

REVISTA CRÍTICA  
DE  
DERECHO INMOBILIARIO

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

---

Año VIII

Mayo de 1932

Núm. 89

---

## El depósito irregular y su apli- cación en Derecho mercantil <sup>(1)</sup>

(Historia y Derecho comparado)

Accurzio discrepa de este último particular. Si el *jus utendi* viene concedido expresamente al depositario, el contrato se transforma en mutuo; en principio, sólo la concesión tácita es compatible con la naturaleza del depósito. Para que el depósito de cosa fungible con pacto expreso de *jus utendi* no se convierta en mutuo, es preciso que las partes contraten *ut depositum sit, ut ex deposito prima obligatio duret*. Este criterio de dar a la voluntad de las partes fuerza generadora del tipo de contrato es acogido con bastante amplitud en la doctrina medieval sobre el depósito, y produce el efecto de extender los principios y los *privilegia depositi* a contratos que, no siendo de depósito, se regulan como tales por haberles impuesto tal nombre las partes. Accurzio acepta la consecuencia lógica del *jus utendi*, es decir, la traslación de la propiedad de la cosa fungible al depositario por razones que omitimos por ser derivación natural de su expresado concepto del depósito irregular.

20. La doctrina italiana sobre depósito irregular de los primeros postglosadores reproduce en su integridad, incluso con la misma terminología, la construcción de Accurzio. En *Odoardo*

(1) Véanse los números 86, 87 y 88 de esta Revista.

como en *Baldo*, el *propositum contrahentium* tiene el mismo carácter decisivo que le atribuye Accurzio; y, junto a ellos, con variaciones sólo formales, pueden agruparse Salycketus, Alexander Tartagaus, Franciscus de Accoltis, Angelus de Ubaldis, todos los cuales aceptan la posibilidad de traslación de la propiedad del dinero depositado al depositario, sin que el depósito se transforme en mutuo.

Paolo de Castro formula con precisión una tendencia ya apuntada en Accurzio, aunque más tenueamente: la de hacer prevalecer, en caso de silencio de las partes, el contrato de mutuo sobre el de depósito. Se necesita la declaración expresa de las partes para que el depósito de cosa fungible no se transforme en mutuo. Y esto aun tratándose de dinero. Tal es la discrepancia de Paolo de Castro con la glosa y los postglosadores que conviene retener. Porque para éstos el hecho del depósito de dinero, no individualizado, autoriza al depositario a utilizarlo, permaneciendo, no obstante, el contrato de depósito. Para Paolo de Castro, contrariamente, el contrato, en tal caso, se transforma en mutuo, si las partes no declaran expresamente contratar un depósito. El expediente del *depositum confessatum*, que la doctrina utiliza para salvar estas dificultades, y, según el cual pueden aplicarse a un contrato que se estima de mutuo los efectos del depósito, no obstante utilizarse corrientemente en la práctica diaria, especialmente en los depósitos bancarios, no es tampoco admitida por Paolo de Castro.

Bártolo y Ludovico Pontano niegan al depósito irregular su carácter de depósito, identificándole con el mutuo. Bártolo resume en estas palabras su criterio: «*Quandocumque ab initio agitur ut aliud reddatur, tunc si quidem agitur, ut reddatur aliud in specie sed idem in genere, est mutuum.*»

A Jason de Maino se debe, con una exposición bastante profunda del depósito irregular, el haber empleado por vez primera esta expresión de *depositum irregulare* para designar la institución que nos ocupa. Para él el depósito irregular existe no sólo en el caso de *depositum confessatum*, sino también si *pecunia est deposita ad numerum*.

Contrario al depósito irregular es Philippus Decius, para el cual la transmisión de la propiedad, en el caso que nos ocupa, origina,

Inevitablemente, un mutuo, sin que la declaración de las partes tenga eficacia para mudar la índole del contrato.

Sigue la controversia doctrinal en este período, puntualizando las diferencias y afirmando la divisoria entre el depósito irregular y el mutuo. Conviene no olvidar que la cuestión no encerraba sólo interés doctrinal. La práctica jurídica, con su exacto sentido de lo real, había comprendido que los fines económicos, realizables por medio del contrato de mutuo, podían conseguirse más ventajosamente por medio de aquel contrato recientemente intitulado depósito irregular. Debiendo optar entre dar el dinero a mutuo o en depósito, prefería esta última forma, fuera para salvar las disposiciones de la Iglesia sobre la usura o porque al depósito eran concedidos privilegios no reconocidos al mutuo. De aquí el interés en determinar si los *privilegia depositi* deben o no extenderse al depósito irregular o si es o no compatible con la naturaleza del depósito el pacto de intereses (1).

A este respecto, el jurisconsulto Alciato afirma que es indiferente que se trate de un depósito o de un contrato diverso, *confesado como depósito*. En ambos casos, el contrato tendrá los mismos privilegios correspondientes al verdadero depósito. Conviene resaltar el criterio de Alciato, porque más tarde lo hemos de ver recogido y mantenido por la doctrina italiana de los siglos XVI y XVII.

Los jurisconsultos Irasius y Budaens, de la misma época que venimos estudiando, no añaden nada nuevo a los términos en que hemos visto queda planteada la cuestión.

La doctrina italiana posterior trata del depósito irregular como de una institución que había adquirido una general y práctica importancia: mas se siguen observando en la doctrina las mismas discrepancias. El principio de que el dinero, y en general todas las cosas fungibles, depositadas en forma no individualizada, pasan a la propiedad del depositario, es resueltamente negado por Butigella: «Depositio sola ad numerum non facit dominium transferri.» Del mismo parecer es el jurisconsulto Scaccia, el cual, desde luego, reconoce que el que recibe dinero o cosa fungible se hace propietario de ello; pero lo que no admite es que en tal caso haya depósito, sino mutuo.

(1) Coppa-Zuccari, monografía citada, pág. 43.

En parecidos términos se producen Straccha y Menochius.

Partidarios decididos del depósito irregular son Butigella, Rollandus a Valle y Mantica, los cuales afirman ser *communis opinio doctorum* que al depósito irregular deben extenderse los *privilegia depositi*.

Como opuesto, es digno de citarse, entre otros, Pacius de Berga.

21. En el siglo XVI encontramos, aunque muy escasas, algunas referencias a nuestra institución, en la doctrina francesa.

En Molinaeus, Donellus, Cujacius y Duarenus no encontramos del depósito irregular sino referencias muy poco consistentes y definidas; especialmente Cujacius hace del mismo una exposición confusa y con frecuentes contradicciones.

Balduinus, que afirma que en el depósito de dinero no entran en consideración los *nummorum corpora*, sino que sólo debe tenerse en cuenta la cantidad; niega la compatibilidad del pacto de intereses con el depósito, incluso el irregular, hasta el punto de que en caso de que se estipulen intereses, a su modo de ver, el contrato no será de depósito ni podrán extenderse a él los *privilegia depositi*.

Hotomannus, tanto por la importancia de la tesis que propone como por el valor que otorga a la intención de los contratantes para determinar la naturaleza del contrato, se coloca, sin duda, por cima de los escritores de la misma nacionalidad antes citados. Según este autor, si la entrega de dinero a otro tiene por exclusivo fin su custodia, el contrato es de depósito; mas si el objeto de la entrega es la especulación, hay mutuo. Encuentra, como se ve, en la custodia el criterio distintivo de uno u otro contrato. Por consiguiente, la *confessio* de las partes no es decisiva, como en tantos otros escritores, para determinar la naturaleza jurídica del contrato; para ello hay que acudir a su *intención*. Constituye su tesis un esfuerzo bien orientado para volver al tipo puro del depósito del Derecho romano.

Brevemente se puede resumir el criterio de los escritores franceses examinados, con respecto al depósito irregular, en estas palabras: Molinaeus es partidario decidido; Cujacio y Duarenus no fijan con claridad su parecer; Balduino considera incompatible con

•el depósito el pacto de intereses, y para Hotomannus, el depósito irregular no es sino una forma del mutuo.

22. Como lógicamente puede suponerse, entre los escritores alemanes y de los Países Bajos se dan las mismas discrepancias señaladas en los precedentes.

Nettalbladt se opone al concepto, comúnmente aceptado, según el cual la característica del depósito irregular estriba en la facultad de uso concedida al depositario, extendido éste luego a las cosas fungibles e infungibles, consumibles o no consumibles. El admite también que pueda darse depósito irregular de cosa no fungible o no consumible; pero su razonamiento es distinto y original. Admite dos especies de depósito irregular: el *depositum quoad rem depositum irregulare* y el *depositum quoad usum rei irregulare*. Parte del principio de que la transmisión de la propiedad de la cosa fungible o la concesión del uso incondicionado de la cosa no consumible son incompatibles con la naturaleza del depósito. Mas en el depósito de cosa fungible con condición de restituir *tantundem*, aun cuando hay igualmente transmisión de propiedad, no se destruye la esencia del depósito, porque el verdadero objeto de tal contrato no es propiamente una cosa corporal, sino una *quantitas*, que se estima como cosa incorporal. Tal es el contrato que Nettelbladt denomina *depositum quoad rem irregulare*.

Puede también ocurrir que se entregue en depósito una cosa, consumible o no, con autorización condicionada de uso. En tal caso, si la condición se afirma, y el depositario ejercita su derecho de uso, el contrato se transforma en mutuo o en comodato, según se trate de cosa fungible o no fungible. Mas en tanto que la condición se cumple, nos hallamos en el caso de un depósito irregular, en cuanto que el incumplimiento de la condición de uso implica el fin del contrato. Esta segunda forma de depósito irregular es la que Nettelbladt intitula «*depositum quoad usum irregulare*».

Buena prueba de la incertidumbre jurídica acerca de nuestra institución, especialmente sobre si debían admitirse o no como posibles dentro de ella la compensación y la retención, es el dictamen del *Allgemeine juristische Oraculum* de la Facultad de Leipzig, recomendando al depositante que fijara por pacto, expresa y claramente, su deseo «de conceder al depositario el uso

del dinero depositado, y que, esto no obstante, se reservaba los «privilegia depositi», de forma «que ninguna retención o compensación pudiera serle aducida»; pacto que estima en todo caso útil, en razón a la discrepancia sobre el particular de los maestros del derecho, aconsejándolo especialmente «cuando el depositario debe intereses al depositante, ya que cuando sean pagados los intereses, cesan los privilegios del depósito».

Finalmente, Cocceio niega que ese pacto a que nos referíamos hágase un instante transforme el depósito en mutuo; se trata, a su modo de ver, de un depósito con pacto de mutuo.

23. Como dijimos en las palabras preliminares a esta parte del Derecho intermedio, el Derecho español, que vamos a tratar con toda la extensión que consiente su poco contenido sobre esta materia del depósito irregular, se ofrece, a diferencia especial y *sui generis* de todos los demás derechos de igual período, bipartito, en las dos ramas ya apuntadas de doctrina y legislación, aun cuando no siempre sea posible establecer netamente la separación entre ambas formas de producirse el derecho, ya que cuerpos legales como Las Partidas ofrecen a la vez un rico y fundamental contenido de doctrina para el conocimiento de nuestro Derecho.

Expondremos, primero, para no romper la continuidad con lo que antecede, la doctrina sobre depósito irregular formulada por los antiguos jurisconsultos españoles.

24. En su Tratado de *Justitia et iure*, L. II., *De contractibus*, estudia Molina la figura del depósito irregular, llegando, como veremos, a una conclusión ecléctica respecto de las teorías afirmativa y negativa recibidas en esta cuestión.

Prevé este autor la hipótesis de que la cosa depositada consista en dinero, trigo u otra cosa, «in pondere, numero, aut mensure-consistens» y que el depositario use la cosa depositada y la censura. Pronunciándose en el aspecto canónico del caso, estima que «regulariter non peccare, saltem lethaliter neque esse cur adversus illum time furti actio admittatur», y añade la razón: «Etenim nī eo nullam iniuriam facit deponenti, quin potius id quodammodo credit in illius commodum et in nullum detrimentum».

En la *Disputatio* 523, al hablar de las clases de depósito pro-

piamente dicho, estudia el supuesto de que el depósito pase a ser otro contrato, o que con él esté mezclado. «Cosa que acontece de dos modos : Uno, porque por el depósito o la custodia de la cosa se reciba algún precio o emolumento ; se convierte entonces en contrato de arrendamiento o con él de algún modo se confunde...»

«De otro modo ocurre esto cuando se entrega algo en custodia, de tal suerte que no sea necesario devolver el mismo número, sino la misma especie, cantidad y calidad. De esta manera el depósito *pasa a ser mutuo y el dominio de la cosa depositada no permanece en el deponente*, como en las restantes especies recordadas del depósito, sino que se transfiere al depositario, y en su consecuencia, si perece antes de ser devuelta, perece para el depositario y no para el deponente.»

De estas palabras de Molina se deduce : 1.<sup>o</sup>, que el paso de la propiedad de la cosa depositada al depositario es inconciliable con la figura del depósito ; 2.<sup>o</sup>, que para que se efectúe este paso de propiedad, no basta con el simple hecho del depósito de cosa fungible. Esto último se desprende de las palabras «...cuando se entrega algo en custodia de tal suerte que no sea necesario devolver el mismo número...». Esta idea se confirma después categóricamente : «De aquí—añade Molina—que, si alguien depositara en otro dinero, trigo u otra cosa que se determine por el número, peso o medida, para que, cuando lo pida, se le restituya otro tanto (*tantumdem*) de la misma calidad, *esto no tanto es depósito como mutuo*. No es suficiente, sin embargo, la conjectura para que consideremos que el contrato es un mutuo y no depósito, y que, por tanto, pasa el dominio al que lo recibe, de suerte que, si perece, perece para el *accipiens*, y no para el *dans* ; lo que en dinero, trigo o cosa semejante, se entregue contado, medido o pesado, a pesar (*quod tamen*) de lo que la Ley II, título tercero, part. 5 parece demostrar, muchas veces, en efecto, se entrega una cosa contada, medida o pesada, para que el depositario sepa cuánto recibe en custodia y debe restituir, y, *sin embargo, sólo se entrega en custodia* sin ser concedida ninguna facultad de uso o de consumación, y, por tanto, el dominio permanece en el depositante y perece para él la cosa depositada, y no para el depositario, a no ser que perezca por culpa de éste, como suficientemente demuestran las dos leyes citadas ; el motivo hay que juzgarlo por las circunstan-

cias concurrentes, persona a quien se entrega y por el modo como se entrega.»

El criterio para saber cuándo el depositario se hace dueño de las cosas depositadas, parece ser, según las últimas palabras transcritas, que no requiere el acuerdo expreso de los contratantes, sino que bastan las circunstancias concurrentes. Ahora bien, no puede haber cuestión respecto de la naturaleza del contrato cuando la cosa fungible se entrega cerrada o sellada, precisamente porque esta forma de entrega evidencia la intención del depositante de prohibir al depositario el uso de la cosa depositada. Molina, sin embargo, se cree en la necesidad de hacer esta aclaración: «Por tanto—dice—, cuando se entrega a alguien para su custodia una cosa cerrada o sellada, o determinada por su número, peso o medida, se trata entonces de un mero depósito, como por sí es evidente, y se colige de la L. I, *Si pecuniam, y si, si saculum, ff. de pos. de otros derechos (juribus).*»

La idea fundamental, para Molina, consiste en que, para que haya depósito, el dominio necesariamente ha de permanecer en el depositante. Contradice, pues, Molina las conclusiones del Derecho romano, entre otros el paso de Alfeno, en el que equipara el depósito al arrendamiento, cuando al hablar de éste menciona el caso de que no permanezca en el arrendador el dominio de la cosa arrendada, sino que se transforme su derecho dominical en un derecho de crédito.

Si el depósito de cosa fungible se hizo con intención de que el dominio permaneciera en el depositante, pero concediéndose al propio tiempo, al depositario, facultad de concurrir o enajenar, es visto que, siendo ambas cosas inconciliables, el depositante pierde la propiedad y el contrato se transforma en mutuo, en el mismo instante en que el depositario comience a poner en práctica la facultad concedida. Tal es la opinión de Molina, expresada en las palabras siguientes: «Así, pues, cuando alguien depositare una cosa para que su dominio permaneciere en él, pero con la facultad del depositario de consumar o enajenar lo que quiera de aquello, de tal suerte que restituya después otro tanto, sólo comienza a transformarse en mutuo este contrato cuando el depositario consuma o enajene algo, y precisamente se convertirá en mutuo en cuanto a

aquellos que consumiere o enajenare, no respecto a lo restante, cuyo dominio subsistirá en el deponente.»

De atenernos exclusivamente a lo que de este autor acabamos de transcribir y comentar, deberíamos deducir que Molina rechaza en absoluto la figura contractual del depósito irregular al calificar siempre de mutuo lo que en las fuentes romanas seguía siendo depósito. Mas he aquí que, al plantear Molina el problema relativo a la *exceptio non numerata pecuniae*, en vez de ponerse del lado de los que la admiten para el depósito irregular, por ser siempre este contrato un verdadero mutuo, toma partido junto a Baldo y los jurisconsultos que rechazan la posibilidad de semejante excepción cuando del depósito irregular se trata. «La razón es—dice Molina—que, si bien de esta manera el depósito se transforma por tal causa en mutuo, puesto que el dominio de la cosa depositada corresponde al depositario, y puede libremente usar de esa cosa, y consumirla, y si por cualquier razón en tales circunstancias perece, perece para él y no para el deponente, *esto no obstante, conserva (el contrato) alguna razón de depósito, por cuya causa el contrato debe llamarse mixto de depósito y mutuo*, mejor que simple mutuo o mero depósito. Para llegar a esta conclusión ecléctica, se fija especialmente Molina en que, mientras el mutuo se estipula en interés del mutuatario, el depósito en cuestión se pacta para utilidad del deponente.

El doctor José Berni, en su *Instituta civil y real*, editada en Valencia en 1775, se muestra más concluyente que Molina. Así, en el número cuarto del párrafo referente al depósito, y que lleva el título general «De las cosas que se dan en depósito y derechos del depositario», dice textualmente, con referencia a nuestra institución, que «Las cosas muebles más propiamente se dan en depósito (L. 2, tít. 3, part. 5), y el dominio de estas cosas no pasa al depositario, a excepción de ser aquellas cosas que consisten en peso, número o medida, pues en éstas pasa el dominio (o señorío) al depositario.» (L. 2, tít. 3, part. 5.)

De estas líneas parece deducirse que Berni ha comprendido cómo la traslación del dominio de la cosa al depositario no implica sin más la extinción del depósito y su transformación en contrato de mutuo, sino que siendo la cosa que se deposita fungible («que consisten en peso, número o medida»), al pasar el dominio al de-

positario, se altera la regularidad del depósito y se convierte, sin perder en modo alguno su carácter de depósito, en un contrato irregular, en un depósito irregular, aunque el mismo Berni no emplee esta expresión.

Berni, con los tratadistas que indica Beleña, y que a continuación exponemos, son, de los españoles de esta época que hemos consultado, los únicos que conocen y estudian, con más o menos amplitud, el depósito irregular.

25. Beleña, en sus *Elucidaciones de Magro* (1), trata con alguna extensión el depósito irregular. Y tiene importancia e interés su estudio, no sólo en cuanto a expresión de la opinión de este autor, sino también por la serie de datos referentes a nuestra institución que proporciona y por la exposición que hace de las doctrinas de otros tratadistas. Esta última consideración nos fuerza a hacer un breve resumen de la extensa exposición de Beleña, en el que nos limitaremos a entresacar tan solo lo más atinente. Sirva esta aclaración para justificar las soluciones de continuidad que han de advertirse.

