

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

### (Historia y Derecho comparado)

a) Como primer requisito señala el artículo 303 el de que el depositario, al menos, sea comerciante. Olvida aquí nuestro Código que el sistema por él acogido y defendido y en el que hace descansar el peso de la reforma del de 1829, es el sistema objetivo, o sea aquel que para la calificación de un acto como acto mercantil se desentiende por completo de la naturaleza subjetiva del agente, de su condición personal de comerciante o no, para atender exclusivamente a la naturaleza objetiva de la operación misma. «El proyecto—dice la Exposición de motivos del Código vigente—, de acuerdo con los principios de la ciencia jurídica, propende a regir todos los actos y operaciones mercantiles, cualquiera que sea el estado o profesión de las personas que las celebren. Por eso, el primero (el Código de 1829) atiende, ante todo, a calificar las personas que están obligadas a observar sus preceptos, de cuya calificación hace depender muchas veces la que debe darse a los actos y contratos que celebran... Y, en cambio, el segundo se fija principalmente en la naturaleza de los actos o contratos, para atribuirlos o no la calificación de mercantiles, *con independencia de las personas que en ellos intervienen...*»

Sin entrar ahora a discutir las excelencias del sistema objetivo, que el legislador de 1885 reputaba como el más perfecto, sin sos-

(1) Véase el número 86 de esta Revista.

pechar que varios años más tarde la legislación alemana había de fundarse en el sistema opuesto, lo que sí nos interesa señalar aquí es la contradicción que la definición del contrato de depósito mercantil, expresada en el artículo 303, representa no sólo respecto del sistema objetivo, preconizado en los Motivos del Código, sino frente a preceptos incorporados al articulado, como expresión culminante y categórica de aquel sistema. Porque si para que el depósito sea mercantil y, por tanto, quede sometido a las disposiciones del Código de comercio, se requiere, en primer término, que el depositario, al menos, sea comerciante, es menester decidir que la declaración del artículo 2.º, según la cual «los actos de comercio, *sean o no comerciantes* los que los ejecuten...» se regirán por las disposiciones contenidas en el Código, es una afirmación inexacta y desprovista, en consecuencia, de toda significación práctica.

b) La segunda exigencia del artículo 303 consiste en que las cosas depositadas sean objetos de comercio. Así como en el requisito anterior se tenía presente el elemento personal del contrato, ahora se toma como criterio distintivo el elemento real, representado por la cosa depositada.

La dificultad consiste aquí en delimitar el concepto legal del objeto de comercio, tarea que nos llevaría a desembocar en el concepto de cosa mercantil y en la distinción entre cosa mercantil y mercadería. Como no podemos detenernos en el desarrollo amplio de esta cuestión, hemos de ceñirnos a las indicaciones imprescindibles para la explicación total de la definición positiva del depósito mercantil.

¿Cuáles son los «objetos de comercio» a que el Código se refiere en el artículo 303?

Seguindo a Martín Wolff (1), podemos distinguir los objetos mercantiles en sentido estricto de los demás que también pueden ser objeto del tráfico mercantil. A la primera categoría pertenecen sólo las mercaderías y los títulos-valores. En la segunda pueden entrar las cosas inmuebles; los derechos de toda clase (créditos, derechos sociales, derechos reales), aunque no estén incorporados a ningún documento, o lo estén en documentos que no sean

(1) Ehrenberg, *Handbuch des Handelsrechts*, t. IV, primera parte, página 1 y siguientes.

títulos mercantiles; los bienes inmateriales, como las obras literarias o artísticas, inventos, firmas o nombres mercantiles, empresas comerciales, signos distintivos de las mercancías, etc. Además, y como término opuesto, tanto a las mercaderías y títulos como a los demás objetos traficables, se encuentra el dinero. Finalmente, y así como, en un sentido amplio, el tráfico jurídico, a más del tráfico o circulación a base de compras, abarca otros hechos que sirven a la circulación o la aseguran (contratos de transporte, contratos de obra o de servicios, préstamos, seguros, etc.), así también se amplía el concepto correspondiente del objeto del tráfico mercantil. A él pertenece todo aquello que puede ser objeto de cualquier negocio auxiliar del comercio.

Si queremos ahora puntualizar la relación que existe entre objeto de comercio, cosa mercantil y mercadería, diremos que el primer concepto es más amplio que el segundo, y éste incluye a su vez al tercero. Expresada esta relación en forma matemática, tendríamos que

objeto mercantil > cosa mercantil > mercadería.

Ateniéndonos a la terminología del Código civil alemán (artículo 90), llamaremos «cosas» sólo a los objetos corporales, y entonces la relación de género a especie será rectamente aplicada a la posición del objeto frente a la cosa mercantil. Pero en nuestro Derecho, donde se admiten también las llamadas cosas incorporales, semejante limitación del concepto es injustificada.

Quizá la nota específica del concepto de *cosa* resida en su independencia y sustantividad. En este sentido, el antiguo Código prusiano daba el nombre de *cosa* a todo aquello que por la naturaleza o por el común consenso tiene una individualidad objetiva y sustantiva. Este concepto de *cosa* puede servirnos de norma para distinguir el objeto de la cosa mercantil.

El *objeto de comercio* es término más amplio que *cosa mercantil* porque aparece tanto en las relaciones jurídicas de carácter personal como en las de carácter real, identificándose con la *cosa* misma en este último caso. En cambio, la *cosa mercantil*, en sentido estricto, es únicamente el objeto de los derechos reales de naturaleza mercantil, y no de los derechos personales, porque en éstos el objeto es la prestación del deudor. Y véase cómo reaparece aquí

el criterio de distinción basado en la sustantividad e independencia, porque la cosa, como objeto de la relación en el derecho real, puede concebirse independientemente de todo acto positivo de un tercero, mientras que la prestación del deudor, en una relación obligatoria, no puede destacarse de la persona del obligado. Toda *cosa mercantil*, jurídicamente considerada, es, al propio tiempo, objeto de un derecho real de naturaleza mercantil; hay, en cambio, *objetos de comercio*, como, por ejemplo, los servicios de un auxiliar del comerciante, que no son *cosas*, en sentido técnico. La relación entre objeto y cosa es, pues, la de género a especie: mientras el objeto denota todo aquello sobre lo cual se asienta o inside toda clase de derecho, cosa es sólo el objeto del derecho real (1).

Más clara es la relación que existe entre cosa mercantil y mercadería como conceptos distintos. El concepto de cosa mercantil es mucho más amplio que el de mercadería, por lo cual no puede decirse, como corrientemente se dice, que mercadería es al Derecho mercantil lo que la cosa al Derecho civil. Vidari estableció esta confusión, que perdura aún entre muchos mercantilistas.

Siguiendo a Vidari, suele afirmarse, en efecto, que la distinción entre cosa y mercadería es más de forma que de sustancia, puesto que la palabra *mercancía* sirve sólo para poner de manifiesto un especial destino de la cosa al comercio, es decir, el valor en cambio de la cosa, en contraposición al valor en uso. «Un mismo objeto—dice Vidari—es cosa en manos de una persona, y mercancía en manos de otra, con sólo que el uno la haya adquirido o por obra de su industria o con ánimo de consumirla, y el otro la haya adquirido para especular con su reventa o locación.»

Conforme a este criterio, las cosas toman el carácter de mercancía en un determinado momento de la trayectoria que siguen en su función de satisfacer las necesidades humanas. Así, una cosa que se encuentra todavía en manos del productor es un producto o simple cosa; se convierte en mercancía sólo cuando viene a ser objeto de su comercio, y deja de ser tal cuando sale del comercio y entra a formar parte del patrimonio del consumidor.

Sin embargo, un análisis más profundo de la objetividad mer-

(1) V. Ferrara, *Diritto civile italiano*, I, p. 729.

mercantil demuestra que esta conclusión sólo es cierta tratándose de las llamadas mercaderías, y que no son equiparables los términos *mercadería* y *cosa mercantil*, sino que más bien las mercaderías son una especie de las cosas mercantiles, y, por tanto, así como todas las mercaderías son cosas mercantiles, no todas las cosas mercantiles son mercaderías.

Este último nombre debe reservarse para designar toda cosa mueble que, teniendo un valor en cambio, es considerada como objeto de la actividad comercial (1). Y aun es posible una limitación mayor del concepto de mercadería, en el sentido de no ser mercadería toda cosa mueble susceptible de tráfico. La doctrina jurídica excluye del concepto de mercadería varias cosas que reúnen esas características. Así, los buques, el dinero, los documentos y los títulos-valores. La palabra *mercadería* se emplea sólo para las cosas que, a más de reunir las circunstancias expresadas, ofrezcan una inmediata posibilidad de uso. «Son cosas que tienen insito en la cosa misma un valor patrimonial (2).

Admitida esta separación, encontramos muchas cosas que, siendo cosas mercantiles, no son al mismo tiempo mercaderías. Así, los inmuebles, las energías inmateriales, los productos del ingenio, el dinero, los títulos-valores, en general, y los representativos de cosas, etc., etc.

El Código, en el artículo 303, habla simplemente de «objetos de comercio». Pero en ninguna de sus disposiciones dice cuáles son éstos, ni cuál es el concepto de las cosas mercantiles, ni cómo se definen las mercaderías (3). ¿Puede constituir el objeto del depósito mercantil todo lo que pueda ser objeto de comercio, o se limita la posibilidad a las cosas mercantiles, o quizá a las mercaderías solamente?

Esta última suposición hay que desecharla, desde luego. El Código, en el artículo relativo al depósito, evita cuidadosamente el empleo de la palabra «mercadería» para designar la cosa depositada; habla sólo de *cosa* («cosa que constituya su objeto»,

(1) Este es el concepto de mercadería según Pipia, *Trattato di diritto commerciale*, III, p. 143.

(2) Düringer-Hachenburg, *Komment*, I, p. 111.

(3) El sitio adecuado para la definición de mercadería era el artículo 85, donde se atiende solamente a la definición de uno de los elementos del precepto.

«cosa objeto del depósito», «cosas depositadas»: artículos 305 y 306). No sigue, en suma, el mismo sistema que al tratar de la compraventa mercantil, donde el Código usa constantemente el término «mercadería», para expresar el objeto del contrato (artículos 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337 y 339) (1). La razón de haber evitado la identificación entre objeto del depósito mercantil y mercadería estriba, sin duda, en que el Código no ha querido incluir en el concepto de mercadería ni el dinero, que es también objeto frecuente de los depósitos mercantiles (artículo 307 del Código de Comercio), ni los títulos, valores, efectos o documentos (artículo 308) (2).

El Código exige únicamente que las cosas depositadas sean objetos de comercio. Lo más acertado es afirmar que la ley no emplea aquí la expresión *objeto de comercio* en el sentido amplísimo que hemos explicado (interpretación que conduciría al absurdo de admitir como materia de depósito los servicios de los auxiliares, o los mismos contratos auxiliares, o la empresa mercantil, etcétera), sino que la emplea más bien como equivalente al concepto de *cosas mercantiles*, las cuales constituyen, como sabemos, sólo una parte de los posibles *objetos de comercio*.

En resumen: podemos afirmar que el objeto del contrato del depósito mercantil (3) son, no sólo las mercaderías, sino las cosas mercantiles muebles, en general.

(1) De aquí puede deducirse el concepto legal de *mercadería* o, al menos, su cualidad de cosa mueble. En efecto, si el Código equipara los términos *objeto de la compraventa mercantil* y *mercadería*, quiere decirse que a la mercadería se aplicarán los mismos caracteres que a la cosa objeto de la compraventa mercantil. El artículo 325 dice que esta cosa ha de ser mueble; luego las mercaderías han de ser precisamente cosas muebles.

(2) De aquí la posibilidad de añadir una nueva delimitación legal al concepto de mercadería en el derecho positivo: mercaderías son las cosas muebles (v. nota anterior) que no sean dinero, ni títulos, valores, efectos o documentos. La contraposición de mercadería y efectos (efectos de comercio, es decir, títulos-valores) se advierte también en otros artículos del Código de comercio (266, 349, 350).

(3) Para evitar confusiones, conviene advertir que cuando, al hablar de objeto del contrato de depósito, se emplea esta expresión en un sentido no técnico, y, por tanto, se alude no al verdadero objeto del contrato, que es siempre la prestación del obligado (un *dar* en el caso del depósito), sino al objeto de la prestación misma (cosa que el depositario ha de restituir).

c) El último requisito para la calificación como mercantil de un contrato de depósito consiste, según el número 3 del artículo 303, en «que el depósito constituya por sí una operación mercantil o se haga como causa o a consecuencia de operaciones mercantiles».

Sólo esta última parte del requisito legal es admisible, siempre que por operación mercantil se entienda, a los efectos de la definición del artículo 303, toda operación de comercio que no consista en un depósito mercantil, porque de otro modo sería tanto como incluir el definido en la definición.

Por incurrir precisamente en una petición de principio es inadmisibile la primera parte del número 3 del artículo 303. Decir que para que el depósito sea mercantil se requiere que constituya por sí una operación mercantil, equivale a decir que el depósito es mercantil cuando es mercantil. En efecto: para saber si un depósito dado constituye operación mercantil habría que acudir al concepto de acto de comercio, en el artículo 2.º. Pero este artículo nos vuelve a enviar al articulado del Código para ver si el acto que buscamos, es decir, el depósito, está incluido en el Código. De este modo venimos a parar nuevamente al artículo 303, sin haber resuelto la cuestión.

El proyecto de reforma del libro II del Código de Comercio (*Gaceta* del día 4 de Septiembre de 1926), haciéndose cargo de este círculo vicioso, ha suprimido, con buen acuerdo, el primer inciso del requisito tercero de la definición legal del depósito mercantil, dejándola intacta en lo restante (1).

Añade, finalmente, el Código, como nota característica del depósito mercantil, que no se incluye en la definición del artículo 303 la nota de la retribución, salvo pacto expreso en contrario (artículo 304). La onerosidad del contrato, elemento típico de la contratación mercantil, se eleva así a la categoría de requisito natural

(1) De este modo el requisito tercero de la definición viene a ser casi lo mismo que el correspondiente del artículo 404 del Código de 1829. Otra innovación del proyecto respecto del Código consiste en la exigencia de que el depósito, como la promesa de constituirlo, se acrediten por cualquier forma escrituraria, aparte de conservar siempre su carácter de contrato real (artículo 292).

del convenio que se sobreentiende ante el silencio de las partes en este extremo.

6. El contenido obligacional del depósito consiste fundamentalmente en el deber de custodia que se impone al depositario. Al lado de esta obligación, y como subordinada a ella, está la de devolver la cosa cuando sea reclamada por el depositante. De este modo la ejecución de la obligación de un solo tracto—devolución de la cosa—pone fin al cumplimiento de otra de tracto sucesivo continuo—custodia.

Pero puede ocurrir que, en vez de depositarse cosas individualmente determinadas, se depositen cosas fungibles, de tal modo que el depositario adquiera su propiedad y pueda consumirlas, devolviendo al final del depósito otro tanto de la misma especie y calidad. En este caso, las líneas tradicionales que componen la figura del depósito se desdibujan y surge en su lugar la figura especial que es objeto de nuestro estudio: *el depósito irregular*.

En el depósito normal o regular el depositante sigue siendo dueño de la cosa depositada. Pues bien: la alteración de esta circunstancia, característica del contrato, determina la irregularidad del tipo que vamos a estudiar, porque en el llamado depósito irregular el depositario se hace dueño de la cosa depositada y como tal dueño puede consumirla, ejercitando una facultad que sólo al propietario corresponde.

Si queremos inducir de la figura del depósito irregular el concepto de los contratos irregulares en general, diremos con Coppazuccari (1) que en ellos la irregularidad está constituida por la exclusión o la modificación de un elemento no esencial ni determinante, pero característico del contrato.

No se trata de la modificación o exclusión de un elemento esencial, porque ello implicaría o la inexistencia de todo contrato, si fuere de los requisitos esenciales a los contratos en general (2), o la del contrato en cuestión, cuando reuniendo los requisitos necesarios a todo contrato le faltase alguno de los especiales exigidos por aquella determinada figura contractual (v. gr., la ausencia

(1) *Il deposito irregolare*, Módena, 1901, página 71.—Coppa-Zuccari reproduce en este punto la teoría iniciada por Mülhäuser: *Umfang und Geltung des depositum irregulare*.

(2) En nuestra legislación, los del artículo 1.261 del Código civil.



del precio en la compraventa produce la inexistencia del contrato como tal contrato de compraventa).

Tampoco se trata de un elemento cualquiera del contrato (1), ya que éstos pueden ser anulados o modificados por las partes en virtud del principio de la libertad de pactos, sin mengua de la fisonomía corriente del contrato. Ha de ser precisamente un elemento ni indiferente ni esencial, pero sí característico del contrato, es decir, de aquéllos que deben ser sobreentendidos en la figura normal de aquel contrato. Cuando uno de estos elementos es eliminado o modificado por la voluntad de los contratantes, el contrato en cuestión, sin perder su *nomen juris*, se convierte en irregular.

Así, en efecto, vemos que el arrendamiento, la prenda y el depósito se caracterizan porque la cosa que se transmite no pasa a la propiedad del *accipiens*, sino que éste se limita a ejercer un simple derecho de disfrute, o de uso, o una posesión con fines de garantía o de custodia. Pues bien: cuando este elemento, característico de tales figuras jurídicas, viene excluido por la voluntad de los interesados o por la misma naturaleza de las cosas (*quarum usum in abusum consistit*), y el *accipiens*, en vez de poseedor, se convierte en propietario de la cosa transmitida, y, en consecuencia, tiene la obligación de restituirla no *in individuo*, sino *in genere*, la relación jurídica fundamental no se destruye, pero surgen esos tipos intermedios, de rasgos no bien definidos, que se llaman arrendamiento, prenda o depósito *irregulares* (2). Tenemos, pues, que

(1) Como opina Glück, *Comentario a las Pandectas*, XVI, § 940. Así dice (página 299) que «las formas del *depositum irregulare* pueden ser tantas cuantas son las diversas modificaciones que mediante un pacto pueden llevarse al *naturalia depositi*».

(2) La denominación de arrendamiento irregular no es muy corriente entre los autores; mas todos ellos admiten esta forma especial que rebasa el contenido normal del arriendo. Ya Alfeno, en el texto comentado al principio del siguiente capítulo, nos muestra la posibilidad de una doble figura de *locatio operis*. Una, la normal, cuando se devuelve *idem*, como si se entregan vestidos a un batán para que los apreste, y otra, la anormal o irregular, cuando se ha de devolver el mismo género, y no precisamente la misma cosa, como si se confía plata pura a un artífice para que haga vasos u oro para que haga anillos. En un caso de esta naturaleza pasa la propiedad de la cosa al arrendador, o, como dice Alfeno: *In creditum iri*.

Ahora bien: este tránsito de la propiedad—que tiene lugar tanto en el caso

la diferencia fundamental entre depósito regular y depósito irregular consiste en la distinta atribución de propiedad de la cosa depositada. En el depósito normal, el depositante conserva la propiedad de las cosas depositadas, las cuales deben ser devueltas *in individuo*. Así aparece claramente en el artículo 1.758 de nuestro Código civil, que caracteriza el depósito—se entiende, claro es, el depósito regular—, diciendo que se constituye desde que uno recibe la cosa ajena con la obligación de guardarla y de restituirla. Por parte del depositario no hay, pues, más que una tenencia de esa cosa, que sigue siendo ajena, con fines de custodia hasta que llegue el momento de restituirla. En el depósito irregular, por el

presentado por Alfeno de *locatio operis* como en la *locatio rerum* cuando se trata de cosas que no pueden ser usadas sin ser consumidas—es propio de la venta y no del arriendo, cuyo fin es la entrega de la cosa para usarla y sacar provecho de ella, o para realizar con ella la obra convenida sin que tenga lugar la transmisión de la propiedad, por larga que sea la duración pactada en el contrato. Por ello las cosas consumibles—fuera del caso en que sean tratadas como no consumibles—no pueden ser objeto de un arrendamiento propio. Mas como en la práctica se dan en arrendamiento cosas consumibles, y la intención de las partes es la de constituir un arrendamiento y no otro contrato, preciso es admitir una figura especial de arrendamiento en la cual falte el requisito característico de este contrato, es a saber: la permanencia de la propiedad del objeto en la persona del arrendador si del arrendamiento de cosas se trata, o en la del arrendatario si se trata de arrendamiento de obra cuando se suministra el material. La nota distintiva del arrendamiento irregular está, pues, en la transferencia de la propiedad. V. Scialoja, artículo publicado en el *Foro Italiano*, 1883, coll. 705 y sig., y Abello, *Trattato della locazione*, vol. I, pág. 158.

b) Otro tanto ocurre con la prenda irregular, cuya característica también se encuentra en el paso de la propiedad de la cosa al acreedor pignoraticio.

En efecto, en la prenda sobre moneda—que es el tipo más corriente de prenda irregular—la cosa dada en prenda por su extrema fungibilidad se confunde inmediatamente en el patrimonio del acreedor pignoraticio, y, por tanto, no es posible que coexistan separadamente la propiedad del pignorante y la prenda sobre la misma moneda pignorada. De aquí la irregularidad de esta prenda, comparada con la figura normal, en que el deudor principal entrega con intención de mantener la propiedad sobre la cosa pignorada, y con igual ánimo la recibe el acreedor. En la prenda irregular se sustituye, pues, el derecho de propiedad del pignorante por un derecho de crédito contra el acreedor pignoraticio (*in creditum iuri*) por cuanto, llegado el momento de restituir la prenda, no se devuelven las mismas monedas, sino su equivalente.

contrario, la naturaleza fungible de la cosa depositada—cuando se entrega como tal cosa fungible—no admite la coexistencia en esa cosa de un derecho de propiedad del depositante y un derecho de consumo del depositario, como consecuencia de la facultad que se le concede de devolver otras cosas de la misma especie y calidad. El depositario, desde el momento en que puede usar la cosa consumiéndola (*usum in abusum consistit*), se hace propietario de ella y soporta el riesgo y el peligro como tal propietario deudor de *tantundem*.

Tal es, en síntesis, la fisonomía del depósito irregular. Más adelante insistiremos en este punto, analizando detenidamente su naturaleza jurídica. Ahora, una vez alcanzado el fin de esta Introducción, hemos de seguir el plan propuesto, mostrando cómo ha aparecido esta figura especial del depósito en la historia del Derecho y cómo se ha desenvuelto hasta llegar a las legislaciones modernas.

Este estudio histórico nos servirá para que podamos advertir, a través del tiempo, la existencia propia e independiente del depósito irregular, como institución que responde a una necesidad real, y la satisface, sin identificarse con ningún otro contrato por muy similar que éste sea, y a la vez nos suministrará el mejor argumento contra quienes no ven más que un mutuo en el depósito de cosas fungibles.

## II

# DERECHO ROMANO

## CAPITULO PRIMERO

### DOCTRINA GENERAL SOBRE DEPÓSITO IRREGULAR

7. Falta de una especial denominación. Analogías con el mutuo.—8. Diferencias entre ambos contratos.—9. El depósito irregular en las fuentes: texto de Alfeno.—10. Posibilidad de exigir intereses moratorios: texto de Papiniano. Interpretación de Dedekind y Schaffrath.—11. Texto de Paulo sobre el pago de intereses convencionales.—12. Los intereses como compensación del uso.—13. Interpretación de la opinión de Papiniano expresada en la ley 24.

Dig.—14. Transformación del depósito irregular en un mutuo: eficacia del *animus*. Textos de Ulpiano.—15. Conclusión.

7. Empecemos por advertir que la denominación *'depositum irregulare* fué totalmente desconocida en el Derecho romano. Tal expresión se encuentra por vez primera en un postglosador del siglo xv, llamado *Jason de Maino*. Mas esto no quiere decir que en Derecho romano se desconociese la figura jurídica del depósito irregular, la cual aparece perfectamente delineada en las fuentes, como hemos de ver en seguida.

En efecto: ocurrió que, a medida que el sistema fué perdiendo el rigorismo primitivo, se iban admitiendo en las figuras contractuales típicas ciertas modificaciones, demandadas por las necesidades de la vida diaria, que hacían más flexible y adaptable a las circunstancias la ordenación jurídica peculiar a cada contrato. Esto fué lo que sucedió con el depósito al admitirse la posibilidad de confiar a la custodia ajena sumas de dinero, consideradas en su unidad total, y no en la individualidad de cada una de las monedas. Si analizamos un acto de esta naturaleza, veremos que por su carácter fundamental es manifiestamente un depósito, ya que lo que en esencia se quiere no es sino poner nuestro dinero bajo la custodia ajena para su mayor seguridad (1). Mas es lo cierto que, al adoptar el depósito esta nueva modalidad, los contornos de la figura se aproximan a los del mutuo. Tan es así que desde el Derecho romano se ha venido discutiendo si en realidad se trata de un depósito o de un mutuo, y, a fines del pasado siglo, Niemayer hace un último esfuerzo para encajar la figura especial, objeto de nuestro estudio, en los moldes clásicos del contrato de mutuo (2).

Circunscribiéndonos ahora al Derecho romano, examinaremos en primer lugar las diferencias que separan al depósito irregular del mutuo, lo cual nos mostrará la dificultad de esa pretendida identificación entre ambas instituciones, y en segundo término citaremos los textos del Digesto, denotadores de la existencia del

(1) Vangerow, *Pandekten*, III, p. 416.

(2) Niemayer, *Depositum irregulare*.—Halle, 1889, p. 78: «Das regelwidrige *depositum* des römischen Rechts hat keinen juristischen Körper. Es hat den Namen des *depositum*. Es ist Darlehen.» Cit. por Coppa-Zuccari, op. cit.

*depositum irregulare* en la vida jurídica de los romanos, y que la generalidad de los autores aduce y comenta. Esto nos permitirá presentar las cuestiones planteadas por los romanistas acerca de tan discutida institución.

Externamente, el depósito irregular es análogo al mutuo. Como en éste, el *accipiens* se convierte en propietario del dinero confiado y asume, por tanto, el riesgo (1). Pero fuera de estas fundamentales coincidencias, en los restantes aspectos el depósito irregular aparece como un verdadero depósito, que debe ser sometido a las normas de esta institución.

8. Las diferencias entre mutuo y depósito irregular que señalan la generalidad de los autores son los siguientes (2): a) En primer lugar, la intención de los contratantes es fundamentalmente distinta: el mutuo se pacta en interés del mutuuario (*accipiens*), y el depósito, y, por tanto el depósito irregular, en interés del depositante (*tradens*) que desea ahorrarse las molestias que ocasiona la guarda de una suma de dinero, la cual, sin embargo, queda siempre a su disposición en casa del depositario. b) La función económica es también diversa, puesto que aquí se trata de un depósito de fondos hecho por un particular en casa de un capitalista, en vez de ser un préstamo recibido por un particular de manos de un capitalista. c) El mutuo es, por excepción entre los contratos reales, un *negotium stricti juris*; por el contrario, el depósito es un *negotium bonae fidei* (3).

Las consecuencias de esta distinta naturaleza son las siguientes:

a) A diferencia del mutuo, en el depósito podían ser exigidos intereses en el caso de demora. b) Los intereses, en general, pueden ser convenidos por medio de un simple *pactum adjectum* (4), mien-

(1) V. Vangerow, ob. cit., pág. cit.—Dernburg, *Pand.*, pág. 93.—Windscheid, ob. cit., pág. 379.

(2) V., por ejemplo, Vangerow, ob. cit., pág. cit.—Dernburg, ob. cit., página 378, nota 3.—Windscheid, pág. 63, nota 5.—Girard, *Manuel élémentaire de Droit romain*, París, 1918, pág. 541.

(3) Sobre diferencia entre una y otra clase de contratos, v. Girard, ob. citada, págs. 442 y 447.

(4) Claro es que un pacto referente a los intereses normales, es decir, a la siempre *usura*, en el sentido romano de precio del uso, no se concibe más

tras que, como es sabido, en el mutuo era siempre necesaria una *stipulatio*, y aun se discute si pueden ser exigidos intereses, aun sin convención especial, cuando el depositario obtiene el mismo interés o saca cualquier otra ventaja por el uso del dinero recibido, teniendo en cuenta que se trata de un contrato de buena fe (1). Esta ventaja, tan importante desde el punto de vista de la vida del comercio, que el depósito tiene sobre el mutuo, de la facilidad de obtener intereses de la suma entregada, explica perfectamente el que los jurisconsultos romanos favorecieran en muchos casos esta forma de contrato con preferencia al de mutuo, y es, sin duda, también la causa de que perdurase el depósito irregular como tal depósito, y no como préstamo, a través de la Edad Media, cuando se trataba de eludir, mediante todas las combinaciones posibles, las disposiciones de la Iglesia encaminadas a suprimir la usura.

d) La acción para pedir la devolución de la cosa no es la *conditio certi ex mutuo*, sino la *actio depositi directa*, que, por tratarse de acción infamante, protege mejor al *tradens* en el depósito que en el mutuo. Por otra parte, esta acción no podía ser detenida: a), ni por la *exceptio compensationis*; b), ni por la *exceptio non numerata pecuniae*; c), ni por la *exceptio S. C. Macedoniani*; d), ni por el *ius retentionis*, y, por último, e), gozaba, cuando se había estipulado intereses, de un *privilegium exigendi* en el concurso del depositario.

e) El depositario podía a su arbitrio elegir el momento de la devolución de la suma depositada (*quoe quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo*, dice la ley 24 D. de depts.).

9. La posibilidad de una figura irregular de depósito, del mismo modo que al lado del arrendamiento regular hay un arrendamiento irregular, aparece claramente evidenciada en el texto de *Alfeno* que vamos a copiar. El caso es éste: varias personas habían cargado, confundiéndolo entre sí, trigo de su propiedad en

que en el depósito irregular, porque en el regular no se permite el uso de las cosas depositadas, y falta, por tanto, el supuesto de uso lucrativo.

(1) Vangerow, ob. cit., pág. cit., admite esta posibilidad.—Windscheid, ob. cit., nota 2, se opone a esta conclusión, que, según él, no está justificada por la esencia del acto, porque aquí precisamente el *accipiens* asume el riesgo.

la nave de *Sanfeius*. *Sanfeius* había devuelto trigo a uno de los cargadores, tomándolo del montón común (1) y luego pereció el navío. Se pregunta si los otros podían intentar contra el patrón de la nave la acción de cargamento sustraído (*nauta agere possunt oneris aversi actione*) por su parte de trigo. «Respondit, rerum locatarum duo genera esse, ut aut idem redderetur sicuti quum vestimenta fulloni curanda locarentur, aut ejusdem generis redderetur, veluti quum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut annuli; ex superiore causa rem domini manere, ex posteriore in creditum iri. *Idem juris esse in deposito; nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clausam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi tantundem pecuniae solvere.* (L. 31, D. loc. cond., 19, 2).

Claramente se deduce de este texto que cuando se deposita dinero contado y no cerrado ni sellado, se transfiere la propiedad al depositario, y éste queda solamente obligado a la devolución de una igual cantidad, a pesar de lo cual se trata de un verdadero depósito. Así como existe *duo genera locatarum rerum* y uno de ellos sigue siendo en lo esencial *locatio conductio*, a pesar de la transferencia de propiedad, así también existen *duo genera depositarum rerum*, y el acto no deja de ser depósito aun cuando la propiedad se transfiera al despositario.

Una doble enseñanza brota de este texto. En primer lugar, encontramos confirmado el rasgo distintivo que en la Introducción asignábamos al depósito irregular, que es, a saber: la transmisión de la propiedad de la cosa al depositario, desde el momento en que éste puede restituir, no las mismas cosas depositadas, sino otras de la misma especie y cantidad. No otra cosa significa la frase *in creditum iri* que *Alfeno* aplica al caso del arrendamiento irregular, pero que refiere también al depósito irregular cuando añade «*Idem juris esse in depositum...*» En estos dos casos, con efecto, al convertirse el *accipiens* en propietario de la cosa que recibe, el *tradens* transforma su derecho de propiedad sobre las mismas cosas entregadas en un derecho de crédito sobre *tantundem*. De modo

(1) Después veremos cómo en el Derecho alemán moderno este supuesto no se incluye en la figura del depósito irregular.

que así como en el caso normal de locación o de depósito *rem domini manere*, en el supuesto de la locación o del depósito irregulares *in creditum iri*, es decir, el propietario deviene acreedor.

En segundo término, este texto de Alfeno nos enseña que existe depósito irregular por el solo hecho de depositar en casa de alguien dinero contado (*numerata pecunia*) y sin cerrar ni sellar (*neque clausa neque obsignata*). Sin embargo, esta doctrina, acogida por gran número de autores (1), aparece contradicha en un famoso texto de Papiniano, que luego examinaremos, en el cual este jurisconsulto, con ocasión de un caso de *pecunia numerata* dada en depósito, presenta la doble hipótesis del depósito regular y del irregular, o sea aquel que *egreditur depositi notissimos terminos*.

JOAQUÍN GARRIGUES Y DÍAZ-CAÑABATE,

Catedrático de Derecho Mercantil en la Universidad Central.

(Continuará.)

(1) Así, Valett, Seuffert, Vangerow, Dernburg, Sintenís, Wächter, Arndts, Swebpe, Neustetel, Wening, Ingenheim, Mülhauser.



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

Al verme honrado con la invitación que me hace el «Instituto de Estudios Legislativos de Roma», para que exponga mi opinión sobre el libro primero del proyecto de Reforma del Código civil de Italia, cúpleme dar gracias muy expresivas por tan singular atención, y al mismo tiempo felicitar muy sinceramente a tan importante organismo, que tanto se preocupa del movimiento legislativo actual, y que no menos contribuye al progreso y desarrollo de la ciencia jurídica al pedir opinión a los profesores extranjeros sobre la reforma proyectada, porque, aun cuando Italia tiene jurisconsultos eminentes y la Comisión encargada de la reforma está integrada por personas de reconocida autoridad en el mundo del derecho, no está de más conocer criterios diversos y aun opuestos a los del proyecto, que puedan servir para perfeccionar, si cabe, la obra legislativa.

Todas las garantías que se tomen para alcanzar este fin, me parecen pocas, tratándose de una obra tan trascendental e impor-

(1) El proyecto a que se refiere este trabajo, que ha sido redactado por una Comisión de la que forman parte ilustres jurisconsultos italianos bajo la presidencia del sabio profesor Victoriano Scialoja, fué presentado al Gobierno en 1930 e impreso en 1931. El Instituto de Estudios Legislativos de Roma solicitó la opinión de nuestro ilustre colaborador, y el señor Valverde, atendiendo las indicaciones del Secretario del mismo Instituto, hizo un artículo comparativo, breve e imparcial de la reforma, con referencia al derecho español vigente antes de haber sido aprobada la Constitución de la República.

tante como lo es un Código civil, que reglamenta los actos más importantes de la vida del hombre desde que nace hasta que muere, y que regula las instituciones más fundamentales de la convivencia humana. Por eso yo he creído un deber responder a tan honroso requerimiento, aun abrigando la sospecha de que mi parecer ha de valer poco; pero me daré por satisfecho si con mi leal saber y entender contribuyo a apuntar alguna idea o indicación aprovechable.

\* \* \*

De la simple lectura del proyecto de reforma se saca la impresión de prudencia y ponderación con que ha procedido la Comisión, y esto es siempre plausible, porque la naturaleza especial de las relaciones jurídicas de un código civil no permite proceder de otro modo.

La vida no camina a saltos, y menos en los actos y relaciones privadas del hombre, y por eso los radicalismos legislativos en derecho civil son siempre peligrosos; llevados a la práctica chocan con las costumbres de los pueblos, y los preceptos o caen en desuso o son inaplicables. La evolución gradual y progresiva del derecho civil es una regla sacada de la propia realidad, y la Comisión la ha tenido en cuenta para proyectar la reforma. No quiero decir con esto que el derecho civil permanezca inalterable y estacionario, lo que digo es que el ritmo no puede ser en esta rama de la ciencia jurídica tan acelerado como puede ser en el derecho público, y esto es precisamente lo que se hace en el proyecto: recoger las tendencias y orientaciones de la doctrina científica moderna, para incorporar las que sean de posible adaptación a la vida social de Italia; huir de radicalismos y extremismos peligrosos e introducir en el nuevo texto las enseñanzas de la Jurisprudencia italiana, para llenar las lagunas y perfeccionar los preceptos del vigente Código civil. Quizá a algunos civilistas innovadores parezca el proyecto de reforma excesivamente conservador, y hasta se tachará de reaccionario en algunas instituciones; pero la índole especial de las materias que comprende el libro primero, y en especial las del derecho de familia, no permiten, si la reforma ha de ser beneficiosa y no ha de producir estragos inevitables, abrir cauces que trastornen los fundamentos en que ha de descansar siem-

pre la vida familiar. El proyecto no rompe, y hace bien, con el espíritu jurídico tradicional, no olvida que Italia es un pueblo latino, que, como todos, y acaso más que ninguno, recibió la influencia del derecho romano, y, por tanto, que, salvando las diferencias del tiempo, la base fundamental del código nuevo ha de ser la legislación civil de Roma, con las naturales innovaciones y reformas que las circunstancias del momento aconsejen. Por algunos extremistas se le tachará seguramente de individualista y excesivamente romanizado y conservador; pero esta nota no puede ser dada sino por los que conocen bien la vida social del pueblo italiano, y claro es que nadie la conoce tan a la perfección como los ilustres juristas que la han hecho.

Otra cosa es de aplaudir en el proyecto: la claridad, sencillez y precisión de los preceptos; circunstancias que son muy necesarias en toda obra legislativa, no sólo porque ello facilita el conocimiento de la ley a toda clase de personas, sino porque es más perfecta y uniforme la labor de la jurisprudencia. Sigue el proyecto el plan de exposición de materias del Código italiano y del español, con alguna modificación importante merecedora de encomio, como es el llevar al libro primero el derecho patrimonial de la familia; pero yo no puedo aplaudir, sino censurar, la distribución de materias de ese plan romanofrancés, que aun cuando sea tradicional de los países latinos, estimo que es muy inferior al plan alemán, que inició Savigny y que acepta el Código de Alemania. No es momento ni ocasión de comparar ambos planes; pero sí digo que, para mí, la parte general es tan necesaria, y los cuatro grandes grupos de relaciones jurídicociviles, desenvueltas por el orden que el referido plan requiere, forman un conjunto tan armónico y tan lógico, que le dan evidente superioridad sobre el plan justiniano. Quizás yo sea extremado en mi opinión por adoptarle en mi tratado de derecho civil; pero no me ciega la pasión si afirmo que veo palpablemente sus buenos resultados en la enseñanza de mi cátedra, y el Gobierno de la República así lo cree también, puesto que en el plan de estudios de la Facultad de Derecho le acepta íntegramente.

Antes de reglamentar el proyecto el libro primero establece disposiciones sobre la publicación, interpretación y aplicación de la ley en general, que suelen encuadrar los códigos civiles en el título preliminar, y es cosa extraña que dichos preceptos se consignen en los códigos civiles modernos, siendo así que se refieren a la ley, en general, la mayor parte de ellos, es decir, que son de aplicación a toda clase de leyes, civiles, penales, etc., por lo que más bien debían ser objeto de una ley separada de los códigos civiles, ya que no se refieren a leyes civiles solamente. En el proyecto que anunciamos se contienen las citadas disposiciones y se incluyen las reglas para resolver los conflictos de las leyes, o sean los efectos de la ley, en cuanto al espacio, con tal extensión y minuciosidad que es un casi total contenido del derecho internacional privado en materia civil, cosa que aplaudo, porque se sale de la rutina de otros códigos, como el nuestro, que se limita a consignar los tres estatutos, quedando muy deficiente esta materia, al no establecer preceptos aplicables a varias relaciones jurídicas que el proyecto regula con precisión. En cambio encuentro deficiente el proyecto en materias tan importantes como las fuentes del derecho y la interpretación.

Partidaria la Comisión, según dice en la «Relacione», de la opinión de Savigny, cree que interpretar una ley es averiguar y conocer el pensamiento del legislador, y yo estimo que esto no es suficiente muchas veces, si no se ha de incurrir en los excesos de lo que llama Geny interpretación legalista. En la interpretación de las leyes no basta tener en cuenta el momento de su publicación, sino el de su aplicación, y la función del Juez ha de consistir en adaptar la regla al momento en que ha de ser aplicada, porque de otro modo, con el continuo mudar de la vida, la regla se hace inservible por su falta de flexibilidad, y el derecho escrito por este camino se inmoviliza, si es que no se petrifica. Por eso estimo que es insuficiente apelar, como lo hace el proyecto, a la analogía y, en su defecto, a los principios generales del derecho, y es indispensable, como pide la doctrina científica moderna, dar a la jurisprudencia el carácter de fuente del derecho, no sólo para aplicar la ley conforme a su prudente arbitrio, sino para suplirla en caso de insuficiencia y oscuridad de la misma. Sin llegar a los radicalismos de los que propugnan la jurisprudencia libre, se debe

huir de hacer del Juez un autómatas en la aplicación de la ley, y, por consiguiente, el tribunal juzgador en su augusta función debe llegar incluso a formular la regla, en el caso de que la ley no haya podido prever siquiera el caso objeto de la controversia, por haber surgido de un hecho nuevo distinto y aun opuesto a los que sirvieron para establecer el precepto legislativo. Solamente con unos tribunales aptos y facultados para desenvolver su función en los términos antedichos, puede el derecho quedar servido, no anticuarse la ley y ser susceptible ésta de tener la elasticidad y flexibilidad, que tanta falta le hace. Así se explica también el prestigio de la jurisprudencia inglesa, que ha sabido adaptar su deficiente legislación, aun no codificada, a las necesidades de la vida real. Tampoco me parece acertado en el proyecto que no acepte la costumbre jurídica como fuente del derecho, puesto que ni siquiera llega a lo de nuestro Código, admitiendo la costumbre del lugar; porque no se puede negar que el derecho elaborado en la conciencia del pueblo es tan real y efectivo como el preceptuado por el legislador. Claro es que, para admitir la costumbre en todas sus formas como fuente de derecho, se necesita tener un concepto distinto al que tiene el proyecto sobre la misión de la jurisprudencia, porque el Juez debe estudiar si ese derecho consuetudinario lo es, efectivamente; si la costumbre reúne los elementos de fondo y de forma para que pueda considerarse como regla objetiva y, en suma, si debe merecer el respeto de fuente jurídica. En lo que ha hecho bien la Comisión es en rechazar la fórmula de que la costumbre sea fuente de derecho cuando la ley expresamente lo declare, prefiriendo omitirla, porque tal concepto de la costumbre es, a mi juicio, equivocado, por lo mismo que la costumbre vive con independencia de la ley y tiene propia y verdadera sustantividad, sin que sea razón muy fundamental para preterirla el que sea fuente vaga e incierta, al decir de la Comisión, porque hoy la doctrina científica la tiene muy bien delimitada, y no ha hecho poco en tal sentido el escritor francés Geny. Estimo, pues, que la Comisión, si no se atrevió a conceder a la costumbre el carácter de fuente principal, como lo hace el Código alemán, cuando menos debió incluirla en el proyecto como subsidiaria, según lo hace el Código, pues una cosa es que no prevalezcan contra la ley la cos-

tumbre y la práctica en contrario, y otra que pueda ser fuente supletoria de la ley.

La Comisión redactora del proyecto, formada por personas tan competentes, conoce perfectamente las corrientes científicas modernas y la legislación comparada, así como la teoría del abuso del derecho, y hay que suponer, claro es, que no ha incluido ésta en el proyecto deliberadamente.

Yo, que carezco de la autoridad necesaria para ir en contra de una Comisión tan respetable, me permito separarme de su opinión. La teoría del abuso del derecho, que es hija predilecta del principio de solidaridad social, es menester llevarla a los códigos no de una manera vaga y general, como se indica en lo preceptuado en el artículo 226 del Código alemán, sino de un modo más concreto, como lo hace el Código suizo, artículo 2.º, y más especialmente el soviético y el proyecto del código polonés, en su artículo 18, que por cierto recoge también en el referido artículo la doctrina del enriquecimiento sin causa. De no admitir esa doctrina, ya reconocida también por la jurisprudencia de varios países, especialmente la francesa, no obstante carecer el Código de Napoleón de precepto aplicable, es quedar incompleta la responsabilidad civil, que en los tiempos actuales va cambiando de eje, al ir penetrando en la ciencia jurídica la responsabilidad con base objetiva. Y no es en mí nueva esta opinión: la tengo consignada en mis obras y la expuse en mis conferencias en la Universidad de Madrid el año 1923.

CALIXTO VALVERDE,

Profesor de la Universidad de Valladolid.

(Continuará.)

# Un aspecto del proyecto de ley de Bases para la reforma agraria

## FINCAS ARRENDADAS SISTEMÁTICAMENTE. RETROACTIVIDAD.

Aunque el proyecto de Ley de Bases para la Reforma agraria redactado por el Gobierno, y que parece ser el que definitivamente se ha de leer, o se habrá leído ya en la Cámara cuando este trabajo se publique, no tenga casi semejanza con aquel primitivo, que sin haber llegado a vida legal ha causado más daños a la agricultura y al crédito territorial españoles que el más terrible de los pedriscos, no deja de ofrecer materia de discusión que en la prensa profesional, y en el Parlamento después, habrá de poner de relieve la absoluta necesidad de modificar algunas bases, de limar, y aun de suprimir, determinadas tendencias.

Nosotros queremos concretarnos ahora a examinar algunas de las situaciones que creará la aplicación de la base primera en relación con el número séptimo de la sexta.

Dicha base primera es como sigue :

«La presente ley empezará a regir el día de su publicación en la *Gaceta de Madrid*. Esto no obstante, las situaciones jurídicas particulares relativas a la propiedad rústica que se hubiesen creado voluntariamente desde 14 de Abril de 1931 hasta el momento de la publicación de esta ley, se tendrán por no constituidas, a los efectos de la misma, en cuanto se opongan, de cualquier modo, a la plena efectividad de sus preceptos.

Los interesados podrán, en todo caso, interponer recurso ante la Junta Central de Reforma Agraria, alegando lo que más convenga a su derecho, y la Junta, antes de autorizar los asentamientos, apreciará libremente las pruebas que se aduzcan y decretará sin ulterior recurso si procede o no la aplicación del principio de retroactividad. No se admitirá, sin embargo, reclamación alguna que afecte a la devolución de lo satisfecho por Timbre y Derechos reales.

Dentro del concepto de situaciones jurídicas voluntariamente «creadas no se incluirán las operaciones del Banco Hipotecario, Crédito Agrícola y otras entidades oficiales y similares, las particiones de herencia y las de bienes poseídos en «pro indiviso», ni las liquidaciones y divisiones de bienes de Sociedades por haber finalizado el plazo estipulado al constituirse.»

A su vez, el número séptimo de la base sexta dice así:

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

Como se ve, el precepto que antecede no establece otra excepción que la de las fincas que pertenezcan a menores o incapacitados, sin que esté tampoco comprendido en ninguna de las que señala la base séptima.

Siendo esto así, ¿ese número séptimo de la base sexta quiere decir que son expropiables todas las fincas sistemáticamente arrendadas por doce o más años, cualesquiera que sean su clase o su cabida? Parece indudable, y, siéndolo, tal precepto constituye, a nuestro juicio, un notorio error. Las fincas pequeñas, que son las que dan mayor materia de contratación, no pueden servir para asentar a ninguna familia, y si no llenan ese objeto, no le tiene el que el Estado las expropie, pues tampoco parece natural que se hagan los asentamientos sobre fincas diseminadas. El jornalero asentado no es como el arrendamiento, que puede llevar varias en arriendo, cultivando a veces las suyas propias, aunque estén sitas en distintos pagos, porque tiene capital y aperos y ganados de que no disfruta aquél.

¿En qué forma puede asentarse una familia sobre fincas de dos o tres áreas, y aun menos, tan corrientes en muchas provincias españolas? ¿Qué fin se persigue con privar de ellas a sus propietarios? Sospechamos que no se ha pensado bastante sobre este punto concreto y creemos que convendría, de mantener ese apartado de la base sexta, fijar un mínimo de cabida de fincas para llevar a efecto la expropiación.

Pero con esta cuestión se enlaza otra que le iguala en interés y en importancia. Esa enemiga contra el arrendador sistemático, supone que todo hombre cuyas actividades sean incompatibles con



el cultivo directo de la tierra, no puede ser dueño de ninguna porción de ésta. El abogado, el médico, el ingeniero, el industrial, el comerciante, y cuantos en fin actúen en otras disciplinas, no serán propietarios rústicos, aunque los bienes los hayan heredado de sus padres, aunque sean producto de su trabajo. Es una exclusión del derecho a la propiedad territorial que no ha previsto la Constitución, y que privará a la agricultura de aportaciones y sostenes de importancia, pues ya nadie podrá llevar a ella los ahorros obtenidos en otras actividades, si no le es posible abandonar éstas para directamente cultivar.

Es de advertir que los efectos de ese apartado séptimo se retrotraen, en virtud de la base primera, a la fecha de 14 de Abril de 1931, es decir, al día de la proclamación de la República, a pesar de que la publicación del primer proyecto de reforma agraria es muy posterior. Se anulan, por tanto, actos y contratos cuyos otorgantes no tenían, al celebrarlos, siquiera idea de que pudieran ser anulables, y como exceptuadas las situaciones jurídicas a que alude el párrafo tercero de la base primera, no quedan con efecto retroactivo otras que las creadas por los particulares y las entidades no oficiales por actos intervivos (compraventa, permutas, hipotecas, etc.), todos los contratos de esta índole sobre fincas que estuvieran arrendadas por doce años o más, otorgados desde aquella fecha, quedarán nulos de derecho a la publicación de la ley. De modo que los propietarios que teniendo fincas en tales condiciones, se hayan decidido a enajenarlas después de la repetida fecha, bien porque encontraran compradores en condiciones favorables, bien porque, en vista de la marcha de los acontecimientos, hayan querido colocar su dinero en otra forma que no les proporcione trastornos ni quebrantos de cabeza y que les permita la atención tranquila a sus habituales actividades, ahora, cual si fueran reos de un delito, se les anulan los contratos celebrados, con el perjuicio consiguiente, que puede llegar a la ruina, dándoles sólo la esperanza de que el Estado les indemnizará en la manera condicionada y precaria que señala la ley.

¿Por qué esa excepción única en favor de los menores e incapacitados? Estos no pueden labrar directamente, claro está, pero el que tiene un cargo público, o vive de una profesión liberal, o ejerce el comercio, o la industria, lejos del sitio en que radican

las fincas, no puede tampoco cultivarlas por sí, y es lógico que si no se quiere que se exploten por arrendatarios, no se les impida que puedan venderlas. El Estado no permite que todos esos ciudadanos posean tierras; muy bien, que lo diga así; pero en vez de anular los contratos realizados para su gravamen o enajenación, dé a los dueños toda clase de facilidades para que las tierras pasen a manos de cultivadores directos, sin acudir a la expropiación sino en último caso, ni menos dar a la ley efecto retroactivo, pues la enajenación directa será mucho más útil para la economía nacional que el que el Estado se incaute de predios pequeños, inútiles en su mayoría para el fin que se proponen conseguir.

En atención a esto, y aun en el supuesto de que estas Bases prosperen, ¿por qué, como antes indicábamos, no se señala un límite sólo a partir del cual pueda tener lugar la expropiación en el caso repetido del número 7.º de la base 6.ª? Ese límite, si parece mucho el del número 10 de la propia base, podría muy bien reducirse a la mitad. De este modo quedarían fuera de la expropiación en este caso, como debieran quedar en todos, las fincas de pequeña cabida, que constituyen la base de contratación entre los terratenientes de mediana fortuna, y aquellos de que el Estado se incautara serían las de extensión suficiente al objeto de asentamiento de campesinos. Todo ello, claro está, sin ese efecto retroactivo anárquico, antijurídico y perturbador que se proyecta.

El último inciso del párrafo 2.º de la base 1.ª es de un efecto moral desastroso. Aunque estemos muy acostumbrados a que el Estado, que castiga o debe castigar las menores infracciones legales realizadas por los ciudadanos, dé un ejemplo sumamente pernicioso de cómo entiende los preceptos de la ética en cuanto se trata de recaudar o de devolver lo abusivamente percibido, ese precepto nos llama necesariamente la atención, porque demuestra que ese Estado, que quiere en esta ley sacrificar no pocos intereses, no está dispuesto en forma alguna a prescindir de los suyos. Porque si anula un contrato legalmente celebrado y consumado y lo anula por su propia voluntad y conveniencia, contra la conveniencia y la voluntad de los contratantes, lo menos que puede hacer es devolver a éstos lo que les cobró (timbre y derechos reales) para dar eficacia legal a una concesión a la que se le niega después.

El párrafo a que aludimos, que dice textualmente: «No se ad-

mitirá, sin embargo, reclamación alguna que afecte a la devolución de lo satisfecho por timbre y derechos reales», es merecedor de toda censura. Es más importante para el Estado rodear sus actos de suprema justicia que tener en sus arcas unas cuantas pesetas más.

Hay que confiar en que la abundante literatura producida en estos últimos meses sobre la Reforma agraria y la amplia discusión a que en la Cámara ha de dar lugar el referido proyecto, remedien los defectos a que se alude en este modesto trabajo, y otros que seguramente irán sacando a luz los publicistas más competentes en la materia.

JULIÁN ABEJÓN.

## BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO

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

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

CAJA DE AHORROS

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

Sucursales en España y Marruecos

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

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

CONSIGNACIONES A VENCIMIENTO FIJO

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

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

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

# LA MEMORIA DE ESTE AÑO

## EL LLAMADO DERECHO DE OPCION

### I

#### NOMENCLATURA

La circunstancia de que, al referirnos a las relaciones jurídicas que vamos a estudiar, no nos atrevamos a incluirlas francamente bajo la rúbrica *derecho de opción*, indica ya cuán poco seguros estamos de la terminología.

No es tan grande, sin embargo, el atrevimiento, como podría deducirse de las siguientes palabras de un especialista en la materia : «La terminología jurídica no conoce la palabra *opción* ; esta palabra no figura en nuestro Código. Semeja a un bárbaro que se haya introducido en la ciudad, a un peregrino de la Roma imperial que tiene el *jus commercii* y reclama la cualidad de ciudadano» (1).

Gayoso, en unos estudios sobre el contrato de compraventa (2), recuerda que el Derecho romano hablaba ya de opción en el sentido de elección ; tal la *optio servi*, la *optio tutoris*, en la antigua tutela perpetua de las mujeres ; *tutor optivus*, a distinción del *dativo* que se nombraba en testamento, el legado de opción...

En el Derecho internacional también es corriente el empleo del término *jus optionis* para designar la facultad que se reserva a los habitantes de un territorio cedido por un Estado a otro, de conservar su antigua ciudadanía. En la Argentina se denomina

(1) Nigon, *Les options en matière immobilière*. Pierre Bossuet. París, 1931.

(2) Publicados en los números 164 y 165 de la *Revista de Derecho Privado*, pág. 203.

derecho de opción la facultad que el heredero tiene de aceptar o repudiar la herencia.

Aunque pocas veces, los alemanes usan la palabra *optionsrecht* con el significado de facultad electiva; por ejemplo, cuando la oferta contractual no puede ser objeto de una aceptación simple, por llevar envuelta una alternativa, y el *oblato*, como dicen ellos, ha de escoger antes de cerrar el contrato. En los autores austriacos encontramos los términos *option*, *optionsvertrag* y *optionsrecht*.

Opción es la libertad o facultad de elegir y también la elección misma, según la Academia de la Lengua, a quien sigue Ossorio en el primer boceto de una monografía jurídica sobre el asunto que haya visto la luz en idioma castellano (1).

Más que elección, replica Gayoso, significa en este caso aspiración o pretensión; el titular no se dice que tiene opción entre quedarse o no con tal mina, sino *opción*, pretensión jurídica *sobre o a ella*. Son dos aspectos de la misma figura: la manifestación de voluntad del que elige se refiere *ad rem* y provocará relaciones jurídicas que sujetarán con mayor o menor energía las cosas a su patrimonio o al de un tercero. De aquí que la intuición popular no vea sólo la elección (como en el acto libre del que elige esposa), sino el derecho a dominar ciertos bienes mediante una declaración y las prestaciones consiguientes.

En el Diccionario manual que ha publicado la Academia como resumen y suplemento de la 15.<sup>a</sup> edición, aparece, a renglón seguido de las palabras transcritas, la significación siguiente: «Derecho que se tiene a un oficio, dignidad, etc.», y lo que para nosotros es más interesante una verdadera definición forense: «Convenio en que, bajo condiciones, se deja al arbitrio de una de las partes ejercitar un derecho o adquirir una cosa».

El verbo optar no sólo es de los clásicos, sino que ya se encuentra en el latín anterior a la época poética con el significado de anhelar y pedir, acaso como derivado del griego  $\sigma\pi\alpha\sigma\kappa\alpha\iota$  y emparentado con  $\sigma\pi\alpha\sigma\tau\omicron\varsigma$  = visible, y con  $\sigma\pi\alpha\sigma\omega$  = considerar.

Pero las vacilaciones de los juristas se explican por la incertidumbre del contenido del *contrato de opción* que en el mundo de

(1) *El contrato de opción*. Madrid, Rojas, 1915, pág. 25.

los negocios han introducido los agentes, comisionistas y comerciantes, más preocupados por la rapidez de los tratos y atentos a las ganancias que cuidadosos de la técnica del derecho. Así, Bonfante, en una nota sobre cierto contrato en que una parte se había reservado la facultad de adquirir varios inmuebles (*il così detto diritto di opzione*) lo llamada derecho de adquisición, de prelación o como se quiera (1). Y en una sentencia dictada recientemente por un Tribunal francés se rechazan las denominaciones de venta bajo condición suspensiva o resolutoria, a término, à *temperament*, para calificar de opción a un arrendamiento con promesa unilateral de venta.

Al sujeto activo que tiene la facultad de negociar o no negociar, de comprar o no comprar, le da el Sr. Ossorio, y en esto coincide con la Academia, aunque él lo hace *a espaldas de su Diccionario*, el nombre de *optante*. Al sujeto pasivo que, una vez concedida la opción, se cruza de brazos esperando el resultado de la decisión ajena, le llama *optatario*. Gayoso, fundándose en que el adquirente de la cosa se halla en la misma línea que el arrendatario, depositario y mandatario, no quiere denominarlo *optante*, sino *optatario* o más bien *opcionario*. Con ello no sólo se separa de los precedentes gramaticales, sino que igualmente desconoce los que se encuentran en las leyes castellanas que abandonaron el término *porfijador* para emplear el de *adoptante*, derivado de *ad-optio*, que también ignifica deseo y elección.

No dejamos de ver que, objetivando la opción, Gayoso *adopta* el término *opcionario* para designar al favorecido por la oferta, y que mientras éste no hace uso de su derecho, sólo es titular de la facultad de optar, mas a fin de evitar neologismos de dudoso gusto, le llamaremos *optante* o *aceptante*, así como *concedente* o *prominente* a la persona que se la otorga.

Por lo que se refiere a las cosas inmuebles que especialmente han de ser objeto de este estudio, los ingleses emplean el término *opción* (2) para designar las renovaciones de los arriendos (*leases*), o las *compras* o *recompras* de propiedades; los suizos vacilan en-

(1) *L'opzione nei contratti di vendita*. Riv. Dir. Conm., 28-1.

(2) An option to the renewal of a lease or for the purchase or re-purchase of property... The law of England. The Earl of Halsbury, V. 7, 414.

tre las palabras *promesse de vente*, que aparecen en el artículo 216 del Código de obligaciones, *vorverträge* (precontratos) y *kaufsrecht* (derecho de compra), en la redacción alemana, y *contratti preliminari* con que se traducen al italiano, mientras en el Código civil de 10 de Diciembre de 1907 se regula esta materia bajo la nomenclatura de *droit d'emption* (derecho de compra), *promessa di vendita*, *pactes d'emption* y *verkaufsversprechen* (promesa de venta). En Francia, la ley de 30 de Julio de 1930 ha tenido por objeto, según los especialistas, fijar el momento en que nace el ejercicio de la opción (*point de départ de la levée de l'option*), y, sin embargo, su texto, que es un párrafo añadido al artículo 1.589 del Código Napoleón, se refiere a la promesa de venta, no al contrato específico que estudiamos.

Por último, el Código civil alemán no conoce el *kaufsrecht*: en los artículos 504 al 514 desenvuelve la *preemptio* (*vorkaufsrecht*) como derecho de crédito, y en los artículos 1.094 al 1.104 la protege contra tercero; pero esta figura de líneas semejantes a nuestro tanteo, o, mejor dicho, al retracto, se distancia mucho del derecho de *opción*, aunque no falta quien los confunda (1).

## II

### S U P U E S T O S

La mera enumeración de las figuras que los autores presentan bajo la denominación de opciones nos descubrirá el amplio campo del concepto y justificará las dificultades con que tropieza el investigador que trate de precisarlo y de fijar las normas fundamentales en la materia. En la citada monografía, Ossorio presenta como formas típicas las siguientes:

Primera. *A* es cesionario de un ferrocarril. No tiene capital para construir, ni le es fácil encontrarle en las gestiones que, directamente, puede llevar a cabo. En tal situación se le presenta *B* y le dice que él cuenta con ciertas facilidades para hallar el capital preciso y está dispuesto a procurarlo, siempre que, al efecto, se le conceda *opción*; es decir, derecho exclusivo a buscarle

(1) Nigon. Op. cit., pág. 161.

durante un plazo, con la tranquilidad, hija del privilegio, de que en ese tiempo nadie, sino él, podrá ultimar el asunto, y con el aliciente de que, si tiene la fortuna de llevarle a cabo, percibirá tal comisión, participación o ganancia. *A* reflexiona lo que le conviene y da a *B* la facultad exclusiva que se le pide, señalándole las condiciones en que podrá negociar, a saber: si el dinero es prestado, en qué cuantía, por qué tiempo y a qué interés; si el dinero es por compra, en qué cuantía, en qué plazos y en qué especies; si el dinero es por constitución de Sociedad, cuál ha de ser el capital de ésta, cómo ha de formarse, cuánto, en qué fechas y especies se ha de pagar al aportador, qué misión ha de reservarse a éste en la Sociedad, etc., etc. Convenidos todos estos extremos, *A* concede la *opción* a *B* y empieza la vida del contrato. En el plazo marcado, o en el que *A* tenga a bien prorrogar, *B* halla el capital necesario en las condiciones previstas o con las modificaciones que *B* haya propuesto y *A* consentido; o, pasado ese plazo, *B* ha fracasado en sus tentativas, y, extinguido el vínculo jurídico, recobran *A* y *B* su libertad de acción.

Segunda. *C* es propietario de una mina, y falto de medios para beneficiarla, se encuentra en disposición y ánimo de venderla. *D*, propietario de otro venero del mismo mineral, tiene temor a la competencia y quiere evitar que la mina de *C* caiga en manos de capitalista más poderoso o de empresario más resuelto que su actual dueño, pues mantiene la ilusión de llegar a tener caudal suficiente para comprarla y explotarla por sí mismo o asociándose a *C*. Busca *D* un seguro de que en cierto plazo nadie, sino él mismo, pueda comprar la mina. Acércase a *C* y le propone que le dé una *opción*, es decir, un derecho exclusivo para la compra de la mina, durante tantos años, opción por la cual está dispuesto a pagar tal cantidad cada año que dure. Consiente en ello *C* y otorga a *D* la opción solicitada, conviniendo ambos el precio, especies, plazos de pago, etc., etc., en que la venta habría de realizarse. Nace ahí el contrato; mientras dura, *D* paga a *C* la cantidad estipulada, y *C* se encuentra imposibilitado de vender su mina a otra persona que no sea *D*. Al cabo del tiempo fijado, o *D* compra la mina en la forma preestablecida, o se extingue el convenio, pudiendo *C* disponer de su mina cuando y como guste.



Tercera. Se ha constituido la Sociedad *E*. Los banqueros *F* y *G* han suministrado la totalidad o la mayoría del capital. En la escritura de constitución, o en los Estatutos sociales se previene que, si se emiten obligaciones o nuevas acciones, *F* y *G* tendrán opción, es decir, privilegio exclusivo, a quedarse con ellas, en todo o en parte, al tipo de emisión o a otro mayor o menor; debiendo ejercitar esa facultad, si les conviene, al cabo de tantos o cuantos días de ser creados los valores. Si éstos llegan a nacer, la Sociedad *E* mantendrá en suspenso el lanzamiento de los mismos al mercado, hasta ver qué resuelven *F* y *G*. En el plazo convenido, éstos habrán de hacer la adquisición, y si no la hacen, la Sociedad dispondrá libremente de sus títulos.

«A veces, resume Gayoso, una persona natural o social adquiere la facultad de comprar, arrendar o exigir la aportación de una cosa o derecho (minas, fábricas, saltos de agua, joyas, valores bursátiles, acciones u obligaciones, usufructos, concesiones del Estado, etc.); otras, la de tratar su compra, arriendo o aportación, en términos que el dueño deba otorgárselos a él o a quien él designe en las condiciones fijadas, o bien admitir un préstamo gestionado por el titular de la opción, para explotarlas» (1).

Las opciones son, al menos en otros países, una operación sumamente usual, afirma Saldaña. Un arrendatario consigue de su arrendador, al tomar el arriendo, una promesa de venta. Otra aplicación: uno quiere adquirir una cosa, pero de momento no se decide hasta poder conocer bien sus condiciones, lo que requiere tiempo, como en las minas, o hasta saber si contará con capitales para la explotación. Una sociedad inmobiliaria quiere levantar edificios en un terreno cuya propiedad está fraccionada entre muchos propietarios y se hace otorgar por cada uno de éstos, separadamente, una promesa de venta, que transformará en venta firme el día en que estén reunidas todas las condiciones de su operación. Un propietario de fábrica se reserva el derecho de comprar el fundo vecino por un precio dado para poder ampliar sus establecimientos (2).

Lecomte, en un estudio publicado en la *Revue trimestrielle*

(1) Trabajo citado, pág. 202.

(2) REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, año IV, pág. 747.

*de droit civil* (1), sobre la naturaleza jurídica de las ventas a opción, examina, en primer lugar, la promesa unilateral; en segundo término, las operaciones a prima simple (que permiten al especulador inexecutar el contrato mediante el pago de la cantidad convenida), la operación a doble prima (promesa alternativa de vender o comprar a elección del acreedor), y la operación con facultad (venta firme en la que se puede reclamar el doble o triple), y, por último, las opciones bancarias (venta de títulos hasta un máximum o para su colocación).

La jurisprudencia francesa, preocupada con las parcelaciones urbanas, centra el problema de *la levée de l'option* sobre el ámbito de la promesa de venta. Alrededor de las grandes ciudades, los propietarios de terrenos los han dividido y casi pulverizado para facilitar a funcionarios modestos y obreros ahorradores la construcción de pequeñas viviendas. Con tal objeto se ha utilizado el contrato de arrendamiento con promesa de enajenación, la llamada venta a *tempérament* (con precio aplazado y facultades ejecutivas al vendedor), las locaciones con anualidades fijas y promesa de transferir al arrendatario la propiedad por el mero pago de las correspondientes a los años estipulados...

Por otra parte, las sociedades y cajas de ahorro se encargaban de adquirir grandes extensiones, de urbanizarlas y de repartirlas en lotes. El propietario les cedía el terreno en bloque o se lo arrendaba con promesa de venta, reservándose, en ocasiones, el derecho de cerrar el contrato, directamente él mismo, con los adquirentes de los pequeños lotes.

Fueron estas combinaciones, y otras más sospechosas, las que provocaron un conflicto que la ley de 30 de Julio de 1930 trata de resolver.

Según una gran corriente de opinión, la fecha de la transferencia del dominio y la de arranque del plazo de dos años para solicitar la rescisión de la venta por lesión en más de los siete doceavos del precio, sólo quedaba fijada con el pago total del mismo, y en cuanto se inició la baja del franco, los vendedores principiaron a hacer uso de un derecho fundándose en que las parcelas estaban mal tasadas. La mayoría de los Tribunales aceptó este

(1) Año 1931, núm. 3.

criterio y en el supuesto de que un contrato de arrendamiento con promesa de venta se hubiese formulado en 1913, las sentencias decidieron que era necesario valorar el inmueble, teniendo en cuenta su estado y mejoras, al realizarse en 1923 la venta propiamente dicha. Víctimas de la acción rescisoria, los obreros, asalariados y pequeños funcionarios que habían hecho lo imposible por pagar puntualmente las anualidades y valorizar las parcelas, se vieron en la alternativa de abandonarlas o pagar las cantidades diferenciales.

De aquí la modificación, o, mejor dicho, adición del artículo 1.589 del Código civil, relativo a las promesas de venta, con un párrafo de este tenor: «Si la promesa se aplica a terrenos parcelados o que van a serlo (*lotis ou à lotir*), su aceptación y la convención que resulte quedarán establecidas por un pago a cuenta del precio, sea cualquiera el nombre dado al mismo y por la toma de posesión del terreno. La fecha del convenio, aun cuando sea regularizado ulteriormente, será la del pago del *premier acompte*».

Si extendemos el concepto de *opción* a las trascendentales e internacionales de arriendo, sociedad, etc., como indican Ossorio y Gayoso, o a pactos más humildes, como el citado por Saldaña en el razonado estudio sobre «La opción y el Registro de la Propiedad» que ha visto la luz en estas columnas (1), abrimos la puerta a los llamados *precontratos* y entrarán en aluvión con el compromiso de vender (*pactum de vendendo*), el de ceder (*pactum de cedendo*), el de comprar (*pactum de emendo*), el de dar a préstamo cantidades (*pactum de mutuo dando*), el de constituir prenda o hipoteca (*pactum de pignorando*), y, en general, todas las obligaciones dirigidas a celebrar en lo futuro un contrato consensual, real, formal o literal (*pactum de contrahendo*).

Y esto sin decir nada de las ventas de barcos a opción, no alejadas del tema propuesto este año a los Registradores de la Propiedad.

### III

#### CONSTRUCCIONES JURÍDICAS

Desde los actos preliminares de un contrato típico o clásico (oferta, policitud, tratos, puntuaciones, convenios preparatorios)

(1) Año IV, pág. 737 y sig.

a la situación jurídica enfocada por las partes y amparada por la ley, hay una serie de posiciones en donde se ha intentado colocar la figura discutida de la *opción* o con cuyas normas se ha pretendido completar la doctrina a ella referente.

*Oferta mantenida.*—La proposición de contenido cierto y determinable, hecha en forma a otra persona, con ánimo de establecer un vínculo y con tal modalidad que permita al oblato o promisorio perfeccionar el nexo jurídico mediante una adhesión, simple o electiva, parece a primera vista suficiente para construir la *opción*, sin más que añadir a la primer manifestación de voluntad el requisito de la irrevocabilidad durante un plazo.

Pero ni el Código civil ni la doctrina española se han preocupado de reglamentar este período de la generación del contrato, y quien aspire a colmar tal vacío ha de plantearse, entre otros muchos, los problemas relativos a la posibilidad de la oferta irrevocable, con distinción de sus efectos obligatorios, prohibitivos, reales, ejecutivos o de mera responsabilidad; a la duración del compromiso y de la dependencia en que se halle respecto del plazo, modo o condición; a los efectos que la incapacidad, interdicción o muerte del operante produzca sobre la oferta; a los derechos del titular: aseguramiento de la prestación futura, cesión a terceras personas, expectativas, transmisión hereditaria...

Todas estas dificultades nos servirán, sin embargo, de estímulo para emprender la tarea, si no nos detuviera la consideración de que en las *opciones* no hay una simple oferta comunicada, sino un acuerdo de voluntades con ánimo de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas.

*Promesa aceptada.*—Así como los romanos colocaban en la estipulación, es decir, en la interrogación del futuro acreedor, el núcleo de la relación contractual, centraban los germanos y con ellos el derecho castellano, desde la ley única del título XVI del Ordenamiento de Alcalá hasta el famoso jesuita Luis de Molina, en su tratado *De justitia et jure*, el eje de la obligación sobre la declaración del promitente, de suerte que la aceptación quedaba en un rango subalterno y se deducía de la precedente petición del acreedor, de la mutua promesa, de los hechos realizados por el favorecido, de su conducta o de su silencio.

«El deber de mantener una promesa—repetiremos con Siegel (1)—se asemeja al de omitir algo: no retirar lo dado, no revocar lo prometido, no borrar lo escrito, no quebrantar la palabra empeñada, y esto con la particularidad de que la actuación contraria no produce efectos jurídicos.» «Al buey por el asta, y al hombre por la palabra», «la promesa del noble y honrado es dinero de contado», decían nuestros abuelos, al mismo tiempo que los juristas repetían el famoso «*pacta sunt servanda*».

Por eso resultan para nosotros innecesarias las explicaciones con que Nigon (2) trata de justificar el paso desde la famosa regla «*ex nudo pacto actio non nascitur*» del Derecho romano, a la máxima canónica «*solus consensus obligat*».

La opción dada y recibida produce una serie de relaciones jurídicas, cualesquiera que sean las condiciones y formas con que nazca o se perfeccione.

Pero ¿cuál es su contenido?

*Precontrato*.—Los pactos que, precediendo a un contrato, constituyen obligaciones dirigidas a la conclusión del mismo, se denominan por los italianos *contratti preliminari*; por los alemanes, *vorverträge*, y por los franceses, *avant-contracts*. Los romanistas habían encontrado en varios pasajes del Digesto el *pactum de contrahendo*, pero la doctrina debe sus desenvolvimientos a las observaciones del mercantilista Thöel, a los estudios de Degenkolb y Göppert y a los expositores del derecho austriaco.

La categoría no se corresponde con lo que nosotros llamamos contratos preparatorios, ni se limita a los convenios que por referirse a la celebración de un futuro contrato real (mutuo), literal (letra o cheque), formal (donación) o previo al de adhesión (concesiones a las compañías de gas, electricidad, etc.), pueden separarse netamente del convenio final, sino que comprende todos los pactos por los cuales una o varias personas se obligan a perfeccionar en lo porvenir un contrato de cualquier clase (compraventa, sociedad, etcétera).

Inútil sería desenvolver aquí las normas aplicables a su forma, acciones que engendran, ejecución judicial, transferencia de derechos subjetivos, transmisión hereditaria, subordinación a las cir-

(1) Das versprechen als verpflichtungsgrund. Berlín Vhalen, 1873. pág. 21.

(2) Op. cit., pág. 13 y sig.

cunstancias sociales y a las esperanzas de los contratantes (cláusula implícita *Rebus sic stantibus*) y extinción de las obligaciones respectivas, porque el grupo entero de los precontratos se halla en peligro o por lo menos amenazado de inclusión en los tipos contractuales corrientes (1), y aun los autores que, como Ehrenzweig, estudian con detenimiento la materia, llegan a la siguiente conclusión: no entran entre los precontratos aquellos convenios que otorgan a una parte el derecho de establecer o ampliar, mediante declaración unilateral, ciertas relaciones obligatorias, como en el supuesto de las llamadas *optionen*.

Para que todo sea desconcertante en esta materia, el civilista austriaco cita como usual y frecuente el precontrato de compraventa en que *A* se obliga a transferir a *B* una finca por precio determinado, sin que el último se halle obligado a adquirirla, y añade que, en verdad, es un precontrato, porque la finca no está vendida. El mismo padre de la criatura, Degenkolb, pone en guardia contra la confusión entre la promesa unilateral y el precontrato de venta: «Se confunde frecuentemente—dice—la obligación derivada de un precontrato con aquella en cuya virtud, por una declaración futura y unilateral del titular, llega el contrato, sin más requisitos, a su conclusión definitiva. Llámese como se quiera tal obligación y el acto de que provenga, ambos deben ser distinguidos radicalmente de la obligación de cooperar personalmente a la conclusión del contrato y del *pactum de contrahendo* que tiende a esta cooperación.» Por las mismas razones se niega Petermann a considerar como precontrato la promesa unilateral de venta y prescinde para su exposición de la literatura jurídica anterior a la segunda mitad del siglo XIX, y en especial de Pothier y Mercadé, que señalan como objeto de la promesa un *contract de vente à passer*. Las expresiones «obligarse a vender o comprar» carecen de lógica. «Sería absurdo—prosigue—comprometerse a cumplir un acto que no se puede ejecutar por sí mismo; a todo lo más, puede uno obligarse a cooperar a este acto» (2).

*Promesa de venta equivalente a venta.*—Pocas materias apa-

(1) V. en este sentido el intento de von Thur-Der Allgemeine Theil des Deutschen Burg. Recht, 2, 494.

(2) *La promesse de vente...* Lausana-Gaursin, 1921.—V. en particular los números 8, 27, 133, 137, 171 y 190.

recen en el Derecho francés tan confusas como la distinción de las promesas en unilaterales y sinalagmáticas. La forma de los contratos, las obligaciones asumidas, la mayor o menor determinación de las cláusulas, el tránsito de la propiedad, la mutación del riesgo, la repercusión del impuesto, la nomenclatura, todo se baraja y resuelve en los expositores y en la jurisprudencia y desanima al estudioso que trata de orientarse. Acaso la culpa deba ser atribuida a los glosadores, cuyas opiniones se reflejan en los juristas anteriores a Pothier.

En opinión de algunos de aquéllos (Alejandro, Jason, Mariano de Socino), si prometiese una persona obligarse a darme cosa determinada *intra certum diem*, yo puedo exigirle el pago, llegado el día, directamente, sin necesidad de formalizar nuevo pacto. Combatían esta opinión Philippo Decius, Angelus, Juan de Imola y Saliceto, porque la ejecución directa desconocía la voluntad del deudor que no había querido contraer una obligación a plazo, sino que se había comprometido a contraer una obligación cuyo cumplimiento debía serle exigido antes de condenarle a satisfacer los daños y perjuicios causados. Más tarde surgió un tercer criterio: la promesa de venta podía obligar únicamente a celebrar el contrato de compraventa, y si se negaba el consentimiento, la decisión judicial correspondiente reemplazaría a dicho contrato.

A fines del siglo xvi, D'Argentré y el presidente Fabre consideran la promesa como un contrato distinto de la venta, y Boisceau la coloca entre las convenciones que requieren un nuevo contrato para su cabal ejecución. Entonces se introdujo en la materia una distinción importante: la promesa determinada (llamada sinalagmática) que reunía las características de la venta, producía los efectos específicos de ésta; la indeterminada (denominada unilateral) debía resolverse en una indemnización de daños, caso de negarse el vendedor a llevarla a cabo. Pero, lejos de mantener esta distinción, la jurisprudencia exige el pago de los derechos feudales en la promesa unilateral y bilateral, y Ferrière formula el adagio: *promesse de vente vaut vente* para todas las promesas en que concurren los tres elementos fundamentales: consentimiento, cosa y precio.

Con algunas vacilaciones, los Parlamentos franceses confieren a la promesa unilateral determinada los efectos de la venta, y

aunque Pothier la reputa contrato válido, cuyo objeto es la conclusión de la venta futura y no la entrega de la cosa ni el pago del precio, como al discutir la ejecución prescinde del *nemo potest cogi ad factum* y declara que la sentencia judicial puede suplir la voluntad del promitente y reemplazar al contrato de venta, deja abierta la puerta a la afirmación hecha por el artículo 1.589 del Código Napoleón: la promesa de venta equivale a la venta cuando hay consentimiento recíproco de las partes sobre la cosa y el precio.

La sencillez del precepto, ¿autoriza la equiparación de las promesas unilaterales y bilaterales? Tentado se siente el lector español a no ver en sus palabras otra cosa que una doctrina paralela a la de nuestro Ordenamiento de Alcalá, y a circunscribir sus efectos a la compraventa convenida en cualquier forma por vendedor y comprador. Y este mismo alcance habría que atribuir al artículo 1.451 de nuestro Código civil, a cuyo tenor la promesa de vender o comprar, habiendo conformidad en la cosa y en el precio, dará derecho a los contratantes para reclamar recíprocamente el cumplimiento del contrato, sin conceder valor a la particularidad de que en este primer párrafo se hable de *vender o comprar*, y en el segundo, de *compra y venta*.

Pero muchos de los problemas que así parecen soslayarse reaparecerán al manifestar el promisorio su voluntad de comprar, y en especial habrán de resolverse los relativos al momento en que se ha transferido la propiedad, a la posesión intermedia, a las mejoras y deterioros, a la pérdida de la cosa, a los gravámenes constituidos, etc.

Además, queda en pie todo el primer período de la operación, o sea la situación jurídica creada con el contrato sinalagmático primitivo que engendra una obligación del promitente sin comprometer al beneficiario. Es notable que el Sr. Ossorio, que reconoce el parentesco de la opción de compra con la promesa de venta (1), sostenga a renglón seguido que no hay confusión posible entre ambas figuras, cuando los especialistas franceses no vacilan un instante en aproximarlas. «La promesa unilateral de venta —dice Nigon (2)—, conocida en la práctica bajo el nombre de opción, es un contrato por el cual una persona, llamada promitente,

(1) Op. cit., pág. 39.

(2) Op. cit., pág. 59.



se compromete a ceder a otra persona, llamada beneficiario, mediante ciertas condiciones determinadas, un bien cualquiera, sin que el beneficiario quede, por su parte, comprometido» (1).

*Pactum reservati dominii*.--Separada la compraventa *obligacional* o creadora de obligaciones, de la *real*, fundada en la transmisión de la propiedad, se han popularizado las formas de garantía que, partiendo de una venta con aplazamiento del precio, provocan la transferencia solamente cuando éste ha sido pagado. En verdad, el paso de la cosa desde el patrimonio del vendedor al del comprador no es una *necitas juris*, un requisito esencial del contrato, y de aquí el pacto de reserva de dominio, que para unos autores es un derecho de garantía; para otros, una condición jurídica (análoga al pago del precio en el derecho justiniano), y para la mayoría, una condición ordinaria, suspensiva, resolutoria o de tipo intermedio (2).

Como dice el profesor Candil, el carácter sinalagmático de la compraventa no se altera en su esencia porque se exima, mejor dicho, se espere cierto tiempo la prestación de uno de los contratantes, y si esto ocurre, el otro no tiene derecho, bajo ningún pretexto, a negar la suya (3).

En Francia e Italia, para llegar al mismo resultado, se acude al arrendamiento con facultad de conversión en compraventa mediante el pago de la última renta o de un suplemento que funciona como precio, a la *promesa de venta*, etc. De aquí que muchos de los casos citados al estudiar la opción parezcan más bien pactos de reserva de dominio. Pero la jurisprudencia italiana en estos últimos tiempos (4), con los más autorizados escritores de derecho tributario, ha reconocido que la promesa de venta y el *pactum reservati dominii* son dos figuras totalmente distintas, porque con la primera no se quiere el tránsito de la propiedad ni aun diferido, sino la obligación futura de consentir en la transferencia del dominio, mientras con el segundo no se quiere el paso actual de la

(1) Gayoso es mucho más preciso en este punto. V. op. cit., pág. 203. En igual sentido Saldaña, loc. cit., 738.

(2) V. sobre todos estos particulares—Candil—. *Pactum reservati dominii*. Madrid, Maestre, 1915.

(3) Op. cit., pág. 69.

(4) V. *Rivista di Diritto Privato*, núm. 2, pág. 125.

propiedad ni la obligación futura de consentirlo, sino que se consiente tal traspaso con subordinación a condición, de manera que si ésta se cumple, la transferencia se verificará *ipso jure*, y si la condición falta, el traspaso no habrá tenido lugar nunca. En el primer supuesto, el efecto de la transferencia surgirá (*ex nunc*) en el momento de la nueva manifestación del consentimiento, mientras en el segundo, de reserva de dominio, los efectos se retrotraerán (*ex tunc*) a la perfección del contrato, como si la condición no hubiera sido puesta.

*Oferta mantenida de venta.*—Para explicar las dos fases de la opción (antes y después de ser cerrada la compraventa), Petermann, que define la promesa como «una oferta ordinaria de venta, cuyo mantenimiento durante cierto tiempo (determinado o no) ha sido objeto de una convención válida entre el oferente y el destinatario», descompone la manifestación del promitente en dos declaraciones de voluntad: 1.ª, la oferta de mantener la proposición de venta que, por regla general, se acepta inmediatamente; 2.ª, la oferta de venta (objeto del compromiso de mantener), cuya aceptación se reserva el titular para cuando quiera y que, por virtud de tal aceptación se transformará en venta perfecta (1).

El compromiso de mantener una oferta corresponde a una realidad innegable (el futuro comprador pide que se le haga una oferta con fijación de plazo para aceptar), tiene en su favor argumentos lógicos y terminológicos (las palabras *promesa* y *oferta* se emplean a veces indistintamente, y promesa no equivale a contrato, es algo exterior e inferior al mismo); corresponde a la intención de las partes contratantes (las cuales se proponen que la venta se perfeccione por la última declaración del titular); ilustra, en armonía con los principios generales y las reglas de formación de los contratos, la perfección de la compraventa a base de promesa, y, en fin, es de una simplicidad encantadora. Pero esta manera de enfocar los problemas, que encuentra en Alemania y en Suiza como material aprovechable una teoría completa sobre la oferta y su aceptación, necesita en nuestro país una serie de desenvolvimientos que los civilistas no han preparado y que no sabemos hasta dónde reflejarán fielmente las prácticas comerciales, las nor-

(1) Op. cit., pág. 75.

mas de formación o génesis de los contratos y los principios del régimen inmobiliario.

La distinción de las dos ofertas (de mantener el compromiso durante cierto plazo y de dar por formalizada la compraventa en cuanto el destinatario acepte) pone de relieve las confusiones de concepto y de lenguaje que los autores padecen cuando mezclan el acuerdo que inicia la primera fase compromisoria con la declaración que provoca la segunda, y perfecciona el contrato de compraventa.

En el trabajo más arriba citado, Gayoso emplea giros que nos autorizan a creer que la concepción de Petermann no es tan original como él cree. «No hay venta sin aceptación—dice nuestro autor—, de manera que mientras no se la acepta y sí sólo el compromiso del vendedor de mantener su oferta, habrá sólo otro contrato que versará sobre ese mantenimiento, sobre esa oferta del contrato principal, no sobre el objeto de éste; no habrá venta, ni cuando ésta se perfeccione *con* el consentimiento del comprador en ella se retrotraerá...» Colóquese la preposición *por* en lugar de la subrayada, y tendremos la construcción jurídica de Petermann, sobre todo si no concedemos valor a estas frases que Gayoso ha escrito poco antes: «La promesa de vender es la promesa de otorgar otro contrato» (1).

*Derecho de compra.*—La analogía que se observa entre las facultades del promisorio, que puede comprar cuando lo tenga a bien dentro del plazo, y el titular del derecho de retracto, que, en el *convencional*, puede recuperar la cosa, y en los *legales*, subrogarse en el lugar del comprador, podría movernos a idear un derecho de compra común en cierto modo a tales figuras, ya que en la primera, con precio cierto, el favorecido actúa como un retrayente y obtiene con el pago de aquél la perfección del contrato de compraventa, y en algunas legislaciones la adquisición de la cosa misma.

En este criterio iríamos acompañados por Endemann y Planck, que, al discutir la construcción jurídica de la compraventa y de la precompra o *vorkauf* (derecho prelativo de perfeccionar, por declaración hecha al obligado, una venta en los términos convenidos

(1) Loc. citato, pág. 194.

entre éste y un tercero), sostienen que el titular, al hacer uso de su derecho, acepta una oferta vinculante para la otra parte y dirigida al cierre del contrato preferente.

A esta equiparación tiende el Sr. Saldaña, que, después de haber examinado los problemas de la inscripción con una limpieza recomendable a los que escriban sobre la materia, concluye: «El pacto de retro viene a ser una opción, puesto que permite adquirir un inmueble por un precio fijado de antemano» (1).

El derecho de comprar quedaría así incluido en el grupo de los *Gestaltungsrechte* de la técnica alemana, en cuya virtud el titular tiene la facultad de engendrar, de configurar o de modelar, por acto unilateral, una relación jurídica determinada.

Entre tal clase de derechos y los de dominación (reales o personales) hay la enorme diferencia de que en éstos existe una o muchas personas obligadas a una prestación o a una abstención, mientras en aquéllos el titular tiene la potestad de crear, modificar o extinguir derechos de otra persona, sin que la actuación de la misma sea necesaria ni exigible. Para cualificar el sometimiento del que sufre las consecuencias de la acción, Von Thur propone que se hable de vinculación (*Bindung*) como concepto contrapuesto a obligación (*Verpflichtung*). El oferente, cuando está *ligado*, no puede impedir que el contrato surja por la voluntad del aceptante (2).

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

(1) Con estas indicaciones no queremos prejuzgar si la opción es o no un derecho real. En Alemania, el retracto convencional, la *preemptio*, y el llamado *vorhand* o *Ankaufsrecht* (derecho prelativo, por ejemplo, a favor del arrendatario), son personales.

(2) *Der Allg. Theil der D. R. R.*—I—, pág. 169 in fine.

# La sucesión intestada en Aragón después del Apéndice foral<sup>(1)</sup>

(Continuación.)

## V

### BREVES ORIENTACIONES CRÍTICAS SOBRE LOS PRECEPTOS DEL APÉNDICE. RELATIVOS A LA SUCESIÓN INTESTADA

Destaca, ante todo, como ya queda indicado, que el Apéndice, en esta materia, ha dado un evidente «paso atrás» en la labor de unificación que con loable perseverancia venía realizando hace lustros el Tribunal Supremo. Labor que, pese a las protestas de los foralistas a ultranza, era bien acogida en la generalidad de la comarca, pues los aragoneses, con su envidiable sentido práctico, se daban perfecta cuenta de que eran más justas, más humanas y más convenientes las normas del Código que las reglas dispersas y discutidas de sus antiguas leyes (2). El paso atrás es tanto más censurable cuanto que las nuevas normas del Apéndice no resisten, en una crítica objetiva y desapasionada, su comparación con las del Código. Ni en la justicia de sus llamamientos, ni en la clari-

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

(2) En artículo publicado en esta misma Revista a poco de promulgarse el Apéndice, por D. Manuel Villagrán y Castellanos, se decía: «Es seguro, me consta por experiencia, que si se somete a un plebiscito popular el orden de regular la sucesión legítima o intestada, hubieran optado (los aragoneses) por el del Código civil, más racional que el Apéndice, y ya sabemos el axioma: «Vox populi vox Dei». (Página 229, del año II, 1926.)

dad de sus preceptos, ni en la adaptación de los principios matrices.

Señalemos sucintamente sus principales deficiencias, agrupándolas en dos categorías: a) *Esenciales* o de principio. b) *Accidentales* o de detalle.

En el primer grupo resaltan las siguientes:

1.<sup>a</sup> El establecimiento de una *dualidad* de normas para regir la sucesión intestada, pues, a pesar de responder a concepciones ideológicas, familiares y filosóficas muy diferentes, la sucesión en Aragón en muchos casos, especialmente en la deferida a favor de colaterales, se ha de regir por dos normas: las del Apéndice y las del Código.

2.<sup>a</sup> La restauración del principio de troncalidad en términos tan amplios como los que evidencia el artículo 39. Son demasiado conocidos los argumentos en pro y en contra del sistema de troncalidad, que conserva los patrimonios dentro de las familias de donde proceden, y no es necesario repetirlos. Mas sí es conveniente recordar que semejante principio se halla desplazado de las legislaciones modernas, que es un sistema periclitado cual otras instituciones de rancia estirpe, tales como las primogenituras, los mayorazgos, las vinculaciones, los señoríos, etc.

Este desplazamiento no obedece a capricho ni al azar, ni a animadversión hacia su fundamento y finalidad; responde estrictamente a las mudanzas de los tiempos y al cambio de las necesidades a que las leyes han de atender. Aparte su marcado sabor feudal, el principio de troncalidad responde a un tipo familiar hoy inexistente. La familia de la Edad Media, institución amplia que extendía su égida sobre gran número de personas unidas por débiles vínculos de la sangre, difiere totalmente de la familia moderna, reducida casi a las personas de los genitores y los engendrados, de padres e hijos. La facilidad de locomoción terrestre y marítima, el maquinismo y la gran industria, la multiplicación extraordinaria de las profesiones y los cargos burocráticos, la concentración urbana y tantos otros fenómenos de la vida moderna han contribuido en mayor o menor grado a la mutación de la sociedad familiar, que cada día se ha ido encogiendo más y más y disminuyendo su radio de acción. Hoy un hermano es bastante; un tío, algo; un sobrino o un primo, poco, y un colateral más distante, nada.

La troncalidad puede explicarse aún en ciertas comarcas, como en la montaña del Alto Aragón, donde la vida es difícil y la tierra rinde poco y exige mucho; razón que abona también la persistencia de los nombramientos de heredero universal en favor de un hijo; con olvido de sus hermanos. Su base lógica la encuentra en la propiedad rústica, en la que el carácter familiar imprime su huella más señaladamente. No cabe decir lo mismo respecto a la propiedad mobiliaria, dinero, valores, créditos, etc. Quien hereda estos bienes de un pariente, los refunde en su caudal, los asimila, los funde en el crisol del propio patrimonio, y es una anomalía retroceder a buscar la procedencia.

Se dirá: es que la troncalidad es un principio genuino aragonés; es que a la conciencia de este gran pueblo le repugna que por el arbitrio de la sucesión intestada puedan los bienes de una familia pasar a otra distinta. Pero no hay que olvidar que también el derecho genuino autoriza al padre a asignar todos sus bienes, salvo una legítima irrisoria—los consabidos diez sueldos jaqueses, consagrados por la práctica—a uno solo de sus hijos; y que lo más frecuente es que tal institución hereditaria se otorgue en la capitulación matrimonial del instituido; pues bien, en el mismo instrumento es frequentísimo que el instituido y su futuro o presente cónyuge establezcan el pacto de hermandad llana o el de agermanamiento o casamiento al más viviente, en virtud de los cuales y recíprocamente los bienes del uno pasan a ser por mitad o en totalidad del otro. ¿No pasan así, por tan fácil mecanismo, los bienes de una familia al patrimonio de otra diferente? ¿No tienen que sufrir los hermanos del instituido el que toda la propiedad familiar de sus padres, abuelos y antepasados pase, caso de muerte sin sucesión del heredero, al cónyuge supérstite y, si no se ha pactado la reversión, a los familiares de éste? Evidente es que en tales casos se prescinde del principio de troncalidad. Como también lo es que en muchos casos de la sucesión intestada debiera prescindirse del mismo, para evitar las tristes consecuencias a que su amplitud en el Apéndice puede dar lugar.

Conozco dos casos prácticos que pueden dar que pensar.

En uno de ellos, un recién casado, llamémosle *Ticio*, muere intestado, sin sucesión, y dejando madre y viuda. Su fortuna, de gran cuantía, consistente en su mayor parte en valores y efectos

públicos, la acaba de heredar abintestato de su padre *Cayo*, que ha conseguido reunirla en una dilatada vida de fecundo trabajo profesional. Pues bien: a Ticio no le heredan ni su madre—que con Cayo en su vida conyugal colaboró a la formación de la fortuna—ni su esposa; por el principio de troncalidad, y con arreglo al artículo 39 del Apéndice, regla tercera, le heredan unos primos carnales, hijos de un hermano de Cayo, que no tuvo arte ni parte en la actividad económica de éste ni convivió con él más que breves años de la infancia, bajo el techo de los padres. Es de advertir que, caso de no existir estos primos, dentro del cuarto grado colateral, y de no admitirse la solución que anteriormente he apuntado de aplicar el Código civil para tales casos, teniendo como única norma el Apéndice, la herencia de Ticio pasaría al Estado antes que a su madre o a su viuda.

El segundo caso es más extraño. Juan lega a su nieto Pedro una importante finca, para demostrarle su especial cariño. Muere el nieto Pedro años después que su abuelo, pero antes de llegar a la pubertad, célibe, sin sucesión y sin testar. Viven sus padres Antonio y Luisa, hijo aquél de Juan. ¿Quién hereda abintestato a Pedro? ¿A quién le corresponde la finca legada por el abuelo? No procede el recobro establecido en el artículo 37, pues el abuelo Juan ya no vive. Y con arreglo al artículo 39 y al sistema de troncalidad, se llega a una conclusión extraña: la finca irá a parar a Lucas y Matías, tíos del fallecido, colaterales los más próximos de éste por la línea de procedencia del inmueble. Es decir, que la heredan Lucas y Matías, y no su hermano Antonio, padre del finado y tan perteneciente a la línea troncal como los primeros. Llevado hasta este extremo el principio de troncalidad, ha resultado contraproducente; y sus consecuencias son opuestas a su propia finalidad.

Podrían obviarse tales anomalías por lo que respecta al primer caso, si se aplicase solamente la norma de troncalidad a los bienes que procedan por título gratuito de un ascendiente común al finado intestado y a los colaterales en cuyo beneficio se establece la sucesión troncal; pero no a los que se hallen en el patrimonio del causante por derivación de un ascendiente que no lo sea también de los colaterales. Así, en el caso citado, los bienes que Ticio heredó de su padre Cayo y que éste a su vez había heredado de su progenitor, podrían pasar, por el principio troncal, a sus primos carna-



tes; pero los bienes que Ticio heredó de su padre Cayo y que éste había capitalizado con su ahorro y con su trabajo, no pasarían a tales colaterales por no ser descendientes de Cayo.

Y se evitaría el absurdo del segundo caso, si se concediese derecho al padre o madre a concurrir con sus colaterales de segundo grado en la herencia intestada del hijo o hija, respecto a los bienes procedentes de un ascendiente de segundo o más remoto grado, siempre que dicho padre o madre pertenezca a la línea del ascendiente donante o causante de los bienes. En el caso mencionado, Antonio heredaría la finca procedente de su padre Juan en concurrencia con sus hermanos Lucas y Matías.

3.<sup>a</sup> Las injustas exclusiones de tres órdenes de parientes, a quienes la mayoría de las legislaciones reconocen derechos preferentes: hijos naturales reconocidos o legitimados por concesión, ascendientes y cónyuges.

Tales exclusiones obedecen, en suma, a la adopción del principio de troncalidad; y, desde luego, se limitan a los bienes que el causante intestado haya adquirido, de parientes hasta el sexto grado.

No es necesario argumentar a favor del derecho de unos y otros ni en pro de su preferencia sobre los colaterales (1). Respecto a la de los hijos naturales, basta señalar la posible inconstitucionalidad del precepto, si llega a aprobarse el artículo 41 del Proyecto de

(1) El Proyecto de Apéndice o Código aragonés de 1899, en su artículo 73 reconocía el derecho de los hijos naturales; en el artículo 74 y regla primera del 75, el de los ascendientes, y en el 76, el de los cónyuges. El Proyecto de 1904, que en este punto ha inspirado el Apéndice vigente, se olvida de unos y otros, salvo el derecho de recobros. En el Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1882, en las sesiones de 23 y 26 de marzo, se aprobaron doce conclusiones relativas a la sucesión intestada, entre ellas, las 10, 11 y 12, que dicen así: «10. Los hijos naturales reconocidos y sus descendientes suceden a la madre en defecto de descendientes legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio, y al padre, después de los parientes de segundo grado.—11. No habiendo parientes dentro del cuarto grado, ni hijos naturales reconocidos, se suceden recíprocamente los cónyuges, y después de ellos heredan los hijos adoptivos.—12. En defecto de todos los anteriormente expresados, y a falta de parientes hasta el décimo grado, los bienes se adjudican al Estado.» En la base 8.<sup>a</sup> se establecía el derecho de los parientes más próximos; pero en la 9.<sup>a</sup> se determinaba que en igualdad de grados, los colaterales excluyesen a los ascendientes. Véase la obra de JOAQUÍN COSTA: «La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses». Madrid, 1883.

Constitución que actualmente se debate en las Cortes Constituyentes (1); y recordar que hasta en los Fueros municipales de la Edad Media se ordenaba la sucesión intestada, en defecto de hijos y descendientes procedentes de matrimonio *a juras*, en favor de los habidos en concubinato o barraganía (2). Finalmente, con tal exclusión, el Apéndice ha modificado las normas que venían rigiendo prácticamente en Aragón, a pesar de los Fueros, por imperativo de la ley de Mostrencos, interpretada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (3).

En cuanto a la de los ascendientes y cónyuges, recordaremos el duro calificativo que mereció, en estas mismas columnas, al señor Villagrán y Castellanos, que decía: «La sucesión legítima o intestada, tal como la regula el Apéndice, va contra la ley natural y el común sentir, que nunca pudo pensar que hubiera una ley que se apartara del Derecho natural, y de él se aparta el Apéndice al re-

(1) Dice el citado artículo del Proyecto: «Los hijos habidos fuera de matrimonio tendrán los mismos derechos y deberes que los habidos dentro de él.» Claro que si se llega a esta equiparación, también será inconstitucional, en este particular, el Código civil. Después de escrito lo anterior ha sido aprobado por las Constituyentes el artículo 42, antes 41, de la Constitución, en el que se dice que los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él, y que no podrá calificarse la legitimidad e ilegitimidad de los nacimientos, ni mencionarse el estado civil de los padres, ni en los actos de inscripción ni en filiación alguna. Aun con esta nueva redacción, el Apéndice aragonés es anticonstitucional en este punto, porque el Estado, que a tanto obliga a los padres, no puede en la sucesión legítima, por él ordenada, excluir a los hijos naturales.

(2) SÁNCHEZ ROMÁN: «Estudios de Derecho civil», página 2.377 del tomo VI.

(3) SÁNCHEZ ROMÁN: Ob. cit., página 2.375. ISÁBAL: Ob. cit. Este dice: «Aun los hijos naturales, cuya condición es la menos dura, sólo pueden pedir alimentos durante la vida del padre o de la madre. Nada, pues, hay que incluir en este título—el de la sucesión intestada—, en cuanto a sucesión ilegítima.» Pero añade poco después: «Mas es innegable que durante el tiempo de la formación de la nueva jurisprudencia se ha admitido por algunos escritores, sin llegar a la aplicación total del sistema del Código civil, tal cual modificación..., y, como ello es dudoso, he optado por la exposición de la materia en la forma en que tradicionalmente se ha venido haciendo en Aragón, si bien cuidando de advertir, como también lo hace CASTÁN, la dificultad que ofrece en el *orden práctico* la aplicación de esas reglas.»

gular la sucesión intestada» (1). Ciertamente que el cónyuge supérstite tiene la viudedad foral; pero ésta se reduce a los bienes sitios; y sabido es que hoy la propiedad mobiliaria tiene mayor o, cuando menos, tanta importancia como aquélla. Joaquín Costa, cuyo testimonio no es sospechoso, decía refiriéndose a la exclusión de la viuda en el intestado del marido que «el fuero no obedece las inspiraciones de la recta razón».

4.<sup>a</sup> El admitir la existencia de herederos abintestato a título singular, por decirlo así, o sea respecto a bienes determinados, sin establecer normas claras y precisas sobre la sucesión en las responsabilidades personales y patrimoniales del causante.

La existencia de un solo heredero universal o de varios por partes alícuotas, facilita la determinación de las responsabilidades hereditarias. Pero la distribución de la herencia entre varios partícipes, que lo son sólo respecto a ciertos bienes, exige regular claramente la sucesión en las deudas y responsabilidades, ya que no el interés del acreedor, que por el principio de solidaridad puede hacer caso omiso de la distribución de la herencia, sí en interés de los mismos coherederos.

En el artículo 41 del Apéndice, en un inciso del párrafo primero, se encuentra la única referencia a tan interesante cuestión. Alude al caso de que a un pariente colateral le correspondan diversas participaciones en la herencia por razón de pertenecer simultáneamente a diversas líneas de parentesco con el causante; y determina que en tal caso se considere distinta cada parte, «a los efectos de la responsabilidad por cargas y obligaciones con que se hallen gravados los bienes».

Indudablemente, este precepto se refiere a cargas y gravámenes de naturaleza real, a pesar de hablar expresamente de *obligaciones*; y a su tenor, las hipotecas o censos o treudos que graven una finca procedente, por ejemplo, de la línea paterna, minorarán la participación de los parientes de esta línea, sin que los de la línea materna hayan de contribuir a la cancelación de la hipoteca o a la redención del censo. Si el adjudicatario de tal finca fuese a la vez partícipe de otros bienes de procedencia materna, por tener doble parentesco con el causante, esta otra participación estará libre de

(1) «Sobre el Apéndice foral aragonés». REV. CRÍT. DER. INM., página 228 del año 1926.

las responsabilidades dimanantes de los expresados gravámenes.

Hasta aquí el Apéndice; pero es realmente bien poco para el difícil juego técnico jurídico que en este orden de responsabilidades y deudas hereditarias ofrece la aplicación del principio de troncalidad y la división de la herencia en partes desiguales, en razón a la procedencia de sus elementos económicos integrantes.

Desde el punto de vista del acreedor, dicho artículo 41 del Apéndice no deroga en Aragón al 1.084 del Código, que impone terminantemente la obligación solidaria de pago a todos los coherederos, sin perjuicio del derecho de repetición establecido en el artículo siguiente. Por ello, si la hipoteca impuesta sobre una finca de la herencia garantiza un crédito y el acreedor no puede reintegrarse de su totalidad en la ejecución hipotecaria de dicha finca, podrá reclamar la diferencia de cualquiera de los coherederos aunque pertenezcan a otra línea y hayan heredado bienes diferentes.

Respecto a los herederos, es de señalar la injusticia del principio cuando se trata de hipotecas constituidas por el causante, y no por sus antepasados. El causante hipoteca una finca que heredó de su padre para hacer mejoras en otra procedente de su madre o para montar una industria cualquiera. ¿Por qué la deuda ha de pesar exclusivamente sobre los colaterales paternos a quienes corresponda la finca gravada, y no sobre los maternos, que son los beneficiarios de las impensas o mejoras costeadas con el capital del préstamo hipotecario? Sería preferible, a mi juicio, que, excepción hecha de los gravámenes de naturaleza perpetua y de los que gravaren ya las fincas al tiempo de la adquisición realizada por el causante, todos los demás, hipotecarios o no, se reputasen como deudas comunes de la herencia y se prorrateasen entre todos los partícipes, prescindiendo de las líneas parentales a que pertenezcan.

Basta lo apuntado para comprender las dificultades que en esta materia pueden originarse.

#### B) *Deficiencias accidentales o de detalle.*

Señalaré tan sólo las de mayor bulto:

1.ª Defectos de redacción, oscuridad en el lenguaje y anfibología en el concepto, en los términos que se han explicado al exponer el orden de los llamamientos.

2.ª Omisiones de preceptos que dan lugar a que tenga que recurrirse constantemente al Código—que señala distinto orden de

sucesión—, o, caso contrario, a la existencia de casos irresolubles.

Citaré unas cuantas. En la sucesión de los colaterales, se omite toda regla relativa a los bienes procedentes del cónyuge premuerto. Se omite igualmente la regulación del caso en que aun habiendo medio hermanos no puedan asignarse los bienes de procedencia paterna o materna. También se silencia el destino de los bienes de procedencia troncal cuando no haya parientes pertenecientes a la línea de que se trata a quienes pueda adjudicárseles. Igualmente se calla el grado en que termina el derecho a suceder abintestato de los parientes colaterales. Nada se dice tampoco de la sucesión del Estado.

Y este silencio no obedece a falta de precedentes. El Proyecto de 1899 determinaba, en la regla sexta del artículo 77, que cuando no existieran parientes de una línea o no comparecieran a reclamar su derecho hereditario o no justificaren éste, se adjudicarán todos los bienes del difunto a los parientes más próximos de la otra línea; en la regla octava decía: «No se fija límite de grados en la sucesión de los colaterales» (1); y en el artículo 78 consignaba de un modo expreso el derecho del Estado, en defecto de todos los llamados. Y en el Proyecto de 1904, se decía en el párrafo segundo de la regla segunda del artículo 280: «Se reservará para los colaterales de grado o grados ulteriores a quienes de derecho corresponda, según el origen de los bienes, la porción de éstos que vaque por no haberse podido adjudicar a hermanos conforme a la presente regla.» Y en el artículo 283, párrafo segundo, se limita el derecho de los colaterales al mismo grado de parentesco que señala el Código general; y en el último párrafo se establece el derecho del Estado, a falta de todos los llamados preferentemente.

¿Significan estas omisiones o lagunas que en los respectivos casos ha de regir exclusivamente el Código común? Así ha de interpretarse, y así lo he interpretado al exponer los órdenes de suceder.

(1) En la legislación aragonesa no se limitaba el derecho de los colaterales. En la obra «Jurisprudencia civil de Aragón», de D. Mariano Ripollés y Baranda (Zaragoza, 1897), se citan diversas Sentencias dictadas por la Territorial de Zaragoza en pleitos sobre sucesión intestada; entre ellas, la Sentencia de revista de 12 de Agosto de 1815, relativa al intestado de D. Mateo Casanate, Deán de Tarazona, en la cual se reconocieron derechos colaterales de duodécimo grado.

Abonan esta opinión : los artículos 12 y 13 del Código civil y el artículo 1.º y Disposición final del Apéndice, que evidencian que actualmente el único y exclusivo derecho supletorio en Aragón, en todo lo no previsto, especialmente en el Apéndice, es el Código civil ; y la tendencia, finalidad y misión del propio Apéndice, que, según se dice paladinamente en la Exposición de motivos, ha aproximado la legislación foral aragonesa a la común (1), y mal se cumpliría esta aproximación si el Código dejara de aplicarse en las omisiones y lagunas del Apéndice.

Esta aplicación del Código, por lo que respecta al límite de grado en que concluye el derecho a la sucesión de los colaterales y por lo que atañe al derecho del Estado, es realmente irrefutable, no sólo por los textos arriba citados, sino por razones teóricas y científicas que sirven de apoyatura a las meramente positivas.

En las modernas orientaciones jurídicas se está operando una profunda socialización del Derecho civil, que pone en trance de ruina la concepción romanística y justiniana, no sólo en cuanto dogma, sino también en cuanto técnica. El Derecho privado tiende a convertirse en Derecho público por la creciente intervención del Estado en muchas de sus instituciones ; al mismo tiempo que parte del Derecho público se socializa y camina hacia la adopción de formas jurídicas propias del Derecho privado.

La sucesión intestada es, realmente, una institución de Derecho social. Deferida por la Ley, es la Ley misma, o sea el propio Estado en cuanto aquélla es expresión de su voluntad normativa, quien regula los casos en que el Estado ha de ser heredero para cumplir con los bienes de la herencia determinados fines de interés social. Puede leerse a este respecto el preámbulo del Real decreto-ley de 13 de Enero de 1928, declarado subsistente por Decreto de 5 de Mayo de 1931 (2).

RAMÓN DE LA RICA Y ARENAL,

Doctor en Derecho y Registrador de la Propiedad.

(Continuará.)

(1) «El Código civil había aproximado la legislación común a las forales en algunos puntos importantes. Hoy es Aragón quien aproxima su legislación foral a la común... Por tal camino puede llegarse suavemente a la unidad de la legislación nacional». (Exp. Mot. suscrita por D. Galo Ponte Escartín.)

(2) «Al restringir el derecho de la línea colateral se proponía favorecer las instituciones que en conjunto pueden denominarse de acción social ; fomentarlas y favorecer sus recursos es de notoria conveniencia para los pueblos.»

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo

## CIVIL

71. *Tercería de mejor derecho. Preferencia de créditos.* Sentencia de 15 de Junio de 1931.

Don N. siguió autos ejecutivos contra don J. en reclamación de cantidad, importe de tres cambiales. Embargó en ellos unos muebles que se encontraban en un local del que el ejecutado era arrendatario en virtud de contrato firmado con el dueño, don E., en el que aparecían sujetos los muebles a la responsabilidad del pago de las rentas.

Por falta de pago instó el arrendador el desahucio, y llegado el lanzamiento, don E. interpuso demanda de tercería de mejor derecho sobre los objetos embargados, teniendo presente el contrato de arriendo; pero el ejecutante presentó otro contrato privado, en el cual resultaba que él había vendido los muebles al ejecutado a plazos, y de aquí habían nacido las letras base de la ejecución, creyendo tener él derecho preferente.

La Audiencia de Albacete, confirmando la del Juzgado, declaró el preferente derecho del tercerista sobre el del ejecutante, y el Supremo rechaza el recurso, porque tratándose en esta tercería de precisar solamente si sobre ciertos muebles que había en el hotel arrendado, goza de preferencia el arrendador para hacer efectivo su crédito, por alquileres vencidos, sobre el del ejecutante, por las tres letras de cambio, es manifiesto que la Sala sentenciadora, al estimar, conforme al número 7 del artículo 1.922 del Código civil, que el crédito del tercer opositor, para hacer efectivo sobre los bienes embargados el importe de alquileres no pagados, goza de pre-

ferencia sobre el del ejecutante, ya que la preferencia reconocida al crédito del tercer opositor no nace de la clase de documento en que éste consta, sino de la relación entre este crédito y los muebles sobre los cuales se hace efectivo, no ha incidido en el error de derecho que se pretende.

72. *Prueba de confesión. No es medio probatorio superior a los demás.* Sentencia de 2 de Junio de 1931.

Don J. formuló demanda contra el Sr. F., pidiendo la declaración de que tenía derecho al dominio o condominio de dos casas, en proporción a la participación en un capital social, la elevación a escritura pública del contrato de sociedad existente entre actor y demandado, o, en otro caso, el abono de 67.000 pesetas, todo ello, por razón de las negociaciones entabladas entre ambos, para llegar a constituir una sociedad, contrato que no llegó a elevarse a escritura pública por desistimiento del demandado, habiendo aportado el demandante diferentes sumas de dinero para los negocios de compra de solares y construcción de casas. A ello se opuso el demandado, negando tanto los hechos afirmados por don J. como las aportaciones que éste pretendía haber realizado. El Juzgado y la Audiencia, después de amplia prueba, incluso la de confesión, absolviéron de la demanda, y la Sala rechaza el recurso, pues tratándose de la confesión prestada en juicio tiene una fuerza probatoria que no es superior a los demás medios de prueba, en combinación con los cuales y no independientemente de ellos debe apreciarse, por cuya razón, y por no puntualizarse por el actor dónde existe el supuesto error, no cabe admitir el recurso.

73. *Interpretación de contratos. Corresponde a los Tribunales de instancia interpretar y fijar el sentido y alcance de las cláusulas de los contratos.* Sentencia de 13 de Junio de 1931.

Una señora compró a una sociedad de crédito un cortijo, debiendo abonar el precio en cinco anualidades y quedando hipotecada la finca por el precio aplazado. No abonados unos plazos, la



sociedad ejecutó, y en trámite de segunda subasta aquella señora vendió en documento privado el cortijo a don A., dando poder a éste para que pagase la cantidad y cancelase la hipoteca, debiendo rendir cuentas a la vendedora de las sumas gastadas y quedando obligado a entregarle el saldo hasta el importe de la venta, menos la suma de 5.000 pesetas, que se reservaría el comprador por si hubiera otras reclamaciones. El contrato se elevaría a escritura tan pronto estuviera libre la finca.

No accediendo la vendedora a otorgar la escritura de venta, la demandó el comprador, a lo que ella contestó que la gestión hecha por el mandatario había sido defectuosa por haber pagado más de lo debido, sin haber tampoco liquidado con la sociedad ejecutante que administró la finca durante la ejecución, y como en todo contrato los deberes son recíprocos, al no cumplir el demandante los suyos, ella no estaba obligada a otorgar la escritura, pidiendo ser absuelta.

El Juzgado y la Audiencia condenaron a la demandada, y el Supremo rechaza el recurso, porque es doctrina constante del Supremo la de ser facultad privativa de los Tribunales de instancia interpretar y fijar el sentido y alcance de las cláusulas de los contratos cuando se suscitan dudas sobre su inteligencia y alcance, teniendo en cuenta, para tal interpretación, los actos anteriores a la convención, los coetáneos y los posteriores, siendo evidente que el demandante ha cumplido la condición de liberar la finca comprada de la hipoteca que sobre ella pesaba.

74. *Indemnización de perjuicios. El incumplimiento voluntario de un contrato no origina por sí solo la necesidad de indemnizar.*  
Sentencia de 2 de Junio de 1931.

La Diputación de V. tomó el acuerdo de comisionar a la Junta de Bellas Artes de Bilbao para adquirir unos terrenos con destino a Museo, y celebrado concurso, se adjudicó el premio de 3.000 duros a la obra de dos arquitectos autores del proyecto de edificio. Eran bases del citado concurso que los autores del trabajo premiado dirigirían la construcción con percibo de honorarios; pero al desistir la Diputación de la edificación, los autores del proyecto deman-

daron a la Diputación reclamando daños y perjuicios; esta demanda no siguió adelante por haberse declarado una incompetencia. La Comisión provincial acordó convertir unas escuelas en museo, mediante obras presupuestadas en dos millones de pesetas, bajo la dirección de los arquitectos premiados, que habrían de percibir el 6 por 100; tomándose este acuerdo por vía de transacción, y a la vez en calidad de indemnización, obra que había de realizarse en tres años. Como pasara este tiempo y nada hiciera la Diputación, los repetidos arquitectos la demandaron, pidiendo la indemnización del 6 por 100 de los dos millones presupuestados.

La Diputación opuso que el acuerdo lo había tomado sin tener facultades bastantes la Comisión provincial, por lo que no le obligaba la transacción. El Juzgado absolvió a la Diputación; pero la Audiencia declara haber lugar a la demanda y, por tanto, al pago de daños y perjuicios.

La Sala admite el recurso en cuanto a uno de los motivos y declara que el hecho de que la Diputación no cumpliera sus obligaciones no puede por sí solo originar el derecho de indemnización; la índole de la relación jurídica invocada no permite considerar aisladamente el citado incumplimiento, porque de no haberse abonado servicios que en otro caso hubieran prestado los demandantes era clara la existencia de la acción, pero a título de prestación de servicios no pagados, y no en concepto de indemnización de perjuicios, ya que ésta constituye una modalidad jurídica especial con existencia propia e independiente de la que representa el incumplimiento de la obligación de que dimana; el perjuicio indemnizable hay que estimarlo mediante prueba adecuada del quebranto material sufrido por el interesado por hechos concretos y determinados; atendidas estas razones, es procedente estimar que el solo incumplimiento voluntario por parte de la Diputación no puede engendrar el derecho de los demandantes a la pretendida indemnización por servicios que no llegaron a prestar. De resolver la cuestión en sentido contrario, se daría el caso de que los reclamantes percibirían por la no prestación de los servicios la misma remuneración exactamente que si los hubieran realizado en su totalidad.

75. *Simulación. Precio confesado. Inexistencia de causa. La acción para impugnar la validez, en caso de inexistencia, corresponde a los contratantes y a sus herederos.* Sentencia de 30 de Junio de 1931.

Doña E. formuló demanda contra su hermano D. F. porque practicadas las operaciones particionales a la muerte de sus padres advirtió aquélla que faltaban en el inventario ciertos bienes que el hermano dijo haber comprado a su padre, y, en efecto, existía una escritura de venta, en la que *se confesaba el precio*, inscrita en el Registro. Pero como el precio no se entregó de presente y el hermano no había tenido nunca bienes para adquirir tales fincas, pedía la actora la nulidad de la venta, por no haber precio, y la de la consiguiente inscripción.

El demandado opuso la publicidad del contrato, haber pagado la contribución y que la actora, como heredera de su padre, tenía que respetar los actos de éste.

El Juzgado y la Audiencia accedieron a la demanda, declarando nulas la venta e inscripción, y la Sala rechaza el recurso, porque habiendo declarado el Tribunal *a quo* que la venta carece en absoluto de realidad, por no mediar precio, sin que haya tampoco otra causa lícita, es evidente la simulación, llegándose a la conclusión de que tal contrato es inexistente, por faltarle uno de los requisitos del artículo 1.261 del Código civil.

No es aplicable al caso el artículo 1.306, regla segunda, pues aparte de que no cabe confundir la ineficacia del contrato por razón de inexistencia, con la nulidad del mismo por causa torpe, es indudable que en el caso debatido la culpa es de ambos supuestos contratantes.

No puede negarse acción a la actora como heredera de su padre, porque declarada la inexistencia del contrato, el propio vendedor tendría acción para impugnar la mera apariencia contractual creada por la simulación, y en dicha acción le suceden también sus herederos.

76. *Desahucio. Precario. En los juicios de desahucio sólo cabe examinar la procedencia de la acción, sin que quepa resolver sobre cuestiones de propiedad.* Sentencia de 30 de Junio de 1931.

Una señora demandó a otra que habitaba en precario la finca de la primera, alegando que era dueña de la casa por adjudicación que se le hizo en operaciones divisorias al fallecer su esposo, según escritura inscrita, pidiendo fuera desalojada la «inquilina». Esta se opuso porque, según decía, estaba en posesión de la finca por título que le daba derecho para ello porque el marido de la actora compró la casa para ser habitada por la demandada, la que en ella vivía hacía más de diez años, no habiendo la demandante interrumpido esta posesión por conocer el propósito del marido de respetar a la «inquilina» el usufructo vitalicio de la casa. El Juzgado absolvió de la demanda, pero la Audiencia declaró haber lugar al desahucio.

El Supremo rechaza el recurso porque, con arreglo a constante jurisprudencia, en los juicios de desahucio deben limitarse los Tribunales a conocer la procedencia de la acción sobre la base del estado posesorio y relaciones jurídicas entre los interesados, y tales procedimientos no permiten la discusión de cuestiones de propiedad ni validez de los títulos que se aleguen. Además, el artículo 1.565 de la ley Rituaria dice que procede el desahucio, y podrá dirigirse la demanda contra quien disfrute la finca en precario, sin pagar merced, siempre que medie requerimiento con un mes de antelación, siendo parte legítima para promoverlo quien tenga la posesión real de la finca a título de dueños, habiéndose demostrado que la actora tenía la posesión real de la finca por herencia de su marido, quien por compra tomó posesión de ella al efecto de realizar obras, siendo también cierto que la demandada vivía en la casa en precario y por la condescendencia de la demandante.

77. *Transacción. Prueba del error de hecho del juzgador. Resolución de las obligaciones recíprocas.* Sentencia de 2 de Junio de 1931.

Don M. interpuso demanda contra don P., después sus herederos, sobre rendición de cuentas, y recaída sentencia, y en trámite

de ejecución de la misma, don M. y los herederos pidieron la suspensión, por estar en vías de transacción, lo que fué acordado, alzándose luego la suspensión a instancia del demandante por no haberse realizado la transacción.

Después de esto, uno de los herederos del demandado formuló un incidente de previo y especial pronunciamiento, diciendo que entre él y don M. se llegó, efectivamente, a una transacción, fijándose como saldo de cuenta la suma de 1.500 pesetas y poniendo la penalidad de otras 1.500 para quien faltara a lo convenido, a pesar de lo cual don M. pidió la continuación del juicio, por lo que pedía fuese condenado a llevar a efecto la transacción, silenciando el pleito principal. Don M. opuso que no había existido transacción, sino un proyecto, no habiendo, además, intervenido los demás herederos de don P. La prueba testifical afirmó la existencia de la transacción, pero el Juzgado declaró que no existía. Esta sentencia fué revocada por la Audiencia, que si la consideró existente e interpuso recurso, la Sala no lo admite, porque para que en casación pueda prosperar el error de hecho del Tribunal de instancia es necesario que resulte de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación del juzgador, no teniendo este carácter el escrito presentado al Juzgado por los interesados pidiendo la suspensión de los autos, por estar en vías de transacción; por otra parte, tampoco hay infracción del artículo 1.124 del Código civil, pues no cumplida la obligación de dar por terminado el pleito, no puede pedir la resolución de las obligaciones recíprocas quien no cumplió lo que le correspondía.

78. *Reconocimiento de hijo natural.* Sentencia de 6 de Junio de 1931.

La madre de una menor entabló demanda contra D. C. P. diciendo que ella, viuda, y éste, soltero, habían tenido una hija, la menor, en nombre de la cual demandaba, la que se inscribió como hija natural de la actora, intentando demostrar la paternidad con diferentes pruebas y pidiendo que se la estimase hija natural del supuesto padre con los derechos que la ley le concedía. El Juzgado negó personalidad a la actora por no acreditar su condición

de madre natural, lo que revocó la Audiencia, absolviendo de la demanda. La Sala no admite el recurso, en síntesis, por las mismas razones con que, en general, se opone a la interpretación extensiva del artículo 135 del Código civil.

(Véase la sentencia número 30, inserta en el número 79 de esta Revista.)

79. *Legado condicionado a que los legatarios no promuevan cuestión a la heredera. Interpretación y alcance de la palabra «cuestión».* Sentencia de 2 de Junio de 1931.

Don J. S. legó a su sobrina doña R. una finca, prohibiendo que la enajenase ni gravase, debiendo pasar a su muerte a sus hijos y descendientes, y en el remanente de sus bienes instituyó herederos a sus hermanos.

Murió doña R., haciendo a sus hermanos un legado de 10.000 pesetas, instituyendo heredera a su hermana doña J. y con una cláusula en la que disponía que si algún hermano promovía *alguna cuestión* a la heredera relativa a la finca de que antes se ha hablado perdería su parte en las 10.000 pesetas.

Al ir a verificarse la inscripción de la citada finca apareció en el Registro inscrita a nombre de persona distinta, y seguida causa se condenó por falsedad al adquirente. Los demás hermanos, legatarios de las 10.000 pesetas, disconformes con que la repetida finca fuera para la hermana, manifestaron a los arrendatarios que la finca era de ellos, y llegaron a reclamarle las rentas.

La heredera, basada en estos hechos, no hizo efectivo el legado de las 10.000 pesetas, creyendo que la cláusula la amparaba; pero los legatarios la demandaron, absolviéndola el Juzgado y revocando esta sentencia la Audiencia. La Sala no admite el recurso que la heredera interpuso.

El objeto principal a debatir es si los legatarios cometieron hechos suficientes para liberar a la heredera, con arreglo a la cláusula del testamento, de su obligación de pagar las 10.000 pesetas legadas, y demostrando que los legatarios no han promovido pleito a la heredera sobre la propiedad de la finca, basta saber si su actitud con los arrendatarios es bastante a privarles del legado,

resultando que ninguno de los hechos realizados fué directa ni especialmente encaminado con la necesaria eficacia a perturbar o privar del disfrute y la posesión de la finca a la heredera, en cuanto contra ella no se promovió ninguna acción ni se le ocasionó el menor perjuicio.

\* \* \*

Hay que advertir que el aparecer la finca inscrita a nombre de otra persona se debió a que en el intermedio se hizo un expediente de información posesorio falso, en el que, desde luego, parece que no tuvieron parte los hermanos. Dos consideraciones nos interesan de este fallo: una, que el Supremo interpreta la palabra «cuestión» en tal forma, que sólo a base de una demanda parece que los herederos tienen motivo para privar a los legatarios instituidos con tal condición. De esta manera, cuando en las cláusulas testamentarias los testadores pretendan que el heredero disfrute tranquilo los bienes, han de especificar, caso por caso, los motivos de privación; de otro modo, se entiende que no han promovido cuestión, aunque ésta sea tan inocente como la de intentar cobrar las rentas o atentar contra la vida de los herederos. Otra segunda consideración merece unas palabras y es la facilidad con que se siguen, tramitan, aprueban e inscriben informaciones posesorias, a ciencia y paciencia de los dueños presentes. Como de esto ya se ha escrito tanto, no hay nada nuevo que decir; pero podemos recordar que en España todavía existen las informaciones posesorias.

So. *Incumplimiento de contrato de venta mercantil. Indemnización de perjuicios. Las cantidades entregadas, salvo pacto contrario, son a cuenta del precio y demuestran la ratificación del contrato.* Sentencia de 2 de Junio de 1931.

Ante el Juzgado de La Carolina, don B. formuló demanda contra don S., exponiendo que con este señor, y por carta, celebró contrato de compra de 4.000 arrobas de aceite a precio fijado en ella, debiendo verificarse la entrega en Vilches o Linares en Julio, Agosto y Septiembre, entregando a cuenta 4.000 pesetas;

que el actor le ofreció la corambre necesaria, pidiendo indicación de la estación a que había de mandarla, no obteniendo contestación, así como tampoco a otras cartas y requerimientos notariales que hizo para obtener el aceite que ya tenía vendido a otros compradores, por cuya causa sufría grandes perjuicios, por lo que pedía la rescisión por infracción del contrato, la devolución de las 4.000 pesetas y la indemnización de daños y perjuicios que se fijarían en ejecución de sentencia, tomando como base el precio fijado por arroba de aceite y el obtenido por este producto en los meses en que debió ser entregado.

El demandado opuso que no había tenido la corambre a su disposición y que no se le ofreció el pago del aceite, pidiendo la absolución y a su vez la rescisión del contrato, por lo cual no tenía el demandado más obligación que la de devolver las 4.000 pesetas.

El Juzgado dictó sentencia de acuerdo con lo pedido en la demanda, salvo en lo relativo a la indemnización de perjuicios y la Audiencia de Granada la confirmó condenando, además, al pago de daños y perjuicios.

El Supremo rechaza el recurso porque siendo uno de los motivos de éste el incumplimiento que el recurrente atribuye al comprador de no haber facilitado los envases ni pagado previamente a la entrega de la mercancía el precio de ésta, es improcedente porque el artículo 1.124 del Código civil que regula la resolución de las obligaciones recíprocas, caso de no ser cumplida alguna de ellas y el 1.466 del mismo Código que determina cuándo viene obligado el comprador a pagar el precio de la cosa comprada, no son de aplicación a la venta origen del pleito, porque en la sentencia impugnada se considera probado el ofrecimiento de corambres por parte del comprador, quien no pudo facilitarlas por culpa del vendedor, y tratándose de venta mercantil, como indica la citada sentencia, no estaba obligado a pagar el precio el comprador hasta que la mercancía fuera puesta a su disposición y aceptada por él, siendo la cantidad entregada por no haber pacto en contrario, a cuenta del precio y en prueba de la ratificación del contrato.



En este pleito parece que procedió con más tino la sentencia del Juzgado que la de la Audiencia. Aquél, más conocedor del ambiente en que se desarrollaron los hechos, no accedió a todos los pedimentos de la demanda, y aunque parezca un poco extraño que aceptando ésta rechazara la indemnización, no lo es si se tiene en cuenta que para evaluar los perjuicios había que atenerse a una base tan aleatoria como el precio obtenido en ciertos meses.

81. *Letra de cambio. Simulación. Aceptación nula. Aun precediendo juicio ejecutivo en otro más amplio, ¿puede examinarse el fondo y el derecho de las partes?* Sentencia de 6 de Junio de 1931.

Don L., que tenía relaciones mercantiles con don F., aceptó en 27 de Agosto una primera de cambio librada a su cargo por don D., secretario de don F., en 1 de Julio de igual año, a pagar el 1 de Octubre siguiente, letra que endosada el 24 de Agosto a don R. y luego por éste a un Banco, fué protestada por falta de pago, devolviendo don R. el importe al Banco, pero reclamando el importe, por medio de ejecución, al aceptante, recayendo sentencia de remate.

El ejecutado entabló demanda pidiendo fuera declarado nulo o simulado el contrato de cambio y nula la ejecución y sentencia de remate, fundándose en que no tenía relaciones mercantiles con don C., estando librada la letra en fecha en la cual el ejemplar aun no había sido puesto a la venta por la Arrendataria.

El Juzgado absolvió, pero la Audiencia de Valencia accedió a cuanto se pedía en la demanda, e interpuesto recurso por don R., lo rechaza el Supremo, considerando que la cuestión a resolver en él es la del deber o certeza del crédito representado en la letra en que se fundó el ejecutivo y declarado por la Sala sentenciadora resultar probado que la letra, base de la ejecución, nunca fué expresión de contrato de cambio entre librador y librado, ni siquiera reconocimiento de crédito en favor del primero; y que dicho documento representa la simulación de un contrato de cambio, es evidente que el fallo recurrido es procedente porque descansa en la falta de consentimiento, en mediar dolo y en la false-

dad civil, cuestiones de hecho que estima el Tribunal *a quo* en uso de sus facultades. La letra de cambio, documento de crédito, consecuencia de contrato de aquella naturaleza, del que trae origen, aunque reúna los requisitos externos que establece el artículo 444 del Código de Comercio, aunque haya surtido efectos en un juicio ejecutivo, puede ser examinada en otro más amplio en el que se penetre en el fondo y determine el derecho de las partes que han intervenido.

82. *Letra de cambio. Prescripción de la acción de ella derivada. El extravío de las letras no es obstáculo para exigir el pago al obligado.* Sentencia de 6 de Junio de 1931.

Don G. demandó a don R. manifestando que el 1 de Febrero de 1924 fué extendida una letra de cambio por don C. como librador, a la orden de don N. y contra don R., como librado, en cuya letra existe un endoso de don N. (tenedor) a favor de don G., hoy legítimo tenedor, la que fué protestada por falta de pago; en Mayo de 1925 se extendió otra por don N., como librador, a la orden de don G., contra don N., siendo, por tanto, don G. el dueño de la misma, por cantidad de 4.000 pesetas, la que también se protestó por idéntico motivo. Las letras se aceptaron por el demandado. Tales documentos se le perdieron a don G., y realizadas negociaciones con aquellos señores, logró nuevas letras que no le fueron abonadas.

El demandado opuso diferentes motivos al reconocimiento de todas las letras, afirmando estar dispuesto a pagar la de 4.000 pesetas que reconocía deber. El Juzgado dió la razón al demandado; pero la Audiencia revocó la del inferior y accedió a la demanda, rechazando el Supremo el recurso por entender que no hay prescripción desde el momento en que el demandante, antes de transcurrir los tres años instó un requerimiento notarial y un acto conciliatorio en los que el demandado reconoció la legitimidad de dos de las letras, hechos aceptados en la resolución impugnada y de eficacia bastante para interrumpir la prescripción.

Aunque por la especial naturaleza de las relaciones jurídicas que ligan a las personas que intervienen en la letra, es indudable

que la facultad de percibir el importe de la misma y la de ejercitar las acciones de ella derivadas están íntimamente unidas a la tenencia de ella, por regla general (por ello es documento de efecto privilegiado y distinto de los demás, que sólo producen el efecto de probar lo en ellos consignado), no siempre esa tenencia exigida por la ley es absolutamente precisa, ya que si las mismas sufrieron extravío, una vez vencidas y protestadas, puede exigirse el pago a quien a él esté obligado, y probándose que por actos que se hicieron constar en documentos públicos se ha reconocido repetidamente por el demandado la obligación de pago, al condenarle a abonar el importe, no se comete infracción.

## EN JUICIAMIENTO CIVIL

### CUESTIONES DE COMPETENCIA

83. *Hay sumisión tácita si el demandado realiza alguna gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria.* Sentencia de 23 de Junio de 1931.

Demandada una Compañía, en el acto del juicio el Abogado y Procurador de la misma solicitaron el aplazamiento, por manifestar que el asunto estaba en vías de arreglo; pero luego presentaron escrito promoviendo competencia por inhibitoria. El Supremo decide la competencia a favor del primer Juzgado que conoció del asunto, porque, conforme al artículo 56 de la ley de Enjuiciamiento, es Juez competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones de todas clases aquel a quien los litigantes se hubieran sometido, entendiéndose hecha la sumisión tácita por el demandado, cuando, personado en el juicio, realiza cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria.

84. *Sumisión expresa. Requiere renuncia del fuero propio y designación de Juez.* Sentencia de 26 de Junio de 1931.

Un vecino de V. demandó a otro de Sanlúcar ante el Juzgado municipal de aquél, para que le abonase el importe de un anun-

cio, según contrato en que el demandado se sometía al Juez del demandante. Llevado el asunto al Supremo, éste resuelve la competencia a favor del Juzgado del demandado, porque para que haya sumisión expresa, además de los requisitos del artículo 57 de la ley de Enjuiciamiento, se requiere que tal manifestación no se haga de una manera vaga e imprecisa.

85. *Sumisión expresa.* Sentencia de 13 de Junio de 1931.

Aunque el contrato se firme en lugar distinto, si en una cláusula del mismo se someten las partes expresamente a la jurisdicción de determinados Tribunales, éstos son los competentes.

86. *Compraventa.* *Es competente el Juez del lugar de la venta si lo vendido viaja de cuenta del comprador.* Sentencia de 19 de Junio de 1931.

El Juez del lugar en que la venta se realizó es el competente para conocer de las demandas sobre reclamación del importe de géneros transportados por cuenta y riesgo del comprador por deber entenderse que allí se hizo la entrega de la cosa.

87. *Compraventa.* *Competencia del Juez del domicilio del vendedor.* Sentencia de 19 de Junio de 1931.

Hecha la remesa de mercancías, a porte debido y por cuenta y riesgo del comprador, es Juez competente para conocer de las demandas en que se reclama el pago de precio de mercancías el del lugar donde se hizo la entrega de éstas, entendiéndose por tal, el del domicilio del vendedor cuando desde allí fueron remitidas.

88. *Sumisión expresa.* Sentencia de 20 de Junio de 1931.

Es suficiente para considerar que existe, la manifestación del demandado en una factura de compra, de que se somete a determinados tribunales.

89. POBREZA. *La apreciación de los signos exteriores es facultad de los Tribunales de instancia.* Sentencia de 6 de Junio de 1931.

Es facultad discrecional y privativa de los Tribunales de instancia, sólo impugnabile por inexistencia de los signos en que la presunción se apoya, la apreciación de los signos exteriores de riqueza, máxime si los que intentan la declaración confiesan la cantidad que satisfacen por alquiler de las casas que habitan, alquiler en que se funda el Tribunal *a quo* para declarar que los presuntos pobres tienen medios económicos que exceden del doble jornal de un bracero.

90. *Quebrantamiento de forma. No procede el recurso por quebrantamiento de forma cuando se alega la falta de personalidad, fundándose la ejecución en letras de cambio, ni caben más excepciones que las de los cinco primeros números del artículo 1.464 de la ley de Enjuiciamiento civil.* Sentencia de 11 de Junio de 1931.

Entablada una ejecución a base de tres letras de cambio protestadas, el ejecutado opuso la falta de personalidad de la sociedad ejecutante, alemana, que no aparecía debidamente constituida, y la no presentación de los Estatutos de la misma; además, el poder del Procurador (expedido también en Alemania, con firmas legalizadas) no estaba reintegrado en forma. El Juzgado y la Audiencia dieron la razón a la Sociedad ejecutante, e interpuesto recurso de casación por quebrantamiento de forma, lo rechaza el Supremo, considerando que el Tribunal de instancia, al desestimar la excepción de falta de personalidad del ejecutante y Procurador y ordenar seguir la ejecución adelante, lejos de quebrantar las formas del ejecutivo, las observó y tuvo en cuenta, aplicando con acierto el artículo 1.465 de la ley de Enjuiciamiento, según el cual en los ejecutivos sobre pago de letras sólo se admitirán las excepciones de los cinco primeros números del artículo 1.464, y porque reiterada jurisprudencia de esta Sala declara que no procede la casación en la forma cuando, fundándose la acción ejecutiva en letras de cambio, se alega como causa la falta de personalidad en el ejecutante.

ENRIQUE TAULET,

Notario de Valencia.

# Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

## I

*Herencia. Vendida la nuda propiedad de una finca a una persona a la cual el vendedor había instituido heredera dos días antes de la venta y fallecido dicho vendedor un año después, la finca vendida ha de estimarse que formaba parte del caudal hereditario íntegramente y debe liquidarse por el valor total comprobado el día del fallecimiento del vendedor, sin que pueda deducirse lo que se pagó por la compra de la nuda propiedad.*

El artículo 7.º de la ley de 22 de Julio de 1922 dispone se considerarán parte del caudal hereditario los bienes transmitidos por el causante, reservándose el usufructo de los mismos o de otros del adquirente o cualquier otro derecho vitalicio, salvo cuando se trate de seguros de renta vitalicia contratada con entidades dedicadas legalmente a este género de operaciones; precepto que fué dictado para regular la transmisión de la nuda propiedad de los bienes; equivaliendo a ello la cesión de éstos con reserva del usufructo; no es admisible, en contra de esto, la alegación de que únicamente se transmiten derechos y no bienes por la escritura mediante la que una persona vende a otra la nuda propiedad, reservándose el usufructo vitalicio si el fallecimiento del vendedor, y consiguiente consolidación, ocurre antes de los dos años de la venta y el testamento en que la institución se contenía se otorgó dos días antes de la misma venta, así como tampoco puede estimarse la estipulación, según la que el nudo propietario no entraba en posesión de las fincas hasta morir el usufructuario, pues

tal pacto no supone una condición suspensiva, sino la privación del disfrute de los bienes que se reservaba el nudo propietario. Tampoco autoriza el artículo 75 del Reglamento para distinguir entre las transmisiones a título gratuito, y las a título oneroso, pretendiendo excluir estas últimas de los casos de adición de bienes a la masa hereditaria, pues tal distinción no se halla establecida en los artículos 7 de la Ley y 75 del Reglamento, y, de admitirse, serían ineficaces los preceptos que regulan la adición de la clase indicada por la facilidad con que podría eludirse la aplicación de tales disposiciones.

El recurrente alegó también que al liquidarse, en vez de tomarse el valor de la nuda propiedad, se había tomado el pleno dominio violando el artículo 66, párrafo 11, del Reglamento, que dispone que la extinción del usufructo, aunque sea por muerte del usufructuario, se liquidará, según la naturaleza de los bienes, como adquisición onerosa, cuando el que ostentó la nuda propiedad haya adquirido ésta directamente de la persona en cuyo poder se dividió el dominio o traiga su derecho de quien también lo hubiese adquirido directamente en las mismas condiciones; pero tal precepto carece de aplicación al caso actual, por referirse únicamente a la forma de liquidar la extinción de usufructo, en los casos que regula con carácter general, debiendo, por el contrario, estarse a lo particularmente prevenido en el artículo 75, letra B, cuando se den las circunstancias que en el mismo se establecen. No cabe deducir de la base lo que se pagó por la adquisición de la nuda propiedad, por no autorizarlo el artículo 7 de la Ley y 75 del Reglamento, para los casos, como el presente, comprendidos en la letra de dichos artículos, sino sólo para los incluidos en la letra A, según se previno por la Circular de la Dirección de lo Contencioso de 30 de Septiembre de 1922, y en cambio es deducible la cuota satisfecha por la deducción del usufructo, ya que, en lugar de esta liquidación debe girarse la de herencia total (usufructo y nuda propiedad). (Acuerdo del Tribunal Central de 9 de Noviembre de 1930. 52-1930.)

## II

*Herencia. 1.º Los bienes incluidos en un balance de una entidad mercantil que giraba bajo la razón Hijo de A. deben estimarse*

*como propios del causante y tributar como constitutivos de la herencia del mismo causante, salvo aquellos adquiridos por los herederos después de morir aquél, y salvo los gastos generales del negocio y aquellos otros por los que se ha pagado directamente por declaración expresa de los herederos. 2.º El tipo de liquidación es el que resulte aplicable, dada la suma de las bases liquidadas directamente por virtud de declaración de los interesados y la de los aumentos por los valores que constan en el activo del balance, hechas las deducciones apuntadas. 3.º La multa procedente es el ciento por ciento si los bienes base de la liquidación fuesen hallados por virtud de la petición del balance hecho por el liquidador y no por declaración espontánea de los interesados. 4.º Para exigir multa por falta de presentación de documentos es preciso previo requerimiento a los interesados. 5.º El impuesto de timbre debe discutirse en reclamación y expediente distintos del del derechos reales.*

Caso. Muerto un causante se hizo en tiempo la declaración de bienes para la liquidación del impuesto y se pagó éste por herencia. El liquidador, dado que continuaba subsistente la razón social Hijo de A., en cuyo nombre comercial actuaba dicho causante, pidió el balance a los interesados, que no lo presentaron, y lo reclamó la Administración de Rentas, instruyendo expediente de comprobación, girando, en consecuencia, diversas liquidaciones complementarias, e imponiendo multa por no haber presentado aquél.

El Tribunal Central fija, en apelación, la doctrina expuesta :

1.º El causante era dueño del negocio mercantil que giraba a su nombre, por lo cual los bienes que figuran en el balance han de reputarse suyos, salvo los adquiridos después de su muerte, pues el balance base de la liquidación es año y medio posterior a ésta, y debe pagarse impuesto por ellos, exceptuando aquellos por que se pagó el impuesto por declaración directa de los herederos, y además los gastos de correspondencia y gastos, en atención a que si bien figuran éstos en el activo, por ser gastos del negocio, han sido invertidos en el mismo ; han de estimarse prueba bastante de la adquisición posterior a la muerte del causante de los bienes, excluidas la certificación del Registro de la Propiedad, las facturas.



de compra del carbón y el testimonio notarial de los libros del comerciante; y la base se halla deduciendo del balance presentado por la Administración de Rentas la base declarada por los interesados, por la que ya se giró el impuesto y los bienes expresados, y no las partidas incluidas en el pasivo del balance, por no estar justificadas con documento que lleve aparejada ejecución, según el artículo 1.429 de la ley de Enjuiciamiento civil y 95 del Reglamento de 20 de Abril de 1911, siendo el criterio sostenido idéntico al del acuerdo del Tribunal Central de 13 de Mayo de 1930 (número 264 del año 1929).

2.º En cuanto al tipo de liquidación dispuesto por el artículo 30 del Reglamento de 20 de Abril de 1911, que se pagara el impuesto por herencia, según el grado de parentesco entre el causante y el adquirente y según el valor de lo adquirido por cada heredero, debe aplicarse el tipo que según el número de la tarifa corresponde a la suma de lo que cada heredero adquiera.

3.º Demostrado que el capital del causante fué descubierto al practicar el expediente de comprobación mediante la aportación del balance, que no presentaron los herederos espontáneamente, aunque se les pidió dos veces, hay que reconocer que la ocultación se comprende en el párrafo tercero del artículo 180 del Reglamento antiguo, redactado según el Real decreto de 21 de Septiembre de 1922, que castiga con una multa igual a la cuota la falta de declaración de bienes sujetos al impuesto como consecuencia de la no presentación de los documentos que en el plazo marcado debió hacerse, según ha declarado el Tribunal Central en acuerdo de 29 de Abril de 1930 (1 de 1930).

4.º Según el artículo 114 del antiguo Reglamento, los interesados deben presentar los documentos necesarios para liquidar, y si no lo hacen, incurrir en multa, a tenor de lo dispuesto en los artículos 180 y 80 del mismo Reglamento, de cuyos preceptos se deduce que es requisito necesario que preceda requerimiento al particular, y no hecho así, habiéndose exigido la multa sin el previo requerimiento, la multa es nula.

5.º El impuesto del timbre es diferente del de derechos reales, y ha de ser exigido en expediente diferente. (Acuerdo del Tribunal de 28 de Julio de 1931.) 50-1930.

## III

*Herencia. 1.º Si bien el acto administrativo en que consiste la liquidación del impuesto debe ser reclamado en el plazo de quince días, tal plazo se cuenta desde el siguiente al en que haya sido debidamente notificado; y si no consta hecha la notificación en forma debida, ha de entenderse hecha en tiempo la reclamación. 2.º El trámite de poner de manifiesto el expediente para hacer alegaciones ha de entenderse en segunda instancia, y si hay más de un apelante. 3.º No es deducible la deuda reconocida en un testamento, aunque haya mediado sentencia en juicio equitativo, si la ejecución ha sido debida a allanamiento del demandado, fundado en lo dispuesto en ese testamento.*

1.º Si bien el artículo 200 del Reglamento del impuesto dispone que las liquidaciones del impuesto constituyan actos reclamables, el 62 del de Procedimiento dispone que los quince días para reclamar se cuenten desde que el acto haya sido debidamente notificado; y no cumplidos en la notificación los requisitos exigidos en el párrafo segundo del 34 de este último Reglamento, sin lo cual la notificación se entiende como no hecha, según el párrafo quinto del mismo artículo, a menos que la parte interesada se dé por notificada, ha de admitirse el recurso, no desestimándole por extemporáneo, aunque hayan pasado los quince días.

2.º Según el artículo 89 del mismo Reglamento y Sentencia de 26 de Mayo de 1928, sólo es admisible el trámite de alegaciones en segunda instancia si hay más de un apelante.

3.º Según el artículo 101, párrafo primero, del Reglamento sólo son deducibles en las herencias las deudas contra el causante que consten en documento público que lleve aparejada ejecución según el 1.492 de la ley de Enjuiciamiento civil, en cuyo concepto no puede estimarse comprendida la deuda reconocida por el causante en su testamento, según el párrafo cuarto del mismo, aunque se hubiese dictado sentencia por un Juzgado en juicio ejecutivo seguido por el acreedor contra la herencia yacente, en que se reconoció la existencia de la deuda y se ordenó hacer traba y remate de los bienes embargados, porque limitándose al orden fiscal, y sin entrar en otra clase de consideraciones, es lo cierto que

tal sentencia se funda únicamente en la deuda hecha por el causante en su testamento, reconocimiento que no es bastante para rebajar la deuda del caudal hereditario; además, la sentencia es posterior al fallecimiento del causante, y carece del requisito exigido por el mismo artículo de ser el documento anterior a la fecha de apertura de la sucesión; éste es el criterio de las sentencias del Tribunal Supremo de 31-12-1921, 20-11-1922, 17-2-1923, 27-12-1927 y 20-2-1928. (Acuerdo del Tribunal Central de 20 de Enero de 1931.) 53 de 1930.

#### IV

*Deducción de deudas dimanantes de letras de cambio. No son deducibles de una herencia las letras de cambio aceptadas por el causante, pero de fecha de vencimiento posterior al fallecimiento de aquél, cuya firma no fué reconocida por él ni por sus herederos ante Juez competente.*

Solicitado por unos herederos la rebaja del caudal relicto de deudas que constaban en letras de cambio aceptadas por el causante, aunque eran de fecha posterior al fallecimiento de aquél, reconocidas por los herederos, relacionadas en la escritura particional, alegando que, según el artículo 101 del Reglamento y la sentencia del Supremo de 1 de Abril de 1918, es suficiente, para deducir una deuda que el documento en que conste sea indubitado, aunque no lleve aparejada ejecución, porque a los efectos del impuesto no se trata de abrir un procedimiento ejecutivo, sino de hacer fe en juicio, accedió el Tribunal provincial; pero interpuesto recurso por la Dirección de lo Contencioso, el Central revoca tal acuerdo, y fija esta doctrina. Las deudas sólo pueden deducirse del caudal relicto si constan por documento bastante para hacer fe en juicio, según el artículo 1.429 de la ley de Enjuiciamiento civil, conforme al 101 del Reglamento del impuesto; la excepción del 101, taxativa y concreta, no tiene otro alcance que el que se sigue de sus palabras, según las que no basta que el documento haga fe en juicio, sino que es preciso que lo sea «a tenor del artículo 1.429 de dicha ley», o sea que el documento tenga un grado de fehaciencia especificada en dicho artículo, el cual enumera los títulos que tienen fuerza ejecutiva, con exclusión de todos los

demás; la sentencia de 1 de Abril de 1918 citada fué declarada in-ejecutable por Real orden de 14 de Julio siguiente, y además el criterio sostenido en aquélla es contrario al de otras del mismo Tribunal de 31 de Diciembre de 1921 y 23 de Enero de 1923; según el número 4 del repetido artículo 1.429, las letras de cambio llevan aparejada ejecución no solamente después de haber sido protestadas sin poner tacha de falsedad, sino también cuando han sido reconocidas por el aceptante; pero requiriéndose, según los números 2 y 4 del mismo artículo, que el reconocimiento sea judicial, y como en este caso las letras fueron aceptadas por el causante, pero su firma no fué reconocida por él ni por sus herederos ante Juez competente, sino sólo en la escritura particional, es visto que las letras carecerían de fuerza ejecutiva en el momento de su transmisión sucesoria, así como después de ella, y no son deducibles. (Acuerdo del Tribunal Central de 11 de Noviembre de 1930.) 54-1930.

## V

*Contrato de obras con suministro. Hecho un contrato de obras con suministro en cuya escritura se indica que el 50 por 100 del precio tiene el carácter de ejecución de obra, y el otro 50 por 100 el de suministro, según certificado unido a la escritura al final de la copia, expedida por el Ingeniero correspondiente, el cual expresa que aproximadamente el 50 por 100 se invertirá en jornales, no reúne los requisitos necesarios para que tal distribución prevalezca sobre la presunción legal, según la que deben estimarse dos tercios como contrato de compraventa o transmisión de bienes y un tercio como suministro, a menos de especificarlo en el contrato mismo, es decir, expresa y detalladamente, partida por partida, en el contrato mismo o en documentos que formen parte de él, y para todos los efectos y no meramente al del pago del impuesto de derechos reales, y no puede entenderse reemplazada tal declaración por una certificación hecha fuera del contrato por la persona obligada y en globo, fijando el tanto por ciento que a su juicio corresponda.*

Es doctrina repetidamente fijada por el Tribunal Central, entre otros, en acuerdos de 26 de Noviembre de 1929 y 25 de Marzo,

13 de Mayo y 7 de Julio de 1930, en vista de los artículos 2.º, número 15, de la ley, y 4 del artículo 18 y párrafo tercero del 25 del Reglamento. (Acuerdo del Tribunal Central de 11 de Junio de 1930.) 55 de 1930.

## VI

*El acto por el cual dos socios extraen del acervo social un inmueble y lo sustituyen por una cantidad equivalente en metálico, aportado por mitad por ambos, no constituye modificación social sujeta al impuesto como acto de la Sociedad, sino una compraventa, liquidable como tal.*

Contra liquidación en que tal acto se estimó como compraventa acudieron los socios, alegando que el precepto fiscal aplicable era el artículo 19, párrafo 13, del Reglamento del impuesto, por cuanto en el presente caso no ha habido más que una simple subrogación de bienes y un acto unilateral realizado por un solo sujeto de derecho sobre su propio patrimonio, faltando todos los requisitos de la compraventa, tratándose de dos actos: uno de reducción y otro de ampliación de capital; y que se debían girar dos liquidaciones por concepto de Sociedades.

Así lo acordó el Tribunal Provincial; pero el Central lo revoca; según el artículo 2., apartado 16, números 57, 59 y 60, de la tarifa, y los artículos 5.º, números 16 y 19, del Reglamento, son aquellos que tiene por objeto la aportación de bienes, el aumento o disminución de capital social, la adjudicación de bienes por disolución o rescisión parcial de la Sociedad, o bien alguna modificación o transformación por cambio de naturaleza, forma u objeto, facultades u operaciones. En el caso reseñado no se efectúan ninguna de esas operaciones, pues sólo se trata de la sustitución de una finca por el metálico equivalente, sin trascendencia en relación con el funcionamiento de la Sociedad, que continuará rigiéndose por las mismas estipulaciones de su constitución. Atendiendo a la verdadera naturaleza del acto, según el artículo 41 del Reglamento, debe calificarse como compraventa entre la Sociedad y los socios, pues la finca sale del patrimonio social a cambio del metálico en que está valorada, y los socios adquieren la finca por ese metáli-

co, cumpliendo el artículo 1.445 del Código civil, sin que a ello se oponga que sean los mismos socios quienes la trasmitan, pues la Sociedad es persona jurídica distinta de los socios, según el artículo 135 del Código civil y 116 del de Comercio. (Acuerdo del Tribunal Central de 15 de julio de 1930.) 58 de 1930.

## VII

*Exenciones de casas baratas. La exención otorgada a éstas alcanza sólo al solar y no al edificio construido en él.*

Según el artículo 8.º del Reglamento del impuesto, dispone que ni aun a pretexto de ser dudoso, podrán exceptuarse del impuesto otros actos o contratos que los del artículo 6.º del mismo, precepto que se halla en armonía con el 5.º de la ley de Contabilidad, que prohíbe perdones o moratorias de contribuciones, a no ser en los casos establecidos en la ley; el artículo 6.º del Reglamento citado, en su número 33, dispone que gozarán de exención los actos y contratos a que se refieren los Reales decretos de 10 de Octubre de 1924 y 29 de Julio de 1925, disposiciones fundamentales en esta materia; y como el artículo 10 del primero declara exenta la adquisición y venta de los terrenos destinados a casas de tal naturaleza, siempre que hayan obtenido y conservado la debida aprobación, no es lícito ampliar la exención a las edificaciones hechas en dichos solares, interpretación extensiva que pugnaría con el artículo 8.º del impuesto, y que no encontraría apoyo en ninguna de las disposiciones reglamentarias del Ministerio del Trabajo, al regular los decretos de casas baratas. (Acuerdo del Tribunal Central de 2 de Diciembre de 1930.) 59-1930.

## VIII

*Plazo para promover reclamación. Es de quince días desde que se notifica el acuerdo constitutivo del acto administrativo, por lo que acordada en 6 de Noviembre la denegación del fraccionamiento del pago del impuesto, notificado ese acuerdo en 8 del mis-*

*mo y promovida la apelación el 14 de Enero, es evidente que, a tenor del artículo 62 del Reglamento de Procedimiento, era firme el acuerdo reclamado, que, según el 135 del de Derechos reales, constituía acto administrativo.*

## IX

*Beneficencia. La donación de una casa hecha al Instituto de Madres Oblatas de Z. está sujeta al impuesto de derechos reales por el tipo corriente y no por el tipo especial de beneficencia.*

Por escritura pública cinco Madres Oblatas del Santísimo Redentor compraron una casa en Z. y establecieron entre sí una Sociedad llamada tontina respecto de la propiedad de la finca, haciendo constar en convenio posterior que vivían tres de las seis que le concertaron; fallecidas dos de ellas, la sobreviviente, reputándose dueña de la totalidad de la finca por muerte de las copropietarias, hizo donación, en escritura pública, al Instituto de Reverendas Madres Oblatas del Santísimo Redentor. El Liquidador, presentada la escritura de donación, giró liquidaciones por herencia de las diversas sucesiones de la parte de casa que correspondió a cada religiosa en la tontina a favor de las sobrevivientes y por la donación de la casa de la última propietaria al Instituto de Madres Oblatas; contra todas las liquidaciones recurrió la Superiora General del Instituto, pidiendo se declarasen prescritas las sanciones de la religiosa fallecida en 1912 y que se liquidase al tipo benéfico, según el párrafo segundo del número 9 de la tarifa.

La reclamación es desestimada.

La declaración de establecimiento benéfico a favor del asilo constituido en Z. por la Congregación de Oblatas del Santísimo Redentor no puede aprovechar al Instituto de dichas religiosas para que se aplique la tributación especial del número 7, párrafo segundo, de la tarifa y el artículo 28, párrafo cuarto, del Reglamento, pues no se ha demostrado, ni siquiera se ha alegado, que ambas entidades sean una sola persona jurídica, ni que el Instituto dedique todos sus bienes o, al menos la finca donada, a los fines del asilo, por lo cual es de aplicación el párrafo sexto del artículo 28,

que niega el tipo de favor cuando hay persona interpuesta y el legado no se hace a los establecimientos mismos. Las sentencias del Supremo de 22 de Abril de 1911, 24 de Septiembre de 1915 y 17 de Octubre de 1924 se refieren a entidades directamente clasificadas como de beneficencia, o cuyos bienes o actividades estaba demostrado se hallaban en su integridad consagradas al servicio benéfico que gozaban de la clasificación. En cuanto a las liquidaciones giradas a cargo de los derechohabientes de cada religiosa recurrente, ni por sí ni como Superiora del Instituto ha demostrado ser tal derechohabiente, careciendo de personalidad para reclamar. (Acuerdo del Tribunal Central de 9 de Diciembre de 1930) 63-1930.

GABRIEL MAÑUECO,

Abogado del Estado.