desterró definitivamente las quimeras de ciertos espíritus que aun soñaban con la comunidad internacional de los árabes. La Guerra Santa, proclamada por el Kalifa, no produjo ningún resultado, y los musulmanes de todos los países sometidos a las potencias aliadas, desoyendo las voces de su jefe espiritual y religioso, el Sultán de Turquía, no vacilaron en tomar las armas contra el poder del Kalifato.

Habiendo fallado el supremo recurso de la Guerra Santa, último vestigio del poder y esplendor del Kalifa, la institución político-religiosa sufrió en sí misma un temible y mortal golpe.

Durante la guerra las tropas aliadas ocuparon la ciudad de

(1) M. Huart.: *Grande Encyclopédie sur Turquie*.

Constantinopla, para cuyo gobierno se designaron diversos Altos Comisarios, que, de hecho, ejercieron una verdadera tutela sobre el gobierno del Kalifa.

En el Tratado de paz de Sèvres quisieron los países aliados aprovecharse de su privilegiada situación para someter a los turcos a una humillante intervención; y legalmente lo consiguieron. Mas no contaron con el ejemplo admirable de Turquía, con el empuje arrollador de la voluntad colectiva de un pueblo que pretende afirmar su nacionalidad. El 1 de Noviembre de 1922 se reunieron los elementos dirigentes de la revolución en la Gran Asamblea Nacional de Angora, y desde allí lanzaron su atrevido reto al intervenido gobierno del Kalifa de Constantinopla.

En esta magna asamblea popular se declaró solemnemente que había pasado a la historia el gobierno tradicional de Constantinopla desde el 16 de Marzo de 1920 (1). «La voluntad nacional sólo puede confiar los derechos soberanos de la nación a las personas elegidas por ella. El actual gobierno de Constantinopla no emana del pueblo ni puede representarle.» Después de separar definitivamente los poderes temporales del Sultán de Turquía de los espirituales del Kalifa de los Creyentes, en 29 de Octubre de 1923, se abolió el Sultanato, proclamándose al propio tiempo solemnemente la República turca.

El Gobierno republicano de Turquía adoptó inmediatamente todas las instituciones democráticas de Europa. Antes que miss Bondfield ocupara en Inglaterra la Subsecretaría de Trabajo ya en Turquía, una mujer, Halide Adib Hanouni, fué titular del Ministerio de Instrucción Pública (2).

Paralelamente fué desenvolviéndose la legislación comercial, promulgándose en 28 de Julio de 1850 un Código mercantil, que viene a constituir un simple extracto del Código francés. En 15 de Octubre de 1861 se ordenó el procedimiento comercial, en 1864 se dictó un Decreto interesantísimo sobre el comercio marítimo, y en 1905 se agregaron nuevos preceptos relativos a la quiebra, luego desarrollados convenientemente.

(1) Fecha de la ocupación de Constantinopla por las tropas aliadas, quienes se apoderaron de las comunicaciones telegráficas y telefónicas, así como de casi todos los Ministerios y de varios servicios públicos.

(2) *Le Temps*, 26 Marzo 1924.

Los Tribunales de comercio turcos fueron creados en 1860. En 17 de Junio de 1879 se organizaron los Tribunales civiles, inspirándose en el sistema francés, y en 2 de Julio del mismo año se promulgó el correspondiente Código de procedimiento civil.

En materia penal, el Derecho musulmán reposa sobre los principios de la venganza divina y privada. La violación de los derechos de Dios, tales como la difamación, la rebelión, el robo y la apostasía implican la aplicación de penas fijas preestablecidas que escapan al poder reglamentario del Soberano y a la apreciación del Juez. En cambio, la violación del orden establecido (*jus humanum*) implica la aplicación de penas arbitrarias, impuestas libremente por el Juez, sin tener para nada en cuenta el principio *nulla poena sine lege*.

En Turquía la ley de 9 de Agosto de 1858 adopta el sistema repressivo francés, y deroga tácitamente la aplicación del derecho divino. El principio de la legalidad de las penas y delitos fué entonces consagrado (1).

El Koran, pues, quedó como ley religiosa oficial, y a su lado se constituyó un derecho, puramente laico, que, separándose de las normas musulmanas, puede afirmarse exclusivo de la nacionalidad otomana.

Una vez conocida muy ligeramente la evolución jurídica de Turquía, quien llegó hasta a sacudir el humillante yugo de las Capitulaciones, creando al efecto sus Tribunales de justicia con plenas garantías y jurisdicción sobre los súbditos extranjeros desde el Tratado de Lausana de 1924 (2), vamos a ensayar un breve estudio sobre la transformación, aun más profunda, del Derecho civil en esta nación.

II

Salvo los preceptos fragmentarios e incompletos de carácter civil, contenidos en los Decretos Imperiales de 1856 y 1876, antes referidos, el Derecho civil turco en esta época tenía un marcado carácter consuetudinario, inspirándose tan sólo en los preceptos ético-jurídicos de las *suras* del Koran.

(1) Abi-Chahla: *Ob. cit.*, pág. 173.

(2) M. P. Rausas: *Le régime des Capitulations*. I, pág. 116.

Comenzada la era de las reformas del «Tanzimat» en 3 de Noviembre de 1839, se pensó en codificar las reglas referentes a las obligaciones y contratos, para lo cual se designó una comisión (8 Mouharrem 1286), que en Septiembre de 1878 (26 Chaabán 1293) dió por terminado su trabajo con el título de *Medjellet*.

El *Medjellet*, o antiguo Código civil otomano, es una colección de preceptos jurídicos de carácter civil, distribuidos en 1.851 artículos, inspirados en las reglas del *Jerifato*, adoptadas y extendidas por el rito Hanefita. Los cien primeros artículos son las reglas de *Fykli*, sacadas de la jurisprudencia musulmana ortodoxa.

Entre sus preceptos merecen destacarse los comprendidos en el artículo 39, donde se establece que «la aplicación de una ley puede variar con el tiempo». Abi-Chahla, comentando este artículo, pone de relieve que su contenido resume sucintamente toda la teoría de la evolución y la adaptación de las normas jurídicas a las circunstancias del tiempo y del espacio. Esta prescripción, que testimonia el sentido profundo de la naturaleza humana, ávida de progreso, fué dictada antes de las modernas investigaciones sobre la evolución de las instituciones sociales.

La ciencia jurídica musulmana tampoco ignoraba la influencia de los usos y costumbres en la transformación del Derecho. Por esta razón, el artículo 37 del *Medjellet* dice que «lo que el uso ha consagrado se convierte en regla de derecho».

«El poder de toda autoridad—dice el artículo 38—se funda en la utilidad pública.» El interés general es una noción móvil y progresiva, de modo que en este punto el Derecho otomano tradicional se adaptaba, en general, a las orientaciones del Derecho occidental.

La República turca se encontró realmente sin un Código civil, porque, como dice la exposición de motivos del redactado en 1926, de los 1.851 artículos que contenía el *Medjellet* sólo apenas 300 responden a las modernas necesidades. El resto de sus preceptos sólo constituyen un conglomerado de reglas de Derecho totalmente primitivas e inaplicables.

«No hubiera respondido la República turca a las exigencias de la civilización moderna, ni al ideal y objetivo de la Revolución turca, si hubiera quedado desprovista de un Código civil

completo, regulador de la existencia nacional y social e inspirado en ella.»

«Por otra parte, lo que distingue al Estado moderno de las organizaciones primitivas es la codificación de las normas aplicables a las relaciones de la colectividad» (1).

En las eras semicivilizadas, entre los nómadas, las leyes no están codificadas. El Juez funda sus sentencias en la costumbre y en la tradición. A excepción de los 300 artículos mencionados, los Jueces de la República turca ejercen su jurisdicción civil inspirándose, para dictar sentencia, en las obras de Fykh y en los preceptos religiosos. En estas sentencias el Juez turco no está sometido a ninguna interpretación, a ninguna regla o principio fijo y determinado; de suerte que dos pronunciamientos dictados en diferentes Tribunales sobre asuntos idénticos pueden ser contradictorios. En consecuencia, el pueblo turco está constantemente expuesto a las consecuencias de una justicia distributiva inestable y confusa, puesto que se inspira en los preceptos medievales y contradictorios de Fykh (2).

Era, pues, importante que la justicia republicana turca saliese cuanto antes de este caos y confusión, de este estado primitivo e inarmónico con las exigencias de la revolución y de la civilización moderna; y, en su virtud, el Gobierno ordenó que se formase en 1924 una Comisión jurídica codificadora, presidida por el antiguo Ministro de Justicia y ex Presidente de la Cámara Seid bey. Esta Comisión, a su vez, se dividió en dos Subcomisiones: la primera, encargada de elaborar el estatuto familiar y personal, y la segunda, para la redacción del Código de las obligaciones y contratos.

La primera Subcomisión terminó bien pronto su obra, redactando un anteproyecto completo del Código civil, que fué publicado en la prensa. En el mismo no se establecía ninguna diferencia entre los musulmanes y no musulmanes; es más: estas palabras no figuraban siquiera en el texto. La principal novedad que contiene este anteproyecto consiste en suprimir la poligamia, adoptando el régimen de monogamia occidental; sin embargo, en

(1) Menéndez Pidal: *Las Capitulaciones y la Reforma judicial en Turquía. Revista de los Tribunales*, 1926, págs. 189 y 341.

(2) Exposición de motivos del Código civil turco de 17 de Febrero de 1926.

Anatolia, por la circunstancia de haber muchos menos hombres que mujeres, se permitió la poligamia, pero imponiendo severas condiciones y limitándola a los casos de absoluta necesidad.

Cuando aun no había terminado la segunda Subcomisión, el Ministro de Justicia, Mahmoud Essad bey, reunió en Constantinopla a todos los miembros de la Comisión codificadora en sesión solemne, celebrada el 15 de Junio de 1925, donde se acordó impulsar los trabajos que habían de presentarse en la Gran Asamblea Nacional y, además, las bases fundamentales de los mismos. Algunos días más tarde el Gobierno otomano anuló cuanto hasta entonces se había hecho, decidiendo, al fin, que la ley suiza sirviera de base para el Código civil; la ley alemana, para el Código de comercio; la alemana y la suiza, para el Código de procedimiento civil, y la ley italiana, para el Código penal.

Cumpliendo este acuerdo, las respectivas Comisiones formularon sus anteproyectos, llegándose de este modo a la promulgación y publicación del Código civil en 17 de Febrero de 1926, del Código de las obligaciones en 3 de Abril de 1926, del Código de comercio en 29 de Mayo de 1926 y del Código de procedimiento civil en 18 de Junio de 1927 (1).

FAUSTINO MENÉNDEZ-PIDAL,

Juez de primera instancia

(Continuará.)

(1) El texto francés de estos Códigos ha sido publicado por John A. Rizzo, editor. Román Han. Galata, Constantinopla, en 1928, cuyos volúmenes se tienen a la vista para redactar estas notas.

El procedimiento registral en la legislación inmobiliaria alemana

La excepcional importancia que en los sistemas hipotecarios germánicos se concede a la inscripción y las evidentes ventajas que otorga a los terceros adquirentes determinan la existencia de una rigurosa censura de los actos inscribibles, de una especie de *juicio hipotecario*, basado en los documentos presentados por el solicitante de la inscripción, y en los datos que constan en el Registro, que venga a asegurar el paralelismo entre los asientos y la realidad jurídica (1).

