REVISTA CRITICA
DE
DERECHO INMOBILIARIO
DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO
Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XVII **Abril de 1941** **Núm. 155**

La reforma del Derecho privado en Alemania (*)

(CONFERENCIAS DEL CATEDRÁTICO DON NICOLÁS PÉREZ SERRANO)

IV

ELABORACIÓN JURÍDICA

En la tercera conferencia, el Sr. Pérez Serrano abordó el estudio de cómo se está elaborando en Alemania la reforma del Derecho privado, especialmente el Derecho civil, aunque para ello se tropieza con muchas dificultades, tanto por la poca publicidad que en cierto sentido se da a los trabajos ya acabados, como por la escasa legislación dictada o dada a conocer en estado de proyectos articulados. Además, las condiciones actuales de Europa dificultan extraordinariamente la adquisición de bibliografía.

De todas suertes, y sirviéndose de procedimientos indirectos, pueden servirnos de orientación las ideas que nutren los discursos de personalidades y jerarquías, como el Ministro Dr. Frank, que pondera la necesidad de dar al nuevo Derecho alemán *alteza* o fe, que anima a la lucha; *contenido* acorde con las exigencias de la vida; una *forma* adecuada y una *garantía* plena. Son también de considerar, a este respecto, las sugestiones contenidas en trabajos de Hedemann, Stoll y Lange, que colaboran muy activamente en la tarea de la reforma.

Aparte de estas personalidades, cooperan también a dicha reforma

(*) Véase el número anterior de esta REVISTA.

diversos organismos, como Centros ministeriales y Corporaciones científicas; pero, ante todos, merece ser colocada la Academia de Derecho alemán, sobre la que recae el principal peso de la tarea emprendida. Todas estas aportaciones, tanto individuales como colectivas, podrían hacer que se rompiera la unidad de orientación, pero no sucede así, ya que la unidad entre todos los elementos mencionados se asegura mediante el enlace existente a través de *uniones personales* y del mecanismo del Partido.

Dentro de la Academia—que, como hemos indicado, es la vanguardia de esta reforma—funcionan numerosas comisiones, de cuya actividad dan cuenta periódicamente las asambleas plenarias, algunas publicaciones de carácter científico que hemos citado en el curso de estas conferencias y, sobre todo, la Revista de la propia Corporación.

Según Hedemann (1), el trabajo de reforma del Derecho privado se había iniciado en forma no exhaustiva, es decir, fragmentariamente; pero no en forma arbitraria, sino que, por el contrario, la labor ha sido acomodada a trabajos imperativos de urgencia distinta, y con la peculiaridad de dar preferencia en cada institución a lo irregular; es decir, más que el matrimonio, se estudió el divorcio; más que el problema de la filiación legítima, se abordó el estudio de la filiación ilegítima; al estudiar los créditos se consideró preferentemente su garantía; en las obligaciones no se enfocó su cumplimiento normal, sino la perturbación que origina su incumplimiento, etc.

Hubo una controversia muy aguda y de gran prolijidad respecto a las materias que había de comprender el nuevo Código, controversia que se extendió a la sistemática de dichas materias, o sea al orden que había de seguirse en su plan, y por fin se llegó a fijar un criterio. Este era el de que convenía una codificación en un texto único, y, por tanto, se rechazaron las posiciones que pretendían era preferible una serie de Tratados o Sectores sueltos. Además, se convino en que la articulación del futuro *Código del Pueblo* se realice en seis libros, consagrados, respectivamente a *Los nacionales (Volksgenossen)*, el Derecho de familia, la Sucesión hereditaria, el Derecho de contratación o negocial, la Propiedad de los nacionales y el Derecho sindical o de agrupaciones. Por tanto, el futuro Código regulará al principio la persona individual, y al final las

(1) En *Die Erneuerung des bürgerlichen Rechts*, de la colección titulada *Zur Erneuerung*. etc., citada ya.

personas colectivas, y entre uno y otro extremo desarrollará las instituciones clásicas del Derecho privado; más concretamente: del viejo Derecho civil.

Con todo esto, hay que descartar la posibilidad de que se mantenga vigente el B. G. B., cosa que en algún momento se creyó como posible, pues sectores importantes de la doctrina creían posible el mantener su vigencia, de modo análogo a como en las ciudades modernas se conserva la vieja *city*, agrupándose a su alrededor las nuevas edificaciones. La opinión que hasta ahora ha prevalecido es que el espíritu del B. G. B. resulta totalmente incompatible con el orden de cosas y los principios ideológicos impuestos por el Movimiento Nacionalsocialista, si bien hay que hacer constar que la desaparición del viejo Código, magna obra legislativa, no será rápida y fulminante, sino que por algún tiempo se mantendrá en plena vigencia, y son muchos los autores que no se recatan en manifestar que ven entristecidos su fin. Desde luego, todos, sin excepción, hacen justicia al B. G. B,, reconociendo la eficacia que tuvo, dado el momento de su promulgación.

En este estado de cosas ha sobrevenido la actual guerra, a pesar de lo cual no se ha entorpecido la tarea de la reforma, porque continúan celebrándose reuniones de las diversas Comisiones de Derecho. Por noticias recientes, insertas en la *Zeitschrift der Akademie* correspondiente al 15 de enero del corriente año, podemos deducir que la Comisión Central del Código del Pueblo piensa revisar todo lo trabajado sobre la totalidad del sistema. Va, por consiguiente, a hacerse una reconsideración total, y muy en particular de todo lo relativo a posesión y propiedad, familia y contratos de empleo.

Aunque de lo expuesto se deduce que aún no se ha llegado a posiciones definitivas en la reforma del Derecho privado, podemos, desde luego, afirmar que parece condenada irremisiblemente a muerte la famosa Parte general. Sostiene la posición dominante que dicha Parte general tiene una rigidez abstracta, incompatible con la vida. Sus generalizaciones son peligrosas y la vida misma no se acomoda a su rigidez doctrinal, por lo que aquélla ha de quedar sacrificada.

Sin embargo, no han faltado entusiastas defensores de la Parte general, y entre ellos, y acaso el más caracterizado, ha sido Manigk (1). Sostiene este autor que los preceptos incluídos en la Parte general con-

(1) *Neubau des Privatrechts*, citada.

servan su agilidad y tienen una utilidad evidente, a lo menos, si no la totalidad, la mayor parte de dichos preceptos. Su utilidad se pone se manifiesto al considerar que en aquellos países como Francia y Suiza, en los que su Código carecía de Parte general, ha tenido que crearla la doctrina, con lo que se evidencia la necesidad de ella. Además, hace Manigk las consideraciones de que todo lo general tiene siempre un carácter subsidiario frente a las reglas más especiales, y no se puede olvidar que el propio Movimiento nazi emplea conceptos generales con mucha frecuencia, empezando por el de "Derecho", al cual no cabe negar esa condición de generalidad.

La reforma del Derecho privado, que, como ya anunciamos, tiene un sentido revolucionario, afecta, como no podía menos de suceder, a los elementos de la relación jurídica, que quedan profundamente conmovidos, en especial el *sujeto del Derecho*. Este estaba construído sobre una concepción individualista, y al reaccionar el Nacionalsocialismo contra esa posición, recoge y lleva al campo del Derecho privado las afirmaciones que han ido cristalizando en el Programa del Partido. El concepto jurídico de "persona" ha dejado de ser sinónimo de todo hombre. Todo individuo no es persona. La condición jurídica de tal sólo se adquiere por la inserción en la Comunidad del Pueblo. Sólo es persona el individuo que tenga aptitud como factor funcional al servicio de dicha Comunidad; por tanto, sólo quien sea del Pueblo puede aspirar a la categoría de persona en su concepto jurídico. La idea de la personalidad queda así transplantada a la idea del Pueblo, y, por tanto, la Raza es la concepción que asume un carácter primario. No hay por qué decir que los motivos del honor juegan también un destacadísimo papel.

Claro es que no se puede ir tan lejos que se borre toda idea de personalidad del hombre no-nacional, pues la posición expuesta, mantenida en todo momento con rigor, llevaría a considerar al extranjero, no como sujeto, sino como objeto del Derecho. Se reconoce al no-nacional una posición como sujeto del Derecho, pero esta posición es *sui géneris*, pues se apoya en un Derecho de hospitalidad como el que tenían, por ejemplo, los súbditos extranjeros.

Es decir, que el Movimiento Nacionalsocialista retorna a viejos criterios, ya hace tiempo olvidados, y de los que hay ejemplos tanto en Roma como en la Edad Media y en otras épocas históricas; y considera que el germen de la personalidad no radica en el sujeto físico como tal,

anterior a la existencia de la Comunidad, sino que el presupuesto obligado para considerar tal personalidad es, según frase gráfica de Freisler (1), el ligamen con la propia Comunidad.

Otro punto que no podía pasar sin una severa revisión era todo lo concerniente a los derechos subjetivos. Estos habían sido subrayados por el Individualismo, y en la actualidad la técnica germana, o los repudia totalmente (posición de Eckhardt), o les impone una gran minoración. La razón de ello es que se piensa que basta con la idea del *deber* respecto a la Comunidad. No obstante, en cierto sentido reaparecen, aunque muy atenuados, si bien con una terminología nueva y, desde luego, con significación completamente distinta, bajo la figura de *situaciones jurídicas*. Estas situaciones son figuras jurídicas de las que, según formula Larenz (2), se derivan facultades o se originan obligaciones.

Sin embargo, no todos los autores mantienen con este rigor la nueva posición; pero aunque conserven la tesis del derecho subjetivo, no lo hacen sin una porción de salvedades y reservas. Así, Hedemann admite el derecho subjetivo siempre que ofrezca un nuevo contenido que esté saturado de sentido social. Manigk se resigna a mantener estos derechos, pero siempre y cuando se convierta al sujeto de ellos en un fiduciario de la Comunidad.

Pese a las divergencias doctrinales que haya a este respecto, todos los autores están unánimes en que si se reconoce al individuo algún derecho o alguna libertad, ha de ser siempre *dentro* de la Comunidad, nunca *fuera* de ella, ni mucho menos *contra* la misma.

Otro concepto también profundamente revisado ha sido el de *cosa*. Sabido es que el B. G. B., en su párrafo 90, equipara el concepto de cosa a "objetos corporales". Frente a esta concepción estática se alza hoy una dinámica, cuya tendencia está principalmente representada por Swoboda (3). Este autor califica la definición del B. G. B. de estrecha, y se apresura a poner de manifiesto cómo se excluyen muchos factores que habría que incluir, tales como los actos u omisiones, las fuerzas naturales y los productos de nuestra inteligencia. De esta manera podría evitarse la situación anómala que en el campo penal o en el fiscal han producido algunas cosas, como, por ejemplo, la electricidad.

(1) *Nationalsozialistisches Recht*, citada.
(2) *Rechts und Staatsphilosophie* y en *Vertrag und Unrecht*, ya citadas.
(3) En *Die Neugestaltung des Bürgerlichen Rechts*.

Además, sostienen los autores que mantienen esta posición dinámica del Derecho de cosas la conveniencia de dar acogida en el articulado del Código del Pueblo a realidades imposibles de desconocer, como las cosas conjuntas (v. gr.: una biblioteca) que se transmiten como una unidad, y este negocio jurídico sobre cosas conjuntas obliga hoy a una serie de ficciones respecto a muchos problemas, como el de la reivindicación.

Acaso lo más interesante en materia del Derecho de cosas es la constante preocupación por diferenciar de la manera más profunda los bienes muebles de los inmuebles. Se trata de evitar con ello que la tierra, valor sustancial en la Comunidad del Pueblo, degenere hasta convertirse en simple mercancía, lo cual pondría en riesgo la función fundamental que le incumbe. Como dice Freisler (1), para el Pueblo el suelo no es una "cosa", en el sentido en que lo son un cuadro o un cigarrillo.

Sin intentar agotar los diversos problemas que plantea en Alemania la revisión a fondo de la Parte general, quedaría muy incompleta esta visión si no se dedicaran unas palabras al *negocio jurídico*. Su concepto ha sido objeto de los más vigorosos ataques. Por la mayoría de la doctrina germana se le considera como una abstracción irreal, creación de la más pura especulación teorética y, por tanto, incompatible con el idealismo objetivista que orienta todo el Movimiento Nacionalsocialista.

Manigk, no obstante, defiende en cierto sentido el negocio jurídico y responde a los anteriores ataques sosteniendo que no es incompatible su existencia con las orientaciones nazis, toda vez que la nueva legislación del Movimiento sigue hablando de negocios jurídicos, según puede verse en el Ordenamiento notarial de 1937, en las disposiciones sobre transmisión de fundos y en la legislación de aguas, entre otras disposiciones. Además, el negocio jurídico constituye la forma viva y diaria de ir engendrando estructuras y relaciones de Derecho, y, por último, que como no todo Derecho será coactivo, por la misma razón que no todo Derecho será administrativo, subsistirá necesariamente el Derecho privado con intervención de los particulares, por mínima que sea la autonomía reconocida a la voluntad de éstos, y, en su virtud, no podrá desaparecer, por más que se quiera, el concepto de negocio jurídico, aunque sea preciso reconocer que irá orientado con un signo completamente diferente al del que hasta ahora ha prevalecido.

(1) En la *Zeitsschrift der Akademie*, 1 enero 1941.

Como conclusión señaló el Sr. Pérez Serrano la fuerte reacción contra el conceptualismo jurídico, según puede deducirse fácilmente de lo expuesto y de los diversos trabajos de los profesores alemanes. Como consecuencia de esta reacción señaló la propensión a recordar, acaso con exceso, el viejo lema de *pectus facit iurisconsultum*

A pesar de todo ello, no podemos suponer que se vaya a prescindir totalmente de ese instrumento mental técnico y maravilloso que es el concepto, ya que sin él—según dice un pensador español—falta claridad y plenitud de la vida. La realidad es que el Movimiento Nacionalsocialista se encara frente a la realidad pasada y no deja penetrar nada en su doctrina sin exigir una revalidación severa. Exige a las instituciones y a los conceptos que demuestren la plena validez de sus títulos, y es de esperar que, como consecuencia de esta posición, surgirán en la doctrina germana nuevos conceptos capaces de superar a los antiguos

V

PARTE ESPECIAL (NEGOCIOS)

En esta conferencia el Sr. Pérez Serrano abordó el problema de la parte especial del futuro Código del Pueblo, surgiendo en seguida el primer problema. ¿Cabe hablar de la Parte especial cuando, según se dijo en la conferencia anterior, se ha suprimido la Parte general?

Creemos que sí, porque aunque la Parte general esté condenada a muerte, se ha formulado una serie de declaraciones que, en número de treinta y dos, han sido sometidas al Dr. Frank, Director de la Academia de Derecho alemán, y que una vez que hayan sido aprobadas, formarán una verdadera Parte general del Derecho que se sistematice en el Código del Pueblo.

De este modo se vuelve a la posición de dar una serie de normas supremas de valor indiscutiblemente mayor que la serie de normas preceptivas que han constituído hasta ahora la Parte general de los Códigos.

Por otra parte, el plan clásico de la Parte especial del B. G. B. se abandona, porque el nuevo Código del Pueblo se sistematizará de la siguiente forma: tendrá un primer libro dedicado a la persona individual, y un último libro dedicado a las personas sociales, y entre uno y otro se dedicarán libros especiales a la familia, las sucesiones, la propie-

dad y los contratos, respectivamente. Todo ello obedeciendo a las orientaciones ya explicadas y que se detallarán en ésta y en la siguiente conferencia, deduciéndose, desde luego, no solamente que se abandona la sistematización de Savigny, sino que se abandona todo intento de sistematizar sobre la distinción entre *Herrchafsrechte* y *Gestaltungsrechte*, volviendo a la posición del antiguo Derecho.

En esta conferencia estudió el Sr. Pérez Serrano dos de los libros de la Parte especial: El Derecho negocial y el Derecho de propiedad.

Ambas instituciones se creía que iban a ser la esencia del actual Derecho privado, ya que, según algunos, se debía ir a la supresión de lo referente al Derecho sobre la personalidad, familia y Derecho sucesorio, por no ser verdadero Derecho privado.

Hoy, por el contrario, vamos, a través del Derecho negocial y del Derecho de propiedad, a la esfera más dinámica del Derecho privado, si bien antes de entrar en su estudio tenemos que hacer una reserva, y es la de que en el Derecho del siglo XIX, la parte más dinámica del Derecho ha sido el tratado de obligaciones y la parte más estática, el Derecho de propiedad. El Movimiento Nacionalsocialista, según veremos, va a lo contrario: a dinamizar, en cierto sentido, la propiedad y a dar un sentido de estatismo al Derecho obligacional.

Ciñéndonos al Derecho negocial, la materia es vastísima, por lo que sólo apuntaremos los problemas capitales que se encuentran planteados. Hay ya elaborados proyectos concretos sobre esta materia.

Lo más interesante, acaso, de todo ello es un a modo de examen de conciencia previo, dirigido a la revisión total de los conceptos y al deseo de dar nuevos títulos a las diversas instituciones.

Naturalmente, el primer concepto revisado ha sido el de *contrato*. Para muchos autores, el contrato, tal como ha venido construyéndose, no es un concepto, sino un superconcepto que sirve para engendrar vínculos; crear, transmitir, modificar y extinguir derechos reales; organizar compañías civiles y mercantiles, constituir familias, producir trabajo..., y ante esta heterogeneidad de materias cabe preguntarse si no se han encerrado en un concepto las cosas más diversas.

Es evidente que en siglo XIX rige la plena soberanía del contrato. Una persona puede o no obligarse a una cosa determinada, es libre para ello, sin que ningún Poder público la obligue a entrar dentro de la esfera en que pueda de algún modo quedar vinculada. Pero, una vez decidida a obligarse, puede hacerlo con la libertad más completa, su vo-

luntad dicta la norma y sólo algunas restricciones vagas (orden público, etc.) se imponen a la plena soberanía individual.

En otro orden de cosas, en el siglo XIX el contrato lo explica todo, es el *comodín* para explicar las cosas más dispares. El cuerpo político se construye sobre la idea del contrato; la Constitución es un contrato entre el Soberano y el pueblo; la familia se edifica sobre base contractual; las sociedades nacen en virtud de un contrato. Y mientras por un lado sobre el contrato se van haciendo estas construcciones, por otro, la mecánica, la dinámica del contrato se explica sobre una base egoísta. Las partes tienen puntos de vista personales e irreconciliables: el vendedor quiere vender caro, el comprador quiere adquirir barato, y cediendo uno y otro en sus puntos de vista antagónicos y egoístas llegan a un punto de contacto, único, instantáneo, y queda ultimada la figura jurídica que todo lo explica y fundamenta.

Frente a esta concepción de dos partes enemigas que sólo ceden en este momento de coincidencia (coincidencia que es también egoísta), se va viendo hoy que, además de las partes, hay un tercero, que no es neutral en la relación que se crea entre las partes: *la colectividad*. Hay, por consiguiente, un interés común, un interés social en que el negocio se realice, y, por tanto, ya no es totalmente indiferente ni la forma, ni el contenido que las partes quieran dar al contrato.

Además, se ha visto claramente que las partes no están en igualdad de condiciones, ni las voluntades son soberanas y autónomas. En los contratos de adhesión, por ejemplo, hay una voluntad soberana, y otra que se somete totalmente. Hacemos esta indicación, sin perjuicio de revisar posteriormente la autonomía de la voluntad.

Los hechos han demostrado que mucho antes que el Estado, en virtud del principio de totalitarismo, impusiera a las partes normas coactivas, ya éstas se habían dictado por la potencia económica y social (trusts, sindicatos, etc.).

La idea del contrato está hoy en una profunda crisis. Es cierto que algunos autores de prestigio defienden al contrato, mientras otros lo impugnan; pero, aparte de que bajo la figura central hay figuras contractuales con significación específica, hoy se va claramente a la distinción entre el concepto y la institución creada. Manigk, por ejemplo, dice que el concepto de contrato es un concepto popular y que no es exclusivo del campo del Derecho privado, puesto que aparece en otras disciplinas (Derecho administrativo, procesal, etc.).

Lo que no cabe dudar es que todo *abstractum* es una suma de *concreta,* y partiendo de las nuevas figuras que se admitan, se creen o se regulen, podremos llegar a un nuevo conceptualismo.

En este sentido ya se ha propuesto sustituir la figura unitaria del contrato por otra serie de conceptos que aparecían englobados dentro de la idea clásica y antigua. Gran parte de la doctrina alemana distingue hoy las siguientes figuras:

1. *Vereinbarung.*—Es un acto complejo mediante el cual una pluralidad de sujetos funda una entidad (por ejemplo, una sociedad). En este acto aparece la manifestación de voluntad de los actores con una plena coincidencia de los fines que se proponen.

2. *Einung.*—La denominación de *Einung* se aplica a aquellas instituciones en que se inserta íntegramente nuestra personalidad. Se trata de aquellas instituciones encajadas, hasta ahora, dentro de moldes contractuales, contra lo cual reacciona la moderna doctrina germana. Ni el matrimonio, ni la adopción, por la clase de intereses y de afectos que ponen en juego, pueden considerarse dentro del concepto del contrato.

3. *Einigung.* — Es una figura de gran cuño jurídico, también arrancada del campo puramente contractual. Es un contrato abstracto, *sine causa,* que se emplea para la transmisión, constitución, modificación y extinción de los derechos reales. En todo derecho real puede o no haber un contrato causal, pero la transmisión o creación de él se hace depender de un acuerdo de voluntades desligado totalmente de aquella causa. Es un acuerdo que produce efectos reales.

4. *Vertrag.*—Es la figura propiamente contractual. Comprende todo el campo del antiguo contrato, menos los tres grupos acabados de exponer.

Examinados brevemente estos nuevos conceptos, pasemos ahora a ver el papel que desempeña en el nuevo Derecho la *autonomía privada.*

Podríamos definirla diciendo que es la autorización legalmente concedida a los particulares para que configuren la relación jurídica dentro de los límites legales.

Esta autonomía tuvo una completa omnipotencia en el siglo pasado, y las nuevas orientaciones que estamos examinando ven en ella un germen de peligro, sobre todo para un Derecho saturado de sentido social.

Conviene aclarar previamente que la autonomía privada no nace

del liberalismo; es un fenómeno de más honda raigambre, no obstante lo cual se ha reputado siempre como hija del liberalismo burgués.

Lo más interesante, acaso, sea hacer notar que el Movimiento Nacionalsocialista, por exigencia ineludible de su trayectoria y de sus postulados, tenía que huir por igual del liberalismo y del colectivismo, que si el primero suprime al Estado, el segundo elimina al individuo. Hoy no se suprime de ninguna manera a los particulares, sino que se examina a éstos desde otro punto de vista, se les considera de otra forma, como consecuencia del principio básico de que el bien común ha de prevalecer en todo momento sobre el bien egoísta.

Puesto que en las conferencias anteriores hemos dejado sentado que de una u otra forma, bajo uno u otro nombre, hay que reconocer la existencia del Derecho privado, no cabe la menor duda que, como consecuencia, hay que reconocer un ámbito a la iniciativa privada. Dicho en otros términos: hay que admitir la libertad *dentro* del Estado y suprimir para siempre la libertad *frente* al Estado o *contra* el Estado. La dificultad, el *quid* del problema es mantener esta libertad dentro de sus justos límites.

Por todo ello, la posición nazi no es, de ninguna manera, la de un intervencionismo del Estado, porque sería una manera equivocada de plantear la cuestión. Huber dice muy gráficamente que sería tanto como curar los síntomas, cuando el mal es más hondo: hay que hacer a los individuos *fiduciarios de la comunidad*.

Surge, por consiguiente, una nueva concepción del contrato, bien lo consideremos limitado al *Vertrag*, o bien comprendamos también a las figuras llamadas *Vereinbarung*, *Einung* y *Einigung*.

Hoy el contrato, en su aspecto conceptual, se interpreta de una manera radicalmente distinta. Hoy es un concepto riquísimo de matices, y en el que se aprecian coincidencias entre posiciones tan apartadas como las de Manigk y Larenz, pasando por Stoll.

Manigk sostiene que con el contrato se contribuye a dar estructura al orden popular del Derecho. Por eso los contratos están de antemano limitados en su existencia y en sus elementos, porque en ellos hay siempre un principio de comunidad.

Stoll, por su parte, ataca a Larenz por creer que este autor quita importancia al contrato, y disiente tanto de Larenz como de la opinión de Manigk, acabada de exponer.

Stoll defiende una posición original y de gran belleza. Sostiene que

la función del contrato es de igualación compensatoria; su misión es favorecer al débil contra el fuerte. La forma de realizarlo, el peso de toda esta tesis, se puede exponer de la siguiente forma: en todo contrato, una parte, a lo menos, se obliga, y hasta ahora esta relación puramente obligacional, visible, es la que se ha venido considerando exclusivamente; pero al mismo tiempo que ella, surge otra relación, que ha venido pasando inadvertida y que es asimismo fundamental: *la relación de confianza*. De la primera surge el derecho obligacional; de la segunda surge un deber de protección y amparo. Ambas relaciones pueden ser independientes, pero cabe imaginar que esta relación de confianza se rompa, y como consecuencia de ello se rompa la primera relación, la obligacional pura; y entonces cabe no una acción, sino una *pretensión*, para exigir una indemnización, y esto aunque el contrato sea unilateral.

Según este nuevo concepto, por consiguiente, en cierto sentido, todo contrato tiene un carácter sinalagmático.

Esta posición de Stoll presenta un gran interés, porque este autor ha preparado un proyecto en el que traduce la teoría expuesta. La nueva técnica contractual y, por tanto, el proyecto que obedece a dicha orientación, tiene una mejor sistemática que la de los viejos Códigos, rellena las viejas lagunas del B. G. B. y da un nuevo sentido más humano y social al contrato, ya que, en vez de coonsiderarlo como una coincidencia instantánea entre dos intereses egoístas, introduce un nuevo elemento moral, y en este sentido quedan las dos partes ligadas por más tiempo y con más fuertes lazos. Este proyecto establece los siguientes principios:

1.º La obligación de responder de todo incumplimiento contractual.

2.º Aborda el problema, siempre difícil, de las cláusulas de no responsabilidad y establece que dichas cláusulas se tengan por no escritas cuando han sido suscritas por una parte bajo el agobio de circunstancias económicas adversas o siendo víctima de su inexperiencia.

3.º La obligación de indemnizar el daño causado a una parte contratante por haber sido violado el deber de protección y amparo que hemos expuesto anteriormente.

4.º La ruptura del contrato por falta de confianza. La parte que sufre esa falta de confianza y fe en la otra puede apartarse del cumplimiento del contrato y exigir una indemnización. Puede citarse, como ejemplo de aplicación de este principio, la mora del acreedor.

5.º En los contratos bilaterales puede, en circunstancias extraordinarias, proceder una compensación entre los intereses de las dos partes. La parte que solicite esta compensación lo notificará a la otra, dándose un plazo para que ésta conteste. Si la parte requerida no contesta, es decir, que guarda silencio, o contesta en forma negativa, de modo que pueda dudarse de su buena fe, tiene derecho la parte requirente a acudir a los Tribunales, los cuales podrán decretar la compensación que proceda. Se trata, por consiguiente, del establecimiento, en términos de gran amplitud, de la cláusula *rebus sic stantibus*, tan grata para los verdaderos juristas, consiguiéndose de esta forma que el contrato no caiga mientras haya alguna posibilidad de mantenerlo.

La premura del tiempo obliga en este punto al Sr. Pérez Serrano a no ahondar más en estos sugestivos problemas y pasar al problema de la responsabilidad contractual.

Hasta ahora los Códigos vigentes la han construído sobre el principio de la responsabilidad subjetiva. En el futuro Código del Pueblo se crea la responsabilidad objetiva. Prescindiendo de algunas exageraciones doctrinales, la posición más dominante es la de un amplio arbitrio judicial, facultándose al Juez para tomar, del principio de responsabilidad subjetiva o del de responsabilidad objetiva, los elementos que crea convenientes para el caso en litigio. Al mismo tiempo se limitan los casos de responsabilidad, tanto en los supuestos en que procede exigirla ilimitadamente, como en los que se da de modo limitado.

En algunas figuras contractuales concretas, también el nuevo Derecho alemán lleva adelante su espíritu revolucionario. Establece claramente la diferencia, tan grata a los alemanes, entre *Miete* y *Pacht*, entre uso y disfrute de la cosa, y consigna la obligatoriedad del trabajo por el colono.

Se establece también un diferente trato según el volumen o la cuantía del contrato; es decir, que, reconociendo la existencia de negocios pequeños, se da entrada al más y al menos en el campo del Derecho.

Hay también una separación tajante entre los contratos de servicio y los contratos de obra. En la Empresa, en el trabajo, niegan terminantemente que la figura jurídica que se da sea la del contrato.

Examinan también los autores alemanes con mucha atención el *pactum reservati dominii*, que tendrá una gran amplitud y, sobre todo, las cláusulas generales a que nos referimos al principio de esta conferencia. Estas cláusulas fueron en 1933 condenadas duramente por J. W. He-

demann, pero hoy se ha demostrado que tienen un positivo valor y dan una gran flexibilidad a la técnica del Derecho negocial. Tan es así, que el propio Hedemann, en 1938, las aplaude diciendo que "cada vez brillan con más luz".

Para acabar con estas indicaciones sobre el Derecho negocial, tal como es tratado hoy en Alemania, hay que recordar el problema planteado por Nipperdey, y que está latente en la actualidad. Si en el campo de las obligaciones lo principal es la vida negocial, ¿cabe mantener hoy separado el campo mercantil del puramente civil? Si el Derecho privado está saturado de corporativismo, ¿qué ventaja puede obtenerse de mantener dicha separación? Buena parte de la doctrina aboga por la supresión de estos campos como independientes: Jessen y algún otro creen que tendría ventajas el mantenerla.

VI

DERECHO DE PROPIEDAD

Es a la propiedad, tal como viene regulada en el B. G. B., a la institución que se le han dirigido los ataques más furiosos, y en verdad que todos ellos son justos. A los ataques que le dirige el Movimiento Nacionalsocialista se adelantó Ihering en su ya clásico *Der Zweck im Recht*, y Gierke anunció también que en las legislaciones del porvenir el egoísmo de la propiedad no tendría cabida.

Para comprender la reacción del Nacionalsocialismo contra el concepto de la propiedad en el siglo XIX basta fijarse en la formulación que hace de este Derecho el Código de Napoleón, en su artículo 544: "El derecho de gozar y disponer de las cosas *del modo más absoluto* con tal que no se haga de ellas un uso prohibido por la ley o por los reglamentos." El párrafo 903 del B. G. B. da una definición análoga, al decir que "el propietario de una cosa puede, mientras no se oponga la ley o los derechos de terceros, comportarse respecto a ella *como le plazca* y excluir toda ingerencia de otro respecto a la misma". No hace falta insistir sobre la incompatibilidad entre la ideología Nacionalsocialista y la que expresan los preceptos transcritos.

Se ha dicho por Wieacker que en el mundo germano existían *propiedades*, pero no un concepto genérico de *propiedad*. Este es romano, y ha ido infiltrando todo el Derecho, incluso las relaciones familiares.

Hoy se impugna el concepto vigente de la propiedad desde todos los puntos de vista. En primer lugar, se le califica de egoísta, cosa incompatible con la concepción que ve en primer lugar a la comunidad y reconoce la primacía de ésta. En segundo lugar, es un concepto estático de la propiedad, en contra de los postulados del Movimiento, que le dan un valor esencialmente dinámico, de función al servicio del Pueblo. Por último, es un concepto fundamentalmente negativo, calificado por los límites imprecisos que marque la ley, y esa concepción hay que sustituirla por otra de sentido positivo, basada en la idea de colectividad y en los deberes para con ella.

Si algo faltaba, acaba de desecharse el concepto de los viejos Códigos por atribuirlo al liberalismo y ser consecuencia del espíritu de burguesía que triunfó con la Revolución francesa.

La tesis del Movimiento Nacionalsocialista es que lo interesante hoy no es el *tener* las cosas, sino *utilizarlas*. No hay por qué garantizar tanto al propietario, pues éste no es más que un fiduciario de la comunidad. Autores como Würdiger sostienen que no caben limitaciones de la propiedad, sino una nueva regulación de sus condiciones internas, y el tantas veces citado Larenz sostiene que la propiedad no es más que una atribución de las cosas para el encauzamiento del bien común.

No podemos detallar si este nuevo concepto nazi es una revolución o, por el contrario, el término de una larga evolución.

Lo que sí podemos afirmar es que el programa del Partido admite la propiedad privada, pero la tutela y la interviene de tal modo que desaparece el viejo concepto del Código napoleónico. La propiedad aparece hoy limitada en sus facultades por fines de defensa del territorio nacional, por la necesidad de protección de monumentos artísticos e históricos; se dan nuevas normas para la regulación de las relaciones de vecindad y, sobre todo en lo que se refiere a la propiedad agraria, varía totalmente el concepto, según veremos más adelante.

Intimamente relacionado con la técnica de la propiedad aparece el contrato real abstracto, que hemos llamado *Einigung*, y en torno del cual se ha levantado la más áspera polémica.

En Alemania, como es sabido, la transmisión de la propiedad se realiza por medio de la *Einigung*, acompañada o no de un contrato causal. Esta palabra ha sido traducida a nuestro idioma por *acuerdo*, aunque acaso hubiera sido más exacto emplear la palabra *convenio*. Es un acuerdo abstracto que rompe toda relación con el contrato causal, y

que expresa la conformidad en transmitir la propiedad. Sobre este acuerdo se hace la tradición de muebles o la inscripción en el Registro, y la propiedad queda transmitida, sin que nunca pueda viciar esta transmisión los vicios que traigan su origen del contrato causal. Es un concepto bastante conocido para que nos detengamos más en su explicación.

Pues bien: dado el sentido realista del actual Derecho alemán, es natural que se tropiece con este acuerdo, o convenio, porque ni por su naturaleza, ni por su función, ni por su concepto mismo puede considerarse como popular. Gran parte de la doctrina dice que sólo protege a los desaprensivos, al hombre de mala fe, en contra del honrado. Esta posición, mantenida ahora por Heck, entre otros, es atacada por Lüben Dikow, el cual sostiene que la *Einigung* no es ninguna emanación del liberalismo, sino que, por el contrario, es una exigencia de la técnica jurídica. Sólo basada en este acuerdo es plenamente eficaz la transmisión de la propiedad y de los derechos reales, dando rapidez y seguridad al tráfico jurídico. Por tanto—concluye Dikow—hay que mantenerlo en el futuro Código del Pueblo.

No podía faltar en el futuro nuevo Derecho una alusión a la distinción entre bienes muebles e inmuebles, originándose distintas formas de tratamiento jurídico. Sabido es que en la Edad Media la primacía en el Derecho, el mejor trato lo tiene la propiedad inmobiliaria, mientras que el capitalismo liberal burgués rectifica este concepto a favor de los bienes muebles.

¿Qué actitud toma ante el problema el Movimiento Nacionalsocialista? En cierto sentido vuelve a los aforismos de *vilis mobilium possesio, res mobilis, res vilis*, por la mayor categoría que reconoce a la propiedad agraria. El Movimiento alemán estima que si los bienes muebles hay que reconocerlos como prolongación de la personalidad del individuo y adheridos a él, el inmueble va adherido a la familia. De esta forma se eleva la propiedad de la tierra, y aun el concepto de ésta, a una nueva categoría, en lo cual acaso influyan viejas preocupaciones de las que se hizo eco Hedemann al aludir a la estrechez que en materia de espacio vital tiene el pueblo alemán para poder desenvolverse.

El concepto de propiedad agraria es evidente que en todos los pueblos, en tiempos pasados, ha sido tratado de una manera especial. En Inglaterra la palabra *state*, sin más variación que la de la inicial mayúscula o una *e* eufónica, representa o la propiedad territorial o la co-

munidad política. El señor inglés, para serlo, se ha basado siempre en la propiedad territorial. Podría tener una gran fortuna el que poseyera valores mobiliarios, pero esa clase de propiedad no producía ni nobleza ni señorío. Estas dos cosas sólo se concebían afincadas en la tierra. Acaso por la consideración de que la propiedad territorial se ejerce sobre un trozo de suelo y, por tanto, la suma de todas las propiedades nos da todo el territorio nacional (es decir, que desde la materia se llega a la Patria), es por lo que siempre se ha considerado que necesita un trato especial (1).

Desde 1933 se han dictado multitud de disposiciones en Alemania sobre este punto, formando ya un verdadero Derecho agrario, por el que se trata de afrontar algunos síntomas graves de nuestra civilización, en especial el problema de la emigración a las ciudades, ya que el fenómeno del despoblamiento del campo es hoy general, y los gobernantes actuales ven claramente que la fuente última de salud y de reservas de valores nacionales sigue siendo la tierra.

De entre la variada legislación dictada por el Movimiento Nacionalsocialista vamos a destacar la Ley de 29 de septiembre de 1933, o Ley de patrimonio agrícola hereditario *(Reichserbhofgesetz)*, de la que nos hemos ocupado ya en ocasión de tratar las fuentes del Derecho, y que es, sin duda, la Ley más importante dictada hasta ahora por el III Reich en lo que respecta al Derecho privado.

Esta Ley modifica al B. G. B. tanto en lo que respecta al régimen de bienes en el matrimonio, como al concepto de la propiedad y al derecho sucesorio. Responde a una verdadera realidad, a un principio de necesidad agraria, de evitar tanto el latifundio como el minifundio, y la prueba es que en nuestra Patria, para evitar lo segundo, han surgido espontáneamente manifestaciones para remediarlo, como es la sociedad familiar gallega Según Huber, la Ley de que tratamos prefigura todo el concepto de la propiedad, y hay que reconocer que así es, en efecto.

Aunque breve, nada más elocuente que la exposición de motivos de la Ley, de la que copiamos algunos párrafos, y que en la parte que

(1) Aunque fuera de la materia de estas conferencias, conviene recordar que en Inglaterra el propietario no es tal, si se tiene del dominio el concepto romanofrancés. El único propietario territorial es el rey, y el dueño del suelo sólo lo es como fiduciario. A lo menos, ésta es la posición teórica, pues, como en la Edad Media, el *state* genera derechos señoriales y de soberanía que sólo existen en el rey, el cual puede cederlos a la nobleza.

interesa ahora (concepto de propiedad) sienta los siguientes principios:

"El Gobierno del Reich quiere, conservando las viejas costumbres hereditarias alemanas, mantener a la clase agrícola como generadora de la sangre del pueblo alemán.

"Las fincas agrícolas deberán ser protegidas, al transmitirse hereditariamente, contra un gravamen excesivo y contra su fraccionamiento, a fin de que permanezcan siempre como herencia de la familia, en manos de agricultores libres.

"Debe procurarse una división sana de los latifundios agrícolas, pues la mejor garantía de la salud del pueblo y del Estado la constituye un gran número de fincas agrícolas pequeñas y medianas, suficientes para vivir y en lo posible iguales, distribuídas por todo el territorio.

"El Gobierno del Reich ha decretado, en su virtud, la siguiente Ley. Los principios fundamentales de la misma son:

"Será patrimonio hereditario la posesión agrícola o forestal que tenga, cuando menos, la extensión de un patrimonio suficiente, sin exceder de 125 hectáreas, y pertenezca a una persona con capacidad para ser hacendado.

"El propietario del patrimonio hereditario se llamará hacendado.

"Sólo puede ser hacendado el que sea ciudadano alemán, tenga sangre alemana o de estirpe análoga, y sea honorable.

"El patrimonio hereditario pasará indiviso al heredero "

La Ley desarrolla en su articulado estos conceptos: cómo se forman los patrimonios; crea una verdadera clase de hacendados *(Bauern)*, en oposición al agricultor *(Landwirt)*; establece las prohibiciones para ser hacendado; dicta reglas sobre sucesión, sobre cambio de patrimonios, sobre pluralidad de ellos, sobre repudiación, relaciones familiares como consecuencia del establecimiento de estos patrimonios, limitaciones a la enajenación y gravamen del patrimonio y a su ejecución forzosa, etc.

Esta idea de la importancia y valor que tiene la tierra ya viene, desde hace mucho tiempo, abriéndose camino en España y ha sido considerada por algunos autores. Nuestro Ganivet, en su *Pío Cid*, con ocasión de ser elegido el protagonista Diputado a Cortes (cargo al que renunció), se despide de sus electores con las siguientes frases: "Yo os voy a decir que sois los primeros en la vida del país..."

ELISO G. DEL MORAL.

Unificación del Derecho nacional (*)

Firma de dominio.—Mediante el dérecho de firma (1), el superficiario ha de solicitar el consentimiento del estabiliente al enajenar la finca, sin que ello signifique que puede oponerse a la enajenación, sino que puede ejercitar la fadiga, adquiriéndola para sí o autorizarla, percibiendo el laudemio. Es, por lo tanto, el medio defensivo de estos derechos. Es, al mismo tiempo, una garantía para el comprador de la finca, que por este medio conoce la cuantía de las pensiones y de los laudemios que se hallen debiendo, hasta el punto de que, según Brocá y Amell, queda la finca libre de las pensiones y laudemios no reclamados al dar la firma de dominio. Además, sale al paso de una posible ocultación o rebaja del precio de enajenación, que pudiera traducirse en disminución del laudemio a percibir, por el fundado temor de que el estabiliente utilice la fadiga por el precio rebajado. Por todo ello se patentiza que la firma de dominio debiera exigirse en todas las enajenaciones y actos que devengan laudemio, y no sólo en las ventas, como lo hace el Derecho catalán, pues queda el estabiliente indefenso en las excepciones.

Aceptado este fin práctico de la firma, despojada ahora de toda reminiscencia feudal, sus consecuencias podrían ser: *a)*, declarar la nulidad de las ventas efectuadas sin ella, salvo causas justificadas de imposibilidad; *b)*, decretar, en tal caso, si se quiere, la pena de comiso, lo que no nos parece justo; *c)*, disponer que en ningún caso su contravención perjudicará al estabiliente en sus derechos de laudemio y pensiones presentes y pasados, y a su derecho de tanteo. Mas para ello esta declaración habría de ir unida a una perfecta regulación defensiva de tales derechos en sus acciones respectivas, y, de existir dicha regulación, sobraría la declaración misma.

El Derecho catalán marcha vacilante por todas estas ideas básicas, sin percibirlas con precisión, pero girando en torno de ellas; le vemos,

(*) Véase el número 153 de esta REVISTA

(1) La const. I; tít 31, lib. 4, vol. 1, lo crea.

primero, imponiendo el comiso como pena, rebajándola rápidamente, como veremos al estudiar el comiso; después, las Constituciones, ley IV, del título 31, libr. 4, vol. 1; las Cortes de Monzón, cap. XXIX, de las de 1529; la Instrucción para redactar instrumentos públicos; la Real Orden de 7 de noviembre de 1864, ampliada por la de 28 de octubre de 1867, y la jurisprudencia de la Dirección General de 20 y 22 de octubre de 1898, 15 de enero de 1905 y 24 de agosto de 1915, pasan de la concurrencia necesaria de ambos titulares, a la prohibición de los Notarios de cerrar las escrituras sin la misma, a la obligación de hacer constar los censos o titularidad del estabiliente, a la posibilidad de cerrar dichas escrituras con el solo juramento de no tratar de perjudicar los derechos del estabiliente y a dejarlos salvados en la escritura sin aquellas concurrencia y aprobación cuando, por motivos atendibles, no fueran posibles y así se expresare, constituyendo de tal modo una a manera de salvamiento oficial, reflejado en el Registro de la Propiedad.

Bien es verdad que esta ilesitud y salvamiento se desenvuelve en la Ley en la forma dudosa que vimos al tratar de las pensiones y laudemios y sus acciones respectivas.

Enajenación.—El estabiliente es un titular de una titularidad limitativa, que podrá enajenar, gravar, etc., sin que ello ofrezca dudas. Surgirán éstas si la misma se ha descompuesto en nuda propiedad y usufructo (de la titularidad de estabiliente). Las dudas serán: a quién corresponde—nudo propietario o usufructuario—otorgar la firma de dominio, que para Lloréns, en su tesis doctoral *Derecho de laudemio,* es al usufructuario; el ejercicio del tanteo y retracto, y de la cabrevación, otorgamiento de carta precaria y derecho de pluma y firma, que, en nuestra opinión, debe corresponder al nudo propietario, así como el otorgamiento de la firma de dominio; a quién beneficiará el comiso, que para Maspons será al nudo propietario (1), y quién percibirá el laudemio, que para nosotros deberá ser el nudo propietario, si bien el usufructuario deberá tener el usufructo del laudemio (2). En cuanto a

(1). *Rev. Jur. de Cat.,* XXVI, 369.

(2) No hay precepto legal alguno sobre este punto, pero es práctica constante y opinión general de los tratadistas catalanes que corresponde al usufructuario, por considerarlo fruto extraordinario de la finca, y no compensación al permiso de enajenación dado por razón del dominio directo (Fontanella, Cancer, Solsona, Gibert, Vives, Brocá y Amell, Borrell, Maspons, etc.). Unicamente opinan en contrario Serrahima *(Revista Jur. de Cat.,* VII, 612), Plá y Deniel *(Rev. Jur. de Cat.,* IV, 260) y Mieres

la percepción de la entrada, en caso de subestablecimiento, no lo examinamos, consecuentes con nuestro criterio de rechazarlo.

Las cuestiones expresadas no han sido examinadas a fondo por los tratadistas.

* * *

3. Los derechos y obligaciones comunes son:

Fadiga y retracto.—La fadiga o tanteo comienza por ser un derecho exclusivo del estabiliente. Es un privilegio del primitivo señor, y no obstante su origen romano, su espíritu es feudal. Modernamente se apoya en consideraciones económicosociales y, en consecuencia, deja de ser privilegiario del estabiliente para asignarse también al superficiario. En el Derecho catalán se llega a esta conclusión, históricamente, por el camino indirecto y tal vez impropio de la Ley de Señoríos de 1823, Decreto de las Cortes de 6 de agosto de 1811 y Ley de 26 de agosto de 1837 (1).

Examinemos su desenvolvimiento. La fadiga, como el retracto, procede en las ventas, incluso en las judiciales, y en las daciones en pago; el plazo para tantear es de treinta días desde la presentación de la escritura al estabiliente para la firma de dominio (2). Retracto será el derecho del estabiliente de adquirir la finca vendida o dada en pago por el superficiario, y el derecho del superficiario a adquirir la titularidad del estabiliente vendida o dada en pago. Rescinde una venta anterior y coloca al beneficiado en el lugar del adquirente primero. Se introduce el retracto en Cataluña por el mismo camino indirecto de la Ley de Señoríos, Enjuiciamiento civil, Código civil común y Jurisprudencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1896, 10 de marzo de 1898, 31 de mayo de 1899, 10 de diciembre de 1907, 2 de

(1) La fadiga la establece, en Roma, la ley 3 del Cod de jure emph., IV, 66; y la reconocen como derecho feudal típico las const 2 y 5, tít. 31, lib. 4, vol. 1, de la Compilación de Cataluña. Para su examen histórico, puede verse Lloréns, Poal y Carreras Candi. Su ejercicio, modo de utilizarla, contratos que la admiten, plazo para fadigar, etc., son expuestos por Brocá y Amell, págs. 205 y siguientes. Actualmente se aplica el Código civil, art 1 636, por S del T. S. de 4 de diciembre de 1896.

(2) En el Derecho romano era de dos meses (ley citada); en Cataluña, por costumbre fundada en la const. 2 del tít. del dret emphiteutich, era de treinta días, y en el Código civil, art. 1 637, de veinte días. Se discute ahora si rige el Derecho romano (Poal) o el catalán (Brocá y Amell) o el Código civil

marzo de 1908 y 26 de marzo de 1912, que regulan su ejercicio, plazo y acciones. Y en este punto es preciso hacer constar que el Código civil es deplorable como modelo, pues los artículos 1.638 y 1.639 no garantizan los derechos de los titulares retrayentes y son incongruentes en grado sumo.

Efecto del ejercicio de la fadiga y el retracto.—Se refunden las dos titularidades en el que los ejercita, integrando el dominio pleno, fundamento de los mismos. Ninguna duda se ofrece si no existen otras titularidades interpuestas, pero sí en caso contrario. Lo examinaremos:

1. Que el superficiario retraiga. Puede ocurrir:

A) Que la titularidad del superficiario estuviera gravada con otra: verbigracia: una hipoteca, y la del estabiliente no estuviera gravada

B) Que estuviera gravada la del estabiliente y libre la del superficiario, y

C) Que ambas se hallaran gravadas.

Se preguntará si al acrecer por retracto e integrar el dominio, los gravámenes se extienden a su totalidad, y las reglas de prelación, rango y preferencia, en su caso.

Para nosotros deben jugar las titularidades separadamente, sin integrar el dominio, suspendiéndose esta integración provisionalmente mientras se interpongan los gravámenes expresados. Sólo así podrán resolverse los problemas múltiples que en caso contrario se presentarían a los que la técnica actual no ofrece solución alguna. Ciertamente se provocarán situaciones anómalas, derechos reales en cosa propia, etc., pero no sólo no nos alarma, sino que lo tendremos por un avance en el desenvolvimiento de nuestro Derecho.

2. Que el estabiliente retraiga. Los problemas serán idénticos. Las precedentes cuestiones apenas han merecido un examen ligerísimo de los doctores, quedando, en realidad, implanteadas.

Crítica de la fadiga y el retracto.—Se desprende de su evolución histórica. La concesión de tales derechos al estabiliente en su origen, demuestra que el dominio se centraba en él; después se centra en el superficiario y se le concede el retracto, como corolario; por último, se le negará al estabiliente para quedar en beneficio exclusivo del superficiario. Para este caso, más o menos remoto, no podemos olvidar que el tanteo y el retracto no sólo se basan, en el caso del estabiliente, en un principio económico de integración del dominio (incongruente en la actualidad, dado el carácter de carga limitativa a que ha quedado reducida su

titularidad), sino que mediante ellos se evita toda confabulación en la rebaja del precio real de venta practicada con ánimo de defraudar al estabiliente en la cuantía del laudemio. No será posible negarle estas defensas en tanto no sean sustituídas por otras en el derecho nuevo.

Dimisión.—Equivale a la renuncia de su titularidad por el superficiario. El Derecho romano no la admitía. El Privilegio de Recog. Proc. lo concede para Barcelona, y se generaliza como consecuencia de la Sentencia arbitral de Guadalupe (1). Su forma es la escritura pública, con concurrencia de ambos titulares, y, a falta del estabiliente, se otorga por el superficiario, notificándose a aquél la dimisión. Respecto de la subsistencia o extinción de las cargas, sólo han sido vistas las siguientes soluciones: *a)*, que se extinguen todas, en beneficio del estabiliente (2), criterio primitivo inadmisible; *b)*, que debe pactarse, al constituirse la superficie, la prohibición de dimitir, sin una previa liberación de cargas, y *c)*, que subsisten las cargas, en perjuicio del estabiliente que adquiere el dominio por acrecimiento. Pero, aun dentro de ellas, los doctores no precisan el juego práctico de las soluciones.

Estimamos que, en la actualidad, el problema debe plantearse en forma diferente, a saber: toda titularidad puede ser renunciada por su titular, mientras no vaya en perjuicio público o de tercero. No podemos concebirla, según gráficamente expresa D. Jerónimo González, como la túnica de Neso, que se adhiere a la piel y abrasa las entrañas, de su titular, sin permitirle soñar en despojarse. La renuncia, abandono o dimisión podrán efectuarse tanto por el superficiario como por el estabiliente. Su consecuencia será el acrecimiento de la titularidad renunciada al no renunciante, que integrará el dominio pleno. Si alguna o ambas titularidades estuvieren limitadas por otra, v. gr.: una hipoteca, se plantearán los problemas que examinamos al tratar de la fadiga, a los que daremos idéntica solución.

Amortización.—Se produce por la adquisición de la finca por una mano muerta. No habrá laudemios posteriores porque no habrá ventas posteriores. Para compensar este perjuicio del estabiliente, el Derecho catalán obligó primitivamente a la mano muerta a desprenderse

(1) Cap. 66 Recog. proc.; Sentencia Arbitral de Guadalupe, dada por Fernando VII el 21 de abril de 1486, o ley 2 del tít. 13, lib. IV, vol. 2, que forman costumbre.

(2) Puede verse Fontanella, Tos, Cancer, Xamar, citados por Brocá y Amell, página 211.

de la finca en el término de un año (1). Más tarde, rebajado este principio de las Constituciones, forma el llamado derecho de amortización, cuya vigencia es reconocida por la sentencia de 9 de noviembre de 1898, y que se desenvuelve en las siguientes reglas: aumento de la pensión, que es de 1/40 del laudemio si la finca es de mucho precio, y de 1/30 si es de poco precio (2), con lo que se parte de la suposición de que aquéllas se transmiten cada cuarenta años, y éstas cada treinta, contra el criterio de la Ley de Señoríos, que lo supone cada veinticinco años.

Ante el hecho que provoca la amortización, nuestra opinión, seguramente atrevida, es la siguiente: montada la figura superficiaria sobre el juego de los laudemios, secuela de las enajenaciones sucesivas, se ha provocado un suceso jurídico que hace que todo el artefacto jurídico se derrumbe: la figura superficiaria pura no puede subsistir; se ha desnaturalizado. Mediante el aumento de la pensión sólo se logra evitar el perjuicio del estabiliente, pero no recobra su naturaleza y finalidad originarias. Nos hallaremos ante una superficie sin laudemio y con pensión aumentada proporcionalmente. Esto, en realidad, no es superficie. Es, más bien, un censo urbano. Habrá, en consecuencia, de decretarse su redimibilidad a favor del superficiario, ahora censatario, aun en el supuesto de que se negase tal redimibilidad al superficiario, puesto que no estuvo en el ánimo del mismo ganar un censo urbano. Por su parte, el estabiliente habrá tenido el derecho de fadigar y el de retraer, que, aun en el caso de negárselos en lo futuro, deberá conservárselos en este supuesto excepcional.

Mas esto no es más que un paso. Avanzando algo más, impondríamos una solución radical, a saber: declarar extinguida la superficie y adquirido por la mano muerta el dominio pleno. Del precio total habría de hacerse la distribución entre el superficiario y el estabiliente, y para ello seguiríamos las reglas que para la redención voluntaria exponemos en líneas posteriores. Teóricamente, tiene esta solución el mismo fundamento que la anterior y que las del Derecho catalán puro: la fuerza mayor y la evitación de perjuicios. Prácticamente, la consideramos preferible a todas. Observaremos, no obstante, que sólo puede ponerse en práctica si hay un precio que poder repartir, y no proce-

(1) Según la const. 2 del dret emphit., tít. 31, lib 4, vol. 1, que, siendo feudal, se hace extensiva a la enfiteusis por costumbre.

(2) Es de mucho precio si excede de 75.000 pesetas.

derá cuando la mano muerta adquiere la finca por título lucrativo, en cuyo supuesto se impondrá la sabiduría de la solución catalana clásica de aumento de pensión.

Carta precaria y cabrevación.—Son, en realidad, un solo derecho, del estabiliente y del superficiario, consistente en exigirse recíprocamente la declaración documental de sus titularidades respectivas, que adopta estas dos modalidades según sea quien lo ejercita. Tienen su origen en la costumbre, por imitación del Derecho feudal, según Catá de la Torre.

No ofrece puntos especiales de consideración y examen.

Prescribirá con el derecho de superficie, y por entender imprescriptible la enfiteusis, no se señala por los autores prescripción a la cabrevación y carta precaria.

Según Tos, se realiza por confesión ante Notario, y es curioso observar que, según el mismo y Cancer y Ripoll, sirve la cabrevación para hacer constar la existencia de la edificación, describiéndola como afecta a la enfiteusis.

JOSÉ URIARTE BERASÁTEGUI

(Continuará.)

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1941.—*Competencia.*

Por una extensión lógica del alcance de la norma contenida en el artículo 1.694, número 3.º, dé la Ley Procesal, tiene declarado este Tribunal en muy reiterada jurisprudencia que no son susceptibles de recurso de casación las sentencias dictadas en incidentes derivados de aquellos juicios o procedimientos en que contra la dictada en la cuestión principal no se admite el recurso extraordinario. Para alejar toda duda en lo que concretamente se refiere al incidente de impugnación por indebidos de los honorarios de Letrado (regulado en su aspecto procesal por el artículo 429 de la Ley de Enjuiciamiento civil) hicieron aplicación de aquella tesis general—ya establecida para el juicio ejecutivo por autos de 16 de enero de 1914 y 19 de mayo de 1916 y sentencia de 1 de abril de 1930; para el desahucio por la de 28 de septiembre de 1928, y para los posesorios de interdicto (por autos de 23 de abril y 22 de noviembre de 1913—, la sentencia de 29 de julio de 1930, recaída en incidente sobre pago de costas causadas en diligencias preparatorias de juicio ejecutivo, y el auto de 7 de abril de 1928 en el de impugnación de honorarios causados en juicio interdictal, en el que se afirmó, sin que esta doctrina haya sido rectificada, "que no era obstáculo para llegar a ella la circunstancia de que la sentencia resolutoria del incidente de impugnación" se hubiese dictado en diligencias de cumplimiento de la sentencia recaída en el juicio posesorio, por ser improcedente el recurso de casación en los incidentes, cuando la Ley lo prohibe para el asunto principal.

SENTENCIA DE 26 DE DICIEMBRE DE 1940.—*Artículo 1.692, número 7, de la Ley de Enjuiciamiento civil.*

En casación es forzoso atenerse a las afirmaciones de hecho del Tribunal de instancia, las cuales sólo son refutables con la cita de do-

cumentos o actos auténticos de los que surja de un modo claro o indiscutible que se ha estimado como cierto lo contrario de lo que consta en dichos documentos, o sea que éstos expresan textualmente lo contrario de lo que la sentencia declara; y el error de derecho ha de referirse a los preceptos que regulan el valor de las pruebas y no a las que rigen la interpretación de los contratos.

SENTENCIA DE 30 DE DICIEMBRE DE 1940.—*Artículo 1.695 de la Ley de Enjuiciamiento civil.*

No se da el recurso de casación contra las resoluciones que las Audiencias dictan en los procedimientos para la ejecución de las sentencias, salvo en los dos casos de excepción que el mismo precepto señala, debiendo el recurrente expresar con precisión en cuál de los dos casos se funda el recurso que propone.

SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1941.—*Quebrantamiento de forma.*

Se alega en apoyo del recurso una infracción, en Primera instancia, del párrafo 2.º del artículo 1.594 de la Ley de Enjuiciamiento civil, consistente en haberse tramitado el juicio en forma verbal y no escrita y por los trámites de los incidentes, como dispone dicho artículo, y agrega el recurrente que esto lo ha originado indefensión; y como este motivo es incongruente con los que taxativamente autoriza para la casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio el artículo 1.693 de la Ley citada, es clara y manifiesta la improcedencia del recurso. A igual resultado desestimatorio del recurso conduciría la aplicación del artículo 1.696 en relación con el 1.752 de la mentada Ley Rituaria.

SENTENCIA DE 25 DE ENERO DE 1941.—*Recurso por quebrantamiento de forma.*

Considerando: Que al interponer el presente recurso doña M. T. L. no expresó, señalándola de manera inequívoca, cuál era la resolución objeto del mismo, sino que se limitó a decir que lo interponía "contra el auto dictado en estos autos por la Sala"—siendo así que los dictados en ellos fueron numerosos—, y que prometía interponer en su

caso y lugar el de por infracción de Ley y doctrina "contra los autos de autos", expresiones ambas tan faltas de la necesaria precisión y plenas de ambigüedades, que indujeron a la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid a entender, con error indudable, pero con aquiescencia de la recurrente, que lo aceptó al no pretender su rectificación, que el recurso estaba interpuesto *ad cautelam* contra el auto de fecha 8 de febrero de 1936, por el que el propio Tribunal desestimó el de súplica relativo a unas providencias en las que había denegado la suspensión de la vista del incidente, a pesar de lo cual lo admitió, cuando era lo procedente, conforme al artículo 1.754 de la Ley Ritüaria, no dar lugar a la admisión, porque, además de la imprecisa referencia de la parte, el auto, del que pretendía recurrir y el que la Sala entendía recurrido, no merece, con arreglo al artículo 1.690 de la misma expresada Ley, el concepto de resolución definitiva, y porque tampoco la recurrente se cuidó de citar en su escrito el precepto o preceptos procesales que estimase infringidos, teniendo declarado repetidamente la jurisprudencia de esta Sala que para que sea admisible el recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio no basta la cita de los números del artículo 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en los que el recurrente lo funde, por ser indispensable que se citen también el precepto procesal que se suponga infringido y la resolución que dé lugar a la infracción que se alegue.

Considerando: Que por cuanto antecede y por ser las causas de inadmisión de los recursos, no atendida en el trámite adecuado, motivo y razón que impiden que aquéllos prosperen, se ha de desestimar el interpuesto; y si bien dispone el artículo 1.770 de la Ley de Enjuiciamiento civil que, cuando se declare no haber lugar al recurso por quebrantamiento de forma, ha de mandarse que se entreguen los autos a la parte recurrente para que formalice el recurso de casación por infracción de Ley o de doctrina que se proponga interponer, habiéndolo anunciado en el tiempo y forma que la Ley previene, esta disposición requiere para su cumplimiento, según el texto y racional sentido del mencionado artículo y del 1.768 de la misma Ley, que haya sido hecha protesta formal de interponerlo, protesta que, cuando se refiere a una resolución contra la que no se dé el recurso de la expresada clase, y también cuando no determina cuál sea aquella contra la que se pretende recurrir, deberá tenerse por hecha, y esto sentado, comoquiera que ambos supuestos se dan en el caso presente, según queda conside-

rado, no es dudosa la improcedencia de dar una tramitación, que sería estéril, al recurso de casación por infracción de Ley y de doctrina que la recurrente protestó interponer en su caso y lugar en el otrosí del escrito en que interpuso el recurso por quebrantamiento de forma.

SENTENCIA DE 1.º DE FEBRERO DE 1941.—*Representación indirecta (testaferro, simulación, etc.). Novación.*

El problema se reduce a discernir si el demandante, el Ayuntamiento de San Bartolomé de Pinares, tiene o no acción frente a los herederos demandados de D. José M.ª Méndez de Vigo. Esta acción puede derivarse o *del contrato que el causante de los demandados celebró el 5 de junio de 1918 con el Sr. Choren*, que es lo que opina la sentencia recurrida, que ve en el citado convenio una estipulación a favor de tercero, añadiendo que integra un caso de contratación por persona interpuesta, calificado de testaférrea por el Tribunal sentenciador: o *de un acto posterior a dicho contrato* como lo sería p. ej. la cesión de los derechos del Sr. Choren por este mismo al demandante.

Hay que partir de los siguientes hechos: 1.º) Se desprende del acta de 10 de marzo de 1918, que la propia Corporación acordó adquirir en los plazos que se conviniesen el tendido de conducción para el alumbrado y flúido eléctrico de la Villa y las obras que con tal motivo hubieren de construirse, confiriendo a Martín Choren el encargo de hacerlas para que en su día se estableciesen las cantidades que habían de satisfacerle y forma de pago. 2.º) El convenio en que se engendra la acción que ahora se ejercita se celebró el 5 de julio de 1918 entre el causante de los demandados y Martín Choren, sin que en él se hiciese otra manifestación útil a los fines litigiosos, que la que los caballos de fuerza, cuya cesión gratuita se pactó, habrían de destinarse en su caso y día a las necesidades y utilidades del pueblo de San Bartolomé de Pinares. 3.º) Del acta de la propia Corporación del 13 de marzo de 1921 resulta, que Martín Choren declaró en aquella sesión, que había cumplido el encargo que se le encomendó; que le ha llevado a cabo gratuitamente y con el exclusivo designio de beneficiar los intereses del Ayuntamiento y del vecindario; que "se ha reintegrado de cuanto pagó por la comisión que le fué encomendada"; "que el Ayuntamiento es dueño y legítimo poseedor, por haber pagado su coste, del salto de agua, canal de conducción, maquinaria, casas, líneas y todo lo demás, inherente a

las obras realizadas para establecer el servicio de alumbrado por medio de energía eléctrica; y que renuncia a cualquier derecho que pudiera alegar, entregando en el acto, para su archivo en el Ayuntamiento, como justificante el contrato hecho con la casa A. E. G. y la escritura de cesión hecha por el Sr. Méndez Vigo en Madrid, con fecha 5 de junio de 1918".

El Tribunal Supremo analiza en primer lugar, si el contrato del 5 de junio de 1918 concede al demandante una acción. A este efecto distingue la contratación por persona interpuesta y el contrato a favor de tercero: "Considerando: que respecto a la 1.ª de las cuestiones planteadas , que si bien no es recusable en Derecho español la posibilidad de actuar por persona interpuesta, a uno de cuyos aspectos se refiere indudablemente el mencionado art. 1.717 de nuestro Código en que manifiestamente se alude al denominado mandato sin representación, no acierta la sentencia de instancia al construir en Derecho su tesis sobre la base del personaje denominado testaferro, rindiendo tributo a una equivocada dirección conducente a la conclusión errónea de que son susceptibles de identificarse hasta la confusión una figura jurídica perfectamente normal—la del mandato no representativo o interposición real de persona—con la del testaferro, que no es en suma sino una de las formas en que puede cristalizar la simulación. Y al proceder de este modo olvida por lo que al mandato se refiere, que no le es connatural el principio de representación, como salvo alguna confusión engendrada en los arts. 1.734 y 1.735 del Código civil resulta del art. 1.717 , y de lo que preceptúa con singular aplicación a la representación misma el art. 1.259; desconoce en relación con el mismo problema, que así como el mandato es fruto necesario de un acuerdo de voluntades la representación nace por obra de una declaración unilateral de voluntad; y no tiene en cuenta que por consecuencia de la aplicación de estos principios así como el mandato no representativo liga exclusivamente las voluntades del mandante y del mandatario, el poder a través de este último, vincula la del mandante con la del tercero; de cuyos errores deriva la inexacta consecuencia a que por ellos llega, contrariando al hacerlo una dirección doctrinal comúnmente aceptada (y aceptable además en Derecho español), según la cual no cabe confundir la simple ocultación a los terceros del nombre del mandante que puede ser obra de una legítima conveniencia o de un interés digno de protección con la situación que se crea, cuando esa ocultación—simulación relativamente

supuesto—es producto de un acuerdo previo entre el mandante, el mandatario y la persona interpuesta y obra de una relación que con muy diversos fines, no siempre lícitos, se establece subrepticiamente entre esas tres personas; distinción la expuesta que si examinada a primera vista pudiera parecer desprovista de valor práctico, tiene, sin embargo, una positiva importancia en trance de resolver cuestiones como la que está en litigio, porque, así como en el mandato sin representación el mandante no puede accionar contra el tercero por la sola virtud de mandato, la simulación por persona interpuesta es fuente de acciones para las tres partes contratantes y puede eventualmente autorizar el ejercicio de las directamente ejercitadas entre el mandante y el tercero, conocedor de la simulación, siquiera precise estar a las consecuencias del *fraudem legis* y al pronunciamiento de nulidad de la convención, cuando persiga un fin ilícito, cuyas consecuencias hayan pretendido esquivarse por obra de la simulación." Luego rechaza el Tribunal Supremo el carácter del convenio como contrato a favor de tercero. Porque, para que una estipulación tenga este carácter, "ha de estar clara y concretamente expresado, circunstancia que no concurre en el evento litigioso, en que a una obligación convenida entre partes conocidas y ciertas se añade una declaración modal, por la que se determina la finalidad de la estipulación y su destino, sin alterar la situación de los verdaderos titulares del contrato, que eran según los términos del convenio los Sres. Martín Choren y Méndez Vigo; y porque esa posición hacía totalmente inexplicables los actos realizados con posterioridad al convenio de 1918 por Martín Choren y por el propio Ayuntamiento, que, de ser cierta la estipulación a su favor, no hubiese alegado la renuncia de los derechos que su mandatario tenía, partiendo de ella para accionar en la litis frente a los causahabientes del Sr. Méndez Vigo".

En segundo lugar deshace el Tribunal Supremo la tesis de que Choren haya cedido sus derechos al demandante, según el art. 1.526 del Código civil. Esta tesis "no es de aplicación al caso, en el que sólo cabría afirmar por el examen de las probanzas aceptadas, que el primitivo acreedor subrogó en su posición contractual al que hoy pretende accionar, sustituyéndolo, lo que implica una forma de novación subjetiva claramente comprendida en el número 3.º del art. 1.203 del Código civil y una sustitución de persona, que frente al tercero deudor no puede operarse con eficacia jurídica sin su expreso consentimiento, conforme al texto claro y terminante del Código civil, que no sólo man-

tiene la figura de la subrogación por cambio de acreedor, sino que al regular los supuestos en que excepcionalmente puede presumirse—artículo 1.210—da a entender claramente que cuando no se dan, y tal ocurre en el caso discutido; la novación como medio de extinción de las obligaciones exige el expreso consentimiento de todos los interesados".

En consecuencia, declara el Tribunal Supremo que ha lugar al recurso por infracción de Ley.

SENTENCIA DE 5 DE FEBRERO DE 1941.—*Cosa juzgada.*

Los herederos de Alférez y Martín consiguieron contra los de José Morales Prieto (siendo este último heredero fiduciario del primero) ante el Juzgado de 1.ª instancia de Andújar una sentencia ejecutoria el 27 de julio de 1923, la cual declara la caducidad de la herencia fideicomisaria establecida por D. Luis Alférez y Martín por no haberse cumplido ni ser ya posible su cumplimiento, abriendo la sucesión intestada menos en aquella parte que no haga relación al fideicomiso y salvo en los bienes enajenados por el heredero fiduciario Morales Prieto y adquiridos por los demandados y cualesquiera otros pertenecientes a terceros adquirentes de buena fe. La ejecución de dicha sentencia dió lugar a otra del mismo Juez de 1.ª instancia de Andújar del 29 de enero de 1924, en la cual se declaró la pertenencia a la herencia intestada de D. Luis de Alférez y Martín del importe de los títulos de la Deuda perpetua y demás bienes enajenados por Morales, mientras ejerció el cargo de heredero fiduciario. Esta sentencia fué revocada por la Audiencia de Granada el 30 de noviembre de 1925, sentencia revocatoria, que fué confirmada por el Tribunal Supremo el 8 de junio de 1927, que llegó a fallar en este asunto en virtud del art. 1.695 Ley de Enjuiciamiento civil. En la demanda, base del presente pleito, se pide "que se condene a los herederos de D. José Morales Prieto, por fuerza del valor de cosa juzgada, a que satisfagan a los de Alférez y Martín el importe efectivo de los títulos más los intereses legales.. ; e igualmente el importe del valor de venta de los inmuebles de la misma procedencia que como aquellos títulos fueron enajenados " Según el Tribunal Supremo es vista la procedencia indiscutible de la excepción de cosa juzgada alegada por los demandados y aceptada por la sentencia recurrida, toda vez que, comparando la mencionada súplica de la de-

manda transcrita con el fallo de la sentencia de la Audiencia de Granada, firme hoy, que se alega como base de la excepción, se ve palpablemente, que lo que ahora se pide, que es la efectividad del derecho al importe de los títulos de la Deuda y bienes enajenados por el señor Morales, es en esencia lo mismo que se pidió también en la ejecución de la sentencia de 1923 que motivó la de la Audiencia de Granada denegatoria de la pretensión de aseguramiento de esos valores por estimar que no pertenecían a la herencia intestada de D. Luis Alférez y Martín en atención a haberlos enajenado el heredero fiduciario mientras ejerció dicho cargo; que ejercita la acción un causahabiente de uno de los herederos que instaron el pleito en que recayó la sentencia de 1923 y que solicitaron su ejecución en los términos dichos, y que son los mismos los demandados: e idéntica la causa de pedir o sea la ejecutoria de 1923. Por lo expuesto no es de estimar el motivo que a la cosa juzgada se refiere, sin que a ello obsten las sentencias de esta Sala de 8 de junio de 1906 y 9 de octubre de 1908, indicadas por el recurrente; pues las mismas fueron dictadas en casos que no tienen paridad con el actual, toda vez que en ello se citaban como apoyo de la excepción unas resoluciones dictadas en ejecución de sentencia que resolvían puntos no resueltos por la ejecutoria y a las que por tanto no podía concedérseles la autoridad de la cosa juzgada; en el actual caso resulta lo contrario, pues se apoya la excepción en la sentencia firme de 30 de noviembre de 1925, dictada sí en ejecución de sentencia ejecutoria de 1923 de la que hace derivar su derecho el demandante, pero no existiendo entre ellas contradicción alguna ni resolviendo la de 30 de noviembre de 1925 puntos sustanciales de derecho no resueltos en el juicio en que recayó la ejecutoria según afirmó este Tribunal con su notoria autoridad en su sentencia de 8 de junio de 1927. Por estas razones no son de aplicación las mencionadas sentencias, siéndolo por el contrario la sentencia de 12 de junio de 1915 en la que esta Sala sentó la doctrina que se aplica a esta sentencia en los dos Considerandos que literalmente dicen: "Considerando: que es doctrina constantemente repetida por este Tribunal, que procede la excepción de cosa juzgada, cuando existen las tres identidades requeridas por la Ley entre el pleito que se debate y otro anterior, y ella se deduce de la solidaridad jurídica que existe entre la acción ejercitada objeto de la misma y fundamentos en que se apoya. Considerando: que esta misma doctrina debe ser aplicada en los casos que se trate de incidencias de ejecución de sentencia,

cuando tales incidencias forman un todo con la sentencia de que dimanan a los efectos de su cumplimiento y que en el caso de autos la cuestión planteada por el actor no sólo es la misma que ya ha sido resuelta en sentencia firme aceptada y en cierto modo ejecutada sino que aun estimándola como incidencia de la sentencia referida es idéntica y la misma que fué resuelta posteriormente por la autoridad judicial que dictó aquélla, no siendo dable, por tanto, sustraerla a la jurisdicción del que de ella legalmente conoció con nuevas formas de juicio."

SENTENCIA DE 13 DE FEBRERO DE 1941.—*Anulación y rescisión; incongruencia; subrogación; usura.*

En los escritos de demanda y réplica se ejercita la acción de nulidad de la participación por infracción de los artículos 1.057 y 1.422 del Código civil. En estos términos planteada la contienda judicial, la Sala de instancia que deniega la nulidad de la partición y estima más procedente y decreta la rescisión por fraudulencia, infringe el art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil, al pronunciar una declaración y condena que ni se le había pedido ni acerca de ella ha sido oída debidamente la parte demandada, sin que en contrario sirva alegar en la sentencia recurrida que está justificado el pronunciamiento por ser idénticas las acciones de nulidad y de rescisión al fraude de acreedores por su finalidad común de ineficacia y de acto anulable o rescindible, pues, aparte de que aquella acción es principal y ésta subsidiaria—diferencia de marcado relieve en el caso de autos—están reguladas por la Ley con disciplina jurídica distinta y el presupuesto de algún defecto o vicio de los requisitos esenciales del acto anulable no constituye la base específica de la rescisión del mismo sino que ésta, partiendo de la validez inicial del acto jurídico, lo vuelve ineficaz por el perjuicio que indebidamente irroga; razones que determinan la casación de la sentencia recurrida.

En cambio, rechaza el Tribunal Supremo el recurso del demandante. En el segundo motivo se combate el pronunciamiento absolutorio de la subrogación del actor en el derecho de retracto estipulado en la venta de finca por el demandado durante su matrimonio, denunciándose, con notoria confusión de conceptos, la infracción de normas legales referentes al pago de deudas por tercera persona y a la novación subjetiva o subrogación de acreedor que paga a otro acreedor prefe-

rente; y claro es que la posición del recurrente, tercero en el contrato de venta, que paga o devuelve el precio al comprador y pretende por ello apropiarse en derecho del retracto convencional, supone la identidad del derecho real de retracto y el derecho personal de crédito que sólo autoriza al tercero para dirigirse en su caso contra el deudor o el acreedor en los términos y a los efectos previstos en los arts. 1.158 y ss. del Código civil, supone que el comprador con pacto de retro es un acreedor del vendedor en concurrencia con el prestamista del mismo deudor, y supone en fin que si el tercero paga el montante del precio de venta al comprador queda éste subrogado en los derechos del vendedor; y basta la mera enunciación de tales alegaciones para desestimarlas por no ajustarse a los textos legales ni a ningún otro. Finalmente ratifica el Tribunal Supremo la argumentación jurídica del Juez y de la Sala de instancia al calificar de usurario un préstamo que, aunque formalizado en letras de cambio y destinado el capital a la compra de frutas de España para revenderlas en Inglaterra, se pretende por el prestamista que el dinero prestado rinda un interés que exceda del 18 por 100 anual, aceptado por el deudor en situación angustiosa; y aún pudiera reforzarse aquella argumentación teniendo en cuenta que el riesgo inherente a la operación mercantil resulta mermado para el prestamista en el caso actual por la circunstancia de que un hijo suyo era el encargado de la reventa de las frutas en Inglaterra, lo que debiera constituir para él una garantía de la buena marcha del negocio y consiguiente reintegro de lo prestado. Puesto que, si bien la jurisprudencia ha declarado repetidas veces que no basta para la aplicación de la Ley sobre la usura que el interés pactado exceda del normal del dinero, en particular si el contrato de préstamos o similar reviste carácter mercantil; o más singularmente si el capital se destina a operaciones industriales de problemático resultado, no es posible interpretar esta doctrina en términos tan absolutos que queden siempre al margen de la usura las operaciones mercantiles o industriales, porque ni la letra de la Ley lo admita, ni el espíritu que la informa lo consiente, ni la jurisprudencia lo autoriza en términos tan radicales, sino que aun en esa esfera cercena la libertad de contratación

LA REDACCIÓN

Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado

MANDATO. EL CONFERIDO A DETERMINADA PERSONA PARA QUE PERCIBA Y COBRE CRÉDITOS—OTORGANDO CONSIGUIENTEMENTE CARTAS DE PAGO Y CANCELACIONES DE HIPOTECAS—QUE SE ADEUDAN A UNA TESTAMENTARÍA, NO ES SUFICIENTE PARA CANCELAR EL CRÉDITO HIPOTECARIO ADJUDICADO AL MANDANTE EN LA ESCRITURA PARTICIONAL O DE DIVISIÓN DE DICHA HERENCIA.

Resolución de 14 de febrero de 1941 (B. O. *de 24 de febrero*).

En la escritura autorizada por el Notario D. Juan María Meriño García en Cazalla de la Sierra, a 2 de noviembre de 1933, D. Antonio Sánchez Hiraldo, como mandatario especial de D. Domingo González Ruiz, según escritura de poder otorgada en Sevilla ante el Notario don Francisco Felipe Duque Rincón el 16 de octubre de 1930, hizo constar: que D. Manuel González Robledo tenía un crédito hipotecario de pesetas 12.500, que por su fallecimiento se le adjudicó al mandante, don Domingo González Ruiz, por escritura particional ante el mismo Notario Sr. Merino García, fecha 18 de junio de 1931; que el Sr. González Ruiz, según manifestaba el mandatario, había recibido el importe del referido crédito de la deudora, doña Emilia Cornello Martín, que lo era solidariamente con su marido, y que, en su consecuencia y haciendo uso del poder que el Notario autorizante tenía a la vista, daba carta de pago del relacionado crédito, cancelando la hipoteca constituída sobre una casa en la calle del Clavel, número 6, de la expresada ciudad de Cazalla de la Sierra.

En la referida escritura de mandato, fecha 16 de octubre de 1930, D. Domingo González Ruiz, en unión de sus hermanos doña Susana y don Emilio, "confieren poder especial, amplio y tan bastante como en

Derecho se requiera, a favor de D. Antonio Sánchez Hiraldo, para que, en nombre de los mandantes, intervenga en todas las operaciones de la testamentaría de su tío carnal D. Manuel González Robledo, formalice inventario, avalúo, división y adjudicación de bienes entre los herederos, y reclame, perciba y cobre cuantos créditos se adeudan a la testamentaría por cualquier concepto, dando de todo ello recibos y cartas de pago, así como cancelando las oportunas hipotecas".

Presentadas primeras copias de las relacionadas escrituras en el Registro de la Propiedad de Cazalla de la Sierra, fué puesta por su titular, en la de cancelación, la siguiente nota:

"Denegada la cancelación que se comprende en el documento que antecede por el defecto insubsanable de que, habiéndose adjudicado el crédito hipotecario por título definitivo de partición a D. Domingo González Ruiz, en los límites del mandato especial concedido al señor Sánchez Hiraldo para bienes de la testamentaría, no está comprendida la representación para bienes que han entrado después en el patrimonio individual del poderdante, por tratarse de un mandato especial y cualificado. Y suspendida la afección de la finca por la Contribución de Utilidades porque figura inscrita a nombre de los deudores, y en el escrito sólo firma la Sra. Cornello. No procede, por el primer defecto, anotación preventiva."

La Dirección, confirmando el auto apelado, que ratificó la nota del Registrador, y por lo que respecta al primer defecto, de naturaleza insubsanable, señalado por éste, único impugnado por el Notario recurrente, ha expuesto lo que sigue a continuación:

Que el efecto inmediato favorable o adverso de la declaración de voluntad que el representante emite o recibe en nombre del representado sólo se produce si aquél tenía poder de representación y cobró dentro de los límites del mismo: atendiendo, por ello, principalmente a la naturaleza de las facultades concedidas y a los bienes que constituyen su objeto, en interpretación estricta, como tiene declarado el Tribunal Supremo y esta Dirección General en sus Sentencias y Resoluciones.

Y que si la extensión del poder es un problema de interpretación de voluntad, teniendo como objeto fundamental el conferido a don Antonio Sánchez Hiraldo la formalización de la testamentaría de don Manuel González Robledo, es evidente que otorgada la escritura particional e inscrito el crédito hipotecario a favor del mandante, por haberse llevado a cabo el negocio, el mandatario carecía de facultades para

la cancelación, porque si la relación jurídica básica entre el poderdante y el apoderado se extingue al término de ella, hay que admitir que el apoderamiento se limita al cumplimiento de la misma.

(Pueden consultarse las Resoluciones de 30 de diciembre de 1931, 7 de junio de 1932 y 29 de marzo de 1935.)

ADJUDICACIÓN EN PAGO PARCIAL DE DEUDA. ENVOLVIENDO ÉSTA UNA MODALIDAD DE PAGO QUE EXTINGUE LA OBLIGACIÓN PRIMITIVA EN LA MEDIDA DE LA ESTIMACIÓN QUE SE ATRIBUYA A LO QUE SE ENTREGA, NO ES BASTANTE PARA SU DETERMINACIÓN LA SOLA EXPRESIÓN DEL VALOR DE LAS PARTICIPACIONES DE FINCAS QUE SE ADJUDICAN, DESDE EL MOMENTO QUE NO SE FIJÓ EL IMPORTE DE LA OBLIGACIÓN PRIMITIVA, QUE HACE LAS VECES DE PRECIO, NI LA PARTE QUE QUEDA EXTINGUIDA, NI LA QUE QUEDA PENDIENTE.

Resolución de 7 de febrero de 1941 (B. O. *de 26 de febrero*).

Por escritura otorgada en Bilbao a 17 de diciembre de 1935, ante su Notario D. Manuel María Gaitero, comparecieron los hermanos don Julio, doña Dolores y D José Lecue Saracho, y después de exponer el primero ser dueño de determinadas participaciones indivisas en tres fincas que se describían, valorándose las referidas participaciones en pesetas 18.750, 6.250 y 23.166,66, respectivamente, y de manifestar que tenía contraída una deuda con los segundos al fallecimiento de doña Eugenia Saracho, madre de los comparecientes, deseando reducirla en lo posible, les adjudica por mitad dichas participaciones "para pago parcial de deuda de mayor suma"; aceptando doña Dolores y D. José Lecue la "adjudicación parcial en pago de mayor deuda, reservándose el derecho a exigir en su día el pago del resto".

Presentada primera copia de dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Valmaseda, fué puesta por el Registrador la siguiente nota:

"Suspendida la inscripción del precedente documento por no expresar el precio de transmisión, que es requisto necesario en las adjudicaciones en pago. El documento no indica que el valor señalado a las participaciones transmitidas sea el precio de la adjudicación, ni tampoco se deduce ese precio en relación al importe de la deuda, puesto que no se expresa la cuantía total de ella ni la que continúa subsistiendo después de la transmisión. Considero el defecto de naturaleza subsanable."

Interpuesto recurso gubernativo contra la calificación anterior por el Notario autorizante de la escritura, al efecto de que se declarase la misma extendida con arreglo a las prescripciones y formalidades legales, la Dirección, confirmando el auto apelado, ratificatorio en un todo de la nota consignada por el Registrador, ha declarado lo siguiente:

Que ya sea la adjudicación en pago una compraventa con precio anticipado o una cesión de bienes para liberar una deuda que uno de los contratantes tiene en favor de otro, siempre será un contrato con causa onerosa, traslativo de dominio, mediante el cual una o varias fincas o participaciones de las mismas, comprendidas en el patrimonio del adjudicante, son transferidas al adjudicatario o adjudicatarios a título singular, sirviendo de contraprestación a derechos reconocidos con anterioridad y extinguiendo la obligación primitiva por el importe de los bienes adjudicados.

Que envolviendo la adjudicación una modalidad de pago que. como queda dicho, extingue la obligación primitiva en la medida de la estimación que se atribuya a lo que se entrega, no es bastante para su determinación la sola expresión del valor de las participaciones de fincas que se adjudican en la exposición de la escritura, dada la carencia de elementos a que poder referirla para que conste claramente la conformidad de acreedores y deudor en la equivalncia de dichas participaciones con la obligación preexistente.

Y, por último, que estando conforme el Notario recurrente en la necesidad de un precio cierto, aunque lo estime determinado con la expresión del valor referido, desde el momento que no se fijó el importe de la obligación primitiva. que hace las veces de precio, ni la parte que queda extinguida, ni la que queda pendiente, no es posible llegar a tal certeza por falta de circunstancias a que poder referir la intención de los contratantes en ese esencial extremo del contrato.

(Pueden consultarse las Resoluciones de 19 de noviembre de 1935 y 10 de octubre de 1907 y Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 1915.)

MENCIONES DE DERECHOS. LOS ASÍ CONSIGNADOS EN LOS ASIENTOS DEL REGÍSTRO NO PUEDEN EXTINGUIRSE SIN EL CONSENTIMIENTO DE LAS PERSONAS FAVORECIDAS, PRESTADO VOLUNTARIO O FORZOSAMENTE, MEDIANTE LOS DOCUMENTOS Y FORMALIDADES EXIGIDAS PARA LAS CANCELACIONES. EL REGISTRADOR NO TIENE FACULTADES PARA VOLVER A CALIFICAR LA LEGALIDAD DE LOS DOCUMENTOS QUE HAYAN SIDO YA REGISTRADOS.

Resolución de 22 de febrero de 1941 (B. O. *de 9 de marzo*).

Don José María Arévalo Agustín presentó instancia en el Registro de la Propiedad de Occidente, de Madrid, fecha 15 de febrero de 1940, en la que hacía constar: Que D. Miguel Brea Puente falleció el 29 de noviembre de 1920, con testamento que tenía otorgado en 12 de febrero del mismo año ante el Notario de Madrid D. Vicente Colomer y Sanz, por el que legó la pensión vitalicia de seis pesetas diarias a su hermana doña Francisca, cuya pensión, al fallecimiento de ésta, pasaría a sus dos hijos D. Miguel y doña Matilde Porto Brea, con derecho de acrecer entre ellos, debiendo pasar la referida pensión, a la muerte de estos últimos, a los hijos que tuvieren, ordenando que para garantizar el pago se constituyese hipoteca sobre la casa de su propiedad, sita en la calle de Toledo, números 56 y 58, de esta Capital; que en dicho testamento instituyó herederos a su hija—esposa difunta del exponente—doña Manuela Brea López, y a su nieto D. Manuel Brea González, practicándose las operaciones particionales, que fueron protocolizadas por escritura otorgada ante el Notario de Madrid D. Camilo Avila, consignándose en la base 5.ª de las mismas que "tal pensión no podrá pasar del segundo grado o llamamiento, y, por consiguiente, al fallecimiento del último de los dos citados hijos de doña Francisca, entre quienes se establece el derecho de acrecer, la pensión se extinguirá, por cuanto, según expresa disposición del artículo 785, número 3.º, del Código civil, no surtirá efecto el encargo hecho al heredero de pagar a varias personas sucesivamente, más allá del segundo grado, cierta renta o pensión"; que, en cumplimiento de lo ordenado por el testador, se constituyó la hipoteca en garantía del pago y efectividad de la pensión, si bien no tuvo trascendencia en el Registro, habiendo quedado limitada la garantía a la oportuna mención en las inscripciones respectivas; que la finca afectada por la mención fué adjudicada por mitad y proindi-

viso a los dos herederos, y habiendo enajenado D. Manuel Brea su mitad, que adquirió doña Manuela Brea, por fallecimiento de ésta, que instituyó heredero al que suscribe por testamento autorizado en 27 de diciembre de 1933 por el Notario Sr. Díez Pastor, como titular del pleno dominio del inmueble de referencia, había venido satisfaciendo puntualmente la referida pensión de seis pesetas diarias a doña María Porto Brea, que, por fallecimiento de su madre, doña Francisca, y de su hermano D. Miguel era la titular del referido derecho; habiendo fallecido, como queda indicado, doña Francisca Brea Puente el 25 de diciembre de 1927; D. Miguel Porto Brea, el 11 de marzo de 1934, y también doña Matilde Porto Brea, el día 27 de febrero de 1937, se habían extinguido los dos llamamientos o grados permitidos por la Ley, caducando la pensión por ministerio de ella misma, según el artículo del Código civil que quedó citado, siendo por ello procedente la cancelación de las aludidas menciones.

Presentada, según se ha dicho, la referida instancia, con los citados documentos, en el Registro de Occidente, de Madrid, fué puesta por su titular la siguiente nota: "No admitida la cancelación de las menciones que se solicitan por no ser facultados los Registradores el declarar la creación o la extinción de derechos entre los interesados, que es de la exclusiva competencia de los Tribunales de Justicia, máxime no figurando en el Registro nada relativo a la extinción de dichas pensiones. Adolece, además, del defecto de no venir legalizadas las certificaciones de defunción de los tres pensionistas fallecidos."

Interpuesto recurso gubernativo por D. José María Arévalo contra la anterior calificación, la Dirección, confirmando el auto apelado, que ratificó la nota del Registrador, ha declarado:

Que el objeto del recurso gubernativo es declarar si existen las faltas que el Registrador atribuye a los títulos presentados, con el fin de que, caso de no existir, se proceda a practicar la operación solicitada; de donde se deduce que, para la decisión de las cuestiones planteadas en este recurso, debe partirse de la petición de cancelación de las menciones, en relación con los defectos, insubsanable el uno y subsanable el otro, señalados en la nota, que son los verdaderos motivos de discusión: sin que pueda ésta ampliarse a la calificación del título que produjo las menciones, porque el Registrador no tiene facultades para volver a calificar la legalidad de los documentos que hayan sido ya registrados; porque, extendida la inscripción, causa estado, y porque, en

último término, el recurso gubernativo sólo se da cuando el Registrador suspenda o deniegue la operación solicitada, sin perjuicio de que los interesados, antes de extender el asiento, exijan minuta del mismo, o, después de efectuado, su rectificación.

Y que, por regla general, el principio de que las menciones favorecen a los terceros—que son a modo de titulares de un derecho en cosa ajena—trae como consecuencia que los derechos mencionados no pueden extinguirse sin el consentimiento de las personas favorecidas, prestado voluntaria o forzosamente, mediante los documentos y formalidades exigidas para las cancelaciones; ya que, por otra parte, según las constantes Resoluciones de este Centro, las cuestiones sobre validez o nulidad de las operaciones practicadas en los libros del Registro de la Propiedad sólo pueden ser resueltas por los Tribunales, a cuyo amparo están los asientos extendidos en dichos libros, siendo, por tanto, a éstos a los que corresponde declarar, en su caso, la inexistencia o nulidad de la mención u ordenar que se redacte la inscripción en otra forma.

* * *

Es de lamentar que el Centro directivo, por no violentar la naturaleza del recurso gubernativo, como afirma en el segundo de los considerandos de la Resolución extractada, no haya entrado a examinar—y resolver—el fondo del problema planteado por el recurrente.

Manifestó éste en su escrito que, conforme al artículo 785 del Código civil, la pensión instituída por D. Miguel Brea Puente resultó legalmente ineficaz desde su origen, a partir del tercer grado o llamamiento, como lo reconocieron y proclamaron los contadores-partidores en el supuesto 5.º de las operaciones particionales; la negativa del Registrador equivalía a considerar con más fuerza de validez y eficacia a la institución viciosa que al precepto legal prohibitivo.

El Tribunal Supremo, en reciente Sentencia—que cita la Dirección—de 23 de junio de 1940, tras de decidirse en la batallona cuestión que tiene divididos a nuestros más ilustres civilistas—Sánchez Román, Morell, Manresa, Valverde y Clemente de Diego, de un lado; Navarro Amandi, Mucius Scaevola y Maura, de otro—en favor de la tesis sustentada por estos últimos—ratificando anterior Jurisprudencia—referente a que la palabra *grado*, empleada por el Código civil en los ar-

tículos 781 y 785, debe entenderse o traducirse por *llamamiento* y no por *generación*, pues esto último—dice el Supremo—nos llevaría a la consecuencia de encerrar dentro del marco familiar la aplicación de los citados preceptos y los de los artículos 640 y 786 del mismo Código, ha sentado la importantísima doctrina—con lo que se viene abajo en absoluto lo argumentado por el recurrente en el recurso que provocó la precedente resolución—de que el primer llamado a la herencia no es sustituto, sino simplemente heredero, y, en consecuencia, los dos grados o llamamientos deben contarse a partir de él, interpretando el Código en el sentido de que se pueden nombrar tres herederos sucesivos, sustituyendo fideicomisariamente el segundo al primero, y el tercero al segundo (1).

G. CÁNOVAS - COUTIÑO.
Registrador de la Propiedad

(1) Véase Mucius Scaevola, tomo XIII, y Bonet Ramón, *Revista de Derecho Privado*, diciembre 1940.

Jurisprudencia económico-administrativa

CONTRIBUCIÓN SOBRE UTILIDADES.—*Liquidación de Sociedad.*—Ha de estimarse realizada mediante el pago efectuado por un socio a otro de su participación en el haber social, aun cuando sólo se otorgue escritura de disolución y no de liquidación, y, por consiguiente, los beneficios procedentes de operaciones posteriores a la fecha de la disolución no pueden ser atribuídas a la Sociedad disuelta (19 de mayo de 1936).

El 19 de julio de 1930 se personó la Inspección de Hacienda en el antiguo domicilio de la Sociedad "Rauet y Géneres", en el que a la sazón ejercía su industria D. Juan Rauet, y levantó acta haciendo constar que por escritura pública de 12 de enero de 1929 se declaró dicha Sociedad disuelta, con efecto retroactivo al 1.º del citado mes y año, designándose al Sr. Rauet liquidador con amplias facultades para ejercitar actos de adquisición, venta y cobro de créditos, pago de obligaciones, etc., en nombre de la aludida Sociedad, hasta conseguir su liquidación definitiva; que posteriormente se otorgó escritura de liquidación y adjudicación de bienes entre los dos socios; que el balance de disolución reflejado en asientos de cierre del ejercicio de 1928, con fecha 31 de diciembre de dicho año, aparece formulado, parte en su libro Diario, insertándose a continuación el cierre de cuentas con una nota autorizada que dice: "Hechos los precedentes asientos y continuando las operaciones del año 1929 en el nuevo libro Diario quedan anulados los 12 folios restantes"; que en 27 de diciembre de 1928 se legalizó un libro Diario a nombre de D. Juan Rauet, el cual lo encabezó en 1.º de enero de 1929 con la nota siguiente: "Para abrir las cuentas de activo, pasivo y capital, por ser nombrado continuador por mi cuenta de la casa Rauet y Generes", a tenor del balance general practicado en 31 de diciembre de 1928, nota en que aparece raspada una parte del texto primitivo, sustituyendo la palabra o palabras raspadas por las de "continuador por mi cuenta"; que el asiento de apertura de este

Diario es el mismo balance de disolución de la Sociedad "Rauet y Generes", contabilizándose en él todas las operaciones durante el año 1929, sin distinguir las de liquidación de la Sociedad de las que individualmente realizó el Sr. Rauet; que en 2 de enero de 1929 se cargó a la cuenta de capital, con abono a la de Eduardo Generes, la suma de 400.000 pesetas en concepto de traslado de su parte de capital, apareciendo en 1.º de octubre de 1929, 4 de enero, 3 de abril y 1.º de mayo de 1930 los pagos hechos a dicho señor, por el saldo que a su favor existía; que el beneficio del año 1929, importante 237.585,70 pesetas, se abonó a la cuenta de D. Juan Rauet, y que la contribución industrial pagada en 1929 ascendió a 4.596 pesetas, y el sustitutivo de Utilidades, a 1.149 pesetas.

La Administración de Rentas, aceptando la propuesta de la Inspección y considerando, por lo tanto, como propias de la Sociedad "Rauet y Generes" las operaciones figuradas en la contabilidad del señor Rauet, practicó liquidaciones a cargo de aquélla por las tarifas 2.ª y 3.ª de la Ley de Utilidades.

Contra este acuerdo, D Juan Rauet presentó reclamación alegando que al quedarse el reclamante con el negocio de la Sociedad, cursó la oportuna baja de contribución industrial a nombre de dicha Sociedad y la consiguiente alta a su propio nombre.

El *Tribunal Económico-Administrativo Provincial* de Barcelona acordó desestimar la reclamación y confirmar el acuerdo recurrido.

El TRIBUNAL CENTRAL acuerda revocar el fallo apelado, declarando que las utilidades obtenidas en el ejercicio de 1929, por razón de los negocios que hasta finalizar el anterior explotó el Sr. Rauet en Sociedad con el Sr. Generes, deben serle atribuídas a él exclusivamente, sometiéndose a los tributos que le afectan como comerciante individual y no a los que hubieran podido corresponder a la aludida Sociedad "Rauet y Generes" de que formó parte, que habrá de considerarse extinguida.

— *Valor de bienes de una Sociedad disuelta aportados a otra.*—La diferencia entre el figurado en la Sociedad disuelta y el asignado al aportarlo a otra no da lugar a exacción por la 3.ª ni por la 2.ª tarifa con respecto a ninguna de las dos Sociedades. (19 de mayo de 1936.)

En acta levantada por la Inspección de Hacienda en 18 de febrero de 1931 se hizo constar que la Sociedad colectiva "J. Julio Ferreira e Hijos" se había disuelto en 31 de diciembre de 1928, adjudicándose

su activo y su pasivo a los socios que la componían, y que en la misma fecha se había constituído otra Sociedad bajo la razón social "J. Julio Ferreira e Hijos", Limitada, a la que se había aportado como capital las adjudicaciones de la Sociedad disuelta, con un aumento en su valoración de 368.741,64 pesetas, suma que estimó como un incremento de valor de los elementos del activo que la nueva Sociedad constituída, pretendiendo someterla a tributación por las tarifas 2.ª y 3.ª de Utilidades.

La Sociedad limitada presentó escrito ante la Administración de Rentas impugnando el acta de la Inspección, alegando que la diferencia de valoración entre los bienes adjudicados a los socios al disolverse la Sociedad colectiva y los aportados a la nueva Sociedad limitada no representaban beneficio para ninguna de las dos Sociedades, sino una valoración convencional hecha por los socios al constituirse la segunda Empresa.

La Administración de Rentas, de acuerdo con el criterio de la Inspección, desestimó las alegaciones formuladas por la Sociedad limitada.

En 29 de septiembre de 1934, la *Dirección General de Rentas* acordó declarar a la Sociedad regular colectiva "J. Julio Ferreira e Hijos" sujeta a tributar por la tarifa 3.ª y a razón del 12 por 100 sobre la suma resultante de añadir a la base impositiva liquidada (59.952,38 pesetas) el importe del incremento del activo estimado (368.471,64 pesetas), y por tarifa 2.ª y a razón del 5,50 por 100 sobre el importe del referido incremento. Interpuesto recurso de alzada, el TRIBUNAL CENTRAL acuerda estimarlo y revocar, en su consecuencia, el acuerdo que en vía de revisión dictó la Dirección General de Rentas.

En principio, es criterio sustentado por este Tribunal e invocado por la recurrente que el valor atribuído a los bienes que una Sociedad cede a otra debe determinarse por el que la cedente les tuviera asignado en su contabilidad, y no por el que figurase en la cesionaria.

Aun cuando en el caso examinado, el problema que se plantea no es igual a los que dieron lugar a las resoluciones en que el expresado criterio se sustenta, no cabe duda que fundamentalmente puede aplicarse también al caso debatido, toda vez que lo que en el acuerdo apelado se pretende es estimar la existencia de un beneficio logrado por la extinguida Sociedad colectiva y un dividendo para los socios que a la sazón la integraban, por el hecho de haber éstos aportado los bienes que figuraban en el activo social de aquélla a una nueva Sociedad, estimándolos

por un mayor valor, con la diferencia, favorable a las pretensiones de los recurrentes, de que la Sociedad cedente se extinguió al nacer legalmente la cesionaria, y, por tanto, no pudo mediar la circunstancia que en los casos a que las resoluciones de este Tribunal se refieren.

Esa utilidad, apreciada a efectos fiscales en el fallo recurrido, aun en el supuesto de que pudiera estimarse su existencia, no procedía de un acto u operación industrial o comercial resultante de la conjunción del trabajo juntamente con el capital, sino de una plusvalía determinada por la diferencia entre el valor de adjudicación al disolverse la Sociedad colectiva y el valor de aportación a la Sociedad limitada.

Si bien es cierto que los aumentos de valor de las cosas están sujetos a tributación por el apartado letra *b)* del núm 1.º de la disposición 5.ª de la tarifa 3.ª de la vigente Ley reguladora de Utilidades, en cuanto tales aumentos tengan efectividad por la enajenación de los elementos que los producen o luzcan en cuentas, no es menos cierto que tal precepto está subordinado al hecho de que dichos aumentos beneficien a las personas jurídicas sujetas al pago de aquella contribución.

En esta inteligencia, precisa, en primer lugar, dilucidar si la persona jurídica a quien el referido beneficio se imputa estaba sujeta a contribuir por Utilidades en el momento en que tal supuesto beneficio se produjo.

La Sociedad regular colectiva "J. Julio Ferreira e Hijos" quedó extinguida legalmente el día 31 de diciembre de 1928, según escritura pública que al efecto se otorgó, adjudicándose los bienes que constituían el activo social a los socios D. Ernesto y D. Manuel Ferreira, por el valor por que figuraban en inventario, siendo, por tanto, evidente que la persona jurídica formada por ambas personas naturales terminó su existencia legal sin obtener el supuesto beneficio deducido de la aportación por parte de los referidos señores de tales bienes a una nueva Sociedad, pues para estimarlo logrado hubiera sido preciso que al realizar su activo y extinguir su pasivo hubiera quedado a favor de los socios un capital superior al que en el momento de la extinción acusaban sus libros.

La Sociedad limitada "J. Julio Ferreira e Hijos" nació legalmente el 31 de diciembre de 1928, en virtud también de la correspondiente escritura pública otorgada por los repetidos socios D. Ernesto y don Manuel Ferreira, con absoluta independencia de la extinguida, pues si bien es cierto que estaba integrada por los mismos componentes, que su objeto total era el mismo y que los bienes aportados por las perso-

nas que la constituyeron fueron anteriormente propiedad de aquélla, no es menos cierto que el hecho de haberse otorgado escritura distinta para la disolución y la constitución de una y otra revela que no se trataba de una transformación de Sociedad, con la consiguiente transferencia de derechos y obligaciones por no haber desaparecido la personalidad de la transformada, y siendo evidente la solución de continuidad entre ambas personas jurídicas no cabe atribuir a la extinguida el beneficio numérico que pudiera deducirse de la aportación, a la que nace, de los bienes que fueron propiedad de aquélla y por un valor superior al que figuraba en sus balances de disolución.

El beneficio numérico pretendido no puede, pues, atribuirse sino a los señores D. Ernesto y D. Manuel Ferreira, quienes recibieron, en virtud de la adjudicación expresada en la escritura de disolución de la Sociedad colectiva extinguida, los bienes que a continuación aportaron a la Sociedad limitada constituída, atribuyéndoles, en el momento de su aportación, un valor convencional superior al que en la colectiva tenían asignado.

La vigente Ley de Utilidades no grava, en su tarifa 3.ª, más que los beneficios logrados por las personas jurídicas que en su disposición 1.ª se citan, como consecuencia del ejercicio de industrias o negocios realizados en España, no afectando el tributo a las personas naturales que los obtuvieran, ya que éstas son objeto, tanto por las procedentes de sus actividades mercantiles, como por las originadas, en la transmisión de dominio de sus bienes, de otras contribuciones del Estado español.

De ser aceptado el criterio que se sustenta en el acuerdo recurrido, habría de plantearse el problema de analizar en toda constitución de Sociedad la procedencia y valor de los bienes a ella aportados, para deducir, en su caso, las consecuencias fiscales que en dicho acuerdo se pretenden, suscitando una cuestión que ningún precepto legal regula, pues no sería admisible mantener tal criterio solamente en aquéllos, como el de que se trata, en que la inmediata transmisión de los bienes permite conocer su procedencia y su valor.

IMPUESTO DE DERECHOS REALES.—*Terrenos para casas baratas.* Para obtener la exención del impuesto no basta la declaración de aptitud, sino que es preciso que los terrenos estén destinados a la construcción de casas baratas. (5 de mayo de 1936.)

LA REDACCIÓN.

VARIA

GIOMMARIA DEIANA.—"Concetto e natura giuridica del contrato de divisione" (Concepto y naturaleza de la partición contractual).—*(Riv. di Dir. civi.*, XXI, págs. 15-96.)

La literatura italiana, que se ha ocupado mucho de la comunidad de bienes, ha descuidado el tema; la francesa se halla en condiciones casi iguales, y si en la alemana de Pandectas encontramos algo, faltan trabajos posteriores a la codificación. Entre las obras no alemanas de Derecho, sólo merece ser citada la de Gaudemet, *Etude sur le régime juridique de l'indivision en Droit romain* (París, 1934).

I. *Noción del contrato.*—1. Dos puntos se ponen de relieve en las definiciones de la partición: disuelve la comunión existente y atribuye a cada comunero el correlativo de su cuota. ¿Debe provocarse la disolución para todos, o basta que sea parcial? Para el autor, es preciso que la copropiedad se extinga entre las partes, pero no entre todos los comuneros. Ejemplos: T., C. y S. dividen tres fincas, X, H y Z, adjudicándose una a cada uno, o adjudican la finca X a T. y siguen los otros dos en proindivisión. Si T. C., S. y M. son copropietarios de las fincas X y Z—pueden quedar dos con una finca y dos con otra—. Examínense los tres ejemplos y se verá que concurren tres partes en el primero, dos en el segundo y dos en el tercero, determinadas por la contraposición de intereses. Es suficiente, pues, para que haya partición que un grupo reciba algo de que los otros quedan excluídos.

2. La doctrina romanista distingue dos tipos de división: la *natural*, si se adjudican bienes a todos, y la *civil*, si algunos vienen pagados en dinero o si se vende la cosa y se distribuye el precio. El autor rechaza esta distinción porque, en el último supuesto se reemplaza la cosa por el precio, y en la hipótesis de separación, por dinero, de uno o varios, hay una compraventa. De aquí que concluya esta discusión afirmando que sólo se puede hablar de división cuando cada copartícipe

reciba una cantidad de bienes comunes a cambio de su cuota abstracta. Si uno de ellos recibe dinero y los otros bienes separados, existe pluralidad de negocios: venta y división.

3. La cantidad de bienes o el valor a que, una vez hecho el reparto, se tiene derecho, no es igual precisamente al valor de la cuota. En realidad, la cuota vale menos que la fracción correspondiente del precio de la cosa, porque la indivisión provoca una depreciación; pero si yo no puedo obtener, por la cesión de mi cuarta parte, 2.500 pesetas, a pesar de que el conjunto de los bienes se eleva a 10.000 pesetas, en cambio, al realizarse la partición recibiré aquella cantidad. Ahora que si los copropietarios se empeñan en dividir una cosa con desmerecimiento notable, se dará el caso inverso. La justicia de la solución está, pues, en atribuir a cada uno de los copropietarios valores que se hallen en la proporción de las respectivas cuotas: si tengo un tercio, y mi copartícipe el resto, debo recibir la mitad de lo que él reciba (esto es muy importante para calcular la lesión).

4. Por lo tanto, con el contrato estudiado las partes ponen fin a la indivisión mediante la adjudicación a cada una de la cantidad de bienes comunes proporcionada a su cuota. Es necesario que concurran todos los copropietarios, porque si solamente dos de éstos convienen en cambiar sus partes sobre distintos bienes, no hay partición, falta la concentración de derechos.

5. Tampoco cabe confundir la partición con la transacción. En la comunión las partes están especificadas, y en la transacción se arranca de la incertidumbre de los derechos. Casos habrá en que se discuta si una persona tiene la cualidad de heredero o puede reclamar cierta cuota. ¿Será entonces un contrato mixto, compenetrado o entrelazado? Parece una transacción a secas, excepto que se transija primero, y luego se divida, enlazando ambos actos.

6. Poco estudiados están los casos de igualación con moneda o valores no comunes. *a)* T. y C. poseen cinco fincas, se adjudican dos a cada uno, y por la quinta T. abona 2.500 pesetas. Hay dos contratos: partición y venta de cuota. *b)* T. y C. son propietarios de dos bienes que valen 100 y 300, por mitad, y T. vende una cuarta parte a C. Después reparten las fincas, adjudicando a T. la de menor valor, y a C. la otra. Hay venta y división. *c)* Si en este último caso se distribuyen los bienes, abonando 100 T. a su copartícipe, el contrato es único, pero mixto.

7. Ni en la doctrina francesa ni en la italiana se ha distinguido bien el contrato particional de los afines, ni se ha fijado con precisión el campo de aplicación del artículo 1.034 C. c. italiano, que reputa a cada heredero solo e inmediato sucesor de los bienes que componen su cuota o ha adquirido en subasta de sus coherederos, pero no de los otros bienes hereditarios, así como las relaciones del último artículo citado con el 1.039, que concede la rescisión por lesión (v. el artículo 1 074 del C. c. español). Aunque la división *civil* sea, como la *natural, declarativa,* y las dos puedan ser rescindidas por lesión, para el autor hay una profunda separación entre ambos contratos, como entre los de partición y venta o permuta de partes.

II. *Naturaleza jurídica del contrato de partición.*—8. Puede ser estudiada con referencia a una legislación determinada o atendiendo a la intención empírica de las partes. Sobre ésta y los principios de la lógica desenvuelve el autor su trabajo, para establecer después la verdadera naturaleza *jure condito*.

9. Muchos juristas sostienen que el negocio es idéntico a la permuta. En el mismo Derecho romano se emplean frases como las de *permutatio rerum, quasi permutatio,* y se aproxima la división (natural o civil) a la compraventa. En eruditas notas, Deiana repasa los textos de los glosadores y romanistas, que afirman "divisio est similis permutatione", "sed et permutatio ipsa emptioni vicina esse". Si T. y C. son copropietarios de dos fincas y las distribuyen, quedándose cada uno con una, el resultado es igual al obtenido con una permuta de las cuotas respectivas. Veamos las objeciones contra esta apreciación: *a)* La permuta es libre; la división, forzosa (art. 400 del C. c. español). Sin embargo, el *contrato* es tan voluntario en un caso como en otro. *b)* La rescisión por lesión no se da en la permuta. (Este argumento es de más fuerza en el Derecho español que en el italiano, porque el art. 1.039 de aquel Código decía: aunque el acto fuese calificado de venta, permuta, transacción) *c)* El permutante adquiere algo que no le pertenecía; el copartícipe, lo que ya tenía con otros. Pero el copartícipe adquiere exclusivamente para sí y pierde lo que gozaba parcialmente: hay, pues, adquisición y pérdida, como en la permuta. *d)* La división separa lo que estaba confundido. "Pero—replica el autor—precisa sobre unos bienes mi cuota y me hace perder el derecho sobre otros." *e)* "No hay adquisición nueva—dice Koch—por sucesión particular, sino consolidación por derecho de acrecer." Aquí se parte de una idea especial del

condominio: el copartícipe tiene un derecho sobre toda la cosa, limitado solamente por el derecho de sus compañeros que se retiran. "¿Cómo se distingue entonces—arguye Deiana—la limitación de un tercio de la limitación de dos tercios, si yo adquiero el derecho de uno de mis condominios?" *f)* Perozzi enseña que por la división se pasa desde un estado de proindivisión (que no es propiedad) a un estado de propiedad excluyente. Pero esta propiedad *ex novo*, por ejemplo, en el caso de donación, surge también en el caso de permuta. *g)* Luzzato ve en la división la transformación de la propiedad única de un ente colectivo en propiedades independientes de los copartícipes. Se ignora si el acto es una especie de testamento de la colectividad o un contrato entre ella y sus miembros. *h)* Según Lammfromm, los condóminos se despojan de sus bienes y los transfieren a una "masa divisoria", y esta entidad los vuelve a distribuir en plena propiedad a los copartícipes. Pero, aunque los romanos empleasen la palabra *adjudicatio*, no está claro si en ella comprendían también la cuota propia o sólo las ajenas. La creación de la masa es una ficción inútil, y los argumentos de Lammfromm, fundados en que la división es un contrato sinalagmático, pero no *de cambio*, porque no hay valores independientes ni oposición de intereses, se halla muy lejos de los conflictos particionales que la vida presenta.

10. Para el autor, que niega la asimilación de la división a la permuta, las razones principales son: *a)* En la permuta hay dos partes; en la división puede haber muchas. Aun en el supuesto de ser dos los que forman la comunidad, su separación no va dirigida a adquirir la cuota ajena, sino el reparto de los bienes (obteniendo del otro y reteniendo lo suyo). Supóngase que la mitad de una o de dos fincas no es de mi copartícipe, y se verán las consecuencias distintas de la permuta. Las dos partes arrancamos del supuesto de copropiedad y no vamos a crear obligaciones de transferencia. Ni aun valdría la asimilación, asegurando que la partición es una permuta bajo condición de existir la copropiedad, porque así se disloca la intención y la voluntad. Al disolver la comunidad y reclamar la porción de bienes equivalente a la que lleva nuestro compañero de igual cuota, o al impugnar el contrato por lesión, tenemos presente el valor de aquéllos, no el de las cuotas permutadas. Por ejemplo: si T. y G. se distribuyen, dándoles igual valor (4.000 pesetas), dos fincas que valen, respectivamente 3.000 y 5.000, ¿podría alegar la lesión en más de 1/4 el perjudicado, porque había permutado un valor de 1.500 pesetas por otro de 2.500? No,

puesto que recibió 3.000 en vez de 4.000 (la mitad de 8.000, valor total). La diferencia de trato aparece también cuando se incluyen por error en la masa partible bienes de uno de los comuneros. El autor discute con gran profundidad la solución que dan algunas legislaciones (el dueño reivindica y responde por evicción: véase el art. 1.039 del Código civil español), y llega a la conclusión de que cuando erróneamente se proceda a la división de bienes ajenos en su totalidad, el contrato no sólo carecerá de efectos reales, sino también de los obligatorios; mientras que en el caso de que alguno de los adjudicados no sea común, el legislador obliga a los favorecidos por el aumento de su lote a indemnizar al perjudicado por la evicción. Por eso aquí no funciona el principio "quem de evictione tenet actio, eundèm repellit exceptio", ni se responde del *lucrum cessans*, como en la venta o en la permuta: ni hay obligación de defender o no molestar al copartícipe adquirente; ni el valor de las cosas, dividido en proporción a la cuota, se estima igual al valor de la cuota. Lammfromm todavía intenta, sin grandes fundamentos, separar a la permuta de la división autorizando en la primera el chalaneo *(dolus bonus)* y centrando la segunda sobre el valor de la masa para los efectos de computar el error.

11. Pugliati, partiendo de que varios copartícipes pueden tratar por parejas y obtener el mismo resultado, admite que el negocio de partición es plurilateral (como las sociedades, fusiones, consorcios, asociaciones), y aunque Deiana no niega, como Messineo y Maiorca, la posibilidad de un contrato con más de dos partes, no quiere escindir la *unicidad* del acto en una serie de declaraciones que formal o sustancialmente no son permutas aisladas, sino declaraciones de objeto idéntico (repartir los bienes).

12. *Características comunes* o generales: a) *Es un contrato de enajenación.* De mi cuota en los bienes asignados a los otros. ¿O me limito a renunciar? Esta finalidad negativa no da idea de mi intención de atribuir mi parte al otro comunero. b) *Con eficacia real u obligatoria.* Según el Derecho romano y el alemán, negocio obligacional, y real, según el C. c. italiano (v. 1.068 del C. c. español). c) *A título oneroso*, aun para los que sostienen su naturaleza declarativa. d) *Sinalagmático.* ¿Cómo se concilia con la obligación de dividir? (art. 400 del Código civil español). Mediante un derecho potestativo de exigir la partición y una obligación de hacer (prestar el consentimiento). e) *El contrato no es de cambio.* Esta nota no contradice la anterior, porque

hay contratos sinalagmáticos de cambio y de otra especie (sociedad). En los sinalagmáticos se asume la obligación, porque los demás contraen otra, y en los de cambio se requiere, además, la equivalencia del valor de las prestaciones. Como característica que el contrato de partición puede presentar, está la de *plurilateralidad,* confundida por muchos con la disciplina de los contratos asociativos.

13. Sin embargo, el artículo 1.334 del C. c. italiano y la doctrina sostienen que la división es declarativa y retroactiva: es decir, determina derechos ya existentes. Las teorías que tratan de explicar este precepto forman en dos grupos: unas se fundan en la naturaleza de condominio; otras, en los efectos de la partición.

14. *a)* Planiol afirma que los copropietarios son dueños bajo condición suspensiva, y al cumplirse la condición resultan sucesores en los bienes que les tocan, no en los otros. Pero así queda el patrimonio sin sujeto actual. *b)* Aubry y Rau sostienen que la condición es resolutoria. Aquí no hay ninguna propiedad bajo condición suspensiva; se admiten muchos propietarios de la misma cosa y habría que aplicar el juego a las donaciones o renuncias. ¿Y cómo la *resolución* por sí sola atribuye la propiedad a otro? *c)* Demolombe admite la concurrencia de las dos condiciones. Pero, durante el estado de proindivisión, ¿quién sabe los bienes que serán de él o de los otros? Y si recaen sobre todos los bienes ambas condiciones, cada propietario lo será pura y simplemente. *d)* Zachariae y Kohler ven en el artículo 883 del Código Napoleón (1.034 C. c. italiano) una repercusión de la copropiedad en mancomún, *Gesamteigentum,* cosa poco probable.

15. Entre los autores que apoyan el efecto declarativo en la naturaleza del contrato de partición se encuentran: *e)* Coviello, según el cual la partición hace efectivas las partes ideales preexistentes, determinándolas en concreto. Esto equivale a decir que no hay cambio de derecho o que sólo ha cambiado el objeto. Pero ¿no pierdo mi derecho sobre los bienes que pasan a los otros, como ellos los que tenían sobre los que adquiero? *f)* Beudant se inclina a conceder a la división un efecto mixto *(liquidativo)* que declara al mismo tiempo que transfiere. Para no oscurecer la materia, habría que referir el único efecto traslativo a la cuota, no a bienes *físicos.* (V. art. 450 C. c. esp.)

16. Laurent, Baudry , la mayoría de los autores, sostienen la teoría de la ficción, pero el campo en que ésta funciona (hipoteca, artículo 399 del C. c. español; usucapión, retracto, inscripción, bienes

conyugales) es muy discutido. "Cada heredero es considerado solo e inmediato sucesor en todos los bienes que compongan su cuota , y se reputa que no ha tenido nunca la propiedad de los otros bienes hereditarios", según los términos legales, y de aquí debe obtenerse la solución.

17. - Por último, el autor examina el contrato desde el punto de vista adoptado por el C. c. italiano y llega a declarar que los precedentes anteriores al Código de Napoleón son escasos, que las normas positivas se prestan a distintas interpretaciones y que no se sabe con precisión qué clase de contrato ha tenido presente el legislador cuando habla de partición.

IGNACIO MARÍA DE LOJENDIO.—*El derecho de revolución*.—Madrid, Editorial *Revista de Derecho Privado*, 1941, págs 183.

Tanto el autor como la Editorial de la obra que tenemos a la vista, merecen elogios: el primero por haberse dedicado a la difícil y desinteresada tarea de brindarnos un libro original; la segunda, por haberse atrevido a abandonar la literatura de Explicaciones de asignaturas y de Contestaciones a programas, y también la de las traducciones, no siempre útiles. Pero nuestras alabanzas no paran aquí. El libro es original en el sentido positivo de la palabra; y es, además, constructivo, calidad ésta demasiado rara desde que se abandonó en nuestra Patria la disciplina lógica de los escolásticos (tan feraz y de tanta enjundia en las grandes obras del primer neoescolasticismo, como, por ejemplo, en las de Suárez), para sustituirla poco a poco por la licencia incoherente y melodramática del peor periodismo.

Ahora bien; el libro de Lojendio consta de un capítulo preliminar, cuya construcción no es tan acabada como la de los capítulos siguientes; y que trata de "la realidad y del teoricismo político". En este capítulo fusiona el autor los conceptos de la tradición y de la evolución, concibiendo la última como "el depurativo de la tradición" (pág. 29). Los hechos evolucionan fatalmente desde el punto de vista *físico;* pero interviniendo nosotros libremente en ellos, enfocándose el problema desde un punto de partida *moral*. La evolución se realiza en forma cíclica. Pero este ciclo no implica un proceso de retorno. La idea de "fin" nos salva de todo círculo vicioso. La tradición es, finalmente, la constante vigorosa y fértil de toda evolución (pág. 30). No queremos dejar de advertir que la consideración de

un objeto desde dos puntos de vista se asemeja mucho a la célebre teoría de la "doble verdad", aunque nadie menos que Kant se complazca en aplicar este método con mucha frecuencia. Tampoco nos parece empresa fácil exponer una evolución cíclica sin llegar al "eterno retorno".

Después de la "overtura" empieza el propio libro, que consta de tres capítulos: 1.º Elaboración del derecho de revolución en la Historia; 2.º Filosofía natural de la revolución; 3.º Definición jurídica del derecho de revolución.

El capítulo histórico nos ofrece mucho material. Lojendio expone las diferentes doctrinas según el orden temporal en que sus autores se sucedían en la Historia (Historia cronológica). Algunas veces—y creemos encontrarnos en el supuesto—resulta de más provecho exponer las diferentes doctrinas y agrupar a los autores según defienden una u otra teoría (Historia sistemática). Entonces hubiera descollado con toda claridad, que a pesar de los muchos nombres ilustres, son pocas las opiniones mantenidas. Casi todos los autores distinguen el auténtico gobernante del tirano. Un gobernante puede ser tirano en atención al origen de su gobierno o en atención a la manera de ejercitarlo. Un tirano es tirano por razón del ejercicio del gobierno, si antepone su propio bien al bien común. Algunos autores admiten el tiranicidio, mientras que otros lo condenan. No carecería de interés el investigar las bases sociológicas de esta diversidad de opiniones. Juan de Mariana (1536 a 1623) justifica el tiranicidio, refiriéndose a Enrique IV de Francia; Ginés de Sepúlveda (1490 a 1570) le rechaza, pensando probablemente en los enemigos del gran Rey español Felipe II. Los filósofos que juzgan el tiranicidio justo se separan a su vez al fijar las causas que lo justifican y en los modos "legales" de practicarle. Respecto al primer punto, un grupo de teólogos cree que sólo los ataques del tirano contra la Religión autorizan para matarle. Respecto al segundo punto, la discusión gira, por ejemplo, en torno de la licitud del empleo de veneno. La tiranía puede afectar cualquier clase de gobierno. Este principio reside ya en la teoría aristotélica de la posible degeneración de las tres clases de gobierno. También la expresa vigorosamente San Agustín: " . pero si el pueblo mismo llega a corromperse de suerte que posponga el común interés a la utilidad particular; si vende su juicio, y corrompido por los ambiciosos del honor entrega su poder a gentes malvadas y criminales, ¿no será cierto que

si en tales circunstancias surgiera un hombre recto y poderoso, éste debería despojar a aquel pueblo de la facultad de distribuir los honores y concentrar ese derecho en las manos de algunos varones justos, o bien de uno solo?" (págs. 51, 52). Lojendio expone la actitud vacilante de Lutero en la cuestión de la resistencia al tirano (págs. 79, 80). Causa verdadero asombro que el mismo hombre que se rebeló contra el Vicario de Dios sobre la tierra exigía, al menos en cierta época de su vida, que se prestara obediencia ciega al Poder terrenal.

El segundo capítulo esboza la filosofía natural de la revolución. Consta de tres secciones: 1.ª El pricipio del "commune temporale bonum" y el problema teleológico del Estado. 2.ª La Ley de la continuidad histórica; 3.ª El principio de la personalidad nacional. En la primera sección trata el autor del fin del Estado. "Hay una etapa elemental que fija al Estado un fin de obligación. Es el aseguro de la vida, que ha sido arbitrado en la técnica política mediante un lenguaje contractual de derechos y deberes recíprocos. Son el derecho al pan, a la libertad, al trabajo, a la patria y a la familia. Pero una vez lograda su garantía, no se puede negar al Estado la ambición de una mejora sin límites; sin más límites que el respeto de la vida nacional ajena. De este modo la teoría de los fines del Estado se dilata de acuerdo con un desarrollo pragmático cuyo solo principio posible es el de Laski: "El fin del Estado se personifica en su voluntad" (pág. 103). La doctrina de Lojendio revela en este aspecto teleológico, sin duda alguna, cierto matiz liberal, puesto que establece tanto en la relación: individuo-Estado, como en las relaciones entre los diversos Estados, derechos intangibles: derecho al pan, a la libertad, etc., por un lado, y derecho a ser respetado por los demás, por el otro lado. A continuación proclama Lojendio el principio de la "sumision orgánica del Estado al fin" (págs. 104 y sigs.). Si el Poder olvida este deber de sumisión, la revolución es una vía natural de readaptación al fin (página 108). En la segunda sección se ocupa el autor extensamente de la ley de la continuidad histórica (págs. 109 y sigs.). Lojendio distingue en la historia de los pueblos una época de juventud, otra de madurez y una última de decadencia, que a su vez es relevada por un nuevo resurgimiento. Durante la juventud se producen revoluciones de crecimiento. En las épocas de tránsito, en cambio., por ejemplo en la, que conduce a un pueblo de la decadencia al nuevo rejuvenecimiento, se llevan a cabo revoluciones de readaptación a la realidad. La concep-

ción antropomórfica, de sabor spengleriano, se presta desde luego a serias objeciones. Sin embargo, opinamos que el distingo entre revoluciones de crecimiento y otras de readaptación, sin agotar la materia, es de indudable utilidad cognitiva. No hubiera estado de más ilustrar la materia mediante ejemplos históricos. En el curso de sus investigaciones proclama Lojendio su fe en la inmortalidad de los pueblos (página 118). En el fondo, se trata de un problema de identidad. ¿Viven realmente todavía los babilonios, los asirios, los incas, los godos, etc.? En la tercera sección, Lojendio aborda el principio de la personalidad nacional (págs. 120 y sigs.), subdividiéndola en la idea de nación, los fundamentos de la personalidad colectiva y la teoría de los derechos nacionales.

El último capítulo se titula: "Definición jurídica de revolución" (páginas 137 y sigs.). La estructura conceptual de este capítulo es la siguiente: I. Teoría de la legalidad: 1) El orden jurídico y político; 2) La legitimidad del poder; 3) Teoría de la ley; 4) La caducidad de la ley. II. Los elementos de la relación jurídica de revolución: 1) Los hechos condicionantes; 2) El titular; 3) La conjunción dinámica; 4) Vías y recursos revolucionarios. III. Conclusión: Concepto de la revolución justa. Llamamos la atención sobre las interesantes exposiciones referentes a la caducidad de la ley (págs. 163 y sigs.). La caducidad de una ley puede ser la consecuencia de un cambio total en el conjunto o las cualidades de las situaciones positivas. La caducidad lleva consigo la de aquellas reglas de derecho que de ella deriven; y así llegamos al caso de la caducidad de un orden jurídico total. El autor dota, por lo tanto, todas las leyes de la "clausula rebus sic stantibus", inspirado, como en todo su libro, del afán de hermanar el mundo de las normas con la realidad fluctuante. Desde este punto de vista debe reconocerse desde luego la fuerza derogatoria de la costumbre "contra legem". El autor no intenta deslindar los diferentes fenómenos del golpe de Estado, de la revolución y del cambio constitucional con carácter revolucionario. Respecto a este último punto, debe traerse a colación la conocida doctrina de Carl Schmitt, Verfassugslehre (1928) sobre los límites de la facultad de modificar la Constitución (págs. 102, 103): "La facultad de modificar la Constitución contiene sólo la autorización para modificar, completar o borrar disposiciones constitucionales, conservándose la Constitución. Modificar la Constitución no quiere decir destruirla." Sólo el esclareci-

miento de estos conceptos podría orientarnos en la realidad política. Piénsese, por ejemplo, en sucesos tan interesantes como la abolición del Estado de partidos en el Japón desde el año pasado, bajo la dirección del Príncipe Konoye (v. Otto Koellreutter, "Der neue Verfassungswandel in Japan", en *Deutsches Recht,* 1941, páginas 233 a 235).

Al final citamos las siguientes palabras de Ahrens (Curso completo de Derecho Natural, Madrid, 1864, pág. 185): "Dos pueblos hay que se han engrandecido por el respeto que han tributado a las formas del Derecho: el pueblo romano en la antigüedad, hasta las guerras civiles, y el pueblo inglés en los tiempos modernos. Los pueblos de la América Central, por el contrario: presentan un ejemplo terrible de la desmoralización social que producen las revoluciones incesantemente reproducidas. Es cierto que parece no hallarse en el destino de los pueblos el poder marchar por la vía del progreso sin las violentas sacudidas de una revolución, pues algunas veces es preciso remover los obstáculos que las instituciones añejas e inveteradas oponen a todo adelanto. Pero una revolución viene siempre acompañada de grandes males; una marcha lenta y tranquila, aunque sembrada de escollos para el ejercicio de la voluntad, es preferible a un trastorno que relaja todos los resortes morales y políticos. Si, pues, la revolución se presenta a veces como una excepción inevitable y dolorosa, el espíritu revolucionario que eleva este hecho a la categoría de un principio y hace de él una regla, es uno de los más crueles azotes de la civilización. No hay en el derecho público más que un principio tutelar, égida del derecho mismo, y es que *todo derecho debe ser también realizado en la forma del derecho,* que lo que es justo debe revestirse de las formas de la justicia."

El arrendamiento de fincas urbanas en Alemania.

Los sindicatos de caseros y de arrendatarios han establecido un modelo de contrato de arrendamiento. Este contrato excluye expresamente ciertas cláusulas anteriormente en boga. Enumeremos, en lo siguiente, algunas de estas clásulas desestimadas: derecho del arrendador a denunciar el contrato por razón de infracciones insignificantes (juego ruidoso de niños, omisión de declarar algo, etc.); cláusula penal por razón de

estas infracciones insignificantes; derecho del arrendatario a denunciar el contrato por razón de un retraso insignificante en el pago de la renta; exclusión completa de los derechos del arrendatario a indemnización; la declaración, hecha por el arrendatario antes de vivir en la finca arrendada, de que las habitaciones se encuentran en buen estado; prohibición de compensar el arrendatario sus obligaciones con derechos de indemnización; limitación o exclusión del derecho a denunciar el contrato en caso de muerte del arrendatario; responsabilidad del arrendatario para todo caso fortuito; derecho del arrendador a conservar, sin indemnización, las mejoras hechas por el arrendatario, etc. (Véanse detalles en Roquette, "Die "gemissbilligten Klauseln" in alten Mietverträgen", *Deutsches Recht*, 1940, págs. 2.149 y sigs.)

Una nueva Ley sobre arrendamiento de fincas rústicas en Alemania.

Después de varios conatos legislativos, cuyas fechas comienzan el 9 de junio de 1920, pasando por las del 27 de septiembre de 1932, 22 de abril de 1933, 22 de octubre de 1936 y 30 de septiembre de 1937, ha sido promulgada el 30 de julio de 1940 una nueva Ordenanza protectora de los arrendamientos de fincas rústicas, de derechos de pesca y de caza. La Ordenanza se aplica a la Alemania antigua, inclusive la cuenca del Saar, Memel, Dantzig, Eupen y Malmedy, y con modificaciones insignificantes también a Austria y los Sudetes. La protección se refiere: 1.º A la duración del contrato. Según el párrafo 3.º, puede ser declarada ineficaz una denuncia del contrato por una autoridad especial, denominada el "Pachtamt". Esta misma autoridad puede también prorrogar el contrato. Al revés, puede rescindir el contrato de arrendamiento de fincas rústicas antes de su extinción normal, por revelar el arrendatario su idoneidad. 2.º Al contenido contractual. El "Pachtamt" puede aumentar y rebajar la renta. Puede, asimismo, modificar todas aquellas partes del contrato que no posean una justificación económica. Los derechos concedidos por la Ordenanza son irrenunciables. Los fallos del "Pachtamt" conviértense en contenido contractual. El "Pachtamt" forma parte del Juzgado municipal. Consiste de un Juez municipal como presidente, y de dos asesores peritos de la agricultura, pesca o caza. Las Audiencias constituyen la segunda instancia. Dos Magistrados y tres asesores peritos resuelven sobre la queja. El procedimiento pertenece a la jurisdicción voluntaria. (Véanse más detalles en Dahmann,

"Die Reichspachtschutzordnung vom 30. Juli 1940", *Deutsches Recht*, 1941, págs. 173 y sigs.)

Proyecto de una Ley sobre agentes mediadores.

La Academia de Derecho Alemán acaba de publicar un proyecto de Ley sobre viajantes ("Entwurf eines Handelsvertretengesetzes". Aufgestellt vom Ausschuss für das Recht des Handelsstandes un der Handelsgeschäfte, Unterausschuss für das Recht der Handelsvertreter und der Handelsreisenden, vorgelegt von Prof. Nipperdey, Köln, und Prof. Rolf Dietz, Giessen, Heft. 17 der Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht, Berlin, 1940, Verlag Dunker un Humblot, ps. 194). Los párrafos 84 a 92 del Código de Comercio alemán no satisfacen ya las exigencias de justicia social. Por esta razón, al introducir la mencionada Ley en Austria y en los Sudetes, se exceptuaron los citados preceptos. Además, existía en Austria una Ley del 24 de junio de 1921, mucho más adelantada que el Código de Comercio alemán. El proyecto no reglamenta la situación de los viajantes dependientes, que pertenecen más bien al Derecho laboral. Se limita, por ende, a los viajantes independientes. Los define de la siguiente manera: "Quien, como negociante independiente, se encarga de intervenir permanentemente en la mediación de contratos, de contraerlos en nombre ajeno o de revelar ocasiones para hacer negocios, todo ello para la empresa de otra persona." El nuevo Derecho mercantil alemán ya no parte del concepto de comerciante, sino del negociante, reservando el término "comerciante" para los negociantes inscritos en el Registro Mercantil. Tampoco el representado tiene que ser comerciante, ni siquiera hace falta que tenga un negocio ya organizado. El proyecto establece preceptos especiales para agentes mediadores en el extranjero. El representado debe pagar una indemnización al agente si le merma culpablemente las posibilidades de ganar o si no le advierte culpablemente las pocas esperanzas de ganar que existen; este derecho es irrenunciable para el viajante. El agente tiene un derecho de retención frente a las cosas del representado, en garantía de sus pretensiones, derecho de retención también irrenunciable. (Véanse detalles en Kersting, "Entwurf eines Handelsvertratergesetzes", *Deutsches Recht*, 1941, págs. 186, 187.)

LA REDACCIÓN.

MARIANO PUIGDOLLERS (Catedrático de Filosofía del Derecho mariano): *La Filosofía española de Luis Vives.*

De vez en vez se publicaba antes en España alguna obra representativa de un avance trascendental en la Historia o en la Filosofía, que hizo, después, casi desaparecer la guerra, de cuya terminación acabamos de celebrar el segundo aniversario.

Por eso hoy, al editarse la obra del Profesor Puigdollers sobre *La Filosofía española de Luis Vives*, se explica que la crítica periodística y los estudiosos griten gozosos ante el trabajo del Catedrático de la Central, que representa un gran avance para el conocimiento del humanista valenciano; de que el Dr. Yela, en su *Historia de la civilización española*, califica de "astro de primera magnitud en el terreno de la Filosofía, no sólo española, sino mundial".

Esta obra de laboratorio, ejemplarmente escrupulosa, es fruto de una labor ímproba durante seis años, de rebusca y selección de testimonios documentales, germen de monografías que en su día perfilarán el panorama de la obra ingente del gran humanista, del que dijo Juan Pablo Forner en 1786: "¡Oh fatal suerte de los talentos, tinieblas vergonzosas con que el descuido y la ingratitud oscurecen la memoria de los que más sirven al género humano! ¿Por qué mi España, mi sabia España, no ostenta en la capital de su Monarquía estatuas, obeliscos eternos que recuerden sin intermisión el nombre de este ilustre reformador de la sabiduría?"

Y más adelante añadía: "Vives perfeccionó al hombre, demostró los errores del saber en su mismo origen, redujo la razón a sus límites, manifestó a los sabios lo que no eran y lo que debían ser. Cuando sean más leídas sus obras; cuando más cultivadas las innumerables semillas que esparció en el universal círculo de las ciencias; cuando más observadas las nuevas verdades que en grande número aparecen en sus discursos, los innumerables desengaños con que reprimió los vagos vuelos e intrépida lozanía de la mente y la facilidad de adoptar por verdad lo que no lo es, entonces confesará Europa que no el amor de la Patria, sino la razón, me hace ver en Vives una gloriosa superioridad sobre todos los sabios de todos los siglos."

Encuentro en el trabajo del Sr. Puigdollers un capítulo de gran

importancia para el jurista: es el VI, referente al "Humanismo y la Jurisprudencia"; sobre él llamamos la atención a nuestros lectores, y para despertar su interés nos vamos a permitir copiar los siguientes párrafos:

"Si las leyes—como decían Solón y Catón—son como telas de araña, donde presos quedan animales pequeños, como moscas y mosquitos, pero los mayores, como los perros y los caballos, rota la tenue trama, huyen sin daño, no es por defecto de ellas, sino de los Jueces que las aplican.

"Un pueblo no puede subsistir sin buenos Jueces que hagan recta justicia; mas para ello "han de mostrarse graves, incorruptos, severos, inadulables, castos, templados y prudentes; a quienes ni doblará la gracia, ni quebrantará el temor humano; estarán libres del odio, de la amistad, de la ira y de la benevolencia; no padecerán nunca el deseo de riquezas, ni se dejarán atacar con lanzas de plata".

"De donde la misión del Juez no puede quedar reducida a la simple aplicación del Derecho vigente, "pues hay muchas cosas sobre las que el legislador no puede mandar, *pero el Juez, que representa y mantiene la personalidad de las leyes, las examinará y adaptará a la Ley como exige la naturaleza del asunto de que se trata,* a la manera como lo hizo el operario de Lesbos con aquella su regla de plomo, la cual, como hecha de lámina de metal maleable, se adaptaba fácilmente a la forma de cualquier construcción; y no ha de querer seguir siempre el estricto derecho, que muchísimas veces es la suma injuria, sino que *habrá de acomodarse a la misma norma de la Naturaleza,* conforme a la cual todas las leyes han sido hechas, dirigidas y formadas."

Y añade a continuación el ilustre maestro: "Esta doctrina tan moderna de la interpretación de la norma nos recuerda mucho el sistema del arbitrio judicial en la moderna elaboración *del Derecho* justo del, hasta hace poco, Profesor de Filosofía del Derecho, de Berlín, Rodolfo Stammler."

Pero no son menos interesantes, para toda persona que se precie de saborear buenas lecturas a través de un castellano clásico, los restantes capítulos de la obra, menos jurídicos, desde luego, pero seguramente más sabrosos en su contenido, por estar dedicados a estudiar con gran amor y cariño la vida del insigne humanista, desde su nacimiento, en Valencia, el 6 de marzo de 1492, hasta su muerte, en Brujas, el 6 de mayo de 1540; sin olvidar en ningún momento el examen crí-

tico de sus obras a la luz de la Filosofía genuinamente cristiana y española.

Alcanza la obra, en algunos de sus capítulos, gran belleza constructiva, cual es el dedicado a dilucidar la grave cuestión sobre la ortodoxia de la doctrina católica vivista, en el que se prueba con los propios textos de los *Comentarios* que no sólo era profundamente piadoso Vives, sino que, fundadamente, cree el Profesor de la Central "que la mente soberana de Juan Luis ni un solo momento se vió ofuscada por la duda en materias de Fe".

En resumen: la obra de Puigdollers es de un gran valor, no sólo para el filósofo y el jurista, sino también para todos los amantes de las glorias patrias, y es natural la impaciencia del gran público en conocerla, ante el retraso de la publicación que de ella se anuncia, ya que sólo ha visto la luz la breve edición de la Junta del Centenario de Luis Vives, hecha en las prensas de la Editorial Labor.

FEVISA.