

REVISTA CRÍTICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO

Año IV

Febrero de 1928

Núm. 38

Nueva orientación del Derecho de Propiedad

El primer Congreso Nacional de Derecho civil, organizado en la República Argentina por la Facultad de Derecho y Ciencias sociales de la Universidad de Córdoba, acaba de aprobar la siguiente proposición (presentada y sostenida por el Dr. D. Sebastián E. Alvo) que, por su precisión y estructura, da una idea clara y completa de la evolución del derecho de propiedad.

I

«Al revisar las instituciones jurídicas se debe comparar severamente, el derecho positivo existente con el derecho ideal de la época, que es de donde obtendremos los nuevos elementos para una organización más perfecta, que esté en armonía con las exigencias presentes de la sociedad.

La vida individual es un conjunto de centros de agitación constante, cuyas manifestaciones alteran el equilibrio social e impulsan, al hombre, a obrar. Este, jamás se movió sino mediante la influencia de estos impulsos irresistibles que se llaman *necesidades*; y su acción se dirigió siempre a buscar los medios de satisfacerlas. De modo que nos encontramos en presencia de dos factores que juegan un rol importante en la vida social:

a) *La necesidad*, que importa el desequilibrio social existente;

b) *Los medios de satisfacción de esas necesidades*, que tienden a establecer ese equilibrio.

La necesidad opera también en el campo de lo jurídico, dando origen a las instituciones de derecho. Una serie de hechos de una misma índole se suceden; su constancia atrae la atención de los individuos, evidenciándose una nueva *necesidad social* que despierta el interés del grupo por satisfacerla, y como el interés es una fuente inagotable de energía, nace, a su empuje, el medio de satisfacción, que es la institución jurídica. Así se producen muchos casos en que el obrero, durante y con motivo del trabajo, recibe un daño en su persona, y se constata que los sujetos damnificados, pertenecen a la clase proletaria que se encuentra desamparada. De esto nace la *necesidad social* de socorrer a estos factores del progreso cuando sufran un accidente de trabajo. Esta *necesidad* incita el interés, provocando una serie de reacciones individuales y recíprocas que establecen un ir y venir de juicios y opiniones referentes a la manera de satisfacerla, hasta que se llega a la conclusión, aceptada por la colectividad, de que los accidentes de trabajo deben ser indemnizados, surgiendo, en definitiva, la institución del *seguro*, que el legislador reglamenta. *La necesidad social* de indemnizar al obrero ha quedado satisfecha con la creación de la institución jurídica del *seguro*.

Siendo esto así, es forzoso convenir en la existencia de una íntima relación entre ambos términos, que puede muy bien equipararse a la que media entre el antecedente y el consecuente. Pero esa relación se pierde después de un tiempo, debido a que la institución jurídica queda más o menos estabilizada en el derecho positivo; mientras que *la necesidad* va adquiriendo nuevas modalidades que la alejan de aquélla. La sociedad es un organismo que está en constante movimiento, impulsado por *la necesidad* de llegar a una mayor perfección para alcanzar el máximo de bienestar. Este desenvolvimiento progresivo ocasiona mutaciones de todo género en la estructura social, que influyen en sus caracteres y condiciones, y crea nuevas exigencias que modifican la naturaleza de *la necesidad*; de manera que la organización de *la institución de derecho* no satisface en un instante dado a *la necesidad* que le dió origen. Entonces, cuando esta disconformidad es manifiesta, el legislador, mediante una nueva organización,

debe conformar *la institución* jurídica a las nuevas modalidades que ha impuesto a *la necesidad* el progreso social.

La institución del dominio ha seguido en su evolución, a través del tiempo y del espacio, a *la necesidad económica* que le dió vida. Hay épocas en las cuales esa *necesidad* toma caracteres bien definidos, constatándose que la noción de la propiedad se ha modificado de acuerdo a la característica de su antecedente. Es decir, que existen momentos en que la evolución concordante de ambos términos se evidencia de un modo indubitable, que constituyen verdaderos períodos históricos de la propiedad.

PRIMER PERÍODO

Tiempos remotos.—El hombre se confundía en el grupo amorfo llamado horda. Solamente llenaba necesidades de carácter orgánico. Comprende tres etapas:

a) Se limitaba a la apropiación de aquellas cosas indispensables y de inmediata aplicación a las necesidades presentes, sin tener en cuenta para nada el futuro y lo eventual. No hay vestigios de ninguna necesidad de carácter económico, y, por tanto, *ausencia del concepto de propiedad*.

b) Las necesidades eventuales y futuras provocaron el ahorro, y la utilidad de las cosas despertó el interés por conservarlas. *La necesidad económica* de darle aplicación a la riqueza incipiente, se esboza. Hay entonces *vestigios del derecho de propiedad mueble*, que se extiende a los alimentos y utensilios de caza y pesca que se guardaban en los sitios que les servían de refugio.

c) *La necesidad* de defensa no sólo de estos alimentos y utensilios, sino de los lugares destinados para la caza y la pesca, determina el *estado incipiente de la propiedad inmueble*.

Las tribus pescadoras de la Tierra del Fuego y las de Transmanía, descritas por Bronwick, nos suministran ejemplos de estas transformaciones.

SEGUNDO PERÍODO

Grupos de organización simplísima de vida sedentaria e intereses comunes.—Surge la *necesidad* de aprovechar la riqueza en

beneficio de la comunidad.—*Concepto comunista de la propiedad.* Comprende dos etapas :

a) La crianza del ganado transforma en pastoriles las tribus trashumantes, y, con ello, nace *la necesidad* de defender el campo de pastoreo, lo cual afianza el dominio del territorio que se confunde con el derecho de soberanía. *La propiedad es de carácter comunista absoluto.*

b) La organización se complica con la familia. El hombre, compelido por la escasez de productos y las obligaciones que le imponía la pequeña agrupación, se vió en *la necesidad* de buscar en el cultivo los medios de satisfacción nutritiva para él y su prole, *apareciendo así el germen de la propiedad privada de carácter comunista familiar.*

TERCER PERÍODO

Grupos más o menos organizados, en los que prevalece el espíritu de conquista provocado por las necesidades que exige el aumento de población y la adquisición de otros elementos de lucha. La conquista produce tres consecuencias que determinan dos nuevos caracteres a la propiedad :

a) En primer término tenemos *el botín*, que multiplica la riqueza mueble y provoca *la necesidad*, de carácter particular, de aprovechar esa riqueza a fines individuales, lo que *representa el germen de la propiedad privada de carácter individualista.*

b) En segundo término está *la anexión del territorio* tomado al enemigo, que pasaba a ser patrimonio del soberano, da nacimiento a la *propiedad privada como emanación del Estado*, dado que solamente es reconocida cuando la autoridad pública la otorga y protege.

c) El perfeccionamiento de la organización social dió margen a múltiples exigencias que provocaron *la necesidad social*, de carácter económico, de aplicar esta riqueza a fines particulares y colectivos, cediéndola el Estado a los súbditos para su explotación ; con lo que *aparece el primer concepto jurídico de la propiedad.* Los germanos, después de la muralla que, según Tácito, levantaron los romanos junto al Rhin, obligando a aquéllos a constituir

aldeas fijas, nos dan ejemplos de esta organización, de la cual habla César como existente en el año 51, antes de J. C.

CUARTO PERÍODO

Grupos organizados en nación con intereses múltiples individuales. La afectación de la riqueza territorial a fines particulares hizo destacar la personalidad humana hasta que llegó a su completa perfilación, provocando *la necesidad* de afianzar socialmente, con fines económicos, *la propiedad privada*, que condujo a organizar la institución jurídica del dominio *con un carácter netamente individualista*. Más tarde, este individualismo absoluto se moderó mediante las restricciones y limitaciones legales del dominio, que se perpetuaron hasta nuestros días.

QUINTO PERÍODO

(*Epoca actual.*)—El mantenimiento de la estructura social es una necesidad sentida e indispensable para la coexistencia. El interés particular ha ido cediendo a los intereses generales del grupo, hasta que se ha hecho necesaria la subordinación del individuo a la sociedad, imponiéndose la coexistencia del individualismo y del colectivismo como coesenciales. Esto ha despertado *la necesidad* de amoldar el concepto de la *propiedad a este eclecticismo en beneficio de la sociedad*.

Resumiendo, podemos formar el siguiente cuadro:

EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD	Vida nómada....	Horda.....	Ausencia del concepto de propiedad.
		Tribu.....	Germen de la propiedad comunista.
	Vida sedentaria..	Pastoril.....	Propiedad comunista absoluta.
		Agrícola.....	Propiedad comunista familiar.
	Vida en sociedad organizada....	Feudalismo....	Propiedad individualista absoluta.
		Tiempos modernos.....	Propiedad individualista moderada (restricciones y limitaciones).
		Tiempo actual..	Colectivismo e individualismo coexistentes y coesenciales. Corresponde un concepto ecléctico de la propiedad.

Se constata por este análisis, que cuando el bien de la colectividad se supeditaba al interés individual, correspondió, conse-

cuentemente, una organización individualista pura del derecho de propiedad. Hoy, que ha cedido este interés al bienestar general, pasando de subordinante a subordinado, pertenecería, con el mismo criterio relativo, una organización socialista pura. *Pero como no es posible prescindir en absoluto del individualismo, dada la acción que desenvuelve el hombre en la sociedad*, LA NUEVA ORGANIZACIÓN DEBE CONSIDERAR AL COLECTIVISMO Y AL INDIVIDUALISMO COMO COEXISTENTES Y COESENCIALES, IMPRIMIENDO A LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DEL DOMINIO UN CARÁCTER EMINENTEMENTE ECLÉCTICO QUE CONCILIE AMBOS INTERESES.

II

La concepción jurídica bajo la cual se organizó en nuestro Código civil la institución del dominio, está inspirada en la escuela individualista: Esta escuela es tradicional e influyó muy eficazmente en la preparación del movimiento que produjo la emancipación del hombre. Considera al espíritu, o conciencia individual, como algo aislado, libre de toda relación, que sólo acciona para llenar necesidades de carácter particular. La noción de la sociedad, dentro de esta doctrina, es atomista: las peculiaridades del grupo son las mismas que las de sus componentes, pues la colectividad no es otra cosa que la suma de ellas, y no se reconocen otros fines que los particulares, dado que el individuo es el único punto de mira para cuyo bienestar se ha organizado la sociedad.

El aspecto jurídico de esta doctrina se caracteriza por el reconocimiento que hace a priori de un bagaje de derechos inalienables e imprescriptibles, inherentes a la propia personalidad humana. La protección, garantía y estabilidad de estos derechos es la finalidad única de las instituciones jurídicas. Este concepto está estereotipado en el artículo 2.º de la Declaración de 1789, de los derechos del hombre al decir: *«que el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre»*. De aquí, que la Constitución Francesa del año 1791 disponía, en el párrafo 3.º del título 1.º, que el Poder legislativo no podía hacer ninguna ley que atentare y fuera un obstáculo al ejercicio de los derechos naturales y civiles del hombre.

Dentro de esta posición, *la necesidad económica* de afectar la riqueza territorial en vista únicamente de fines particulares, surgió del interés manifiesto de proteger especial y señaladamente el desenvolvimiento de la acción individual de los componentes del grupo, ya que el individuo, por esta doctrina, es el principio y fin de la colectividad. La noción de la propiedad participó, necesariamente, de los mismos caracteres que su antecedente, organizándose la institución jurídica del dominio conforme a dicho concepto, como se constata en todos los cuerpos legales que se han elaborado de acuerdo a esta doctrina: *Declaración de Derechos* de 1789, artículo 17. *Códigos*: francés, artículo 544; argentino, artículos 2.506, 2.508, 2.510 y 2.513; brasileño, artículos 524 y 527, y alemán, artículo 903.

Basta determinar la situación del individuo en sociedad y analizar los efectos de su acción respecto de su persona y en referencia a la colectividad, para llegar, fatalmente, a la conclusión de que: *la escuela individualista sustenta una concepción extrema unilateral que no responde a los principios a que obedece el organismo, en el cual el hombre desenvuelve sus actividades*. La estructura social se mantiene debido a «la conciencia que tiene el individuo de que el grupo a que pertenece forma una unidad, a la cual se siente vinculado». Este concepto fija la íntima conexión que hay entre ambos términos—*individuo y sociedad*—, pudiéndose decir, sin hesitar, que la sociedad constituye una segunda naturaleza para el ser humano, de la que no puede prescindir en su vida de relación. De esto, surge una subordinación de las partes al todo, que obliga, necesariamente, a supeditar los intereses individuales a los generales. El derecho entonces no puede ser individualista puro, desde que, representando la conservación y prosperidad del grupo la propia finalidad de sus componentes, las exigencias de la colectividad deben encontrarse siempre en toda institución jurídica, ya sea como contenido del derecho, o ya como límite de la acción particular del hombre; pero, como el movimiento social depende de la acción individual, que es la fuerza que lo anima, resulta: que ambos intereses—individuales y sociales—son coexistentes y coesenciales. De aquí que LA ORGANIZACIÓN DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS NO DEBE RESPONDER EN EXCLUSIVO NI A LOS «INDIVIDUOS» NI A LA «SOCIEDAD», SINO QUE HA

DE CONCILIAR AMBOS TÉRMINOS GUARDANDO LA SUBORDINACIÓN QUE LE DEBE EL INTERÉS PARTICULAR AL SOCIAL. De este modo se llega a establecer que: TODA ASOCIACIÓN ORGANIZADA TIENE POR FINALIDAD EL MANTENIMIENTO DE LA ESTRUCTURA SOCIAL MEDIANTE LA PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE LA ACCIÓN QUE CADA INDIVIDUO DEBE REALIZAR EN BENEFICIO DE LA COLECTIVIDAD, Y ASEGURAR SU LIBERTAD DE OBRAR EN VISTA DE LA CONCILIACIÓN DE LOS INTERESES SOCIALES E INDIVIDUALES. Esta conclusión suplanta hoy al artículo 2.º de la Declaración individualista de 1789.

III

Desde que fué aplicada esta concepción jurídica, hasta nuestros días, los titulares de derechos han aumentado considerablemente, a la par que se han multiplicado también los derechos, produciéndose una lucha de nuevas voluntades que, aun dentro de la posición individualista actual, se hace menester ampliar las limitaciones legales de los derechos en beneficio del individuo mismo, para restablecer el equilibrio que ha sido desviado por el empuje de la enorme concurrencia.

Si existiese un solo propietario, o su número fuera muy reducido, con toda seguridad que la ley no se hubiera ocupado de este derecho, porque ninguna necesidad lo habría exigido; pero como, contrariamente, los titulares del derecho de propiedad son considerables, y las relaciones que de su ejercicio emergen son complejas, *la necesidad* de proteger la riqueza territorial movió el interés del grupo en el sentido de tutelar estas relaciones, afianzando y garantizando la propiedad mediante una organización jurídica del dominio. Ahora bien, esta protección será tanto más eficaz cuanto más de cerca se tutelen los intereses colectivos, coordinándolos con los individuales, pues esta coordinación es indispensable a los propios fines de la colectividad.

El individuo, como componente de ese todo que se llama sociedad y que es para él una condición suprema, inherente, si se quiere, a su cualidad de hombre, está en el deber ineludible de emplear sus actividades en el mantenimiento de la estructura social. En este sentido, es un funcionario del gran taller donde se elaboran los medios para satisfacer *las necesidades* que exigen la

conservación y progreso sociales, y tiene la obligación de supeditar su acción a los intereses generales; porque la libertad de obrar del individuo, dentro del grupo, está, necesariamente, limitada por el interés colectivo. Consecuentemente, siendo el derecho un producto social que se elabora, evoluciona y transforma en un medio común, es lógico y hasta imperativo que su ejercicio se organice en provecho de *la sociedad* que lo ha cultivado y cuidado hasta la florecencia, sin descuidar el interés del *individuo* que ha contribuido a su elaboración, pues ambos factores se complementan y se suman.

La propiedad inmueble, que no es otra cosa que el reconocimiento del uso y goce de la riqueza territorial, como fuente inagotable de recursos, por su propia calidad de derecho no puede continuar organizada de acuerdo con el concepto individualista que informan los artículos 2.506, 2.507, 2.510 y 2.513 de nuestro Código civil. La afectación de esta riqueza debe tender a que produzca el mayor beneficio posible a favor de la sociedad, circunstancia que nos conduce a socializarla, no en el sentido del socialismo doctrinario de Marx y sus derivados, sino CAMBIANDO EL CONCEPTO INDIVIDUALISTA EXTREMO POR OTRO MÁS AMPLIO QUE CONCILIE LOS INTERESES SOCIALES Y PARTICULARES, GARANTIZANDO EL USO Y GOCE DE LA PROPIEDAD RAÍZ, MIENTRAS ESTÉ EN ACCIÓN CONFORME A SU DESTINO, porque a la colectividad le interesa que la riqueza territorial esté en constante movimiento.

Por este nuevo concepto no desaparece la propiedad privada; lejos de ello, se mantiene con mejores vínculos. El individuo queda ligado a ella mediante su esfuerzo personal—el trabajo—, que ennoblece y dignifica, ofreciendo a favor de la sociedad un mayor rendimiento de la energía humana, en cuanto incorpora a la actividad social bienes que por la noción individualista pura, se encuentran totalmente paralizados, con gran perjuicio de la colectividad, y obliga a mantener en constante movimiento a la riqueza territorial.

Lo que se persigue es la modificación del concepto unilateral de la propiedad en un sentido ecléctico que ampare, con la relatividad que corresponde, los intereses sociales y particulares, conformándola, por medio de una nueva organización jurídica, al derecho ideal de la época.

I V

Con el individualismo se puede estabilizar la riqueza territorial—pues es uno de sus pecados capitales—, mientras que dentro del sistema ecléctico, que sustento, su estancamiento es imposible. La propiedad raíz, para que produzca el mayor beneficio al grupo, es indispensable que esté en constante movimiento, porque su paralización resta del provecho general una buena parte, que se la adjudica, egoístamente, el titular del derecho que ha especulado con el esfuerzo común sin contribuir en lo más mínimo a esa utilidad particular.

La inmovilización de esta riqueza representa un exceso que supera a las energías de los propietarios o responde a satisfacer especulaciones egoístas de los mismos. El interés social, que no es otra cosa que el bien público, exige que este exceso entre, también, en función para que toda la riqueza inmobiliaria, y no una parte de ella, contribuya al progreso de la colectividad.

El Estado, no obstante, que nuestro derecho positivo considera absoluto, perpetuo e ilimitado el derecho de propiedad, puede, en holocausto del bien público: limitar su goce por medio de las restricciones que legisla el título VI del Libro III del Código civil; *hacer compartir su uso* con otro que no es propietario, mediante la institución de *las servidumbres* establecidas por el título XII, libro III del Código ibíd.; *obligar a enajenarlo* a favor de un tercero, por causa de utilidad pública. Inc. primero del artículo 1.324 del mismo Cuerpo legal; *incorporarla a su dominio*, por el sistema de la expropiación—artículo 2.511—y, hasta sin forma alguna de procedimiento, bajo su sola responsabilidad, cuando la urgencia de la expropiación tuviera un carácter de necesidad—artículo 2.512—, con mayor razón está LLAMADO A INTERVENIR DENTRO DEL CONCEPTO ECLÉCTICO DE LA PROPIEDAD, PARA MOVILIZAR ESTE EXCESO; A LA PAR QUE GARANTIR EL DOMINIO, MIENTRAS LA RIQUEZA TERRITORIAL ESTE EN FUNCIÓN CONFORME A SU DESTINO, pues es antisocial que el Estado esté amparando, mediante el criterio individualista puro, a aquellos propietarios que, lejos de contribuir al bienestar general, se aprovechan de la acción del grupo en su exclusivo provecho. Los beneficios deben ser recíprocos, como recíprocos son los intereses de ambos términos—individuo y socie-

dad—que se mueven por el influjo de necesidades económicas concurrentes cuya satisfacción tiende a llenar los altos fines de la colectividad.

El aumento de la riqueza general se opera haciendo valer la riqueza particular. La fuerza dinámica que impulsa ese valor radica en el esfuerzo que cada uno hace para poner en movimiento su capital económico, resultando que el aumento es el efecto directo de este movimiento. El bien raíz es la riqueza por excelencia que ofrece la materia prima al progreso social, circunstancia que hace que la sociedad tenga interés por que no se estabilice. De aquí que el derecho de propiedad debe comprender, implícitamente, la obligación, de parte del titular, de emplear la riqueza territorial que posea, en virtud de este derecho, y de tenerla en constante movimiento, conforme al destino que le hubiere señalado.

El interés social por mantener en constante movimiento el derecho de propiedad entra evidentemente en la esfera del bien público, en cuyo nombre ha obrado y obra el Estado, para amparar los intereses generales del grupo, afianzando su estabilidad y progreso; de modo que si la paralización de la propiedad raíz afecta a ese bien público, su intervención para que se cumpla la obligación que dentro de este nuevo concepto ecléctico del derecho de propiedad contrae el titular de mantenerla en acción es imprescindible, ya sea por el sistema de las contribuciones u otro cualquiera.

Es indiscutible que la riqueza territorial obra muy eficazmente en el desenvolvimiento de la vida en común, ejerciendo una influencia poderosa en el progreso social; influencia que será tanto más decisiva cuanto mayor sea el movimiento que le impriman sus titulares. Este rol que desempeña la propiedad raíz en la economía de la vida social como consecuencia del vínculo moral que une al hombre con el mundo físico, dentro de la sociedad, es a lo que se llama *función social de la propiedad*, que la ejerce mediante la acción individual que la pone en movimiento; por esto es, digo, QUE EL ESTADO DEBE INTERVENIR PARA QUE LA PROPIEDAD CUMPLA LA FUNCIÓN SOCIAL QUE LE ES PROPIA.»

SEBASTIÁN E. ALVO.

Lo legal y lo justo ⁽¹⁾

La sentencia pone término al proceso: es para el Juez el momento más solemne y de mayor responsabilidad. Es cuando realmente encarna la Justicia y necesita despojarse de toda preocupación personal, de toda influencia extraña, de escuela, de secta, sentimental, profesional, jerárquica, popular, mediante un severo examen de conciencia que le asegure de la pureza de su corazón de juez.

El fallo ha de ser un exacto silogismo, en el cual la mayor esté representada por el texto legal aplicable al caso del pleito; la menor, por la fórmula concreta de la cuestión a resolver, y la consecuencia o conclusión, ha de ser el fallo. Tal es el orden discursivo que debe seguir el Juez; pero no la forma externa de su decisión: en la práctica, lo primero es la exposición del *hecho*, o sea de la cuestión propuesta; lo segundo, el razonamiento de la doctrina legal adaptable, y lo último, el precepto judicial decisivo. Observando el otro método en el trabajo mental, preparatorio, del Juez, se evita el riesgo de amañar inconscientemente un patrón infiel para la justa aplicación del Derecho.

Dice el Rey Sabio en la Ley XI del Título IV de la Partida III: «Verdad es cosa que los Judgadores deuen catar en los pleytos, sobre todas las otras cosas del mundo... e deuen ser acusiosos en puñar de saber la verdad dél (pleyto) por quantas maneras pudieren.» Un pleito no es otra cosa que la lucha por la verdad respecto de un hecho o de una situación: la demanda es

(1) Extracto fragmentario de un capítulo de la obra que sobre ciencia del procedimiento judicial está escribiendo nuestro distinguido compañero el Registrador de la Propiedad jubilado don Víctor Navarro. Comentario a unas sentencias en materia testamentaria.

el reto; el demandado recoge el guante; el combate se desarrolla en el período de prueba. En él ha de recoger el Juez los elementos para su convicción, analizando una por una todas las diligencias practicadas, y agrupándolas en tres categorías: desechables, dudosas y decisivas. Descartando la confesión o reconocimiento del hecho por el litigante a quien perjudica, la cual, según el proverbio, releva de prueba, quedan como piedras de toque de la verdad, los testigos y los documentos. Respecto de los primeros hay que mirar, antes que las declaraciones, las preguntas, que, aun siendo pertinentes, pueden resultar capciosas; las condiciones de veracidad del deponente, y su disposición de ánimo. En cuanto a los documentos, lo primero es su autenticidad, comprendiendo en este concepto todas sus circunstancias de forma, fondo, lugar y tiempo. En realidad, estos instrumentos suelen ser mixtos, pues, o están avalados por testigos de presencia, cuando son privados, o impuestos por la ley como requisito solemne. A este último aspecto corresponden tres recientes sentencias judiciales que nos dan pie para discurrir sobre el contraste práctico de los precedentes principios.

Se ventiló en los tres respectivos juicios, el valor de sendos testamentos: la tramitación subió hasta el Supremo. Los fallos de éste atañen más al *derecho que al hecho*. Dejando para luego su examen, comentaremos ahora el que pronunció el Juzgado en uno de los pleitos, y que acusa una inconcebible pérdida de sentido jurídico. El primer considerando es de un augurio fatal: «Del examen del contexto del referido testamento, *prescindiendo de todo lo que está fuera del mismo*, resulta que en él aparecen cumplidos los tres requisitos esenciales que señala el art. 395 del Código civil... y, por tanto, a juzgar por este solo documento, fuera preciso declarar su perfecta validez, como expresión fiel de la última voluntad de...». Y en el considerando último corrobora esta idea al justificar la no imposición de costas, porque «los demandados no han incurrido en temeridad al sostener la validez de un testamento que aparece extendido con arreglo a la ley». ¿En qué causas, pues, «que no constan del mismo» ha podido el Juez fundar su declaración de nulidad?

Si destapamos el *pastel* confeccionado por ese funcionario, veremos que el relleno consiste: 1.º La conversión en considerandos

de los números de hecho de la demanda. 2.º La concesión de indubitada a una sola de las dos versiones contradictorias de unos testigos que habiendo afirmado espontáneamente con el Notario la verdad de todo el contenido del testamento, lo desmienten con posterioridad a instancia e interrogatorio del demandante, de conformidad con lo expuesto en la demanda: con lo que se hacen reos de falso testimonio, puesto que sus opuestas aseveraciones son inconciliables. 3.º Sentar como prueba indicial decisiva *el conjunto* de las declaraciones distintas de cuatro testigos de referencia respecto de la incapacidad para testar de la causante, sobre circunstancias que pudieron haber acreditado directamente las personas aludidas. 4.º Hacer argumento condenatorio, del hecho de que la testadora mantuviese válido su testamento de 1909, hasta 1922: Y 5.º Dar valor persuasivo a la protesta de los parientes preteridos y a la supuesta extrañeza del público.

Pasemos sin más comentarios a otro terreno de mayor fondo, si bien de explotación menos segura. En él influyen elementos científicos, morales y hasta de simple *sindéresis*. Es campo en el que se disputan la posesión, *lo Justo y lo Legal*, o dicho de otro modo, *el fondo y la forma*.

No debe ser el Juez un simple mecanismo automático que únicamente dé la nota correspondiente al registro o tecla que se pulse; ni tampoco una fuerza libre carente de disciplina, que actúe en la dirección y con la intensidad que su particular y accidental inclinación le inspiren: entre esos dos extremos se ha de colocar el ente de razón que, ni puede prescindir, en absoluto, de las normas que restringen su albedrío, ni abdicar por completo de su facultad natural de discernimiento tomando por guía la regla Alfonsina de que prevalezca la verdad «sobre todas las cosas», y como aforismo experimental, el conocido proverbio: «La letra mata y el espíritu vivifica».

Aunque no es imposible el caso de que exista desacuerdo entre la mente de la ley y su expresión gráfica, lo más común es que se hallen bien concertados constituyendo un sólido cuyos componentes sólo un análisis concienzudo, *de gabinete*, puede aislar. Tiene, por tanto, el Juez dos cometidos: *precisar la verdad e interpretar la ley*. Esta labor es la que, a mi entender, ha sido erróneamente cumplida en las tres sentencias que me permito comentar.

En las tres se decide el valor discutido de instrumentos testamentarios notariales, y en las tres se ha atendido, casi exclusivamente, al elemento literal del precepto aplicable. Yo dudo que esa jurisprudencia llegue a consolidarse, pues pienso que obedece a una momentánea obsesión formalista de los señores que actualmente conocen de los recursos civiles, criterio cuya accidental rigidez carece de la inflexibilidad de las normas básicas y perdurables.

Respecto de la sentencia que ya he comentado, acato la doctrina del Supremo recordada en su casación; pero hay que reconocer que esa misma doctrina interpretativa, demuestra que la redacción del artículo 695 no perdió su ambigüedad al ser reformada en la segunda edición del Código. «El testador expresará su voluntad al Notario y a los testigos.» Si solamente al Notario se la expresa con anterioridad al acto de la publicación de la escritura, no se cumple ese precepto tan claro: darlo por cumplido con el simple *asentimiento* del testador a la redacción definitiva del testamento, leído por el Notario, priva a los testigos de su cooperación y de su facultad de contraste, que se desprende del artículo 675, y, por consiguiente, de la rectificación de conceptos o de expresiones, que no son ya personales del autor, sino peculiares del Notario, y que pueden modificar, y hasta desvirtuar, la última voluntad del otorgante. Por último: alguna significación se debe conceder a la particularidad del artículo 696, que parece clara excepción del 695 al reducir el papel de los testigos al de meros oyentes de la lectura y de la conformidad.

Se alega como dificultad para la previa comunicación a los testigos de la voluntad testamentaria, el precepto terminante del artículo 699, que exige la unidad del acto; pero tal argumento más bien se debe aplicar al conjunto de reglas de la sección 5.^a del capítulo 1.^o del libro 3.^o del título 3.^o, que están mal coordinadas, dando ocasión a estas antinomias; pero tal dificultad puede salvarse (aunque, como dice el Supremo, a costa de tiempo y de molestias, redactando el Notario su trabajo) a medida que el testador, *en presencia de los testigos*, vaya dictando sus disposiciones.

Es de notar que en las tres sentencias que nos ocupan, se trata de cuestiones de testigos; pero en las que ahora vamos a examinar no se resuelve sobre su actuación, sino sobre su calidad; y

aquí es donde se produce, a mi entender, el conflicto entre *lo justo* y *lo legal*, entre *el espíritu* y *la letra*.

El artículo 694 estatuye que el testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento y «tres testigos *idóneos*», y el 681 priva de esta cualidad entre otros, a «los dependientes, *amanuenses*, criados o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante». El 682 extiende la prohibición a los «parientes dentro de dichos grados, de los herederos y legatarios instituídos». Los textos son claros y precisos, fuera de los alcances de toda interpretación gramatical pero sujetos, sin embargo, a los principios de la exégesis científica. Es uno de ellos, como ya hemos dicho, el de atender al objeto o mente de la ley, que en el caso propuesto es *garantizar la verdadera voluntad del testador, haciendo imposible su simulación o su falseamiento*. Esa voluntad es la esencia, el alma, la fuerza vital del testamento, y, su *verdad*, debe sobreponerse a *todas las cosas*.

Vulgar se ha hecho, de tan repetidamente invocado, el aforismo jurídico: «Lo accesorio sigue a lo principal»; y no admito la posibilidad de que alguien dude que, así en las leyes como en los documentos auténticos (que son leyes para las partes interesadas), lo principal es su fondo, lo accesorio, la forma. Aquél se constituye por una o varias proposiciones, o imperativas o condicionales, ésta, por un conjunto más o menos nutrido de detalles, que pueden ser garantigos, o de mera solemnidad, pero siempre tan acoplados al pensamiento que tienen que expresar gráficamente que él aparezca patente y completo.

Mas puede ocurrir (y con frecuencia ocurre) que de los elementos externos, no esenciales para la cabal y acertada inteligencia del objeto fundamental de la norma, sino puestos por vía de garantía o solemnidad, falle alguno por defecto u omisión, sin que por ello se oscurezca el resplandor de la verdad allí contenida. ¿Deberemos arrojar el líquido porque la vasija esté desportillada? Porque se haya quedado tuerta una cotorra ¿dejará acaso de hablar? ¿Sería acaso discreto estrangularla por esa accidental imperfección?

En la esfera de nuestra investigación, la dificultad únicamente puede consistir en la operación de separar lo principal de lo accesorio; ahí reside el nudo del problema, y ese es el trabajo más

sutil del jurista. A mi modo de ver, contra ese escollo se han averiado las tres sentencias. La del Juzgado no fué casada por la indebida confusión de ambos conceptos; antes bien, el Supremo parece corroborarla tácitamente, puesto que se concreta a rectificar la lección del inferior al artículo 694 del Código. Adviértase que en el pleito aquél nunca se impugnó directamente la voluntad consignada en la escritura, oponiéndole otra contraria o por lo menos diferente, en forma legal manifestada; la aportación de un testamento otorgado nueve años antes fué un argumento por demás pueril; el de incapacidad de la testadora, infundado y arbitrario. En esa consistencia de la voluntad testamentaria entiendo yo que estriba el verdadero fundamento de la validez del instrumento que la contiene, aunque realmente hubiera sido necesaria la presencia de los testigos en el acto de ser aquélla manifestada al Notario: ellos la aseveran bajo su firma.

Más clara aparece la situación en las otras dos sentencias, pues en ellas se razona y se decide, no sobre la forma de expresarse la voluntad, sino respecto de la calidad de los testigos, lo cual, en mi opinión, es todavía más accesorio que lo otro. Se da por cumplido el artículo 695, pero se declara quebrantado el 694 en relación con el 681 en uno de los casos, y con el 682 en el otro, aplicándose a ambos el 687. Este último es terminante, y para los esclavos de la letra no hay más remedio que pronunciar la nulidad del acto en que tales incorrecciones se cometieron. Así, el Supremo. Mas, séame permitido, sin ofensa ni mengua de mi respeto a tan alto Tribunal, exponer algunas consideraciones inspiradas en el mismo Código, en apoyo de mi teoría opuesta a ese modo de interpretar la ley.

Es indiscutible que el propósito que palpita en todo el capítulo 1.º del título 3.º del libro 3.º de dicho cuerpo, es facilitar a los ciudadanos los medios de expresar su postrera voluntad, de modo que quede permanente y a salvo de tergiversación y de falseamiento; empero, vamos a ver que en el desarrollo de ese doble fin no se acertó a combinar el concurso de estos tres elementos: lógica, equidad, moral.

Respecto del primero, basta, para advertir su ausencia, cotejar las disposiciones relativas al testamento ológrafo con las que regulan el abierto: en aquél se ha relajado de tal manera el con-

trasté de la autenticidad, que, por sumisión a una disposición gubernativa, se suprimió el racional requisito de que el papel timbrado en que se escribiese el documento fuese del mismo año que el declarado en la fecha del otorgamiento. Como fianza de la verdad sólo queda la deleznable autenticación del puño y firma del otorgante, y sería suficiente que cualquier pariente preterido los negase para que todo quedase en alto. En cambio, en el segundo de dichos testamentos se han amontonado las solemnidades, las asistencias, las cortapisas y los requilorios, de tal modo que lo de menos en él parece ser la voluntad del testador, supeditada a la forma externa de su expresión. A fuerza de quererla asegurar y proteger se la estrangula.

Tampoco encuentro lógica la inhabilitación de los parientes hasta el cuarto grado, como testigos del testamento. No es ese el caso del testimonio en causa civil o criminal. Aun en ellas, queda al arbitrio del Juez la estimación de la tacha, o el valor de la declaración de quien desde luego se confesó pariente de la parte que lo presenta. Anular preventivamente y en general, por causa de parentesco, el concurso de un testigo en el testamento, bajo el supuesto de un hipotético peligro de sugestión o coacción moral, es extender la desconfianza a los otros dos testigos y al Notario, sin cuya complicidad sería imposible el amaño.

Sobre ese tema de los testigos, nos brinda nuevo e inesperado aspecto interpretativo la última de las sentencias en estudio. Resulta de ella que el parentesco no fué ya directo con el heredero efectivo, sino con un primer instituído que se frustró, porque lo había sido bajo el supuesto condicional de que sobreviviese al testador, y le premurió. Previendo esta eventualidad, se nombraron sustitutos, los cuales, a la muerte del causante, entraron en posesión de la herencia. Años después descubre un individuo (probablemente comprendido en la escala de la sucesión legítima) que uno de los testigos que concurrieron a la formalización del testamento era pariente de la persona designada condicionalmente en primer lugar; y fundándose en tan estupendo defecto legal, formula demanda de nulidad. El Juez y la Audiencia la desestiman, entendiendo que fallada la condición esencial de supervivencia había quedado sin efecto el nombramiento en ella cimentado, consolidándose, en cambio, el de los sustitutos, con quienes ningún pa-

rentesco tenía el testigo tachado. Pero el Tribunal Supremo considera, por el contrario, que es de aplicación al caso el artículo 694, porque la tacha había quedado incorporada a la herencia y la transmitía con ella sin consideración a la persona del heredero efectivo.

Excusado me parece advertir que voto con el Juzgado y con la Sala.

Se halla harto extendida la creencia de que la equidad sólo ha de entrar en función a falta o por deficiencia de una ley aplicable al caso enjuiciado, y aunque es cierto ese carácter supletorio, no lo es su exclusivismo; muy al contrario. La acción de la equidad comienza desde el momento en que en la mente del legislador brota el germen del nuevo precepto; lo acompaña sin cesar durante su desarrollo, y es su piedra de toque una vez formulado. En este sentido, la equidad es el símbolo de la justicia. Ley inicua, ley injusta. Su vicio de iniquidad será el virus congénito que, tarde o temprano, la matará. Así murieron la parricida potestad paterna de los romanos, la esclavitud, los señoríos, los mayorazgos; y así se tambalean actualmente el capitalismo industrial, el territorialismo agrario...

Ahora bien: nadie podrá convencerme de que es equitativa una disposición que derrumba todo un edificio jurídico laboriosamente construido, solamente por haberse desprendido una de las molduras que adornan su fachada. La solidez de un testamento se halla sobradamente asegurada sobre los cimientos de la espontaneidad del testador, atestiguada por el Notario y los dos testigos que restan si se invalida el tercero: es absurda su anulación.

Este criterio que sustentamos de máximo respeto a la voluntad manifiesta del testador, o sea su preponderancia sobre cualquier deficiencia parcial en alguna de las formalidades prescritas por el Código, lo vemos aplicado por él mismo en muchos de sus artículos. El número 2 es el adoptado en los siguientes casos: intérpretes del testamento en lengua extraña (684); identificación del testador desconocido del Notario (685); lectura del documento al otorgante completamente sordo (697); testamentos militar y marítimo (716, 720 y 722). En tiempo de epidemia se puede prescindir del Notario, y, por fin, ¡el colmo!, en el cerrado se da completa fe a la persona que, a ruego del otorgante que no sabe escribir, lo redacta, lo firma y rubrica todas las hojas (706).

Las precedentes consideraciones, y otras muchas, son aplicables también al total contexto del artículo 681; pero limitado mi propósito a poner de relieve el conflicto que necesariamente se ha de producir en la conciencia del juzgador al tener que optar entre lo legal y lo justo, o sea, entre la ley y la verdad, solamente hablaré del número 8 del citado artículo, tomando pie de su aplicación a la nulidad de cierto testamento, declarada por el Tribunal Supremo, por ser uno de los testigos amanuense del Notario autorizante. Punto es éste en que la práctica desmiente a la ley, sin perjuicio para nadie, y en armonía con la verdad. De él sólo quiero decir, que me parece evidente que la interdicción no hiere al humilde subalterno, sino a su jefe. ¿Qué influencia puede ejercer el pobre escribiente sobre el testador, que casi siempre le es desconocido? ¿Cómo es posible que en presencia de su patrono, y sin el consentimiento de éste, se atreva a torcer la voluntad del otorgante? ¿Cabe acaso que al trasladarla al papel la tergiverse? ¿No lo advertirían al tiempo de la publicación el Notario y los otros testigos? Ni aun la complicidad por el silencio en la comisión de algún fraude sería nunca espontánea, sino impuesta: de modo que, como dejo dicho, la deshabilitación del amanuense como testigo, se funda únicamente en su dependencia del Notario, a cuya voluntad es natural que se vea supeditado con abstracción de la propia. No es, pues, del instrumento, y sí de quien lo maneja, de quien hay que recelar: y sobre él recae en realidad, aunque indirectamente, el recelo de la ley.

Moral.—En este aspecto da el tono la ineludible presunción de que tan solamente la codicia o el despecho de un preterido a quien correspondería la herencia abintestato, pueden suscitar el interés de contraponerse a la voluntad bien manifiesta del testador, suplantándola con el ejercicio de su eventual derecho, implícitamente denegado en el testamento (1).

(1) Tal vez se infiera que soy partidario de la libertad de testar, y no es así. En un Congreso sociológico que se celebró en Valencia el año 87 o el 88 de la próxima pasada centuria, formulé la tesis de que la sucesión hereditaria debe reducirse a la línea directa, ascendente y descendente, sin más arbitrio que el de las mejoras reguladas por la ley.

CONCLUSIONES

Las formulo como síntesis y para justificación del espíritu doctrinal que me ha sostenido a través de este largo y algo difuso comentario.

1.^a No es privativa del enjuiciamiento penal la facultad de atenuación de las demasías de ciertos preceptos coercitivos: también en el civil es conveniente y hasta necesario su uso.

2.^a Tampoco es indispensable que esa facultad se halle expresamente consignada en los textos legales: sobre que ella dimana de un orden superior a la legislabilidad humana, suele hallarse latente en los mismos textos. Si estos tienen forma articular y están además divididos en partes especiales al artículo que contiene el precepto tiránico, se deben contraponer los que dentro (o fuera) del mismo tratado parcial lo relajan o suprimen, en satisfacción de algún apremio trascendental; porque así se demuestra que aquel rigor no es de esencia para la constancia de la verdad y el triunfo de la justicia.

3.^a El rígido *dura lex sed servanda*, se contrarresta con el más flexible y humano *summum jus summa injuria*; y con la sabia definición del derecho *ars acqui et boni*. «No hay justicia cuando la razón humana, ley del hombre, quebranta la armonía esencial que la debe unir con la razón suprema, que es la verdad.» (Ríos Rosas). «No basta ser íntegro, es necesario además ser equitativo y justo; la integridad por sí sola, puede ser patrimonio de un hombre muy limitado; mas la equidad lo es solamente de quien esté dotado de rectitud, de luces y de discernimiento.» (Escríche).

¿ Forma? Adoptar por los fundamentos expuestos a lo largo del precedente estudio el criterio de *no uso*, para ir constituyendo por vía de jurisprudencia una judicial y semiauténtica *costumbre contra ley*.

VÍCTOR NAVARRO.

Cosas fungibles.⁽¹⁾

III

ACLARACIONES

Antes de entrar en el examen de los actos, contratos y relaciones jurídicas en general, que adquieren especial relieve por la mera característica de la fungibilidad de las cosas a que se refieren, vamos a dedicar algunas palabras a los puntos de contacto de esta clasificación con otras de las más tradicionales en el Derecho civil, y así iremos precisando el alcance del concepto de cosas fungibles.

Cosas corporales e incorporeales.—La condición de fungibles puede darse lo mismo en las cosas sólidas, líquidas, gaseosas o etéreas, que en las no percibidas por el más grosero de los sentidos. Fungibles son el ácido carbónico, el oxígeno industrial y aun la electricidad, pero, dejando a un lado los problemas suscitados por la existencia de un término neutro (*las energías*), especie de tránsito a las cosas incorporeales, nos referiremos a tres grandes grupos de relaciones jurídicas que se prestan a una cristalización objetiva.

1. *Prestación de hechos.*—«El concepto de representabilidad y no representabilidad, indican Krainz, Pfaff, Ehrenzweig (2), es aplicable a las prestaciones consideradas como objeto de las relaciones obligatorias. Son representables las acciones o prestaciones cuando es indiferente la persona que las realiza (por ejemplo: pago de dinero, realización de ciertos trabajos ordinarios).

(1) Véase el número anterior, páginas 14 a 32.

(2) *System des Oest. allg. Priv.*, párrafo 90.

Los créditos que tienen por objeto prestaciones representables, pueden ser cedidos y transmitidos hereditariamente; el deudor se halla autorizado para cumplir por medio de un sustituto, y en su consecuencia, en la ejecución judicial puede echarse mano de un tercero para realizar la prestación a costa del obligado.» A la misma conclusión se llega con los artículos 1.096, párrafo segundo, y 1.098 de nuestro Código civil, a cuyo tenor el acreedor de cosa indeterminada o genérica puede pedir que se cumpla la obligación a expensas del deudor, y si el obligado a hacer una cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa, así como con el artículo 924 de la ley de Enjuiciamiento civil, que sólo exceptúa de esta ejecución a los hechos personalísimos.

Cuando la obligación vaya dirigida a la entrega de cosas fungibles, el problema no presentará especialidad alguna. Si se tratase de la realización de un trabajo, con empleo o no de cosas fungibles, la prestación de días u horas de servicio tendrá grandes analogías con el pago de cosa fungible, pero carecerá de importancia mientras el régimen económico no se desenvuelva sobre *bonos de trabajo* o títulos de análogo valor. Por eso podemos conformarnos con la siguiente explicación de Bensa :

«Cuando la ley autoriza a una persona distinta del deudor para que cumpla la prestación, por falta de interés en el acreedor para oponerse, parece, a primera vista, que existe una verdadera *fungibilidad del hacer*; en realidad no es así, porque la identidad de la persona que deberá ejecutar la obra queda, en tal hipótesis, excluida del contenido de la obligación; también el deudor puede cumplir la obligación por medio de tercera persona, sin operar por esto una sustitución en el pago (*solutio*).» (1).

En principio, puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación (artículo 1.158 de nuestro Código civil), sin necesidad del mecanismo de la representación ni del postizo de la fungibilidad.

2. *Cuotas de comuneros*.—La proindivisión determinada por cuotas matemáticas, tipo hipotecario de la copropiedad, lleva directamente a una igualdad o, mejor, identidad cualitativa de las porciones. En realidad, el denominador del quebrado es el mismo

(1) Bensa: op. cit., pág. 368 (1).

o puede ser reducido a la misma expresión numérica (1), y las cuotas sólo se distinguen por el numerador, es decir, por el número de partes (valor cuantitativo) correspondientes a cada conúmero.

Mas no debe olvidarse que estos derechos, cuando su suma es igual a la unidad, se condensan y funcionan como cosas corporales. El legado de cierto edificio por partes iguales a tres hermanos, no es un legado de cosa genérica o fungible, de terceras partes independientes y sustituibles entre sí, sino legado de cosa inmueble determinada que sólo será válido si la hubiese de su género en la herencia (artículo 875, párrafo segundo, del Código civil).

Otras veces, las cuotas, por virtud de los pactos de administración o explotación celebrados entre los comuneros, aparecen diferenciadas y adheridas a determinados pisos, habitaciones y servicios. En este caso, no será indiferente la adquisición de la cuota correspondiente a tal o cual comunero, porque equivaldrá, en cierto modo, a comprar, respectivamente, un piso bajo o un cuanto piso.

A medida que las participaciones van multiplicándose, como, por ejemplo, en la hipótesis de una dehesa que aparece dividida en los *Libros de yerbas* en un millón de maravedís, o si se trata de la explotación de una mina mancomunadamente, con fraccionamiento de las cuotas, nos iremos acercando a un tipo cuya fungibilidad se halla plenamente reconocida.

3. *Títulos*.—Nos referimos a las acciones de una Sociedad y a las *obligaciones*, sean o no hipotecarias, sobre todo cuando unos y otros títulos se cotizan en Bolsa. La facilidad con que pueden salir como mercancías del patrimonio, su negociación diaria, la identidad del contenido y la igualdad de los títulos representativos, el valor único dado con exactitud por los Boletines para los de la misma clase y sus indiscutibles analogías con la moneda, son poderosos motivos para salvar las diferencias entre estas participaciones en una Sociedad o en un crédito y las cosas propiamente fungibles.

Por las mismas razones, todo cuanto pueda convertirse en di-

(1) Tres individuos son dueños de una finca en la siguiente proporción:

$$\frac{1}{4}, \frac{1}{3}, \frac{5}{12} = \frac{3}{12}, \frac{4}{12}, \frac{5}{12}.$$

nero rápidamente (papel, moneda, billetes de Banco, cheques, letras, libranzas, valores y efectos públicos) sufre la enérgica atracción de la mercancía fungible por excelencia: la moneda, aunque en ocasiones, la posibilidad y aun la facilidad de identificar un título determinado permita la constitución de relaciones jurídicas basadas en la infungibilidad.

Cosas muebles e inmuebles.—Ya hemos dicho que nuestro Código (artículo 337) sólo admite como cosas fungibles las muebles; y que el Código alemán (artículo 91) se refiere igualmente a *bewegliche Sachen*.

Sin embargo, no faltan autores que, después de definir con corrección las cosas fungibles, hablan de la fungibilidad de las fincas rústicas.

En el momento de fijar la diferencia entre cosas consumibles y cosas fungibles, dice Planiol: «Sin embargo se pueden encontrar cosas fungibles, es decir, del mismo valor liberatorio, que no sean consumibles. Tal es el caso de una compañía de colonización que prometa a los emigrantes cierto número de hectáreas a tomar en el territorio de que sea concesionaria: existirán varios lotes equivalentes, que serán fungibles entre sí, pero no consumibles.»

Entre los alemanes, los juristas se atienen al concepto legal: únicamente Oertmann parece vacilar.

En el fondo, la cuestión está íntimamente relacionada con la comerciabilidad de los inmuebles, y apenas si tiene importancia en un país de suelo tan tradicionalmente dividido como España. La mayor parte de las dudas que pudieran suscitarse, se resuelven, o, por lo menos, entran en un normal planteamiento con la aplicación de las reglas de la copropiedad a que hemos aludido más arriba.

Si entre 100 hectáreas hay una que me pertenece, soy propietario de la centésima parte de la finca total. Caso de que mi derecho no sea de propiedad, sino de crédito, estaremos en presencia de una obligación genérica.

Para elevar a la categoría de fungibles las parcelas, necesitamos terrenos sin cultivo, un tráfico intenso y usos comerciales adecuados.

Cosas presentes y futuras.—Del mismo modo que las cosas existentes en la actualidad, las futuras pueden ser fungibles y no

fungibles. Ambas clasificaciones son independientes, como se pondrá de relieve al estudiar la influencia del concepto de fungibilidad en los contratos de obra y suministro.

Con referencia a la antítesis *genérica-específica*, había afirmado lo mismo Ihering en un pasaje del citado estudio:

«La contraposición de lo presente a lo futuro no tiene ninguna importancia para nuestra discriminación, es decir, pueden determinarse las cosas de una u otra manera (de un modo genérico o específico), sean presentes o futuras. Esta afirmación tiene algo de chocante a primera vista, porque la incertidumbre propia de la determinación genérica, que se encuentra igualmente en toda cosa futura, nos lleva en el primer instante a colocar en una línea a las cosas futuras y a las genéricas. Esto es falso. Cualquiera percibe inmediatamente la diferencia entre la promesa que un artífice nos pudiera hacer de entregarnos la primera impresión, la décima, las diez primeras o una de las diez primeras de un aguafuerte. En aquel caso, el comprador reclamará, como en cualquier *emptio speciei*, la cosa determinada (*species*); en el último supuesto, incurriría en una *plus petitio* si dirigiera su acción a un ejemplar determinado en vez de pedir uno de los ejemplares. Siempre que en lo presente o en lo futuro se indica un género (*genus*), del cual el deudor ha de elegir una cosa (*species*), estamos en presencia de un *emptio generis* (compra de cosa genérica); si el objeto queda determinado por circunstancias presentes, pasadas o futuras que precisan la obligación en el momento en que nace, tenemos una *emptio speciei* (compra de cosa individual). El patrimonio futuro, en su consecuencia, es una *species*: si lo dono o lo pignoro, serán objeto de la donación o de la prenda todas las cosas que haya de adquirir. Del mismo modo, la futura vendimia, el primer nacido de un animal, el primer ciervo que cace.»

Sobre estos fundamentos se apoya el ilustre jurisconsulto para criticar a los que consideran genérica la obligación de entregar los frutos que caigan de un árbol hasta un día determinado. Sería genérica si el propietario hubiera vendido no todos los frutos o la mitad, sino dos azumbres o medidas de los mismos.

Cosas cotizables.—De trato análogo a la moneda son, en algunas ocasiones, las especies cuyo precio medio fija el mercado o que se cotizan en Bolsa. En realidad forman un sub-grupo dentro

del general de cosas fungibles, que, por ser objeto de un tráfico intenso, tienen en cierto tiempo y lugar un precio dominante que hace inútil la fijación de un precio contractual o compensa las desviaciones del tipo. Frente al precio medio o regulador de las ventas normales, figura el precio de ocasión. En el Código de Napoleón (artículo 1.291, párrafo segundo) se llegaba a permitir la compensación de los créditos de granos o mercancías, cuyo precio se regula en las *mercuriales*, con sumas líquidas y exigibles. No ha pasado al nuestro tal disposición, pero en la ley de Enjuiciamiento civil (artículo 1.435 y sig.) se permite despachar ejecución por cantidad líquida de especies que se cuentan, pesan o miden, computándola a metálico.

I V

IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN

La distinción examinada reacciona sobre los negocios jurídicos, en general, y en particular sobre los tipos de transmisión del uso, con retención del dominio, hasta deformarlos, o mejor dicho transformarlos en figuras jurídicas de trato específico y de importancia excepcional.

Dejamos a un lado las soberanas funciones de la moneda, medio de cambio, medida de valores y sustitutivo universal de todos los económicos, que eleva la fungibilidad a su máxima potencia, y vamos a pasar una rápida revista a los ordenamientos y preceptos que reflejan la influencia del concepto estudiado.

Propiedad.—Suele afirmarse que la propiedad de las cosas fungibles es un derecho de igual naturaleza y alcance que el dominio de las *no fungibles*, y se hace esta afirmación previa para combatir las dudas que en el ánimo del estudiante hacen surgir tanto los privilegios que las legislaciones (por ejemplo: nuestra ley de Partidas) concedían al depositante de cosas fungibles, como la grave calificación de los delitos que consistan en apropiación o distracción de dinero o efectos o cualquiera cosa mueble que se hubiere recibido en depósito, comisión o administración o por otro título que produzca obligación de entregarla o devolverla, así como la negativa de haberla recibido (artículo 548, número 5, del Código penal).

Parece a primera vista que las cosas fungibles consignadas o depositadas, aunque se mezclen con las propias del que las recibe, no han dejado de ser del deponente.

Por eso no nos extraña que al referirse a los delitos de infidelidad, haya quien indique que las cosas distraídas son *propias* del delincuente, pero también son cosas confiadas a su buena fe, es decir, *ajenas*.

«Las cosas fungibles, según Krainz, son ordinariamente, como tales, objeto de una prestación, no de un derecho real; sin embargo, existen acciones reales que tienen por objeto un conjunto (cantidades).»

«El que recibe dinero en depósito, o para cumplir un mandato, o a fin de transportarlo, o como prenda, puede mezclarlo con el de su propiedad y devolver otras monedas. Quien se las ha entregado sigue siendo propietario de la suma. Puede reivindicarla aun cuando se halle mezclada con dinero ajeno, pues carece de importancia la particularidad de que obtenga las mismas piezas u otras. Caso de quiebra del receptor, tiene, indudablemente, un derecho de recuperación (1). Si se apropia el receptor la cantidad recibida, sin la correspondiente sustitución, comete un delito de estafa, sin que importe que las monedas sean las mismas o no por virtud de un cambio anterior. Lo mismo puede asegurarse respecto de las demás cosas fungibles» (2).

Para Bensa, es innegable que el contenido del derecho de propiedad sobre una cosa individual consumible es idéntico al del mismo derecho sobre una cosa que no tenga esta condición, y extiende esta afirmación con la siguiente nota:

«Que en nuestro sistema positivo, el contenido del derecho de propiedad sobre las cosas consumibles y fungibles, respectivamente, y no consumibles ni fungibles, sea idéntico, no se puede negar fundándose en ninguna disposición legal. La cuestión es controvertida en el Derecho romano, y, especialmente, Karlowa pone de relieve algunos textos que se refieren a la reivindicación de la *quantitas* como algo diverso de las unidades que la constituyen. Sin embargo, aparte del peligro que hay generalmente en argumentar pasando de las formas procesales al derecho sus-

(1) Véase el núm. 6 del art. 909 de nuestro Código de Comercio.

(2) Op. cit., 222.

tantivo, nos parece que la cantidad es aquí considerada como una universalidad de hecho, cuyas particularidades son independientes de la fungibilidad del objeto...»

Usufructo.—El artículo 482 de nuestro Código civil, que admite el usufructo impropio (*quasi ususfructus*), comprende literalmente «las cosas que no se pueden usar sin consumirlas», y aunque dada la equivocada terminología del Código, se pudiera creer que caben dentro de esta expresión todas las cosas fungibles (*representables*), nos vemos constreñidos por los precedentes clásicos y por la común opinión de los jurisconsultos, a referirnos a las cosas *quae usu consumuntur*.

Las dificultades se salvan incluyendo entre las consumibles civilmente el dinero, la moneda de papel, los billetes, cheques, letras, libranzas, pagarés..., y los establecimientos comerciales abarrotados de mercaderías fungibles. Pero el mecanismo no me satisface, con perdón sea dicho, porque deja fuera múltiples casos que, por la analogía del préstamo y del cuasi-usufructo, merecen igual trato.

Así, por ejemplo: un profesor muere dejando en el sótano de su casa 2.000 ejemplares de una obra cuya venta se hace paulatinamente. ¿Contra qué principio chocaría la aplicación del artículo 482, caso de constituirse un usufructo? Si al usufructuario se le dan valorados los volúmenes, queda obligado a restituir su importe; si no, tendrá el derecho de restituir igual cantidad y calidad o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo. De otro modo, tan sólo podría usar los 2.000 ejemplares como un buen padre de familia.

Hipoteca.—En otra ocasión (1) he discutido los razonamientos en que me apoyo para negar la aplicación del concepto de fungibilidad a la determinación del gravamen hipotecario. No sólo están excluidas del sistema las hipotecas para garantizar deudas de trigo, cebada, arroz, etc., sino que ni aun tolera la Dirección general de los Registros que se especifique en francos, marcos, libras, ni, en general, moneda extranjera (2).

Obligaciones.—En este sector, provoca la clasificación estudiada importantísimos efectos, que vamos a notar brevemente.

(1) Véanse mis conferencias sobre la Hipoteca de seguridad.

(2) Resolución de 15 de Febrero de 1926.

... *Pago*.—Ya hemos aludido a la discusión que entre los juristas alemanes e italianos se ha entablado sobre la aplicación del clásico precepto que impide al acreedor de cosa genérica, cuya calidad y circunstancia no se hubiesen determinado, exigirla de la calidad superior, y al deudor entregarla de la inferior (artículo 1.167 del Código civil). Añadamos ahora con Ferrara:

«Las cosas de cantidad presentan, por su naturaleza y según su apreciación comercial, la característica de la perfecta indiferencia de los objetos singulares, y, por lo mismo, de su perfecta sustituibilidad. Mientras en las obligaciones genéricas, el obligado puede ciertamente escoger entre todas las cosas del género, pero el individuo escogido tiene su interés especial para el acreedor, y no puede ser arbitrariamente sustituido por otro, en la obligación de cantidad, los individuos son siempre indiferentes y pueden ser sustituidos los unos por los otros...» «La prestación de una cosa fungible se cumple con un *adnumerare*, con medir, pesar o contar cierta cantidad que se separa de la masa, no con una selección que presupone objetos individualmente determinados, como en las obligaciones alternativas» (1).

Compensación.—Cuando con los objetos que mi acreedor me entregue en pago de una deuda, puedo liberar la mía, la ley permite que cualquiera de los dos invoquemos el principio de la compensación para darla por extinguida. De ahí la compensabilidad de las cosas fungibles, que, por sustituirse mutuamente, tanto servirían a uno como a otro de los acreedores para pagar la deuda respectiva. El artículo 1.196 del Código civil equipara con tal fin al dinero y a las cosas fungibles de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiere designado. No vemos inconveniente en admitir la compensación parcial del crédito de nuestro contrario, siempre que entreguemos el resto de las cosas fungibles; no se trata aquí de un pago parcial, sino de una entrega de saldo (500 hectolitros de trigo que doy, más 500 hectolitros que compenso, hacen los 1.000 hectolitros que debo).

Inútil hablar de las portentosas ventajas del mecanismo en las *Clearinghouses*, *Cassenverein*, *Chambres de compensation*; Bancos o Cámaras de compensación...

(1) *Trattato di Dir. Civ.* I, 830.

Precisamente en este particular aparece la falta de fungibilidad de los *hechos debidos*: si la principal finalidad de la prestación es la entrega de clavos, hierros en barras, etc., se equipara la obligación a la de dar cosas fungibles, pero si el objeto de los créditos contrapuestos son obras manuales, la compensación no tendrá efecto en la inmensa mayoría de los casos mas que por declaración judicial (1).

Pago de lo indebido.—Al repasar los artículos 1.895 y siguientes de nuestro Código civil, parece que la distinción de las cosas por su fungibilidad carece de influencia sobre la doctrina del cuasi-contrato en cuestión. Sin embargo, basta la analogía entre la situación jurídica creada por el cobro de lo indebidó fungible y la figura clásica del mutuo, para sostener en aquel supuesto la existencia de una obligación genérica de restituir. Unicamente se ha dudado si había de devolverse otro tanto del mismo género (2), o el precio de las cosas enajenadas (3).

En los preceptos que regulan el pago, encontramos uno importantísimo, incorporado al artículo 1.160 del Código civil, a cuyo tenor, en las obligaciones de dar, si el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida o capacidad para enajenarla, hubiese consistido en una cantidad de dinero o cosa fungible, no habrá repetición contra el acreedor que la hubiese gastado o consumido de buena fe.

Si, según se dice, la razón de esta norma es que el peligro de la reivindicación cesa cuando las cosas han sido transformadas o destruidas o han salido de manos del acreedor que las ha recibido en pago (4), el término técnico empleado no se ajusta a nuestro concepto: el vino bebido, el mosto mezclado con alcohol, los árboles serrados y colocados como vigas..., no son necesariamente cosas fungibles. En éstas se dará únicamente con mucha facilidad el fenómeno de la *commixtio* (mezcla), pero en la doctrina moderna no faltan autores que conceden una reivindicación *de la suma* (de las 1.000 pesetas, por ejemplo, que he guardado en mi

(1) Véase sobre ello Giorgi: Oblig. Vol. 8, núm. 9.

(2) Como lo acredita la Glosa ad L. 7 de cond. ind. 12,6.

(3) Como lo indica la L. 65 del mismo título.

(4) V. Giorgi: Obligaciones, 7, 141.

caja con otras) como acción distinta de la reivindicación de las monedas.

CONTRATOS.—Mutuo.—Los artículos 1.740 y 1.753 de nuestro Código civil hablan de dinero u otra cosa fungible, al señalar las características del préstamo simple, y podría creerse que la definición legal del artículo 337, más arriba examinado, impide dar al contrato las líneas amplias que le corresponden. En la práctica, tanto las cosas consumibles como las fungibles, en el sentido técnico, pueden ser objeto del préstamo, y para encajar lo científico en lo legal, basta distinguir el consumo natural del consumo civil y forzar un poco este último concepto para que quepan dentro todos los objetos que se entregan con ánimo de transferir la propiedad y de crear la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad.

Depósito.—La admisión de las cosas fungibles como depositables, sin encerrarlas dentro de almacenes, cajas o sobres sellados, da lugar a dos tipos diferentes:

a) El *depósito conjunto*, especie de depósito regular en que el depositario se halla autorizado para mezclar las mercancías (trigo, carbón, gasolina), o los cheques o monedas recibidas. Los depositantes continúan siendo propietarios, y los efectos han de ser devueltos *in natura*, aunque no es necesario que a cada depositante se le entreguen los mismos objetos o piezas recibidas de él.

No está expresamente regulada esta figura en el Código civil ni en el mercantil; pero no vemos inconveniente en que se le aplique con el artículo 1.772, que se refiere al caso de ser varios los depositantes, el artículo 381 de aquél: si por voluntad de sus dueños se mezclan dos cosas de igual especie, cada propietario adquiere un derecho proporcional a la parte que le corresponda atendido el valor de las cosas mezcladas o confundidas.

b) *Depositum irregulare.*—De rancio abolengo romano y recogido en nuestra legislación de Partidas, confiere este contrato al depositario la propiedad de las cosas depositadas y le impone la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad. Presenta en el Derecho moderno un matizado que en parte ha sido objeto de preceptos especiales: 1.º El depositario puede ser autorizado para usar la cosa depositada (artículo 1.768 del Código civil), transformándose en *mutuo* el depósito; 2.º El deposi-

tante puede conceder al depositario la facultad de restituir, en vez de la cosa depositada (papel del Estado, por ejemplo), otra de igual clase, o la de utilizarla si la ha reemplazado por otras de igual especie, calidad y medida; 3.º El permiso de utilización puede haberse limitado a cosas o efectos taxativamente determinados (tomar parte en una junta general, garantizar una operación, etc.).

El examen de las discusiones que sobre este depósito abierto y las cuentas corrientes de efectos se han suscitado en este último lustro entre los juristas y mercantilistas españoles, trasciende de los límites de nuestro tema.

Prenda.—Desde el momento en que el artículo 1.864 del Código civil preceptúa que pueden darse en prenda todas las cosas muebles, y el 1.870 tan sólo prohíbe al acreedor el uso de la prenda sin autorización del dueño, cabe en el Derecho español la constitución de prenda en cosas fungibles con obligación de devolver el *tantumdem*, es decir, nos hallamos en presencia del *pignus irregulare*.

En la vida diaria tropezamos constantemente con esta figura de líneas imprecisas: en el Derecho administrativo, apenas si se concibe otra garantía cuando de obras públicas y de cantidades pequeñas se trata; en el Derecho mercantil, la entrega de títulos o valores a los Bancos para estar a ciertas responsabilidades, y en el pequeño comercio, las cantidades entregadas para asegurar la devolución de sifones, botellas..., son ejemplos de todos conocidos.

Y, sin embargo, los juristas se desesperan cuando intentan fijar las normas del contrato. La propiedad *evanescente* de las cosas fungibles deforma en este caso, como en todos, los moldes tradicionales. Para unos, el derecho de prenda sobre las cosas se transforma en prenda sobre el derecho que corresponde al pignorante para exigir la restitución de la prenda. Para otros, la prenda recae sobre las monedas recibidas con posibilidad de restituir otras. Nuestro Tribunal Supremo, en la Sentencia de 13 de Octubre de 1891, parece inclinado a un derecho real de prenda sobre cosa genérica. En fin, el Código de obligaciones y contratos para nuestra zona de Marruecos corta la dificultad, negando la existencia de la figura: «Cuando se entreguen en concepto de

prenda dinero en metálico o signo que lo represente, deberá entregarse en sobre cerrado y lacrado; de otra suerte; se entenderá dado a título de préstamo mutuo» (artículo 575, párrafo segundo).

Este precepto no corresponde a la misión de una técnica fina y elegante que, después de reconocer la transferencia real de las cosas fungibles dadas en prenda, debe estudiar los derechos de retención, compensación y liquidación que surgen del cruce del crédito asegurado con la acción de reclamar las cantidades pignoradas.

Fianza irregular.—Como nuestro Código civil declara que por la fianza se obliga uno a pagar o cumplir por un tercero, afirman los autores que las llamadas fianzas pignoraticias o hipotecarias son verdaderas prendas o hipotecas.

Sin embargo, dos notas de gran relieve debemos señalar para plantear el problema: 1.ª, el contenido del crédito asegurado en esta clase de figuras es casi siempre indeterminado y futuro; 2.ª, el llamado *fiador* no se compromete personalmente (hay *Haftung* real, pero no responsabilidad del fiador).

La primera de estas notas nos aproxima a la fianza que puede prestarse en garantía de deudas futuras (artículo 1.825 del Código civil), y la segunda nos aleja de ella de un modo extraordinario.

Si añadimos que en la *fianza irregular* las cosas entregadas son fungibles, habremos diseñado un tipo análogo al *pignus irregulare*.

La popularidad adquirida por la palabra *fianza* en esta hipótesis, acaso sea debida a la circunstancia de que la cantidad entregada sirve para garantizar la conducta de una persona que entra en relaciones jurídicas con otra y puede incurrir en responsabilidades.

Al entregar una cantidad *en fianza* al casero, no aseguramos una deuda del inquilino, que, por regla general, paga la renta por mensualidades adelantadas, sino que respondemos de sus actos futuros en orden al arrendamiento estipulado.

En un estudio sobre arrendamientos urbanos, ya hemos tratado de precisar el alcance de este contrato.

«En el fondo, el inquilino que entrega la fianza renuncia a su crédito en tanto en cuanto sea contrapesado por las responsabilidades en que incurra.»

«Para terminar definitivamente el negocio e imputarse una cantidad en pago de responsabilidades o perjuicios, deberá proceder el casero como si el dinero percibido hubiera sido el producto de la venta de una prenda cualquiera. La mera notificación del acuerdo adoptado por el propietario o por su administrador, no extingue las acciones que al arrendatario corresponderían si se hubiera hecho un cálculo exagerado de desperfectos o una liquidación de responsabilidades no exigibles.»

Arrendamiento.—A tenor del penúltimo párrafo del artículo 1.740 del Código civil, el comodato es esencialmente gratuito, de lo que se deduce que todas las cosas que pueden darse en comodato, en cuanto se pacte una merced por su uso, pasan a la categoría de cosas arrendadas.

Esta deducción nos llevaría a desenvolver paralelamente el comodato y el arrendamiento refiriéndolos a cosas *no fungibles* en el sentido técnico. Pero el artículo 1.545 declara que no pueden ser objeto del contrato de arrendamiento los bienes fungibles *que se consumen con el uso*, y volvemos a caer en las perplejidades que intentamos desvanecer.

Deberemos, sin embargo, insistir en nuestras anteriores consideraciones. Habrá un arrendamiento propiamente dicho cuando una de las partes se obligue a dar a otra el goce o uso de un objeto no fungible por merced y tiempo determinados y esta última se obligue a devolverlo *in natura*. No hay inconveniente en admitir el arrendamiento de las monedas que un cambiante desee *exponer* en sus vitrinas o escaparates y en transportar los demás ejemplos *ad pompam vel ostentationem* desde el comodato de cosas corrientemente consumibles al arrendamiento con obligación de restituir los mismos objetos.

Si la restitución hubiera de hacerse en cosas de la misma especie y calidad, con transferencia previa del dominio, el contrato resultaría de préstamo (mutuo), la merced se transformaría en interés y la reciprocidad sería imperfecta. Por razones que necesitarían un detenido examen, el préstamo con interés no es contrato sinalagmático, sino unilateral.

Bensa alude a algunos de los arrendamientos de ganados, con obligación de reponer cabezas y de restituir un número determinado de ellas. En nuestras legislaciones forales podríamos encon-

trar abundantes ejemplos de esta figura contractual, que más bien debe ser calificada de aparcería.

De mucho mayor interés es la distinción que examinamos en la *locatio operis*, y si bien los artículos 1.588 y siguientes de nuestro Código civil omiten todo precepto en ella fundado, los Códigos suizo y alemán hacen girar sobre tal punto la técnica del *suministro*.

En efecto, si me comprometo a fabricar con material propio 100 toneladas de hierro comercial en barras, casi adquiero las obligaciones de un vendedor a plazo, mientras que si me comprometo a construir un edificio con arreglo a planos y condiciones, soy un contratista por precio alzado o por cualquier otra especie de ajuste.

Así se comprende la trascendencia del artículo 651 del Código civil alemán, que distingue en la *contrata* de obras los bienes según su fungibilidad, para asimilar a la venta el suministro de cosas fungibles.

En este supuesto, lo importante es la cantidad, y nada significa el que las mercancías ya estén en los almacenes o haya que fabricarlas. Dentro de él caben las cosas fungibles más diversas: hasta las máquinas de tipo corriente o las patentadas. El montaje, las obras de fundamentación, las transmisiones y los empalmes figuran como meras prestaciones accesorias.

Transporte.—Las relaciones entre este contrato y el de depósito, evidenciadas por la alusión que hace el artículo 1.601 del Código civil (regulador de las obligaciones de los conductores, en cuanto a la guarda y conservación de las cosas que se les confían) a los artículos 1.783 y 1.784 sobre el depósito necesario, nos lleva inmediatamente al problema de la posibilidad de contratar el transporte autorizando a la Compañía para usar la mercancía y para entregar otro tanto de la misma especie y calidad en el punto de destino, como quien gira una letra de una a otra localidad.

El porteador deberá entregar sin demora ni entorpecimiento alguno al consignatario (dice el artículo 362 del Código de Comercio) *los efectos que hubiere recibido*, y el mismo pensamiento late en la reglamentación del contrato de fletamento.

Pero ya en el Digesto ha sido recogido un texto de Paulo, de

gran interés para nuestro estudio: «En la nave de Safeyo, varios habían cargado trigo a granel. Safeyo, del trigo común, volvió a uno su cargamento y la nave pereció. Se pregunta si los demás, por su parte de trigo, podían ejercer la acción *aversi oneris* contra el naviero. Respondí que hay dos modalidades del arrendamiento de cosas, o para que se devuelvan las mismas, como cuando se dan los vestidos al lavandero para que los lave, o para que se devuelvan otras del mismo género, como cuando se da al platero plata de ley para que haga vasos o se le da oro para que haga anillos: en el primer caso, la cosa permanece en el dominio del propietario; en el último, éste se hace acreedor de ella. Lo mismo pasa en el depósito, porque si alguno depositare dinero contado, pero no cerrado ni sellado, nada debe el depositario mas que *otro tanto* dinero; y según esto, parece que el trigo se hizo de Safeyo y fué bien entregado» (1).

De este paralelismo con el depósito, salen varios tipos de fletamento, análogos al depósito colectivo y al depósito irregular: cargamento de maíz en común, o de petróleo en buques-tanques con facultad de sacar la cantidad necesaria para el consumo de los motores...

Compraventa.—El problema del cambio de riesgo en la compraventa y sus relaciones con la tradición de la cosa, todavía no ha sido resuelto al cabo de dos mil años de discusión.

El artículo 1.452 del Código civil preceptúa que el daño o provecho de la cosa vendida, después de perfeccionado el contrato, se regulará por lo dispuesto en los artículos 1.096 y 1.182, es decir, será de cuenta del comprador cuando se trate de cosa determinada y no hubiere culpa ni mora por parte del vendedor.

«Esta regla, añade, se aplicará a la venta de cosas fungibles, hecha aisladamente y por un solo precio, o sin consideración a su peso, número o medida.» La palabra *fungibles* se emplea aquí en su sentido propio, no como equivalente de *consumibles*, y la regla jurídica se funda en la transformación de las mismas en un *corpus certum*, en algo determinado y concreto que se halla a disposición del comprador.

Por eso concluye: «Si las cosas fungibles se vendiesen por un

(1) L. 31. *Dig. Locati conducti*, 19. 2.

precio fijado con relación al peso, número o medida, no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste se haya constituido en mora.»

Estos textos acusan la reacción de la teoría de las obligaciones genéricas sobre las de entregar cosa fungible no determinada.

Sociedad.—Las aportaciones a una Sociedad, si por un lado son verdaderas enajenaciones cuando la misma tiene personalidad jurídica distinta de la de los socios, se hallan afectadas, de otro, por la continuidad del contacto con el antiguo dueño, hasta el punto de que, en muchas ocasiones, no se sabe si éste ha querido desprenderse de cuotas ideales a favor de sus compañeros o solamente hacer comunes el uso y los frutos de las cosas aportadas.

Esta cuestión de dominio aparece en el artículo 1.687, enfocada desde el punto de vista del riesgo, que es atribuido al socio propietario cuando las cosas aportadas para que sólo sean comunes su uso y sus frutos son ciertas, determinadas y no *fungibles*. No hemos de detenernos a precisar el alcance del término empleado, porque, en el párrafo segundo del mismo artículo, se le contraponen las cosas fungibles, las que no pueden guardarse sin que se deterioren, y las que se aportaron para ser vendidas, cuyo riesgo es de la Sociedad. De suerte que, si bien el primer párrafo del artículo parece referirse a cosas que no se consumen por el uso adecuado a su naturaleza, en el segundo se acepta como criterio interpretativo para decidir el cambio de riesgo no sólo la consumibilidad, sino la deteriorabilidad y la alienabilidad.

Así, cuando dos libreros se unen en sociedad, con aportación de los respectivos fondos, el riesgo de los ejemplares es común, aunque posean varios incunables no fungibles, porque todos se aportaron para ser vendidos. Si el objeto social fuese el arrendamiento de libros, no obstante la fungibilidad técnica de tales cosas, resultaría de dudosa aplicación la doctrina legal del cambio de riesgo, porque en rigor, los libros no son cosas consumibles en el sentido jurídico, pueden guardarse sin que se deterioren y, en el supuesto examinado, no han sido aportados para ser vendidos.

DERECHO DE FAMILIA.—Dote.—La aproximación al usufructo de la *inestimada* (artículo 1.357 del Código civil), con algunas

particularidades de afianzamiento y de disposición, nos lleva a una figura análoga al *cuasi-usufructo*, cuando de *cosas consumibles* se trata. Nos remitimos a lo más arriba dicho acerca de la reacción de este concepto sobre el de fungibilidad y a las observaciones que el artículo 482 nos ha sugerido.

Como norma común a la dote estimada y a la inestimada, permite el artículo 1.359 del Código civil al marido que recibiere en tal concepto efectos públicos, valores cotizables o *bienes fungibles*, y no los hubiese asegurado con hipoteca, que los sustituya con otros equivalentes, si lo consienten la mujer, mayor de edad, o las personas indicadas en el artículo 1.352, si fuere menor. También la autoriza para enajenarlas de igual modo, siempre que invierta su importe en otros bienes, valores o derechos igualmente seguros. La *fungibilidad* se entiende en estos casos de un modo amplio, ya que no se exige que los bienes sean sustituidos por otros de igual especie y calidad, sino de igual valor y seguridad. Bien es verdad que el consentimiento de la mujer o de las personas llamadas a protegerla es garantía sobrada, dado el sistema dotal castellano.

Derecho hereditario.—Ninguna especialidad contiene nuestro Código sobre el legado de *cosa fungible* fuera de las normas relativas al legado de cosa genérica (artículos 875, 884 y concordantes).

La influencia de la clasificación que estudiamos no se deja sentir en nuestro modo de colacionar, con tanta intensidad como en el Derecho francés, donde, según la *communis opinio*, el valor de los bienes fungibles que se ha de colacionar es, por excepción, el que tenían en el momento de la donación.

«Se admite, en general, dice Rippert, que si el valor de las donaciones mobiliarias debe ser calculado el día del fallecimiento, es preciso, sin embargo, hacer una excepción para las cosas fungibles o consumibles, destinadas a ser vendidas o consumidas»... «No cabe suponer que los bienes reunidos ficticiamente a la masa no hayan salido nunca del patrimonio del donante, puesto que por su misma naturaleza, tales bienes estaban destinados a desaparecer por el consumo o por el cambio» (1).

Nuestro Código civil ordena (artículo 1.045) la valoración, en

(1) *Les donations de valeurs mobilières...* Rev. trim. de D. C. 12 (1911).

todo caso, de las *cosas donadas o dadas en dote, con referencia al tiempo de la donación o dote*, y manda que el donatario tome de menos tanto como ya hubiere recibido (artículo 1.047), percibiendo sus coherederos el equivalente, en cuanto sea posible, en bienes de la misma naturaleza, especie y calidad.

Cuando los bienes donados fuesen muebles, los coherederos sólo tendrán derecho a ser igualados en otros muebles de la herencia, por su justo precio a su libre elección (artículo 1.048, párrafo segundo).

Estos criterios, aunque basados en la equivalencia y sustituibilidad de los bienes, rebasan el concepto de lo fungible.

V

CONCLUSIONES

A través de los usos comerciales, cada siglo más uniformes, va destacándose con líneas propias el grupo de cosas fungibles.

En las normas jurídicas aparece la fungibilidad todavía amalgamada con otros conceptos afines (cosas genéricas, consumibles, divisibles, deteriorables, cotizables...) que la provocan u originan. Unida esta particularidad a la ambigua fraseología de nuestro Código civil, que, a pesar de asimilar desde el primer momento las cosas fungibles a las consumibles, contiene muchos artículos en que late el concepto técnico de fungibilidad, nada parece más natural que las vacilaciones e imprecisiones de la doctrina y de los comentarios en que se emplea la designación cosas *fungibles*.

Para citar un solo ejemplo (siquiera sea de los más importantes por la indiscutida fama del autor): en los Estudios de Derecho civil de D. Felipe Sánchez-Román (1) se coloca un cuadro de clasificación de las *cosas*, modelo de concisión y técnica, en donde se hallan las *materiales humanas* distribuídas en siete grupos, dos de los cuales son :

- | | |
|--|--|
| C) Por su conjunto e individuos..... | { a) Universales.
b) Genéricas.
c) Específicas. |
| G) Por su destrucción con el primer uso u homogeneidad de especie..... | { Fungibles = granos, vinos, aceites...
No fungibles = edificios, tierras, ropas... |

(1) Tomo II, pág. 489 de la primera edición corregida (1911).

Las cosas fungibles aparecen aquí muy distanciadas de las genéricas e involucradas con las consumibles, pero, en cambio, al desenvolver el contenido del cuadro, el ilustre jurisconsulto prescinde de estas últimas, señala como fundamento de la distinción «la diferencia de la especie y el género», y concluye por aceptar como definición de cosas fungibles la siguiente: «Aquelas que pertenecen a un género común comprensivo de varias especies iguales, o que por tal se reputan, y que permiten ser *perfectamente representadas o sustituidas las unas por las otras.*»

El porvenir de la clasificación está íntimamente unido al desarrollo de la industria, y los estudios sobre la materia se colocan, por lo tanto, entre los problemas jurídicos de mayor trascendencia.

Bastaría, para demostrarlo, el examen de las poderosas corrientes económicas a favor de la llamada *standardización*. Este término, aun más bárbaro que *fungibilidad*, designa la ideal unificación de los métodos, materiales y productos fabriles, con el fin de multiplicar la producción, facilitar la circulación y aumentar el consumo.

La industria internacional se orienta cada vez con más decisión en el sentido de suprimir variedades y tipos locales e inútiles, generalizando los procedimientos técnicos y los productos de gran mercado.

Es ridículo que el poseedor de un vástago a rosca de fabricación francesa, no pueda encontrar en la manufactura inglesa tuercas de igual dimensión y del mismo paso, porque los unos cuentan por centímetros y los otros por pulgadas.

La razón debe sustituir al azar y la conveniencia universal a los tercios nacionalismos. De este modo las herramientas resultarán más útiles y baratas, las piezas serán intercambiables, las máquinas se fabricarán en serie y el trabajo iniciado en un lugar se podrá continuar en cualquier parte del mundo.

Primordial consecuencia de la *standardización*, característica del siglo XX, será la sustituibilidad de los objetos.

El reinado de las cosas fungibles se acerca.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

Catastro y comprobación

El artículo 84 del Reglamento para la aplicación de las disposiciones legislativas referentes al Impuesto de Derechos reales, en su párrafo 2.º, establece que en los expedientes de comprobación de valores instruídos por los Liquidadores de los partidos, se consignarán, además de los datos que enumera y detalla el párrafo 1.º del mismo artículo—valor declarado, el dato base de comprobación, valor comprobado, el que sirve en definitiva para la liquidación, etc.—los valores asignados a los bienes en las anteriores transmisiones que figuren en los libros del Registro de la Propiedad. Y termina el párrafo prohibiendo a los Abogados del Estado la aprobación de los expedientes, si en estos no figuran tales nuevos datos.

Lo primero que parece deducirse de la lectura del párrafo extractado es la desconfianza que la Hacienda muestra hacia la labor de tantos años y millones hecha por los encargados de elaborar el Avance catastral, cuyos datos de riqueza imponible y renta líquida parece que debieran seguir siendo suficientes para toda comprobación de fincas rústicas si no se diera el caso de repudio que supone la disposición comentada, sin duda porque ha llegado, y se cree necesario darse por aludidos en las altas esferas, el momento de reconocer que para nada sirve lo que se hace de espaldas a toda realidad física y jurídica.

Las consecuencias de los errores cometidos, errores en que se persiste, sin que se barrunte un atisbo de corrección, los carga en cuenta el público, todo propietario que sobre no poder, en una mayoría de casos, identificar con la realidad los datos que resultan de las certificaciones, sobre no tener muchas veces en el Registro del

Catastro lo que posee a su nombre y serle en ocasiones atribuido y anotado lo que corresponde a otros, carece, desde ahora, de certeza, en cuanto se refiere al dato o medio con arreglo al que han de valorarse sus fincas a los efectos fiscales.

Antes podía atribuirse al Avance Catastral una sola razón de ser, una sola utilidad, aunque los encargados de comprobar tuviéramos que realizar la larga y desesperante tarea de tratar de poner de acuerdo los casi siempre imaginarios parajes, linderos y superficie de la certificación con lo que resultaba de los títulos presentados, cuyos datos, la mayor parte de las veces, están tomados sobre el terreno, en cuanto a la parte física se requiere, y, con muy contadas excepciones, de completo acuerdo, en cuanto atañe a las personas que intervienen en el acto o contrato, con lo que es o debe ser jurídicamente.

Pero ahora ese servicio que el Catastro nos prestaba a todos, al público dándole la garantía de que sus fincas serían comprobadas con arreglo a sus datos, a los encargados de comprobar por qué les evitaba la labor nueva, sin excusarles la otra citada, de tener que apelar a otros medios, cesa por consecuencia de una disposición nacida hace tiempo y ratificada ahora, con empeño serio de hacerla efectiva, por el Ministerio que mejor puede y sabe apreciar la inteligencia y laboriosidad de los distintos órganos que participan de su actividad y a ella contribuyen.

Acaso no hubiera sobrevenido este nuevo golpe que se asesta contra el edificio catastral, que lo acerca a su total arrumbamiento en el rincón del olvido, si los que lo crearon, los que tanto empeño e interés muestran en su prosecución hubieran elaborado planes de corrección para llevarlos a cabo sobre bases cada vez más amplias, progresivas, con motivos nuevos.

A los que tuvieron fuerza bastante para lograr que fuese ley (sólo escrita, porque los que la redactaron no tuvieron suficiente conocimiento de la realidad para comprender que no podían pasar del papel artículos de la misma, como el 38 p. e.) la promulgada en 23 de marzo de 1906, les sobra medios para formar programas de ampliación, modificación de tarifas, que, en relación con los distintos factores y unidades de lugar, cultivo, clase, etc., sirvieran, con la necesaria aprobación, para los fines fiscales, ya que no para otros de más elevada alcurnia.

Pero sea ello como fuere, lo cierto y positivo es que nos llamamos con una disposición que responde a uno de los principios básicos de la ley de 2 de Abril de 1900, al determinar que el impuesto de Derechos reales recae sobre el verdadero valor de los bienes, que, aunque no nueva, se la reproduce ahora con una fuerza de obligar que no alcanzó anteriormente y que nos es forzoso ejecutar, no sólo por imperio de la razón dicha sino por el deseo, que a todos debe acuciar, de que se nos estime como un Cuerpo técnico en esta rama de la Administración y muy capacitado, de abolengo, que nadie puede discutirnos, para desempeñarla, ya que a nosotros, o mejor, a nuestros antecesores en el cargo les fué desde un principio atribuída.

Y surjen, cuando de la ejecución se trata, dudas y vacilaciones, ya que con la premura con que se redactó el Reglamento, que no permitió, como era lógico, que se pidiera parecer a los Liquidadores, que son los que por su contacto más íntimo con la realidad, más castigados por sus asperezas, más en convivencia con el público, en mejores condiciones se hallan para opinar, sobre todo en lo que después han de ejecutar, no se redactaron otras disposiciones que suavizaran algo la formidable tarea que se nos echaba encima, que la licieran más factible, más llevadera, más exenta de responsabilidad si, como es natural, tratamos de aplicar, con arreglo a la verdad más depurada, lo mandado.

Por que tratándose de documentos bien hechos, caso bastante infrecuente, en que las fincas se describen por extenso, se determina el título de adquisición y se precisa si se hallan o no inscritas y el tomo y el folio de la inscripción en su caso, la labor es sencilla y queda reducida a una confrontación de las citas con los libros y busca de valores, tarea que de inscribir el documento habría que realizar al llegar este momento. Lo desagradable sería, por suponer tiempo y trabajo perdidos, la falta de esta compensación por la no inscripción del título, ya que este acto se deja a la voluntad del interesado.

Pero cuando se trata de documentación deficiente, y ésta es la gran mayoría de los casos, ya porque tratándose de pequeños capitales no es humano cargarles con trabajos técnicos y autorizados, ya por ignorancia de unos, apatía y abandono de otros, e intromisión frecuente de chupatintas y zurupetos de toda clase

—plaga social a la que cualquiera se cree con solvencia intelectual para pertenecer y con posibilidad de actuar sin más que abreviar en manuales mejor o peor redactados, cuyo contenido no puede ser aceptado por una comprensión que no existe, ni tamizado por inteligencias sin cultivo, ni fecundado en la continuidad de casos distintos—, surgen las dificultades de aplicación y nacen los problemas de interpretación.

Así, con arreglo al número 1.º del párrafo 4.º del artículo 115 del Reglamento que nos ocupa, los interesados que deseen practicar liquidación deberán acompañar, a los documentos que mencionan, declaración detallada de los bienes del caudal. No dice esta disposición en qué deba consistir el detalle, por lo que en muchos casos se limita la descripción a indicar el nombre de la finca, el sitio y si acaso su cabida, con lo cual la busca se hace de todo punto imposible. Como imposible es cuando se presenta a liquidar en Oficina distinta de la en que se hallan inscritas las fincas.

Cabría modificar dicho artículo en el sentido de que la declaración haya de contener, a más de una amplia descripción, el título de adquisición y una declaración jurada respecto a la inscripción de las fincas. Todavía, en este caso, le quedaba tarea al Liquidador; pero sería más hacedera, no tan abrumadora como la que supone encontrar entre millares de fincas, sin datos apenas, las que puedan pertenecer al causante de la sucesión.

Si al Liquidador se le impone una obligación, lógico y natural es que se le proporcionen los medios racionales para llevarla a cabo en términos que sin excusar el trabajo lo hagan factible. Y nos parece el más acertado dictar una disposición de carácter general en la que se determinen los requisitos que deba contener toda relación de bienes que se presente a liquidación del impuesto, facultando a dicho funcionario para rechazar de plano las que no reúnan los datos que se señalen como necesarios.

LUIS R. LUESO

Registrador de la Propiedad.

Un esquema de Código Inmobiliario.

Ya que, con la apertura de la Asamblea Nacional, parece que empieza a desarrollarse un período legislativo, aun en materias relacionadas con el Código civil, no sería malo que la Asociación de Registradores preparase un proyecto referente a la propiedad inmueble, para ofrecerlo a la consideración de dicha Asamblea, antes de que toquen esta materia otros elementos menos preparados en problema tan trascendental en el orden civil y social como la propiedad inmueble. Sobrados elementos existen en la Asociación para formar una ponencia selecta, que con todo detenimiento y examinando nuestra legislación, las modernísimas extranjeras y la realidad social española, prepare un proyecto orgánico y útil sobre régimen inmobiliario. A despertar la atención de nuestros doctos van estas líneas, en las que expondré, como en cuadro sinóptico, lo que pudiera ser la estructura de un Código o Ley Inmobiliaria, ya para que se considerase como una ley aparte, ya para incluirlo como apéndice al Código civil, con la consiguiente derogación de lo que en éste se opusiese a la nueva ley.

Y prescindiendo de más preámbulos, expongamos brevemente a la consideración de nuestros compañeros la estructura de una ley sobre propiedad inmueble, como un cañamazo, apoyándose en el cual borden los competentes el fruto de sus saberes jurídicos en esta materia.

LEY INMOBILIARIA

Dos libros: 1.º *De los derechos inmobiliarios*.—2.º *Del Registro de la Propiedad*.

LIBRO 1.º: DE LOS DERECHOS INMOBILIARIOS

TÍTULO I.—DEL DOMINIO

Capítulo preliminar: De los bienes inmuebles.

Capítulo 1.º: Propiedad individual (derechos del propietario).

Capítulo 2.º: Propiedades especiales (aguas, minas, obras públicas, etc.).

Capítulo 3.º: Dominios especiales (o propiedad colectiva o social, del Estado, comunidades, familiar, etc.).

Capítulo 4.º: Limitaciones del dominio (fiscales, sociales, técnicas, etc.).

Capítulo 5.º: De la posesión y sus efectos.

TÍTULO II.—DERECHOS REALES

Capítulo 1.º: Usufructo, uso, habitación.

Capítulo 2.º: Censos.

Capítulo 3.º: Derechos reales especiales (arrendamientos, superficie, Rabassa, etc.).

Capítulo 4.º: Servidumbres (legales y voluntarias).

TÍTULO III.—DERECHOS DE GARANTIA

Capítulo 1.º: De la Hipoteca en general.

Capítulo 2.º: Hipotecas especiales (sobre propiedades especiales, del propietario, sobre cuentas corrientes, etc.).

Capítulo 3.º: Hipotecas legales.

Capítulo 4.º: Anotaciones.

TÍTULO IV.—DE LA INSCRIPCION

Capítulo 1.º: Formas de la inscripción.

Capítulo 2.º: Efectos de las inscripciones.

Capítulo 3.º: Extinción de las inscripciones.

Capítulo 4.º: De los títulos no inscritos.

LIBRO 2.º: DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

TÍTULO I.—ORGANIZACION DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Capítulo 1.º: Registros de la Propiedad.

Capítulo 2.º: Modo de llevar los Registros (una hoja por finca, etcétera).

Capítulo 3.º: Dirección e Inspección de Registros.

Capítulo 4.º: De los Registradores (su ingreso, organización, etcétera).

Capítulo 5.º: Responsabilidades y derechos.

Capítulo 6.º: Publicidad del Registro y eficacia de sus asientos.

Capítulo 7.º: Asientos (formas y rectificaciones. Indices y legajos).

Capítulo 8.º: Estadísticas y Personal auxiliar del Registro.

TÍTULO II.—PROCEDIMIENTOS

Capítulo 1.º: Títulos inscribibles y modo de ingresar la propiedad en el Registro.

Capítulo 2.º: De la contratación sobre bienes inmuebles en el Registro.

Capítulo 3.º: Expedientes de información posesoria y de dominio.

Capítulo 4.º: Relaciones del Registro con el Catastro.

Capítulo 5.º: Recursos contra los Registradores.

Capítulo 6.º: Liberaciones y régimen transitorio.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Brevemente expondré algunos de los principios que, aparte de muchos fundamentales de la actual Ley Hipotecaria, podrían inspirar la reforma propuesta, por parecer acomodados a las tendencias modernas y aptos para producir resultado eficaz, entre ellos los siguientes:

En el Libro 1.º—Al Título I, tener en cuenta la función social de la propiedad; la propiedad de las personas jurídicas más ampliamente regulada; la parcelación y la concentración parcelaria. Al Título II, claridad y sencillez en la regulación de estos derechos; dar el desarrollo debido a los arrendamientos e inquilinato. Al Título III, introducir las modernas figuras hipotecarias; simplificación de las hipotecas legales. Al Título IV, inscripción de las fincas por hojas, y no en libros, incluyendo plano o diseño; inscrita una finca, nulidad de toda transmisión fuera del Registro, no teniendo validez los otros títulos sino para obligar a la inscripción.

En el Libro 2.º—Al Título I, un Registro instalado en edificio público, en cada partido judicial, aun en las poblaciones donde haya más de un juez, con los Registradores que sea necesario en este caso, los que responderían cada uno por lo que firmasen. En la Dirección debe haber dos Registradores en comisión; la inspección se hará anualmente por un Magistrado, por delegación del Presidente de la Audiencia. En los ascensos un turno de antigüedad, otro de clase y otro de oposición entre Registradores; retribución por arancel; personal auxiliar privado. Interinidades por aspirantes, o por el Notario de la localidad. Supresión de la fianza. Al Título II, serán inscribibles los documentos públicos anteriores en cinco años a la fecha de presentación, aunque las fincas no aparezcan inscritas. La contratación sobre inmuebles puede hacerse ante el Registrador, expidiéndose como título una certificación de la inscripción. Los expedientes posesorios ante el Registrador; los de dominio, ante el Juez. La designación del dueño de las fincas en el Catastro debe hacerse por el Registrador, debiendo estar el Catastro en el mismo edificio que el Registro, e incluirse

en el Registro el número y la descripción de la finca, según el Catastro.

Y con esta incompleta enumeración de los puntos que pudieran ser base y guía de la reforma propuesta, dejo de molestar la atención de los lectores, esperando que susciten en el ánimo de doctos compañeros la realización de la reforma inmobiliaria, labor de tanta trascendencia en España y al mismo tiempo de estructura tan delicada, ántes de que manos menos hábiles se pongan a la obra, y no sea fácil el remedio de una ley poco práctica.

Puesto que en tesis general debemos colaborar a toda obra de buen gobierno, me parece la forma más indicada el presentar al señor ministro y a la Asamblea un proyecto sistemático sobre el Régimen de la Propiedad Inmueble.

FRANCISCO JAVIER FENOLLERA.

Registrador de la Propiedad.

Banco Español de Crédito

Capital: 50.000.000 de pesetas

Domicilio social: Alcalá, 14, Madrid

CAJA DE AHORROS

Intereses que se abonan: 4 por 100. Libretas, máximo 10.000 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 41 y de 16 a 17.

Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

SEGREGACIÓN DE FINCA. NO ES NECESARIA LA DESCRIPCIÓN DE LA FINCA TOTAL CUANDO LA SEGREGACIÓN SE HACE DE UNA PORCIÓN TOMADA DE UNA DE LAS SUERTES QUE INTEGRAN LA PRIMERA.

Resolución de 2 de Enero de 1928. (Gaceta de 2 de Febrero de 1928.)

En el Registro de la Propiedad de Puigcerdá aparece inscrita, en favor de D. Ramón Juves Bertrand, una finca formada por agrupación de varias suertes, entre éstas, bajo la letra A, una compuesta de casa, corrales, era, huerto y un campo llamado el Closal. Dicho D. Ramón, por escritura otorgada en 21 de Mayo de 1926 ante el Notario de dicho punto D. Joaquín Piñol, vende a don Francisco Alat una porción de terreno del dicho campo Closal, expresándose que dicha porción se tomaba y segregaba de la antes mencionada suerte letra A.

El Registrador no admitió la inscripción del documento por no describirse la total finca de donde se segrega la porción que es objeto de venta, y en el recurso interpuesto contra dicha calificación, el Presidente de la Audiencia declaró bien extendida la escritura, auto que confirma la Dirección general, con las siguientes consideraciones:

La palabra *finca* aparece empleada en la ley Hipotecaria y en el Reglamento para su ejecución unas veces con referencia a la superficie deslindada y encerrada en un solo perímetro, y otras como entidad hipotecaria compleja que comprende varias parcelas o diversidad de elementos económicos, y, por lo tanto, es ne-

cesario distinguir los preceptos aplicables a cada uno de estos supuestos de aquéllos que son comunes a todos.

En el caso de segregar una porción de finca de la ya inscrita, para constituir una nueva, la exigencia reglamentaria de relacionar la inscripción antigua y la nueva, lleva consigo la necesidad de describir la parte y el todo en forma que evite confusiones o referencias equivocadas y satisfaga a los fundamentales preceptos del artículo 9.º de la Ley.

En la escritura origen del recurso se consignan las circunstancias, que se pueden llamar generales, de la heredad situada en el término municipal de Alp, y las especiales de la parcela que, con las otras catorce, la integran, de suerte que no sólo posible identificar la finca total con arreglo a los preceptos hipotecarios, sino también la parcela de que se ha segregado el trozo vendido, que, con tal parcela, si no constituye una finca independiente para los efectos del Registro, conserva las características de orden físico de innegable valor en los problemas de identificación.

El artículo 60 del Reglamento citado, a cuyo tenor siempre que se segregue parte de una finca para formar una nueva ha de expresarse la cabida total, tiene por principal objeto evitar que de un inmueble inscrito sin tal circunstancia, puedan segregarse indefinidamente fincas o parcelas de cabida fantástica, con grave riesgo de los terceros adquirentes, y esta finalidad no se consigue tan fácilmente obligando a sumar y expresar las medidas de todas las parcelas inscritas bajo el mismo número, como dando la cabida de la porción de terreno encerrada en el perímetro de la que se segrega la nueva finca.

INCAPACIDAD DEL NOTARIO PARA AUTORIZAR «POR SÍ Y ANTE SÍ» UNA ESCRITURA DECLARATIVA DE EDIFICACIÓN.

Resolución de 3 de Enero de 1928. (Gaceta de 3 de Febrero de 1928.)

El Notario de Campillos, D. Luis Cárdenas Miranda, otorgó, en 16 de Marzo de 1927, como adicional de otra de compraventa de 5 de Enero del mismo año, escritura declarativa de edificación de una casa en finca inscrita a su favor, con el fin de que se ins-

cribiese de acuerdo con la Resolución de 20 de Mayo de 1895, inscripción que denegó el Registrador de la Propiedad de Archidona «por el defecto de que estableciéndose en el mismo un derecho a favor del Notario autorizante, se encuentra dicho Notario incapacitado para otorgarlo, según preceptúa el artículo 134 del vigente Reglamento Notarial».

Confirmó el Presidente de la Audiencia la nota del Registrador, y la Dirección general acordó confirmar el auto apelado, por las siguientes consideraciones :

Del espíritu de los artículos 22 de la ley del Notariado y 132 y 133 de su Reglamento se desprende que el Notario no debe autorizar con la fórmula «por sí y ante sí», instrumentos públicos que contengan declaraciones o disposiciones de las que puedan obtener un derecho o beneficio contra otras personas o patrimonios, porque tales ventajas, por mínimas que sean, pugnan con la imparcialidad característica de la función.

La declaración de existir un edificio construido en la finca inscrita a favor del mismo Notario, hecha por éste en el documento calificado, si tiene por objeto completar la escritura de 5 de Enero de 1923, de la que es «adicional», no puede ser otorgada por uno solo de los contratantes, y si trata únicamente de poner en evidencia una de las inmediatas consecuencias del derecho de accesión, favorece al mismo Notario en cuanto asegura una posesión jurídica o exterior en forma auténtica, una manifestación de voluntad de efectos inmediatos contra terceros.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO. PROCEDE TOMARLA AUNQUE LO EMBARGADO SE HALLE AFECTO A OTRA ANOTACIÓN EN LA QUE CONSTE LA PROHIBICIÓN JUDICIAL DE VENDER, GRAVAR, ETC.

Resolución de 7 de Enero de 1928. (Gaceta de 3 de Febrero de 1928.)

En el Registro de la Propiedad de Osuna (no Ocaña, como se lee en el sumario de la *Gaceta*) se presentó, para anotar preventivamente en dos créditos, un mandamiento expedido por el Juzgado de primera instancia del distrito de la Merced, de Málaga, anotación que fué denegada por el Registrador «porque los

créditos embargados aparecen ya anotados con otro embargo, donde se impone judicialmente la prohibición absoluta de vender, gravar y obligar dichos créditos».

En el recurso interpuesto, el Presidente de la Audiencia ordenó la práctica de la anotación, y la Dirección general confirma el auto apelado considerando que, según repetidamente ha declarado la misma, es necesario distinguir las prohibiciones de enajenar, por su origen, en legales, judiciales y voluntarias, así como en el segundo grupo deben separarse las provocadas por un mandamiento que tiende a asegurar las resultas procesales de aquellas que en cierto modo cierran el Registro, por exigencias supremas del orden público, e impiden la extensión de posteriores asientos.

La prohibición contenida en los mandamientos que decretan la anotación preventiva del art. 764 de la ley de Enjuiciamiento civil, como precaución adoptada contra el rebelde, encuentra en el artículo 44 de la ley Hipotecaria normas adecuadas a su desenvolvimiento, y en los artículos 1.923 y 1.927 del Código civil, una clara transformación en preferencia contra los acreedores que ostenten créditos posteriores a cargo del mismo deudor.

La Resolución de 11 de Agosto de 1916, citada por el Registrador, se refería a un pacto formalizado entre coherederos, de no enajenar los bienes que se le adjudicaron, pacto cuyo alcance no se haya previsto en la legislación Hipotecaria, y que la Dirección general hubo de dar por subsistente y válido, mientras por el Tribunal competente no fuere declarada su nulidad.

LUIS R. LUESO.

Registrador de la Propiedad

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sentencia de 24 de Junio de 1926. (Gaceta de 28 de Enero de 1927.)

POSESIÓN REAL Y POSESIÓN PRECARIA A LOS EFECTOS DEL DESAHUCIO

En recurso de casación contra sentencia de la Audiencia territorial de Las Palmas—confirmatoria de la del Juzgado de primera instancia, en juicio de desahucio de una casa, fundado primeramente en la falta de pago de la cantidad convenida verbalmente como precio del arrendamiento, y después en el carácter de precarista del demandado, por haber negado éste que pagase merced alguna al actor, ya que habitaba la casa como dueño de ella—, se alegaban por el desahuciado los siguientes motivos, entre otros:

Infracción—aparte de varios artículos del Código civil que creía debían haber sido aplicados a su favor y no al del demandante—por indebida aplicación, del artículo 1.565 de la ley de Enjuiciamiento civil, toda vez que se había decretado un desahucio contra alguien que no era inquilino, ni colono, ni arrendatario, ni administrador, ni encargado, ni portero, ni guarda, ni persona que disfrutase o tuviese en precario la finca, sino contra un dueño y poseedor de la misma, ya que este carácter tenía el demandado y recurrente, aunque no negase el mismo carácter al demandante; por lo cual, y como no podía haber dos personas que ostentasen esa misma condición, salvo en los pro-indivisos, había que dilucidar este importantísimo punto para declararla a favor de uno de los dos, y esto sólo podía hacerse en el juicio oportuno, que no era el de desahucio, según la doctrina estable-

cer efectivos en otro juicio para el que no han de ser obstáculo los pronunciamientos de la sentencia recurrida, ya que ésta se limita a estimar procedente el lanzamiento de dicho poseedor precarista.

Sentencia de 26 de Junio de 1926: (Gaceta de 28 de Enero de 1927.)

VALOR DE LA PRESUNCIÓN DEL ARTÍCULO 41 DE LA LEY HIPOTECARIA
A LOS EFECTOS DEL DESAHUCIO. LA POSESIÓN PRECARIA SEGÚN
EL DERECHO ROMANO Y LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

Declara: Que para dar lugar a la acción de desahucio son requeridas dos circunstancias coincidentes, una, activa, o sea la situación legal de la persona que la ejercita y en cuyo favor se da, y otra, pasiva, cual es la correlativa situación en que se halle el demandado contra quien la acción se dirige, presuponiendo la primera en el actor el dominio legítimo de la finca cuya libre disposición reclama, y denotando la segunda el abuso por parte del demandado de venir utilizando indebidamente una cosa o propiedad ajena:

Que así lo reconocen de un lado el artículo 1.564 de la ley de Enjuiciamiento civil, en cuanto declara parte legítima para promover este sumario procedimiento al que tenga la posesión real del predio a título de dueño, de usufructuario o cualquier otro que le dé derecho a disfrutarlo, y de otro lado, para cuando no exista vínculo contractual que ligue a los interesados en el número 3.º del artículo 1.565 de la propia ley, al determinar la procedencia de la expresada acción contra las personas que disfruten o tengan en precario la finca sin pagar merced y además fueren requeridos en tiempo para que la desocupen:

Que es doctrina reiteradísima del Tribunal Supremo, hoy robustecida por lo dispuesto en el artículo 41 de la ley Hipotecaria, la de que para promover el juicio de desahucio es título bastante, aunque no el único, el de compraventa inscrito en el Registro de la Propiedad, cuando con el dominio y conforme al artículo 1.462 del Código civil, o por otro medio legal, se ha transferido también la posesión de la finca.

Que esto sentado y pasando a examinar la circunstancia coincidente en el demandado, o sea la relativa al título o causa que se invoca para resistir el desahucio y poder continuar en el disfrute de la finca, es igualmente manifiesto que esta segunda cuestión se ha de estudiar y decidir con criterio restrictivo, cual corresponde a todo lo que implica excepción, no sólo porque la presunción está de parte del demandante por el hecho de apoyar su acción en títulos adornados de todos los requisitos legales a los que está prevenido se dispense la debida protección, sino además por ser una necesidad sentida la de impedir que a pretexto de supuestos estados de derecho, que o por no descansar en título alguno o por haber perdido su virtualidad el que tenían, o porque su causa es tan efímera e inconsistente que cede al menor choque con los presentados por el actor, se remita a éste al juicio declarativo, a fin de que ofrezca una mayor justificación de su título que no le es necesaria y prosiga, entretanto, una tenencia o disfrute abusivo que el expresado artículo 1.565 no se ha propuesto amparar.

Que al establecerse en el repetido número y artículo, que la acción de desahucio procede contra el que tenga la finca en precario sin pagar merced, es visto que lo que caracteriza esta situación pasiva del demandado es la circunstancia de que el que la disfrute no satisfaga remuneración alguna en reciprocidad a la utilidad que viene reportando, porque ello constituye un signo esencialmente cualificativo del precario procesal, bastante *per se* para legitimar la discutida acción, puesto que el que no paga renta ni ostenta título aceptable de ocupación y disfrute es de suponer fundadamente que sólo a tolerancia del dueño y, por lo tanto, a tenencia precaria sabe atribuir su situación.

Que en este sentido, aunque por excepción se ha de reconocer la existencia de casos en que por virtualidad de los títulos que ostente el demandado o por la trascendencia de datos reconocidos, sería injusto lanzarle de la finca sin una discusión más amplia que disipe las dudas que fundadamente se susciten y de cuyos casos hay múltiples enseñanzas en las decisiones del Tribunal Supremo, es lo cierto que en tesis general ha de admitirse que a quien incumbe acudir al juicio declarativo a robustecer lo deficiente de su causa si insiste en sostenerla, es al propio de-

mandado, mas sin que por ello se detenga la realización del *derecho del actor*, que prevalece desde luego por la eficacia legal de sus títulos a todos los fines del juicio sumario de desahucio.

Que si bien desde los primitivos tiempos de Roma, debido al desenvolvimiento histórico de esa nación, fué allí conocida la institución del precario caracterizada por denotar «concesión o merced que se hace a uno en virtud de sus ruegos para usar de alguna cosa mientras se lo permita el concedente», llegando a adquirir bajo el Derecho de aquel pueblo una peculiar fisonomía, en tanto que para obtener la restitución de la cosa constituida en precario, cuando el dueño cambiaba de voluntad, se creó el interdicto de su nombre, es no menos cierto que tal institución dejó de serlo en nuestros Códigos patrios, puesto que ni las leyes de Partida ni el moderno Código civil la han reproducido, sin duda porque no habiendo subsistido en nuestra Península las circunstancias que entre los romanos le dieron vida, su empleo ha caído casi en total desuso, al menos en su expresada característica de acto que acaece entre dos partes, una que ruega, y otra que por mera liberalidad otorga: y

Que, en su virtud, al ocuparse la ley de Enjuiciamiento civil del precario que da lugar al desahucio, no ha podido referirse exclusivamente al precario sustantivo que se define en la ley 1.^a, § 1.º, tít. 26, lib. 43 del Digesto, sino en general a aquella tenencia precaria, sin título o con él, que haya perdido su eficacia, que se caracteriza por el mero hecho de no pagar merced.

Véase en este mismo número nuestro comentario a la sentencia de 17 de Junio de 1926, incluso la nota referente a éstas de 24 y 26 de iguales mes y año. Aquí vemos aplicado y razonado muy acertadamente por el Tribunal Supremo el que es también nuestro criterio interpretativo del alcance de la presunción que establecía el artículo 41 de la ley Hipotecaria antes de la reforma de 13 de Junio próximo pasado.

Sentencia de 28 de Junio de 1926. (Gaceta de 29 de Enero de 1927.)

CONCEPTO DEL PRECARIO SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL
SUPREMO

Declara: que ya se tome la palabra precario en el restringido sentido etimológico con que la define el Diccionario, de indicar lo que sólo se posee como en préstamo y a voluntad de su dueño, o en el más apropiado y amplio que le ha dado la jurisprudencia, en relación con el número tercero del artículo 1.565 de la ley de Enjuiciamiento civil, de ser aplicable a todo lo que se disfrute o tenga sin título y sin pagar merced, por voluntad de su poseedor o sin ella, forzoso es estimar como precarista a quien, como la demandada—en el desahucio de que se trataba—disfrutaba una casa por simple benevolencia de la usufructuaria, sin pago de merced alguna.

En esta sentencia se fija, con más claridad aun que en la anterior—de 26 de Junio de 1926—la amplitud del concepto del precario a que—apartándose del Derecho romano—ha llegado la jurisprudencia; es decir, la posesión sin título y sin el correspondiente de la merced, y por voluntad del dueño, o poseedor, de la cosa, o sin ella. He aquí el verdadero motivo, quizá, de la reforma del artículo 41 de la ley Hipotecaria, realizada en 13 de Junio último, pues esta amplitud misma del concepto a que había llegado la jurisprudencia hacía posible—como vemos en bastantes sentencias—la inclusión en el repetido concepto y a los efectos del desahucio, de todo poseedor por el hecho sólo de no pagar merced a quienes ostentaban *derechos secularmente dormidos sobre la almohada de la inscripción en el Registro*, según la acertada frase de la Exposición del Real decreto modificativo.

La propiedad, el derecho de propiedad, cede ante el más fuerte nacido de la posesión y el trabajo, siempre que este derecho pueda justificarse, claro está, en cualquiera de las formas que admite nuestra legislación, y consiguientemente aquella presunción posesoria

a favor del propietario inscrito, cede ante la presunción contraria nacida de la tenencia efectiva, en favor de trabajo y del cultivo —tratándose de la tierra—, y el propietario que inscribe su *derocho* tendrá que demostrar su propiedad *de hecho* tan pronto como se alegue por aquél a quien perjudique el pretendido derecho que da la inscripción el error de los libros, demostrando que existe de su parte la posesión real, de más fuerza y valor en las modernas tendencias jurídico-sociales que el mismo dominio, separado de la posesión, a los efectos de un juicio posesorio.

J. A. DE LA P.

Jurisprudencia administrativa del impuesto de Derechos reales

V

Procedimiento. Los Delegados de Hacienda son los competentes para acordar la devolución de ingresos indebidos en el plazo de cinco años desde la fecha del ingreso, cuando se reclama por error de hecho padecido por el liquidador, según el artículo 6.º del Reglamento de Procedimiento.

Por lo que entablada una reclamación de ese orden ante el Delegado de Hacienda, no es el Tribunal provincial quien debe conocer de ella, sino el Delegado mismo, y si no obstante conoció de ella y la falló aquél, procede anular su acuerdo y reponer el expediente al momento del fallo, pasándolo al Delegado para que dicte resolución. (Acuerdo del Tribunal Central de 26 de Abril de 1927.) 34.

VI

El plazo para promover una reclamación contra una liquidación es el de quince días hábiles, estimándose firme y consentida si en tal plazo no se impugna aquélla, según se declara en los artículos 166 y 170 del Reglamento del Impuesto, de 1911 y 62 del de Procedimiento de 1924, que señala el mismo plazo desde el día siguiente a la notificación.

Si han transcurrido, pues, más de los quince días hábiles desde el siguiente al del ingreso hasta que se entabla reclamación impugnando la liquidación, debe ser desestimada aquélla, sin en-

trar a discutir el fondo. (Acuerdo del Tribunal Central de 7 de Junio de 1927.) 39.

VII

Procedimiento.—El Tribunal Central sólo tiene competencia para conocer en alzada contra los acuerdos provinciales de primera instancia si la cuantía excede de 5.000 pesetas, fijándose ésta por la cantidad principal que constituya el acto administrativo sin recargos ni costas ni responsabilidades, a no ser que sean éstas las impugnadas especialmente (artículos 42, número 2.º, y 47 del Reglamento de 29 de Julio de 1924); y, por lo tanto, si la cuantía de la liquidación impugnada no llega en sí misma a aquella cantidad, no puede el Central admitir la reclamación por ser incompetente para resolver, debiendo notificarse de nuevo el fallo para que pueda acudir al Tribunal Provincial de lo Contencioso-administrativo. (Acuerdo del Tribunal Central de 21 de Junio de 1927.) 105.

VIII

Sociedades. 1.ª *Al disolverse una Sociedad, la base para el impuesto de Derechos reales es el haber líquido que se adjudica a cada socio, sobre el que se exigirá el 0,50 por 100; los demás bienes adjudicados a uno de los socios, que se hace cargo del activo y pasivo social, habrán de serlo, si son inmuebles, al 4,80, y si muebles, al 1,20; y por ello es inadmisibile la petición de que la adjudicación de bienes que tal acto supone sea sólo por la mitad del activo, alegando que la otra mitad le corresponde como socio.* 2.ª *No existe duplicación de pago aunque se liquide por la misma cantidad si es por conceptos y a persona distinta.* 3.ª *No es deducible del haber social una partida que, aunque se alega es de otra persona, figura en el activo y pasivo, pues está incluida en la adjudicación de pago de deuda.*

Doctrina: 1.ª En la escritura de disolución de la Sociedad colectiva de que se trataba, existía una cláusula según la que el capital

líquido de aquélla, que se cifra, corresponde por mitad a cada socio, y otra cláusula según la que uno de los socios, como resultado de estipulaciones celebradas entre los mismos, se hace cargo de todos los créditos comerciales de la Sociedad y de cuanto constituye su activo y pasivo, y de ambas cláusulas se deriva que siendo iguales el activo y el pasivo, la diferencia entre el activo y el capital líquido social (que es el que corresponde a los socios como tales) constituye una adjudicación implícita para pago de deudas del pasivo hecha al socio que se hace cargo del activo, ya que adquiere al propio tiempo los bienes en que consiste el activo y las obligaciones del pasivo, por lo que es inadmisibles el criterio de que al socio adjudicatario le corresponde la mitad del activo como tal socio y, por ello, que no debiera pagar en concepto de adjudicación para pago de deudas, y que debiera deducirse dicha mitad de la liquidación por adjudicaciones de muebles e inmuebles para pago de deudas, ya que tal encargo implícito de abonar el pasivo con el activo constituye, al contrario, el fundamento de las liquidaciones de adjudicación para pago, y aun en el supuesto que el socio adjudicatario fuese acreedor de la Sociedad, no vararía el concepto más que en ser adjudicación *en pago*, en vez de *para pago*, pero con igual base y tipo; así lo confirma el párrafo 17 del artículo 18 del Reglamento de 1911, el cual, al disponer que cuando haya pasivo en una Sociedad y se adjudique a un socio el activo con encargo de pagar aquél, se exija el impuesto por el concepto de adjudicación de muebles o inmuebles para pago de deudas *por el exceso que resulte de la cantidad* a que, como socio, tenga derecho el adjudicatario, no dice, como quiere el recurrente, que *dicho exceso sea la diferencia entre el activo como socio y lo que se le adjudique*, sino *la que haya entre el haber líquido y lo adjudicado del capital activo*, ya que, concordando dicho párrafo 17 con el 14 del mismo artículo, que dispone que en la disolución de las Sociedades se tributa al 0,50 por 100 del haber social líquido, se ve que *dicho exceso* no puede consistir en tal diferencia, la cual es la que no se liquida precisamente por disolución de Sociedad al mismo contribuyente. 2.ª No existe duplicación en la base contributiva cuando se liquida, al disolverse la Sociedad, a un socio la mitad del haber social, y esa misma mitad se liquida al otro socio por adjudicación para pago de deu-

das (además de liquidar a este último su adjudicación de haber social), porque ambas liquidaciones, aunque giran sobre la misma base, lo son por conceptos distintos: disolución social, en cuanto a la mitad del haber líquido, y adjudicación para pago de deudas y a distintas personas; y tampoco puede estimarse exista duplicación de pago si en una liquidación es por reconocimiento de deuda (número 60 de la tarifa al 0,30) y otra por adjudicación para pago, aunque ambas se refieran a idéntica cantidad; si bien aquélla ha de girarse a aquél a favor del que se reconoce el crédito y no del adjudicatario, según el artículo 58 del Reglamento.

3.ª No es deducible una partida que en el balance figura en el activo a favor de tercera persona, unas veces como cuenta corriente de valores y otras como depósito, pues figurando en el activo y en el pasivo y haciéndose cargo de éste un socio, dicha partida está incluida ya en la adjudicación para pago de deudas. (Acuerdo del Tribunal Central de 19 de Julio de 1927.) 35.

IX

No están exentas, sino sujetas al impuesto, las adquisiciones de fincas que, para los socios de uno de los Sindicatos federados, haya un Banco constituido por una Federación de Sindicatos.

Se impugnó la liquidación, alegando que la compra de fincas estaba comprendida entre las operaciones propias del Sindicato, según un Reglamento peculiar, y, por lo tanto, se hallaba incluida, según el número 9 del artículo 6.º del Reglamento del Impuesto de Derechos reales, entre las exceptuadas de este impuesto, así como del Timbre, según la ley del mismo, por las Reales órdenes de Hacienda y Fomento que clasificaron el Sindicato. *El Tribunal Supremo declara sujeta al impuesto la compra aludida, confirmando la liquidación.* Según el artículo 5.º de la ley de Contabilidad, la exención de tributos sólo puede acordarse en los casos y forma determinados en las leyes; y, por tanto, las Reales órdenes de Hacienda y Fomento, por las que se declaró el derecho del Banco a gozar de las exenciones tributarias otorgadas por la ley de Sindicatos de 28 de Enero de 1906, han de entenderse en

sentido estricto, sin que prevalezcan interpretaciones que modifiquen o amplíen los preceptos de ésta; y como quiera que el artículo 6.º de la misma sólo concede la exención de Derechos reales y Timbre por los actos o contratos celebrados por los Sindicatos en tanto en cuanto tiendan de un modo directo a cumplir alguno de los fines enumerados en el artículo 1.º de la ley, según sus Estatutos, es obvio que en obediencia a este precepto no basta para gozar de la exención establecida en el número 9 del artículo 6.º del Reglamento del Impuesto de Derechos reales, que el contrato de que se trate esté incluido en los Estatutos sociales si al mismo tiempo no lo está en el artículo 1.º de la ley de 1906, y no mencionando éste la compra de terrenos ya que sólo enumera como uno de los fines propios de los Sindicatos la adquisición de abonos, semillas, plantas, animales y demás *elementos de producción*, no puede incluirse tal compra de terrenos, sea para el Sindicato o para sus socios, entre los actos exentos, no es razón admisible que al aludirse a *los elementos de producción* se incluya implícitamente la tierra, porque siendo ésta el principal elemento, si el legislador la hubiera querido incluir, la hubiera designado en primer término y luego los demás como auxiliares, y si no lo hizo así es porque no tuvo tal intención; a los Tribunales no incumbe más que aplicar las leyes y no ampliar sus preceptos a casos que el legislador no tuvo en cuenta quizá porque cuando la ley se dictó no existía esa necesidad que hoy incumbe apreciar al legislador y no a los jueces. En el fallo se citan, en apoyo de esta doctrina, las Sentencias del Supremo de 12 de Marzo de 1924 y la de 8 de Octubre de 1917. (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Febrero de 1927.) (*Gaceta* del 7 de Diciembre de 1927.)

X

Transcurrido el plazo de quince días desde que se conoce una liquidación, no puede reclamarse por errores de derecho, como lo sería si en un contrato de suministro ha lugar o no a deducir la tercera parte de la base por trabajo personal; las cuestiones no planteadas en vía administrativa no pueden serlo en la contenciosa, por lo cual en ésta no puede pedirse, desde luego,

en el caso expuesto, que se devuelva la tercera parte de lo ingresado, sino que hubiera debido plantearse exclusivamente la cuestión de si la reclamación se hizo en tiempo y hacer la súplica congruente, y la consecuencia de ello hubiera sido que el Tribunal, si había lugar a la afirmativa, mandase que la Administración resolviese en cuanto al fondo.

La resolución recurrida—el acuerdo de la Dirección de lo Contencioso de 12 de Junio de 1924—se limitó a desestimar la reclamación deducida ante la Administración, no por motivos de fondo, referentes a si era o no deducible la tercera parte de la base por trabajo personal, en cuyo examen no entró, sino por ser extemporánea en razón a que no era aplicable el artículo 167 del Reglamento de 1911 referente al derecho de devoluciones de cantidades satisfechas con error de hecho durante el plazo de cinco años, sino el 166, que fijaba plazo de quince días para impugnar los actos administrativos, *pasado el cual se estiman firmes y consentidos*; siendo la jurisdicción contenciosa de índole revisora, no puede conocer de cuestión no resuelta por la Administración activa y decidida sólo por ésta la cuestión procesal aludida, sólo esa cuestión es la que puede plantearse y resolverse por el Tribunal Supremo, es decir, si la reclamación había sido hecha en tiempo, y en caso de que la Sala decidiera la afirmativa, la consecuencia sería mandar que la Administración resolviese el fondo en el cual al Tribunal Supremo le está vedado entrar mientras la Administración no decida; pedida desde luego la devolución, excede tal declaración de la competencia del Tribunal por no estar agotada en ese punto la vía gubernativa, ya que no había decidido la Administración; además, no hay derecho preestablecido a favor del recurrente puesto que el artículo 166 del Reglamento sólo concede derecho al contribuyente para apelar en el plazo de quince días, y el 166, el de pedir devolución si hubo error de hecho en el de cinco años antes de que prescriba el derecho, según el 25 de la ley de Contabilidad, y el caso aludido no es de error de hecho, sino de derecho a lo sumo, o de concepto, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias de 20 de Febrero de 1915, de 22 de Febrero de 1916 y auto de 1.º de Octubre de 1903; que guarda estrecha analogía con el actual. (Senten-

cia del Tribunal Supremo de 5 de Marzo de 1927.) (*Gaceta de Madrid* de 9 de Diciembre de 1927.)

XI

El cobro por el beneficiario de una póliza de seguros, constituida para liquidar relaciones comerciales de una Sociedad con uno de los socios, por el importe del saldo de la liquidación y que había de abonarse al socio acreedor como beneficiario, o a sus herederos, al fallecimiento del asegurado, no puede estimarse como extinción de contrato de préstamo ni aplicársele la exención de tal si no se justifica la constitución de éste por medio de escritura pública, debiendo liquidarse como herencia por el importe de la póliza según el parentesco entre el asegurado y el beneficiario o sus herederos.

Los interesados alegaron en las dos instancias administrativas que la póliza era una manera indirecta de reintegrarse la Sociedad de un crédito de dudoso cobro; que la percepción de los créditos mercantiles no está sujeta a tributación; que ya se había satisfecho el impuesto de dicho crédito al disolverse la Sociedad, y, de mantenerse la liquidación de la póliza como herencia al beneficiario, se abonaría el impuesto dos veces; pidiendo, en consecuencia, se declarase exento del impuesto el abono de la póliza; como prueba se presentó, además de la partida de defunción del asegurado, un documento privado celebrado entre éste y la razón social, por el cual se declara la constitución de la póliza para satisfacer el débito del asegurado con la Sociedad y se compromete aquél a abonar las primas; una carta particular reconociendo el débito; la escritura de disolución social y testimonio notarial de los asientos de los libros comerciales de la Sociedad. El Tribunal *Económico-Administrativo Central*, por acuerdo de 16 de Diciembre de 1924, desestimó la reclamación y confirmó la liquidación. *El Tribunal Supremo confirma este fallo.* La cuestión discutida es si el perceptor de la póliza, como sucesor de la Sociedad y beneficiario de aquélla, tiene derecho, al hacerla efectiva, a que se la estime como extinción de préstamo y se la declare exenta, o

ha de liquidarse como herencia entre extraños. El precepto claro del artículo 30, apartado 7.º, del Reglamento de 1911 de que las cantidades que cobren los beneficiarios de las pólizas de seguro tributarán como herencia, en razón al parentesco entre aquéllos y el asegurado, no tiene otra excepción que el párrafo 8.º del mismo artículo, o sea que el beneficiario pruebe con escritura pública que la cantidad percibida es en pago de otra debida por el asegurado, entregada por concepto de préstamo, siendo, por tanto, imprescindible para gozar de la exención, justificar con documento público no sólo que se trata de una suma debida por el asegurado al beneficiario, sino que tal deuda procede precisamente de préstamo, puesto que no todas han de ser originadas por tal causa; y los documentos reseñados ni son escritura pública referente al préstamo, ni demuestran su constitución; por el contrario, ponen de manifiesto que no había mediado este contrato entre el asegurado y la Sociedad, sino unas relaciones comerciales de cuya liquidación resultó el saldo que se garantizó con la constitución de la póliza; la escritura pública de préstamo no puede suplirse por ningún otro documento, y no presentada aquélla, era inexcusable la liquidación de la póliza como herencia a extraños, no alcanzando la excepción del indicado párrafo 8.º (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Marzo de 1927.) (*Gaceta* de 9 de Diciembre de 1927.)

XII

La exención otorgada a una Sociedad en cuanto a los impuestos de Derechos reales y Timbre por los actos relacionados con la ampliación de su capital, no puede ser extensiva a la compra de una concesión administrativa, aunque tal compra se satisfaga con fondos procedentes de la ampliación de capital.

La Sociedad pretendió se declarase la exención de la adquisición mediante compra, pagado en metálico, de la concesión administrativa de un salto de aguas, alegando que la ampliación de capital a que alude la Real orden de exención tuvo por finalidad exclusiva dedicar las pesetas que obtuviesen de la ampliación al desenvolvimiento de la Sociedad y desarrollo de su industria me-

diante la adquisición del salto de agua con el que se había de generar la electricidad, objeto de la explotación social. *El Tribunal gubernativo de Hacienda, en 7 de Marzo de 1924, desestimó la reclamación. El Tribunal Supremo confirma el fallo recurrido.* La Real orden de exención de tributos, dictada al amparo de la ley de protección a la industria nacional de 2 de Marzo de 1917, y Reglamento de la misma de 20 de Diciembre siguiente (artículos 1.º y 12), sólo alcanzaba a la relación jurídica referente a la ampliación de capital y actos relacionados con la misma, incluso la emisión de acciones y obligaciones, y siendo esto así resulta claro, a sensu contrario, que no se hallan comprendidas en aquella exención las relaciones contractuales de la Compañía de finalidad distinta de acrecer el capital y que no implican la ejecución del acuerdo de ampliación, como es la compra de la concesión y del salto de agua, según la regla de hermenéutica legal, «la excepción confirma la regla general en los casos no comprendidos en ella—*exceptio firmat regula in casibus non exceptio*»—; el aumento de capital social y la compra de la concesión y del salto son dos relaciones jurídicas heterogéneas, totalmente independientes y distintas en absoluto por el *sujeto* que en la primera son los socios y la sociedad, y en la segunda dos entidades colectivas; por el *objeto* que en aquella es la ampliación del capital social y en ésta la aplicación del aumento de dicha ampliación, sustituyéndose las acciones y obligaciones sociales con los bienes mismos y *por la ley* que los regula que en la primera es el Código de Comercio y en la segunda el civil; esta distinción se ratifica en la legislación especial del impuesto de Derechos reales, pues lo mismo la ley de 1900 que el Reglamento de 1911 regulan con absoluta separación lo referente a las concesiones y su enajenación y a las Sociedades y su constitución o transformación y las aportaciones a la misma de toda clase de bienes, e igual ocurre en los números 18 y 19, y 63 al 66 de la tarifa de 25 de Mayo de 1920 entonces vigente, para exacción del impuesto; las leyes y disposiciones del poder ejecutivo declaratorias de exacciones de impuestos son siempre de interpretación restrictiva y no extensiva; y, por último, las peticiones de la Sociedad, base de la concesión, se limitaron a los actos de ampliación de capital o exenciones arancelarias de compra de material y no puede pretenderse que las exen-

ciones comprendan actos como es la compraventa de la concesión, para los que no se pidió exención alguna, pues habría incongruencia entre lo pedido y lo otorgado. (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Mayo de 1927.) (*Gaceta* del 23 de ídem.)

XIII

Cuántia de la reclamación. Expropiaciones. No pueden ser objeto de reclamación ante el Tribunal Supremo los fallos de los Tribunales Provinciales referentes a liquidación cuya cuantía por principal sin recargos ni multas no llegue a 1.000 pesetas. No entra, por tanto, el Tribunal Supremo a definir el tipo de liquidación por expropiación forzosa, que el Provincial fijó en 0,50.

Adquirida una finca a virtud de acuerdo del Ayuntamiento de X. con el propietario que aceptó la tasación del arquitecto municipal, se presentó la escritura a liquidación del impuesto: el liquidador la giró al tipo del 4 por 100 como compraventa corriente; reclamó el Ayuntamiento pidiendo se aplicase el tipo especial de 0,50, según el número 38 de la tarifa; el Delegado de Hacienda, de conformidad con la Abogacía del Estado, rechazó la reclamación fundándose en que la expropiación no se había realizado ajustada a los trámites de la ley de 1879, y en que según Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Abril de 1922 era indispensable que el proyecto de ensanche estuviese definitivamente aprobado y que la expropiación se hubiese hecho con arreglo a dicha ley; el Tribunal Provincial de lo Contencioso administrativo revocó el fallo del Delegado; apeló el Abogado del Estado, y el Supremo declara que, dada la cuantía de la liquidación impugnada—que no llega a 1.000 pesetas—, no procede recurso de apelación, conforme al artículo 63, párrafo último de la ley de 22 de Junio de 1894, no debiéndolo haberlo admitido el Tribunal Provincial, cuyo fallo termina el asunto. (Sentencia de 31 de Mayo de 1927. (*Gaceta* de 28 de Diciembre de 1927.)

XIV

Pensiones. Herencia.—1.º Liquidadas unas pensiones deduciéndose previamente su capital del de la herencia, está obligado el heredero a satisfacer el impuesto como herencia por el capital de aquéllas al morir las pensionistas.—2.º Si el heredero no dió cuenta del fallecimiento de las pensionistas en el plazo reglamentario de pago, la liquidación ha de girarse según los tipos de la nueva legislación y no de la antigua.—3.º Dándose el mismo supuesto ha de pagarse el tributo por «retiros obreros», aunque el fallecimiento de las pensionistas sea muy anterior a la ley de creación de este tributo.

Caso.—Al fallecer en 1899 una persona se giraron liquidaciones por constitución de pensión y de hipoteca en garantía de la misma a nombre de unas pensionistas, y de herencia a nombre del heredero, habiéndose deducido previamente el capital de las pensiones de la masa hereditaria: fallecidas las pensionistas no se practicó liquidación hasta 1923 (en 1911 en un resultando se afirma que el heredero dió cuenta del fallecimiento de aquéllas, y en un considerando que no lo dió hasta 1923), en que se giraron a cargo del heredero «por herencia sobre el capital de las pensiones y por retiros obreros sobre el mismo capital; a cargo del mismo heredero por la extinción de la hipoteca que garantizaba las pensiones y por «pensiones» a cargo de una pensionista a quien acreció la pensión de otra; esta última liquidación fué dejada sin efecto por el Delegado de Hacienda, y la de hipoteca por el Tribunal Central, por acuerdo de 30 de Septiembre de 1924, que ratificó las otras dos liquidaciones. El Supremo, igualmente, mantiene estas dos últimas. Según los párrafos primero y segundo del número 17 del artículo 6.º, cuarto del 10 y 10 del 30 del Reglamento aplicable de 1911, están exentas la extinción de las pensiones cuando su constitución ha tenido lugar a cambio de la cesión de bienes o si el capital se rebajó del caudal hereditario, sin perjuicio de lo que deba satisfacer el cesionario o heredero por el capital deducido cuando se extinga la pensión; al acto jurídico de

la extinción de las pensiones constituídas por testamento sin cesión de bienes y con deducción del capital, no es aplicable el párrafo cuarto del artículo 14 del Reglamento, sino el 10 del 30, según el que al extinguirse la pensión constituida en la forma indicada, esto es, con rebaja del capital y sin entrega de bienes por el pensionista, satisface el impuesto el heredero, según el parentesco entre el causante y el adquirente, no cabiendo duda que los herederos hacen suyo, al extinguirse la pensión el capital de las mismas, con cuyos intereses se han pagado las pensiones, y que fué deducido de la masa hereditaria al fallecer el causante y constituirse las pensiones.—2.º Como al dar cuenta a la Administración en 1923 del fallecimiento de las pensionistas, ocurrido en 1911, habían pasado los plazos reglamentarios, debe, según el artículo transitorio de la ley de 2 de Abril de 1900 y el artículo 2.º de la disposición primera de la de 29 de Abril de 1920, es aplicable la tarifa vigente para sucesiones en el momento de presentarse la declaración, o sea, la de 25 de Mayo de ese año.—3.º Por los mismos motivos ese acto está comprendido en el artículo 12 de la ley de 26 de Julio de 1923 y 46 y 49 del Real decreto de 21 de Septiembre del mismo año, referentes al recargo del 5 por 100 sobre el capital transmitido para retiros obreros. (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Junio de 1927. (*Gaceta* de 29 de Diciembre de 1927.)

GABRIEL MAÑUECO.

Abogado del Estado

OBRAS RECIBIDAS

MINGUIJÓN ADRIÁN (Salvador).—*Historia del Derecho español*.—Barcelona.—Editorial Labor.—1927.

I. 248 páginas + 12 láminas.

II. 216 páginas + 12 láminas.

La Editorial Labor, de Barcelona, remozando intentos análogos del pasado siglo, viene publicando una serie de volúmenes de iniciación cultural en todos los órdenes científicos, que recuerdan, por su tipo y extensión, a la popular colección alemana Göschel; en varios casos, son traducciones de obras aparecidas en ésta.

No podía faltar en la Sección jurídica una obra dedicada a la historia. De redactarla se encargó el Catedrático de la disciplina en Zaragoza, Sr. Minguijón, que desde hace años trata de divulgar, por medio de sus interesantes «Cuadernos de Historia del Derecho español», los datos más seguros y la bibliografía más reciente sobre los distintos temas.

La obra que ahora ofrece al público, no es un simple resumen de los cuadernos; de una parte, porque es más completa, ya que hay temas no tratados en aquéllos y que nos presenta en ésta; de otra, por añadir datos interesantes, omitidos en el trabajo precedente. Tal, por aducir un ejemplo, las noticias sobre el segundo Bronce de Aljustrel (I, 30).

Por lo demás, el plan seguido ofrece, como es natural, un recuerdo constante de los «Cuadernos».

No es nuestro propósito juzgar el libro, pero sí hemos de formular algunas observaciones que su lectura nos sugiere.

Acaso hubiera resultado más útil presentar separada la historia de las fuentes y la de las instituciones, dedicando a aquellas una atención que con esta sistemática no es posible concederles. Así, no es fácil formarse idea de las fuentes romanas descubiertas en España con el espacio que se les dedica; ni resalta toda la importancia que tienen los Fueros municipales, como tampoco se puede esclarecer el cuadro de conjunto de las redacciones territoriales castellanas, ni poner de relieve acontecimientos como la recepción del Derecho romano en nuestra Edad Media post-visigoda.

En el tomo II aparecen tratadas aparte las fuentes jurídicas de los territorios no castellanos. No aparecen expuestos con la debida extensión los estudios de Mayer, rectificados y completados por Ramos Loscertales, aunque sustancialmente se aceptan sus tesis. Más sensible es la omisión de los trabajos de Valls sobre los Usalges (aunque de uno de ellos se haga mención en la Bibliografía), y de la publicación de la más antigua redacción del F.º de Vizcaya, por Labayru.

En las instituciones, se revela el cariño del autor por los estudios sociales y políticos. Hay también omisiones, como la cuestión de la existencia de brazos en las Cortes Castellanas, tanto más sensible cuanto que el autor ha dedicado un estudio especial a su examen.

La exposición de las instituciones jurídicas sigue el sistema de resúmenes de los Cuerpos legales, que presenta gran interés para la iniciación en la lectura directa, pero que no permite exposiciones sistemáticas y de conjunto. Así se explica la no utilización del estudio de Mayer sobre el antiguo Derecho español de obligaciones.

En resumen: el Manual reseñado ofrece una interesante exposición de la misma clase que obras análogas, aunque con la ventaja de su modernidad y extensión, muy propias para la Biblioteca en que se publica.

Presenta, además, al final, una extensísima bibliografía, que, a pesar de la modesta advertencia del autor, puede resultar útil incluso a las personas versadas en estas materias. Una gran claridad y sencillez en la exposición y una presentación material

espléndida, contribuyen a aumentar el agrado con que se manejan los dos interesantes tomitos.

LA REDACCIÓN.

Bibliografía extranjera

LIBROS

KLOSS y MÜLLER.—*El Derecho privado vigente en Sajonia*.—Tercera edición.—Halle.—1927.

Comprende, además del propio Derecho civil, una serie de puntos que son también de Derecho público: expropiación, aguas, minas y montes. Es más que un libro sistemático, una obra destinada a los prácticos. Falta, por ejemplo, el concepto jurídico del Derecho de los países (Länder) frente al Derecho común. (D. J. Z., 32-20-I.424/5.)

HALLER (Marguerite).—*Essai sur l'influence du fait et de la faute de la victime*.—París.—Pichon.—1926.

(Este trabajo ofrece los resultados legislativos y doctrinales sobre el problema de la culpa concurrente del lesionado por una acción extraña también culposa. Ofrecen interés especial el § 254 del Código civil alemán; la ley francesa sobre tráfico aéreo de 31 de Marzo de 1924, y, sobre todo, los tanteos de la jurisprudencia, que parecen llegar a la formulación de una especie de atenuante.) (D. J. Z., 32-20-I.426.)

SCHOOP (Werner).—*La cláusula «rebus sic stantibus» en la legislación de los países de lengua alemana desde el Landrecht prusiano* (con exclusión del Código civil alemán).—Leipzig.—1927. (Separata del Archiv. j. deutschen, selweiz. und skandinav. Privatrechte.—Cuaderno, 6.)

BUCHWALD (Martín).—*El régimen jurídico de los inquilinatos*. (Exposición sistemática de la legislación general alemana y de la prusiana y sajona).—Leipzig.—Noske.—1927.

PYRKOSCH.—*Casos prácticos de Derecho civil, con soluciones.*—

I. Parte general.—Berlín.—Heymann.—1927.

~~RECHTSGESCHENDE. — Die Rechtsverhältnisse der Grundbesitzer in Preussen.~~

LESPINE.—*Relaciones entre propietarios e inquilinos, según la ley de 21 de Julio de 1927.*—París.—Berger.—1927.

BRAND y MEYER.—*Los actos jurídicos sometidos a Registro.*—Berlín.—Springer.—1927.

(Es la segunda edición de una obra menos voluminosa. Aquí se contiene toda la legislación no sólo interesante para el régimen de la propiedad inmobiliaria, sino también para el comercio, Sociedades minas, etc.) (D. J. Z., 32-22-1.563/4.)

EKONOMOPULOS.—*Transferencia de inmuebles inter vivos según el Derecho griego vigente.*—München.—1927.

REVISTAS

KREBS.—*El nuevo Derecho sobre arrendamientos urbanos en Silesia.* (*Juristische Rundschau.* Año 3.—Núm. 18.)

DEMELIUS.—*La reconstitución de los libros registrales después del incendio del Palacio de Justicia en Viena.* (*Gerichts. Zeit.*, 78-16-17.)

REICHEL.—(Sobre el mismo tema, en *Notariatszeitung Wien.*, '69-9.)

BUM.—*Nueva disputa alrededor del «numerus clausus».* (*Jurist. Blätter*, 56-17.)

KRONSTEIN.—*Las últimas leyes alemanas sobre temas de Derecho privado.*—(Ibíd.)

BUKOWSKY.—*Sobre la cuestión del régimen de bienes en el matrimonio, en Letonia.* (*Rigasche Zeits. f. Rechtswissenschaft*, 1-4.)

SEYFRIED.—*El régimen de intervención legislativa en los inquilinatos, de Europa.* (*Deutsche Hausbesitzer Zeit.*, 34-38.)

LIEBAN.—*Los derechos inscribibles en predios no inscritos: nacimiento, vida y muerte.* (*Oestereichische Anwalts. Zeit.*, 4-19.)

GUERRERA.—*La llamada «condición resolutoria tácita» en el Derecho civil y comercial.* (*Riv. italiana per le Sc. giur.*, 2-2/3.)

JOSEF (S.).—*Inquilinatos y divorcio.* (*Leipziger Zeitschrift f. deut. Recht.*, 21-20.)

GÖDEL.—*Proyectos de reforma de las inscripciones registrales.* (*Oesterreich. Anwalts. Ztg.*, 4-22.)

SECRETAN.—*El nuevo Código civil turco.* (Recuérdese su origen suizo.) (*Bull. m. de la Soc. de Legislation comparée*, 56-7/9.)

PAPPAFAVA.—*El Notariado en Inglaterra.* (Ibíd.)

STOLL.—*La representación gráfica al servicio de la enseñanza jurídica.* (*D. J. Z.*, 32-21, p. 1.499-1.502.)

(El autor, catedrático en Tubinga de Derecho privado, propugna el sistema de los diseños para familiarizar pronto al jurista con los conceptos abstractos. Los casos que trae, a manera de ejemplos, convencen respecto a la claridad de su tesis: tal, v. g., la distinción entre *motivos*, *voluntad* y *declaración de voluntad* y su trascendencia en la teoría del acto jurídico; las distintas clases de bienes en la sociedad conyugal y su responsabilidad frente a los acreedores singulares del marido y de la mujer, la perfección de los contratos entre ausentes, etc. En esta misma REVISTA, el maestro Jerónimo González ha hecho fecundas aplicaciones de sistemas análogos.)

SPERL.—*La prueba de la paternidad por los análisis de sangre.* (*D. J. Z.*, 1927, 32-22, p. 1.523-28.)

(No se trata de una prueba decisiva en todo caso, sino de una eliminación o afirmación de probabilidades: si la sangre del niño cuya paternidad se discute no se parece ni a la de la madre ni a la del demandado como padre, queda abierta la presunción de la *exceptio plurium concubentium*, sin necesidad de pruebas directas,

tan difíciles siempre. Por el contrario: en el supuesto de que sea semejante a la de la madre (porque la experimentación ha probado que las características se reciben, ora de uno, ora de otro progenitor), aun puede ésta recurrir a otros medios de prueba. Si se establece semejanza con la del señalado como padre, hay ya un comienzo importantísimo de prueba. En Austria, según el autor de este artículo, el sistema ha entrado en la práctica judicial:)

Jurisprudencia.—Una sentencia del Tribunal del Reich, confirmando las de anteriores instancias, considera como de ningún valor la constitución de una hipoteca de *máximum* sobre una finca, ya gravada, en favor del mismo acreedor y para garantía de la misma obligación, por otra hipoteca del mismo tipo y por mayor suma, puesto que la posterior carecería de contenido, absorbido como estaba en la primera. (*D. J. Z.*, 32-22, 1.557.)

— Otra sentencia del mismo Tribunal declara *ininscribibles* las hipotecas cuyo valor se calcula en proporción a una moneda extranjera; aquí se trataba de dólares, y se relacionaban con los marcos oro en proporción de 10/42. El fundamento de este fallo, que nos recuerda el de cierta Resolución de nuestro Centro directivo hipotecario en asunto análogo (15 de Febrero de 1926), es la indeterminación de la prestación que se aseguraba con la hipoteca. (*Zeits. des deutschen Notarvereins*, 27-12-756/7.)

ROMÁN RIAZA.