«No solamente los emperadores romanos—dice—, sino los Sumos Pontífices, han conocido y aprobado este contrato, pues el señor Inocencio III mandó que, cuando el marido empobreciera, se pusiera la dote de la mujer en poder de algún comerciante, para que de las ganancias honestas contribuyera a su manutención, para aliviar de este modo las cargas del matrimonio. Cap. 7. «De Depositi» en las Decretales: «Vel saltem alicui mercatori committi, ut de parti honesti, lucri, dictus vir onera possit, matrimonii sustentare.» He aquí designado con sus caracteres propios, el depósito irregular, pues se concede al depositario la facultad de usar de la cosa depositada, y al deponente el derecho de percibir algún lucro, el cual debe siempre arreglarse a la equidad.»

«En Méjico.—Por el derecho eclesiástico nacional se ve también que está confirmado el contrato de que hablamos, porque en el canon 4, título de la institución y derecho de patronato, del Concilio Mejicano III, celebrado en el año 1585, se manda que el dinero y bienes de las Iglesias se entreguen a alguna persona, la cual queda obligada a pagar réditos anualmente. No puede darse-

(1) Notas tomadas del Diccionario de Escríche.

cosa más expresada ; siendo digno de observarse que todo el contenido en el mencionado Concilio, conducente al gobierno de estas provincias, tiene fuerza de ley eclesiástica y secular, porque el Supremo Consejo de Indias lo confirmó y mandó ejecutar. En el IV Concilio Mejicano, celebrado en 1771, se volvió a tratar el punto, y habiéndose dado tiempo suficiente a los teólogos y juristas para que lo examinaran detenidamente, después de oído su dictamen, todos los padres, a una voz, aprobaron el depósito irregular en la sesión destinada a este objeto tenida el día 27 de abril del mismo año.»

«Habiéndose suscitado en la Corte de Madrid duda acerca de la legitimidad de cierto contrato que acostumbraban celebrar los diputados de los cinco gremios mayores, que desde mucho tiempo atrás recibían dinero de cualesquiera personas, con el pacto de que lo devolverían dentro de cierto tiempo señalado, obligándose a pagar, entre tanto, anualmente, ciertas usuras ; turbó mucho los ánimos de los teólogos y juristas este contrato, dividiéndose las opiniones en pro y en contra. Pero habiendo llegado la cuestión a los oídos del Rey, después de haber examinado y aprobado el contrato personas eminentes en virtud, ciencia y autoridad, y lo que es más, destinadas al efecto expresamente por nombramiento real, con objeto de desvanecer en adelante toda duda y quitar cualquier escrúpulo, se dictó la Real cédula de 4 de Julio de 1764, dada por el Supremo Consejo de Castilla, por la que se declaró legítimo y obligatorio el mencionado contrato, y de consiguiente, cualquiera conocerá que se consolidó el depósito irregular.»

Francisco Puente, en el libro 1.<sup>o</sup>, consejo 56, dice : «De lo dicho se infiere que los banqueros de nuestro tiempo no son verdaderos depositarios según los términos conocidos del depósito, sino más bien irregulares.»

«Castillo, en sus *Cuestiones cotidianas*, enseña, fundado en la antigüedad de Gregorio López y otros, que por convenio de las partes puede transferirse al depositario el dominio de la cosa, permaneciendo el contrato y aun la acción de depósito, aunque algo más débil si se compara con la acción que produce el depósito verdadero, y añade que esta opinión es la que se ha de observar en la práctica. Y según el Cardenal de Luca, en su *Tratado de compra y venta*, discurso 25, aun los Montes de Piedad, erigidos

con autoridad pontificia, celebran el contrato de depósito irregular.»

«Muchas veces he examinado los fundamentos en que algunos autores no despreciables se apoyan para impugnar el contrato de que tratamos, y sólo encontré que confunden el depósito irregular con el mutuo y que no saben distinguir el lucro compensatorio del usuario. Este, que es el que propiamente debe llamarse usura, consiste en el lucro que únicamente proviene del mutuo, de manera que el mutuante o prestamista no tiene para exigirle otro motivo que el beneficio que hace al mutuatario. Tal acción es intrínsecamente mala, como prohibida por los Derechos natural, divino, canónico y civil; empero, el lucro compensatorio debe mirarse desde un aspecto muy diferente, como que en él sólo se atiende a la justa compensación y a la indemnización del acreedor.»

De la lectura de Beleña queda, como impresión preponderante, esa su preocupación fundamental de justificar *canónicamente* el depósito irregular. Era la preocupación general en una época en que, condenada la usura, todo contrato que devengue interés queda sospechoso y tildado de usuario. Por eso, Beleña, para salvar el depósito irregular de tan peligroso carácter, acude a las más puras fuentes en cuanto a la definición del dogma: los Papas y los Concilios. ¿Cómo va a ser condenable el depósito irregular por usuario, si lo reconocen y admiten y hasta se pudiera decir, con bastante propiedad, consagran las Decretales de Inocencio III y varios Concilios mexicanos? Canónicamente queda, pues, salvada su viabilidad. Pero aun encontramos en Beleña testimonio de un reconocimiento que llamaríamos civil del depósito irregular: nos referimos a la Real cédula que cita este autor, de 4 de Julio de 1764, dada por el Supremo Consejo de Castilla, y por la que se declaró legítimo y obligatorio el contrato a que en líneas anteriores hace referencia, y añade: «De consiguiente, cualquiera conocerá que se consolidó el depósito irregular.» Lo que no puede determinarse con certeza es si el contrato a que alude es propiamente un depósito irregular. En cambio, en los dos autores españoles que cita, Francisco Puente y Castillo, así como en el Cardenal de Luca, y especialmente en el segundo, que fundamenta su opinión en Gregorio López, se encuentra una formulación muy completa y exacta de los caracteres y rasgos típicos de dicho contrato.

En suma, Beleña es subrayable, aunque sólo sea por el rastro

que nos descubre de la existencia del depósito irregular en la época a que hace referencia.

26. Es dudoso y discutible si este cuerpo legal del *Liber judiciorum* conoció la figura jurídica del depósito irregular. Nosotros, para no deformar a favor de nuestra tesis los datos que ofrece la investigación, vamos a limitarnos simplemente a exponer lo que hay. Y lo que en el *Liber judiciorum* encontramos es esto:

El título V del libro V lleva este enunciado: «*Titol de las cosas encomendadas hy enprestadas*»; no obstante, las leyes comprendidas en dicho título tratan, casi exclusivamente, de las cosas emprestadas. Esta discrepancia entre el título y el contenido de la prescripción a que aquél se refiere se da también, más concretamente, en la ley III (ley antigua) del expresado título V, que refiriéndose, según dice literalmente su enunciado, «a las cosas enprestadas que se pierden por fuego o por furto», en su desarrollo, sin embargo, habla en todo momento exclusivamente de las cosas que se dieron en guarda o encomienda. Pues bien, es esta ley la única que proporciona, respecto al depósito irregular, elementos aprovechables. Dice así la parte que nos interesa: «Si algún onme diere en guarda a otro *oro* o *plata*, o ornamentos, o otras cosas e ge lo diera que lo diera que lo vendiesse...», etc. Como se advierte, el *Liber judiciorum* hace aquí referencia a un depósito cuyo objeto es oro o plata, es decir, una cosa fungible. Claro que nada autoriza a suponer que tal oro o plata se entiende entregado en especie y no en piezas individualizadas, pero parejamente gratuita se ofrece la interpretación contraria, y con la contra de que lo probable es que tratándose de una institución que, como el depósito irregular, se hallaba reconocida en la práctica y doctrina jurídicas romanas, el *Liber judiciorum*, inspirado en buena parte en estas fuentes, no podía desconocerla.

En suma, por la falta absoluta de rigor terminológico en su redacción el *Liber judiciorum* no presenta datos de la suficiente garantía que autoricen a pensar conoció y reguló el depósito irregular. Las hipótesis que pueden establecerse a este respecto carecen, en último término, de fundamento serio.

27. En el Fuero Real, el depósito irregular se nos ofrece más.

identificable. Sin recurrir a esfuerzo alguno de interpretación, lo reconocemos en la ley V del título XV del libro III de dicho Código, que dice así : «Quien alguna cosa de otri rescibiere en encomienda, esa misma cosa sea tenudo de entregar a aquel de quien la recibió, e no sea osado de la usar en ninguna manera, sino como fuere encomendado ; pero si algunos dineros por cuenta, o oro, o plata, en masuca rescibiere de otri en encomienda a peso, bien puede usar dello, a dar otro tanto e tal como aquello, a aquel de quien los rescibió ; e si los dineros, o el oro, o la plata, rescibió so cerradura, e no por cuenta, ni por peso, no sea osado de lo usar : e si lo ficiere, pechelo doblado a aquel de quien lo tenía..»

En el texto transcrita se nos ofrece el depósito irregular en su forma más pura y general. En él, no obstante su concisión, van implícitas las consecuencias—tantas veces apuntadas en el curso de este trabajo—anejas al depósito irregular. La diferencia según que el depósito de dinero y metales se haga, o no, teniendo en cuenta la individualidad de las piezas, queda claramente patentizada. Y aunque la forzosa sobriedad de un texto legal—pues no hay que olvidar que tiene este carácter el que comentamos—lo omita, bien se advierte qué el segundo caso planteado, es decir, el depósito hecho *in genere*, lleva inevitablemente consigo el tránsito de la propiedad de la cosa depositada a la persona del depositario. Por lo menos jurídicamente—sin que sea oportuno insistir aquí en puntos de vista ya abordados—no puede darse otro sentido a la frase transcrita : «bien puede usar de ello», refiriéndose al dinero y metales recibidos. Como es sabido, esta cuestión tiene la importancia práctica de determinar, según se resuelva en uno u otro sentido, quién corre el riesgo en caso de que la cosa perezca por accidente fortuito.

Claro que, como no podía menos de ocurrir, la parquedad con que el Fuero Real regula el depósito irregular es causa de que muchas cuestiones queden incontestadas. Una de ellas, muy importante, la de los intereses. Ateniéndonos rigurosamente a su redacción, más bien parece que el depositario de esta suerte especial de depósito no tendrá que pagarlos, limitándose su obligación «a dar otro tanto y tal como aquello, a aquel de quien los recibió». Tampoco se dice nada acerca de los intereses en caso de mora, y más lógicamente quedan silenciadas todas aquellas cues-

tiones que implican una conciencia y práctica jurídicas más desarrolladas, tales, entre otras, la compatibilidad del depósito irregular con la retención y compensación.

28. Como corresponde a la superior estructura jurídica del Código Las Partidas, en él encontramos ya recogidas las características más salientes del depósito irregular. Nos limitaremos a reproducir los párrafos de la Ley II del título III de la Partida V, que se refieren, directa y exclusivamente, a esta forma de depósito: «E aun dezimos que el Señorío e la tenencia de la cosa que es dada en guarda non passa a aquel que la recibe, fueras ende si fuese de aquellas, que se pueden contar, o pesar, o medir si quando la recibiesse: le fuese dada por cuenta o por peso, o por medida. *Ca entonces pasaría el señorío a él.* Pero sería tenudo de dar aquella cosa, o otro tanto: e atal como aquello que recibió al que ge lo dió en guarda.»

Nos parece ocioso indicar, puesto que éste es el espíritu que informa toda la obra de «Las Partidas», la vinculación directa que guarda el texto transcrita con el concepto jurídico romano del depósito irregular, a partir del texto de Alfeno.

Según se advierte, desde luego, en «Las Partidas», la figura jurídica del depósito irregular se ofrece con caracteres más acusados. Por lo pronto, queda reconocida expresamente, en el supuesto que se establece, el tránsito de la propiedad de la cosa depositada al depositario: «Ca entonce passaría el señorío a él.» Pero, en general, el texto de «Las Partidas» mantiene incólumes las mismas incógnitas ya apuntadas en el examen del Fuero Real: el pago de intereses, la retención, etc. Sin embargo, la ley V del mismo título ofrece, aunque con referencia al depósito regular, la prohibición de compensar. No parece improbable que esta prohibición se aplicase también al depósito irregular.

El comentario de Gregorio López al texto que trata de depósito irregular, es muy breve, a lo menos en su parte propiamente jurídica. Sin duda, el comentarista de «Las Partidas» admitía como doctrina pacífica e incontrovertible la existencia propia del depósito irregular como contrato distinto del mutuo, y por esta razón no estimó necesaria una especial argumentación sobre los puntos concretos que desde el Derecho romano venían siendo objeto de

controversia en nuestra institución. Dando por resueltos todos esos problemas, Gregorio López se limita a decir que el dominio se transfiere al depositario, y con él, naturalmente, el riesgo.<sup>5</sup> A no ser, añade, que el depósito se constituya cerrado o sellado, porque entonces parece que tácitamente prohíbe el depositante que se use de la cosa depositada (1). A continuación se extiende Gregorio López en consideraciones acerca de la usura, las cuales, por su carácter predominantemente canónico, no creemos indispensable recoger aquí.

JOAQUÍN GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE,

Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Central.

*(Continuará.)*

(1) «In his enim transfetur dominium in depositarium, ut in lege quintus v. in leg. die sponsalarum in ieg. Lutius Titius, tunc periculum transiret in depositarium, ut in leg. incendium, limita istam leg. nisi sint deposita ista signata, vel clausa: nam tunc tacite videtur prohibere, ne eis utatur.»

# El libro primero del Proyecto de reforma del Código civil ita- liano <sup>(1)</sup>

(Conclusión.)

En el título VII el proyecto trata de la filiación y consagra dos capítulos a reglamentarla: uno, a la filiación legítima, o sea derivada del matrimonio, y otro a la ilegítima o extramatrimonial. Sigue en esta materia el proyecto la tendencia de la inmensa mayoría de los Códigos civiles y se aparta de aquellos otros extremistas, como el soviético, que establece la asimilación de los hijos legítimos y extramatrimoniales. En esto es lógico el Código soviético, porque, borrada por él la distinción entre el matrimonio de derecho y el de hecho, o concubinato, es natural que todos los hijos, de cualquiera clase que sean, gocen de idéntica posición jurídica. No es el caso de exponer aquí los inconvenientes de esta asimilación, que va contra la ética y los fundamentos de la sociedad, que requieren pureza en las costumbres y leyes que la robustezcan, en vez de fomentar la inmoralidad. Igualar en condición a los hijos nacidos de una legítima unión, como es el matrimonio, institución reglamentada con cuidado por los legisladores en todos los Códigos, a los habidos de uniones que nacieron de la pasión, del vicio o del delito, es una monstruosidad social, aunque se la disfraze con la bandera del humanitarismo, porque si parece altruista la doctrina que defiende la asimilación de todos los hijos, por no tener ellos culpa de venir al mundo, no puede negarse que muy por encima de este sentimentalismo está

(1) Véanse los números 86, 87 y 88 de esta Revista.

el interés de la familia constituida legalmente, a la que no se puede deprimir y ofender, y el de la sociedad misma, que su organización, bienestar y prosperidad principalmente de la familia depende, y por ello está interesada en ampararla y protegerla contra todo peligro que pudiera debilitarla. Hace bien el proyecto en separarse de esa corriente asimilista ; lo aplaudo, como he aplaudido siempre a nuestro Código civil, que reconoce situaciones jurídicas distintas a los hijos legítimos de los naturales y de los demás ilegítimos, y lamento, por tanto, que en el artículo 41 (1) del proyecto de Constitución española, ya aprobado por las Constituyentes, se iguale la condición jurídica de todos los nacidos. De reconocer los Códigos el matrimonio como institución reglamentada por el legislador, hay que convenir en que los hijos nacidos dentro de él, ante la ley, tienen que disfrutar de derechos distintos que aquellos que nacieron de uniones que no son legales, o, de lo contrario, el matrimonio sobra. Y no hay que decir que, girando la reglamentación del proyecto sobre filiación ilegítima en principios tan racionales, las acciones para impugnarla sólo corresponden a la persona interesada y a sus descendientes, cuando el marido muera sin haber utilizado aquel medio legal dentro del tiempo que el proyecto señala ; y muy atinadamente niega a la mujer el derecho a impugnar la paternidad del marido, y por razón de suprema moral preceptúa que la sola confesión de la madre no basta para excluir la paternidad.

\* \* \*

Habla el capítulo II de la filiación ilegítima, o sea la habida fuera del matrimonio, y sin que expresamente el proyecto dé el concepto de hijos naturales, se infiere de sus preceptos que son los nacidos de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieran contrarrear matrimonio. En este punto coincide el proyecto y el Código italiano con el Código civil nuestro, que restringe el concepto de los hijos naturales de la ley de Toro, puesto que ésta daba la condición de naturales a los nacidos de padres que al tiempo de la concepción o del parto pudieran casarse justamente y sin dispensación. El proyecto, además, omite si la aptitud de los padres para casarse la tienen sólo aquellos que puedan

(1) Hoy artículo 43 de la Constitución.

contraer matrimonio sin obstáculo alguno, o la tienen también los que existe entre ellos impedimento dispensable. No estaría de más aclarar este punto de tanto interés, pues de los preceptos del proyecto creo yo se infiere que es necesario que los padres puedan libremente casarse, a diferencia de nuestro Código civil, que otorga la cualidad de hijos naturales a los habidos de padres que en el momento de la concepción pudieran casarse con dispensa o sin ella, criterio éste que me parece más amplio y liberal que el del proyecto, porque es más favorable a los hijos ilegítimos.

El reconocimiento puede hacerse por ambos padres o por uno de ellos; pero el proyecto amplía el criterio del Código italiano al permitir el reconocimiento de los hijos adulterinos. Es problema éste muy discutido en la doctrina y existe variedad en las legislaciones modernas. La Comisión redactora del proyecto se decidió a introducir esta reforma, consistente en poder ser reconocidos los hijos adulterinos, cosa que estimo peligrosa, aun cuando es más limitada que la hecha en Francia por la ley de 1915, porque lo es siempre incorporar a la familia a los que han nacido de padres que cometen un delito castigado en la ley y compartir, si es legitimado, con los hijos legítimos todos los derechos que a éstos corresponden. En esta materia nuestro Código no permite el reconocimiento como hijos naturales a los hijos adulterinos, no obstante el precedente de la ley 11 de Toro, dentro de cuyo texto, al admitir, como antes dije, dos momentos para la aptitud de los padres, pudiera ocurrir que siendo adúlteros éstos en el momento de la concepción estuvieran libres en el instante del parto y tales hijos adúlteros ser reconocidos como naturales. En cuanto a los efectos civiles del reconocimiento nada me interesa decir, y en todo lo demás de este capítulo el proyecto completa el Código, singularmente en lo que se refiere a la recusación del reconocimiento, a la irrevocabilidad del mismo y al ejercicio de la acción de impugnación del reconocimiento.

El reconocimiento puede ser voluntario y forzoso, y éste se obtiene por la declaración judicial de la paternidad y maternidad natural. Hubo un tiempo en que la corriente legislativa y dirección doctrinal eran opuestas a la investigación de la paternidad; pero en los momentos actuales las legislaciones se van reformando para admitirla, sirviendo de ejemplo la ley francesa de 1912, que

mantiene un criterio opuesto al Código de Napoleón. No permite el proyecto la investigación de la paternidad libremente, sino en los casos que el proyecto determina, y no en otros, en lo cual hace bien, porque así lo requieren la tranquilidad de las familias y el orden moral; y aun cuando no mantiene un criterio tan restrictivo como el Código español, es lo suficientemente cauto para no incurrir en los excesos de su radicalismo, que redundaría en perjuicio de la familia legítima. De aplaudir es que el proyecto señale las condiciones y circunstancias precisas de la posesión de estado de hijo natural y que fije las normas para el ejercicio de la acción de declaración judicial de paternidad; y como en esta materia todas las precauciones son pocas, me parece excelente la idea del proyecto, reflejada en el artículo 307, al ordenar que la acción de la declaración judicial de paternidad o maternidad natural no pueda ser intentada si no está reconocida admisible por un decreto del Tribunal, y con ello se evita el peligro que pudiera traer el precepto del artículo 312, que permite probar la paternidad o maternidad por cualquier medio de prueba, a diferencia del Código español, que ordena una prueba limitada, a base de un escrito indubitable del padre, de la posesión de estado o de sentencia judicial.

En la sección segunda de este capítulo regula el proyecto la legitimación. Parte del racional supuesto de que sólo pueden ser legitimados los hijos naturales, y admite dos formas de legitimar: por subsiguiente matrimonio y por decreto real. Yo, que soy ardiente partidario de la legitimación por subsiguiente matrimonio, no lo soy de la concedida por el poder real, que supone una ficción excesiva y de uso poco frecuente, y, por lo mismo, debe ser, y así lo reconoce el proyecto, supletoria de la hecha por matrimonio subsiguiente. Pero, en fin, el proyecto, siguiendo la tradición legislativa italiana, la admite, y da a los hijos legitimados por este medio iguales derechos que a los por subsiguiente matrimonio, a diferencia del Código español, que no equipara a los legitimados por ambos modos, si bien estimo que es lógico el proyecto; de admitir la legitimación por decreto debe igualarse a la otra, porque de otra suerte carece de utilidad, como ocurre en España.

\* \* \*

No obstante la fuerte dirección doctrinal, contraria a la adopción, tal cual fué regulada por el Derecho romano, aunque su origen es antiquísimo, y la supresión de ella en varios Códigos civiles, el proyecto se ha decidido a reglamentarla en su concepto tradicional, procurando completar el Código italiano y dando mayores facilidades para que pueda verificarse. Creo, sin embargo, que así como cada vez más la sociedad actual se encamina por la vía de las adopciones públicas, cauce jurídico de los sentimientos de filantropía, la adopción, reglamentada según los antiguos moldes del Derecho privado, tendrá, a medida que pase el tiempo, menos utilidad y su uso será poco frecuente. En este título VIII el proyecto desenvuelve esta institución sobre aquellos dos principios clásicos, a saber: «la adopción imita a la naturaleza y sirve de consuelo a los padres que no tienen hijos», si bien con algunas restricciones. Fundado en estos principios, el artículo 237 del proyecto exige la edad de cincuenta años para poder ser adoptante, tener diez y seis años más que el adoptado y no tener descendientes legítimos o legitimados. Pero si la adopción imita a la naturaleza, si es una ficción por la cual se toma como hijo al que no lo es por vínculos de sangre, hay que proceder con lógica, y, por consiguiente, el que por disposición de la ley no puede ser casado, no debe tener hijos adoptivos; y como consecuencia, ¿por qué el proyecto no incapacita a los eclesiásticos ordenados *in sacris* que no pueden celebrar matrimonio? ¿No exige esta prohibición el régimen concordado con la Santa Sede? Por otra parte, ¿cómo permitir la adopción al que no puede contraer matrimonio, como sucede con el interdicto y el inhabilitado? Conforme en que estas personas puedan ser adoptadas; pero no creo que sea acertado el otorgarles capacidad para adoptar según lo dice el proyecto, aun cuando preste el consentimiento su legal representante, porque de igual manera que no puede contraer matrimonio un loco, no hay razón para que pueda tener hijos adoptivos, puesto que él no puede prestar consentimiento, que es indispensable que en estos casos sea personal. El proyecto, para dar mayor flexibilidad a la adopción, introduce la novedad de conceder al Juez tutelar la facultad de autorizar la adopción, aun cuando el adoptante no haya cumplido la edad legal o tenga hijos legítimos o legitimados, en el caso de que las circunstancias que

se especifican en el artículo 330 lo aconsejen, y a *sensu contrario* podrá acordar no haber lugar a la adopción, si no se cumplen los requisitos legales o no es conveniente a los menores, interdictos o enfermos de la mente; intervención que puede dulcificar los rigores de la ley y evitar muchos inconvenientes y perjuicios si el Juez es persona de sabiduría y celo en el cumplimiento de tan alta misión. En cuanto a los efectos que la adopción produce, diremos que son los que ordinariamente se regulan en los Códigos modernos: la patria potestad del adoptante, los alimentos, como deber de ésta, y los derechos sucesorios, que no se reglamentan en el proyecto, puesto que su lugar oportuno es el libro que el futuro Código consagre a las sucesiones. Sin embargo, sienta la regla absoluta el proyecto, en el artículo 319, que la adopción no atribuye al adoptante ningún derecho de sucesión, lo cual quiere decir que tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada no tendrá derecho a pedir nada en la sucesión el hijo adoptivo; precepto que parece un poco exagerado, porque en la sucesión abintestato debe ser preferente el padre adoptante a parientes que se encuentran respecto del hijo adoptivo fallecido en un grado remoto que no supone ni afecto, ni cariño, ni casi vínculo de la sangre perceptible por su alejamiento del tronco, con lo cual se daría cumplimiento al principio de reciprocidad que debe informar toda sucesión, en lo que sea posible. Hay en el proyecto cierta tendencia a privar de derechos patrimoniales al adoptante, no obstante las obligaciones que le impone, sin duda, porque siendo la adopción una institución filantrópica no quiere el legislador que sirva para enriquecer al adoptante el usufructo legal sobre los bienes del menor adoptado; cosa poco congruente, puesto que el usufructo va inherente a la patria potestad y como compensación a los deberes que ésta supone; pero aun me parece más inexplicable que en el caso de que la adopción se haya hecho por los dos cónyuges, como la patria potestad se rige por el título XI de este libro y en éste se otorga el usufructo legal al padre, no hay duda que el proyecto admite este doble criterio: si la adopción es hecha por el padre, tiene la patria potestad, pero no usufructo legal; y si la adopción la hacen los dos cónyuges (artículo 342), el adoptado entra en la patria potestad y el que la ejerce le corresponde el usufructo legal, ¿qué razón puede

haber para esta diferencia? Por último, la adopción es acto formal e irrevocable, pues la revocabilidad sólo se admite en casos especiales, entre ellos, y yo lo aplaudo, por causa de indignidad del adoptante y del adoptado, cesando con ella los efectos de la adopción.

\* \* \*

La patria potestad, tan combatida hoy por los feministas, que propugnan la igualdad de los sexos en el matrimonio, sin comprender que la unidad de dirección en la familia es indispensable, si no se quiere que una persona extraña, aun cuando esté investida de autoridad, se entrometa en asuntos de régimen interno que a la familia misma incumbe resolver, es reglamentada en el proyecto con una prudencia y moderación merecedora de todo elogio. Aunque el cuidado y vigilancia del hijo corresponde, según el artículo 368, a ambos padres, la potestad es ejercitada por el padre, y después de la muerte de éste, o en los casos determinados en la ley, lo será por la madre. No acepta el proyecto la patria potestad conjunta, e insisto, como antes expuse, que me parece bien el criterio de los Códigos civiles, que en su mayoría aceptan la patria potestad tal cuia la entiende el Derecho moderno. Más que derecho del padre es la patria potestad una función, puesto que lleva adjunta deberes ineludibles de extraordinaria importancia familiar y social. Por eso la intervención del Juez tutelar, en muchos casos, es conveniente, según lo ordena el proyecto, pues, aunque soy partidario de la autonomía de la familia, nunca debe ésta traspasar sus límites, y en el caso de una exalimitación, la intervención del Juez es imprescindible. Ahora bien: el proyecto hace que la patria potestad no sea un arma despótica, puesta en manos del padre, como ocurriría en el caso de repudiación caprichosa de una herencia o donación en favor del hijo, que, según el artículo 374, con la previa autorización del juez pupilar, puede aceptarla la madre o un ascendiente, y para evitar excesos de gestión le otorga el proyecto al padre la representación del hijo en todos los actos civiles y le concede la administración de los bienes; pero no puede enajenar, gravar ni realizar actos de disposición en los bienes de su hijo, no siendo por necesidad o utilidad, y siempre con la autorización judicial.

A la patria potestad va inherente el usufructo legal, que conserva el titular mientras ejerza aquélla. Este usufructo tiene caracteres especiales, que el proyecto precisa muy claramente, y como derecho no puede ser objeto de alienación, de prenda, de hipoteca ni de ejecución por parte de los acreedores, y es lógico que el legislador le asigne estos caracteres, que le distinguen del voluntario, porque el mencionado derecho, al mismo tiempo que derecho, es un deber, y, sobre todo, va inherente a una función, haciéndole poco menos que un derecho personalísimo, correspondiendo a la naturaleza de la patria potestad, que no es delegable, más que en beneficio de la mujer.

En principio me parece bien que vaya unido a la patria potestad el usufructo legal del padre, con las solas excepciones de algunos peculiares de que el proyecto se hace cargo en el artículo 378; pero me parece que los Códigos civiles modernos debían imponer más limitaciones que las corrientes al usufructo legal de los padres. Cierto es que inherentes al usufructo van las obligaciones de alimentos, instrucción y educación del hijo; pero esto no basta; la patria potestad tiene más de deber que de derecho, más de carga que de beneficio, y, por consecuencia, el legislador moderno creo yo que debía partir del supuesto de que el padre, en ningún caso, puede enriquecerse a costa del hijo, y esto no se evita con la asignación del usufructo al padre, porque cuando el caudal del hijo es sobrado para satisfacer sus necesidades puede constituir una fuente de ingresos para aquél, lo que en buenos principios de derecho, mejor de moral, no debe admitirse.

El mismo defecto que apunto tiene nuestro Código civil, y así lo he manifestado alguna vez. Es muy completa la reglamentación del título IX del proyecto; prevé todos los casos que pueden presentarse y es oportuna y acertada la intervención que atribuye al juez tutelar.

Comparando el proyecto con el Código español se ve un criterio similar en lo referente al ejercicio de la patria potestad, que ambos se la conceden con preferencia al padre, aunque, claro es, hay diferencias de alguna importancia, que no hace falta detallar; pero si, como parece, es pronto ley el proyecto de Constitución de la República española, ya no se podrá hacer la anterior afir-

mación, puesto que en el artículo 41 del referido proyecto (1) se preceptúa que el matrimonio se funda en la igualdad de ambos sexos, lo cual equivale a decir que en adelante la patria potestad será conjunta, y así, sobre esta base legal, tendrá que regularla el futuro Código civil, que ha de estar en consonancia con la Constitución.

\* \* \*

De la tutela y emancipación se ocupa el título X del proyecto, y sin entrar en detalles innecesarios, que no son propios de un trabajo de esta índole, he de decir que la novedad más importante que introduce en la legislación vigente italiana es la abolición del consejo de familia y la creación de los jueces pupilares. Preciso es reconocer que la tutela, en los tiempos modernos, tiene mayor extensión y podemos decir que diferente concepto que en Roma. Aunque no ha perdido del todo la característica de ser una institución quasi familiar, el Derecho moderno la ve como una forma, una manera, un modo de protección social de los débiles y un medio de defensa de los menores y de individuos incapaces. El Estado tiene el deber de proteger a los que no pueden gobernarse a sí mismos y preocuparse de aquellos a quienes no alcanzan los beneficios familiares, y aun de los que no les reciben, por dejar los padres incumplidos sus deberes; protección que puede afectar a la parte física, como cuando el Estado regula el trabajo de los niños; a la parte moral, como cuando impone la educación obligatoria, y, por último, cuando, inspirándose en motivos de piedad y filantropía, establece instituciones de beneficencia, de carácter preventivo o represivo. De esta manera de entender la tutela se infiere que el cargo de tutor es de interés público, y por eso es obligatorio, y que la reglamentación que la ley hace de la tutela no puede ser modificada por la voluntad de las personas. Desde antiguo, y éste es un criterio tradicional, el legislador se ha ocupado más de la administración de los bienes del menor que de su educación. Ha habido en esto un descuido punible, por parte del Poder público, pues, como dice Castelli, la tutela ha sido un nuevo martirio para la infancia, y en la cual, si se ha caucionado la administración, no se ha garantizado la educación

(1) Hoy artículo 43 de la Constitución.

y perfeccionamiento moral y espiritual del pupilo. Modernamente se ha tenido en cuenta este error, y la doctrina científica mantiene un firme criterio respecto a la necesidad de que el Estado cumpla su función tutelar de protección a la infancia y no la deje abandonada exclusivamente a organismos familiares, que no cuidan, en muchas ocasiones, de los intereses morales del menor con la solicitud necesaria. Siguiendo esta tendencia el proyecto, y aceptando la idea de Cavagnari, ha creado el juez tutelar, dedicado a la realización de la misión protectora del Estado, con intervención en todos los actos más importantes de la tutela y hasta en el nombramiento de tutores, que, no obstante ser designados por los padres, puede ser conveniente prescindir de ellos.

En la legislación comparada hay dos tipos de organización de tutela: uno, la llamada de «autoridad», y la otra, de «familia»; pero hay otro grupo de Estados que tienen una legislación mixta, que tiende a conciliar la intervención de autoridades judiciales con la de los miembros de la familia. El proyecto intenta cambiar el régimen tutelar del Código italiano: suprime el consejo de familia y le sustituye por el juez tutelar. Yo fuí siempre partidario del consejo de familia; reconozco sus inconvenientes y veo las utilidades de los jueces, encargados, especialmente, del ejercicio de la función protectora de la tutela; pero, por lo mismo, no veo incompatibilidad entre ambas instituciones, porque en las legislaciones que aceptan la tutela de autoridad necesitan la existencia de órganos familiares de información, porque si los Jueces son aptos para las cuestiones jurídicas, no lo son tanto, no son del todo competentes para apreciar las cuestiones de utilidad o de oportunidad de los actos en la tutela. La experiencia del consejo de familia, en nuestro país, enseña que, si no ha dado todo el resultado que de él se esperó cuando lo estableció nuestro Código civil, no es del todo inútil: puede prestar un gran servicio en la tutela, si se hace compatible con el juez popular; opto, pues, por una legislación tutelar mixta que acierte a combinar ambas instituciones. Creo contraproducente para los tutelados prescindir en absoluto de los organismos familiares; no acepto la conclusión de Consentini, que afirma que el principio de autonomía de la familia ha sustituido el de la intervención del Estado, porque la vida familiar no puede resolverse ni cumplir debidamente su función.

social sin la libertad necesaria para realizar su cometido, y por otro lado, nadie puede estar más interesado por el menor que aquellas personas que por los vínculos de la sangre están perpetuamente ligados con el sometido a tutela.

En cuanto a la emancipación, se permite en el proyecto, además de la obtenida por la mayor edad, la otorgada por el juez tutelar, a instancia de los padres, o del tutor, o del mismo menor, cuando éste haya cumplido diez y ocho años, además de la emancipación por el matrimonio. Más preciso este proyecto que nuestro Código español, en lo que respecta a la capacidad de los emancipados, les somete a curatela y les confiere la capacidad limitada de hacer todos los actos que no excedan de la simple administración, pues para instar en juicio, para los actos de disposición que traspasan aquel límite, necesita el asentimiento del curador y la autorización del juez tutelar. Una cosa aplaudo, sin reservas, y es la revocabilidad de la emancipación, que permite el artículo 464 del proyecto, a diferencia de nuestro Código, que le da el carácter de irrevocable, porque es medida de prudencia privar de ese beneficio al menor cuando demuestra su incapacidad para administrar, evitándose con ello daños y perjuicios que el propio emancipado sufriría.

Nada tengo que decir sobre la interdicción e inhabilitación y enfermos de la mente, ni de los alimentos, pues son materias muy bien tratadas por el proyecto, reglamentadas con toda escrupulosidad y dentro de los cauces jurídicos de las legislaciones de los pueblos cultos. Tampoco hago respecto al registro de los actos del Estado civil más indicación que la de parecerme excesivamente detallada su reglamentación, pues si bien esta materia es propia del Código civil y muy propio del lugar en que la coloca el proyecto, estimo, sin embargo, que los Códigos deben limitarse a consignar los preceptos generales del registro, dejando para una ley especial con su reglamento, la regulación detallada de tan importante materia.

\* \* \*

En resumen, el proyecto de Código civil italiano, que ha sido objeto de las observaciones anteriores, merece en conjunto una crítica muy favorable, significa un verdadero progreso en la legisla-

ción civil de Italia, de tan brillante historia legislativa, completa y perfecciona el vigente Código civil y hace honor a la sabiduría y prudencia de los ilustres jurisconsultos que lo han redactado.

No es fácil descubrir con exactitud el espíritu y tendencia del futuro Código civil de Italia, al no estar redactados los demás libros que han de integrarle, pues dada la índole especial de las relaciones jurídicas de la familia, éstas no pueden servir de norma para adelantar juicios sobre tan interesantísima cuestión.

Los Códigos civiles no pueden ser Tablas del Sinaí que permanezcan insensibles ante la marcha de los tiempos, y al recibir influencias de varios factores sociales que originan fenómenos y hechos nuevos, el derecho necesita darles reglas jurídicas que les encaminen y puedan cumplir de ese modo su función.

En los tiempos actuales que vivimos, sería insensato y absolutamente estéril negar importancia al socialismo, a la solidaridad social, al corporativismo, por no citar otros elementos que los más salientes, que tanta trascendencia tienen en la vida económica y jurídica. Precisamente en el derecho patrimonial y en el de sucesión *mortis causa* es en donde producen aquellos fenómenos más sensibles alteraciones, esto es, en las partes del proyecto del Código civil que no están aún redactadas, y de esperar es que la Comisión codificadora italiana, formada por personas de indudable valer, han de concluir la obra empezada con tantos aciertos, recogiendo las decisiones doctrinales y adaptándolas al estado social de Italia con aquella moderación compatible con un espíritu progresivo, tan necesario en la obra codificadora.

Seguro es que el futuro Código de Italia será una obra que honrará a la Comisión redactora y constituirá un monumento legislativo digno de ser imitado.

CALIXTO VALVERDE,  
Catedrático de Derecho civil.

# Notas acerca de la naturaleza contractual del matrimonio

Uno de los temas del derecho de familia que da lugar a la más aguda oposición entre las doctrinas de los juristas es, sin duda, el que se refiere a la naturaleza contractual del matrimonio, defendida con tenacidad por muchos y combatida por no pocos en número ni faltos de brío. No es nueva la pugna, y como antigua, es enconada y difícilmente reductible, tanto que la mayoría de los autores optan por dar su opinión y prescindir de la de los demás.

El problema de la contractualidad del matrimonio carece tal vez de una trascendencia práctica definida, pero presenta, en cambio, considerable importancia desde el punto de vista de la doctrina, pues, indudablemente, la solución ha de servir de punto de partida y de base para toda la construcción teórica del derecho matrimonial.

La oposición existe en la actualidad fundamentalmente entre canonistas, partidarios decididos, en su mayoría, de la naturaleza contractual del matrimonio, y civilistas, opuestos, generalmente, a la concepción contractual.

La naturaleza contractual del matrimonio, empleando la palabra *contrato* en sentido técnico, no es dogma de fe de la Iglesia católica. El uso y empleo de términos jurídicos y la ordenación conceptual del derecho es algo que corresponde plenamente a los juristas y sobre lo que éstos pueden lícitamente entablar sus controversias. Esto supuesto, puede muy bien intentarse la conciliación de ambas teorías o, por lo menos, la resolución del pleito en favor de una de ellas.

Un estudio profundo acerca de tal materia haría desfilar por

estas páginas concienzudos exámenes y penetrantes observaciones acerca del matrimonio en derecho romano y en derecho canónico histórico, así como otra multitud de problemas graves y complejos; pero no intento escribir sino unas breves notas, por lo que todos estos puntos, propios de una investigación honda, quedarán simplemente esbozados del modo y en la forma que los concibo.

Ante todo, parece lo más indicado, al entrar en materia, y, naturalmente, sin perjuicio de volver después sobre ello, poner en relieve una anfibología profundamente dañosa para los estudios jurídicos: me refiero al doble significado que puede atribuirse a dos palabras usuales en derecho: *obligación* y *contrato*. La primera es, para unos, o, mejor dicho, es empleada en ciertos casos como sinónima de deber jurídico, mientras que en otros supuestos no es sino un deber jurídico específico, y que presenta determinadas notas, entre ellas la de su carácter patrimonial; solamente en este sentido podemos hablar de derecho de obligaciones.

Algo semejante ocurre con la palabra *contrato*, pues unas veces se emplea como equivalente de negocio jurídico bilateral (1), y otras sirve para designar una determinada clase de negocios jurídicos bilaterales.

Corroborando esta primera impresión, nos hallamos con que si se piensa que contrato es todo acuerdo de voluntades que produce efectos jurídicos, es difícilmente cuestionable el carácter contractual del matrimonio, mientras que si, por el contrario, se concibe el contrato como negocio jurídico bilateral por el que las partes conciernen con libertad casi absoluta, sin tener en cuenta más que sus intereses privados y particulares, o si se entiende por contrato el negocio jurídico bilateral encaminado a crear obligaciones, en el sentido estricto de esta palabra, puede entonces dudarse, con sobrado fundamento, que el matrimonio deba incluirse entre los contratos (2).

(1) Antes de la generalización de la expresión «negocio jurídico bilateral» se indicaba la idea que a la misma corresponde con la palabra «convenCIÓN».

(2) Acerca de estos problemas que versan sobre el concepto del contrato puede verse con fruto el estudio publicado por Gimeno Linares en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1930, segundo semestre, pág. 249 y siguientes.

## EL MATRIMONIO EN EL DERECHO ROMANO

Dos famosísimas definiciones del matrimonio provienen de juristas romanos: la de Modestino, y otra, formulada quizá por Ulpiano, y que Justiniano recogió.

Modestino concibe el matrimonio como *coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio* (1), y da con ello una definición que pone de relieve todas las notas esenciales de matrimonio, tanto la unión sexual (*coniunctio maris et feminae*) como el elemento moral residente en ese consorcio de toda la vida, consorcio y fusión que en su forma más elevada lleva a la comunidad de derecho humano y divino (2).

La segunda definición dice *Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudinem vitae continens* (3).

Ninguna de estas dos típicas definiciones nos presenta el matrimonio como contrato, y es que, en efecto, jamás se concibió en Roma tal pensamiento.

El matrimonio romano fué siempre distinto del actual, pues requería la existencia de dos elementos: uno, material o de hecho, y otro espiritual o intencional (4). El primero consiste en la cohabitación, entendiendo por tal no la unión sexual, sino la colocación de la mujer a la disposición del marido, lo que tenía lugar por medio de la *deductio uxoris in domum mariti*. La «*deductio*» marca el momento en que la mujer queda sometida al marido y comparte con él su condición social.

El elemento intencional, que viene a integrar y completar al anterior, es la *affectio maritalis*, es decir, la intención de ambos cónyuges de ser marido y mujer, de crear y mantener la vida en co-

(1) Dig., 23, 2, 1.

(2) Los romanistas disputan sobre si esta definición es aplicable únicamente al matrimonio «*cum manu*», o lo es también al «*sinu manu*».

(3) Inst., I, 9, 1.

(4) Confróntese: Sohm, «Instituciones», trad. esp., Madrid, 1928, página 468; Perozzi, «Istituzioni di diritto romano», segunda edición, Roma, 1928, vol. I, núm. 39, pág. 316 y sigts.; Bonfante, «Instituciones de derecho romano», trad. esp., Madrid, 1929, núm. 58, pág. 180.

mún y de perseguir unidos los fines del matrimonio. Pero es importante no olvidar que este consentimiento de la «affectio maritalis» no es simplemente inicial, sino que da vida constante al matrimonio, y por ello debe ser perenne y continuo, pues su falta desvirtúa y priva de valor al elemento material.

De aquí precisamente se deriva la posibilidad del divorcio, que el derecho romano reconoce en todo momento; la desaparición de la «maritalis affectio» origina la destrucción del vínculo, de la misma manera que la pérdida del «animus» pone fin a la posesión. El elemento intencional es indispensable para la duración y prolongación del matrimonio. En este sentido, y no en otro, dijeron los romanos: *Non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio* (1) y *Nuptias non concubitus, sed consensus facit* (2), pues si bien la frase últimamente indicada, y recogida en el Digesto como procedente del libro trigésimo sexto de los Comentarios de Ulpiano a Sabino, parece indicar como único elemento el consensual, otro texto proveniente del mismo autor y obra, aunque del libro XXXV, nos pone perfectamente de relieve cómo el elemento de hecho es imprescindible, y así dice: *Cui fuerit sub hac conditione legatum «si familia nupsisset» videtur impleta condicostatim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit, nuptias non concubitus sed consensus facit* (3).

A pesar de esta posibilidad de disolución del vínculo matrimonial, sería erróneo pensar que el matrimonio fué en Roma una unión pasajera o temporal. Jamás consideraron los romanos el matrimonio como equivalente a la libre unión o al matrimonio a prueba de nuestros días, antes bien, la intención de constituir un vínculo perpetuo es evidente en el mismo. Incluso el divorcio tiene lugar «*animo perpetuam constituendi dissensionem*» (4).

Como se indicó, nada tiene de contrato el matrimonio, según el pensamiento romano, y, de acuerdo con esta tradición, muchos juristas prescinden en sus definiciones de considerarlo como contrato. Valga, en representación de los pandectistas, y para evitar una serie de definiciones, la de Windscheid, en cuyas Pandectas,

(1) Dig., 24, 1, 32, 13.

(2) Dig., 50, 17, 30.

(3) Dig., 35, 1, 15.

(4) Dig., 24, 2, 3.

vertidas al italiano, se lee que el matrimonio es «L'unione dell'uomo e della donna a indivisa comunanza di vita» (1).

#### EL MATRIMONIO EN EL DERECHO CANÓNICO

Para encontrar la teoría de la naturaleza contractual del matrimonio es necesario recoger las ideas del derecho canónico medieval, el cual, aun recogiendo la doctrina jurídica romana, la altera profundamente.

La referida alteración—de valor y acierto discutibles en cuanto a la técnica, pero esencial y justísima en cuanto al fondo—se imponía necesariamente, pues es doctrina cristiana, y una de las más evidentes manifestaciones de la pureza y elevación de la moral católica, la indisolubilidad del vínculo matrimonial, ya que, aparte de las razones puramente naturales, el matrimonio es, entre cristianos, un sacramento.

¡Era, pues, necesidad ineludible para los canonistas llevar al derecho la indisolubilidad del matrimonio y el carácter sacramental del mismo.

La adaptación de los principios romanos, técnicamente poco comprendidos, se llevó a cabo no sin alguna violencia en los mismos. La *affectio maritalis*, elemento espiritual del matrimonio romano, y puesta de relieve en los textos citados, fué desligada del elemento material, cosa que hubiera sido inconcebible para un jurista romano. Junto a esto, habiendo de comenzar el matrimonio con la recepción del sacramento, y siendo por ello indisoluble, la «*affectio maritalis*»—equiparada al «*consensus*», en el sentido de prescindir del elemento material—, toma un valor que ya no es vivificador constante del matrimonio, en el sentido de que debe prolongarse todo lo largo de la vida matrimonial, ésta ya no cesa cuando el consentimiento falta. El nuevo valor atribuido a la «*affectio maritalis*» es un valor de consentimiento constitutivo e inicial: basta con que exista al contraerse el matrimonio.

Si, supuesto cuanto antecede, se tiene en cuenta que un texto del Digesto define el pacto como «*duorum vel plurium in idem pl-*

(1) Windscheid, *Pandectas*, trad. it., Turín, vol. III, pág. 1, párr. 489.

«*citum consensus*», y que ésta fué la definición más admitida para los contratos en época posterior (1), no parecerá extraño que se abriese paso la concepción contractual del matrimonio.

Naturalmente, la consideración del matrimonio como contrato tropieza inmediatamente con la dificultad que mayor interés se tiene en superar; es decir, una vez reconocido el valor del consentimiento para la constitución del matrimonio, surge el problema de que en todos los contratos el mutuo disenso tiene el mismo valor anulador que la aquiescencia mutua lo tuvo constitutivo. Esta magna dificultad se resuelve, de manera un tanto artificiosa, declarando que el matrimonio es un contrato especialísimo y distinto de todos los demás.

Tal es, en muy breve exposición, la alteración canónica de la doctrina romana. La «*maritalis affectio*» pasa a ser el «*consensus*» inicial constitutivo e irreversible, mientras que el elemento de hecho se hace más material aún, confundiéndose con la cópula carnal, y de ahí se origina la distinción del matrimonio en rato y consumado, la cual, a su vez, da lugar a la famosa disputa entre las escuelas de París y Bolonia acerca del valor de la cópula y del momento de perfección del contrato matrimonial, de la que aun hoy día quedan reminiscencias en el derecho canónico.

MIGUEL ROYO MARTÍNEZ,

Doctor en Derecho

(Continuará.)

(1) Dig., 2, 14, 1, 2.

## LA FE NOTARIAL

Bajo este epígrafe, en *La Notaría* (1) correspondiente al 25 de Febrero último, publican los Notarios residentes en Manresa un bien escrito y sentido artículo, en el que, abogando más por el fuero que por el huevo, se duelen, y con razón, de la ofensa inferida al ilustre y abnegado Cuerpo Notarial con el desplazamiento en que se le ha tenido en la formalización de inventarios de los bienes que pertenecieron a la disuelta Compañía de Jesús, y de los que se ha incautado, en nombre del Estado, el Patronato que para tal fin se creó.

Sistematicamente se ha prescindido de los servicios notariales en las indicadas diligencias, no obstante determinar el artículo 3.<sup>º</sup> del Decreto de 6 del próximo pasado Febrero que tal función sería desempeñada *indistintamente* por los Notarios y por los demás funcionarios al efecto habilitados.

Bastaría con el solo hecho de la facultad que el Decreto concede para acudir indistintamente a unos u otros fedatarios para que la *interior satisfacción* del Notariado se hubiese visto perturbada por el intrusismo de funcionarios que, si muy dignos y muy honorables, son ajenos a su Cuerpo; y si a esta consideración se agrega la de que, *prácticamente*, esa facultad de solicitud indistinta ha sido convertida en la de solicitud *exclusiva* de los extraños al Notariado, se comprenderá que al quebranto de la interior satisfacción se una el dolor que el injustificado agravio produce. Y que el agravio ha existido no cabe dudarlo, por cuanto no sólo ha sido la deliberada exclusión del Notariado la que se ha practicado, sino que además, y para mayor *inri*, en algún caso

(1) Órgano oficial del Ilustre Colegio de Notarios del territorio de la Audiencia de Barcelona.

en que sus individuos comenzaron a actuar tuvieron que suspender su tarea en virtud de orden telegráfica de la autoridad que en la materia intervenía para que fuera continuada por los habilitados.

Desconozco los motivos de alta política que hayan podido existir para que los Poderes públicos adoptasen tal medida; y muy graves han debido de ser cuando no se ha vacilado en estigmatizar públicamente, y por la autoridad del Notario mayor de la República (1) a todos los individuos que al Notariado pertenecen. Porque no hay que andar con eufemismos: el ordenar que invadan el campo de actuación propio de los Notarios otros funcionarios de distintos Cuerpos, y el excluir a aquéllos, prácticamente, del ejercicio de la fe pública, es manifestar paladinamente que no inspiran confianza al Estado para el desempeño de su función. Y si institución de confianza es el Notariado, ¿no padece éste en su esencia al ser aquélla repudiada por el Estado? ¿En qué situación queda el Notario, ante el público, si el Estado, por medio de sus autoridades, demuestra que no confía en la fe notarial?

No es de creer que estas consideraciones hayan pasado inadvertidas al redactarse el Decreto de 6 de Febrero, pues el no haberlas tenido en cuenta argüiría una excesiva y censurable ligereza en el Ministro responsable que lo refrendó, y como no cabe suponerla, y desde luego hay que rechazarla, dado la ilustre personalidad que hoy regenta la cartera de Justicia, es necesario admitir que altas y graves razones de política han determinado la adopción de la medida que comenté.

Supuesta, pues, tal necesidad, voy a examinar la cuestión única y exclusivamente desde el punto de vista especulativo, ya que, por mi condición de hombre de ley, romántico enamorado del Derecho y constante defensor del mismo en todos los momentos y en todas las circunstancias, no puedo sustraerme a la necesidad de salir, una vez más, a la palestra a romper otra lanza en su favor.

En los ya lejanos años en que frecuentaba las aulas de la Universidad Central aprendí de los más ilustres maestros del Derecho

(1) La ley del Notariado dice Reino, mas, desaparecido éste, será República.

cho ciertos principios inmanentes, que luego, al correr del tiempo, he visto desconocidos, negados y atropellados por determinaciones del Poder ejecutivo, siendo los atropellos que más dolor me causaban los que se cometían en el vetusto caserón de la calle de San Bernardo, el que, por llevar el calificativo de *Justicia*, parece debiera ser el más fiel guardador de ella. Bien es verdad qué a la *Justicia* le antepónía la *Gracia*; mas, ¡ay!, ¡cuántas disposiciones de aquel departamento salidas si tenían muy poca de la segunda carecían en absoluto de la primera! Aun mana sangre la herida que en mi espíritu jurídico causó el famoso Real decreto de 2 de Junio de 1922, que hizo jirones la ley Hipotecaria, y que hasta hace muy poco tiempo no fué derogado, al restablecer aquélla en todo su vigor y pureza.

Ya mucho antes de implantarse la dictadura del general Primo de Rivera existía ésta *de hecho* en materia legislativa, pues por medio de Reales decretos se derogaban y vulneraban las leyes y se abrían portillos en ellas; por Reales órdenes y aun por simples circulares de las Direcciones generales se modificaban los Reglamentos y los Reales decretos, y aun por simples Reales órdenes comunicadas, que no se publicaban en la *Gaceta*, se modificaban artículos reglamentarios, que, invocados en defensa de actos administrativos, eran declarados inexistentes por los Tribunales contenciosos, en virtud de disposiciones comunicadas, en ocasiones a quien ni siquiera era parte en el expediente.

Eran vicios del antiguo Régimen, pero tan arraigados, tan consustanciales con el modo de actuar la Administración pública, que la Dictadura casi no hizo otra cosa que dejarse llevar *del santo precedente* para la mayor parte de su actuación.

Es tal la fuerza del impulso adquirido en esta materia, que el nuevo Régimen implantado en España (especie de máquina lejadora para el lavado de todo lo existente) aun no ha podido librarse de él, y en ocasiones, y sin darse cuenta, incide en el mismo censurable defecto, vicio, corruptela o como quiera llamarse.

Tal ocurre con el Decreto de 6 de Febrero último, por el que se habilita a los Magistrados, Jueces y Registradores para el ejercicio de la fe pública, siquiera limitado a los fines que en el mismo se determinan.

Este Decreto no es, en realidad, más que la extensión a un

caso nuevo del previsto en el artículo 164 del Reglamento Notarial, el que, a su vez, declara permanente el Real decreto de 7 de Febrero de 1918, que extendió a diferentes funcionarios el ejercicio de la fe pública para el día de las elecciones de Diputados a Cortes que iban a celebrarse.

Entre los dos Decretos, que distan entre sí catorce años menos un día, no hay más diferencia que la del fin a que se encamina el ejercicio de la fe pública y la inclusión de los Jueces como funcionarios que pueden ejercerla, que no estaban incluidos en el primero y sí lo están en el segundo. Fuera de tales diferencias, no existen otras entre ambas disposiciones dominantes del mismo Ministerio; y si es indudable que, por modificar el segundo lo en el primero establecido, es una disposición ajustada a los principios del Derecho y perfectamente constitucional, ya que por lo que por un Decreto se dispone por otro puede ser modificado o derogado, no lo es menos que por ser el del año 18 anticonstitucional, anticonstitucional es el artículo 164 del Reglamento del Notariado, y, por ende, el Decreto de 6 de Febrero último, por ser secuela de aquéllos. Son tres generaciones; mas como el progenitor de la primera nació con esa tara, por ley de herencia la ha transmitido a sus sucesores.

Ni por un momento abrigo la duda de que el actual Ministro de Justicia haya creído que refrendaba un Decreto anticonstitucional. Es más: tengo la convicción de que lo ha estimado perfectamente ajustado a los más puros principios, tanto del derecho constituyente como del constituido, pues de no haberlo juzgado así, en vez de promulgar un Decreto hubiese llevado a las Cortes un proyecto de ley con carácter urgente, y es seguro que éstas no le hubiesen negado su aprobación inmediata.

Quede, pues, sentada, y creída por mi parte; la buena fe del Ministro. Pero esta buena fe no empece para que el Decreto sea anticonstitucional, ya que *errare humanum est.*

Voy a probar mi aseveración.

Es precepto contenido tanto en la derogada Constitución del 76 como en la vigente, que la facultad de hacer las leyes reside en las Cortes. Antes, con el rey; hoy, en ellas solas, como únicas representantes de la Soberanía Nacional.

El Código civil, que es ley, y que aun está en vigor, precep-

túa en su artículo 5.<sup>o</sup> que las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores.

Ahora bien: toda modificación de una ley supone la derogación total o parcial de la misma, según que la modificación afecte a la totalidad de ella o sólo a una o varias de sus partes; y, por consiguiente, sólo por otra ley votada en Cortes puede hacerse.

Al promulgarse el Real decreto de 1918 estaba en vigor la Constitución del 76, según la cual las leyes habían de hacerse con las Cortes y con el rey, hasta el punto de que si faltaba uno de ambos requisitos, la disposición que se promulgase no tendría fuerza legal. Si un proyecto se votaba y aprobaba por las Cortes (Congreso y Senado), pero no obtenía la sanción real, no era ley. Si, por el contrario, llevaba la firma regia, pero no había sido aprobada por las Cortes, tampoco lo era.

El Real decreto del 18, como su nombre indica, no era ley, puesto que no había obtenido la aprobación de las Cámaras, y como esta real disposición modificaba la ley del Notariado, era contraria a lo dispuesto en el artículo 5 del Código civil, y, por lo tanto, ilegal y anticonstitucional.

Y que modificaba la ley del Notariado no ofrece duda. Este, en su artículo 1.<sup>o</sup>, dice: «El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales. Habrá en todo el Reino una sola clase de estos funcionarios.»

A su vez, el artículo 11 establece: «Los Notarios serán de nombramiento real»; y el artículo 12 determina: «Las Notarías se proveerán por oposición.»

Luego si no hay más que una sola clase de Notarios, si éstos han de ser nombrados por el rey (estamos en el año 18, ¿eh?), previa oposición, para establecer otra clase de Notarios, siquiera fuese con un fin restringido, y para variar las normas de provisión y nombramiento, se precisaba de una ley.

La disposición a que me vengo refiriendo creó una nueva clase de Notarios: los electorales; varió la forma de provisión, que no se hacía por oposición, sino por el lugar alfabético de unas listas de profesiones; y cambió la forma del nombramiento, que en vez de ser real quedó convertido en presidencial de Audiencia. ¿Tenía virtualidad para ello? No. Rotundamente no, pues qué

carecía de la condición de ley: Era una disposición ilegal, por ser contraria al Código civil, y anticonstitucional, por no estar votada en Cortes.

Pues bien: este Decreto, que fué efímero y que ya había muerto, fué revivido e incorporado definitivamente al Reglamento Notarial; mas comoquiera que los reglamentos sirven para desenvolver los preceptos legales, pero no para modificarlos ni derogarlos, al modificar los de la ley del Notariado mediante la adopción del censurado engendro del 18, se incorporó un precepto anticonstitucional e ilegal, y con esa mácula vivirá el artículo 164 mientras perdure.

El Decreto de 6 de Febrero del año actual es una consecuencia de dicho precepto reglamentario, y, como tal, adolece del mismo defecto de que su causa se halla afectada, aun contra la voluntad del Ministro que lo refrendó.

Mas no es sólo la ley del Notariado la que infringió el Real decreto del 18, y por rebote o carambola el del presente año, sino otras varias, y entre ellas, muy especialmente, la Hipotecaria, que en su artículo 300 determina categóricamente que el cargo de Registrador es incompatible, entre otros, con el de Notario. Por virtud de ambas disposiciones, desaparece esta incompatibilidad mediante el ejercicio simultáneo de las dos funciones, siquiera la notarial quede reducida a un fin concreto y determinado, sin que sea óbice para que la simultaneidad se produzca el hecho de que la última se desempeñe en localidad distinta a la del Registro, pues aun cuando en éste actúe el sustituto, lo hace en nombre y bajo la responsabilidad del Registrador.

Es de suponer que la virtualidad del Decreto de 6 de Febrero del año en curso haya ya pasado, pero ante la eventualidad de que en lo sucesivo puedan presentarse casos que requieran nuevas disposiciones de índole parecida, sería conveniente que por las Cortes se promulgase la oportuna ley autorizando al Ministro de Justicia para que, en casos de urgente necesidad, y *siempre en defecto de Notarios*, pudiese habilitar a los funcionarios que tuviere por conveniente para el ejercicio de la fe pública en asuntos concretos y circunstanciales.

Lo primero que hay que hacer es dar carácter de legalidad a la disposición, para que no se repita el caso actual de carecer de

él ; después, no inmiscuir a los funcionarios de un orden en lo que es propio de otros, muy particularmente tratándose del ejercicio de la fe pública ; y, por último, cuando las necesidades de la realidad obliguen a pasar por ello, que la habilitación no pueda darse nunca más que para intervenir en defecto de Notarios, pero en manera alguna en concurrencia con ellos, y mucho menos con exclusión de los mismos.

Y no me extiendo más. Como Registrador, agradezco al excelentísimo Sr. Ministro de Justicia la confianza que el Cuerpo a que me honro en pertenecer le ha merecido, para transitoriamente depositar en él la fe pública en la delicada misión que le ha confiado ; mas como compañero entrañable de los Notarios lamento haber tenido que inmiscuirme en sus funciones propias, aceptando un honor que sólo a ellos pertenece, y a cuya aceptación me ha obligado el acatamiento al Poder público y la obediencia debida al superior jerárquico.

JOAQUÍN NAVARRO Y CARBONELL,

Registrador de la Propiedad.

# El Derecho de opción y la Reforma agraria

En la Memoria de este año, sin pretensión científica ninguna, y sólo cumpliendo el precepto reglamentario, sin olvidar la época en que vivimos, donde todos los radicalismos y todas las audacias tienen su asiento, decíamos, poco más o menos, lo siguiente:

El derecho de opción puede constituirse voluntariamente o por ministerio de la Ley; esta última forma de constitución da origen a lo que pudiera llamarse «opción legal». Su legitimidad es indiscutible, si el motivo que origina esta forma de opción es un interés público evidente y justo. Tal sucede, por ejemplo, con la opción que establece el artículo 23 de la ley del impuesto de Derechos reales y artículo 221 de su Reglamento. El Estado tiene el derecho de adquirir para sí con destino a un servicio público, cualesquiera bienes inmuebles que hayan sido objeto de alguna transmisión, tanto intervivos como mortis causa, siempre que exceda del 25 por 100 la diferencia entre el valor declarado y el que resulte de la comprobación administrativa, pero entendiéndose que no hay ocultación maliciosa cuando el contribuyente hubiere facilitado espontáneamente a la Administración los medios de comprobación reglamentarios.

Esta opción legal es justísima, porque se funda en el interés público de poner límites a la ocultación del valor en los bienes sujetos al impuesto. Además, su reglamentación es equitativa, porque el Estado abona por los bienes un precio que el transmitente no puede considerar lesivo, porque ha sido fijado libremente por él mismo. Todavía el Estado paga con creces el valor de afición, ya que al valor declarado añade, para fijar la indemnización, un 25 por 100 más.

No es inscribible esta opción; no obstante, creemos que perjudica a terceros, suponiendo que es aplicable el mismo tratamiento hipotecario que para las acciones de retracto legal establece el número 2.<sup>º</sup> del artículo 27 de la ley Hipotecaria.

De otra especie de opción legal nos vamos a ocupar, si no con la extensión que merece, indicando sumariamente su naturaleza y requisitos.

El último proyecto de Reforma agraria crea, a favor del Estado, una opción sobre todas las fincas especificadas en la base sexta y que radiquen en las catorce provincias a que se ha de aplicar la Reforma.

En el desarrollo de esta institución se notan gravísimos defectos; es el primero el relativo a la determinación del precio de compra. En la opción voluntaria ese precio se fija libremente por el optatario y el optante. En la opción legal del artículo 23 de la ley del impuesto de Derechos reales también interviene en la fijación del precio la voluntad del optatario o transmitente. Pero en el proyecto de Reforma agraria es el Estado el que únicamente y de un modo automático determina el precio de adquisición de la finca. La tendencia, además de ser peligrosa, es injusta; consiste, según la base 8.<sup>a</sup>, en capitalizar la renta catastral o amillarada a un tipo que varía desde el 5 por 100, que es el más favorable al propietario, hasta el 20 por 100, que es casi una confiscación. Si esta escala de capitalización fuese equitativa, debería aplicarla el Estado para determinar la base liquidable en el impuesto de Derechos reales. Otro grave defecto es el de la duración indefinida de esta opción, según el proyecto. En la opción legal del artículo 23 de la ley del impuesto de Derechos reales, el plazo para ejercitarse el derecho es de seis meses; en la Reforma agraria que se proyecta no hay plazo determinado. En efecto, según la base 6.<sup>a</sup>, la Junta Central procederá al inventario de las tierras susceptibles de expropiación; por lo tanto, la opción durará tanto tiempo, al menos, como invierta dicha Junta en hacer el inventario. Pero como no es de suponer que el Estado, hecho el inventario, proceda inmediatamente a la incautación y expropiación de todas las fincas inventariadas, sino que esa incautación será paulatina, es decir, que se hará a medida que lo vaya exigiendo el asentamiento del cupo de campesinos que anualmente se fije, re-

resultará de todo ello que mientras unas fincas podrán ser expropiadas el primer año de la vigencia de la ley, las demás fincas se expropiarán en años sucesivos, según lo vaya permitiendo el estado económico de la Hacienda pública. Es, pues, evidente que el plazo de duración de la opción es indefinido, que puede durar años, y que necesariamente ha de ser así, por ser muy cuantioso el coste total de la Reforma.

En la determinación de las fincas a que la Reforma agraria ha de extenderse, es donde vemos el mayor peligro para el crédito territorial y, por lo tanto, para la institución del Registro de la Propiedad. Si la Reforma se aprueba tal como se proyecta, quedarán clausurados ciento cincuenta Registros, es decir, todos los de las catorce provincias a que se ha de aplicar la Reforma, excepción hecha de los Registros de capital de provincia, por la importancia grande que en ellos tiene la propiedad urbana.

Examinemos brevemente la base 6.<sup>º</sup>, que es la que fija las características que han de reunir las fincas a que ha de aplicarse la Reforma agraria. El orden de expropiación de ellas es el siguiente :

1.<sup>º</sup> «Los adjudicados al Estado o a la Provincia por razón de débito, herencia o legado, y cualquiera otra que posea con carácter de propiedad privada.»

Constando en la inscripción registral, como ha de constar necesariamente, el nombre de la entidad propietaria, Estado, Provincia, queda perfectamente determinada la inclusión de la finca en el régimen de Reforma agraria. Por consiguiente, respecto de estas fincas no habrá conflictos hipotecarios creados de buena fe. Unicamente advertimos que el número de fincas de esta procedencia es muy escaso, y más escaso su valor. Por otra parte, los fines que la Reforma se propone se conseguirían, en cuanto a estas fincas, con sólo poner en vigor los preceptos de la legislación desamortizadora, modificando únicamente la Instrucción de 15 de Septiembre de 1903, en el sentido de admitir como licitadores en la subasta de estas fincas sólo a los obreros campesinos habitantes del término municipal donde las fincas radicaran y subvencionando en mayor o menor escala a los rematantes.

2.<sup>º</sup> «Las fincas cuya apropiación se hubiera hecho a «título

de señorío» y que se hayan transmitido, hasta llegar a sus actuales dueños, por herencia, legado o donación.»

Sabido es que los señoríos fueron abolidos por Decreto de las Cortes de Cádiz de 6 de Agosto de 1811, y que el Registro de la Propiedad se implantó en 1.<sup>º</sup> de Enero de 1863, y aunque, para los efectos del derecho transitorio, el Registro moderno se conectó con las antiguas Contadurías de hipotecas, es lo cierto que en la actualidad los asientos de esas Contadurías han caducado en cuanto a tercero (artículo 402 de la ley Hipotecaria) y sólo el contenido del Registro moderno es el que acredita el verdadero estado jurídico de los inmuebles inscritos. Por consiguiente, no determinando el Registro si la finca inscrita es o no de origen señorial, aprobada la Reforma agraria, el que pretenda adquirir su dominio o cualquier derecho real, de nada le servirá examinar el Registro, y para tener seguridad de que no tiene origen señorial la finca objeto de la adquisición, necesitará examinar toda la titulación de ella en orden ascendente, hasta llegar a su *adquisición originaria*, salvo el caso de que en dicha titulación se interpole una transmisión dominical de carácter oneroso.

3.<sup>º</sup> «Los incultos susceptibles de un cultivo permanente y económico en más de un 50 por 100 de su extensión superficial.»

4.<sup>º</sup> «Los manifiestamente mal cultivados, según dictamen técnico y reglamentario.»

Agrupamos estos dos números porque la crítica que merecen es idéntica. Se trata de fincas que por estar indebidamente incultas o mal cultivadas, el proyecto las incluye en la Reforma agraria, fundándose en la función social que la propiedad debe realizar. El fundamento es, desde luego, moral; y acreditado, mediante dictamen técnico, el hecho de estar incultas o mal cultivadas, quedan de derecho sometidas dichas fincas a la expropiación. Pero por la misma razón, aprobada la ley, será necesario dictamen técnico acreditativo de que la finca que se pretende adquirir está cultivada en más de la mitad de su extensión, y además, bien cultivada. No acreditará, pues, el Registro el verdadero estado jurídico de la finca inscrita, ya que la facultad de disponer atribuida al titular según el Registro, quedará anulada por un hecho extraregistral, como el estar inculta o mal cultivada, a no ser que el documento que acredite ese hecho, o sea el dictamen técnico, se inscriba en el Registro.

5.<sup>º</sup> «Las que debiendo haber sido regadas por existir un embalse y establecer la Ley la obligación del riego, no lo hayan sido aún.»

La función social de la propiedad jusifica en este caso, como en los dos anteriores, la inclusión en la Reforma de las fincas a que se refiere el número 5.<sup>º</sup>. Nada tememos que alegar en contra de ese fundamento, pero repetimos lo dicho anteriormente: si el Registro de la Propiedad tiene por finalidad dar certidumbre al dominio y a los demás derechos reales, se quebranta esa certidumbre si por causas *que no constan en el Registro* (como el incumplimiento de la obligación de regar), se priva al adquirente de un derecho inscrito.

6.<sup>º</sup> «Las que hubieran de ser regadas en adelante con agua proveniente de obras hidráulicas costeadas en todo o en parte por el Estado.»

En este caso se trata de fincas cuya inclusión en la Reforma dependerá de nuevos establecimientos de riegos cuyas obras sean, en todo o en parte, costeadas por el Estado. Es posible, pues, armonizar la Reforma con el régimen de publicidad del Registro, disponiendo que, por nota al margen de la inscripción de las fincas comprendidas en las zonas de nuevos riegos, se haga constar el derecho de opción que el Estado adquiere en virtud de este número 6.<sup>º</sup>. De ese modo el tercero quedará advertido de que la facultad de disponer que ostenta el titular está limitada por la opción del Estado. Claro que esas fincas, desde el momento en que conste en el Registro esa limitación dominical, quedan prácticamente fuera del mercado inmobiliario, pero no habrá un daño injusto para el tercero.

7.<sup>º</sup> «Las explotadas sistemáticamente en régimen de arrendamiento a renta fija en dinero o en especie durante doce o más años, excepción hecha de las arrendadas en nombre de menores o incapacitados.»

Si la ley que se proyecta no tuviera efectos retroactivos, el caso del número 7.<sup>º</sup> significaría solamente una reforma sustancial en el derecho civil positivo: la limitación de la facultad de arrendar; limitación en el sentido de ser causa de expropiación si se ejercitaba por más de doce años consecutivos. De aquí la consecuencia que sólo podrán ser propietarios de fincas rústicas, en lo

sucesivo, los cultivadores, quedando excluidos de esa propiedad los individuos pertenecientes a las demás profesiones. Y si se tiene en cuenta, además, que es causa de expropiación, según la Reforma, el cultivo manifiestamente malo (número 4.<sup>º</sup>) y el cultivo deficiente (número 8.<sup>º</sup>), resultaría de hecho que sólo los ingenieros agrónomos o peritos agrícolas estarían capacitados para ser propietarios. Pero como la Reforma tiene efectos retroactivos, todas las fincas que a la fecha de la aprobación de la ley hayan estado arrendadas durante más de doce años quedarán sujetas a la Reforma, y, por lo tanto, los dueños de ellas no pueden realizar actos jurídicos de disposición con plena eficacia legal, y el Registro de la Propiedad no reflejará ya el verdadero estado jurídico de los inmuebles registrados, toda vez que el arrendamiento, que en ciertos casos es inscribible (número 5.<sup>º</sup> del artículo 2.<sup>º</sup> de la ley Hipotecaria), en la inmensa mayoría no es inscribible.

8.<sup>º</sup> «Las situadas a distancia menor de dos kilómetros del casco de los pueblos o agrupaciones urbanas de menos de 25.000 habitantes de derecho; cuando su extensión exceda de 50 hectáreas de secano y cinco hectáreas en lo de regadío y no sean cultivadas directamente por sus dueños o lo estén deficientemente.»

Como los pueblos mayores de 25.000 habitantes en las provincias a que se extiende la Reforma son muy escasos, puede afirmarse que todas las fincas de la cabida expresada sitas a distancia menor de dos kilómetros del casco del lugar están sujetas a la Reforma, si no están cultivadas por su dueño o lo estén defientemente. Y como para cultivar de un modo eficiente se requieren no sólo conocimientos técnicos, sino también recursos económicos de importancia, dado el actual estado de la economía agrícola, desastroso por la mala cosecha del último año y por la depreciación grande de las fincas, resultará, en definitiva, que si se aprueba la Reforma este año, todas las fincas de la extensión dicha dentro del radio expresado quedarán expropiadas.

9.<sup>º</sup> «Las pertenecientes a un solo propietario, cuando su extensión exceda de la quinta parte del término municipal en que estén enclavadas, con reserva a favor del expropiado de una porción cuya renta catastral no pase de 3.000 pesetas.»

Raro es el caso a que se refiere este número, pero la excepción

ción en él establecida se formula con tal vaguedad, que para los efectos hipotecarios es como si no existiera. ¿Qué finca o parte de finca se permite conservar al propietario? El proyecto fija la excepción en relación con la renta catastral, y, por lo tanto, mientras esa determinación no se realice y se haga constar en el Registro, toda la extensión territorial de ese propietario quedará inutilizada para el crédito territorial.

10.<sup>º</sup> «Las propiedades pertenecientes a toda persona natural o jurídica en la parte de su extensión que exceda de las cifras que señalen las Juntas provinciales para cada término municipal...», etcétera.

Se pretende en este caso limitar el cupo de propiedad rústica perteneciente a cada persona; el límite se determina en razón a la extensión de la propiedad, que varía según la clase de cultivo, pero dentro de cifras topes de máximo y mínimo que el proyecto señala a la potestad de las Juntas provinciales. Se trata, pues, de una limitación de carácter personal, no de carácter real; y en consecuencia, según este precepto, una finca inscrita, aunque sea de menor extensión que la indicada, quedará sometida a la Reforma si el propietario es titular, en cualquier parte de España, de fincas que excedan del límite fijado en el proyecto. Es decir, que una finca de una hectárea puede ser expropiada con arreglo a este número, si su propietario es dueño de fincas que excedan del cupo que señala el proyecto. Por el contrario, si la limitación fuese de carácter real, sólo se expropiarían, por virtud de este número, las fincas de extensión superior a la indicada en la ley, y como la cabida del inmueble es requisito que consta en el asiento registral, quedaría advertido el tercero de la limitación dominical impuesta al titular por la Reforma agraria.

Resumiendo lo expuesto, dada la imprecisión, desde el punto de vista hipotecario, de las características que el proyecto establece para determinar las fincas sujetas a la Reforma agraria, casi toda la propiedad rústica radicante en las provincias a que afecta el proyecto queda inutilizada para el crédito territorial, por desconocerse legalmente si está o no dentro de la Reforma. A medida que la Junta Central vaya inventariando las tierras susceptibles de expropiación, conforme a la base 6.<sup>a</sup>, se podrá ir armonizando el Registro de la Propiedad con la realidad jurídica. Finca

que inventarié la Junta, quedará fuera del régimen privado de propiedad, y haciendo constar aquella circunstancia en la inscripción de dominio respectiva, quedará cerrado el registro de esa finca. Pero el inventario total de las fincas a expropiar ha de durar mucho tiempo, quizá años, y durante ese tiempo toda la propiedad rústica de las catorce provincias a que se aplique la Reforma, amenazada de expropiación, quedará de hecho fuera del comercio jurídico y completamente inútil para el crédito territorial.

Si la Reforma que se proyecta fijara con claridad meridiana, y adaptándose a las normas hipotecarias vigentes, cuáles eran las fincas sujetas al nuevo régimen, en tal caso, haciendo constar en el Registro, por los procedimientos reglamentarios, el derecho del Estado a expropiar dichas fincas, quedaría cercenado el crédito territorial, pero sólo en cuanto a esas fincas, y todas las demás, excluidas de la Reforma, seguirían siendo objeto de propiedad privada y susceptibles de negocios jurídicos.

Mas como las características que fija la base 6.<sup>a</sup> son de tal índole que exigen un estudio muy complejo de la titulación, circunstancias agronómicas, hidráulicas, estados posesorios arrendatarios actuales y pasados, cómputos de propiedad de cada propietario, mediciones de predios, cálculos de distancia a los centros de población, etc., etc., todo ese estudio supone tanto tiempo, que han de pasar años hasta ultimar el inventario por la Junta Central.

Mientras tanto, la propiedad rústica de esas provincias quedará fuera de la circulación y cerrados de hecho los ciento cincuenta Registros de la Propiedad que hay en ellas.

AMBROSIO R. CAMAZÓN,  
Registrador de la Propiedad.

# La propiedad inmueble en Marruecos.

## LA OBRA LEGISLATIVA FRANCESA

Al implantarse el régimen del Protectorado, en cumplimiento del Tratado francomarroquí de 1912, se hallaba sumido—el Imperio xerifiano—en un estado de anarquía, sobre todo en lo administrativo. Las contiendas entre las tribus, con éxito alternativo y apropiación consiguiente por la tribu vencedora de los bienes de la vencida, producían como resultado no raras veces títulos dobles—o varios—respecto al mismo inmueble. Del abandono de los servicios administrativos se aprovechaban los funcionarios, caides, bajás, visires (y algunas veces los sultanes mismos) para apropiarse o enajenar bienes que no les pertenecían. Por todo ello, el problema del ordenamiento jurídico de la propiedad se presentaba en extremo enmarañado, principalmente en cuanto a la titulación; y este estado de cosas requería soluciones inmediatas para poder realizar ensayos de colonización agrícola.

Contribuía, igualmente, a producir ese estado de confusión, el odio de razas manifestado en la tendencia instintiva del moro a engañar al europeo y también la simplicidad de los requisitos exigidos, entonces, para las enajenaciones, que se limitaban a la intervención del *adel* o Notario, para acreditar la venta y entrega del precio. Las cuestiones surgidas con ocasión de estos actos jurídicos se complicaban por la intervención (bajo el supuesto de solucionarlas) del Juez moro (*kadi*); pues, por lo general, resolvía las contiendas en contra del europeo adquirente.

Semejante estado de cosas era perjudicial—en extremo—para

la obra colonizadora europea. Y a fin de terminarlo, adoptó la administración del Protectorado francés—por un *dahir* (1913)—resoluciones tan acertadas como éstas: la *revisión de la titulación*, al objeto de que fuesen devueltos a sus legítimos dueños o poseedores los bienes detentados. Para ello, estableció tres comisiones investigadoras en Fez, Mequínez y Marrakex. Una cuarta comisión, con residencia en Rabat, resolvió (como en apelación) las reclamaciones contra las comisiones investigadoras.

Entre otros resultados útiles, de los trabajos de investigación, puede señalarse la determinación de ciertas notas diferenciales por las que se llegó a distinguir—en Marruecos—estas clases de inmuebles:

1.<sup>º</sup> *Bienes propios del sultán* (personales o constitutivos del patrimonio imperial).

2.<sup>º</sup> *Majzen o del Gobierno* (de dominio público).

3.<sup>º</sup> *Habús o habices o religiosos* (de las mezquitas; *medersas*—donde se enseña el Corán—o de varias *fundaciones religiosas*).

4.<sup>º</sup> *Guix*: pertenecientes, en *usufructo*, a las tribus, que prestan, en equivalencia, el servicio militar, y en *nuda propiedad*, al sultán.

5.<sup>º</sup> *Tribuiales o comunes*: que pueden ser, a su vez, terrenos de cultivo *sorteados entre las familias kabileñas*; o de *aprovechamiento común*.

6.<sup>º</sup> *Melks*: que constituyen verdaderos bienes privados o de particulares, conforme al sentido tradicional romanoeuropeo.

Los bienes a que hacen referencia los párrafos 1.<sup>º</sup> y 6.<sup>º</sup> son los únicos que pueden ser enajenados libremente.

Por consecuencia de la reforma de 1913, habían de exigirse—para la enajenación—estos requisitos:

El vendedor, acompañado del comprador eventual, informa al *kadi* competente de su propósito de vender y le exhibe los títulos (que tuviere) de propiedad para su examen. Verificado por el *kadi*, éste da cuenta al *caid* o *bajá* (*paxa*)—según se trate de fincas rústicas o urbanas—para que autorice la venta.

Estos funcionarios notician el proyecto de venta a la Administración de los bienes (*Majzen o habus o interventor de hincencias vacantes*) para cerciorarse de que la finca es enajenable

y practicar por sí mismo una información, a fin de asegurarse de que el vendedor es, en efecto, dueño.

Entonces el *caid* (o *paxa*) noticia al *kadi* el resultado de su información, y si procede, autoriza la venta.

Previo aviso del *kadi*, los *adul* (Notarios) deslindan el terreno en venta, y si no hay oposición, otorgan el documento, que se anota en un registro que custodia el *kadi*.

Así las cosas, el *caid* confirma la venta, que se consuma por la entrega del precio, poniendo al comprador en la posesión del inmueble.

\* \* \*

Las prescripciones antes indicadas, establecidas para garantía y facilitar las ventas (o transacciones) y las que se dictarán, a fin de llegar a conseguir la *inscripción* de los bienes, han servido para organizar la propiedad inmueble—en la zona francesa—, a base de la *publicidad*, que es precisamente la nota característica de la legislación española en general. Existiendo entre una y otra legislación para las zonas respectivas de influencia coincidencias de fondo, no hay para qué añadir detalles que, sobre dar al estudio presente más proporciones excesivas, impida prestar atención a otros aspectos de la vida jurídica marroquí, por ejemplo, lo relativo al régimen de la propiedad *guix* o bienes de las tribus y su distinción de los bienes del Gobierno (*Majzen*) ; aspectos merecedores de ser tomados en cuenta para su aplicación posible a la zona española.

Los franceses han procurado, ante todo, respetar la personalidad del derecho indígena, y mediante la consideración que otorgaron a las *yemásas* en el gobierno y régimen de los bienes de las tribus, supieron dar plasticidad a los elementos histológicossociales e imprimir a las instituciones jurídicas implantadas en su zona una cierta elasticidad, prenda segura de acierto. Los dahiras de 1914, 1916 y 1919 contienen muy acertadas prevenciones para ultimar lo concerniente a las distinciones o peculiaridades de los bienes *Majzen* y *guix* (del Estado y de la tribu).

Conforme a lo estudiado en el último de los dahiras ya mencionados, en relación a lo decretado en los anteriores :

A. Todas las relaciones jurídicas acerca de los inmuebles, han

de establecerse *directamente* entre el Estado y la tribu; a este fin, se instituyó la *yemâa* de tribu como base de la reforma.

B. Corresponde al Director de los asuntos indígenas, como representante del Estado, la tutela de las *yemâas*. Cuando lo estime conveniente consultará a un Consejo de tutela, compuesto del Consejero del Gobierno xerifiano y un Magistrado francés y dos notables musulmanes.

C. Con autorización del Consejo de tutela, pueden las *yemâas* consentir el arriendo de los bienes a largo plazo, que no excederá de diez años y en las condiciones fijadas en el articulado del respectivo *dahir*. Con la misma autorización pueden ceder a perpetuidad *el disfrute de los bienes colectivos*. Si estuviesen inscritos y con el consentimiento de la mayoría de los miembros de la *yemâa*, fijándose a manera de precio una renta anual.

La propiedad de los bienes colectivos, únicamente podrá ser adquirida por el Estado. Tanto la *yemâa* como el Consejo de tutela deben ser consultados y emitirán informe escrito, según lo estatuido anteriormente, en los casos de expropiación forzosa por causa de utilidad pública.

El Consejo de tutela decidirá, en cada caso, el destino que ha de darse en provecho de las *colectividades*, ya del producto de la expropiación, ya del precio del arriendo a largo plazo.

ANTONIO MARTÍNEZ PAJARES,

Doctor en Derecho.

# Impuesto de Derechos reales

INSERTAMOS A CONTINUACIÓN LAS MODIFICACIONES MÁS IMPORTANTES INTRODUCIDAS EN LA LEY QUE LLEVARÁ FECHA 11 DE MARZO DE 1932, PUBLICADA EN LA «GACETA DE MADRID» DE 8 DE MAYO DE 1932.

*Compraventas.*—La compraventa o cualquier clase de enajenación cuyo precio no exceda de 100 pesetas, estará exenta del impuesto.

*Préstamos.*—Los préstamos personales, pagarés, reconocimiento de deuda, etc., sea cualquiera el documento en que consten, abonarán el 0,40 por 100. Número 56 Tarifa.

Los hipotecarios sólo pagarán como hipotecas. Los con prenda o fianza personal sólo pagarán como fianza.

*Fianza.*—Satisfarán el impuesto a razón del 0,60 por 100, número 28 Tarifa, con excepción de las que tengan que prestar los tutores y sea cualquiera el documento en que consten, sin excepcionar, como antes ocurría, las que se establecieran en documento privado.

*Arrendamientos.*—Satisfarán el impuesto toda clase de arrendamientos, al 0,60 por 100, número 6 de Tarifa, sea cualquiera el

título en que se establezcan. Se exceptúan, apartado XIV, artículo 2.º, los arrendamientos en documento privado de las fincas urbanas (sin distinguir de precio, cual hacía la modificación de 11 de Marzo), y las prórrogas, subarriendos, cesiones, etc., de los arriendos sujetos al impuesto. Continúa la exención para la extinción de toda clase de arriendos.

*Declaraciones juradas.*—Desaparecen de todo el texto de la Ley las declaraciones bajo juramento.

*Ajuar de casa.*—Concepto suprimido.

*Retiros obreros.*—Satisfarán los colaterales de tercer grado (sobrinos y tíos carnales) el 5 por 100 del capital. Los de cuarto grado (primos hermanos, tíos y sobrinos segundos), el 7 por 100 del capital. En todos los grados que siguen, el 10 por 100 del capital.

*Permutas.*—Pagarán al 5 por 100 y al 2,50 por 100, según sean inmuebles o muebles. Antes pagaban al 2,40 por 100 y al 1,20 por 100. Números 52 al 54 Tarifa.

Excepción : las de fincas rústicas cuyo valor no llegue a 200 pesetas, que pagarán al 0,40 por 100. Número 55, Tarifa.

*Herencias.*—No se distingue entre hijos legítimos, naturales, etcétera. Todos pagan el mismo tipo. Número 29 de Tarifa.

Se separan los ascendientes y descendientes por adopción. Número 32. Tarifa.

A partir del número 36 de Tarifa, colaterales de tercer grado, se recargan las sucesiones abintestato con el 25 por 100 de las respectivas cuotas. En el texto anterior de la Ley había desaparecido esta adición.

*Caudal relicto.*—Continúan exentos de este impuesto los padres y los descendientes. También queda totalmente exceptuado el cónyuge viudo, que antes tenía que satisfacerlo por cuota usufructuaria y porción no legítima. Esta excepción no será, sin embargo, aplicable (Orden 9-V-32) a las sucesiones causadas con anterioridad a 14 de Marzo último. No se liquidará este impuesto en las herencias anteriores a 1.º de Marzo de 1926, sea cualquiera la fecha de presentación.

*Vigencia de la Ley.*—Actos o contratos desde el 14 de Marzo

de 1932: A los anteriores a esta fecha les será aplicable la tarifa anterior si se presentan los documentos antes de 1.<sup>º</sup> de Julio próximo y se abona el impuesto en plazo. Hasta dicha fecha, 1.<sup>º</sup> de Julio, dura la exención de multas y recargos para todo el que presente los documentos.

LA REDACCIÓN.

## BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

<b>Capital autorizado . . . . .</b>	<b>100.000.000</b>	<b>de pesetas</b>
<b>Capital desembolsado . . . . .</b>	<b>51.355.500</b>	<b>—</b>
<b>Reservas . . . . .</b>	<b>59.727.756,67</b>	<b>—</b>

**Domicilio social: Alcalá, 14, Madrid**

### CAJA DE AHORROS

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

#### Sucursales en España y Marruecos

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

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

#### CONSIGNACIONES A VENCIMIENTO FIJO

<b>Un mes.....</b>	<b>3</b>	<b>por 100</b>
<b>Tres meses.....</b>	<b>3 1/2</b>	<b>por 100</b>
<b>Seis meses.....</b>	<b>4</b>	<b>por 100</b>
<b>Un año .....</b>	<b>4 1/2</b>	<b>por 100</b>

**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 de la Dirección de los Registros y del Notariado

ADJUDICACIÓN EN PAGO DE DEUDA DE FINCA QUE SE SUPONE RESERVABLE. NO APARECIENDO DEL REGISTRO LA CUALIDAD DE RESERVABLE DE UNA FINCA EN VIRTUD DE DECLARACIÓN DEL RESERVISTA, ACUERDO DE LOS INTERESADOS O PROVIDENCIA JUDICIAL, NO ES ADMISIBLE QUE EL REGISTRADOR LA PRESUMA DE DICHА CONDICIÓN, POR LO CUAL LOS DUEÑOS DEL INMUEBLE, QUE NO LE HAN ATRIBUIDO LA EXPRESADA CUALIDAD, PUEDEN ADJUDICARLA EN PAGO DE DEUDAS, SIN NECESIDAD DE LA JUSTIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DE ÉSTAS, NI DEL CONSENTIMIENTO DE LOS PRESUNTOS RESERVATARIOS.

*Resolución de 29 de Diciembre de 1931. (Gaceta de 17 de Febrero de 1932.)*

Ante el Notario de Córdoba D. Domingo Barber Lloret se otorgó escritura por la que la madre y el marido de una causante, declarados judicialmente herederos de la misma, el último en usufructo legal, reconociendo que aquélla adeudaba a D. Ramón Cid Miralles 4.660 pesetas, le adjudican en pago de deuda el pleno dominio de una suerte de tierra, única finca objeto de la herencia que poseía la fallecida.

El Registrador de la Propiedad de La Rambla suspendió la inscripción «por el defecto subsanable de que teniendo por su origen los bienes que integran la herencia de la causante el carácter de reservables, no se justifica con documento fehaciente la existencia del crédito, en cuyo pago se adjudica la finca al acreedor, o,

en su defecto, el consentimiento de los presuntos reservatarios; tampoco se toma anotación preventiva, por no haberse solicitado».

En el recurso interpuesto por el Notario, el Presidente de la Audiencia de Sevilla confirma la nota del Registrador sólo en cuanto al extremo de no insertar o acompañar a la escritura el documento acreditativo de la deuda, y la Dirección general, con revocación del auto apelado, declara bien extendida la escritura, con las siguientes razones:

Ante todo, es indudable la personalidad del Notario para interponer este recurso, ya que lo que solicita en sus escritos es que se declare que la escritura se halla extendida con arreglo a las prescripciones y formalidades legales, porque el añadir las palabras «y, en su consecuencia, que es inscribible» sólo puede estimarse como la deducción legal de aquella declaración, expresamente reconocida en el último párrafo del artículo 121 del Reglamento hipotecario, toda vez que la no expresión de tales palabras hubiese determinado iguales efectos, siendo, por otra parte, evidente el derecho del funcionario encargado de la fe pública a defender los actos o contratos que autorice por los defectos que se le atribuyan, cuando, como sucede en el presente caso, se discute la nota recurrida dentro del marco señalado por el artículo 124 del Reglamento citado.

Así afirmada la personalidad del Notario, la cuestión de fondo a decidir consiste en determinar si la finca adjudicada en pago de deudas tiene o no la consideración de reservable, quedando a ello subordinados los demás extremos de la nota del Registrador, referentes a la justificación de la existencia del crédito o al consentimiento de los presuntos reservatarios.

La reserva lineal establecida por el artículo 811 del Código civil se especifica por la circunstancia de que los bienes afectados por ella entran en el dominio del ascendiente reservista, sujetos a una condición resolutoria, consistente en que a la muerte de aquél vivan parientes del tercer grado pertenecientes a la línea de procedencia.

Para que esta condición pueda surtir cualquier clase de efectos hipotecarios, y especialmente perjudicar a terceros, por actos o contratos que celebren sobre inmuebles o derechos reales en ellos constituidos, es preciso que estos bienes y derechos estén cualifi-

cados como reservables expresamente en el Registro de la Propiedad correspondiente, en la forma que previenen los artículos 191 de la ley Hipotecaria y 225 del Reglamento para su ejecución.

Mientras esto no conste realizado, no es admisible que el Registrador, por conjeturas más o menos verosímiles, establezca la presunción de ser reservables determinados bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre los mismos, porque aquella cualidad no depende exclusivamente de la procedencia inmediata de los bienes en el patrimonio del descendiente, ni el título adquisitivo por parte del ascendiente que se supone reservista, sino también de la existencia de parientes de tercer grado en la línea de procedencia y aun de otras circunstancias cuya apreciación no corresponde al Registrador, y en consecuencia, aquella cualidad sólo puede establecerse eficazmente a los fines hipotecarios por declaración del reservista, por acuerdo de los interesados o por providencia judicial en uso de las facultades privativas de los Tribunales de Justicia.

Para salvaguardia y eficacia de los derechos expectantes de los reservatarios, durante la vida del ascendiente reservista, la ley Hipotecaria, en sus artículos 165, 168 y 199, en relación con los 191 y siguientes, confiere medios de declaración de la cualidad de bienes reservables y de aseguramiento hipotecario de los mismos, que los interesados pueden usar libremente cuando quieran amparar aquellos derechos.

A no aparecer que conste en el Registro la cualidad de reservable de la finca adjudicada en pago de deudas, ni pudiendo dársele tal carácter por la indicación que se dice hecha en el auto de declaración de herederos, es manifiesto que la madre y el marido de la causante, que no atribuyen a la finca la referida cualidad, pueden hacer la adjudicación en pago sin necesidad de justificación alguna respecto de la existencia de las deudas, ni del consentimiento de unos presuntos reservatarios que no han usado de su derecho, sin que, por consecuencia, se delimitase éste, ni quizá pudiera delimitarse en cuanto a su extensión y realidad.

**MANDATO. EL DEFECTO DE FALTA DE ATRIBUCIONES EN UN APODERAMIENTO NO APARECE SUBSANADO CON UNA ESCRITURA DE ACLARACIÓN EN LA QUE SÓLO CONCURRE EL APODERADO, Y UNA CERTIFI-**

CACIÓN DEL AYUNTAMIENTO EN LA QUE SE ACLARA LA EXTENSIÓN Y LÍMITES DE UN PAGO O TÉRMINO.

*Resolución de 30 de Diciembre de 1931. (Gaceta de 25 de Febrero de 1932.)*

Ante el Notario de Madrid D. José María de la Torre Izquierdo se otorgaron escrituras de 4 y 5 de Agosto de 1930, en las que D. José Espinar Garrido, como mandatario de D. Juan López Soler, vende a D. Rafael Espinar Garrido determinadas participaciones en la totalidad de las minas y demásías a las minas que se describen, sitas en el término de Níjar (Almería).

El Registrador de la Propiedad de Sorbas puso en cada escritura la siguiente nota :

«Inscrito el precedente documento en cuanto a la mina denominada «Tesoro aurífero» y sus tres demásías, al folio ..., tomo... ; suspendida la inscripción respecto a las demás minas y demásías comprendidas en el mismo, por el defecto subsanable de carecer de atribuciones D. José Espinar Garrido para venderla en nombre de D. Juan López Soler, ya que éste sólo le faculta en la escritura de mandato otorgada en Madrid, en 30 de Diciembre de 1927, ante el Notario de la misma, D. José María de la Torre Izquierdo, para vender las minas y demásías a las mismas y participaciones de minas y de demásías que le pertenezcan en el término de Níjar, paraje de Rodalquilar, y las fincas mencionadas no radican en el expresado paraje, según resulta del Registro y del precedente documento, y tomadas en su lugar a instancia del presentante, anotaciones preventivas a los folios ... ; y no practicada operación alguna en cuanto a las edificaciones que se dicen existentes en la mina «María Josefa», por no expresarse las circunstancias descriptivas precisas para su identificación.»

En Madrid, a 5 de Noviembre de 1930, y ante el mismo Notario, comparecieron los mismos señores D. José Espinar Garrido y D. Rafael Espinar Garrido, aquél en representación de D. Juan López Soler, y otorgaron una escritura de aclaración o subsanación de las dos anteriores, haciendo constar que las trece minas y demásías están enclavadas en la zona aurífera de Rodalquilar (Almería) e incluidas en el plano de conjunto de esa zona minera,

por cuya razón, además del paraje específico que cada una expresa en su título, son conocidas sin la más pequeña duda por el nombre genérico de minas de Rodalquilar, minas situadas en el paraje o zona de Rodalquilar; presentada esta escritura en el Registro de la Propiedad de Sorbas, juntamente con una certificación expedida por el Secretario del Ayuntamiento de Níjar, con el visto bueno del Alcalde, acreditativa de que, según los datos existentes en el Archivo municipal, los parajes Rambla de las Yeguas, Cerro del Cinto y Poyatos, Madroñal y Cerro de la Cruz, Barranco de Fárrago y los Lázarus, Barranco de Granadillo y Carriguela y Loma del Haza de Perea, están enclavados dentro de la zona minera aurífera de Rodalquilar; el Registrador puso en ella la siguiente nota: «...no admitida la conversión en inscripciones de las notaciones preventivas motivadas por las escrituras que por la presente se aclaran, por no ser adecuados y suficientes los documentos ahora presentados para subsanar el defecto causa de las referidas anotaciones, o sea carecer D. José Espinar Garrido de atribuciones para vender las minas y demásías a las mismas, que pertenezcan a D. Juan López Soler, en paraje distinto del de Rodalquilar.»

«No es suficiente la escritura que precede para subsanar el defecto expresado, ya que lo contrario equivaldría a conceder atribuciones al mandatario para variar por sí solo la extensión del mandato, determinada por la situación de las minas a que el mismo se refiere. Tampoco lo es la certificación que se acompaña, por no ser atribución propia de los Ayuntamientos el determinar los parajes de su término municipal, comprendidos dentro de una determinada zona o demarcación minera, aparte de que el mandato se refiere a las minas y demásías a las minas radicantes en el paraje de Rodalquilar y no se refiere a la zona minera aurífera de Rodalquilar.»

«Además, constando del Registro que las minas y demásías a las minas objeto de la suspensión radican en paraje distinto del de Rodalquilar, sería preciso para rectificar el estado de aquél, en cuanto al referido elemento descriptivo, documento otorgado por todos los interesados en la inscripción que hubiera de rectificarse, y tratándose de concesiones administrativas, cualquiera acto o contrato que tienda a modificar en alguno de sus elementos el ob-

jeto de las mismas, ha de contar con el consentimiento de concedente y concesionario o concesionarios.»

«Por último; estando determinada la extensión del poder por la situación de las minas y demásias a las minas objeto del mismo; ha de atenderse a la que tenían, según el Registro, en el momento del otorgamiento de dicho mandato, para calificar la extensión de éste o acreditar, en otro caso, la ratificación por el mandante de la venta realizada por el mandatario.»

En el recurso interpuesto por el comprador; previo informe del Notario, el Presidente de la Audiencia de Granada confirmó la nota del Registrador y la Dirección general confirmó el auto apelado con las siguientes consideraciones:

«Únicamente ha de resolverse en este recurso si el defecto señalado en primer término por el Registrador, en las dos notas puestas en las escrituras de venta, o sea el relativo a la insuficiencia del mandato, está subsanado por la escritura de 5 de Noviembre y certificación del Secretario del Ayuntamiento de Níjar de 13 de Diciembre, ambos del mismo año de 1930, ya que el segundo defecto expresado por aquel funcionario, consistente en la falta de las circunstancias precisas para identificar las edificaciones hechas en la mina «María Josefa», ni ha intentado subsanarse, ni ha sido objeto del recurso.

Refiriéndose el poder a las minas, demásias a las minas y participaciones de minas y demásias que pertenezcan al mandante «en el término de Níjar, partido judicial de Sorbas (Almería), paraje de Rodalquilar», y advertido el defecto de que las participaciones que de dichas fincas se vendían no radicaban en el paraje expresado, según aparecía del Registro y de las escrituras de venta otorgadas en los días 4 y 5 de Agosto de 1930, es indudable que no puede ser subsanado por la escritura de aclaración y certificación referida por la falta de intervención del poderdante y por la necesidad de atenerse estrictamente a los términos taxativos del mandato, interpretado literalmente, ante el peligro de darle una extensión que pudiera producir un perjuicio que traspasase los límites del poder.

Si bien es cierto que la extensión del poder es un problema de interpretación de voluntad y que la doctrina moderna reconoce al que está autorizado por estipulación de los *essentialia*, la de

los *naturalia* y hasta *accidentalia negotii*, no es posible referir el poder a actos jurídicos no comprendidos en el texto literal del apoderamiento, por lo que, dada la trascendencia de los de disposición, las facultades del mandatario no pueden fundarse en presunciones ni encuadrarse en límites vagos e indeterminados.

Finalmente, que, aun sin entrar de lleno a examinar la importancia secundaria, y no esencial, de la determinación del pago, partido o sitio, como elemento descriptivo en general o con relación a la propiedad minera, ni la escasa influencia que ello pueda tener mirando a la concesión, debe hacerse notar que la afirmación del Registrador, en su informe de que el paraje de Rodalquilar es cosa distinta de la zona aurífera de Rodalquilar, parece estar confirmada por la escritura de aclaración y subsanación y certificación dichas, que se refieren a la zona aurífera de Rodalquilar, dándose, además, la circunstancia de que no todas las participaciones de minas que se venden son de oro.

**DESCRIPCIÓN DE FINCA. MEDIDA SUPERFICIAL.** ESTA SE EXPRESA CON TODA CLARIDAD AL INDICAR LAS ÁREAS Y CENTIÁREAS QUE TIENE CADA UNA DE LAS FANEGAS DE QUE SE DICE CONSTAR LA FINCA, AUNQUE NO SE TOTALICEN, COMO ES LO CORRIENTE. DESCRIPTAS EN LA ESCRITURA LAS FINCAS COMO LO ESTÁN EN LOS ASIENTOS DEL REGISTRO, DEBE DARSE A ÉSTOS TODA SU FUERZA A LOS EFECTOS DE PODER INSCRIBIR AQUÉLLA. NO HA DEBIDO PRODUCIR NINGUNA DUDA EN LA CALIFICACIÓN EL HECHO DE MENCIONARSE EN LA DESCRIPCIÓN DE UNA FINCA LA EXISTENCIA, EN ELLA, DE PARTE DE UN EDIFICIO, YA QUE LOS INTERESADOS DECLARAN QUE AQUÉL NO EXISTE EN LA ACTUALIDAD.

*Resolución de 31 de Diciembre de 1931. (Gaceta de 28 de Febrero de 1932.)*

Ante el Notario de Cuevas de Almanzora D. Manuel Gutiérrez Carrasco se otorgó escritura de hipoteca en la que se describen las fincas expresando su cabida en fanegas de cuerda del marco de 125 varas una, equivalentes a 46 áreas, 48 centiáreas, sin totalizar y añadiendo que la primera tenía antes una parte de casa cortijo que ya no existe.

El Registrador de la Propiedad de Vera puso en la escritura la nota de suspensión por el defecto subsanable de no expresarse su medida superficial, con claridad, en el sistema métrico, y en cuanto a la finca señalada con el número 1, por el defecto de falta de claridad en la expresión del derecho que se hipoteca, pues no se deduce de ella la propiedad del suelo, y la dicha confusión determina pueda suponerse se hipoteca una finca y una participación proindivisa como una sola entidad hipotecaria, lo que no es posible, y, en este supuesto, no distribuirse la responsabilidad de la hipoteca, como exige el artículo 119 de la ley Hipotecaria, no pudiendo tampoco, en consecuencia, seguirse el procedimiento sumario del artículo 131 por no fijarse el valor de cada finca, a los dichos fines, no tomándose anotación preventiva por no haberse solicitado.

En el recurso interpuesto por el Notario, el Presidente de la Audiencia de Granada revocó la nota del Registrador, y la Dirección general confirma el auto apelado declarando bien extendida la escritura, fundamentando así tal resolución :

«No siendo posible hacer en los asientos distinción alguna en cuanto a los efectos de la protección registral, dando normas generales para la subsanación de defectos en inscripciones en cierto modo anormales, por ser ello contrario a la naturaleza del recurso gubernativo e inútil en todo caso, dada la multitud de situaciones que la realidad presenta, bien evidenciadas en la copiosa doctrina de esta Dirección general, las cuestiones a resolver quedan reducidas a determinar concretamente si se expresó o no con claridad la medida superficial en la descripción de las dos fincas que la escritura comprende y el derecho que se hipoteca con respecto a la primera, con la consecuencia de no distribuirse la responsabilidad hipotecaria en el caso de estimarse la existencia de una finca y de una participación proindivisa de otra, en la descripción que de aquella primera se hace, ya que no se estima como defecto, según el mismo Registrador manifiesta en su escrito, la no expresión del valor a los fines del procedimiento sumario.

Estando conformes recurrente y recurrido en que las fincas se describen en la escritura de igual forma que lo están en los asientos del Registro, éstos deben producir todo su valor, a los efectos de inscribir a continuación la hipoteca consentida por la per-

sona que aparece con derecho para ello, no existiendo, como no existen, suficientes motivos para estimar mal hecha la descripción de las fincas, en relación con la identidad da las mismas y la extensión del derecho de hipoteca que pretende inscribirse, que, en definitiva, llegará hasta donde llegue el de la propietaria.

La medida superficial se expresa con claridad al referir el número de áreas y centíáreas que tiene cada fanega, aunque lo corriente sea totalizar la cabida por el sistema métrico, de igual modo que lo está en la medida usual en el país, pudiendo decirse otro tanto en cuanto al segundo defecto, por la referencia que se hace a la novena parte de una casa cortijo, porque, a mayor abundamiento, las dudas que al Registrador calificante pudo haber sugerido la existencia de la misma, han debido desaparecer desde el momento que hoy día ya no existe, como hicieron constar los interesados al otorgar el documento calificado, por lo que es evidente que, al no existir, y haber, por tanto, desaparecido, no puede lógicamente dar lugar a cuestión alguna.

LUIS R. LUESO,

Registrador de la Propiedad.

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

## C I V I L

114. *Acción reivindicatoria. Las equivocaciones del juzgador han de ser expuestas por el recurrente sin que baste la cita de los preceptos legales. Las cuestiones relativas a la prescripción adquisitiva son de mero hecho y de la apreciación de la Sala sentenciadora. Los documentos catastrales no son auténticos a los efectos de la casación.* Sentencia de 9 de Julio de 1931.

Ante el Juzgado de Pamplona el Concejo de E. formuló demanda contra don J. C. sobre reivindicación de fincas, alegando que desde mediados del siglo pasado poseía la Corporación, como comunal, una finca llamada Soto de Estros, adquirida por el Concejo en remotos tiempos, inscrita su posesión a favor del Concejo por certificación del Alcalde de entonces, tratando el demandado de apoderarse de determinadas parcelas (que llegó a inscribir en el Registro desfigurando las fincas), y al intentar la posesión judicial, controvertida por el Concejo, dió a éste lugar para presentar la demanda, pidiendo la cancelación de las inscripciones practicadas y la declaración del dominio a favor de la entidad demandante. El demandado contestó que el Concejo no era dueño de todo el Soto desde el momento que él y otros vecinos tenían parcelas en el mismo ; que las parcelas figuraban inscritas desde 1867, en que una señora, que las había adquirido de su madre, las inscribió por inf. posesoria, transformándose en 1928 la inscripción posesoria en inscripción de dominio por haber pasado sesenta años sin aparecer asiento

alguno posterior. Negó lo relativo a desfiguración de linderos y que la inscripción de posesión realizada por el Concejo en 1871 sirviera para la prescripción, ya que el título del alegante era más antiguo, pues en 1867 ya poseían los causantes del demandado públicamente, pidiendo ser absuelto.

El Juzgado y la Audiencia absolvieron al demandado, por no haber acreditado el Concejo tener título ni motivo legal suficiente para ejercitar la acción reivindicatoria, y el Supremo redhaza el recurso, considerando que debe desestimarse, porque el artículo 17 de la ley Hipotecaria, en cuya inaplicación por la Sala sentenciadora intenta fundarse aquél, pretende referirle el recurrente, no al caso concreto de la inscripción de títulos traslativos de dominio, sino a la primera inscripción de posesión del título realizada en 1871 por el Ayuntamiento frente a las primeras de posesión de las fincas que el Concejo trata de reivindicar, convertidas por el demandado en 1928 (antes de la demanda) en inscripción de dominio; pero como el recurrente se limita a decir que hubo infracción, sin aclarar cuál fué ésta, es imposible analizar los fundamentos que para ello serían precisos.

El Supremo tiene reiteradamente declarado que las cuestiones relacionadas con las circunstancias mediante las que la prescripción adquisitiva del dominio se produce, son de mero hecho y de la apreciación de la Sala sentenciadora, que sólo pueden combatirse en casación, con arreglo al número 7 del artículo 1.692 de la ley de Enjuiciamiento, y el recurrente no alegó este precepto, sino que trató de impugnar la apreciación de la Sala en cuanto a la buena fe del prescribente, en el supuesto de que a tales hechos se adaptase exactamente el contenido del artículo 17 citado, su aplicación en la sentencia que echa de menos la parte recurrente, lejos de favorecerla la hubiese perjudicado, ya que cuando en 1871 acudió al Registro de la Propiedad el Concejo, ya se hallaban inscritas a favor de un particular, desde 1867, las fincas en cuestión.

La Audiencia de Pamplona, por el cotejo de las pruebas practicadas, estimó acreditado que el supuesto título ofrecido por el Ayuntamiento, como base de la acción reivindicatoria, era ineficaz para probar el dominio, y aunque aduzca el error de hecho y de derecho en la valoración de dos certificaciones y de la inscripción practicada en 1871, a nombre del Concejo, la primera es un documento catas-

tral que no reviste el carácter de auténtico a los efectos perseguidos en la casación, y las otras no son tampoco documentos auténticos probatorios.

No hay violación de la Ley 9.<sup>a</sup>, título I, Libro VI del Dig. ni del artículo 348 del Código civil, porque al no reconocer la sentencia recurrida carácter de dueño al recurrente, no hay base para tal violación.

115. *Posesión. Precario.* Es detentador el que ocupa fincas, de las cuales fué dueño, vendidas por el Juzgado en su rebeldía e inscritas por el comprador en el Registro de la Propiedad. Sentencia de 10 de Septiembre de 1931.

Una Sociedad formuló demanda contra don A. diciendo que, en ejecución de sentencia y en virtud de escritura pública otorgada por el Juez, adquirió la demandante diversas fincas, que fueron propiedad del hoy demandado, inscribiéndose la compra en el Registro y dándose posesión judicial a la actora, las que ocupaba como precarista el demandado, pidiendo el desahucio.

El demandado opuso que él estaba en las fincas, no como precarista, sino como dueño, puesto que el actor no había abonado determinada suma en la Caja de depósitos; que en el Registro se denegó la inscripción de una finca y que en el amillaramiento aun figuraban éstas a nombre del demandado, habiéndose además solicitado en el Registro la anotación de una demanda (sobre nulidad de subasta de una finca), la que aun se hallaba pendiente de sentencia del Supremo y teniendo la posesión real de la finca debía ser absuelto de la demanda.

El Juzgado y la Audiencia accedieron al desahucio y la Sala rechaza el recurso porque no hay infracción del artículo 1.565 de la ley rituaria, ya que la sentenciadora, al considerar precarista al demandado, le aplica rectamente, toda vez que ocupando éste las fincas objeto del desahucio, sin pagar merced y no ostentando título alguno que le diese facultades para disfrutarlas, es precarista, dejando de ser dueño de las fincas desde el momento en que el Juzgado, en su representación, las vendió en escritura pública a la actora, a quien se le dió posesión judicial, sin que del hecho de que el recurrente tenga anotada una demanda en el Registro de

la Propiedad, referente a ciertos derechos sobre los inmuebles materia del desahucio, inscritos a nombre de la actora, pueda deducirse que ésta carece de la posesión real sobre los mismos y le prive del carácter de precarista al desahuciado.

Las fincas le fueron entregadas a la Sociedad actora por el hecho del otorgamiento de la escritura, sin que tampoco haya infracción del artículo 445 del Código civil, pues para ello sería preciso que el recurrente pudiera ser considerado como *poseedor* y no como *detentador* de las fincas que ocupa, cual es en realidad y legalmente su situación frente a la del dueño y poseedor de las mismas que ejerce la Sociedad actora, pues no ha desvirtuado en legal forma los supuestos del Tribunal sentenciador, de los que se deduce la condición de detentador del recurrente, de las fincas que ocupa, cuya real y civil posesión corresponden a la parte actora.

Tampoco hay infracción de la doctrina sentada por el Supremo de no considerarse entregada la finca vendida cuando el vendedor no tiene en ella posesión real y efectiva, siendo así que el demandado mismo reconoce que tenía, como dueño, la posesión de las fincas materia del litigio, vendidas por el Juzgado en su rebeldía, inscritas en el Registro por el comprador, a quien en ejecución de sentencia puso el Juzgado en posesión.

Los certificados del amillaramiento no pueden ser considerados documentos auténticos a los efectos que nacen de las relaciones que engendran la propiedad y la posesión.

\* \* \*

Tal vez sea para algunos materia de censura el que el Supremo, prescindiendo de conceptos consagrados en otros Códigos (verbigracia, el alemán), establezca una línea divisoria entre el detentador y el poseedor.

El mecanismo normal del asunto no admitía más solución que la dada, pues si el Juzgado, en el lugar del dueño vende y el comprador adquiere la finca que el anterior dueño poseía, por el mero hecho del otorgamiento de la escritura, la posesión ha de pasar al nuevo dueño, sin que éste necesite promover un segundo pleito para alcanzar la posesión de las fincas compradas.

116. *Peritos. Valor del dictamen de un maestro nacional como perito calígrafo. Prueba de presunciones.* Sentencia de 7 de Julio de 1931.

Ante el Juzgado de Utrera un señor formuló demanda contra don R. A. reclamándole el pago de 7.000 pesetas, importe de un recibo firmado por el demandado, en el que éste reconocía haber recibido del actor la expresada cantidad. El demandado contestó negando la certeza de la deuda y que la firma puesta fuese la suya, y de serlo, que habría sido sorprendida su buena fe, careciendo el documento de causa y siendo nulo; pidiendo la absolución y reconviendiendo reclamó al actor 20.000 pesetas, saldo a su favor, por la administración de unas fincas.

En período de prueba, un perito, maestro nacional, afirmó en su dictamen que la firma del recibo no era igual a las indubitadas del demandado, y el Juzgado absolvió al demandado y dió lugar a la reconvención.

Apelada, como es consiguiente, por el actor, la Territorial, después de hacer que dictaminaran cinco peritos, que afirmaron ser la firma del recibo igual a las indubitadas del demandado, revocó la sentencia del inferior y absolvió de la reconvención, e interpuesto recurso el Supremo no lo admite, porque el Tribunal sentenciador no incurrió en los errores de hecho que aduce el recurrente en los motivos en que se fundó para absolver en la reconvención, y la apreciación de todas las pruebas con la que formó su juicio no cabe combatirla en casación, como el recurrente lo hace, aislando unas pruebas de otras.

Menos aun existe violación del artículo 1.253 del Código civil, porque, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, la apreciación de las presunciones se halla subordinada, no a condición alguna concreta, sino a las indeterminadas reglas del criterio humano, no existiendo infracción cuando el juzgador formó su juicio por el conjunto de la prueba practicada, que es lo que hizo el juzgador en este caso, o sea absolver de la reconvención, sometiendo las pruebas a una operación del entendimiento de raciocinio, para con arreglo a un criterio lógico y racional derivar de esas pruebas, dándolas su justo valor, el convencimiento de que el actor no debía nada al demandado.

117. *Nulidad de particiones. Confesión judicial. Hace prueba exclusivamente contra su autor, sin que las declaraciones de un litigante constituyan prueba plena con relación a los otros.* Sentencia de 10 de Julio de 1931. Ponente, D. Joaquín Feced.

Un señor otorgó testamento ; en él expresó que estuvo casado, habiéndole premuerto su esposa, no teniendo descendencia de su matrimonio, que en escritura pública reconoció a dos hijos naturales (varón y hembra), de los cuales vivía el varón, habiendo muerto la hembra dejando dos hijos, nombrando a éstos herederos de las dos tercera partes de su herencia, y al otro hijo vivo de la mitad de la otra tercera parte, como legítima, cuya otra mitad había de constituir la legítima de los nietos en representación de su difunta madre.

Puso como condición a los nietos instituidos en las dos tercera partes que sólo tendrían el usufructo (siendo menores se los administraría otra persona) y sus hijos serían los que disfrutarían en pleno dominio los citados bienes ; si acaso murieran sin descendencia, todo pasaría a los hijos del testador, quien inspeccionaría la forma de administrar, debiendo adjudicárseles a aquéllos su parte en fincas y al hijo su sexta parte en dinero.

Se hizo la partición y, al no haber metálico, al hijo se le abonó su parte en fincas ; pero los menores, llegados a la mayor edad, formularon demanda, exponiendo que no era cierto lo que aparecía en la partición de que sólo había en metálico 2.000 pesetas, sino que en el domicilio del causante había 300.000 pesetas, que se habían repartido el hijo del testador y el padre de los actores, lo que presenciaron varias personas, siendo en consecuencia nula la partición y debiendo dárseles lo que les correspondía.

El Juzgado condenó con arreglo a lo pedido en la demanda ; pero prestada confesión por el padre de los demandantes ante la Audiencia ésta revocó la del inferior, e interpuesto recurso el Supremo lo rechaza, considerando que el Tribunal de instancia, apreciando en conjunto las pruebas practicadas, niega veracidad al hecho fundamental de la demanda, la sustracción de las pesetas, y contra esa declaración del Tribunal *a quo* se dirige el único motivo del recurso, al no hacerse aplicación del artículo 1.232 del Código civil, según el cual la confesión hace prueba contra su

autor, por haber confesado uno de los demandados que las pesetas se las habían repartido ambos cuñados. Pero es el caso que el artículo 1.232 concede valor probatorio a la confesión judicial *contra el que la hace*, contra su autor exclusivamente, y no cabe dudar una interpretación extensiva a ese precepto y estimar que en el caso de varios colitigantes la confesión de uno de ellos constituya prueba plena contra los otros que nieguen los hechos, por lo cual el Tribunal sentenciador ha de apreciar la prueba en conjunto, teniendo además en cuenta que el Tribunal sentenciador se encontraba frente a un demandado (el padre), que había hecho cesión de todos los bienes a sus hijos (demandantes), y que no tuvo más remedio que formar un racional criterio sobre la certeza de la supuesta distracción y hacer así, con todas las posibles garantías de acierto, la declaración procedente sobre el extremo esencial del pleito.

#### CUESTIONES DE COMPETENCIA

118. *Remisión de artículos de comercio.* Sentencia de 28 de Septiembre de 1931.

Si la remisión se hace por cuenta y riesgo del comprador, se entiende hecha la entrega en el domicilio del vendedor a los efectos de la competencia.

119. *Acciones reales sobre bienes muebles.* Sentencia de 29 de Septiembre de 1931.

En los juicios en que se ejerciten acciones reales sobre bienes muebles (en el caso del pleito, una máquina de escribir) será Juez competente el del lugar en que se hallen o el del domicilio del demandado, a elección del demandante, sin que a ello se oponga, para sostener la competencia del actor, la supuesta sumisión a los Tribunales de éste, contenida en un contrato impreso.

120. *Acción personal.* Sentencia de 29 de Septiembre de 1931.

Es competente el Juzgado del demandado, al no existir sumisión expresa ni tácita, pues no puede éste derivarse de la declara-

ción de tres testigos, dada la falta de precisión con que deponen, además de su impertinencia para estos efectos.

121. *Pago de precio.* Sentencia de 29 de Septiembre de 1931.

El pago del precio de cosa vendida, cuya entrega al demandado se verificó en el lugar de la residencia del demandante, ha de hacerse en el sitio de entrega.

122. *Acción personal.* Sentencia de 30 de Septiembre de 1931.

Presentándose documentos (facturas y letras giradas para facilitar el pago) suficientes a demostrar la realidad de la obligación no negada por el demandado, y el lugar en que la misma debe ser cumplida, si se trata de una acción personal derivada de una venta mercantil, es Juez competente el del lugar de entrega de la mercancía.

123. *Letra de cambio.* Sentencia de 30 de Septiembre de 1931.

En la reclamación de importe de letra de cambio, no pagada, y no habiéndose justificado que representa el precio de venta de géneros enviados por cuenta del comprador, es competente el Juez del domicilio de la letra, por ser el del cumplimiento de la obligación.

124. *Sumisión expresa.* Sentencia de 30 de Septiembre de 1931.

Si a pesar de la sumisión expresa a un determinado Juzgado el demandante acude a otro distinto, que no es el del domicilio del demandado, el de este lugar es el competente, conforme al inciso segundo del artículo 62 de la ley rituaria y último párrafo del artículo 1.171 del Código civil.

125. *Sumisión a Tribunales. La contestación a un exhorto no es sumisión.* Sentencia de 30 de Septiembre de 1931.

La contestación a un exhorto, acudiendo al llamamiento judi-

cial, prestando la obediencia debida, no puede confundirse con las gestiones a que se refiere el artículo 58 de la ley de Enjuiciamiento, ni implica sumisión tácita, y tratándose del ejercicio de una acción personal, es competente el Juez del domicilio del demandado.

126. *Géneros de comercio.* Sentencia de 30 de Septiembre de 1931.

La venta de géneros de comercio remitidos por cuenta y riesgo del comprador se entienden realizadas, para todos los efectos, en el establecimiento del vendedor, en el que ha de tener cumplimiento la obligación de pagar su importe. .

127. *Venta de géneros en comisión.* Sentencia de 30 de Septiembre de 1931.

Si al margen de cartas escritas por el demandante al demandado se consigna en forma impresa que el comprador se somete a los Tribunales de aquél, sin que aparezca la aceptación del demandado, y si a mayor abundamiento éste no es *comprador*, sino comisionista, hay que estimar competente el Juzgado de este último, por tratarse del ejercicio de una acción personal.

128. *El Juez competente para conocer de la demanda derivada del incumplimiento de un contrato, ¿lo es igualmente para entender sobre su cumplimiento?* Sentencia de 7 de Julio de 1931.

Se trataba del envío de un traje de torero por un sastre de Madrid a un torero de Valencia, apareciendo del talón del ferrocarril que el envío se hizo contra reembolso ; se decide la competencia a favor del fuero del demandado, por tratarse del ejercicio de una acción personal (el sastre reclamaba el importe).

129. *Mercancía facturada de cuenta y riesgo del comprador.* Sentencia de 7 de Julio de 1931.

Es lugar del cumplimiento de la obligación el del domicilio del vendedor.

130. *Venta de géneros.* Sentencia de 8 de Julio de 1931.

En la venta de géneros, sea civil o mercantil, se cumplirá la obligación de su abono, salvo estipulación contraria, en el lugar de entrega de la cosa, entendiéndose por tal el del domicilio del vendedor, si la operación se hizo por cuenta y riesgo del comprador, si éste nada opuso en contrario.

131. *Inhibitoria promovida después de dictada sentencia.* Sentencia de 8 de Julio de 1931.

Procede la tramitación de la inhibitoria, porque, según constante jurisprudencia del Supremo, promovida en tiempo, ha de tramitarse aunque el Juez requerido reciba el oficio inhibitorio después de dictarse sentencia firme, y con mayor razón si el Juzgado ante el cual se interpuso en tiempo hábil declaró no haber lugar a ella.

132. *Acciones de diversa naturaleza.* Sentencia de 8 de Julio de 1931.

Acumulando el demandante diversas acciones de varia naturaleza, la competencia ha de determinarse atendiendo a la relativa importancia de la primordialmente ejercitada o dando la preferencia a la acción que sea base o fundamento de las demás entabladas.

P O B R E Z A

133. *La demanda de pobreza, como incidente del asunto principal, ha de solicitarse en el Juzgado que haya de conocer del pleito en que trate de utilizarse, debiendo acompañarse cuantos documentos requiera la resolución de la contienda.* Sentencia de 29 de Septiembre de 1931.

134. *La demanda de pobreza ha de intentarse ante el Juez competente para conocer del negocio principal.* Sentencia de 8 de Julio de 1931.

En la demanda principal se solicitaba la nulidad de una escritura otorgada en Madrid, y, aunque el domicilio del demandado era Bilbao, el demandante podía elegir entre el domicilio del demandado o el del lugar del contrato, conforme al artículo 62 de la ley de Enjuiciamiento, prevaleciendo el del lugar del contrato en el caso de autos.

135. *Ejecución de sentencia. Siendo imposible la destrucción de lo edificado indebidamente, en suelo ajeno, procede el resarcimiento de perjuicios como sustitutivo.* Sentencia de 30 de Septiembre de 1931.

Don S. R. demandó a don R. G. y al Ayuntamiento de Avilés sobre una parcela de tierra frente a la casa del actor y acerca de otros extremos, recayendo sentencia, que absolvio al Ayuntamiento; reconoció como propia del actor una participación en aquel terreno y declaró que la casa del demandado, don R. G., se introducía en la propiedad del actor 45 centímetros, ordenando al señor G. que destruyera y retirase lo edificado en la parte propiedad del actor.

En ejecución de sentencia el actor pidió que al demandado se le fijase un plazo, a lo que accedió el Juzgado; pero el Ayuntamiento, por razones de estética y alineación, resolviendo solicitud del condenado para el señalamiento de nueva línea, acordó que no procedía señalar otra línea; basado en esto, el señor G. formuló escrito, pidió permiso para nueva construcción y reforma, que le fué negado, y no pudiendo formular otra reclamación suplicaba se previniese al actor que presentase la relación a que se refiere el párrafo tercero del artículo 926 de la ley de Enjuiciamiento.

El ejecutante impugnó esta pretensión pidiendo la ejecución de sentencia a costa del señor G.; pero el Juzgado dictó auto para que el actor presentara una relación de perjuicios causados con motivo de la construcción levantada en sus dominios. Interpuesto recurso de reposición contra este auto, la Audiencia de Oviedo lo confirmó y el Supremo no admite el recurso por infracción de ley, considerando que si bien en los artículos 348 y 349 del Código civil se establece que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, que el propietario tiene acción contra el tenedor y el

poseedor de la cosa para reivindicarla, y que nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad pública, no es menos cierto que esos mismos artículos reconocen que tales derechos pueden tener limitaciones; siendo evidente que la Sala sentenciadora, lejos de infringir los preceptos que el recurrente invoca, los aplicó fielmente, por entender imposible la ejecución del derribo y declarar en su lugar procedente el resarcimiento de perjuicios; y, por último, que al resolver el caso en cuestión en la forma indicada no se va contra la sentencia firme que recayó en el pleito, puesto que si es cierto que aquélla mandó destruir la edificación levantada, habiéndose hecho esto imposible, se aplica como sustitutivo el resarcimiento de perjuicios, conforme a la doctrina de este Tribunal, en sentencias de 2 de Julio de 1910 y 18 de Mayo de 1901.

136. *Incidente de reposición. Tercería de dominio. Sentencia de 28 de Septiembre de 1931.*

El año 1868, don J. S. reconoció, en escritura pública, deber a doña O., don A. y don J. G. la suma de 14.900 pesetas (una mitad a la primera y una cuarta parte a cada uno de los otros dos), constituyendo en garantía hipoteca sobre varias fincas, y entre ellas, por 4.000 escudos, sobre la llamada «Remedium», siguiéndose por los acreedores juicio ejecutivo, en el que se embargaron, entre otras, la finca dicha, dictándose sentencia de remate, mandando seguir la ejecución adelante, y por auto se acordó requerir a los terceros poseedores de las fincas hipotecadas, entre ellos a don J. S. X., como adjudicatario de la llamada «Remedium», a lo que éste se opuso, y entabló demanda de tercería de dominio y de modo subsiguiente, de mejor derecho, suspendiéndose aquel procedimiento.

Se firmó escritura de transacción, por la que don J. S. X. reconoció, en la parte correspondiente a la indicada finca, a favor de doña O. y de don A. T. (cesionario de don J. G.), el crédito antes relacionado, y en la misma escritura doña O. vendió la mitad del crédito, o sea la parte que en él tenía, a don A. S., el que, fundado en no haberse pagado los intereses, entabló juicio ejecu-

tivo, embargándose la finca por 5.000 pesetas, y en rebeldía del ejecutado se anunció la subasta, que fué declarada desierta.

Por muerte de A. S., o sea del ejecutante, el crédito pasó a su hija, F. S., en dos terceras partes, y al hijo de éste, J. C., menor, la otra tercera parte, y a petición de la hija se la tuvo por parte en el procedimiento y se le adjudicó la finca por las dos terceras partes de la tasación.

Doña E. S., titulándose dueña de la finca, entabló demanda de tercería de dominio, en relación con los autos ejecutivos seguidos por F. S. por sí y como madre de su hijo menor, por estar acreditado que éste era mayor cuando aquéllos se sustanciaron. Por providencia se admitió esta tercería, con suspensión del procedimiento de apremio, confiriéndose traslado a ejecutante y ejecutada, interponiéndose contra esta providencia recurso de reposición solicitando la declaración de no haber lugar a la admisión de la demanda; reposición que denegó el Juzgado, pero que admitió la Audiencia, decretando no haber lugar a tramitar la demanda de tercería.

El Supremo no admite el recurso de casación, por infracción de ley, interpuesto por doña R. S. (fundada en que el fallo de la Audiencia fué incongruente al decidir el pleito por razones legales, distintas de las alegadas por los litigantes), pues aun en el supuesto de que doña R. S., demandada en el incidente de tercería que motiva el recurso, reuniera condiciones y tuviera facultades para requerir a este Tribunal a efectos de casación, dada su situación procesal, no es de estimar el motivo por el que solicita la casación del auto recurrido al interpretar el alcance y extensión del artículo 359 de la ley de Enjuiciamiento; respondiendo tan extremado criterio a impedir que la cuestión que se resuelva implique el ejercicio de otra acción o se funde en causa o razón de pedir diferentes de las alegadas, que hubieran podido dar distinto giro al debate y a las pruebas del juicio, debidamente preparadas; casos típicos que fueron resueltos en sentencias de este Tribunal de 15 de Octubre de 1919 y 1 de Julio de 1929, especialmente aducidas por la recurrente, que no concuerdan con el fallo que se impugna, en el que la Sala razonó y resolvió sobre el hecho de deducirse una segunda demanda de tercería, extremo ya apreciado en un considerando de la resolución apelada de primera instancia

y sin examinar si era o no procedente la aplicación del artículo 1.533 de la ley de Enjuiciamiento, invocado por el ejecutante, para oponerse a la ejecución o la admisión de la tercería interpuesta por doña E. y doña E. S., hermanas de la ejecutada y recurrente, haciéndose recta aplicación del precepto absoluto de carácter procesal, de rigurosa exigencia, contenido en el artículo 1.538 de la expresada ley ; falló revocando el auto apelado, adecuada y congruentemente, a la única y concreta pretensión de la parte ejecutante de que no se admitiese la demanda de tercería formulada por las hermanas S., quienes consintieron, aceptando la resolución recurrida.

*137. Recurso de casación contra los autos de las Audiencias en procedimientos para ejecución de sentencia. Prueba de peritos, en casación. Presunción de cosa juzgada. Sentencia de 10 de Julio de 1931.*

Una Sociedad constituida para la construcción de una plaza de toros concertó con un contratista la construcción ; entregada la obra de modo provisional y suscitadas diferencias, se tomó el acuerdo de subsanar algunos defectos y hacer una liquidación de lo realmente gastado por el contratista ; este demandó a la Sociedad al pago de la cantidad que creía le adeudaba según los precios y facturas que constaban en su archivo, a lo que opuso la Sociedad demandada que la liquidación había de hacerse con arreglo a un documento privado firmado con el actor. Seguido el pleito por todas sus instancias, el Supremo dispuso que se verificase la liquidación de conformidad con la cláusula del contrato y que solamente en el caso de que alguna de las personas que en él se determinaban para hacer la liquidación hubiese muerto, la liquidación se hiciese judicialmente. Con arreglo a esto, dispuso el Juzgado que ambos contratantes presentasen por separado sus liquidaciones, que, como siempre ocurre, eran opuestas ; para mejor proveer, el Juzgado mandó que tres peritos dictaminasen, siendo también diferentes las tres liquidaciones, dictando el Juzgado auto por el que condenó a la Sociedad a pagar lo que la tasación media había dicho, auto confirmado por la Audiencia de Valencia. Interpuesto recurso, el Supremo lo rechaza, porque según el artículo 1.695 de la ley de Enjuiciamiento, no habrá lugar a recurso de casación contra

los autos que dicten las Audiencias en los procedimientos para ejecución de sentencia, a no ser que se resuelvan puntos sustanciales, no controvertidos en el pleito ni decididos en la sentencia, o se provea en contradicción con lo ejecutoriado. A este respecto importa destacar el segundo pronunciamiento de la sentencia ejecutoriada, dictada por este Tribunal en los autos principales de donde emana este incidente, toda vez que habiéndose ordenado en él la práctica judicial de cierta liquidación, ajustándose lo más posible a lo convenido por las partes, ya implica en la razón de máxima posibilidad una norma de apreciación que corresponde al Tribunal de instancia, el cual, estimando en el ejercicio de su peculiar soberanía sobre la cuestión de hecho, el conjunto de pruebas, ha establecido un criterio de interpretación y cumplimiento de la norma ejecutoria, más respetable que el personal del recurrente.

El artículo 1.243 del Código civil, como norma formal sobre prueba de peritos, no es susceptible de ser citado en casación como Ley infringida, y el artículo 1.251 del Código civil, en cuanto sienta como presunción *juris et de jure* la verdad de la cosa juzgada, carece de aplicación, ya que el recurrente hace supuesto de la cuestión al afirmar que el Tribunal de instancia, contrariando la ejecutoria, hubo de dar a ésta cumplimiento, prescindiendo de sus estrictos términos y en su lugar ajustándose a ciertos dictámenes periciales, siendo, por el contrario, más exacto que el auto recurrido combinó aquella prueba con todos los demás elementos de juicio, ajustándose en lo posible a las estipulaciones de las partes.

ENRIQUE TAULET,

Notario de Valencia.