Puede afirmarse que en el procedimiento hipotecario, tal como aparece estructurado en la Ley Ordenadora del Registro Inmobiliario, están perfectamente desenvueltos los tres principios básicos de dicho procedimiento: el de legalidad, el de consentimiento formal y el de rogación. Ha quedado, en cambio, extraordinariamente limitada en dicha Ley Ordenadora la facultad de calificar el fondo de la petición hipotecaria por la separación del acto causal (venta, cesión, etc.), que apenas si es tenido en cuenta para los efectos registrales (2).

Entre las cuestiones más importantes que pueden estudiarse, a manera de vista de conjunto, sobre las consecuencias de los principios antes mencionados figuran las siguientes:

a) *Especies de inscripciones verificadas a instancia de parte.*

En la Legislación alemana sólo las inscripciones que han de

(1) Véase Jerónimo González y Martínez: *Principios hipotecarios*. Publicado por la Asociación de Registradores de la Propiedad. Madrid, 1931, pág. 265 y siguientes.

(2) Véase Jerónimo González, ob. cit., pág. 276.

verificarse en garantía de intereses, de un carácter público oficialmente reconocido, han de verificarse de oficio. Las demás inscripciones, lo mismo las que son consecuencia de un acuerdo de voluntades entre particulares, seguido, en su caso, del acuerdo real, que aquellas otras que se efectúan en virtud de resolución del poder judicial para efectividad de derechos de carácter privado, se verifican todas, en el derecho alemán, a instancia de parte interesada.

Trátase, en el primer caso, de actos que, según Du Chesne (1), pueden considerarse, por razón de su naturaleza, como de jurisdicción voluntaria; en el segundo, de aquellos otros que el citado autor califica como actos de jurisdicción forzosa.

Conforme queda expuesto, el procedimiento para solicitar la inscripción es fundamentalmente el mismo en ambos supuestos, ya que en la Legislación alemana se requiere solicitud de parte interesada acompañando la certificación de la sentencia ejecutoria para lograr que ésta surta efectos en el Registro (2).

b) *La solicitud de inscripción.*

Las inscripciones en el Registro Inmobiliario alemán se verifican, siempre que la Ley no disponga taxativamente otra cosa, en virtud de solicitud, debiendo anotarse en la misma el momento en que ésta ingrese en la Oficina del Registro.

Está facultado para dirigir la solicitud todo aquel cuyo derecho esté afectado por la inscripción o aquel a cuyo favor haya de efectuarse ésta.

Tal es el contenido del párrafo 13 de la referida Ley Ordenadora del Registro Inmobiliario, que tiene su complemento en el párrafo 15 de la propia Ley, conforme a la cual, cuando la declaración necesaria para obtener una inscripción se haya autorizado o legitimado por un Notario, se considerará a éste autorizado para

(1) Véase *Das Grundbuchverfahren als System dargestellt* (El procedimiento registral inmobiliario expuesto como sistema), von Landgerichtsdirektor du Chesne. Leipzig. Ed. Theodor Weicher, 1919, XII y 109 páginas, página 7.

(2) Véanse párrafos 13 y 14 de la Ley Ordenadora del Registro Inmobiliario (*Grundbuchordnung*) en Doctor A. Buckeley, *Das Deutsche Juristenbrevier*, séptima edición, pág. 728.

instar la inscripción en nombre de los que legalmente estén facultados para solicitarla.

Según vemos, la Ley Ordenadora exige que la solicitud de inscripción se haga por escrito, pero sin imponer de un modo taxativo el requisito de la firma. Por este motivo estima Du Chesne (1) que cuando el nombre y apellido del solicitante aparezca en el texto de una instancia sin firmar, de manera que el encargado del Registro no tenga duda alguna acerca de la identidad del que insta, deberá ser tenida en cuenta la solicitud.

En cuanto a las personas que pueden formular la solicitud de inscripción, ya establece el apartado segundo del párrafo 13 de la Ley Ordenadora indicada que están facultados para pedirla aquellos cuyo derecho sea afectado por la inscripción o los favorecidos por la misma, debiendo dirigir la instancia directamente al encargado del Registro.

Aparte de lo establecido en el párrafo 15 de la repetida Ley Ordenadora sobre las facultades del Notario autorizante de instrumentos que afecten a inmuebles o que legitime firmas puestas en documentos referentes a los mismos, para solicitar la inscripción, nada dice la indicada Ley acerca de quiénes han de considerarse mandatarios para estos efectos, por cuyo motivo cabe suponer que serán aplicables los preceptos establecidos en el párrafo 167 del Código civil alemán, bastando la mera aportación de una autorización escrita del mandante para que el mandatario pueda instar la inscripción en nombre de aquél, siendo suficiente que la firma del poderdante aparezca legitimada por Notario.

Una vez que la solicitud, adornada de los debidos requisitos de forma, llega a manos del encargado del Registro, deberá éste examinar, si se dan efectivamente en el caso en cuestión, los requisitos que la ley señala para poder acceder a la instancia de inscripción.

Si, en efecto, se dan esos requisitos y aparecen cumplidos todos los supuestos registrales, deberá efectuarse la inscripción conforme a lo pedido; en el caso contrario procederá suspender o denegar la inscripción. Ya en este lugar notamos la carencia en la Ley Ordenadora alemana de las garantías establecidas en los ar-

(1) Ob. cit., pág. 8.

tículos 84 y 85 de nuestro Reglamento Hipotecario para estos casos de devolución del título por atribuírsele falta que impida la inscripción, extremo sobre el que nos proponemos volver más adelante.

Por regla general, la solicitud de inscripción lleva implícita la afirmación de que dichos requisitos de fondo y de carácter registral aparecen cumplidos, y, en tales casos, corresponde a la función examinadora del Registrador averiguar si efectivamente es así.

Según Du Chesne (1), ha de tenerse muy presente que el que pide la inscripción es el más indicado para actuar como defensor de sus propios intereses, y que en realidad es a él a quien mejor que a nadie incumbe saber si la inscripción solicitada corresponde a dichos intereses, habida cuenta del tiempo en que ha de verificarse y de la serie de inscripciones previas efectuadas.

A este propósito es curioso recordar lo lejos que llega el derecho hipotecario alemán en su deseo de facilitar la observancia del principio de tracto sucesivo, que el párrafo 40 de la repetida Ley Ordenadora del Registro Inmobiliario formalmente mantiene.

Cuando, contraviniendo a dicho precepto, el que sin facultades jurídicas ha dispuesto de una cosa o de un derecho adquiere una u otro por título lucrativo u oneroso, se subsana la falta de facultades dispositivas y se confirma el acto jurídico defectuoso. En el momento en que el enajenante adquiere la propiedad de la cosa ya transferida por él, pasa la totalidad del derecho *ipso jure* al adquirente.

Se da el sorprendente resultado de que el disponente no ha sido nunca verdadero dueño del objeto que ha enajenado; es un intermediario, más bien que un titular cierto y temporal, y caso de haberse realizado varias enajenaciones sucesivas en favor de diferentes personas, sólo se confirmará la primera enajenación, si reunía los requisitos necesarios (aparte del poder dispositivo) para determinar la transferencia (2).

El encargado del Registro deberá, en un principio, partir del supuesto que una inscripción solicitada es deseada por el petionario, teniendo presente las circunstancias registrales existentes en

(1) Ob. cit., pág. 9.

(2) Véase Jerónimo González Martínez, ob. cit., pág. 245.

el momento de la solicitud y que éstas son conocidas del solicitante.

Si, en cambio, el encargado del Registro se apercibe de que la petición está hecha con vistas a un estado de cosas que no se da aun al tiempo de presentarse la instancia de inscripción, debe rechazar ésta de plano, toda vez que para estos casos preceptúa la Ley Ordenadora del Registro Inmobiliario, en su párrafo 16, que no podrá estar sujeta a reserva la resolución de una solicitud de inscripción.

Según el citado autor (1) se ha establecido este precepto con el fin de procurar que el encargado del Registro se encuentre ante situaciones claras, que faciliten su labor calificadora, dispensándole así de la obligación de efectuar una labor investigadora, que aumentaría su responsabilidad.

c) Posibilidad de modificar y de retirar la solicitud de inscripción una vez presentada.

Al verificarse en el libro correspondiente del Registro la inscripción, conforme a lo solicitado de parte interesada, termina normalmente el procedimiento de inscripción.

Si, empero, el interesado presenta, antes de que haya recaído el acuerdo favorable del encargado del Registro, accediendo a lo solicitado, una nueva petición, encaminada a obtener la inscripción de la propia relación jurídica que ya fué objeto de la primitiva solicitud, aunque con variaciones de carácter secundario, en comparación con ésta, deberá el Registrador considerar, en caso de duda y no infiriéndose claramente lo contrario, esta segunda petición como una mera modificación de la primera, ya que no existe precepto legal que a ello se oponga.

Así, por ejemplo, estando solicitada la inscripción de una hipoteca en garantía del pago de cierta suma que devenga interés, podrá de nuevo instarse, antes de que aquella inscripción se lleve a cabo, la inscripción de idéntica hipoteca en garantía de la misma suma, pero devengando un tipo de interés distinto.

Es asimismo admisible la repetición o, mejor dicho, reiteración de la solicitud ya presentada, pero que aún no haya sido re-

(1) Véase Du Chesne, ob. cit., pág. 9.

suelta, añadiendo alguna aclaración en el escrito que con tal propósito se presenta en el Registro.

Por el contrario, es evidente que, a partir del instante en que una inscripción se haya verificado, toda ulterior petición que se refiera al derecho ya inscrito deberá considerarse como solicitud nueva y someterse como tal a la labor calificadora del Registrador.

Tampoco puede considerarse como complemento o rectificación de solicitud anterior la que se presente instando la inscripción de un derecho que ya haya sido anteriormente denegada, cuando, reiterando el contenido de la primitiva petición, se agreguen en la nueva instancia alegaciones documentadas sobre extremos necesarios para acceder a la demanda de inscripción, cuya carencia había determinado precisamente la denegación referida.

En tales casos y siendo firme el acuerdo denegatorio de la primera solicitud, cuando se presenta la segunda, documentada, será ésta objeto de nuevo examen y calificación.

Nada se opone a la retirada de una solicitud de inscripción, una vez presentada, con tal que conste de modo fehaciente la manifestación de voluntad del titular del derecho, cuya inscripción se había solicitado, conforme a la cual carece ésta de interés para él, y consiguientemente la retira.

La Ley Ordenadora del Registro Inmobiliario exige tan sólo, en su párrafo 32, que esta manifestación conste en forma auténtica o, al menos, en declaración legitimada por funcionario público competente.

d) *Renunciabilidad al derecho de solicitar la inscripción.*

La mera circunstancia de que una persona facultada para pedir la inscripción retire la solicitud que tenía presentada al efecto de obtener aquélla, no implica, por sí sola, una renuncia a solicitar de nuevo la inscripción del mismo derecho que ya había sido objeto de la petición retirada.

Para que semejante retirada de petición surta esos efectos deberá ir acompañada de una manifestación expresa de renuncia a toda ulterior inscripción en el Registro Inmobiliario del derecho en cuestión, cuya renuncia, para ser eficaz, ha de constar de un modo claro y terminante.

e) *Problemas relacionados con la facultad de solicitar la inscripción.*

Queda expuesto en lugar oportuno el contenido de los párrafos 13 y 15 de la Ley Ordenadora del Registro Inmobiliario.

Agrega a estos antecedentes el párrafo 14 de dicha Ley una nueva categoría de personas autorizadas para solicitar la inscripción, al establecer que también podrá solicitarse la rectificación de los asientos del Registro por virtud de la inscripción del titular de un derecho por aquel que a su vez se halle en condiciones de pedir una inscripción en el Registro por razón de un documento que lleve aparejada ejecución contra dicho titular, siempre que la admisibilidad de dicha inscripción dependa de que se efectúe previamente esta rectificación en el Libro del Registro.

Comentando los preceptos legales enumerados, entiende Du Chesne (1) que no sólo el interesado *económicamente* en la efectividad de un derecho, sino aquel que tenga un interés *netamente jurídico* en que algún derecho pueda llegar a colocarse bajo la salvaguardia del Registro, puede solicitar la inscripción.

Tal acaece, por ejemplo, con el donante de un inmueble, con el que a título gratuito renuncie a una servidumbre, etc.

No es realmente indispensable que concurra en el solicitante una formal coparticipación en la relación jurídica que se trate de garantizar por medio de la inscripción, sino que es, sencillamente, suficiente que concurra en la persona del peticionario la circunstancia de tener interés en la protección del derecho cuya inscripción solicite (como lo prevé el último epígrafe del artículo 6.º de nuestra Ley Hipotecaria).

Tal doctrina no ha sido, desde luego, seguida en muchos casos por la Jurisprudencia alemana, que frecuentemente se inclina hacia el concepto de la necesidad de una coparticipación formal en la relación jurídica (2), procediendo así de una manera empírica, explicable por la frecuencia con que ambos conceptos vienen confundiéndose, ya que al Registro de la Propiedad se acude con mayor frecuencia para asegurar intereses materiales que con el ánimo de salvaguardar meros derechos, por muy importantes que éstos sean.

(1) Ob. cit., pág. 14.

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

f) *Cuestión relativa a la eficacia registral de la transmisión hereditaria o de la cesión del derecho a obtener la inscripción.*

El problema que puede plantearse es el siguiente: si después de presentada una solicitud de inscripción fallece el peticionario o cede su derecho a otra persona, debe el Registro reconocer o no eficacia a la transmisión verificada.

Si fallece el solicitante, ya no puede evidentemente ostentar el carácter de copartípe en la relación jurídica, que debe ser asegurada mediante la inscripción, ni realmente el de interesado en que ésta se verifique, y, por tanto, deberá pararse el mecanismo del Registro en cuanto conste en el mismo la noticia de la muerte.

En el caso de una cesión del derecho que se trata de asegurar por medio de la inscripción, no cabe racionalmente suponer que si el titular ha cedido aquel derecho, mantenga la pretensión de lograr su aseguramiento. Si, en cambio, manifiesta el cedente de un modo expreso ante el encargado del Registro que mantiene su solicitud, deberá denegarse su petición, toda vez que al hacerlo así reconoce que ya no concurren en su persona los supuestos necesarios para poder solicitar la inscripción.

g) *El problema del consentimiento.*

No todas las inscripciones que hayan de verificarse a instancia de parte requieren el consentimiento de la persona o personas a quienes afecte, conforme lo preceptúa el párrafo 19 de la Ley Ordenadora tantas veces citada; así, por ejemplo, pueden llevarse a cabo sin necesidad de tal requisito la inscripción de la renuncia de la propiedad de un inmueble por parte de su dueño (supuesto del § 928 del Código civil alemán) y ciertas rectificaciones de inscripciones previamente efectuadas (§ 22 de la Ley Ordenadora citada) pueden llevarse a efecto sin tal requisito.

En aquellas otras inscripciones, en cambio, en las que el legislador germánico reconoce el predominio del interés público en el aseguramiento de situaciones jurídicas como en la adquisición de la propiedad de fincas por medio de la *Auflassung* y en la creación, alteración del contenido o transmisión del derecho real hereditario de superficie (*Erbbaurecht*), la citada Ley Ordenadora requiere en su § 20 la constancia en el Registro de un acuerdo de voluntades, lo que a su vez implica el examen por parte del encargado del Registro de la situación jurídica efectiva en todos sus aspectos, no

bastando el mero consentimiento manifestado por aquel a cuyo favor haya de inscribirse la finca para que el Registrador se vea dispensado de dicho examen; como acaece con las inscripciones de otros Derechos reales.

En el procedimiento o juicio registral sólo comparece, en rigor, una sola parte, que insta ante el encargado del Registro, el solicitante de la inscripción, que tiene a su cargo la aportación del documento que justifique la existencia del consentimiento en la inscripción por parte de la persona que haya de otorgarlo. Esta, desde luego, no comparece como parte en el procedimiento de la inscripción.

La manifestación de consentimiento se redacta con la finalidad especial de surtir efecto en el Registro, siendo en este aspecto distinta por razones de contenido y de forma de las declaraciones formuladas ordinariamente en negocios jurídicos, no debiendo tampoco confundirse con las estipulaciones que suelen agregarse a los contratos, a las que puede preceder o seguir, pero sin sustituirse por ellas, aunque sean de análoga naturaleza.

La manifestación de consentimiento dirigida a la otra parte que interviene en el negocio jurídico en cuestión puede sin inconveniente alguno suplirse por una solicitud de inscripción, firmada por la persona que deba otorgar el consentimiento y dirigida naturalmente al encargado del Registro, lo que, en opinión de Du Chesne (1), viene a demostrar que se trata en ambos casos de actos de peculiar naturaleza genuinamente registral.

El caso más típico de *consentimiento formal* lo hallamos en el párrafo 21 de la repetida Ley Ordenadora del Registro Inmobiliario.

Está dictada dicha disposición para el supuesto del § 876 del Código civil germánico en su apartado segundo, conforme al cual siempre que sobre una finca determinada gravite un derecho real establecido en favor del que en cada caso resulte ser dueño de otro inmueble, el cual, a su vez, esté gravado con un derecho real a favor de tercero y quiera procederse a la extinción del derecho real que afecte a la primera finca, será necesario el consentimiento del tercero en cuyo favor aparezca gravado el segundo inmueble, a menos que se demuestre que el derecho a favor de dicho tercero no

(1) Ob. cit., pág. 19.

sufre perjuicio alguno por virtud de la extinción del otro gravamen.

El indicado § 21 de la Ley Ordenadora del Registro Inmobiliario dice que cuando se dé el supuesto previsto en el precepto del Código civil citado y conste en el folio correspondiente a la finca en cuestión el derecho existente en favor de la persona que deba otorgar su consentimiento para la extinción del otro derecho real, no será necesaria la prestación del referido consentimiento.

Esta excepción al principio de la necesidad del consentimiento material ofrece el inconveniente de que, mediante ella, puede darse el caso de que los asientos del Registro no sean fiel reflejo de la verdadera situación de los inmuebles, pero, en cambio, ofrece la ventaja, según Du Chesne (1), de evitar que la labor calificadora del Registrador deba extenderse al negocio jurídico principal.

ALFONSO FALKENSTEIN Y HAUSER,

Abogado del Colegio de Madrid.

(Continuará.)

(1) Ob. cit., pág. 20.

Por folletos y revistas

«Del justo motivo de la negativa para renovar y del derecho de rescate en los arrendamientos comerciales». Estudio de jurisprudencia, por M. LUIS ROPERS, Presidente de Sección del Tribunal civil del Sena.—*Revista Trimestral de Derecho Civil*, páginas 1 a la 75.

El propietario de un negocio comercial, aun justificando las condiciones a que la ley subordina el derecho a la renovación del contrato de arrendamiento, puede ser privado de tal beneficio, si el arrendador se prevale de un motivo grave y legítimo. Los Tribunales son los encargados de apreciar el hecho, si bien algunas decisiones exigen la prueba de un perjuicio serio, material o moral, inferido al propietario y que la falta, ya contractual o extracontractual, consista en un hecho personal del inquilino, aunque excepcionalmente puede ser una circunstancia fortuita que haga imposible la ejecución normal de un nuevo arrendamiento.

Que el motivo legítimo consiste en un hecho personal del arrendatario es evidente, pues al no nacer de este contrato más que obligaciones personales, los agravios no se transmiten; pero entendiéndose que el hecho personal comprende también el de las personas de que se es responsable, esto es, de las personas que emplea o aloja en la casa.

El motivo de la negativa debe consistir en una falta del arrendatario y haber procedido, además, de mala fe, no bastando un simple cuasidelito; esto es evidente, porque siendo la pérdida del derecho un *decaimiento*, supone demérito por parte del arrendatario. Mas no se trata sólo de un *decaimiento* de derechos, pues frecuentemente se hace imposible la ejecución normal de un contrato por un hecho que no puede ser imputado como falta al que solicita la renovación.

Hay falta contractual siempre que el inquilino falta intencionada o seriamente a cualquiera de sus obligaciones, existiendo una gran analogía entre el comerciante que pierde el derecho a la reno-

vación del contrato y el arrendatario de una habitación a quien se le niega el beneficio de la prórroga por no reputársele de buena fe, con la única diferencia de que en el primer caso la falta ha de reputarse grave.

Toda falta digna de ser sancionada con la rescisión del arrendamiento es un justo motivo de negativa de renovación; pero en tal caso la negativa no existe; lo que ocurre es que no hay arrendamiento susceptible de renovarse; pero si se ha negado la rescisión, puede prosperar todavía la oposición a un mero arriendo si las faltas son serias.

Se ha sostenido que cuando el agravio es antiguo no podía ser utilizado por el arrendador para rechazar la renovación del contrato; pero no es absolutamente exacto, pues el inquilino, para beneficiarse de la ley, debe no haber desmerecido durante la vigencia del contrato.

A fortiori, si el propietario ha ratificado tácita o expresamente la violación de un contrato sin formular reclamación, también perdería el derecho a rehusar la renovación.

Tampoco puede ser reconocida la gravedad del motivo cuando, con posterioridad a su existencia, ofrece un nuevo arrendamiento, o cuando no ha hecho cesar el hecho de que ahora se queja, siempre que dependa de él solo el realizarlo.

Es preciso, en fin, que el arrendatario haya procedido de mala fe; así, la jurisprudencia ha considerado como justo motivo de negativa:

El dolo respecto a las garantías ofrecidas por el arrendatario, si ha determinado al dueño a aceptarle como tal en esas condiciones; la negativa injustificada de pagar el alquiler, especialmente un aumento fijado por el juez, o una indemnización por ocupación o simplemente las cargas; el hecho de no verificar el arrendatario las operaciones que le incumben; el cambio de destino de los locales; la venta de mercancías que le estaba prohibida en interés de otros arrendatarios; el subarriendo o cesión prohibida, principalmente cuando se hace con desprecio de una cláusula, que lo veda sin autorización del dueño, o cuando se verifica para el ejercicio de un comercio distinto al pactado; la cesión, de un modo general o el subarriendo irregular, especialmente por la inobservancia de una cláusula del contrato en que se estipule que, en tal

caso, el propietario debía ser citado para el acto y hacerle entrega de una copia; el cambio de distribución de locales; algunas faltas particularmente delictivas; así, vender fraudulentamente un accesorio de la casa alquilada, y aun un simple abuso de derecho, como la negativa a dejar ejercitar por el dueño trabajos indispensables; el desconocimiento de las cláusulas especiales insertas en el arrendamiento; el no dejar al propietario ejercer un derecho que le había reservado el contrato.

Al lado de las faltas que el arrendatario puede cometer respecto del arrendador en la ejecución del contrato, hay otras que perjudican a personas a las que el propietario debe asegurar un goce pacífico en el mismo inmueble; si al renovar el contrato puede no alterarse de alguna manera ese goce, habrá un legítimo motivo para no verificarlo, ya sea la perturbación de orden material o moral.

Excepcionalmente una falta extracontractual podría considerarse como causa legítima de la negativa a renovar el contrato; pero es preciso que la falta se produzca con ocasión de la ejecución, de tal forma que haya conexión entre ellas.

Mutatis mutandis pueden traerse a este lugar las soluciones aplicadas a los arrendamientos de casas-habitaciones, según las que el inquilino puede decaer en su derecho por haber golpeado al arrendador, por haberle dirigido injurias groseras; por haberle difamado en la Prensa; por haber ocupado voluntariamente locales cuyo goce pertenecía sólo al dueño; por haberle impedido gozar de un local que se había reservado en el inmueble; por haber sido condenada su mujer a causa de las heridas inferidas a la mujer del propietario; por robo o perjuicio de otro arrendatario.

La falta extracontractual en las circunstancias mencionadas puede producirse aun después de terminar el arriendo.

El inquilino puede también excepcionalmente ser privado del mencionado derecho por un hecho personal, aun sin falta. Esto sucedería especialmente en caso de locura, de enfermedad que le impida continuar el negocio o lo quede disminuído de manera que se desvalore el local, o si se ha declarado en quiebra.

Los motivos legítimos no sólo producen el efecto de poder rehusar la renovación del contrato, sino también el de privar al inquilino de la indemnización por evicción y la pérdida de los dere-

chos, que se le conceden al poseedor de buena fe por las leyes transitorias, especialmente las de 16 de Abril de 1930 y 10 de Julio de 1931, pudiendo el Juez, cuando la existencia de los motivos es incontestable, ordenar el lanzamiento del inquilino antes del juicio que compruebe la legitimidad del motivo invocado.

El derecho de rescate.

La ley de 30 de Junio de 1926 concede al propietario el derecho de rehusar la renovación del contrato, sin pagar indemnización por evicción, cuando personalmente o por medio de ciertas personas de su familia haya de ocupar el inmueble, tenga que reconstruirlo, o si amenaza ruina o es insalubre, transformarlo, o si es solar, construir casas-habitaciones. Se estudiará sólo el rescate por ocupación o por reconstrucción, transformación o construcción.

Rescate por ocupación.

Si el rescate se efectúa en vista de una afectación comercial o industrial, sólo el propietario, sus descendientes y respectivos cónyuges podrán obtenerlo; en el caso de que se pruebe que el rescate se ha efectuado en fraude del derecho del inquilino, especialmente por operaciones del alquiler o reventa, ya tengan carácter civil o mercantil, procede indemnización por evicción.

A fin de dilucidar estas cuestiones, se tratará separadamente: 1.º, la naturaleza del derecho sobre el inmueble que da derecho al rescate; 2.º, personas que pueden beneficiarse de éste; 3.º, condiciones del rescate relativas a la ocupación de estos locales; 4.º, fecha en la que deben ser realizadas las condiciones del mentado derecho; 5.º, efectos de su ejercicio; 6.º, sanciones a que puede dar lugar su ejercicio abusivo.

1.º Del derecho sobre el inmueble que origina el derecho de rescate.

Las personas que tienen derecho al rescate gozan de un derecho real sobre el inmueble; los beneficiarios, en cambio, no tienen que justificar ningún derecho.

En el conflicto entre la propiedad inmobiliaria y la comercial, el legislador otorga una preferencia a la del inmueble, concediénd-

dose sólo al dueño la atribución del derecho, con las excepciones siguientes: cuando el arrendador ha adquirido la propiedad de construcciones edificadas por él; cuando el arrendador es enfiteuto; cuando es usufructuario, careciendo de tal derecho el nudo propietario por no tener el goce de la casa.

En estos casos exceptuados hay dos situaciones que pueden suscitar dificultades: cuando el arrendador no es el único propietario por pertenecer el inmueble divisible o indivisiblemente a dos o más copropietarios; en el primer caso no se puede ejercitar el derecho, porque, no pudiendo realizarse más que sobre la totalidad del inmueble, como éste está dividido, deben ponerse de acuerdo los copropietarios para conceder o negar la renovación del contrato sobre toda la finca. En el segundo caso, cada propietario aislado tiene el derecho de rescate; la ley no lo dice, pero una jurisprudencia bien acusada lo concede, pero bien entendido que sólo puede hacerse con el concurso o aceptación de los demás, siendo de notar que dos copropietarios no podrán ejercer el derecho en provecho de una Sociedad formada entre ellos.

2.º Personas que pueden beneficiarse del derecho al rescate.

Las personas morales, de cualquier clase que sean, pueden rescatar, explicándose la diferencia entre este caso y el de arrendamiento de casas-habitaciones en que no existe una disposición que obligue a habitar los locales rescatados, sino sólo una ocupación efectiva para cualquier uso que sea; pero no podrá nunca, después del rescate, arrendar a terceros, aunque fueran sus propios miembros, y *a fortiori* éstos no pueden ejercitar el derecho por su cuenta.

Por la ley de 30 de Junio de 1926, modificada por la de 22 de Abril de 1927, los arrendadores de nacionalidad extranjera quedan en principio excluidos del beneficio del rescate, a no ser que estén en algunos de los casos previstos en el artículo 8.º del Código civil o que hayan combatido en los ejércitos aliados o que tengan hijos con la cualidad de franceses.

Aunque la cuestión no esté clara, en el sentido indicado parece inclinarse la jurisprudencia. La jurisprudencia reconoce también el derecho de rescate a las Sociedades que tienen su principal establecimiento en Francia, aunque las personas o los capitales sean extranjeros.

Los extranjeros incluidos en el mencionado artículo 8.º del Código civil son los domiciliados en Francia ; pero como el artículo 13 de la ley de 10 de Agosto de 1927 niega esa condición para lo sucesivo, síguese que sólo estarán comprendidos los que hubieran obtenido el domicilio hasta esa fecha.

Como se dice en el texto que sólo se concede la excepción a los extranjeros que hayan combatido en los ejércitos aliados, síguese que quedan excluidos : los que hayan servido, pero no combatido ; los que hayan combatido en un ejército asociado, mas no aliado ; los que no hayan combatido personalmente y quieran prevalerse de que lo hayan hecho sus hijos o yernos.

En cuanto a la excepción de tener hijos que gocen de la cualidad de franceses, parece, según jurisprudencia análoga, que es preciso que sean varios.

Son distintos los beneficiarios del ejercicio del derecho de rescate según se trate de una simple ocupación o de una afectación comercial o industrial ; en el primer caso comprende al cónyuge, descendientes, ascendientes o sus cónyuges, pareciendo que quedan excluidos los cónyuges de los descendientes ; en el segundo caso se refiere al cónyuge, a los descendientes y a sus cónyuges, donde se excluye a los ascendientes y en cambio se incluye a los cónyuges de los descendientes, debiendo atribuirse estas diferencias a la dificultad de ponerse de acuerdo la Cámara y el Senado ; según la jurisprudencia, parece lo más acertado que en el primer caso se refiera a los cónyuges lo mismo de los ascendientes que de los descendientes, y que los descendientes lo mismo pueden ser legítimos que naturales, siempre que éstos procedan de uno legítimo y que no están comprendidos los adoptivos.

3.º Condiciones relativas a la ocupación de los locales rescatados.

Además de los presupuestos anteriores, para que proceda el derecho de rescate se precisan las siguientes condiciones : 1.ª Que afecte a la totalidad de los locales ; 2.ª Que la ocupación sea personal y efectiva ; 3.ª Que si el rescatante es un comerciante que ha adquirido recientemente el inmueble, no puede efectuarlo con el objeto de agrandar los locales en que ejerce su comercio.

En cuanto a lo primero, siendo indivisible tanto la obligación de renovación como el contrato de que procede, es evidente que el

rescate tiene que efectuarse sobre todos los locales, a no ser que tomara una parte que no fuese indispensable a la explotación del negocio.

En cuanto a lo segundo, si así no fuere, ya por parte del propietario o de los beneficiarios, el rescate no sería sino un simulacro, que permitiría burlar un derecho del inquilino. Además, toda ocupación en que falte ese doble carácter implicará un fraude.

La Ley prohíbe esencialmente la ocupación por un tercero, habiéndose llegado a considerar la tentativa de venta, aunque no se haya llevado a efecto, como dando lugar a la indemnización por evicción: claro que el propietario puede vender, donar o alquilar el local rescatado, siempre que el acto no sea fraudulento, no incurriendo en la obligación de pagar indemnización por evicción, si tales actos no excluyen la ocupación personal y efectiva de los locales.

Parece que no incurre en responsabilidad el que vende a un tercero un inmueble rescatado, siempre que se reserve una vivienda o lo done al beneficiario en cuyo provecho lo rescató, ni el que hace subarriendos parciales: no ocurrirá lo mismo cuando los locales se concediesen a una Sociedad o ésta los arrendara a sus miembros.

La Ley no restringe el modo de utilización de los locales, ni aun el dedicarlos a un comercio similar al anterior.

La ocupación, además de personal, ha de ser efectiva, que equivale a real. Una ocupación aparente sería un abuso de derecho; mas una ocupación intermitente puede parecer suficiente para que se pueda ejercitar el derecho, pues el beneficiario ha de poder ausentarse por necesidad de su profesión, por razones de salud y aun de recreo; es más: puede convertir el inmueble en una residencia temporal, pues ocupándolo efectivamente, nada importa que no haga un uso constante; otra cosa sería si hubiera intención fraudulenta.

No corresponde al Juez sustituir al Legislador; mas puede apreciar inapelablemente si una ocupación que ha tardado mucho en producirse o que ha cesado bruscamente es o no efectiva, cuando las circunstancias hacen aparecer que no ha habido rescate real y sincero; y en el caso de una ausencia completa de parte del beneficiario, la responsabilidad del propietario queda en entredicho y

debe al inquilino la reparación del perjuicio que le resulte por el fraude de que ha sido víctima.

El propietario no puede rescatar el inmueble alquilado para agrandar los locales en que ejerce su comercio, y se presume haber adquirido con tal fin cuando la adquisición no se ha verificado más de un quinquenio antes de la terminación del contrato.

La negativa del derecho de rescate supone la reunión de las circunstancias siguientes:

A) El rescatante debe ser comerciante o industrial.

Si no ejerce ninguna profesión o la ejercida no es de las señaladas, como artesano, agricultor, etc., no puede concedérsele el derecho; lo mismo ocurrirá si se trata de una Sociedad, puesto que la Ley no distingue.

B) El rescatante debe estar establecido como comerciante en el momento en que adquiere el inmueble.

Esto es evidente, lo mismo tratándose de particulares que de Sociedades; sólo hay que notar si una mujer casada no comerciante, en virtud de la separación de bienes, debe indemnización por evicción, si ha adquirido para la ampliación de locales en que su marido explotaba el negocio.

C) El rescatante debe haber adquirido el inmueble para ampliar los locales en que ejerce su comercio o fundar una sucursal.

Se precisa para ello una adquisición y una intención. Hay adquisición si una Sociedad ha sustituido en la propiedad del inmueble a una persona física; puede no haber adquisición si hay simplemente aportación del inmueble a la Sociedad.

Además, la adquisición ha de ser a título particular. Quedan, pues, excluidos el heredero y el legatario a título universal, pues no hay especulación y continúan la persona del difunto; lo mismo sucede aún con el título particular, si es gratuito, como una donación o un legado particular.

La intención debe ser determinante de la adquisición; cuando ésta se ha efectuado en virtud de una promesa de venta hay que atender a la fecha de la realización, no a la de la promesa.

No habrá intención si el rescatante se ha visto en la necesidad de adquirir el inmueble, si ésta es muy antigua o de más de cinco años, cuando el propietario ha alquilado el inmueble, al que pide renovación, después de haberlo adquirido.

El objeto de la intención debe ser la creación de una sucursal o la ampliación de locales, entendiéndose por sucursal todo establecimiento nuevo que dependa de otro anterior de la misma naturaleza.

En el pensamiento del legislador, la ampliación del local se refería a que el desarrollo de los negocios del rescatante no se verificase con el sacrificio del comercio del ocupante; pero los términos del artículo 5.º no traducen exactamente este pensamiento y considera sólo el hecho material, querido por él, de la ampliación de los locales en que ejerce su comercio.

La jurisprudencia, interpretando el texto literalmente, ha admitido que había ampliación, cuando los locales se agregaban a otros ocupados por el rescatante, aunque su utilización no favoreciera los negocios, sino sólo le diera una comodidad.

Mas no habrá ampliación si se ha rescatado para ejercer un comercio diferente, o si no ejerce ninguno o no lo ejerce en los locales rescatados o si la insuficiencia de la clientela excluye toda posibilidad de extensión de su comercio.

Cuando hay un simple traslado del establecimiento a otros locales de una dimensión aproximadamente igual, es indudable que puede ejercitar el derecho sin indemnización, con tal que la declaración del propietario sea sincera; pero si los locales rescatados son más espaciosos que los anteriores, unas decisiones afirman que hay ampliación y otras, partiendo del supuesto de que ésta supone la conservación de los locales anteriores, no la admiten.

Cuando el rescatante sólo traslada una parte de sus servicios al nuevo inmueble, por no estar éste aún libre, puede ser condenado a pagar la indemnización por evicción, si la situación se prolonga abusivamente.

D) El rescatante debe ejercitar su derecho con el mismo fin.

El texto no considera más que el rescate para la ocupación personal del propietario; pero la jurisprudencia lo ha ampliado, pues sería singular que el beneficiario fuera mejor tratado que el propietario; debiendo observarse, sin embargo, que cuando un propietario rescata para un miembro de su familia, no se puede sostener útilmente que haya adquirido el inmueble con el fin de permitir al pariente agrandar los locales en que ejercía un comercio en el que estaba establecido en el momento de la adquisición.

Por lo que toca a la prueba de las circunstancias precisas que constituyen la adquisición con un fin de ampliación, la ley considera dos hipótesis: o la adquisición se verificó más de cinco años antes a la expiración del contrato, o en fecha más reciente, o sin que conste ésta.

En la primera hipótesis, la prueba de la intención de ampliación corresponde al inquilino; mas para que tal prueba sea necesaria precisase que la adquisición tenga fecha cierta.

El inquilino puede basar la prueba en simples presunciones, si son graves, precisas y concordantes, y aunque la intención debe existir al momento de la adquisición, si circunstancias posteriores confirman una intención ya iniciada en circunstancias que la han precedido o acompañado, pueden servir de prueba de una intención concomitante a la adquisición.

Si ésta no tiene una fecha cierta anterior a cinco años, se presume que si el adquirente estaba establecido como comerciante, ha adquirido el inmueble con el fin de ampliar los locales; sin embargo, la presunción puede sufrir prueba en contrario.

4.º Fecha en que deben existir las condiciones del rescate.

¿Estas condiciones deben existir en la fecha de la petición de renovación, en la de la notificación del aviso previo de rescate, en la de la cesación del arrendamiento?

Por lo que respecta a las condiciones del derecho a renovar, se debe atender a la última fecha; para fijar las condiciones personales del peticionario, sobre todo su nacionalidad, se debe tener en cuenta la fecha de la demanda.

Distinciones análogas se imponen tratándose del derecho de rescate; pero no prosperará la petición del propietario si no la hace en el momento en que ha notificado la declaración del rescate.

5.º Efectos del ejercicio del derecho de rescate.

La demanda de rescate válidamente hecha hace decaer el derecho de renovación por parte del inquilino; pero éste puede evaluar la indemnización por evicción a que puede tener derecho, si el rescate no se efectúa, siendo preciso que la pida, no pudiendo el Tribunal acordarla de oficio.

También puede pedir la fijación de indemnización por enriquecimiento del artículo 8.º, debiendo rehusarla el Tribunal cuando la existencia o la cantidad estén subordinadas a acontecimientos

futuros, cuyas consecuencias no puedan entonces ser apreciadas.

El propietario tiene derecho a rescatar los locales al terminar el arriendo, para lo cual pedirá al Tribunal que ordene el lanzamiento; mas las leyes de 16 de Abril de 1930 y 10 de Julio de 1931 han permitido a los inquilinos permanecer durante un cierto plazo, siempre que sean ocupantes de buena fe.

El derecho de rescate, como personal, sólo puede cederse a los beneficiarios ya enumerados, pudiéndose renunciar a él aun tácitamente; pero no se podrá presumir la renuncia; hay que inducir la de hechos positivos no equívocos.

6.º Abuso del derecho de rescate y sanciones.

Si el rescate no ha sido seguido de una ocupación satisfactoria para la ley, se presentan dos cuestiones: ¿Cuál es la extensión de la reparación a que tiene derecho el arrendatario? ¿Le es debida la reparación cuando no ha existido fraude por parte del propietario?

En cuanto a lo primero, tratándose de inejecución de una obligación legal, debería tener derecho el inquilino a la reparación del daño íntegro que se le ha causado; pero el legislador parece que no ha querido atribuirle más que una indemnización por evicción. En cuanto a lo segundo, puede traerse en apoyo de una respuesta afirmativa que el texto que se ha convertido en el artículo 5.º ha mencionado en sus diversas redacciones siempre el fraude como condición para pagar la indemnización por evicción; también puede invocarse en su favor la discusión del texto, y que el párrafo cuarto del artículo indica expresamente que el propietario sólo está obligado a la indemnización cuando ha ejercitado el rescate «con el fin de hacer fraude al derecho del inquilino».

Sin embargo, esto parece que no es absolutamente exacto. Indudablemente, cuando el propietario es el mismo beneficiario, está exento de responsabilidad si no ocupa los locales a causa de un acontecimiento de fuerza mayor, o porque nuevas circunstancias hayan hecho desaparecer el interés de la ocupación. En este segundo caso, ¿deberá ocupar los locales o abonar la indemnización? Depende de las circunstancias. Si el propietario no tiene ya interés en ocupar el inmueble, si todavía es tiempo, puede ofrecerlo nuevamente al inquilino, o, si quiere cedérselo a un tercero, ofrecerle indemnización.

Lo dicho se aplica al caso en que el beneficiario no es el propietario, debiendo observarse que siendo el propietario el único responsable, no podrá limitarse a descargar sobre el beneficiario la falta de ocupación, sino que aquél pagará indemnización por la falta de éste, salvo su recurso contra él. Lo mismo sucederá si hubo intención de perjudicar al inquilino saliente o si se pretendió introducir un subarrendatario.

Rescate para construir.

Antes de tratar los puntos fundamentales aplicables a este rescate se advertirá que, cualquiera que sea el carácter del inmueble, puede rescatarlo cualquiera persona física o moral que tenga un derecho real de goce sobre él y que cumpla los requisitos de nacionalidad antes estudiados, y que si el inmueble rescatado es un terreno, el artículo 12, que es el único aplicable, no exige la nacionalidad del rescatante.

1.º Rescate de inmuebles contruídos en estado normal.

Este rescate parece sometido a la doble condición de que haya reconstrucción y que no se haya adquirido y rescatado el inmueble con el fin de ampliar los locales donde ejerce su comercio.

De aquí las consecuencias siguientes: El propietario puede enajenar el inmueble contruído y alquilarlo a terceros; puede reconstruirlo parcialmente y no comprender en la reconstrucción los locales rescatados, siempre que el rescate sea necesario para la ejecución de la obra; puede construir con capitales ajenos y aun enajenar el inmueble, imponiendo al adquirente la obligación de reconstruir.

Claro que el artículo 5.º, literalmente aplicado a nuestro caso, excluye el derecho de rescate cuando la reconstrucción tiene por fin cometer fraude contra el inquilino mediante las operaciones de arrendamiento y reventa; mas tales operaciones, por sí solas, según jurisprudencia de la Corte de Casación, no engendran sospecha de fraude; también debe ser descartada la idea de fraude cuando se reconstruya en virtud de orden judicial y en provecho de otro inquilino.

Cuando el propietario no construya inmediatamente, puede, sin pagar indemnización por evicción, ofrecer al inquilino un nuevo

contrato a corto plazo o rescindible en la fecha en que empiecen las obras.

La reconstrucción supone necesariamente la demolición del inmueble o parte de él; trabajos para ciertas reformas no serían reconstrucción en el sentido de la ley.

Tampoco habría rescate para reconstruir si después de la demolición no se levantase ninguna construcción, pues «reconstrucción significa demolición y después reedificación total», pudiéndose asimilar a ella una transformación completa del inmueble.

Rescate de inmuebles insalubres o vetustos.

Se diferencia del anterior en que no le es aplicable la presunción de ampliación de locales en que puede tener lugar durante el transcurso del contrato de arrendamiento, y con un fin de simple transformación, siempre que sea incompatible ésta con el goce del inquilino.

La prueba de que el inmueble amenaza ruina o es insalubre compete al rescatante.

Cuando el propietario hace uso de este derecho durante el curso del arrendamiento, puede en cualquier momento avisar al inquilino extrajudicialmente, el cual aviso producirá efecto pasados seis meses.

El propietario, una vez rescatado el inmueble, ¿tiene obligación de reconstruirlo o transformarlo? No. A causa de su estado de vetustez o insalubridad escapa a todo derecho de renovación o indemnización.

Rescate de terrenos.

La ley en proyecto parece que tiende a derogar el artículo 12 de la ley de 30 de Junio de 1926 y asimilar completamente el rescate de inmuebles no edificados al de los edificados.

No hay, por tanto, interés en dar solución a las dificultades que se han presentado sobre esta materia.

FEDERICO BRAVO LÓPEZ,

De la Dirección general de los Registros y del Notariado.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL

160. *Edificio construido en terreno de vía pública y uso público. Los asientos del Registro de la Propiedad, en casación. Buena fe.* Sentencia de 23 de Noviembre de 1931.

En 1884, el Ayuntamiento de V. concedió permiso a un señor para que construyese dos puestos de madera, adosados a un edificio destinado a iglesia que aquél construía, hasta que las obras paradas se reanudasen, y mediante el pago de veinte reales mensuales. El concesionario vendió los puestos y el comprador los derribó, y en su lugar levantó una casa de mampostería, de dos pisos. La compra se hizo por documento privado, y mediante información posesoria se inscribió la casa, la que se vendió más tarde, hasta que en 1925 el Ayuntamiento notificó al propietario el acuerdo de que derribase la finca construída en terreno de vía pública, con apercibimiento de que, de no hacerlo, se haría a su costa; de este acuerdo pidió reposición el propietario de la casa, y denegada, interpuso recurso contencioso-administrativo, que terminó por sentencia en la que el Tribunal determinó que el Ayuntamiento había procedido con extralimitación de funciones, y que, tratándose de derechos civiles, no podía entrar en el fondo de la cuestión.

El propietario de la casa formuló demanda contra el Ayuntamiento, pidiendo la nulidad del acuerdo de éste y la declaración de propiedad a favor del demandante. El Juzgado dictó sentencia revocando el acuerdo del Ayuntamiento y declarando el dominio

pleno de la casa a favor del demandante, e interpuesta apelación, la Audiencia absolvió al Ayuntamiento, condenando al actor a que en el plazo de dos meses, a contar desde el requerimiento en ejecución de sentencia, procediese a la demolición del edificio, acordándose, en consecuencia, la cancelación de la inscripción en el Registro. Interpuesto recurso, lo rechaza el Supremo, porque, sin desconocer esta Sala cuánto se ha debatido por los publicistas —por cierto no puestos de acuerdo ni llegados a una verdadera solución práctica—sobre las transformaciones de hecho y de derecho que pueden sobrevenir en los bienes inmuebles con relación a las disposiciones de la ley Hipotecaria y al valor jurídico de aquéllos en orden a las inscripciones en el Registro de la Propiedad, en el caso del presente recurso precisa atenerse a las cuestiones de hecho planteadas en el pleito y resultas en la sentencia impugnada, y, por tanto, comoquiera que, según constante doctrina del Supremo, la determinación de si el lugar litigioso es vía pública de o para uso público, si el adquirente de un edificio o el que lo construyó en tal sitio tenían o no conocimiento de las circunstancias y condiciones del lugar y edificio y si obraron o no de buena fe son cuestiones de hecho reservadas al conocimiento del Tribunal *a quo*; que la primera afirmación de hecho demostrada es que la casa del demandante está construida utilizando para su edificación los muros de la iglesia, constituyendo la fachada principal de ésta la pared posterior de la casa, la cual está, por tanto, edificada en el suelo que ha sido y es vía pública, según determina el artículo 340 del Código civil, pretendiendo demostrar lo contrario con los asientos del Registro, en el que aparece el dominio del vuelo y del suelo de la casa debatida; el auto declarando la posesión y la certificación del amillaramiento, documentos que no constan aportados a los autos, ni son eficaces en casación. Que la otra declaración de hecho de la Audiencia referente a si el que edificó la casa, como su hermano el actor al adquirirla, obraron de mala fe, no se impugna en el recurso de modo procesal adecuado, y, por último, los demás motivos del recurso, que se contraen a la interpretación y aplicación de los artículos 344 del Código civil, 33 y 34 de la ley Hipotecaria, en relación con la posesión y prescripción, tampoco pueden ser estimados, porque hecha la declaración por la Sala de que se edificó la casa en terreno de la vía pública y en

lugar de uso público y no patrimonial, el que la construyó y el que la adquirió obraron de mala fe, siendo, por tanto, necesario desestimar el recurso interpuesto.

161. *Culpa extracontractual. El elemento subjetivo, la culpabilidad del agente es un hecho complejo dependiente del resultado de la prueba.* Sentencia de 18 de Noviembre de 1931.

Unas vagonetas propiedad de unos contratistas, utilizadas para jugar por algunos chicos, ocasionaron a uno de éstos un accidente que motivó la amputación de la pierna derecha, instruyéndose sumario, que fué sobreseído provisionalmente, después de lo cual la madre del pequeño demandó a los contratistas al pago de 20.000 pesetas como indemnización por la incapacidad del hijo, por no haber empleado las medidas de garantía y seguridad prudenciales.

A ello se opusieron los contratistas, alegando que las vagonetas, al terminar las obras y al principio, quedaban frenadas con cadenas y candados, que los chicos se encargaron de destruir, que luego las dejaban desmontadas y los mismos chicos montaban, sin que los padres se preocupasen de su vigilancia.

El Juzgado condenó a los demandados al pago de 10.000 pesetas, sentencia justamente revocada por la Audiencia, que absolvió a los demandados e interpuesto recurso, lo rechaza el Supremo, considerando que aunque son tres los motivos en que se apoya, en realidad todos ellos pueden ser concretados en uno, encaminado a pretender demostrar que existió en el hecho que motivó la demanda el elemento subjetivo culpabilidad del agente, por lo que la cuestión a resolver queda reducida a la determinación de si la Sala sentenciadora, por el fallo absolutorio recurrido, desconoció o no aquel necesario e integrante elemento de la responsabilidad procedente de culpa o negligencia extracontractual, y es evidente que no existió ese desconocimiento, porque la culpabilidad del agente productor del daño, por acción u omisión, es un hecho complejo que precisa en cada caso concreto un detenido estudio de la prueba, misión que corresponde exclusivamente al Tribunal de instancia; y como en el presente caso la Sala sentenciadora apreció que no concurría culpa o negligencia

en los demandados, o sea, estimó la inculpabilidad por diversos hechos, es evidente que esa apreciación sólo puede ser combatida en casación con arreglo al número 7 del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento.

* * *

Chironi se ocupa separadamente de la responsabilidad por daños cometidos por los animales, por la ruina de un edificio y por los daños producidos por otras cosas, respecto al propietario o a quien se sirve de ellas (1), y aunque ni remotamente encontramos el supuesto del caso de autos, si aparece una presunción de responsabilidad para el propietario, obligado a custodiar el objeto motivo del daño, obligado, por tanto, a la prueba de su irresponsabilidad.

Pueden consultarse las Sentencias de 5 de Diciembre de 1927, 30 de Marzo de 1926 y la de 13 de Junio de 1923.

162. *Rescisión, nulidad e inexistencia. Escritura de préstamo con dinero entregado de presente, al parecer, en fraude de acreedores. La sentencia de remate no produce excepción de cosa juzgada.* Sentencia de 7 de Noviembre de 1931.

Una Compañía entabló demanda contra los consortes don M. y doña S., vecinos de X., por el importe de dos letras de cambio, letras aceptadas y no pagadas, dictándose auto por el que se despachó ejecución contra los bienes de ambos y sentencia de remate, en rebeldía de los demandados, por el importe de las letras. Estos autos, en virtud de oficio del Juzgado de X., fueron acumulados a los de quiebra que en dicho Juzgado se seguía contra don M., por perseguirse en tal ejecución bienes del quebrado, los cuales debían quedar eliminados de la traba y a disposición del Juzgado, acordándose, en ejecución de sentencia de remate, sacar a subasta los bienes de doña S., procedimiento que se suspendió en cuanto a tres de las fincas embargadas, a virtud de tercería de los síndicos de la quiebra, subastándose las demás. La suspensión se alzó luego por haber comunicado el Juzgado la conclusión de la tercería.

(1) Chironi: «La culpa en el Derecho civil moderno». Tomo II, pág. 227.

Con estos antecedentes, la Compañía referida formuló demanda contra don S. y doña S. (hermanos), y en ella agregó que tres días después de la aceptación de las letras, el marido de doña S., don M., en Notaría de lugar diferente de X., otorgó en nombre de su mujer escritura de hipoteca a favor de don S., hermano de su esposa, sujetando los bienes de ésta, los mismos que luego fueron embargados, en garantía de un préstamo de 100.000 pesetas, de las que a presencia del Notario se entregaron 90.000, y las 10.000 restantes se entregaron con anterioridad; que al día siguiente don M. desapareció, siendo declarado en quiebra fraudulenta, siendo considerado cómplice de ella don S. por el otorgamiento de la escritura de préstamo, ante lo que éste desistió de sus acciones en cuanto al quebrado, pero después utilizó la escritura como título para la ejecución; y como de prevalecer este procedimiento, la Sociedad actora quedaría sin cobrar su crédito, formulaba demanda, alegando que la escritura fué otorgada en fraude, siendo simulada, como lo probaba el que por parte alguna aparecieron las 100.000 pesetas; que el acreedor no tuviera reconocida posición económica bastante para dar tal cantidad, la fecha del otorgamiento y el no otorgarla en X., sino en lugar distinto, por lo que pedía sentencia declarando rescindido el contrato de préstamo por ser en fraude de acreedores, con suspensión de los ejecutivos de él dimanantes y cancelación de inscripciones en el Registro.

Esta demanda, que sólo fué contestada por don S., trató de ser desmentida por este señor justificando la realidad del préstamo, dictando el Juzgado sentencia absolutoria; pero apelada, fué revocada por la Audiencia, que declaró inexistente y sin eficacia el contrato de préstamo, con todas sus consecuencias. El Supremo rechaza el recurso, considerando que aunque en la demanda se usara de la palabra «nulidad», era lo cierto que todas las alegaciones del demandante se dirigían a obtener lo que más técnicamente se denomina rescisión del contrato, y al declararse ésta, que equivale a la anulación desde cierta fecha, no ha podido incurrirse en incongruencia, puesto que se otorga lo que está dentro de los límites de lo pedido, y no puede por menos de reconocerse que aunque en la demanda origen de este pleito se empleó la palabra «rescisión» al ejercitar la acción entablada, todas las

alegaciones de actor y demandado se encaminaban, no a discutir y probar la rescisión de la escritura de préstamo, como hecha en fraude de acreedores, sino a obtener del Tribunal la declaración de que la misma era jurídicamente nula, por causa de simulación e inexistencia de su cancelación en el Registro, bastando para convencerse de ello tener en cuenta que las pruebas ante el Tribunal *a quo* indican que los otorgantes de la escritura de referencia marcharon cautelosamente a hacer la escritura, de noche y tres días antes del vencimiento de la letra, a pueblo distinto, habiendo Notario en el suyo; el parentesco de hermanos entre prestamista y prestataria; el hecho de que aquél carecía de posición económica para hacer un préstamo de veinte mil duros y el que éstos no aparecieron luego por ninguna parte ni ingresaron en la contabilidad del quebrado.

Y al estimar la Sala que la obligación contraída por la demandada y su marido como aceptantes de las letras era solidaria, no infringió ninguna de las disposiciones que se citan en el recurso, pues aun cuando en la sentencia de remate no se condenara a la señora y al marido al pago solidario de la cantidad reclamada, tal sentencia de remate—que no produce excepción de cosa juzgada—no puede ser tenida, a los efectos del número 7 del artículo 1.692, como el documento auténtico que por sí mismo puede probar la mancomunidad alegada, ni la equivocación evidente del juzgador de instancia al estimar en su sentencia la solidaridad de los deudores, y, por tanto, debe declararse no haber lugar al recurso.

163. *Donación. Alcance de la palabra «condiciones», empleada por el artículo 647 del Código civil. Cuándo constituyen condición los descos expresados por el donante. Valor de un documento privado de igual fecha que la escritura de donación. Aceptación de ésta.* Sentencia de 3 de Noviembre de 1931.

Por escritura pública, un padre donó a una hija diferentes inmuebles, determinándose en la escritura que la donación se hacía expresando el donante el deseo de que, en compensación de ella, los hijos varones de la donataria vivirían con él durante sus estudios en Madrid, si realizara el propósito de trasladarse a aquella

«capital, siendo de cuenta de los padres todos los gastos de estudios y manutención. A la vez se firmó un documento privado de aclaración de la anterior, por el que la donataria se obligó a costear la carrera de ingeniero a sus hijos, debiendo vivir los nietos con el abuelo, si éste iba a Madrid, contrayendo la donataria la obligación de entregar a su padre cinco pesetas diarias desde 1919. También se firmó ante Notario una escritura de renuncia del abuelo al tercio que le legó su esposa y a la cuota viđual.

Con tales antecedentes, el donante formuló demanda contra su hija la donataria, alegando que, llegado el tiempo de que el hijo bachiller de la donataria estudiase en Madrid en casa del abuelo, no había sucedido así, por lo que estimaba incumplida la condición impuesta, estándose en el caso de que la donación quedase revocada, pidiendo que la hija le devolviese los bienes donados o su importe y le diese posesión de los bienes del usufructo que había renunciado.

La donataria opuso que la donación no era condicional, sino pura y simple; pero, aunque lo fuera, la condición no podía cumplirse primero por la conducta moral del actor donante, no a propósito para vivir menores en su compañía; segundo, porque el hijo se oponía a estudiar, y tercero, porque la vista no se lo permitía, según demostraba con certificación facultativa. El Juzgado y la Audiencia absolviéron de la demanda y la Sala rechaza el recurso.

Por sus efectos, las donaciones se dividen en puras, condicionales, modales y onerosas, según que la liberalidad no reconozca otro motivo que el propósito de favorecer al donatario, sin contraer éste obligación alguna respecto al donante; que la existencia de relación jurídica dependa de un acontecimiento futuro e incierto; que expresen un motivo, finalidad, deseo o recomendación, y, en fin, que impongan al donatario un gravamen, bien como carga real que pese sobre los inmuebles donados, bien como obligaciones puramente personales, inferiores al valor de lo que es objeto de donación.

Importa fijar el verdadero alcance del artículo 647 del Código civil, que se invoca como infringido, ya que la palabra «condiciones», que emplea, fué la que indujo a la Sala a calificar erróneamente a condición, haciendo uso de términos antagónicos, alcance

que no es otro que el de que dicho Cuerpo legal emplea la palabra «condiciones» no en el sentido técnico de sucesos inciertos de los que se hace depender el nacimiento o extinción de una relación jurídica, sino en el vulgar de obligaciones o cargas que son impuestas por el donante al donatario; y fijadas las anteriores premisas, es indudable que en la cláusula 2.ª de la escritura, que copiada a la letra dice: «La referida donación la hace el donante expresando su deseo de que, en compensación de ello, los hijos varones de la donataria vivan en su compañía...», no se contiene una donación condicional, por no depender de sucesos futuros e inciertos, así como tampoco una liberalidad de carácter oneroso, porque en dicha cláusula no se impone al donatario carga alguna, esto es, obligación, limitándose el donante a expresar un deseo, pero sin establecer vínculo jurídico forzoso con la persona objeto de su desprendimiento, corroborando estas afirmaciones el que en la escritura no se expresó el valor de las cargas que debe satisfacer el donatario, como exige el artículo 633 del mencionado Código, por todo lo cual es forzoso concluir que se trata de una donación pura y simple.

Si bien por documento privado, de igual fecha que la escritura, la demandada, en compensación de dicha donación y otras renunciaciones, se obligó a dar a su padre una renta vitalicia de cinco pesetas diarias y a costear a sus hijos la carrera de ingeniero en Madrid, este documento no puede en modo alguno alterar la calificación jurídica dada por este tribunal a la donación, porque ello supondría que la aceptación podría hacerse en forma distinta a la ordenada por el párrafo segundo del artículo 633 del Código civil, desprendiéndose de lo dicho que las obligaciones que la demandada contrajo por virtud del documento privado no cabe pretender sean regidas por las reglas de las donaciones, basándose erróneamente en que forma parte de la escritura de donación...

Afirmando la Sala sentenciadora que la enfermedad visual que padece el hijo de la demandada se halla justificada, impidiéndole realizar los estudios de ingeniero, es visto que no infringió el fallo recurrido en el artículo 647 del Código civil por obedecer el incumplimiento a causa no imputable a la demandada.

164. *Usufructo de monte. Derecho foral catalán. Corta de árboles por el usufructuario. Venta por el usufructuario del derecho a realizar la corta.* Sentencia de 4 de Noviembre de 1931.

El nudo propietario de un monte demandó a la usufructuaria y al comprador del derecho de cortar los árboles de más de 70 centímetros a un metro de altura, por estar descuajando el monte y, por tanto, perjudicando su derecho, pidiendo que se dictase sentencia que declarase que la usufructuaria no tenía derecho a cortar los árboles gruesos, siendo, por consecuencia, nula la venta del derecho de cortar, hecha por la usufructuaria.

La demandada opuso que en el usufructo iba comprendido el derecho de cortar como una entresaca beneficiosa para el monte, pidiendo la absolución. El Juzgado condenó de acuerdo con lo pedido en la demanda, y apelada esta sentencia, apelación a la que se adhirió el actor, por no condenar aquélla a la restitución de los árboles cortados o su importe, la Audiencia confirmó la del Juzgado, pero con expresa condena de restitución al nudo propietario de los árboles cortados o de su importe. Interpuesto recurso, lo rechaza el Supremo en cuanto a dos motivos, *admitiéndolo en cuanto a otros dos, casando y anulando la sentencia recurrida*, considerando que no existiendo en el derecho foral de Cataluña reglas y disposiciones concretas—cual, por el contrario, acontece en el derecho civil común—que sirvan de norma a los usufructuarios establecidos sobre los montes, es forzoso acudir, para solucionar las cuestiones que sobre estos extremos surjan en aquella región, a su derecho supletorio en primer grado, contenido en el «Corpus juris romani», conforme a lo prescrito en el segundo párrafo del artículo 12 del Código civil; y, esto sentado, examinando en lo que son aplicables al caso controvertido los preceptos del Libro VII del Digesto, «De usufructu...», etc., si bien la ley Primera, título I, define en términos generales aquel derecho, otorgando a su titular la facultad de usar y disfrutar cosas ajenas, salvo su sustancia, restringe y modera estas facultades en la Ley 11 del mismo título, prohibiendo al usufructuario cortar los árboles grandes (*Sed si grandes arbores essent, non posse eas caedere*), refiriéndose la conjunción *sed* al derecho del usufructuario reco-

nocido en la inmediata precedente Ley, de tomar del bosque tallar (*ex silva caedua*) rodrigones y ramas de los árboles y del que no lo es (*ex non caedua*) tomarlos para la viña, mientras no deteriore el fundo; definiéndose la *silva caedua* en la Ley 30, título XVI, del libro L, en el sentido del que se tiene para cortarlos y que, cortado por el pie—según, completando jurídicamente el concepto, agrega Servio—, renace otra vez de los troncos o de las raíces, significación que claramente revela que el bosque de pinos, cuyos árboles no renacen del tronco o de la raíz, no está comprendido en la *silva caedua*, y no pueden aquéllos cortarse ni, por lo tanto, venderse por el usufructuario, por lo que las leyes del Digesto, alegadas por el recurrente para sostener la tesis contraria a la sentada por el Tribunal *a quo*, y que estima infringidas, se hallan subordinadas y condicionadas al terminante y explícito precepto de la citada Ley 11, título I, del libro VII, que prohíbe en absoluto al usufructuario cortar los árboles grandes, y así lo ha entendido y proclamado este Tribunal Supremo, interpretando aquellos mencionados textos de las Pandectas en copiosa jurisprudencia, en la que, y entre otras sentencias, en las de 10 de Marzo de 1893; 28 de Octubre de 1896; 7 de Marzo de 1913, y 20 de Noviembre de 1915, sienta la doctrina de que la tan repetida Ley 11 del Digesto pone por límite al derecho del usufructuario la prohibición expresa de cortar los árboles grandes, los cuales se consideran como productos ordinarios o como sustancia y esencia de tal clase de bienes, pertenecen privativamente al propietario, sin que la expresión «arrasar los bosques», empleada en alguna de las citadas sentencias, pueda tomarse en el sentido de esquilmar o desmantelar, como el recurrente pretende, sino en el de talar, arrancar o cortar, como se desprende del contexto del considerando en que dicha palabra se emplea.

Que corrobora la verdad de la tesis antes expuesta el proyecto de Apéndice foral catalán revisado en 1930, en el que, después de hacer constar en su introducción, acordes y unánimes, los juriconsultos que lo formularon, «qué el Apéndice no constituye nueva ley, sino que es el resumen ordenado y viviente del actual derecho civil de Cataluña y no la opinión personal de los que tienen y aceptan la responsabilidad de firmarlo», se dispone en su artículo 136 la facultad en el usufructuario de aprovecharse de los

árboles y arbustos que suelen cortarse por el pie, de los de ribera o de crecimiento rápido y de los plantados en terreno destinado a vivero, consignándose literalmente en el párrafo cuarto del mencionado artículo: «En cuanto a los árboles maderables o de construcción, sólo podrá disponer de los productos o de las ramas mediante podas, según costumbre de la localidad; y como no sea para menesteres de las fincas usufructuadas, no podrá cortar los árboles ni aun para hacer entresacas que faciliten el desarrollo de los restantes, sino con permiso del propietario, y en este caso el producto de la venta pertenecerá en dominio al propietario y al usufructuario en usufructo», evidenciándose así que el Tribunal *a. quo* no ha violado ni interpretado erróneamente las leyes del Digesto, del Código civil ni la de jurisprudencia del Tribunal Supremo que se contiene en el primer motivo del recurso.

Solicitándose por el actor en la súplica, entre otros pedimentos, que se declarara que la escritura de venta otorgada ante el Notario de X en 1927, entre los demandados es nula y carece de toda eficacia jurídica, con lo anejo a dicha declaración de nulidad, debió la Sala sentenciadora limitarse en su fallo a acordar sobre estas pretensiones y no a las que, ampliadas por el actor en su escrito de réplica, se encaminaba a que le fuesen restituídos los árboles cortados o, en su defecto, su valor, pues tal ampliación altera esencialmente lo que fué objeto principal del pleito, con notoria infracción del artículo 548 de la ley procesal, pues la expresión «con lo anejo» sólo puede referirse, tratándose de un nudo propietario, a la restitución de la nuda propiedad de los árboles o su valor o capital del usufructo especial que origina esta litis, y no a la restitución del pleno y absoluto dominio de los mismos, como el actor ha pretendido fuera de tiempo y sancionado la Sala, quebrantando ésta el mismo principio —*non videtur rem amittere quibus propria non fuit*— del frag. 83, tit. XVII, lib. L, del Digesto, que con razón invoca al revocar el pronunciamiento del fallo de Primera instancia, por el que se concedía a la usufructuaria los árboles cortados y el importe de los vendidos, pues si bien el usufructuario no puede tener como propia la esencia de la cosa usufructuada, tampoco el nudo propietario, pendiente el usufructo, puede tener el goce o disfrute de la misma, conclusión amparada en sentencia de 7 de Marzo de 1913, por lo que, concediendo la

Sala sentenciadora más de lo pedido, es procedente, de conformidad con lo dispuesto en el número 3.º del artículo 1.692 de la ley Rituaria, estimar el segundo de los motivos del recurso y también el tercero, ya que, no habiendo deducido el actor la acción Aquiliana, derivándola de la culpa extracontractual, resulta incongruente el fallo con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

ENRIQUE TAULET,

Notario de Valencia.

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.

Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

XVI

Efectos del desistimiento del apelante

El desistimiento del apelante produce la terminación del expediente, salvo el caso de que el Estado tenga interés en su continuación, supuesto que se ha de aplicar, aun cuando quien haya entablado apelación sea la Dirección de lo Contencioso, al amparo del artículo 141 del Reglamento del Impuesto, si la propia Dirección es quien resuelve que, examinado el caso, han quedado desvanecidas las dudas que motivaron el recurso, pues nadie más capacitado para ello. (Acuerdo del Tribunal Central de 1 de Julio de 1930.) 66-1930.

XVII

Ampliación de la comprobación de valores. Aprobada por la Abogacía una comprobación de valores, al producirse una herencia, en cuya herencia se estimaban valores en relación con los materiales de una plaza de toros, cedida por el Ayuntamiento a un particular para su explotación, es improcedente la revisión de esa comprobación con el pretexto de haberse vendido la plaza en doble cantidad de la comprobada o en no haberse declarado el solar al hacer la manifestación de los materiales, y lo único procedente es que, al hacerse la liquidación definitiva, se haga la oportuna rectificación de los bienes de la herencia.

Los derechos a la sucesión de una persona se entienden transmitidos desde el momento de la muerte (artículo 657 del Código civil), y en armonía con este principio disponen los artículos 52

y 60 del Reglamento del Impuesto que la adquisición de las herencias se entiende hecha el día del fallecimiento del causante, aunque se trate de una sucesión abintestato, sea cualquiera la fecha de la declaración de herederos o aquella en que se formalice el documento, y que el impuesto recae sobre el valor que tuviesen los bienes el día del fallecimiento del causante o en que se causó el acto; de estos principios se infiere que la comprobación de valores por una herencia debe hacerse a virtud de los datos de dicha clase que rigieran el día del fallecimiento del causante, siendo uno de los medios de comprobación el valor en que se vendieron, según el artículo 80 del Reglamento, aquéllos u otros análogos; por lo tanto, si se trata de una herencia producida en 1924, en que se aprueba una declaración y comprobación de materiales, y de una revisión hecha a virtud de venta de la plaza de toros—con el solar—a que pertenecían aquellos materiales seis años después del fallecimiento del causante, es claro que el medio de comprobación utilizado no tiene carácter reglamentario ni admisible; practicada la comprobación en 1924, no puede ser modificada o ampliada por la oficina liquidadora en tanto no se presenten los documentos para la definitiva, siendo entonces revisables de oficio todos los elementos integrantes de la liquidación, según el artículo 118, párrafo segundo del Reglamento del Impuesto, toda vez que la apertura de nuevo expediente de comprobación por la oficina liquidadora equivale a la revisión del mismo, lo cual sólo puede ser acordado por la Dirección de lo Contencioso, según lo dispuesto en el artículo 140 de aquél, por tratarse de un expediente de comprobación, aprobado por la Abogacía del Estado; en consecuencia, se anula la ampliación de comprobación de valores ordenada por la Abogacía y las liquidaciones practicadas a virtud de la misma. (Acuerdo del Tribunal Económicoadministrativo Central de 9 de Diciembre de 1930.) 67-1930.

XVIII

Derecho al percibo de multas.

Es éste un caso curioso e interesante y que, por desgracia, ha quedado sin resolver por el Tribunal Central.

A., Registrador de la Propiedad de X, liquida en 1927 una herencia, con multa de 100 por 100, que fué satisfecha por el particular y precio A.; B., Registrador de la Propiedad de X hasta 1926, reclamó la multa cobrada por aquél, alegando que todas las diligencias que dieron origen a la investigación de la ocultación de valores y a la liquidación y cobro de la multa en la herencia las realizó él, por lo que estimaba le pertenecía la multa; A. contestó que por ser él quien practicó la liquidación le pertenecía a él. Este asunto ha quedado sin resolver, porque muerto B. sus derechohabientes desistieron de la apelación que B. había entablado ante el Central contra la negativa a B. de su derecho, decretado por el Delegado de Hacienda; y dicho Tribunal Central se limitó a tener por desistido a los apelantes, a tenor del artículo 26 del Reglamento de Procedimiento de 29 de Julio de 1924. (véase el 66 de 1930, o sea el número 1 anterior). (Acuerdo de 2 de Diciembre de 1930.) 68-1930.

XIX

Procedimiento. 1.º Es indispensable hacer las notificaciones en forma legal conteniendo la cédula respectiva la firma del interesado. 2.º Debe ponerse de manifiesto en primera instancia el expediente al interesado para que haga alegaciones y presente prueba.

Según los artículos 63, párrafo segundo, y 34 del Reglamento de Procedimiento, remitido un expediente a la Secretaría del Tribunal, se pondrá de manifiesto al reclamante, por quince días, para que formule el escrito de alegaciones y de proposición de prueba; constituye obligación de la Administración hacer la notificación de las providencias de trámite que directamente afecten a los interesados, haciéndose constar la notificación mediante diligencia que firmen los interesados o sus representantes o la Corporación respectiva.

Por ello, acordado por el Tribunal Provincial, poner de manifiesto el expediente; si la diligencia de notificación tiene en blanco la firma del interesado, que no ha mostrado estar enterado ni conforme en parte alguna, es nulo lo hecho; el trámite de pro-

banza es indispensable en primera instancia, y lo es mucho más cuando se trata de un acuerdo del Tribunal Provincial, fundado en la falta de prueba de los hechos alegados; falta de prueba que se produjo precisamente por no haberse notificado ni puesto de manifiesto el expediente al interesado en forma legal. (Acuerdo del Tribunal Central de 17 de Febrero de 1931.) 71-1930.

XX

Sociedades: disuelta una Sociedad, compuesta de dos socios, con reparto en que se adjudica por mitad a los otorgantes el activo de la misma, quedando obligados a solventar por iguales partes el pasivo, y siendo el activo de 900.000 pesetas y el pasivo de 1.000.000, de las cuales 400.000 corresponden al capital social, deben girarse dos liquidaciones: 1.ª, por adjudicación de muebles para pago de deudas, y 2.ª, por disolución de sociedad.

Los interesados consintieron la segunda como única procedente e impugnaron la primera por estimar que en la escritura de disolución no se adjudicaba a los socios más que el activo líquido, o sea el saldo que les corresponde de derecho, siendo un error el supuesto de que la Sociedad se disolvió con beneficios, cuando lo fué con pérdidas, y por ello no pudieron adjudicarse a los socios bienes que excedieran de lo que aportaron.

La reclamación prosperó en primera instancia, fundándose el Tribunal Provincial en que, para que fuese procedente la liquidación, era preciso que se adjudicase a cada socio el activo social, en cuyo caso la liquidación giraría sobre el exceso de la cantidad a que tuviese derecho, lo cual no ocurre aquí, en que el activo y pasivo se adjudica por mitad. La Dirección de lo Contencioso apeló, fundándose en que la adjudicación del activo social, con obligación de responder del pasivo por partes iguales, está comprendido en el número 18 del artículo 19 del Reglamento, ya que cada socio adquiere una participación en el activo, que excede de lo que le corresponde, y sobre ese exceso debe girarse la liquidación.

Así lo estima el Central. Según los balances de situación e inventario, la Sociedad se disolvió con el activo de 900.000 pesetas;

el pasivo, de 600.000 (si no se incluían las 400.000 pesetas de capital y 1.000.000 si se incluía), por lo que la pérdida de capital importaba 100.000 pesetas, quedando sólo 300.000 para reintegrar a los socios las 400.000 que aportaron; según la adjudicación, todo el activo pasó de modo expreso a los dos socios, con obligación de solventar el pasivo, y como lo que les correspondía eran 300.000 pesetas, es visto que se les adjudicó un exceso de 600.00 pesetas en el haber social, que debe pagar, a tenor del artículo 19, párrafo 18 del Reglamento; según él, si al disolverse una Sociedad se traspaşa a uno o a varios, el activo social se exigirá por el exceso que resulte sobre la cantidad a que como socios tenían derecho al impuesto, bien para en pago o para pago de deudas, si hay pasivo, o bien como adquisición de muebles e inmuebles, si no lo hay. (Acuerdo del Central de 3 de Noviembre de 1930.) 76-1930.

XXI

Personas jurídicas. 1.º Puede impugnarse la comprobación de valores de una persona jurídica (Ayuntamiento) si no se ha publicado en el «Boletín Oficial» el resumen del expediente aun cuando hayan pasado los quince días desde su práctica y hacerse la impugnación al impugnar la liquidación. 2.º Si la base está reclamada, la liquidación sólo es provisional. 3.º No procede declarar exentos bienes de un Ayuntamiento en cuanto al impuesto de personas jurídicas por el supuesto de ser bienes de aprovechamiento común si se trata de un monte catalogado no exceptuado de la desamortización.

1.º Si bien el artículo 200 del Reglamento del impuesto, en relación con el artículo 85, párrafo sexto del mismo dice que los expedientes de comprobación de valores son actos reclamables ante el Tribunal Económico en el plazo de quince días hábiles, pasado el cual aquéllos son firmes, el 38 del Reglamento de 29 de Julio de 1924 dispone que las providencias que afecten a los Ayuntamientos, además de notificarlas al apoderado o al Alcalde, serán publicadas en el *Boletín Oficial*; y no cumplido tal requisito, debe conocerse de la impugnación de la comprobación aun cuando sólo se formu-

lase el recurso a contar desde la notificación de las liquidaciones. 2.º Según el artículo 87 del Reglamento del impuesto, si se justifica haber interpuesto recurso contra la comprobación de valores, o si el medio de comprobación fuese la capitalización de la renta líquida del Catastro y se prueba haberse entablado reclamación contra ella, se girará sólo liquidación a título provisional sobre el valor declarado, y una vez resuelta la reclamación de agravios se hace la definitiva. 3.º No puede prosperar la petición de exención de los bienes de personas jurídicas al amparo del artículo 261, número 3, del Reglamento alegándose que son bienes de aprovechamiento común si consta en el expediente por certificación del Ingeniero de Montes que la finca pertenece a los propios y figura en el catálogo de los de utilidad pública, ya que aquél dispone no se incluyan en la excepción los montes catalogados y exceptuados de la desamortización por causa de utilidad pública; y, además, no se ha justificado que la finca estuviese exceptuada de la desamortización, según la Ley de 8 de Mayo de 1888 e Instrucción de 21 de Julio siguiente, y al contrario se han arrendado dejando de ser gratuitos y de aprovechamiento común. (Acuerdo del Central de 14 de Abril de 1931.) 77-1930.

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado.