

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

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

Año VIII

Abril de 1932

Núm. 88

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

(Historia y Derecho comparado)

10. La posibilidad de exigir intereses moratorios mediante la *actio depositi* se deduce claramente del siguiente texto de Papiniano: «Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantumdem redideret, depositam ad usus propios convertit, post moram in usuras quoque judicio depositi condemnandus est» (L. 25, § 1, h. t.).

Claramente se desprende también de este texto que cuando se entrega dinero no individualizado o sellado (*pecuniam... non ob-signatam*) conviniendo que se devuelva no las mismas piezas, sino *tantundem*, el acto sigue siendo un depósito y debe ser regulado conforme a las normas fundamentales de esta institución. En este punto, como afirma Vangerow (2), las interpretaciones de los contrarios no precisan una seria refutación. Así opina, por ejemplo, Dedekind (3), que en esta respuesta de Papiniano únicamente se ha conservado la expresión «*depositum*», porque el actor se ha servido de la misma; pero que, en realidad, Papiniano ha pensando en la *conductio mutui* y su decisión es materialmente conforme a lo justo, puesto que también en el mutuo, como un *bonae fidei judicium*, podían ser exigidos intereses moratorios. Basta recordar lo dicho antes sobre la fundamental diferencia, reconocida

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

(2) Ob. cit., p. 417.

(3) *Comm. jurid. de contracta*, p. 64, citado por Vangerow.

unánimemente, entre mutuo y depósito, por ser el primero un contrato *stricti juris*, y el segundo, un contrato *bonae fidei*, para comprender la razón que asiste a Vangerow al no tomar en serio objeciones de esta naturaleza.

Schaffrath (1), por su parte, quiere entender esta ley como un depósito normal en el cual el depositario debe ser condenado al pago de intereses por haber empleado en su provecho el dinero depositado sin estar autorizado para ello. Olvida, sin duda, Schaffrath, al dar esta interpretación, que el uso de la cosa depositada es inconciliable con el concepto de la figura normal del depósito.

II. De no tan llana interpretación es el texto de Paulo siguiente: «El caso en cuestión era que Lucio Ticio había recibido, a título de depósito, diez mil dineros de plata (*denarium argenti*) y se había convenido que pagaría en concepto de intereses, cada mes, cuatro óbolos por libra, hasta la completa devolución del dinero. Pregunta si pueden ser reclamados los intereses. «Paulus respondit, eum contractum de quo quoeritur, depositae pecuniae modum excedere, et ideo secundum conventionem usurae quoque actione peti possunt.» (L. 6, § 1.)

En primer lugar, nótese que aquí—como ya advierte Glück (2)—no se dice expresamente que se trate del caso en el cual se ha convenido que deberá restituirse sólo *tantumdem pecuniae*, aunque esto se deduzca del pacto hecho de pagar intereses. Pero la mayor dificultad se encuentra en las palabras finales de la respuesta de Paulo, que Vangerow califica de sorprendentes a primera vista (*bei ersten Anblick etwas auffallenden Schlusswörte*): «como este contrato sobrepasa los límites del depósito de dinero, por eso pueden ser exigidos intereses por medio de la *actio depositi*.»

La incoherencia de este párrafo produjo la sospecha de una corrupción en el texto que fué aprovechada por los adversarios del depósito irregular para poder poner de acuerdo este pasaje con su punto de vista. Así, por ejemplo, Dedekind (3) leía: «usurae quoque actione depositi peti non possunt» y Schaffrath propone que se lea: «usurae neque act. dep. possunt». Otros, por el con-

(1) *Prakt. Abh.*, p. 101. Citado por Vangerow.

(2) *Comm. alle Pandekte*, t. XVI, p. 309.

(3) *Comment.* cit., pág. 65.

trario, creen que se puede salvar la interna contradicción enmendando el texto en otro lugar. Así la Glosa cree superar la dificultad si a las palabras *modum excedere* se añade *est tamen depositum*; Hotoman (1) modifica la frase leyendo: «depositae pecuniae modum non excedere», etc.; Overbeck (2), en lugar de *et ideo* escribe *at vero*, corrección ésta la más preferible en concepto de Glück.

Vangerow, aduciendo textos de las Basílicas, que son concluyentes (3), demuestra que la redacción del pasaje en cuestión es completamente auténtica y que, por tanto, están de más las correcciones. La aparente contradicción se resuelve por sí sola teniendo en cuenta que el buen sentido del texto es, sin duda, éste: El contrato en cuestión, si bien se aparta de las reglas comunes (*depositae pecuniae modum excedere*) no deja de ser un depósito en su esencia, y por eso (*et ideo*) pueden exigirse los intereses pactados según el contrato. Como observa atinadamente Vangerow, si se tratase aquí de un depósito puro está claro que no podía plantearse ninguna cuestión acerca de la obligación de pagar intereses, precisamente porque, en tal caso, el dinero no podía ser usado por el depositario. Sólo puede surgir esta cuestión acerca de los intereses cuando el contrato sobrepasa el tipo normal del depósito, es decir, cuando es un verdadero depósito irregular.

Por otra parte, el texto que comentamos confirma la idea de que, a pesar de no estar obligado el depositario más que a la restitución de *tantundem* con facultad, por consecuencia, para el uso de las monedas depositadas, el acto sigue siendo depósito y por eso se concede la *actio depositi* y pueden ser estipulados intereses por medio de un simple *pactum adjectum*.

12. La cuestión de la exigibilidad de los intereses en un depósito irregular viene resuelta en sentido afirmativo por Scaevela (L. 28, h. t.), para el caso en que el depositario haya él mismo obtenido intereses o haya utilizado el dinero en provecho propio en consideración a que se trata de un *bonae fidei iudicio* (*respondi*,

(1) *Observation*, lib. IV, cap. 1, p. 10, citado por Glück y Vangerow.

(2) *Dissert. de collocatione depositi tam regular, quam irregularis in conc. creditur*, § 23, pág. 44. Citado por Glück y Vangerow.

(3) V., por ejemplo, éste: «Et usureae ex conventione depositi actione petuntur.»

deberi ex bonas fidei judicio usuras, sive percepit, sive pecunia inre sua usus est) (1).

Paulo, por su parte, también contesta afirmativamente a esta debatida cuestión de la posibilidad de pedir intereses, refiriéndose al caso en que, con permiso del depositante, se utiliza por el depositario el dinero depositado (L. 29, § 1. *Si ex permissu meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utalur ut in coeteris bonae fidei judiciis, usuras ejus nomine proestare mihi cogitur*).

Es, pues, incuestionable que, cuando la intención de las partes es la de llevar a cabo un contrato de depósito, como tal debe reputarse el que realicen, aún cuando se aparte tanto de los peculiares rasgos de este contrato, que el depositario deba restituir «tantundem», en vez de «ídem», y, en su consecuencia, esté autorizado para el uso de las monedas depositadas.

13. De los textos que se refieren al depósito irregular, el que ha producido mayor controversia es la ley 24 del Digesto, que contiene una respuesta de Papiniano. La consulta era la siguiente: Por medio de una carta Lucio Ticio hace saber a Sempronio que ha recibido cien escudos (*nummos*), por conducto del esclavo Sticho, y que se obliga a restituir esta suma inmediatamente, cuando quiera y donde quiera Sempronio. Se pregunta si Sempronio podrá exigir intereses (2). «*Respondi, depositi actionem locum habere, quid est enim aliud commendare, quam deponere? Quod ita verum est, si id actum est, un corpora nummorum eadem redderentur. Nam si, ut tantundem solveretur, convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. In qua quoestione, si depositi actio non teheat, quum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. Et est quidem constitutum, in bonae fidei judicis quor ad usuras adtinet, ut*

(1) Dedekind (ob. cit., pág. 60) opina de modo opuesto, y parece interpretar este pasaje como un mutuo, cosa que sólo es posible bajo el supuesto de que, como él hace, se considere el mutuo como un *contractus bonae fidei*, y aun bajo este erróneo supuesto apenas si sería admisible esta interpretación (Vangerow, ob. cit., página 418).

(2) *Lucius Titius Sempronio, salutem. Centum nummos, quos hac die commendeste mihi annumerante servo Sticho actore esse apud me, ut notum haberetis hac epistola manu mea scripta tibi notum facio, quoec quando voles et ubi voles, confessim tibi numerabo quoeritur propter usuram incrementum.*

tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est, usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit; si tamen ab initio de usuris proestandis convenit lex contractus servabitur.»

Esta ley, a causa del estilo cortado y conciso de Papiniano, resulta bastante confusa, y por ello ha sido mal entendida por varios comentaristas (1), y también por los griegos, y, sin embargo, como Gluck afirma (2), contiene la prueba más convincente del principio ya expuesto, es, a saber, que el depósito de cosas fungibles, consideradas como tales desde el principio del contrato, debe ser restituído sólo *tantundem* y no se convierte en un mutuo, sino que es un verdadero depósito, bien que irregulär, en el cual con la *actio depositi* se pueden exigir también los intereses, y no sólo los moratorios, mas también los pactados desde el principio.

Y, en efecto, sería realmente extraño si Papiniano que, en otro texto ya citado (L. 25, D.), de un modo categórico estima que es contrato de depósito un acto de la naturaleza arriba indicada (*quaque iudicio depositi condemnandus est*), viniera a contradecirse a sí mismo en este otro texto, llegando a conclusiones diversas en dos casos esencialmente análogos.

Si admite o no Papiniano en este texto la subsistencia del depósito cuando deba restituirse sólo *tantundem*, es para nuestro intento la cuestión primordial, así como para Sempronio era la de saber si podía o no exigir intereses por el dinero entregado.

Es preciso partir de la base de que, conforme al tenor de la consulta, la obligación de Lucio Ticio consistía en devolver no las mismas monedas, sino una cantidad igual, pues siendo al contrario carecería de sentido la pregunta sobre la posibilidad de pedir intereses que no fueran los moratorios o los exigibles por el uso no autorizado de la cosa depositada.

Papiniano comienza por afirmar que en el caso consultado tiene lugar la *actio depositi*, puesto que *commendare*—que es la palabra empleada en la misiva—no es otra cosa que *deponere* (*¿quid*

(1) V., por ej., Hotoman: *Observation*, I. IV, c. 1. (Basílicas. 1775), y Dedeckh, *Comment.* cit., c. 3, § 37, p. 60 y sig.

(2) Ob. cit., pág. 304.

est enim aliud commendare, quam deponere?). Pero inmediatamente añade que esta solución es la verdadera, cuando se ha pactado que se devolverán las mismas monedas (*ut corpora nummorum eadem redderentur*), es decir, cuando se trata de un depósito regular.

Parece indudable que Papiniano, al contestar así, no se refería a los intereses, sino que afirmaba simplemente la procedencia de la *actio depositi*, pues sería absurdo suponer que podían exigirse los intereses a que la pregunta se refiere, que no son ni los moratorios ni los penales, por el uso furtivo de la cosa depositada, como denota la expresión *propter usurarum incrementum*, cuando no es posible tal incremento, porque el depositario no puede usar las monedas depositadas, ya que ha de restituir precisamente aquéllas y no otras (1).

Mas si, por el contrario—continúa diciendo Papiniano—, se convino en que habría de restituir *tantundem*, el contrato sobrepasa los conocidos límites del depósito ordinario (*egreditur ea res depositi notissimos terminos*). En tal caso se plantea la cuestión de si procederá o no la *actio depositi* (2). Papiniano examina ambas hipótesis, al respecto de los intereses, para decidirse por la

(1) Por tal razón no se comprende que Coppa-Zuccari (ob. cit., p. 14) diga que, acerca de la cuestión de los intereses, el jurisconsulto responde que, sin duda, pueden reclamarse cuando hayan de restituirse las mismas monedas, y que añada: «Siendo, en efecto, el *depositum* un *negotium bonae fidei*, y la *actio depositi* una *actio bonae fidei*, los intereses pueden válidamente pactarse con simple convención.» Dejando a un lado la impertinencia de esta consideración, ya que en el caso del texto no hubo tal pacto de intereses, como el mismo Coppa-Zuccari se encarga de demostrar después, lo más sorprendente es que este autor cite como coincidentes con la suya las opiniones de Vangerow y de Glück, siendo así que el primero (ob. cit., p. 415) afirma rotundamente que en el depósito regular es inconcebible la prestación contractual de intereses, precisamente porque no puede tocarse al capital depositado, y que Glück, con idéntico criterio, se refiere sólo a los intereses moratorios o a los que pueden exigirse por haberse aprovechado del dinero el depositario (obra citada, pág. 305). V. nota 4, pág. 173 del número 87 de esta Revista.

(2) Las *Basílicas*, equivocadamente, como ahora veremos, resolvían la duda en sentido negativo: «Si vero convenerit, tantundem, non idem reddi, depositi actione non teneor.» (Tomo II, lib. XIII, tít. 2, const. 24, pág. 99.) Ya Escoliasta no dejaba pasar este error, por lo cual añadía: «Verum postea disces, quemadmodum hoc quoque cesu competat *actio depositi*.» (Tomo II, *Basilicorum*, pág. 124, nota f.)

afirmativa, y así dice: si la *actio depositi* no es admisible cuando se conviene que se devuelva no en las mismas monedas, sino otro tanto, entonces difícilmente se podría encontrar fundamento a una demanda de intereses (*rationem usurarum haberi non facile dicendum est*), es decir, que entonces no se plantearía cuestión alguna acerca de los intereses en la presente pregunta, porque el contrato degeneraría en mutuo, y es sabido que, tratándose de este contrato, no se puede hablar de intereses no moratorios ni convencionales, a no ser que hubieran sido pactados mediante una *stipulatio*, ausente en este caso. Mas admitiéndose como procedente la *actio depositi*, ¿se reputará justificada la demanda de intereses? Esta es la segunda hipótesis que Papiniano desenvuelve en las palabras que siguen, después de haber eliminado, como hemos visto, la posibilidad de que en el caso comentado no sea pertinente la *actio depositi*.

Es cierto—dice Papiniano decidiendo ya la cuestión principal—que en los *bonee fidei judiciis*, en lo que concierne a los intereses, el *officium judicis* vale tanto como la *stipulatio*. Pero —añade, teniendo presente este caso concreto—es contrario a la buena fe y a la naturaleza del depósito exigir intereses antes de la mora a aquél que ha rendido un servicio al hacerse cargo del dinero. Sin embargo, si desde el principio se pactaron intereses, se observará la ley del contrato (*si tamen ab initio de usuris proestandis convenit, lex contractus servabitur*) (1), puesto que habiéndose comprometido expresamente al depositario a pagarlos no sería ya contrario a la buena fe exigir que se cumpliera lo ofrecido.

Las conclusiones que se deducen del examen de este texto son importantísimas: a) En primer lugar, Papiniano reconoce en sus palabras finales, de un modo inequívoco, que la *actio depositi* también tiene lugar cuando sólo debe ser restituída al depositario una cantidad igual a la depositada, a pesar de que en este caso el contrato *egreditur depositi, notissimos terminos*. Luego el acto no se transforma en mutuo, sino que subsiste como depósito, bien que irregular. b) En segundo término, la teoría expuesta por Al-

(1) Esta frase del texto viene a corroborar nuestra anterior afirmación de que se trataba aquí de un caso de devolución de *tantundem*, porque no podemos imputar a un jurisconsulto de la talla de Papiniano el dislate de hablar de un pacto de intereses, cuando debía ser restituído *idem*.

feno de que existe depósito irregular, por el simple hecho de entregar dinero no cerrado ni sellado, aparece redhazada por Papiniano, el cual, en este caso de depósito de *pecunia numerata*, admite la posibilidad del depósito regular *si id actum est ut corpora nummorum eadem redderentur*. Y aun puede sostenerse (1) que Papiniano reputa necesario un pacto expreso para que pueda tener lugar la devolución de *tantundem*, en vez de las mismas monedas, teniendo en cuenta la expresión *si convenit (nam si ut tantundem solvetur convenit...)* que emplea, refiriéndose al segundo supuesto, o sea el depósito irregular, como contrapuesta a la anterior *si id actum est* con que alude al depósito regular. c) Por último, y en cuanto a los intereses, que eran el nervio de la consulta, serán exigibles si fuese pactado en el contrato sin necesidad de *stipulatio* (*si ab initio convenit lex contractus servabitur*); pero no lo serán si no fueron pactados, habida cuenta del carácter de beneficencia que tiene el contrato de depósito (2).

14. Otra cuestión es la de saber qué será preciso cuando, por el contrario, las partes intentan convertir un depósito regular de cosas fungibles (3) en un mutuo. Como el concepto de este último

(1) Como sostiene, v. gr., Coppa-Zuccari, ob. cit., pág. 18.

(2) No faltan autores que excepcionalmente interpreten este texto de Papiniano en un sentido totalmente opuesto al que, de acuerdo con la opinión dominante, aparece en el texto. Así, por ejemplo, Niemeyer (*Depositum irregularare*, Halle, 1889) supone que Papiniano, partiendo de las palabras *comendare* y *deponere*, no usadas técnicamente por los contratantes, había considerado la acción como *actio depositi*, para evitar el *rigor juris* de la *condictio ex mutuo* y porque, conforme a la intención de las partes y a la equidad, se debían admitir los intereses convenidos de modo no formal y los intereses moratorios. Con intención, por tanto, de favorecer al mutuante, Papiniano habría mantenido la acción de depósito, aun tratándose de un mutuo; mas como agudamente observa Dernburg (Pand., ed. it., II, § 93, nota 2), en tiempo de Papiniano la acción del mutuo era bastante más ventajosa al acreedor del mutuo, por lo cual antes se hubiera supuesto artificialmente un negocio de mutuo en la figura del depósito. En opinión de Niemeyer, todo mutuo sería reclamado con la *actio depositi*, según Papiniano, lo cual habría dado lugar a una extraña confusión. «Con tales argumentos—concluye Dernburg—no se puede eliminar el hecho de que los romanos conocían la figura especial del *depositum irregularare*».

(3) Que, como hemos visto, es perfectamente admisible, según las fuentes (Cf. Vangerow, ob. cit., pág. 421, a quien seguimos fundamentalmente en

contrato supone que el mutuario se hace dueño de las cosas recibidas (*nu, qui mei erant, tui factimi sunt*), se duda si bastará el simple acuerdo para que se opere el paso de la propiedad, o será menester una nueva toma de posesión por parte del depositario.

A esta cuestión responde Ulpiano en la ley 9, § 9, D. De rebus creditis: *Deposui apud te decem, postea permisi tibi uti: Nerva, Proculus, etiam antequam noveantur, condice e quasi mutua tibi haec posse, ajunt: et est verum, ut at Marcello videtur, animo enim coepit possidere, ergo transit periculum ad eum, qui mutuam rogavit, et potest et condici.*

Por tanto, basta el puro contrato para convertir el depósito en mutuo, porque, por consecuencia del cambio de *ánimus*, la simple detentación del depositario se transforma en una *possessio* (*animo enim coepit possidere*), y con ello se efectúa la traslación de la propiedad. Que para esto no es necesario un acto especial de aprehensión de las monedas depositadas lo demuestran las palabras *etiam antequam moveantur* (1).

Los adversarios del depósito irregular han pretendido utilizar en su provecho este texto, demostrativo, según ellos, de que cuando le está permitido al depositario el uso del dinero depositado, el acto siempre es un mutuo y no un depósito. Vangerow responde a este argumento diciendo que «Ulpiano no quería, como equivocadamente suele estimarse, contestar a la pregunta de si cuando al depositario le es permitido el uso del dinero depositado, puede todavía admitirse el depósito, o si, por el contrario, debe considerarse más bien como un mutuo, sino que respondía a esta otra, esencialmente diversa de la anterior: si cuando las partes intentan transformar en mutuo el depósito existente, basta para ello el

este punto de la transformación de un depósito en mutuo.—V. también Pelletat, *Textes choisis des Pandectes*, 71 y sigs.; Brins, *Lehrbuch der Pandekten*, II, § 317, nota 13; Windscheid, ob. cit. II, § 379.

(1) Este texto de Ulpiano parece confirmar la teoría del *corpus* y el *ánimus* como elementos integrantes de la posesión, pues hasta el momento en que el depositario manifiesta su intención de transformar el contrato no hay, por su parte, más que una *detentatio* de la cosa depositada (*possessio naturalis*), integrada por el simple *corpus*—acto material de tenencia de la cosa—, y que llega a la categoría de verdadera *possessio* mediante la agregación a este elemento preexistente del ánimo, o sea la intención de tener la cosa como propia, usándola y consumiéndola, para luego devolver su equivalente.

simple contrato, ¿o es, además, necesaria una especial toma de posesión de las monedas depositadas? Y se evidencia por si solo que, conforme a esta concepción, indudablemente, correcta, el pasaje copiado pierde toda significación para la teoría del depósito irregular.»

Los otros textos, también de Ulpiano, que se refieren a esta cuestión, son los siguientes:

Quod si ab initio, quem deponerem, uti tibi, si voles, permiseris, creditam non esse, antequam mota sit, quoniam debitumiri non est certum. (l. 10, «De rebus creditis», 12, 1.)

Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, ut, si voluisses, uteris, priusquam uteris, depositi teneberis. (l. 1 y § 34, h. t.)

En opinión de Vangerow (1) y de Pellat (2), estas decisiones de Ulpiano tratan del caso en que los contratantes hayan ligado al contrato de depósito un contrato eventual de mutuo, conviniendo que quede a voluntad del depositario el transformar el depósito en un mutuo (*si voles, si voluisses*). Plantéase aquí también la pregunta de en qué momento podrá tener lugar esta transformación, y Ulpiano decide que no tendrá lugar hasta que el depositario no realice un acto especial de aprehensión, abriendo, v. gr., el saco de dinero, juntándolo con el propio dinero, consumiéndolo, gastándolo, etc. En este caso se supone como indudable la intención eventual de contraer un mutuo, y únicamente se cuestiona acerca del momento preciso en que este mutuo tiene su comienzo.

Parece que la razón de la diferente respuesta dada en estos textos es que en el primer caso (l. 9, § 9, de *R. C.*) el depositario ha pedido permiso desde el principio para usar la cosa depositada, y el deponente se lo ha concedido de un modo expreso, mientras que en el segundo y tercer caso supuestos, no es el depositario el que ha solicitado usar el dinero depositado, sino que es el deponente quien se lo ha permitido para el caso y desde el momento en que el otro así lo desece. De aquí que en la primera hipótesis no se necesite acto especial de aprehensión por parte del depositario, puesto que es él mismo quien ha manifestado ya su intención de convertir el contrato, y sí será preciso en los otros dos casos, puesto que, concedido el permiso desde el principio, menester es saber, por

(1) Ob. cit., pág. 422.

(2) Ob. cit., pág. 72.

esos signos exteriores de apoderamiento dominical, cuándo hacer uso de la autorización. Mas obsérvese que esta explicación nada resuelve para nuestro punto de vista, porque lo cierto es que, tanto en uno como en otro supuesto, el uso de las monedas depositadas transforma el contrato de depósito preexistente en un contrato de mutuo. Por eso, aun rechazando que estos tres pasajes tengan fuerza bastante para destruir el concepto del depósito irregular, tan sólidamente afirmado en los anteriores, no podemos negar que oscurecen bastante la doctrina expuesta, aunque pese a la opinión optimista de Vangerow (1).

* * *

15. Podemos, pues, en resumen, decir que la institución del depósito irregular, como figura propia e independiente de otros-contratos afines, fué regulado por las fuentes en Derecho romano, y presentaba los caracteres siguientes :

a) Su objeto era una suma de dinero no cerrada ni sellada (*pecunia neque clausam neque obsignatam*).

Por esta razón es preciso rechazar como inexacta, desde el punto de vista de las fuentes, la opinión de que también hay depósito irregular de cosas no fungibles cuando se autoriza al depositario para usarlas (2). No existe ningún texto en que poder apoyar semejante afirmación. Es más : las fuentes no hablan, en general, de cosas fungibles, sino que hablan siempre de dinero (*numerata pecunia*), que es la cosa fungible por excelencia (3).

Ahora bien : las cosas fungibles, para ser objeto del depósito

(1) Y también de Schweppé (*Rom. Privatrecht*, 2.^a ed., § 457), para quien «Die Meinung, das der Gebrauch von Konsumtibilien das Depositum ganz in ein Mutuum umwalde, nach», L. 9, § 9, L. 10, D. *De reb cred.*, hat Keinen Grund.

(2) Así lo estiman Schmidt, Thibaut y Wening-Ingeheim, citados por Coppa-Zuccari. Por el contrario, Neustetel (*Romischenrachiliche Unterschungen-Das Unregelmässige Depositum*, pág. 23) afirma que «Der Begriff von dep. irr. an nicht fungiblen Dingen muss als in sich widersprechend aus der Wissenschaft verbannen werden.» (Cit. por Coppa-Zuccari.)

(3) La razón de esto debe buscarse en lo que decíamos al principio de este capítulo, es a saber : en la mayor protección jurídica que encontraba el prestamista del dinero, sometiendo el contrato a las normas del depósito irregular en vez de pactar un simple mutuo. Y como el depósito de sumas de di-

irregular, habían de ser depositadas como tales cosas fungibles, es decir, con autorización para que fueran devueltas no las mismas cosas, sino otro tanto de la misma especie y calidad. No es ociosa esta advertencia, porque también las cosas fungibles pueden ser objeto del depósito regular cuando se pacta la restitución *in individuo*, o se entrega una suma de dinero en paquete cerrado, que ha de devolverse intacto (1).

Los textos que se refieren al depósito irregular hablan, como hemos visto, de la restitución de *tantundem*, lo cual indica precisamente eso: que las cosas fungibles son tomadas como tales, es decir, como *quoc in genere suo functionem in solutione recipiunt*.

b) La propiedad de la cosa depositada pasaba al depositario. Ello es consecuencia de la facultad de restituir *tantundem eiusdem generis, qualitatis et bonitatis*, porque es inconciliable el hecho de que una persona tenga la facultad de usar una cosa hasta consumirla con la hipótesis de que el dominio radique en otra persona distinta. Por eso quien transfiere a otro el derecho de usar una cosa consumible, es indudable que quiere transferirle la propiedad de esa cosa. Tal ocurre en el depósito irregular, como vimos ya en la Introducción, al señalar este transferimiento de propiedad como el rasgo específico de depósito irregular.

CAPITULO II

EL DEPÓSITO IRREGULAR EN LAS INSTITUCIONES MERCANTILES

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

16. El depósito irregular mercantil, en su forma de depósitos bancarios, fué conocido y practicado antes de Roma. Son estos antecedentes de nuestra institución los que vamos a resumir ahora brevemente.

nero era el caso más frecuente, es natural que los jurisconsultos romanos, en los textos citados, dictaminaran acerca de casos de esta índole, aun cuando se realizaran también depósitos irregulares de otras cosas fungibles, a más del dinero, pues para ello no había dificultad técnica de ninguna especie.

(1) Del mismo modo que, a la inversa, pueden ser objeto del comodato, como cosas fungibles, cuando se entregan *ad pomparam vel ostentationem*.

Los orígenes son confusos. Los primeros rastros del depósito irregular parecen encontrarse en Babilonia, que es donde surge el primer Banco de que se tiene noticia : el Banco de los Igibios, que data del siglo vi, antes de J. C. Pero bien pronto el depósito irregular se nos ofrece con caracteres inconfundibles tanto en Babilonia, como en Egipto, como en Grecia. Carácteres que, unificados *grosso modo*, pues dada la intención meramente preparatoria o de introducción de este apartado, no importa mucho salvar las peculiaridades, pueden concretarse en estos términos :

En general, son los templos los primeros que admiten depósitos irregulares, debido, de una parte, a la garantía de seguridad que ofrecía laantidad de tales lugares y la confianza que inspiraban los sacerdotes custodios, y de otra, a que si en aquella época era en todo caso difícil y poco eficaz la guarda directa y personal del capital propio, con ocasión de las peregrinaciones, dicha guarda se hacía materialmente irrealizable. En Grecia, templos como los de Delo, Efeso, Delfo y Samo realizaban operaciones bancarias de bastante importancia (préstamos con interés, en su mayoría), y las sumas necesarias para tales negocios no procedían solamente del patrimonio reunido o de la liberalidad de los fieles, recursos que por sí solos hubiesen resultado insuficientes, sino de los depósitos de dinero *ad uso*, que en gran número constituyan los peregrinos. Se trataba, por consiguiente, de verdaderos depósitos irregulares, pactados en condiciones variables, según la época, lugar y circunstancias, siendo ya a la vista, ya a largo plazo, pero sin devengar nunca interés o devengándole escasísimo.

Con el transcurso del tiempo, esta actividad bancaria se trasladó de los templos a manos de auténticos banqueros, los cuales, especialmente en Grecia, que es de donde subsisten más datos, admitían también depósitos de dinero *ad uso*; pero depósitos cuya finalidad principal no es exclusivamente la de custodia material que ofrecían los templos : originan una relación más compleja, que ofrece menos seguridad al deponente, pero que implica el pago de un interés por la facultad de uso concedida al depositario mediante el empleo prudente y fructífero del capital depositado. Los depósitos eran a la vista, y cualquier retardo comprometía seriamente el crédito del banquero, crédito que debía estar bien cimentado en aquella época, si se tiene en cuenta el hecho de que, para la for-

malización de los depósitos irregulares, no intervenían testigos, y la eficacia probatoria, atribuida a los libros o registros en que anotaban todas las operaciones realizadas.

En Egipto parece ser que, si bien los depósitos irregulares no devengaban interés, su falta era compensada por la función que realizaban los banqueros cerca de sus clientes y simultáneamente a su función propia, como intermediarios o técnicos de la contratación, por ser el nivel jurídico medio muy bajo.

17. ¡Está fuera de duda que en Roma los templos no tuvieron ninguna intervención en el comercio bancario; pero tampoco se discute que los *argentarii* admitían depósitos de dinero con facultad de uso, con el que negociaban y obtenían grandes beneficios. Se constitúan tales depósitos a vista y se devolvían contra entrega del resguardo que el banquero extendía al cliente. En tal resguardo se encuentra incluida, en algunas ocasiones, la promesa de pagar intereses, y esto induce a creer que, en general, los *argentarii* asignaban a los depósitos irregulares un pequeño interés.

Entre los romanos raramente se cobraban los créditos o se hacían los pagos en la propia casa *ex arca sua*; era, generalmente, el *argentarius* quien se entendía con los deudores o acreedores, por haberse obligado precedentemente con el cliente a recibir y desembolsar dinero por cuenta del mismo, figurando, en este último caso, como deudor personal y dando lugar al llamado *receptum argentarii*, que ofrece rasgos manifiestos de los cheques y giros bancarios. Si el banquero procedía en juicio contra el cliente, no podía demandarle una suma superior a aquella resultante del saldo de su cuenta, empleando una «fórmula» ordinaria; estaba obligado, por el contrario, a proceder *cum compensatione*, utilizando una «fórmula» especial, impuesta por el pretor, y bajo pena de perder el crédito por *plus petitio*. Esta obligación tenía su fundamento en la costumbre, y estaba justificada por la naturaleza de las relaciones establecidas entre las partes: se convenía tácitamente que las diversas operaciones se liquidaran en épocas determinadas, instaurándose, en otros términos, un verdadero depósito en cuenta corriente. Las cuentas eran llevadas con un sistema de registro muy complicado. El banquero llevaba un *memorandum*, llamado *adversarium* o *ephemeris*, en el cual sentaba provisionalmente las ope-

raciones hasta pasarlas al libro principal: el *codex rationum mensae*. En este último cada cliente tenía su cuenta especial (*ratio*) con su «Debe» y su «Haber» (*expensum ferre, accertum ferre*), y así realizaban, según los casos, los pagos (*transcriptiones*) o los ingresos (*inscriptiones*).

Los libros de los *argentarii*, regularmente llevados, hacían fe en juicio, y, según un edicto de la época republicana, debían exhibirse cada vez que el depositante lo exigiere. Este edicto fué muy útil en una época en la que todos utilizaban los servicios de los *argentarii*, y omitían tener un *codex* propio, remitiéndose al de su *argentarius*.

Vemos, pues, que la institución del depósito irregular se desenvuelve en Roma con finalidades primordialmente mercantiles. Al estudiar las fuentes hemos podido comprobar que en los casos resueltos por los jurisconsultos se trataba no de depósitos de cosas fungibles, en general, sino concretamente de depósitos en metálico. Es de presumir que todos, o casi todos, estos depósitos se realizaban en manos de los argentarios, es decir, de personas cuya profesión era la mercantil. Así como el depósito, en general, se ofrecía para satisfacer las necesidades de la vida civil ordinaria (depósito de muebles, o de alhajas, o de instrumentos de labor, etc.), el depósito de dinero, no contado ni sellado, con autorización para usar de él y devolver otro tanto, era una institución preferentemente mercantil, por cuanto un ramo entero de la actividad de los banqueros se ceñía a esta clase de operaciones.

III

DESENVOLVIMIENTO POSTERIOR AL DERECHO ROMANO

CAPÍTULO PRIMERO : EL DEPÓSITO IRREGULAR EN LA DOCTRINA ITALIANA, FRANCESA, ALEMANA Y EN LA DOCTRINA Y LEGISLACIÓN ESPAÑOLAS

18. Doctrina italiana del Derecho intermedio.—19. Glosadores.—20. Doctrina italiana a partir del siglo XIII.—21. Doctrina francesa.—22. Doctrina

alemana y de los Países Bajos.—23. Doctrina española.—24. Molina y Berní.
25. Indicaciones de Beleña.—26. Textos legales españoles: *Liber iudiciorum*.
27. Fuero Real.—28. Partidas. Comentario de Gregorio López.

18. Según Coppa-Zuccari, al que principalmente seguimos en este punto del derecho intermedio, salvo el español, sobre depósito irregular, la doctrina medieval ha seguido, en cuanto a la institución indicada, un criterio oscilante y nunca unánime. Simultáneamente a los denegadores de la sustantividad de la figura jurídica que estudiamos, se dan, en el período a que nos referimos, ardientes defensores, los cuales, sin embargo, no se preocupan siempre de conservarla en su pureza, sino que con frecuencia se abandonan en disquisiciones que la particularizan y deforman. El núcleo principal de doctrina recae sobre cuestiones de naturaleza práctica, especialmente sobre si es o no contrario a la naturaleza del depósito irregular el pacto de intereses.

Omitiendo el Derecho Canónico, que silencia todo lo relativo a nuestra institución, se pueden reducir los autores medievales italianos que se ocupan de ella a los siguientes:

19. De los glosadores que, en general, según hemos dicho, se ocuparon de esta cuestión, merecen ser destacados dos: Azo y Accurzio. Ambos admiten sin reservas el depósito irregular, aun cuando no empleen esta terminología para designarlo, pero lo entienden y dan alcance distinto.

Azo extiende la posibilidad de esta forma peculiar del depósito, que estima «contra notissimos terminos depositi» a todas las cosas fungibles, dando valor para transferir la propiedad de la cosa sin desnaturalizar el depósito, no sólo a la convención tácita, sino también a la expresamente establecida.

JOAQUÍN GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE,

Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Central.

(Continuará.)

La sucesión intestada en Aragón después del Apéndice foral⁽¹⁾

(*Conclusión.*)

Con arreglo a la nueva redacción del artículo 956 del Código, una tercera parte de los bienes heredados por el Estado se destina a la Caja de Amortización de la Deuda pública (2); y éste es un fin nacional al que todas las regiones han de contribuir por igual.

La sucesión del Estado se halla ligada indisolublemente en el estado actual de la legislación al límite que se establezca a la sucesión colateral. Regulada la sucesión del Estado por la Ley de 16 de Mayo de 1835, es indudable que se estableció, no para un Estado aragonés o catalán o navarro, sino para el Estado unitario español. De aquí que en todo el territorio español se extinguiese el derecho de los colaterales en el décimo grado; y en el sexto, cuando el Código reformó en este punto la ley de Mostrencos (3).

Reducido ahora el límite al cuarto grado en el Código, a este grado queda reducido en Aragón, como en el resto de España.

3.^a Existencia de preceptos arbitrarios o, por lo menos, sin fundamento jurídico racional.

Son varias las reglas del Apéndice, en esta materia, que no pueden defenderse en buena lógica jurídica. Pueden acotarse las siguientes:

(1) Véanse los números 83, 85, 86 y 87 de esta Revista.

(2) Actualmente suprimida.

(3) Esto no lo han puesto en duda los más recalcitrantes foralistas. Así lo reconoce el mismo Gil Bergea, detractor implacable de «los Mostrencos», en su folleto citado anteriormente.

a) El artículo 37 extiende el derecho de recobro a favor de ascendientes y de hermanos, no sólo a los bienes que éstos hubieren enajenado al causante por título gratuito, sino también a los que lo hubieren sido por título oneroso, incluso por compraventa. Este precepto carece de toda justificación y puede significar un entorpecimiento para el comercio de bienes inmuebles. Antes de comprar fincas a un ascendiente o a un hermano deberán pensarlos bien los aragoneses que no tengan hijos.

Hay, además, cierta aparente contradicción entre este precepto y el artículo 40 del mismo Apéndice, pues parece indudable que los bienes comprados a un ascendiente o a un hermano son «granjeados» por el causante, y en tal concepto procedería abrir la sucesión, respecto a ellos, por las normas del Código, a lo que se opone el artículo 37, que sujeta tales bienes al derecho de recobro. Claro que el recobro es preferente, por lo que dispone el artículo 39, y la contradicción no es efectiva.

En rigor, este derecho se halla reconocido también, aunque con menor amplitud, en el artículo 812 del Código civil, y bastaría con que el Apéndice lo ampliase a los hermanos del causante, para llegar a la aproximación de ambas legislaciones y suprimir un precepto que encaja difícilmente en el Derecho moderno. (Piénsese en que los bienes adquiridos por compra a un ascendiente o a un hermano forman parte del haber de la sociedad conyugal, y en la posible colisión de derechos entre los titulares del derecho al recobro y el cónyuge supérstite, por lo que respecta a su participación en los gananciales: todo cónyuge previsor tratará de evitar que el otro realice esta clase de adquisiciones.)

b) La imprecisión en que el Apéndice deja lo relativo al modo de distribuir la herencia entre los diversos partícipes, no especificando si ha de ser por cabezas o por estírpes. Nada dice el artículo 35 para el caso de concurrir nietos solos, ni la regla tercera del 39 para el de que concurran solamente sobrinos, y falta la referencia a las normas del Código.

c) Falta de claridad en el párrafo primero del artículo 39 respecto a la procedencia de los bienes a que el mismo se refiere. Está claro que han de provenir de cualquier ascendiente o de otro parente hasta el sexto grado; pero no lo está el título de proce-

dencia, porque acaso por defecto ortográfico de puntuación no se sabe si las palabras «a título de herencia, legado o donación» se refieren a la adquisición hecha por el causante o a la condición de reversión o llamamiento. Parece indudable lo primero, por la confrontación de este párrafo con el artículo 40, toda vez que éste regula la sucesión en los bienes «granjeados», entre los cuales se hallan los adquiridos a título oneroso de cualquier ascendiente o pariente hasta el sexto grado—salvo el caso de recobro a que antes se ha aludido—, y, por tanto, debe reducirse la aplicación del artículo 39 a los no granjeados, o sea a los adquiridos por el causante a título lucrativo de cualquiera de las expresadas personas.

d) La extensión en este mismo párrafo de la procedencia de los bienes hasta los parientes de sexto grado colateral. ¿Por qué sujetar al principio de troncalidad los bienes procedentes de parientes tan lejanos? ¿Constituyen acaso la familia moderna consanguíneos tan distantes?

En todo caso, debiera limitarse el precepto a los bienes adquiridos de esta clase de parientes a título gratuito y por ministerio de la ley, o sea por sucesión intestada.

Tratándose de la sucesión testada, el colateral testador pudo, si era su voluntad, sujetar la sucesión a condición de reversión o sustitución o fideicomiso; si no lo hizo, es indudable que su herencia o legado ingresó definitiva y libremente en el patrimonio del heredero, en su peculio individual y no familiar, y no hay motivo para aplicarles después, al fallecimiento intestado del heredero o legatario, el principio de troncalidad a favor de parientes a los que el primer causante pudo y no quiso favorecer.

A parte de esto, reducido al cuarto grado el derecho de sucesión abintestato en la línea colateral, debe igualmente rebajarse hasta el mismo cuarto grado el parentesco de sexto grado, de que habla el párrafo primero del artículo 39 del Apéndice.

e) La redacción cabalística y defectuosa de las reglas segunda y tercera del mismo artículo 39. No es preciso insistir sobre las objeciones formuladas anteriormente al exponer el orden de llamamientos con arreglo a este precepto del Apéndice.

Merece, por el contrario, elogios la regla cuarta, en cuanto limita la investigación de procedencia de los bienes a la adquisición inmediata hecha por el causante, prescindiendo de transmi-

siones anteriores; criterio mucho más racional y sencillo que el seniado en la regla cuarta del artículo 77 del Proyecto de 1899, que establecía la ilimitación de la investigación sobre el origen de los bienes y sobre la subdivisión de ramas entre los ascendientes para justificar el parentesco.

f) Finalmente, merece crítica acerba que en el artículo 42 del Apéndice no se antepongan al Hospital de Nuestra Señora de Gracia a los ascendientes y al cónyuge viudo; cosa que, respecto a este último, ya había hecho el Proyecto de 1899, más acertado en este particular que el de 1904, en el que se inspiró la Comisión redactora del Apéndice vigente.

VI

ORIENTACIONES EN QUE PODRÍA INSPIRARSE LA NECESARIA REFORMA DEL APÉNDICE EN MATERIA DE SUCESIÓN INTESTADA

Del contenido de este trabajo, así como de la práctica profesional y del común sentir de técnicos y profanos, desprendese la necesidad de la reforma del Apéndice, que si la necesita, y amplia, en otras materias, en ésta de la sucesión intestada la requiere fundamental e inaplazable.

No se sabe, a la hora de ahora, las facultades que constitucionalmente podrán recabar los Estatutos regionales, aunque parece ser que serán amplísimas en materia de Derecho civil, ni si Aragón reivindicará un Estatuto de la amplitud del presentado por Cataluña, cosa improbable, por ser Aragón una de las regiones que más sienten la solidaridad española y con más acendrado sentimiento profesan el patriotismo integral, que intentan resquebrajar minúsculos diferencialismos.

Sea de ello lo que quiera, es indudable que el Apéndice tiene vida precaria. Si Aragón legisla libremente su derecho civil, porque promulgará un Código completo. Si no lo hace, porque después de la nueva Constitución habrá de sufrir profundas reformas toda nuestra legislación, y singularmente el Código civil, inspirado en el derecho justiniano, a través del Código napoleónico; y reformado el Código, también lo habrán de ser sus Apéndices.

En todo caso, la reforma de éste se dibuja en un próximo porvenir.

La crítica no debe limitarse a lo meramente negativo. Si ha de cumplir su verdadera misión debe simultanear la demolición con la reconstrucción, y, a la vez que señalar defectos, apuntar soluciones.

Como resumen de este fatigoso trabajo cabe apuntar dos orientaciones en que podría inspirarse la reforma.

Una, amplia, general, absoluta, de gran envergadura, que podría consistir, por las razones apuntadas, en orden a la verdadera naturaleza del derecho de sucesión intestada, en la adopción íntegra en Aragón de las normas del Código común, como se venía haciendo con general beneplácito, salvo escasas excepciones, en virtud de la doctrina sustentada con firmeza por el Tribunal Supremo. De admitir alguna modificación al sistema general, para dar cabida al principio de la troncalidad, de tanto abolengo en Aragón, podría limitarse este principio a la sucesión entre colaterales cuando concurriesen hermanos, sobrinos u otros parientes de un solo vínculo. En este caso heredarían tales parientes únicamente los bienes procedentes de su rama parental, concurriendo, naturalmente, con los que fuesen de doble vínculo. Así, por ejemplo, el hermano uterino sólo heredaría los bienes del causante que procediesen de la madre, abuelos maternos, etc.; y lo mismo el sobrino, hijo de este hermano. En todos los demás bienes concurrirían los de doble con los de sencillo vínculo, si bien tomando aquéllos doble porción que éstos, en la forma que señala el Código civil.

Otra orientación, para una reforma más modesta, podría ser una nueva redacción de los artículos del Apéndice, conservando sus mismos principios esenciales y suprimiendo las omisiones, las oscuridades y las contradicciones, que tanto abundan en ellos, al mismo tiempo que coordinándolos con la reforma del año 1928.

En este sentido, y salvando, desde luego, las opiniones, mejor fundadas, de cuantos han estudiado estos problemas, voy a ofrecer una nueva versión de los artículos que el Apéndice dedica a la sucesión intestada, en la que, por lo menos, quedan corregidas las deficiencias expuestas en este trabajo, no sin advertir que se conserva casi intacto el espíritu del Apéndice y se modifica tan sólo la expresión literal, y sin ocultar que juzgo preferible la reforma

radical, que equipare a las del Código las normas reguladoras de la sucesión intestada.

Los artículos reformados dirían así (1) :

Artículo 34.

Para que tenga lugar la sucesión legítima, además de lo establecido al efecto en el Código, se necesita que la sucesión del causante no esté ordenada tampoco por contrato o por capitulación matrimonial, o que, aun estandolo en una u otra forma, carezca de eficacia tal ordenación, en todo o en parte, por cualquiera de las causas admitidas en la ley.

Artículo 35.

Los descendientes legítimos del que fallece abintestato le heredan, con exclusión de los demás parientes, entendiéndose salvo el derecho de viudedad. Entre aquéllos, los del grado más próximo que viven y son capaces para la sucesión, excluyen a los del grado más remoto; pero en lugar de los de dicho grado que hayan fallecido o estén incapacitados, heredan, por derecho de representación, los descendientes legítimos suyos, sin que en esta línea recta descendente tenga límite la tal representación.

En cuanto al modo de suceder de los hijos y descendientes legítimos se estará a lo establecido en el Código.

Artículo 36.

Si el causante que no dejó descendencia legítima estaba casado, el cónyuge sobreviviente que le tuviese asignada firma de dote la recobrará con preferencia.

Habrá lugar a este recobro aun cuando los bienes hubieran recaído ya, por disposición del finado, en descendientes comunes, si éstos, a su vez, mueren intestados y sin dejar prole, antes que

(1) Para facilitar la comprensión de la reforma, van en letra bastardilla las palabras o párrafos que se modifican o adicionan.

el cónyuge sobreviviente. En defecto de éste tendrán derecho al recobro de los expresados bienes los parientes *que tengan derecho a sucederle abintestato*.

Artículo 37.

Cuando en el caudal del que fallece abintestato y no deja herederos forzosos existan los bienes mismos, sean muebles o inmuebles, que le hubiesen donado o *transmitido por título gratuito* los ascendientes o hermanos, cada uno de éstos, si vive, tendrá también derecho a recobrar las cosas que de él procedan por los títulos expresados.

Artículo 38.

Para la aplicación del precepto contenido en el artículo anterior se entenderá que la persona de cuya sucesión se trata no ha dejado herederos forzosos, si, aun *habiéndolos tenido*, fallecen éstos abintestato y sin prole, en vida de los donantes o *transmitentes*.

Artículo 39.

Aparte de los recobros que los precedentes artículos regulan, en la sucesión intestada del que no deja descendencia legítima, por lo tocante a bienes adquiridos *por el causante* a título de herencia, legado o donación, y sin condición de reversión o llamamiento *a favor de otras personas*, de cualquier ascendiente o de otro pariente *hasta el cuarto grado*, se guardarán las siguientes reglas:

1.^a Los hermanos germanos o de doble vínculo, sin distinción de sexo, recibirán, *cuando concurran solos*, la totalidad de los mencionados bienes, sean éstos de la clase que sean.

2.^a Cuando concurran hermanos de distintos matrimonios recaerá, en los que sean de parte del padre, el caudal *procedente de éste o de los parientes de su línea*, y en los de parte de la madre, el caudal *procedente de ésta o de los parientes de la línea materna*.

Los concurrentes que sean hermanos germanos o de doble

vínculo participarán con los consanguíneos o con los uterinos, respectivamente, en lo que provenga del común padre o madre o de sus líneas respectivas.

Los hermanos del causante, *sean de doble o de sencillo vínculo*, que hayan fallecido o sean incapaces, estarán representados por sus hijos *legítimos*, sin que este derecho de representación, en caso alguno, se extienda a otros grados de parentesco colateral con el causante. *El modo de suceder de los sobrinos, tanto cuando concurren con sus tíos como cuando concurren solos, será el establecido en el Código.*

3.^a *Los demás bienes a que este artículo se refiere que no sean de procedencia lineal paterna ni materna, así como los que, aun siéndolo, no puedan asignarse conforme a las dos reglas anteriores, recaerán en los colaterales que tengan parentesco más próximo con el causante de la sucesión por la línea de la persona de quien el causante mismo hubo los bienes; concurriendo cuantos tengan dentro de cada línea grado igual de parentesco. El derecho de heredar abintestato no se extiende en Aragón en la línea colateral más allá del grado de parentesco que señala el Código.*

4.^a *Para aplicar las precedentes reglas, la adquisición inmediata que de los bienes hiciera el causante determinará la persona de quien éste los hubo, y se prescindirá de transmisiones anteriores.*

Artículo 40.

En cuanto a los bienes de la procedencia expresada en el artículo anterior, cuando no existan colaterales con derecho a heredarlos, según las reglas en el mismo establecidas, y a los bienes que el causante haya adquirido de parientes más lejanos del cuarto grado, del cónyuge o de extraños, así como en cuanto a los bienes de procedencia desconocida o granjeados por el causante mismo, la sucesión intestada se deferirá con arreglo a las comunes normas del Código civil.

Se presumirá que todos los bienes del causante han sido granjeados por el mismo, salvo prueba en contrario, que corresponderá a los parientes que se crean con derecho a la totalidad o a parte de los bienes de la herencia atendiendo a la procedencia de los mismos.

Artículo 41.

En la sucesión de colaterales del finado son compatibles en una persona misma las participaciones que le correspondan por diversas líneas de parentesco con el causante, y se considerará distinta cada parte, a los efectos de la responsabilidad por cargas y obligaciones con que se hallen gravados los bienes; *sin perjuicio de la solidaridad de los coherederos que, en beneficio de los acreedores del causante, establece el Código civil.*

También es compatible en el cónyuge supérstite la participación hereditaria que le corresponda como pariente colateral con el disfrute de la viudedad a que tenga derecho; y ésta, *con la cuota usufructuaria que pueda corresponderle en los casos en que la sucesión se desiera por las normas del Código.*

Artículo 42.

No obstante lo dispuesto en los precedentes artículos, subsistirá a favor del Hospital de Nuestra Señora de Gracia o provincial de Zaragoza la facultad que le fué concedida por acto de Cortes de 1626, de suceder abintestato en toda clase de bienes muebles o inmuebles que no estén sujetos a recobro o reversión, a los enfermos y a los dementes que fallezcan en el establecimiento o en las casas de alienados que de él dependan cuando no dejen descendientes, *ascendientes, cónyuge, hermanos ni otros parientes colaterales dentro del cuarto grado.*

Salvo esta preferencia, en todos los casos en que resulte vacante una herencia por no existir personas con derecho a la sucesión intestada, de conformidad con los llamamientos contenidos en los artículos anteriores, la sucesión recaerá a favor del Estado en la forma y para los fines que expresa el Código civil.

La razón de las modificaciones y adiciones introducidas al texto actual del Apéndice se halla justificada en las observaciones formuladas al analizar cada uno de sus preceptos, y es innecesario insistir en su demostración.

Concluyo este fatigoso trabajo, merecedor, por su materia,

de ser tratado por plumas más competentes que la de su autor, repitiendo que es su único objeto, dentro de los modestos límites predeterminados, el contribuir a la corrección, claridad y humanización de las normas jurídicas civiles, que, en tanto no se llegue a la ansiada unidad legislativa, han de regular las sucesiones intestadas en una de las regiones de más preclara historia jurídica, política y social de las que, unidas ya por vínculos indisolubles, constituyen e integran el viejo solar de nuestra raza hispana.

RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL.

Doctor en Derecho y Registrador de la Propiedad.

F E D E E R R A T A S

Número.	Página.	Línea.	DICE	DEBE DECIR
83	832	5	Lustro.....	Decenio.
83	838	14	El Parlamento.....	En el Parlamento.
83	839	16	Jurisconsulto	Jurisconsultos.
83	839	17	Sostuvo....	Sostuvieron.
83	841	Nota (1)	En su «Derecho civil».	Castán, en su «Derecho civil».
83	841	Nota (2)	Página.....	Página 8.
85	15	31	Distante.....	Distinta.
86	117	24	Bienes de toda clase...	Bienes muebles.
87	205	5	BREVES ORIENTA- CIONES.....	BREVES OBSERVA- CIONES.

El libro primero del Proyecto de reforma del Código civil ita- liano⁽¹⁾

(Continuación.)

Llenando un vacío del Código italiano, el proyecto, en el título primero del libro primero, se ocupa de la persona física, y hace perfectamente, porque, al ser el hombre el sujeto del derecho, es indispensable reglamentar la personalidad humana. El proyecto omite, a diferencia de otros códigos, las condiciones de viabilidad del ser nacido para que éste adquiera la personalidad, acaso por no precisar las características que la determinan, puesto que en la doctrina no hay unanimidad en punto tan importante; y conste que por ello no le censuro, pues haciendo constar que el hombre es sujeto de derecho desde que nace hasta que muere—artículo 1.º—, es indudable que el nacimiento origina la personalidad, y esto es lo interesante, sin perjuicio de la reserva de derechos a favor del concebido, que se perfeccionan, claro es, cuando nacen. Deja a los tribunales, con los asesoramientos técnicos indispensables, la solución de los casos dudosos, si los seres humanos pueden ser considerados nacidos o abortivos, para de ese modo saber si son o no sujeto de derecho. Implícitamente se distingue en el proyecto la capacidad jurídica de la capacidad de obrar: la primera se adquiere con el nacimiento, y sólo se extingue con la muerte natural, ya que la muerte civil ha desaparecido de los códigos modernos, y la segunda se adquiere con la mayor edad. Como no podía menos, los autores del proyecto se hacen cargo de ciertas situaciones en que

(1) Véase el número 87 de esta Revista.

pueden encontrarse las personas que alteran la capacidad civil, y que yo denomino causas modificativas, mejor que lo que algún código, el nuestro, llama restricciones de la personalidad. Por no admitir el proyecto la parte general, se observa que las distintas causas modificativas de la capacidad de obrar se reglamentan en diversos lugares del libro, pues en los títulos tercero, cuarto y quinto se regulan unas, y otras, como la enfermedad y la interdicción, en el título II.

Separándose el proyecto de los códigos latinos, francés, italiano y español, y siguiendo a algunos, como el alemán, el suizo y otros proyectos de Códigos modernos, reglamenta el nombre patronímico, considerándole como un derecho absoluto que corresponde a la persona humana. Un aplauso muy sincero merece el Comité de redacción al llenar este vacío que se nota en los códigos que omiten la reglamentación de tan importante derecho.

En el Código italiano, como en el nuestro, se habla del derecho a usar el apellido de los padres, y en el Registro civil se hace la inscripción sobre la base del nombre patronímico, y es lo cierto que en ellos no se reglamentaba. El proyecto lo hace con precisión y de modo bastante completo, y el lugar propio de regularle es el Código civil. Por lo mismo que es un derecho inherente a la personalidad y el medio más legítimo y autorizado de reconocerla, no puede ser cambiado ni sustituido, a no ser con la autorización del Gobierno, y siempre por razón de justa causa.

El nombre, más que una institución de policía civil, es un derecho que no hay inconveniente en calificarle de absoluto, que si no constituye un típico caso de derecho de propiedad, es a lo que más se parece, y por eso se tutela su existencia por la ley y se castiga al que le usurpa.

Injetado en el artículo II el proyecto que reglamenta el abuso del nombre, garantiza y tutela el derecho a la imagen de la persona, que bien merecía un artículo aparte con más razón que el derecho a la integridad corporal, que, como los de libertad e igualdad y otros, se salen de la esfera del derecho privado, aunque algún código, como el portugués, les incluye en sus disposiciones. Merece, pues, el proyecto plácmes por haber reglamentado su abuso, porque, si no es despreciable la observación de Puchta, a quien repugnaba que, siendo la personalidad el fundamento de todo de-

recho, pudiera ser objeto de un derecho particular, es lo cierto que tanto la doctrina jurídica como la jurisprudencia entienden que debe protegerse la figura del hombre, y como dicen Fadda y Ferrara, la imagen es un bien verdadero y propio, separado del sujeto y capaz de tutela legal.

* * *

El título segundo del libro primero del proyecto se consagra a la persona jurídica. Aunque el nombre no hace a las cosas, no por eso puede negarse importancia a la denominación de las instituciones, y mi opinión es poco favorable al nombre de persona jurídica, como la designa el proyecto y el Código español, porque parece indicarse con él que las personas colectivas morales, sociales, al denominarlas jurídicas, que hay otras personas que no lo son, o interpretarse que son creadas por el derecho (ficticias), siendo así que su existencia es tan natural y necesaria como las personas individuales. Pero esto aparte, el proyecto viene a llenar una omisión del Código italiano, al reglamentar la persona jurídica, materia tan importante y muy propia de un código civil. Sin descender a detalles, y fijándome tan sólo en las líneas generales que dominan el pensamiento de la Comisión, traducido en el título segundo, me permito hacer algunas observaciones por si son aprovechables.

1.^a Yo creo acertado y de acuerdo con la doctrina jurídica la distinción del acto constitutivo del ente colectivo y la adquisición de la personalidad jurídica, que se obtiene tan sólo con la inscripción en el registro de asociaciones y fundaciones, pues la condición de persona jurídica con la capacidad legal, inherente a ella, sólo puede concederla la autoridad, que tiene por misión velar por la seguridad de la nación y evitar que los entes colectivos, tanto en su organización como en sus funciones, se desvíen de la moral y de las leyes.

2.^a Distingue perfectamente las personas sociales de interés público, estado, provincia, ayuntamiento y otros institutos públicos, civiles y eclesiásticos, que son personas jurídicas cuando han sido legalmente reconocidos, de las asociaciones y fundaciones de interés particular, las cuales, para obtener la personalidad jurídica

ca, necesitan, como antes dijimos, la aprobación preventiva de la autoridad y la inscripción en el registro.

3.^a Estimo que se da en el proyecto excesiva intervención y facultades a la autoridad, pues sin ésta no pueden adquirir las asociaciones y fundaciones, ni recibir donaciones, quedando restringida, por tanto, su capacidad para adquirir; criterio éste que está inspirado en un régimen de temor y desconfianza que impedirá, algunas veces, el libre desenvolvimiento de sus actividades. Se ve en el citado régimen el fantasma de la *mano muerta*, ante el cual retrocede aterrado el legislador. Más liberal nuestro Código civil en esta materia, ha sido modificado por un decreto del Gobierno Provisional de la República del 28 de Julio de 1931, por el cual se limita la capacidad de adquirir y conservar bienes rústicos sin la autorización del Gobierno, y las Cortes Constituyentes han aprobado un artículo de criterio bien restringido, y por el que se priva de capacidad para adquirir y retener más bienes que los que sean precisos para sus peculiares fines a las Ordenes religiosas (1); criterio injusto por lo desigual, puesto que constituye una restricción limitada a esta clase de colectividades, consintiéndose a las demás adquirir y conservar sus bienes sin limitación alguna, es decir, mientras la ley permite los *trusts* y las cooperativas, que pueden llegar a ser verdaderas potencias económicas y financieras, restringe excesivamente la de los institutos religiosos.

4.^a Echo de menos que, en especial, no reglamente la capacidad jurídica de la Iglesia, que supongo que se derivará de lo concordado entre ambas potestades; pero no estaría de más saber si se rige por el artículo 14 del proyecto, o tiene la Iglesia Católica en Italia capacidad especial para adquirir y conservar. Hago esta observación porque en España, según el Código civil, la capacidad de la Iglesia católica es plena, puesto que aquélla se determina por lo concordado entre las dos potestades, y pudiera ocurrir que después del Concordato de Letrán tuviera la Iglesia italiana análoga posición que tenía en España cuando se publicó el Código civil. Esta situación de que gozaba en España ha cambiado, pues una vez aprobada por las Cortes Constituyentes la separación de la Iglesia y el Estado, lo regular es que en las leyes

(1) Artículo 25 de la Constitución.

complementarias que se dicten se varíe la capacidad civil de la Iglesia.

5.^a Sería conveniente que se hubiera consignado un precepto que estableciera la capacidad de los sindicatos y corporaciones profesionales, pues aun cuando éstas tienen en Italia leyes orgánicas que regulan sus funciones, no puede el futuro código civil quedar al margen del derecho corporativo; es más: estimo de utilidad que, dada la singular importancia de tales organismos, el proyecto de código debe consignar las bases fundamentales de su capacidad civil, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes especiales.

6.^a Es de aplaudir la novedad que introduce el proyecto de reglamentar las asociaciones de hecho, que constituyen una realidad que no puede ser desconocida por el legislador, y es un acierto que se procure que sus normas sean parecidas o similares a las de las asociaciones con personalidad jurídica, según lo hace el proyecto en los artículos 42 al 48.

7.^a El proyecto, entre las dos tendencias, que pueden denominarse latina y germana, respecto al domicilio de la persona mercantil, dice que lo es el del lugar donde ejecuta el comercio, salvo siempre la facultad de elegir uno diverso, es decir, que se inclina a la doctrina germana, y mejor, a la suiza; pero lo que para mí es inadmisible es que autorice el domicilio ficticio, o sea el del lugar que quiera, aunque no esté en relación alguna con la empresa, porque, según Wienland, sólo debe admitirse el domicilio electivo, en el sentido de que, a pesar de ser libremente establecido, esté, sin embargo, justificado objetivamente sobre bases reales de la empresa, o sea un lugar que, aunque apartado de la dirección comercial, se desenvuelva en él una parte importante de su actividad.

* * *

En los títulos tercero, cuarto y quinto regula el proyecto el domicilio, la ausencia y el parentesco, y en cambio deja para la tutela la interdicción y la inhabilitación, como si las situaciones creadas por estos motivos no fueran de igual naturaleza que aquéllas.

Todas son causas que modifican la capacidad civil, y si el proyecto, en vez de acoplarse al modelo romanofrancés, hubiera acep-

tado el plan alemán en la parte general, habría reglamentado las causas que afectan a la capacidad en muchas relaciones del derecho civil. La misma Comisión redactora del proyecto, al justificar que el parentesco le trae al primer libro del Código en vez de encajarle, como en el Código italiano y en el nuestro, en el derecho de sucesión *mortis causa*, dice que este lugar es el más idóneo (el del proyecto), tratándose de determinar y definir conceptos generales que encuentran aplicación en campos diversos, y entiendo que esta razón que expone el profesor Ruggiero es aplicable a todas las causas modificativas de la capacidad, y por ese motivo es de conveniencia una parte general en donde se reglamenten todas aquellas instituciones que tienen su esfera de acción en las diversas relaciones jurídicas que integran el derecho civil, como son las que se refieren a la capacidad del sujeto; pero dejando esto aparte, y concretándonos al domicilio, el proyecto expone el de las personas individuales y sociales, el de la mujer, el del menor, el del interdicto y el especial del comercio, que podía muy bien haberle reservado para el Código mercantil. Tiene el proyecto un concepto distinto del domicilio y de la residencia; mantiene en esto el criterio del Código italiano y se separa de la corriente identificación de ambos términos. Comparando el artículo 49 del proyecto con nuestro Código español, resulta que aquél define la residencia como nuestro Código el domicilio; para el proyecto no basta, como en España, para obtener el domicilio, la habitualidad en la residencia, sino que es el lugar donde ha establecido una persona la sede principal de sus relaciones e intereses. Claro es que la mayor parte de las veces coinciden ambos conceptos, y lo regular es que esos mismos intereses le retengan en un lugar para residir habitualmente en él; pero cuando esto no ocurre, ¿no será más difícil y se prestará a mayores dificultades determinar la sede principal de sus relaciones e intereses que la residencia habitual? Si esos mismos intereses no le retienen en un lugar, sino que permanece en otro habitualmente, ¿qué razón hay para que la residencia no prevalezca sobre el otro motivo en el que funda el proyecto la esencia del domicilio? Regula el Código el domicilio voluntario y el necesario, pero omite, y no creo que debía hacerlo, el domicilio legal, como es el de los funcionarios y empleados, que le adquieren por razón de su destino; el de los embajadores y diplomáticos,

y tampoco hubiera sobrado un precepto prohibiendo la duplicidad del domicilio.

De igual o análoga manera que nuestro Código español, señala el proyecto tres períodos: uno, de presunción de ausencia; otro, de declaración de ausencia, y otro, de presunción de muerte. En todos ellos completa las disposiciones del Código italiano; pero donde introduce mayores innovaciones es en la presunción de muerte, que, con buen criterio, no iguala en sus efectos a la muerte natural, que es el único modo de extinguirse la personalidad humana. Con motivo de la guerra europea, las legislaciones de los pueblos que entraron en ella modificaron los códigos en esta materia, pues el gran número de desaparecidos que hubo sin saberse su paradero, pero presumiéndoles muertos, motivó esta reforma en el instituto de la ausencia. También Italia lo hizo, y el proyecto recoge el espíritu de esas disposiciones: les supone muertos y declara la muerte presunta. No sólo en el caso de prolongar la ausencia por quince años, sino cuando uno haya desaparecido en una operación de guerra, habiendo tomado parte en ella, o cuando haya sido hecho prisionero del enemigo y hubiera sido interiado o transportado a país extranjero, sin haber tenido noticia de él después de haber transcurrido cinco años de entrar en vigor el tratado de paz, o, por último, cuando haya desaparecido una persona en un infortunio y de él no se han tenido noticias después de cuatro años siguientes al día en que tuvo lugar el siniestro, o si el día no era conocido, pasados los cuatro años al fin del mes en que ocurrió, y si no fuere conocido el mes, el del año. Son estas disposiciones tan acertadas como necesarias en los códigos civiles, no como en el nuestro, en que no se preveen estos casos, teniendo que suplir la jurisprudencia tal omisión.

Muy preciso el proyecto en lo que respecta al parentesco y a la afinidad, reglamenta tan sólo el vínculo civil, adoptando la computación de grados romana, y es natural que esto haga, ya que todos los códigos civiles la adoptan, porque la computación germánica es la de la Iglesia. En el parentesco comprende, dentro de sus respectivos límites, el creado por el reconocimiento, declaración judicial, legitimación y adopción.

El proyecto reconoce el límite del parentesco hasta el décimo grado, límite que me parece excesivo, sobre todo después de redu-

circle hasta el sexto grado en las sucesiones el decreto de 16 de Noviembre de 1916, reformando el Código italiano, no sólo porque la aplicación más importante del parentesco es la de heredar el parente en la sucesión abintestato, sino porque la corriente científica, en este punto, es unánime en lo que respecta a reducir los límites del parentesco, y algún legislador, como el español, ha modificado el Código civil reduciéndole hasta el cuarto grado inclusive en la sucesión abintestato.

* * *

Modifica el proyecto el sistema exclusivamente civil que respecto al matrimonio tiene establecido el vigente Código italiano, en virtud de lo pactado en el Concordato con la Santa Sede de 11 de Febrero de 1929, dando efectos civiles al matrimonio canónico mediante la inscripción del mismo en el registro del estado civil; pero ordenando el artículo 132 del proyecto que el matrimonio celebrado ante un ministro del culto católico se ha de regular conforme a la ley canónica. Este cambio de régimen matrimonial es análogo al que establece nuestro Código de España, pero acordada por las Constituyentes la separación de la Iglesia y del Estado, y consignando por ello el principio del laicismo de éste, es seguro que se cambiará el sistema matrimonial imponiéndose como obligatorio para todos el matrimonio civil. No censuro la reforma que en materia tan importante introduce el proyecto; antes al contrario, la Comisión redactora no tenía más solución que atenerse a lo concordado, y además, en países como Italia y España, la imposición del matrimonio civil, como obligatoria, chocaría con el sentir de la mayoría de los ciudadanos, que son católicos, y rechazan de igual modo que la Iglesia el matrimonio único del Estado. Creo yo que en la situación y circunstancias de Italia hace bien el proyecto en respetar el matrimonio católico y dar efectos civiles a esas uniones, en las que la Iglesia requiere condiciones y solemnidades que superan a las exigidas por el Estado para la validez de sus matrimonios. El proyecto, pues, cuando reglamenta el matrimonio, se refiere al civil o autorizado ante un oficial del Estado civil; y a los celebrados ante un ministro de su culto (no católico), admitido en el Estado, a los cuales se aplican las disposiciones

· contenidas en los capítulos II, III, IV, V, VII, VIII, IX y X
-del título VI, de igual manera que en el matrimonio civil. Ahora
bien: por lo mismo que se deja a la Iglesia la ordenación del ma-
trimonio canónico, sería conveniente que, como lo hace nuestro
Código civil, se concretaran las disposiciones que son comunes al
matrimonio canónico y al matrimonio civil, y creo que es insufi-
ciente el artículo 132 del proyecto, pues hace falta consignar, verbi-
gracia, si los efectos de los espousales que regulan los artícu-
los 95 al 98 son de aplicar a los espousales del matrimonio canó-
nico, aparte de los efectos canónicos que su incumplimiento pro-
duzcan, si a los efectos civiles de los matrimonios putativos que
consigna el artículo 147 del proyecto son de aplicar al matrimo-
nio canónico, y, en fin, armonizar disposiciones que ahora resul-
tan distintas, como sucede, por ejemplo, con el consentimiento
paterno, que en el proyecto es requisito esencial, que, si deja de
concurrir en el matrimonio, éste es nulo, mientras que si falta en
la legislación de la Iglesia hace que sea ilícito el matrimonio,
pero es válido.

Sin descender a detalles, que harían interminable este trabajo, anotaré, sin embargo, que, aunque la edad es mayor la exigida por el proyecto que la de la Iglesia, para poner en armonía ambas legislaciones, sin duda permite al Rey conceder la autorización para que puedan casarse los varones a los catorce años, y las hembras, a los doce. Siguiendo a la legislación universal no permite el matrimonio a los locos, y, dados los términos del proyecto, no se puede pensar que puedan celebrarle en momentos lúcidos de razón, en lo que, a mi juicio, hace perfectamente, dada la natu-
raleza e importancia del acto; pero no entra, y yo lo aplaudo, en la corriente legislativa, que exige el certificado médico de sanidad en determinadas enfermedades, porque esto chocaría con las costumbres nacionales del pueblo, y seguramente su práctica traería peligros y ocasionalaría, a veces, graves trastornos. El proyecto sigue, en estas materias matrimoniales, el espíritu clásico de la legislación. En cuanto al parentesco consanguíneo, como impedimento para contraer matrimonio, le reduce al tercer grado civil, y creo que hace bien no permitirle en grado más próximo, como algún Código de tendencia extremista, porque repugnaría a la conciencia social tal tolerancia. También aplaudo que reduzca el

consentimiento al que ejerza la patria potestad, no como nuestro Código, que concede este derecho a los abuelos y al tutor en su defecto, y, sobre todo, que no requiere lo que en España se llama consejo paterno, y en otras legislaciones, acto reverencial, pues considero a este requisito innecesario, y en todo caso ineficaz, según he sostenido en mi *Tratado de Derecho civil*. Pero a diferencia de nuestro Código, que requiere el consentimiento favorable, y si no lo es impide la celebración del matrimonio sin que haya contra la negativa recurso alguno, el proyecto permite, por graves motivos, que pueda ser autorizado el matrimonio por el Procurador general.

Como formalidad preliminar establece el proyecto la publicación del matrimonio, y es cosa extraña que, regulando tan minuciosamente la oposición al matrimonio, no hable de la denuncia de impedimentos y obstáculos que se opongan a la celebración, ya que las proclamas no tienen otra finalidad que conseguir la obligación de todas las personas que denuncian el impedimento, y tal deber no está reglamentado siquiera; tan sólo el artículo 158 impone una sanción al oficial del Estado civil que celebre el matrimonio de personas que tengan algún impedimento del que tuviere noticia; pero para que la tenga es preciso que exista la denuncia del impedimento, que debe ser hecha por cualquier persona, sin necesidad de formalizar oposición al matrimonio, lo cual sólo, según el proyecto, pueden hacerlo personas determinadas y con la consiguiente responsabilidad.

En cuanto a los efectos que producen los matrimonios putativos, toma el proyecto como base la buena o mala fe de los contrayentes, y no puede ser de otra manera; pero yo creo que, en lo que respecta a la condición de los hijos nacidos en ellos, es más humanitario el criterio del Código español, pues en éste el matrimonio produce efectos civiles, aunque los cónyuges contrajeran el matrimonio con mala fe, cosa que no admite el proyecto, en lo cual no hace bien, por lo mismo que los hijos no deben sufrir las consecuencias de la mala fe de sus padres, porque de otro modo se les impone una sanción, una pena, sin haber culpa por su parte.

En el capítulo IX del proyecto se reglamentan los derechos y deberes que nacen del matrimonio, en relación a los cónyuges y

ia los hijos. Coincido, en materia tan importante, con el pensamiento de la Comisión redactora, que ha huído de radicalismos, incompatibles con la unidad de dirección de la familia, y no ha atendido los dictados del feminismo, que pide la supresión de la autoridad marital. La igualdad de condición jurídica del marido y la mujer traería como consecuencia inevitable la intervención de la autoridad, para dar solución a los casos de discrepancia en asuntos familiares, contraviniendo el principio del *self government* de la familia y causando con ello trastornos graves en el régimen interno de ella, y esto no se evita sino con la potestad marital ejercida, claro es, en forma suave y discreta. Coincide con el Código y el proyecto italiano nuestro Código español; pero las Cortes Constituyentes tienen aprobado el artículo 41 (1), en el que establece «que el matrimonio se funda en la igualdad de ambos sexos», lo cual equivale a suprimir la autoridad marital, y cuando el Código civil se reforme, tendrá que partir de esta base, consignada en la Constitución de la República.

De la disolución del matrimonio trata el capítulo XI del proyecto, y, de acuerdo con la legislación canónica, parte del principio de que el matrimonio no se disuelve más que por la muerte.

El divorcio que admite el proyecto es el relativo, la separación de cuerpos, no el absoluto, que rompe el vínculo matrimonial; no permite a los divorciados contraer nuevo matrimonio y, para alcanzar la separación, hace falta que exista justa causa, que la ley determina. Yo, tratándose de la familia, mejor de la reglamentación de ella, soy conservador, porque entiendo que es célula social y la base sustentadora de la sociedad humana. Reconozco que la mayoría de los Códigos admiten el divorcio absoluto, y algunos, como el de Méjico, le concede por el mutuo disenso, y el del Uruguay, por la sola voluntad de la mujer, lo cual más parece un repudio que un divorcio; pero creo que toda esta corriente nace de mirar el matrimonio como un mero contrato, cuando de contrato no tiene más que la forma, ya que para mí es una institución social con fines propios y determinados, que no pueden quedar incumplidos por la sola voluntad de los cónyuges, siendo del todo incongruente que en estos tiempos de penetración del

(1) Hoy artículo 43 de la Constitución española.

derecho público en el privado, y en que el Estado interviene cada día más en las relaciones jurídicas del derecho civil, limitando el ámbito de la voluntad, en el matrimonio, institución social tan importante, su vida y su existencia quede a merced de la voluntad de los esposos, con perjuicio siempre para los hijos, y en muchos casos, para la mujer.

Preciso es reconocer que esta defensiva de la familia es realizada por una respetable falange de juristas y sociólogos, que, aterrados ante el número imponente de divorcios, consideran el absoluto como un error y estiman que es bastante la separación personal, que no cierra el paso al arrepentimiento de los cónyuges. Nuestro Código español es de los pocos, como el proyecto, que admite solamente la separación personal, pedida con justa causa ; pero el artículo 41 del proyecto constitucional (1), ya aprobado por las Constituyentes, como antes dije, establece el divorcio absoluto por mutuo disenso y por la voluntad de uno de los cónyuges, cuando exista causa que la ley determina ; es decir, que en España se va a pasar del divorcio relativo al absoluto, concedido por mutuo disenso. Por el proyecto se admite la separación de los cónyuges por el solo consentimiento de ellos ; pero aquélla no producirá efectos sin la aprobación del Tribunal, precepto éste que existía en el Código italiano, y no en el español, y es de útil aplicación en algún caso, porque, de no admitirla la ley, vendría una separación de hecho, que produciría penosas consecuencias, mientras que de este modo no queda la separación a merced del capricho de los cónyuges, puesto que siempre es una garantía de seriedad que su determinación tenga que ser autorizada o aprobada por el Tribunal.

De dos fuentes principales, según el proyecto, nace el régimen patrimonial del matrimonio : la ley y la convención, y ésta ha de hacerse por acto público, ante Notario, y claro es que la ley suple a la voluntad en este caso. En el proyecto se observa la influencia del Derecho romano y la del Derecho germánico, y por eso reglamenta con detenimiento la dote romana y la comunidad de utilidades y adquisiciones. En cuanto a la dote, el proyecto procura poner a cubierto este capital de la mujer de todo evento,

(1) Hoy artículo 43 de la Constitución.

y adopta precauciones que son muy de tener en cuenta si *ha* de cumplir esta institución el fin para el que fué establecida. En el proyecto, la dote es voluntaria; no admite la obligatoria del Código español, que tantos detractores tiene, y yo entre ellos, y no cabe dudar que la corriente legislativa moderna es opuesta a ella. Existe una gran variedad en las legislaciones sobre la alienabilidad de la dote, y el proyecto afirma, en términos generales, la no alienabilidad, al contrario de nuestro Código español; pero el proyecto admite, como excepciones a la regla, el permitir la enajenación o la hipoteca pactada en contrato de matrimonio o autorizado por el Tribunal, pudiendo pedir la nulidad de la enajenación el marido o la mujer, cuando no *haya* sido *hecha* con autorización del Tribunal o pactada en el contrato matrimonial.

El proyecto permite, siguiendo el criterio del Código italiano, la separación de la dote de los bienes del marido; separación que necesariamente *ha* de ser judicial, y estas disposiciones son muy acertadas, porque sirven para garantizar la conservación de la dote cuando exista peligro de perderla o cuando sea la administración del marido tan desordenada que ponga la dote en grave riesgo. Todas las legislaciones toman alguna precaución para evitar el perjuicio que pueda causar a la mujer la mala administración del marido; pero la legislación nuestra no da tantas facilidades, porque la separación de bienes que reglamenta no permite pedirla sino en casos concretos y en virtud de causas especiales que señala el Código, teniendo en esto un criterio restrictivo, que conviene modificar. Como bienes peculiares de la mujer regula el proyecto los bienes parafernales, en el sentido clásico y tradicional, con minuciosidad y detalles muy precisos; en cambio, echo de menos en este capítulo las donaciones entre cónyuges, que es aquí donde procede regularlas, ya que, si están prohibidas en general, no debe prohibirse las moderadas y las que se acostumbran a *hacer* en las fiestas familiares.

Por último, en la sección cuarta de este capítulo XII, se ocupa el proyecto de la «comunión de bienes entre cónyuges», y lo *hace* con bastante extensión y cuidado. La corriente científica y la experiencia han mostrado su oposición al régimen absoluto de comunidad de bienes; pero cada día se acentúan más en favor de la comunidad de adquisiciones y ganancias, que el Derecho es-

pañol denomina sociedad legal de gananciales, de origen germano, pero de fuerte tradición legislativa en los Códigos de Castilla, y admitido como régimen legal y supletorio en el Código civil vigente. Siendo la familia una sociedad que requiere medios para satisfacer sus necesidades, el régimen de comunidad de ganancias tiene la superior ventaja sobre las demás, que respetando el capital propio de la mujer y del marido se forma un haber común que ha de servir para levantar las cargas y cumplir las obligaciones sociales que pesan sobre el matrimonio. Con muy buen acuerdo, el proyecto prohíbe, en el artículo 236, la comunidad universal de bienes y permite sólo la de utilidades y adquisiciones. Al reconocer estas dos fuentes, que alimentan la comunidad, se aproxima al régimen de gananciales en España ; pero tiene alguna diferencia fundamental en cuanto a los derechos de los cónyuges.

En ambas legislaciones la administración de los bienes comunes es del marido ; pero por lo que se refiere a los actos de disposición, aun cuando en ambas legislaciones los bienes pertenezcan por igual a los dos cónyuges, según el proyecto no puede el marido vender ni hipotecar los bienes de la comunidad sin el consentimiento de la mujer, o en caso de oposición de ésta, con la autorización judicial, mientras que en el Código civil español el marido puede vender o hipotecar los bienes sin el consentimiento de la mujer. Nuestro Código le da esta facultad al marido, que, si hace mal uso de ella, puede acabar con los bienes gananciales ; pero, en cambio, tiene mayor responsabilidad, puesto que responde con sus propios bienes de las obligaciones contraídas por él, y el patrimonio de la mujer permanece íntegro y no responde de las deudas contraídas por su marido. En cierto sentido tiene una situación privilegiada la mujer, porque si hay gananciales cuando se liquida la sociedad, la corresponde la mitad de ellos, y si hay deudas, su patrimonio, sus bienes propios no resultan comprometidos por la gestión del marido. El proyecto quiere evitar el desorden, abandono o prodigalidad del marido concediendo a la mujer el derecho a oponerse a la venta e hipoteca de los bienes comunes, y esto me parece muy plausible, pues, como tengo dicho en mi *Tratado de Derecho civil español*, hace falta limitar la atribución que nuestro Código concede al marido en lo que respecta

a la enajenación y gravamen de los gananciales y dar intervención a la mujer para que no pueda ser perjudicada, que es lo que hace el proyecto del Código italiano. Ha hecho bien el proyecto en recoger una institución que vive en algunas legislaciones y que no ha sido reglamentada por los Códigos latinos europeos, excepto Portugal. Me refiero al patrimonio familiar conocido con diferentes nombres, en Alemania, Estados Unidos, Suiza, Portugal, etc., que el proyecto, sucintamente, en la sección quinta de este capítulo, le incorpora como una novedad en la legislación italiana. No reglamenta la transmisión del patrimonio familiar porque eso lo deja para otros lugares; pero por las escasas disposiciones que establece y lo que en la «Relación» se dice, se ve que introduce una modificación de interés, o sea que constituye el patrimonio familiar sin limitación de bienes, a diferencia del «Bien de familia», que en otros países se hace con miras agrarias, y, por tanto, con bienes rústicos determinados y de extensión limitada. La modificación que se regula en el proyecto estimo que puede ser peligrosa, porque, dada la inalienabilidad de los bienes que le forman, puede resultar de hecho vinculada una propiedad y resucitar en cierto modo los mayorazgos antiguos.'

CALIXTO VALVERDE;

Profesor de la Universidad de Valladolid.

(Continuará.)

LA REFORMA AGRARIA

En los primeros meses del año 1931 publiqué en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, que dirige y alienta el ilustre civilista D. Jerónimo González, honra ayer de la Dirección de los Registros y hoy de la Magistratura española, unos artículos sobre el «Crédito Agrícola», cuyo conocimiento debiera divulgarse para aportarlo al debate próximo sobre Reforma agraria.

Aquellos artículos quedaron incompletos; una desgracia de familia dolorosísima y la catástrofe que sufrió y sufre el campo de tuvo mi espíritu en la comprensión del problema que ofrece para su urgentísima solución la agricultura patria. De entonces acá se han formado dos proyectos de tal reforma por una Comisión oficial y parlamentaria; se han formulado a ellos diversos votos particulares, algunos notabilísimos, como hijos de la cultura y gran talento de mis compañeros Díaz del Moral e Hidalgo Durán; se ha hecho una información preciosa sobre el asunto por los Notarios del Colegio de Sevilla; se han pronunciado entusiastas discursos en el salón del Ateneo madrileño; se han escrito numerosos artículos en los periódicos profesionales y en la Prensa de gran circulación; unos y otros los he leído con intenso interés, y he esperado el proyecto del Gobierno, para callar, si armonizaba con mi visión del problema, o para exponer ésta, si es distinta de la ministerial, colaborando así en la obra democrática con la aportación de mi esfuerzo para obtener el éxito en la solución del gran problema nacional.

El proyecto del Gobierno acaba de publicarse, y como no responde a la realidad agraria nacional ni satisface sus exigencias de mejoramiento ni racionaliza la explotación y cultivo de la tie-

rra, voy en éste y sucesivos artículos a exponer mi opinión sobre su contenido.

Lo primero que debería haber hecho es determinar el concepto de la finca agrícola. ¿Qué debe ser ésta? La extensión territorial determinada con el criterio de obtener el mayor rendimiento con el menor esfuerzo. ¡Esto, tan sencillamente expuesto, exige para cada una su examen por una Comisión integrada por ingenieros y agricultores, y a tal efecto en mis referidos artículos indicaba la creación de Cámaras agrícolas en cada partido judicial, presididas por un ingeniero agrónomo e integradas por un secretario letrado y el número de agricultores que se estime conveniente, elegidos por todos los de su clase existentes en dicho partido.

Esta Cámara formaría el catastro parcelario agronómico de España, expediendo cédulas territoriales para cada una de las fincas que reconozca y cuya formación aprueba, expresivas: a), de la naturaleza de su terreno; b), de su clima; c), de su distancia a la población, a carreteras y estaciones ferroviarias; d), a sus cultivos recomendables y rotación de ellos; e), su renta; f), su valor en venta; g), personal permanente cuya explotación demanda; h), mejoras de que sea susceptible y plan para su ejecución; i), capital mueble necesario. Por cada tres trabajadores permanentes se construirá un hogar familiar, como casa ultrabaratata, de acuerdo con los planos y presupuestos que apruebe la Cámara, con la subvención reintegrable del Estado.

Estas casas tendrán necesariamente un huerto circundante de moreras y los corrales necesarios para la explotación por el obrero de gallinero, conejares y colmenas.

La finca agrícola será modificable en su extensión y organización sólo por dicha Cámara cuando lo aconseje un criterio de mayor utilidad social, quedando prohibida su división por actos intervivos o mortis causa por los titulares de su dominio.

Cada traslación que se verifique de éste exigirá la expedición de nueva cédula territorial, expresiva de las modificaciones que en sus circunstancias se hayan efectuado durante la posesión del anterior titular. También podrá expedirse nueva cédula, con dichas modificaciones, a instancia del dueño.

Para todos los efectos fiscales, civiles, crediticios, hipotecarios.

y judiciales, el valor y la renta de la finca será el expresado en su cédula.

Lo que importa al Estado es cuidar del mayor rendimiento del territorio nacional agrario, y éste no se consigue manteniendo el criterio actual de que la sola voluntad individual sea la creadora de las explotaciones agrícolas; ni expropiando a unos los terrenos para dárselos a otros. El campo exige amor muy grande, muy desinteresado; una técnica constante ilustradísima que lo dirija y un capital abundante y con prudentes aspiraciones de ganancias que confíe en él.

Para amarlo es preciso poseerlo como propio, y así, es absolutamente necesario el robustecimiento del derecho de propiedad, no sólo en su facultad de disponer, sino en la mayor garantía de su facultad de aprovechamiento: para dirigirlo es necesario que los ingenieros vivan en él, dejando sus despachos lujosos de las secciones agronómicas provinciales, donde los cultivadores no los encuentran de ninguna utilidad; debe establecerse en cada cabeza de partido, en cada pueblo rural mayor de 10.000 habitantes, una granja agrícola que sea el consultorio gratuito, el director cultural de la región, la escuela de los obreros; debe imponerse el cortijo, la dehesa, la hacienda, o sea la explotación racionalizada con su variedad de cultivos, con la rotación de forrajes y prados que la alien con la ganadería, bajo la dirección de técnicos de plantilla, en unidad de patrimonio, aunque los terrenos pertenezcan a diversos titulares.

Para adquirir el capital de la explotación, debe organizarse el crédito agrícola a plazos largos, con la pignoración de las cédulas territorial, arrendaticia o del depósito de frutos en las cillas o almacenes de la Cámara, en la forma que tengo expresada en mis aludidos artículos, cuyo contenido reproduciré en otro posterior.

La finca pequeña o de extensión que no sea susceptible de esa explotación modernizada, permisiva del empleo de maquinaria de la rotación útil y adecuada de sus cultivos de prados y pastizales y de esa dirección técnica, no debe existir por absurda y ruinosa. La primera base del proyecto debiera ser supresora de ellas y obligatoria a la concentración con las colindantes hasta obtener la finca agrícola en la forma indicada.

La comunidad que resultara de la concentración se regiría por las mismas normas que el Código establece o por aquellas estipuladas por los condueños, con prohibición de modificar el sistema cultural que estableciese la Cámara agrícola.

En sucesivos artículos me ocuparé del arrendamiento, del trabajo, de las mejoras y del crédito de la finca agrícola.

LUIS CÁRDENAS,

Notario.

BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

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

Domicilio social: Alcalá, 14, Madrid

CAJA DE AHORROS

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

Sucursales en España y Marruecos

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

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

CONSIGNACIONES A VENCIMIENTO FIJO

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

El Banco Español de Crédito pone a disposición del público, para la conservación de valores, documentos, joyas, objetos preciosos, etc., un departamento de CAJAS DE ALQUILER con todas las seguridades que la experiencia aconseja. Este departamento está abierto todos los días laborables desde las 8 a las 14 y desde las 16 a las 21 horas. Horas de Caja: de 10 a 14.

Para cuentas corrientes de 10 a 14 y de 16 a 17.

Jurisprudencia extranjera

Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo alemán durante el año 1931 cuyo contenido puede ofrecer interés (1).

I. Una hipoteca no puede válidamente constituirse a favor del que en cada caso sea propietario de una finca determinada (sentencia de 21 de Mayo de 1931).

La denegación de una solicitud de inscripción de la revaloración (2) de una hipoteca se basa en la consideración de que una inscripción, inadmisible por razón de su contenido, no puede dar lugar a nuevas inscripciones, según constante jurisprudencia del referido Tribunal Supremo.

Está reconocido asimismo por dicha jurisprudencia que, en materia de constitución de derechos reales, sólo existe en Alemania libertad de contratación, en tanto que ésta se mantenga dentro de las limitaciones impuestas por el Código civil de aquel país, al enumerar, como lo hace, de un modo taxativo, los derechos reales que admite, delimitando por medio de precepto de obligatoria observancia el contenido de cada uno de éstos.

Dentro de dichas normas pueden, desde luego, constituirse derechos subjetivamente reales; pero esto sólo lo admite el Código civil alemán en los casos que a continuación se expresa:

a) Tratándose de servidumbres prediales, en virtud del párrafo 1.018 de dicho Código.

(1) V. Dr. Lo. Sternberg: «Rechtsprechung» (Jurisprudencia), en *Zeitschrift des Deutschen Notarvereins* (Revista de la Asociación de Notarios Alemanes). Febrero de 1932, págs. 110 y sigs., y 121-122.

(2) «Aufwertungseintragungsantrag», se refiere a la revaloración de gravámenes constituidos con anterioridad a la crisis monetaria.

b) En cuanto al derecho real de tanteo (Vorkaufsrecht), ateniéndose al párrafo 1.094, apartado segundo, del referido Cuerpo legal.

c) En materia de constitución de cargas reales, a tenor del párrafo 1.105, apartado segundo, del mismo Código.

No existe en cambio en el repetido Cuerpo legal precepto alguno que autorice a constituir una hipoteca a favor de quien, en cada caso, sea propietario de una finca determinada, distinta de la gravada, es decir, con las características propias de un *derecho subjetivamente real*.

Así resulta, a tenor del párrafo 873 del repetido Código civil, conforme al cual es inscribible la constitución de hipotecas entre personas determinadas, es decir, entre el dueño del inmueble gravado con la hipoteca y el adquirente de ésta. Infiérese igualmente esta *personificación* del derecho real de hipoteca del párrafo 1.115 del mismo Cuerpo legal, conforme al cual se requiere, para la validez de la inscripción de una hipoteca en el Registro inmobiliario, que se designe el acreedor, es decir, un acreedor determinado.

Existe, además, según Sternberg (1), un razonamiento de carácter histórico en favor de la tesis enunciada, y es el siguiente:

El artículo 1.113 del Código civil alemán, en su redacción primitiva, como párrafo 1.062, apartado primero, del anteproyecto de dicho Código, decía taxativamente que una persona determinada debía estar facultada a exigir satisfacción por razón de un crédito pecuniario especificado con cargo a lo que constase en el libro correspondiente del Registro Inmobiliario.

El párrafo 1.113, en su redacción definitiva y oficial, habla en cambio del pago de una determinada suma de dinero a aquel en cuyo favor se hubiera constituido el gravamen; pero autorizados tratadistas, como Planck y Strecker (*Comentarios*, § 1.113, nota 4 b), aseguran que la modificación del texto nunca implicó el abandono del fundamental axioma, según el cual, es inherente al derecho real de hipoteca la necesidad de que el titular del mismo sea determinado.

(1) Rev. cit., loc. cit.

Esta doctrina no impide que la propia Sala haya admitido la posibilidad de que se efectuase una prenotación de cancelación («Loeschungsvormerkung») a favor del que en cada caso fuese acreedor garantizado por una hipoteca determinada, a los efectos del párrafo 1.179 del Código civil alemán, y últimamente se admitiese asimismo una prenotación, a los efectos del párrafo 883 del propio Cuerpo legal, en beneficio de quien, en cada caso, fuese propietario de otra finca.

Fundamenta el referido Tribunal Supremo su diferencia de apreciación en estos términos supuestos en la peculiar naturaleza de la prenotación (Vormerkung), a favor del que, en cada caso, sea dueño de otra finca, o del que resulte ser acreedor hipotecario, considerando que en tales supuestos han de tenerse en cuenta, ante todo, no los principios normativos del derecho real, sino el vínculo obligacional, determinante de la pretensión jurídica que ha de garantizarse.

Rechaza asimismo el Tribunal la solicitud de revaloración de un gravamen hipotecario establecido como garantía para el cumplimiento de la cláusula penal prevista en determinado contrato, toda vez que, al efectuarse el asiento de presentación (Eintragungsvermerk), sólo se había establecido que se constituía el gravamen en favor del que al momento de hacerse efectivo el crédito hipotecario fuese dueño del edificio dedicado a posada, que, al efecto, se designaba con la numeración registral correspondiente.

Al no determinarse en el momento de otorgar su consentimiento para la inscripción la persona legalmente facultada a hacerlo *quién* iba a ser el titular del derecho de hipoteca, dicha inscripción ha de considerarse *inadmisible* por las razones antes expuestas.

El referido Tribunal niega, por consiguiente, a la hipoteca todo carácter de derecho subjetivamente real.

II. La declaración del causante de no hallarse en condiciones de escribir puede estimarse implícita en la aseveración contenida en la autorización del testamento, conforme a la cual han sido puestas de propia mano del causante las cruces que figuran al pie del testamento (sentencia de 5 de Noviembre de 1931).

Esta curiosa sentencia fué dictada para el supuesto de un testamento otorgado en inminente peligro de muerte en el que, al no ser posible acudir al Notario o al Juez, se otorgó dicho acto

de última voluntad ante la primera autoridad de la Entidad Municipal en cuyo territorio se encontraba el causante (párrafo 2.249 del Código civil alemán).

En casos similares sometidos anteriormente a la decisión del mismo alto Tribunal, en los que la firma del causante aparecía sustituida por cruces, se había hecho constar explícitamente en los respectivos testamentos, bajo la fe del funcionario autorizante, la imposibilidad de firmar en que se encontraba el testador.

En otros casos en los que no aparecía constatada tal posibilidad de firmar, el Tribunal había establecido una distinción.

Si se trataba de testamentos ordinarios, es decir, de los autorizados por Notario o Juez competente, conforme a los términos del Código civil alemán, entiende el Tribunal que en tales supuestos no cabe racionalmente suponer que funcionarios peritos en derecho admitan la sustitución de la firma de una persona otorgante capaz de escribir por tres cruces puestas por ésta al pie del testamento, por cuyo motivo opta la Sala por el reconocimiento de una imposibilidad implícita de firmar y, por tanto, por la validez del testamento.

Tratándose en cambio de un testamento especial otorgado ante la Autoridad municipal, entendió la Sala Tercera de lo Civil del repetido Tribunal Supremo, en un caso similar, que de las circunstancias en que aparecía otorgado el testamento cabía racionalmente inferir que el causante había dejado de firmar por comodidad, y que la Autoridad municipal se había conformado con que figurasen las cruces puestas al pie del testamento en lugar de la firma, por lo cual estimó la Sala que el instrumento carecía de tan fundamental requisito de forma.

Mas en el caso que dió lugar a la sentencia examinada de 5 de Noviembre de 1931 tiene presente el Tribunal, en primer lugar, que la aposición de un signo manual en lugar de la firma es la forma corriente de que se vale para suscribir un documento el que por cualquier motivo no se encuentra en condiciones de escribir.

Desde el momento que en el caso de autos consta la afirmación de la Autoridad municipal que autorizó el testamento de hallarse el causante gravemente enfermo y en cama, esta afirmación, avalada por la fe del funcionario autorizante, hace racionalmente su-

poner por sí sola que el testador no se encontraba en estado de escribir.

Además se infiere de los trazos temblorosos con que aparecen trazadas las tres cruces con que el testador hubo de sustituir su firma, que, efectivamente, dado el estado de debilidad del enfermo, no le hubiera sido a éste posible firmar.

Por los referidos motivos estimó la Sala que el testamento debía considerarse válidamente otorgado.

ALFONSO FALKENSTEIN Y HAUSER,

Abogado del Colegio de Madrid.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

C I V I L

91. *Tercería de dominio. Efectos del asiento de presentación en el Registro con relación a inscripciones y anotaciones. El obstáculo del pago del impuesto antes de llegar a la inscripción.* Sentencia de 24 de Junio de 1931.

Una señora formuló demanda de tercería de dominio contra demandante y demandada en un ejecutivo, alegando que ella compró a ésta una casa, entregando el precio ; pero que al ir a inscribirla se encontró con un embargo del ejecutante, y creyendo tener mejor derecho que éste, por tratarse la suya de una acción real, y la de éste de una acción personal, pedía se diese lugar a la tercería.

El ejecutante opuso que la ejecución procedía de unas letras avaladas por la ejecutada, y como embargó antes de que la escritura llegase al Registro, no procedía la admisión de la tercería.

El Juzgado declaró haber lugar a la tercería, y no a la nulidad del ejecutivo ; pero la Audiencia revocó la sentencia en cuanto a la primera parte.

La Sala no admite el recurso, porque estimándose probado por la Sala sentenciadora que el mandamiento de embargo de la casa objeto de la tercería se presentó en el Registro el 7 de Septiembre, y estimándose también probado que la escritura de venta se presentó el 1 de Octubre, no puede sostenerse válidamente, como

lo hace el recurrente, que el Tribunal sentenciador ha infringido los artículos 25, 26 y 246 de la ley Hipotecaria, toda vez que tales artículos no establecen la diferencia esencial que estima el recurrente entre la inscripción y la anotación de embargo, diferencia que resulta contradicha en el caso de autos, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 245 y 246 de la citada ley, al ordenar el primero que ninguna inscripción se practicará en el Registro sin abonar el impuesto, permitiendo el segundo extender el asiento de presentación, con devolución del título para el pago, extendiéndose luego la inscripción, que surtirá efectos desde la fecha de aquél, de no haber pasado treinta días.

Insertándose los artículos 245 y 246 en el título VI de la ley Hipotecaria, y después de los que tratan de la forma y efectos de la inscripción y de las anotaciones, debe estimarse que se refieren al modo de llevar los registros, afectando tanto a las inscripciones como a las anotaciones, y en su virtud, dебiéndose retrotraer los efectos de la anotación de embargo de que se trata al día 7 de Septiembre, es manifiesto que en tal día la casa embargada era del ejecutado, según el Registro, y si ésta no se enajenó hasta el 27 de igual mes, presentándose la escritura al *Diario* el 1 de Octubre, no hay violación de las disposiciones legales citadas.

* * *

Una vez más se prescinde del elemento ético en asuntos como el que queda expuesto. Hubiera sido muy interesante que el Juzgador, sin perjuicio de interpretar la ley rígidamente, se hubiese fijado en algo más que en un principio tan poco científico como el del premio a la velocidad.

Queda algo que no podemos silenciar: el término fatal de los treinta días de vigencia del asiento de presentación para practicar la liquidación del terrible impuesto de Derechos reales. Los inocentes legisladores que tal plazo pusieron no pudieron sospechar que, andando el tiempo, llegara un momento en que en ciertas oficinas, por acumulación de trabajo, no se pudieran despachar los documentos en ese plazo, y ello lleva lógicamente a la conclusión que a quien le toca una Abogacía del Estado de esta índole ha de ver cruzado de brazos cómo se pierde su derecho por

un entorpecimiento burocrático. La fórmula que la justicia y la equidad reclaman, ya que el impuesto de Derechos reales sólo importa al Estado, nunca al particular, es la siguiente: el asiento de presentación, tomado a los efectos de devolver el documento para abonar el impuesto, estará vigente hasta el momento en que por la oficina liquidadora se devuelva éste, computada esta fecha con arreglo a lo que resulte del libro de salida de documentos.

92. *Tercería de dominio. No hay infracción del artículo 24 de la ley Hipotecaria si los bienes no están inscritos. Inscripción del edificio construido en suelo ajeno.* Sentencia de 23 de Junio de 1931.

Don A. P. interpuso demanda de tercería de dominio contra los Sres. A. y G., alegando que el actor y el Sr. A. formalizaron un contrato por virtud del cual ambos se comprometían a construir y explotar a medias un cine en Madrid, proyectando para ello 100.000 pesetas, debiendo ser las aportaciones del Sr. A. en dinero, y las del actor, en materiales. Estos mismos señores, después, se comprometieron a constituir sociedad, que no llegó a formarse. Este compromiso consta en escritura pública. Por otro documento el Sr. A. arrendó un solar para establecer un cine, determinándose el precio del arriendo y depositando el repetido señor A. un título de la Deuda de 12.500 pesetas como fianza. Habiendo surgido desavenencias entre don A. P. y el Sr. A., se firmó por ambos un documento en el que se hizo constar que cada contratante cumplió con la entrega de 50.000 pesetas para la construcción del cine, comprometiéndose el Sr. A. a poner otras 50.000, y determinándose tanto la forma de repartir las utilidades como el reembolso al Sr. A. de esta suma, más la retirada de la fianza, para ponerla a nombre de ambos, para, una vez saldados los excesos, repartir las ganancias por mitad. Por último se especificaba en el contrato que para que el cine sirviese de garantía, debían firmar ambos, y el que utilizara el derecho respondería de los perjuicios, así como el que por negociación de letras diese lugar a algún embargo.

Por unas letras de cambio protestadas y no pagadas por el señor A. se despachó ejecución y se embargó el cine y los produc-

tos, y en tal momento es cuando don A. P. formuló esta demanda de tercería, estimando que siendo condeño de la mitad del negocio, y, por tanto, de la mitad de las utilidades, no era posible el embargo de lo que era suyo.

El ejecutante, Sr. G., opuso que en el Registro sólo figuraba como arrendatario del solar el ejecutado, resultando lo mismo de la oficina del Catastro; también se opuso a su vez el ejecutado a que prosperase la demanda de tercería, fundándose en que el tercerista no era condeño del cine, porque las aportaciones para la construcción eran sólo del ejecutado.

El Juzgado no dió lugar a la demanda de tercería; pero esta sentencia fué revocada por la Audiencia, que ordenó se levantasen los embargos sobre la mitad del tercerista, declarando el Supremo no haber lugar al recurso, porque el Tribunal *a quo* ha hecho la afirmación de que la mitad del cine y de los frutos son del tercerista, sin decidir para nada sobre la totalidad de uno y otros; y no ejercitándose en la demanda interpuesta ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o Derechos reales inscritos a nombre de persona determinada, ya que la tercería versa sobre la mitad de un cine construído en suelo ajeno, teatro cuya construcción no aparece inscrita a nombre de persona alguna, no hay infracción del artículo 24 de la ley Hipotecaria, no solamente porque los bienes objeto de la tercería no están inscritos, sino también por tratarse de edificio construído en suelo ajeno y por personas que no han tenido nunca el propósito de unirlo al suelo ni al derecho real de arrendamiento que sobre dicho suelo tiene el ejecutado.

Por último, estimándose probado por el Tribunal sentenciador que entre el ejecutado y el tercer opositor se constituyó una comunidad de bienes, en virtud de la cual el cine construído y sus frutos pertenecen por partes iguales y proindiviso a ambos comuneros, es manifiesto que tal afirmación de hecho debe prevalecer, y, por tanto, cuanto se alega por el recurrente bajo la base de la existencia de una sociedad que el Tribunal no reconoce, es improcedente y debe ser desestimado.

Dos importantes extremos merecen ser destacados en la sentencia anterior: uno, relativo a la declaración que hace el Supremo de no haber infracción de la ley Hipotecaria cuando se trata de bienes no inscritos, y otro, referente a la inscripción de edificio construido en suelo ajeno.

Limitándonos, en cuanto al primero, a señalarlo, haremos un breve comentario con relación al segundo. Como es natural, el Supremo no podía analizar un problema que no se planteaba directamente en el recurso ni se había advertido en la demanda. Me refiero a la escasez de preceptos legales y la pobreza de jurisprudencia en materia de construcciones en suelo ajeno. El arrendatario del solar, con arriendo inscrito, no tenía inscrita la edificación. Pero no sabemos si es porque no quiso o porque se lo impidieron. Una construcción en suelo ajeno, hecha con permiso del dueño, yo la considero inscribible. Sería inútil, si no, el artículo 107 de la ley Hipotecaria. La misma declaración de obra, sin permiso del dueño, sin duda que no es inscribible en tanto no se aclare la situación jurídica del dueño del suelo y del constructor, aunque para esto sea preciso acudir a las injustas normas que, bajo el concepto de accesión, contiene nuestro Código. Pero el caso del pleito era otro: un arrendamiento de un terreno. ¿Para qué? Es más que probable que el arriendo de un solar en el centro de una gran población no es para almacenar escombros. Parece lógico que el fin es la explotación, una de cuyas formas puede ser la edificación de un pabellón de recreo. Estamos ante un derecho real de superficie, huérfano de reglamentación en nuestro derecho. El Supremo nos descubre un poco el velo, al decir que el edificio se hizo por personas que no han tenido nunca el propósito de unirlo al suelo...

Este es el problema que nos ha llamado la atención, y ésa debe ser la causa de que la declaración de obra figurase sólo en el Catastro y no en el Registro, donde debía tener su lugar adecuado. De haberlo realizado aquí, la declaración se habría hecho a nombre del dueño o dueños verdaderos, y de esta suerte habríamos sabido si tenía razón el tercerista o el condueño, que alegaba la existencia de una sociedad planeada en una escritura y que no llegó a formarse.

No creo tampoco que sea imprescindible el que la edificación

se levante con caracteres de perpetuidad. Es muy frecuente en zonas marítimas y en otros sitios la concesión temporal de terrenos para edificar, y estos edificios se inscriben advirtiendo, naturalmente, la condición del terreno. No veo, por tanto, inconveniente en que sobre un solar arrendado, con arrendamiento inscrito, y en vista de un pacto y de una autorización hecha con toda claridad, pueda llegarse a la inscripción, dejando a salvo, en todo caso, el derecho del dueño del terreno.

93. *Aguas. Interdicto de recobrar. No uso de las aguas durante veinte años.* Sentencia de 6 de Julio de 1931.

Una Compañía de Tranvías tenía una concesión para el aprovechamiento de 200 litros de agua por segundo para energía, siendo la concesión de 1900. En los años 1903 y 1904 se hicieron obras de reparación en la presa; en 1905 se le otorgó nueva concesión a la misma Empresa, y en el intermedio de estos aprovechamientos solicitó y obtuvo don S. uno para aguas sobrantes (en 1907) de 90 litros por segundo.

Más tarde, la Empresa hizo nuevas obras en la presa, y considerando don S. que se le había mermado su aprovechamiento, entabló y ganó un interdicto de recobrar en 1922.

La Sociedad demandó a don S. pidiendo la nulidad del fallo interdictal, oponiéndose el demandado, alegando que su concesión de los 90 litros fué real hasta las obras de la Compañía y afirmando que había aguas sobrantes.

El Juzgado y la Audiencia desestimaron la demanda condenando a la Compañía a perpetuo silencio, y el Supremo rechaza el recurso, considerando que la sentencia recurrida ni incidió en incongruencia ni dejó de resolver pretensiones deducidas en el pleito, ya que el Tribunal *a quo*, después de declarar que la Compañía era dueña por concesión administrativa del aprovechamiento de 200 litros por segundo, dijo que no pertenecían a la Compañía, ni por tal concesión ni por otro título, las aguas del mismo arroyo, de cuya posesión despojó a los demandados, por lo que no procedía declarar la nulidad del interdicto, afirmándose, además, por la Sala sentenciadora, en uso de su facultad en materia de pruebas, que la Compañía demandante nunca ha poseído

las aguas que trata de reivindicar; que dicha Compañía, en virtud de concesión, aprovechó el agua que estimó procedente, y dejó discurrir por más de veinte años la que no quiso, y que, puestos estos veinte años, no puede alegarse por la Compañía el dominio de las aguas, perdidas por el no uso, según el artículo 411 del Código civil.

94. *Cumplimiento de contrato. Poderes otorgados en el extranjero. Desperfectos ocasionados en la cosa vendida por el comprador.* Sentencia de 9 de Julio de 1931.

Una casa de maquinaria vendió, por medio de su representante, a una Sociedad de riegos un motor, dando un año de garantía y comprometiéndose la vendedora a sustituir por otro el motor vendido si dentro del primer año se notaba mal funcionamiento por defecto de construcción, a juicio de un ingeniero.

La Sociedad compradora declaró por carta haber recibido el motor a su satisfacción, pagando dos plazos del precio; pero no los demás estipulados, por lo que la vendedora formuló demanda, reclamando el pago del tercero y cuarto plazo que faltaban.

La Sociedad compradora opuso, en primer término, la falta de personalidad en el actor, y en cuanto al fondo, que desde el principio se notaba el mal funcionamiento del motor, sin que la casa subsanara los defectos. Estos fueron apreciados por un ingeniero.

Seguido el pleito por todos sus trámites, y practicada prueba pericial, en la que dos ingenieros dictaminaron que el motor rendía más de lo contratado, aunque tenía algunos defectos debidos al funcionamiento, el Juzgado y la Audiencia dieron la razón a la demandante, e interpuesto recurso, lo rechaza el Supremo, por no ser de estimar el error de derecho que la parte recurrente atribuye al Tribunal sentenciador por indebida aplicación de los artículos 9 y 11 del Código civil, por cuanto el poder impugnado, otorgado por la Sociedad actora, domiciliada en Alemania, reviste las apariencias de autenticidad exigidas por la legislación española y, además, antes contrató la demandada con el representante de la Sociedad, al que estimó para ello con personalidad.

Tampoco hay infracción del artículo 1.278 del mismo Código, porque el Tribunal *a quo* ha interpretado rectamente el sentido del contrato, señalando la obligación de la Sociedad compradora de pagar el precio, por haber recibido el motor en perfectas condiciones, sin protesta alguna, luego estropeado por la impericia del maquinista de la demandada, desperfectos que no pueden ser atribuídos a la actora.

95. *Fianza. Subsisten las obligaciones del fiador si no se demuestra que existió prórroga, sin su consentimiento, del contrato principal.* Sentencia de 22 de Junio de 1931.

Don F. vendió a don A. un automóvil, a pagar en la siguiente forma: 1.000 pesetas al hacer la entrega; tres letras de 500 pesetas, a pagar a uno, dos y tres meses de aquella fecha, y una cuarta, por el resto, con vencimiento a los mismos tres meses, con facultad de renovación de esta última, pero por 500 pesetas, como mínimo, por letra. Así se hizo constar en documento privado, que firmó don J., como fiador.

El comprador pagó las 1.000 pesetas y las tres letras de 500, pero renovó, de acuerdo con el vendedor, la última, firmándose otras cuatro, que aquél no pagó a su debido tiempo. Fundándose en esto, el vendedor le demandó a él y al fiador, oponiendo éste que la renovación no se había hecho de acuerdo con los términos del contrato, que sólo limitaba su responsabilidad al plazo de siete meses, siendo lo acordado una prórroga concedida voluntariamente por el vendedor, de la que no respondía el fiador.

El Juzgado y la Audiencia condenaron a los demandados, y el Supremo no admite el recurso, porque el fiador no probó cumplidamente, según dice el Tribunal *a quo*, con documento auténtico la existencia de la prórroga que alega, demostrándose, por los términos del contrato, que en éste se dieron las mayores facilidades posibles al comprador para el cumplimiento de su obligación de pago, sin que, en su cumplimiento, estuviera sujeto a plazo, modo o condición alguna.

96. *Patria potestad. Valor de los actos propios. Renuncia al ejercicio de la patria potestad. Aplicación del artículo 171 del Código civil. Qué se entiende por ejemplos corruptores.* Sen-

tencia de 24 de Junio de 1931, bajo la ponencia de D. Miguel Fernández.

Un señor formuló demanda contra su esposa, manifestando que habiendo establecido varios negocios en Barcelona que le obligaban a él a viajar tanto por España como por el extranjero, confirió a su mujer poderes amplios para la administración de sus parafernales, trasladando ella el domicilio a Cáceres. Pasados varios años, y acordándose de la educación de los hijos, sobre todo del varón, pidió que éste le fuese entregado, a lo que se opuso la madre, por todo lo cual formulaba demanda para que por el Juzgado se declarase que no había perdido ninguno de los derechos inherentes a la patria potestad, pidiendo que, en el caso de que la madre se negase a entregarle el hijo, se impetrase la ayuda de la Autoridad gubernativa.

Se opuso la esposa relatando lo ocurrido desde que fué abandonada por su esposo y, reconviniendo, solicitó se aplicase la facultad discrecional del artículo 171 del Código civil, privándose al marido de los derechos de patria potestad.

El Juzgado y la Audiencia dieron la razón al demandante, no accediendo a la reconvención, y el Supremo *admite el recurso*, considerando que los dos motivos de casación alegados en este recurso por la representación de la recurrente pueden ser así condensados: infracción por no haber aplicado la Sala sentenciadora el párrafo segundo del artículo 4.^º del Código civil y la doctrina consagrada por el Supremo de los actos propios, en cuanto la sentencia recurrida reconoce al padre el derecho de volver a ejercer la patria potestad, cuyo ejercicio había abandonado durante once años y renunciado voluntariamente por propia determinación, e interpretación errónea del artículo 171 del Código civil.

En cuanto al precepto invocado en el primer motivo, porque la patria potestad, dirigida ante todo al auxilio, protección, vigilancia y representación de los hijos menores, forma una red de facultades y deberes íntimamente unidos, que, lejos de dar ocasión para que se destaque las atribuciones del padre, bajo la modalidad de derechos subjetivos, cuya renuncia pueda ampararse en el párrafo segundo del artículo 4.^º, encuentra en las frases «a no ser esta renuncia contra el interés», etc., una serie de trabas le-

gales de inmediata aplicación al régimen familiar, enérgicamente separado en nuestro derecho, como en las modernas orientaciones, de la órbita de disposiciones privadas, por implicar una tutela jurídica de intereses superiores a los contractuales; y, por lo que se refiere a la teoría de los actos propios, no puede servir de apoyo para legitimar situaciones anormales, que ni siquiera quedarían cubiertas por la explícita manifestación del padre de familia, ansioso de exonerarse de los deberes que la patria potestad le impone.

Si bien el artículo 171 declara que los Tribunales podrán privar a los padres de la patria potestad o suspender el ejercicio de ésta, y la jurisprudencia de esta Sala ha interpretado tal norma en el sentido de que es una facultad potestativa y discrecional la que se atribuye a los tribunales, no por ello debe entenderse que los arbitrarios análisis del texto legal quedan al margen de la casación..., sin que pueda oponerse a esta doctrina revisionista la objeción de que sólo cabe la impugnación del fallo cuando condena, pero no cuando absuelve al padre, porque precisamente la redacción del artículo discutido deja a los Tribunales una libertad de acción excepcional para imponer las medidas y adoptar las providencias que estimen convenientes a los intereses del hijo.

Que la conducta del padre que puede corromper a los hijos no es sólo su actuación como individuo aislado e independiente, sino también su modo de comportarse como jefe de una familia o elemento activo de la sociedad, y sobre esta base, así como la declaración hecha por el artículo 155 del Código civil, en orden de los deberes que al padre corresponden con respecto a los hijos no emancipados, ha de sentarse con energía el criterio de que el padre que abandona a sus hijos antes de que traspongan la infancia y continúa varios años en la cómoda posición adoptada, les ofrece un modelo que pervertiría las ideas que paulatinamente fueran formando los menores respecto a la sociedad paternofilial, a no contrapesar otras personas el corruptor ejemplo por líneas de conducta ajustadas a principios de mayor pureza moral.

Que frente al saludable criterio que, en armonía con la tradición ética de la familia nacional y con las corrientes legislativas que en toda Europa occidental cierran el tránsito de la infancia abandonada a la delincuencia, incluye el desamparo familiar en-

tre los ejemplos corruptores a que alude el artículo 171, nada significa la aplicación de la doctrina del Supremo en 25 de Junio de 1923, citada por el Tribunal *a quo*, afirmando que los ejemplos corruptores son los que los padres pueden dar a sus hijos por su actual vida licenciosa o por actos de reconocida inmoralidad, porque esta regla, adecuada a los estados pasionales y a la depravación pretérita del padre, no puede ser aplicable a las situaciones anormales provocadas y perpetuadas por el mismo, con creciente des prestigio y peligro de la mujer dedicada al cuidado de los hijos comunes y total olvido de los deberes impuestos por la patria potestad.

97. *Interpretación de testamento. Si la frase «Hijos y descendientes» excluye o no a los ilegítimos. Derecho de representación en la sucesión voluntaria.* Sentencia de 22 de Junio de 1931.

Unos señores formularon demanda contra D. M., exponiendo que el causante de los actores falleció con testamento, en el que, después de declarar que carecía de hijos y descendientes, instituyó heredera usufructuaria a su viuda, disponiendo que este usufructo, al morir la viuda, pasase también a una hermana del testador en la cantidad de nueve quinceavas partes: dos quinceavas partes a un sobrino, otras dos a otro sobrino y las últimas dos a otro sobrino, instituyendo herederos nudo propietarios a los hijos o nietos de los segundos usufructuarios en las mismas proporciones que a éstos y con la condición de que si alguno de los usufructuarios no dejase hijos o nietos, la parte que él había llevado en usufructo pasaría, refundida con la nuda propiedad, a los hijos o nietos de los otros sobrinos instituídos, o sea una quinceáva parte a cada rama. Murió la viuda, y de este modo el usufructo pasó a la hermana y sobrinos, falleciendo luego una de las sobrinas usufructuarias sin descendencia legítima, por lo cual dos sobrinos instruyeron un expediente de información *ad perpetuam* para acreditar que aquella sobrina murió sin descendencia legítima, pidiendo la parte de la fallecida; en tal estado el expediente se personó en el mismo una hija natural de aquélla, por lo que el expediente se transformó en contencioso; con estos antecedentes los referidos señores formulaban demanda para que se decla-

rase que, según el testamento de la causante, eran los herederos de la sobrina muerta los hijos y los nietos de los otros dos sobrinos, pero nunca la hija natural de la difunta, puesto que el testador se refirió siempre en su testamento a hijos y nietos legítimos. La demanda opuso que la testadora no había distinguido entre hijos legítimos o de otra clase, por lo cual siendo ella hija de la sobrina muerta, de ella era el usufructo y nuda propiedad de dos quinceavas partes.

El Juzgado accedió a la demanda; pero la sentencia fué revocada por la Audiencia de Madrid, que declaró el derecho de la hija natural, y el Supremo rechaza el recurso, porque, al declarar el Tribunal de instancia que la cláusula testamentaria se refiere a los hijos y descendientes, y, por tanto, a la hija natural, D.º M., no ha infringido ni violado el artículo 665 del Código civil, ni hay infracción del 675, en relación con los artículos 925, 926 y 943, aparte de que las posibles aplicaciones del derecho de representación a la sucesión testada no pueden tener lugar propiamente en las de carácter voluntario, porque la institución no es forzosa, sino en las de carácter legal, o sea en lo concerniente a las legítimas.

98. *Bienes troncales en Vizcaya. La nulidad del contrato de venta obliga al comprador a devolver la cosa, y al vendedor a restituir el precio.* Sentencia de 22 de Junio de 1931.

Don E. S. demandó a los hermanos G., alegando que compró una casa a don F. por precio de 40.000 pesetas, y muerto don F., después de varios pleitos, quedaron con sus derechos hereditarios los hermanos G., en uno de cuyos pleitos se declaró la nulidad de aquella venta, por tratarse de bienes troncales sitos en el infanzonado, siendo vizcaíno el vendedor, si bien se le reservaban al comprador sus derechos, para ejercitarlos contra quien procediera; que la casa se hallaba en poder de los demandados, y siendo ellos los titulares de los derechos hereditarios, a los mismos reclamaba las 40.000 pesetas, más intereses y gastos.

Los demandados opusieron que no se trataba de una venta normal, no hubo entrega de precio, sino que el actor era acreedor por honorarios, y se hizo, en pago, la escritura de venta, siendo,

en todo caso, responsable la viuda, no ellos, que tenían la casa por derecho troncal.

El Juzgado no accedió a la demanda; pero esta sentencia fué revocada por la Audiencia de Burgos, no admitiendo el Supremo el recurso, porque toda declaración de nulidad de un contrato lleva consigo la obligación recíproca de devolver el comprador al vendedor la cosa, y éste a que el precio, aunque haya pasado a terceros adquirentes para quienes sea extensiva la obligación de restituir con frutos e intereses, según el artículo 1.303 del Código civil.

Tratándose de un contrato de venta, y refiriéndose la reserva que la sentencia hizo a favor del comprador, al precio de ella hay que atenerse, sin que quepa provocar nuevas cuestiones sobre servicios profesionales, ya cancelados. Cada heredero es responsable solidariamente de las deudas hereditarias, pudiendo el acreedor, por consiguiente, reclamar la deuda por entero de cualquiera de aquéllos.

EN JUICIA MIENTO CIVIL

CUESTIONES DE COMPETENCIA

99. *Letra girada como resto de precio de trabajos realizados por el demandante.* Sentencia de 26 de Junio de 1931.

No pudiendo acreditarse que los folletos remitidos por el actor lo fueron por cuenta y riesgo del demandado, y aunque aparezca que parte del precio se abonó en letra de cambio, esta forma de pago, girada otra letra por el resto, no determina la competencia, por lo cual debe entender del asunto el Juez del domicilio del demandado.

100. *Comisión mercantil. No es suficiente para estimar haya susmisión tácita el presentar un certificado de enfermedad ante el Juzgado que luego se pretende es incompetente.* Sentencia de 26 de Junio de 1931.

Un industrial de Z. demandó a un vecino de Valencia para que le entregase cantidad que éste había recibido de otro señor

por cuenta del demandante. Este, fundado en haber intervenido como mediador, por su profesión de comisionista, alegó la incompetencia, oponiéndose el actor, porque el comisionista demandado presentó certificación médica de estar enfermo el día del señalamiento del juicio, y esto acreditaba, según el actor, una sumisión tácita. La Sala decide la competencia a favor de Valencia, porque, surgida la cuestión con motivo de ejecución y cumplimiento de una comisión mercantil reclamando cantidad que el actor supone cobrada por el comisionista, es aplicable al caso la constante jurisprudencia del Supremo, según la cual se trata del ejercicio de una acción personal nacida de un contrato de comisión mercantil, que, por la forma especial del mandato que ésta reviste, debe ser utilizada en el lugar donde el comisionista desempeñó su cometido. No puede prosperar la sumisión tácita, porque el certificado no se sabe quién lo presentó, ni se pidió la suspensión del juicio.

101. *Sumisión expresa. Hecha en escritura de hipoteca, no puede renunciarse, ni es posible que el acreedor acuda a diferente Tribunal. La copia simple de la escritura presentada en autos constituye un principio de prueba por escrito.* Sentencia de 19 de Junio de 1931.

En una escritura de hipoteca a favor de una entidad bancaria se pactó expresamente la sumisión a determinados Tribunales. El Banco estableció el procedimiento sumario de la ley Hipotecaria no ante el Tribunal al cual se había sometido, sino ante el de otro lugar, por estimar que, siendo para él un derecho establecido a su favor, renunciaba al mismo, prefiriendo seguir el procedimiento ante el Juzgado de B., de V. El demandado promovió competencia por inhibición, sosteniendo que los Tribunales competentes eran los designados en la escritura de hipoteca, y el Supremo le da la razón, porque, determinándose claramente en la escritura de hipoteca los Tribunales que habían de conocer de la ejecución, éstos son los competentes. Aunque la copia simple presentada en autos de la escritura de hipoteca no puede tener la eficacia, en el orden probatorio, de una copia auténtica, sin el cumplimiento de los requisitos formales exigidos en la ley, merece la

consideración de principio de prueba por escrito bastante para servir de norma jurídica en la determinación de cuál sea el Juzgado a cuyo favor haya de resolverse la indicada contienda.

* * *

Lo más interesante de esta sentencia, que merece el mayor elogio, es la consideración de principio de prueba escrita que concede a la copia simple de una escritura. Sin embargo, la Dirección general de los Registros, y con ocasión de las impugnaciones de honorarios, sostiene siempre que tales copias son desconocidas en la legislación vigente.

102. *Falta de sumisión.* Sentencia de 4 de Julio de 1931.

No existe sumisión si el deudor se somete al Tribunal que elija el acreedor o más le convenga, pues es precisa la renuncia clara y terminante del propio fuero y designación del Tribunal al cual se someten las partes.

103. *Lugar de entrega de las mercancías.* Sentencia de 6 de Julio de 1931.

No habiendo designación especial de lugar para el pago, el de la entrega de las mercancías determina la competencia, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.500 del Código civil.

104. *Sumisión expresa.* Sentencia de 7 de Julio de 1931.

Si de un documento privado, unido a los autos, suscrito por el demandante aparece que éste se sometió expresamente a determinado Tribunal, siendo aquel documento un principio de prueba, es evidente que la competencia debe resolverse a favor del Tribunal designado.

105. *Venta de géneros.* Sentencia de 20 de Junio de 1931.

En la venta de géneros, por regla general, se entiende hecha la entrega en el domicilio del vendedor, y al Juez de este lugar

corresponde, a falta de sumisión expresa o tácita, conocer de la demanda en que se pide el pago del precio, aunque el vendedor gire letras o se halle representado por un comisionista, pues éstas son facilidades dadas al comprador que en nada afectan a la cuestión principal.

106. *Letra de cambio.* Sentencia de 20 de Junio de 1931.

No habiendo sumisión expresa ni tácita, ni constando el lugar del cumplimiento de un contrato, hay que atender, para determinar la competencia, al lugar del domicilio del librado cuando se demanda fundándose en varias letras de cambio protestadas.

107. *Sumisión expresa. Sus requisitos.* Sentencia de 19 de Junio de 1931.

Para que la sumisión pueda considerarse expresa, no basta que renuncien los litigantes al fuero de su domicilio; es preciso que designen con toda precisión el Juez al cual se someten, no bastando que se sometan al Tribunal que designe uno de ellos.

108. *Venta de géneros.* Sentencia de 20 de Junio de 1931.

Insiste una vez más el Supremo en esta sentencia en que en los contratos de venta de géneros de comercio se entiende, por regla general, verificada la entrega de éstos en el domicilio del vendedor, y al Juez de este lugar corresponde, a falta de sumisión expresa o tácita, conocer de la demanda.

109. *Conocimiento de los juicios universales de concurso y quiebras.* Sentencia de 4 de Julio de 1931.

Tratándose del conocimiento de esos juicios, promovidos por los acreedores, es competente con preferencia a los demás, el Juez del domicilio del deudor, si éste lo reclamase, conforme dispone el número 9 del artículo 63 de la ley de Enjuiciamiento civil.

II. *Reclamación de deuda.* Sentencia de 4 de Julio de 1931.

Ejercitándose una acción personal de pago de deuda, cuya obligación no reconoce el demandado, sin que exista principio alguno de prueba por escrito que sirva de base para determinar la competencia, es Juez competente el del domicilio del demandado.

RECURSO DE CASACIÓN**III. *Quebrantamiento de forma. Responsabilidad civil de los funcionarios públicos. Debe pedirse en la demanda el recibimiento a prueba.* Sentencia de 18 de Junio de 1931.**

Un Secretario de Ayuntamiento que fué suspendido de empleo y sueldo interpuso contra el Alcalde demanda pidiendo daños y perjuicios, citando el nombre del Alcalde. El Procurador del demandado, al oponerse, presentó poder para pleitos conferido por el demandado, no como tal Alcalde, sino como particular. El actor entabló recurso de súplica, por creer que había falta de personalidad e insuficiencia de poder, recayendo auto que no admitió la súplica. Dictado otro para traer los autos a la vista, interpuso otro nuevo recurso de súplica pidiendo prueba, que tampoco se concedió. La Sala rechaza el recurso, porque fundada la demanda de responsabilidad civil en la ley de 5 de Abril de 1904, a nombre de don F. de T., vecino de X, y Alcalde de esta villa, se impone la estimación de que iba dirigida contra la persona del demandado; habiendo comparecido el Procurador mediante el poder aludido, no hay tal falta de personalidad; y, por último, ordenando el artículo 750 de la ley antes citada que en el escrito promoviendo el incidente y en el de contestación pidan las partes el recibimiento a prueba, si la creen necesaria; por el 751, que si las partes no piden prueba, traiga el Juez los autos a la vista, para sentencia, y por el artículo 3.^o de la ley, que los pleitos sobre responsabilidad de los funcionarios se sustancien por los trámites de los incidentes, es visto que el actor, hoy recurrente, debió pedir el recibimiento a prueba en la demanda, estando en su lugar lo dispuesto por la Sala mandando traer los autos a la vista.

PRUEBA

112. *Prueba de presunciones. Efectos de la inscripción frente a los documentos privados y al amillaramiento.* Sentencia de 30 de Junio de 1931.

El propietario de una mina demandó a varios señores porque necesitaba, por necesidades de la explotación, la expropiación de una finca de aquéllos, a lo que los demandados opusieron, en el acto de conciliación, que no podían avenirse porque la finca no era de ellos, no obstante figurar inscritos en el Registro de la Propiedad. Seguido adelante el expediente, se declaró la necesidad de la ocupación, en cuyo momento don N., apoyándose en un documento privado de compra, se opuso, concluyéndose por dar al minero la posesión pedida. Don N. interpuso interdicto de recobrar, que ganó, por todo lo cual el referido propietario pedía la nulidad de todo lo actuado, incluso la sentencia del interdicto y las inscripciones practicadas a favor de don N.

El Juzgado y la Audiencia absolvieron de la demanda, y el Supremo no admite el recurso, considerando que no procede estimar la infracción por interpretación errónea de los artículos 1.249 y 1.253 del Código civil, toda vez que aun dando por probados todos los hechos en que se apoya la presunción, es de la exclusiva apreciación de la Sala sentenciadora la estimación de las presunciones, al efecto de determinar la importancia y trascendencia del enlace y relación que exista entre el hecho cierto y aquel que se trata de decidir.

Tampoco cabe admitir la infracción de los artículos 1.247, 1.275 y 1.257, ya que la Sala sentenciadora ha tenido por legítima la causa del contrato privado de compraventa a favor de don N., en el que los vendedores confiesan haber recibido las 80.000 pesetas del precio antes de aquel acto.

No puede, igualmente, admitirse la pretendida ignorancia o desconocimiento de quién fuera el dueño de la finca, para tener por tal al que figuraba en el Registro, porque en esa época se celebró un juicio verbal y se planteó un interdicto y, además, el documento privado se presentó en la oficina liquidadora y luego en el amillaramiento.

Por último, la ley de Expropiación forzosa es de efectos puramente administrativos, y no puede alterar los principios básicos que regulan las cuestiones de carácter civil, ni, por tanto, los preceptos sustantivos que afectan a la validez de los contratos, sea cualquiera la forma en que se hagan constar.

* * *

Sin entrar en la justicia o injusticia de los fallos, no podemos menos de lamentar el contenido de los anteriores considerandos. El artículo 41 de la ley Hipotecaria, que tanto ha dado que hablar y que escribir; la pretendida sustantividad de la inscripción; la publicidad del Registro y demás principios y preceptos, que en teoría acatamos como artículos de fe, son poca cosa ante la existencia de un documento privado, con testigos y todo, donde nada menos que se confiesa haber recibido 80.000 pesetas, documentos que han pasado por el Registro (para pagar el impuesto, naturalmente) y, por si fuera poco, han llevado al amillaramiento, para mayor seguridad.

Aun no sabemos para qué sirve y por qué existe el artículo 1.280 del Código civil.

113. *Prueba en casación.* Sentencia de 9 de Julio de 1931.

Apreciado por la Sala sentenciadora, en uso de sus atribuciones, que un recurrente fué dado de baja en determinada Asociación, y que, por tanto, había perdido todos los derechos para reclamar de la misma, sin que el Supremo tenga que inmiscuirse en la apreciación de la prueba, por no haber sido requerido para ello, hay que tener por bien aplicados los Estatutos de la indicada Asociación, que excluyen de la pensión que se reclama a los socios que fueren dados de baja.

ENRIQUE TAULET,
Notario de Valencia.

Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

X

Procede la devolución de los honorarios del liquidador del impuesto en caso de ser anuladas las liquidaciones giradas por él.

Caso curiosísimo e importante es el actual.

Antecedentes. Por acuerdo del Tribunal Central de 11 de Diciembre de 1928 se revocó el fallo del Provincial de S. y se anularon las liquidaciones giradas en cuanto a las multas comprendidas en aquéllas, ordenando fuesen devueltas a los interesados las cantidades cobradas en tal concepto. (Es de notar que el Delegado de Hacienda había suspendido la exacción de la participación del Tesoro en la multa, y que lo único que se hizo efectivo fué la participación del Liquidador; que mientras se resolvió el recurso, fué trasladado a otro Registro.)

Dictado dicho fallo, los interesados pidieron al Delegado de Hacienda la devolución de la multa cobrada por el Liquidador y de los recargos del 15 y del 5 por 100 percibidos por el Recaudador de las cantidades cobradas por el Liquidador y además la devolución del retiro obrero.

El Delegado negó esa reclamación, porque el Tesoro no había cobrado su participación en las multas, según se ha dicho; y en cuanto a lo del Liquidador, debe serle reclamado directamente por los interesados por los procedimientos que se estimen pertinentes, ya que de los demás recargos no había conocido el Central.

El Central fija esta doctrina.

El artículo 2.º del Reglamento de Procedimiento de 29 de Julio de 1924 preceptúa que el procedimiento en las reclamaciones económicoadministrativas, como fundado en la facultad jurisdiccional de la Administración, excluye la intervención de toda otra jurisdicción que no sea la de los órganos y autoridades cuya competencia establece ; precepto básico en materia procesal, aceptado en el artículo 2.º de la ley Orgánica judicial, 55 de la de Enjuiciamiento civil y 9.º de la de Criminal, y conformes a éstos, las resoluciones del Tribunal Económicoadministrativo Central y de los provinciales han de ser ejecutadas dentro de su esfera de acción, sin admitir a los funcionarios o autoridades de otros órdenes ni aun para conocer de los incidentes que puedan originar las incidencias de la ejecución de las resoluciones.

Por esta razón, el acuerdo del Tribunal Central anulando las multas y ordenando devolverlas a los interesados ha de ser ejecutado dentro de esta jurisdicción, sin que sea admisible remitir a los interesados para que acudan al Juez competente para conseguir la devolución de las multas percibidas por el Liquidador ; ello supondría una desviación manifiesta de los principios fundamentales expuestos y haría posible que el Juzgado dictase un fallo contrario al del Central Económicoadministrativo, el cual quedaría pendiente de la resolución judicial. Dada la organización del impuesto de derechos reales, la acción de éste crea una relación jurídica entre la Hacienda y el contribuyente, con derechos y obligaciones recíprocas, relación que no debe entenderse modificada por razón de centro, dependencia o funcionario encargado de su gestión, ya que todos ejercen sus funciones en nombre de la Administración del Estado y es una la naturaleza del impuesto en todo el territorio a que se extiende su acción.

Por estos motivos todas las cantidades que se recaudan por impuesto de Derechos reales a los contribuyentes, sean por multas, intereses de demora, honorarios o cuotas, deben conceptuarse, en principio, ingresadas en el Tesoro, cualquiera que sea la participación que en las multas u honorarios pueda corresponder a los funcionarios encargados de la recaudación, toda vez que el derecho a esas participaciones tiene un carácter accidental, derivado de la forma de retribuir a esos funcionarios, que puede alterarse, sin afectar a la naturaleza u organización del impuesto.

De lo expuesto se infiere que cuando se reconozca por la Administración el derecho de un particular reclamante a la devolución de lo percibido indebidamente por los Liquidadores del impuesto, debe devolverse por la Hacienda pública cuanto se haya ingresado, si, requerido el funcionario para ello, no lo realiza voluntariamente, aunque no haya tenido entrada oficial en el Tesoro público, sin perjuicio de la acción de la Hacienda para obtener el reintegro de las sumas devueltas, procediendo contra el Liquidador que las haya percibido.

El procedimiento que debe seguir la Hacienda para ser reintegrada de lo pagado por multas y honorarios de los Liquidadores de los partidos exige que se establezcan las reglas necesarias que no se hallan previstas actualmente; por lo que debe dictarse una resolución de carácter general por el Ministerio de Hacienda, según el artículo 4.º, número segundo, del Reglamento de 29 de Julio de 1929, previos los informes debidos de la Dirección de lo Contencioso y de la Intervención General, por referirse a la gestión y contabilidad del impuesto, en que se especifique el procedimiento para estos casos, que puede consistir en que los Liquidadores de los partidos se constituyan en meros depositarios de las multas y honorarios que les pertenezcan cuando se promueva reclamación económicoadministrativa, hasta que se dicte fallo firme por analogía con lo dispuesto en el artículo 4.º antes citado, o bien aumentando, en la cuantía del débito antes expresado, la partida de cargo en la cuenta de cada mes, previendo los cambios de destino del Liquidador o de su fallecimiento, y declarando responsable directo al Liquidador para con la Hacienda, según el artículo 9.º, apartado H), del Estatuto de Recaudación de 18 de Diciembre de 1928; en el caso actual deben devolverse las multas por liquidación por retiros obreros, pues se anuló todo acuerdo del Tribunal Central de 3 de Febrero de 1931 (61-1930).

XI

Contrato de obra con suministro de materiales.

Otro caso idéntico al anterior. (Acuerdo del Tribunal Central de 5 de Agosto de 1930) 56-1930.

Otro caso igual: 1 de Julio de 1930 (62-1930).

XII

Venta de usufructo y consolidación. Transmitido el usufructo de unas fincas a unos menores y la nuda propiedad a su madre, y vendidos parte de los bienes, debe pagarse, al morir la usufructuaria, la consolidación, no por todos los bienes en que consistía el usufructo, sino por los que restan al momento de la consolidación.

Caso. Un causante deja el usufructo de unos valores públicos a su hermana y la nuda propiedad a los hijos de ésta ; el padre de los nudos propietarios vendió parte del depósito para asistencia de enfermedad de su mujer (la usufructuaria) y para educación de los nudo propietarios. Muerta la usufructuaria, la oficina liquidadora giró liquidación por herencia sobre la mitad del valor efectivo del depósito al fallecer el causante. El representante de los menores reclamó para que se liquidase por el 40 por 100 del valor efectivo de los bienes que quedaban al morir la usufructuaria, alegando que el impuesto supone una transmisión, y que, al fallecer aquélla, los herederos no consolidaron el usufructo más que sobre las pesetas nominales que restaban después de las ventas probadas, y, según el artículo 66, párrafo noveno, del Reglamento, debió tomarse como base el 40 por 100 de los bienes, que es el que se fijó al tiempo de constituirse aquél, ya que dicho artículo dispone que se aplique en la consolidación del dominio el mismo tanto por ciento que determina el valor del usufructo cuando se constituyó, y siempre referido a la estimación de los bienes, en el momento de la consolidación. El Tribunal Central admite esta doctrina, desestimando el recurso de la Dirección de lo Contencioso, contra el acuerdo del Provincial, que la había establecido : *La Dirección pedia se tomase como base todos los bienes del usufructo, incluso los enajenados, aunque fijando su valor por el que tenían al morir la usufructuaria.*

Contra el recurso de la Dirección se han esgrimido dos clases de razones. El Abogado del Estado encargado del asunto dictaminó :

- a) Según el artículo 66, párrafo noveno, del Reglamento, al

extinguirse el usufructo constituido por testamento, tributa el nudo propietario por la consolidación del dominio, computándose la proporción en que el usufructo está según el mismo tanto por ciento que al constituirse, pero aplicado al valor que tuviesen los bienes al hacerse la extinción; el valor de los bienes puede alterarse no sólo porque cambie su estimación en dinero, sino porque varíe su sustancia, materia o número; los títulos de la deuda pública cuyo dominio se ha consolidado no sólo han cambiado de cotización, sino que han disminuido en número al verificarse la extinción del usufructo; el artículo 66, en relación al 57, párrafo sexto, omite referirse a los *mismos bienes* en que se constituyó el usufructo, y, por el contrario, cabe que sean distintos aquellos con que se constituyó de aquellos cuyo dominio se consolide en el nudo propietario, posibilidad no sólo implícita en el citado artículo 66, sino explícita y desarrollada en su párrafo 11, referente a la base de imposición, cuando los bienes se encuentren en manos distintas de las en que se constituyó, prevención que sería inútil si el primitivo nudo propietario tuviera que tributar por todos los bienes al extinguirse el usufructo, o llevaría una doble imposición, a lo que se opone el artículo 43 del Reglamento; el criterio de hacer pagar al primitivo nudo propietario por bienes que no adquiere se opone, además, al artículo 11 de la ley del impuesto, según la que éste se paga por quien adquiera los bienes.

b) El Tribunal, conforme con la conclusión, no lo estuvo con esas razones, y aceptó las siguientes:

Se trata de la enajenación simultánea de los derechos de usufructo y nuda propiedad a una persona, lo cual constituye una forma de extinción del usufructo, según el número tercero del artículo 513 del Código civil; el párrafo 11 del artículo 66 del vigente Reglamento del impuesto se ocupa de la consolidación del dominio en persona distinta del primer adquirente de la nuda propiedad, ya que distingue el caso de la extinción de usufructo que tenga lugar por muerte del usufructuario (en cuyo caso se devengará el impuesto como adquisición onerosa cuando el titular de la nuda propiedad la haya adquirido a título oneroso directamente de la persona en quien recayó la división de dominio, o traiga su derecho de quien también lo hubiese adquirido directamente a título oneroso y en las mismas condiciones) u otros casos, y entonces se pa-

gará el impuesto según el parentesco entre el último titular del dominio pleno y la persona que de él adquirió la nuda propiedad a título lucrativo, aunque no sea esta última persona sino un derechohabiente suyo quien consolidó el dominio; el precepto transrito, en su segunda parte, es de aplicación clara al caso actual por haber tenido lugar una extinción del usufructo y haberse adquirido la nuda propiedad, a título lucrativo, del último y único titular del dominio pleno.

Ese precepto se contrae al nudo propietario segundo o posterior, pues si no hubiera consignado que la transmisión de la nuda propiedad no relevaba al transmitente del pago del impuesto de consolidación, y sobraría la expresión de que se pagara por el parentesco entre el último titular del dominio y la persona que de él adquirió, a título lucrativo, la nuda propiedad, ya que lo que hace tal precepto es subrogar para la Hacienda a la persona en quien se consolidó el dominio en las obligaciones del primer nudo-propietario, debiendo satisfacer en el momento de la extinción del usufructo lo que, de no haber tenido transmisión, hubiera pagado aquél. Esta es la doctrina de los acuerdos del Tribunal Central de 25 de Marzo y 5 de Junio de 1930, en los que se trataba de la enajenación conjunta de los derechos de usufructo y nuda propiedad a una misma persona sobre determinadas fincas. Por ello la obligación de satisfacer el impuesto por la extinción de usufructo sobre bienes enajenados no recae sobre los primitivos propietarios, y debe confirmarse el acuerdo recurrido. (Acuerdo del Tribunal Central de 24 de Marzo de 1931.) 57-1930.

XIII

Instituida en testamento una nieta como heredera usufructuaria o nudo propietaria, y que, en tanto no llegue a mayor edad o se case, administrara esos bienes su madre, esto hecho en Aragón se estima es un usufructo, y debe pagar en ese concepto. No impugnada la aplicación del Apéndice foral, y otorgado el testamento mancomunado en Zaragoza, debe regir esa legislación y no el Código. La cuñada de la usufructuaria no tiene personalidad para recurrir aun siendo coheredera.

Caso.—Los cónyuges A y B, natural el primero de Sevilla, y la segunda, de Barcelona, fallecieron bajo testamento mancomunado abierto, otorgado en Zaragoza, en el cual se instituyeron mutuamente herederos usufructuarios, y a su fallecimiento nombraron herederos a una hija, C, y a una nieta (hija de otro hijo fallecido), D ; respecto de esta última fijaron las siguientes condiciones : D no entraría en posesión del usufructo en tanto viva el cónyuge superviviente, y aun fallecido éste, mientras no llegue a la mayor edad o contraiga matrimonio ; y en cuanto a la nuda propiedad o pleno dominio, no los adquiriría hasta que llegue a la mayoría de edad. Fallecido el cónyuge superviviente, y siendo menor de edad la nieta y soltera, tendrá el usufructo de todo lo heredado su madre, E, como administradora hasta la mayoría de edad o matrimonio ; si con anterioridad al cumplimiento de esas condiciones muere la nieta D, recae toda la herencia en su tía C o en sus descendientes legítimos. Fallecidos los testadores, y siendo menor de edad y soltera D, se le adjudicaron determinados bienes en pago de su legado ; y como, a virtud del testamento, su madre, E, adquiría el usufructo temporal de los bienes de la menor—de edad de doce años—, se valoró éste en el 20 por 100 de los bienes, según el artículo 66 del Reglamento, y se giró liquidación a nombre de C por el 80 por 100 de los valores de los bienes, como herencia de padres a hijos, y a nombre de D por el 20 por 100 de esos mismos bienes como usufructo temporal ; y además, a nombre de D por el usufructo, 20 por 100 de los bienes heredados por su hija de su abuela, B, como herencia de extraños, dada la falta de parentesco entre B y D.

D impugnó sus liquidaciones alegando que para girarlas se había tenido en cuenta no el carácter de administradora de los bienes de su hija, único concepto con que posee tales bienes, sino el de usufructuaria, y este concepto no la corresponde, pues según el testamento, sólo administra los bienes hasta que su hija llegue a la mayor edad o se case, como se deduce de la cláusula transcrita ; se ha acompañado testimonio del Notario autorizante del testamento, según el que se interlinearon en dicho testamento las palabras «como administradora», para aclarar el concepto en que usufructuaría los bienes E. Además interpuso recurso C, por en-

tender que era parte interesada en esas liquidaciones, y que la perjudicaban como heredera condicional.

La reclamación es rechazada.

Debe entenderse aplicable la legislación foral de Aragón, por cuanto en ese sentido ha informado el Liquidador, lo ha resuelto el Tribunal Provincial y no lo han impugnado los interesados, y se trata de herencia regida por testamento mancomunado, válido en Aragón y prohibido en territorio de derecho común, según el artículo 17 del Apéndice del Código civil de 7 de Diciembre de 1925 y el 669 del Código civil.

Según el artículo 3.^º del citado Apéndice, pertenecían al hijo en propiedad y usufructo, aun viviendo en compañía del padre, todos los bienes que adquiría por cualquier título, y, por tanto, el derecho de usufructo de E en los bienes de su hija D no es el concedido por los fueros a los padres sobre los bienes de sus hijos, sino que se trata de un usufructo constituido en virtud de testamento con carácter voluntario y con todos los caracteres inherentes a la naturaleza del usufructo; al establecer la cláusula del testamento que el usufructo atribuido a E lo tenga como administradora no hace más que expresar la razón o modo en virtud de los que se crea el derecho de usufructo que habrá de disfrutar por el tiempo que indica el testamento, pero no que lo concedido sea únicamente el derecho de administradora de los bienes, como sería preciso para que el acto dejara de pagar como usufructo.

En cuanto a C, evidentemente carece de personalidad y de acción para intervenir en las liquidaciones de su sobrina y cuñada. (Acuerdo del Tribunal Central de 5 de Agosto de 1930.) 64 de 1930..

XIV

Plazo de liquidación de las certificaciones de posesión. Cuándo gozan de la exención.

Caso.—El Ayuntamiento de M expidió certificación de los bienes inmuebles poseídos por él durante más de quince años, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 54 de la ley de Presupuestos de Enero de 1929, referente a la exención del impuesto

de Derechos reales de certificaciones de posesión: esa certificación se presentó a liquidar en 16 de Diciembre de 1929, y fué expedida en 10 del siguiente mes; el Liquidador, habida cuenta de que, según el artículo 54 citado, el plazo otorgado vencía en 30 de Junio de 1929, y que, prorrogado hasta el 30 de Septiembre del mismo año, no aplicó la exención, y liquidó el impuesto sin tener en cuenta el artículo 53 de la ley de Presupuestos de 3 de Enero de 1930, que concede prórroga, para esos mismos efectos, hasta el 30 de Junio de 1930. Reclamada esa liquidación y confirmada por el Provincial, es revocada por el Tribunal Central.

El plazo para presentar a liquidar es de treinta días hábiles desde el otorgamiento o aprobación del documento, según el artículo 107 del Reglamento; declaradas exentas las certificaciones de posesión de los bienes de corporaciones civiles por el artículo 53 de la ley de Presupuestos de 1929, si se presentan antes de 30 de Junio de 1930, lo mismo que había hecho la de 1929 hasta 30 de Septiembre de ese año, la cuestión es la de si las certificaciones de posesión presentadas en plazo reglamentario antes de 1 de Enero de 1930 gozan de la exención, aunque el plazo venciera de esa fecha en adelante.

Establecido un plazo para presentación de documentos—treinta días de su otorgamiento o expedición—, sería injusto que certificaciones expedidas el mismo día gozaran de diferente trato, negando el beneficio precisamente a aquellas corporaciones más diligentes en el cumplimiento de sus deberes fiscales; y por esa razón el artículo 53 citado de la ley de 3 de Enero de 1930 alcanza a las certificaciones presentadas antes de 1 de Enero de 1930, cuyo plazo de presentación venciera a partir de ese día; como el plazo de la de que se trata vencía el 18 de Enero de 1930, y fué presentada el 16 de Diciembre de 1929, lo fué en tiempo; y probado que durante quince años se había pagado el impuesto de personas jurídicas, está acreditada la posesión y debe concederse la exención de la certificación posesoria. (Acuerdo del Tribunal Central de 15 de Julio de 1930.) 65-1930.

XV

Obras y servicios. La inclusión de una certificación especificando la cantidad destinada a materiales y la de jornales en una escritura de adjudicación de una pública es suficiente para destruir la presunción del tercio y de los dos tercios, establecida en el Reglamento, y para que se liquide, tomando como base para materiales y para jornales la que se señale en dicha certificación.

Esta sentencia importante del Tribunal Supremo señala un criterio contrario al fijado por la Administración en esta materia, registrado en diversos números de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, aparece en ella que en la escritura se incluye una certificación del Ingeniero-Jefe del servicio haciendo constar expresamente la cantidad que se destinaba a mano de obra y la destinada a suministro de materiales, certificación unida a la matriz y transcrita a la primera copia ; la oficina liquidadora liquidó tomando como base un tercio como contrato de obras, dos tercios como suministro, y no teniendo en cuenta los datos de la certificación aludida para descomponer la base ; esta liquidación es confirmada por el Tribunal Central en 5 de Junio de 1928, y es revocada por el Tribunal Supremo en esta sentencia.

Lo dispuesto en el artículo 25 del Reglamento de 26 de Marzo de 1927 y artículo 2.º, apartado 15, de la ley de 28 de Febrero de 1927 y 18 de aquel Reglamento, es sólo una presunción, que cesa cuando en el contrato aparecen especificados los dos conceptos aludidos ; al entender la Administración que en el contrato referido no se detalló el valor de los materiales y jornales porque, a su juicio, es indispensable conste en el mismo contrato, y a todos los efectos, y no meramente a los fiscales, y que el documento expedido por el certificado del Juzgado no altera la presunción legal del tercio y dos tercios, porque no constituye parte del contrato mismo ni representa obligación contractual de las partes, por cuyos motivos entiende es aplicable la presunción aludida, e incurre en un error, porque no puede, sin caer en éste, sostenerse que no tenga eficacia tal certificación, ya que al acto

del otorgamiento de la escritura de la adjudicación de las obras concurrió, en representación de la Administración, el Director de Ferrocarriles, y ante él, sin protesta alguna ni demostración de desacuerdo, se exhibió por el representante del contratista la aludida certificación legitimada, sin que legalmente pueda estimarse que no forma parte del contrato, por el hecho de figurar en los antecedentes que en la escritura se consignan, y mucho más cuando el Notario autorizante, según la copia unida al expediente, consigna *que sobre la base de cuanto precede* los comparecientes otorgan la escritura, a tenor de las estipulaciones que a continuación se determinan, sobre la realización de las obras y su pago. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Abril de 1930. (*Gaceta de 25 de Septiembre de 1931.*)

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado.