

REVISTA CRITICA  
DE  
**DERECHO INMOBILIARIO**

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO  
Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

---

Año XIX

Noviembre de 1943

Núm. 186

---

## Sobre Crédito Agrícola

La convocatoria aparecida en el *Boletín Oficial del Estado* del día 18 de octubre actual recabando la pública información sobre materia tan interesante y trascendental como es el crédito agrícola, imponen al que suscribe el deber de aportar al superior conocimiento unas breves consideraciones, modestos frutos de reflexiones y experiencias. Suele ser achaque de esta convocatoria la inhibición de las intelectualidades más valiosas y, sobre todo, de aquellos elementos que por su contacto con la vida rural, más aptos resultan para llevar a las altas comisiones las auténticas palpitaciones calientes de la vida diaria, que no tienen como escenario las ciudades burocráticas, sino los campos llenos de angustias y esperanzas.

Y es tan interesante el tema, de tan insospechadas repercusiones en el desarrollo y porvenir de la agricultura nacional—la maltratada madre de todas las riquezas del país—, que bien pudieramos correr el riesgo de no ser escuchados—por no merecerlo—si es reconocida la lealtad de un desinteresado propósito no consagrado por el acierto. Este es el motivo de las líneas que seguirán.

Entendiendo que los informes recabados deben ser esquemáticos, con inclusión en pocas líneas de la mayor densidad de ideas susceptibles de más detenido y amplio desarrollo, con premeditado silencio de disquisiciones doctrinales, históricas o eruditas, comprimiremos nuestro pensamiento en las directrices generales imprescindibles para una buena organización del crédito agrícola, haciendo notar para la normal com-

prensión de las que exponemos que éste no puede simplistamente concebirse como algo independiente, sino que su éxito depende de acometer resueltamente aspectos adherentes con otras materias, sin cuya simultánea resolución sólo pueden conseguirse fórmulas fracasables en el espacio y en el tiempo.

#### ÓRGANOS DE SEGURIDAD

Si el crédito agrícola se funda sobre esta propiedad, nada más lógico que exigir para ella aquellas garantías absolutas de legitimación, publicidad, seguridad en su adquisición, transmisión y gravamen; agilidad, certeza física y jurídica para los que sobre ella trafiquen. Y ello no por un anticuado concepto romano de la propiedad, sino influida decisivamente por un interés público y estatal.

Organo primordial de tal seguridad es el Registro de la Propiedad, y en aspecto coadyuvante, el Catastro, siempre que éste no sea mirado exclusivamente como instrumento fiscal. Es necesario robustecer el Registro de la Propiedad llevando a sus libros toda la propiedad, dando a la inscripción efectos constitutivos no limitados a tercero; de modo de adquirir eficaz frente a todos, y acabar con la dualidad de una propiedad amparada con todo el aparato protector de la Ley Hipotecaria y aquella otra que vive miserablemente en la clandestinidad, inapta para todo crédito. El acceso de la propiedad al Registro puede lograrse con medios sencillos, económicos y auténticos que identifiquen la verdad real con la verdad jurídica, haciendo imposible su ulterior divorcio, con cierre de todo resquicio a la mala fe. La colaboración con el Catastro elevaría al máximo la coincidencia entre la fisonomía jurídica y la física. Debería unirse al título de adquisición, o por lo menos a los pretendientes de crédito, el croquis de la finca coincidente con su descripción jurídica; rectificándose de oficio las diferencias existentes siempre que no las afectara fundamentalmente, croquis que se archivaría en el Registro. Este organismo es, pues, la base de todo crédito.

Como la pequeña propiedad, tal vez la más necesitada de protección crediticia, presenta complejísimos problemas de no fácil solución, habría que afrontarlos por ser decisivos en toda Reforma Agraria. Me remito a mi trabajo "Nuevas aspiraciones del Derecho Rural" inserto en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO núm. 136, correspondiente a abril de 1936.

## ÓRGANOS DE CRÉDITO

En materia de crédito agrícola es rechazable toda iniciativa privada. Esta sólo persigue fines especulativos y rentísticos en absoluto descañtables. En la prosperidad agrícola, a más del interés particular, existe como hemos visto, el interés público. Por tanto, sólo el Estado debe ser el órgano adecuado de crédito agrícola, concibiéndolo como órgano de prosperidad y auxilio a la tierra y al propietario como agricultor, concepto diametralmente opuesto al de un Banco Hipotecario planteado como negocio de Bolsa, sin la menor ventaja para el prestatario y menos aún para el campo. Las modernas orientaciones se alejan tanto de este sentido de especulación y renta como del propietario inhibido o ausente.

Se creará un Banco Nacional de crédito agrícola con sucursales en las capitales de provincia y agencias en las cabezas de partido.

Su Consejo Nacional estará integrado por representaciones del Ministerio de Agricultura, Hacienda, Sindicatos o Hermandades, Colegio de Registradores y Banca Oficial y Privada, representación que se reflejará también en los Consejos Provinciales.

Los cargos de Consejeros serán gratuitos y honoríficos.

Las Agencias se limitarán a tramitar las peticiones de crédito y estarán a cargo de las Hermandades de Labradores.

El capital del Banco se nutrirá de una primera aportación por el Estado de 100 millones de pesetas, incrementados en otros 25 en cada presupuesto. Formarán también parte de él las cuotas actualmente pagadas por plagas del campo y Cámaras Agrícolas, que después de la creación de los Sindicatos y Hermandades han perdido su razón de existencia.

Los préstamos no podrán exceder en su cuantía de las dos terceras partes del valor catastrado a las fincas que lo garanticen, y su interés no será superior al 3 por 100 anual, incluídos todos los recargos por otros servicios.

Podrán concederse por un plazo máximo de diez años, reintegrable total o parcialmente en dinero o especie, a los precios oficiales y mediante un cuadro de amortización anual.

El prestatario podrá pedir el adelanto de los gastos ocasionados por la legalización e inscripción de sus títulos, los que serán también amortizados en la misma forma y plazo que el capital.

Los préstamos sólo podrán concederse para necesidades relacionadas con los cultivos o mejoras de las fincas o en caso de calamidades extraordinarias.

Gozarán de preferencia:

- a) La conversión de secanos en regadíos, alumbramientos de aguas, desecación, etc.
- b) Implantación de cultivos de interés nacional.
- c) Compra de semillas, maquinarias, aperos, fertilizantes, etc.
- d) Embellecimiento e higiene de la vivienda rural
- e) Cancelación de cargas y liberación de gravámenes.
- f) Adquisición o retracto de parcelas colindantes para formar unidades de cultivo con un mínimo de hectáreas en secano y regadio, y para adquisición de huertos familiares.

A cada prestatario se le abrirá una cuenta corriente representada por tantos bonos o cédulas por cuantas sean las fracciones de 500 pesetas en que se divida el préstamo, pudiendo retirar el valor de estos bonos mediante su entrega al Banco, según sus necesidades. Pagará interés solamente por las cantidades retiradas.

Concertado un préstamo, se hará constar así en la certificación firmada por el Director y Consejero Delegado del Banco, que se remitirá por correo al Registro correspondiente, en unión de la certificación expedida por éste, y para su inscripción, siempre que no hubiese obstáculos derivados de la Ley. Hecha constar la conformidad del Banco y del prestatario, con los demás pormenores del préstamo, fincas afectadas, etc., se pondrá nota marginal en el registro de cada finca, y otra sucinta que comprenda la responsabilidad e indicaciones de registro con la firma y sello del Registrador en los bonos expedidos y que será devuelta por correo al Banco o Sucursal para su ulterior negociación.

Se empleará papel de última clase y estarán exentos estos préstamos de los impuestos del Timbre, Derechos reales y Utilidades. Los Registradores devengarán el 50 por 100 de los honorarios correspondientes.

Los bonos no serán negociables fuera de la entidad emisora y no podrán embargarse por obligaciones que no procedan directa e inmediatamente de aquellas para lo que fueron constituidas.

Bastará para su cancelación en el Registro certificación del Banco en que se haga constar el pago parcial o total de la deuda.

La ejecución en caso de impago se llevará a cabo por el procedimiento establecido para las hipotecas, con rebaja de un 50 por 100 en los aranceles.

#### ÓRGANOS DE INFORMACIÓN Y AUXILIO

Se limitará el intervencionismo del Estado en la producción agrícola estrictamente a las cuestiones de influencia en la balanza de pagos.

Anejos al Banco se crearán organismos de inspección y cultura agraria difundidos y eficaces; centros de información agronómica y jurídica gratuitos; de estudios propios para la preparación en su día de cuantas reformas se relacionen con la propiedad en sus aspectos agronómicos, jurídicos y sociales.

R. GÓMEZ PAVÓN.

Registrador de la Propiedad

## Interpretación verdadera del párrafo segundo, del artículo 17, de la Ley de 5 de noviembre de 1940.

Con cierta curiosidad hemos leído el artículo inserto en el número correspondiente al mes de julio de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO titulado por el autor en la siguiente forma: "Interpretación verdadera del párrafo 2.<sup>º</sup> del art. 17 de la Ley de 5 de noviembre de 1940".

Como da la circunstancia de que el tal artículo es simple reflejo, compendiado e impersonalizado, de un escrito judicial formulado por el Letrado opinante ante un Juzgado de Primera Instancia, en el que propugna y suplica la estimación de una singular tesis que, ya por anticipado y en este artículo o estudio califica de verdadera, muévenos su lectura—aparte de dejar destacada la precipitación de estampar unilateralmente marchamos de ortodoxia, cuando la declaración de ésta no ha sido obtenida mediante la correspondiente sentencia—a consignar modestamente, porque la autoridad del compañero así lo aconseja y la situación *sub judice* de la cuestión lo impone, algunas reflexiones que podrían dar al traste con la supuesta veracidad de la interpretación que el autor realiza.

Damos, pues, ocasión a la sana y serena discusión buscada por el autor, publicando esta contradicción a su tesis, y tal vez con ello y al poderse comprobar fácilmente, por la antítesis, que al espíritu de un precepto legal dado generosamente para los hijos de los asesinados por Dios y por España, se oponen interpretaciones científicas que pueden sumir a tantas y tantas viudas y huérfanos en la miseria, propiciemos la coyuntura de que el Poder público admita y realice la aclaración del precepto contenido en la Ley de 5 de noviembre de 1940,

si es que, cual no creemos, deja sombra alguna de duda. No sería la primera vez que así se hiciera, puesto que ya por Orden ministerial de 7 de julio de 1941 fué rectamente interpretado, evitándose la promoción de debates judiciales para acreditar el derecho de los que por representación habían de suceder, según el párrafo 2.<sup>º</sup> del art. 17<sup>º</sup> de la Ley de 5 de noviembre de 1940. Y también se evitó con otra aclaración de aquella Ley el que se negara retroactividad a la condonación de intereses establecida por la misma, en cuanto a aquellos deudores que se habían adelantado a su íntegro pago, dictándose la Orden ministerial de 4 de diciembre de 1941, con la que se corrigió una viciosa interpretación iniciada por el Tribunal competente, mediante su sentencia de 30 de octubre de 1941, declaratoria de la irretroactividad del beneficio aludido.

Por lo demás, y entrando en el fondo de la cuestión, no será ocioso para calibrar la veracidad de la interpretación dada por el articulista al párrafo 2.<sup>º</sup> del art. 17 de la Ley de 5 de noviembre de 1940, transcribir literalmente el mismo. Dice así: "Las disposiciones testamentarias en que se hubiese designado a algún heredero muerto en el frente, fusilado o asesinado con anterioridad a la muerte del testador en zona roja y por su adhesión a la causa del Movimiento Nacional, recobrarán su eficacia en favor de los hijos o nietos, herederos legítimos del premuerto, considerados a este efecto como representantes del mismo, siempre que el causante no hubiere otorgado nuevo testamento válido en favor de tercera persona."

A la vista de tal precepto, pasa el comentarista a exponer lo que él juzga verdadera interpretación del mismo. Mas al hacerlo, deslumbra y asombra al confiado lector con una atrevida contradicción del principio metafísico de que la verdad sólo es y puede ser una, y lo hace estableciendo nada menos que tres supuestas verdaderas interpretaciones del precepto. A saber: 1.<sup>a</sup> El párrafo 2.<sup>º</sup> del art. 17 se refiere tan sólo a testamentos otorgados en zona marxista, en los que a su vez haya fallecido el causante antes de transcurrir dos meses desde la fecha de la liberación. 2.<sup>a</sup> Los testamentos afectados por la Ley de 5 de noviembre precisan, para generar el derecho de representación, que el otorgante haya fallecido antes de la fecha de la Ley precitada. 3.<sup>a</sup> La Ley de 5 de noviembre de 1940 es una Ley temporal, y, por consiguiente, en la actualidad no existe ni puede aplicarse.

Naturalmente, toda la energética atribución de veracidad que asume

el comentarista deviene enclenque cuando el mismo presenta aquella verdad multiplicada y escalonada en forma alternativa y subsidiaria. Y esta presunción de que algunas de tales verdades tienen que dejar de serlo, puesto que la verdad sólo puede ser una, da también pauta a otra posibilidad, bien factible por cierto, consistente en que ninguna de dichas verdades resulte en realidad cierta o verdadera. Y así sucede, en efecto.

¿Cabe admitir por un solo momento—como por la interpretación primera se pretende—que la generosa disposición del Caudillo fijando el derecho de representación a favor de los descendientes de los asesinados, se constrña únicamente a los testamentos otorgados en zona marxista? ¿Podría darse más arbitraria distribución de beneficios a favor de los hijos de los asesinados que la de implicar a aquéllos en el hecho intrascendente del lugar del otorgamiento del testamento? Porque la razón de ser del precepto que establece el derecho de representación a favor de los hijos de los asesinados no está en la coacción o temor que hubiere impelido al otorgante a hacerlo bajo la opresión marxista, sino en la flagelación y muerte por la Patria del heredero instituído y en la conveniencia de que siga siendo representado por sus descendientes. Y este supuesto de conciencia se produce, como es natural, cualquiera que hubiere sido el lugar en que el testamento quedara otorgado.

El comentarista extrae la motivación que le lleva a su injusto aserto de la consideración, también errónea, de que la Ley de 5 de noviembre sólo está dada para actos y contratos producidos en zona marxista. Y tal premisa, que aun siendo veraz a nada conduciría, sigue siendo en realidad incierta, puesto que la Ley de referencia dedica sendos artículos a la regulación de otro sinnúmero de actos, contratos y obligaciones generados fuera de la dominación marxista, no obstante lo cual caen bajo el ámbito de aquélla.

Y el caso es que—siguiendo el comentario de esta primera interpretación—se observa que por virtud de ella no solamente se pretende reducir la aplicación del precepto a los testamentos otorgados en zona roja, sino que, además, y con más arbitrario antojo, se dice que aún en ellos será preciso, para que el derecho de representación se genere, que el autor u otorgante de dichos testamentos haya fallecido justamente antes de transcurrir dos meses desde la fecha de la liberación..

Tamaña afirmación llevaría a consecuencias tan incongruentes, que no hace preciso siquiera descender a su examen. Más útil será para que caiga por su base, contemplar el argumento en que se basa; a saber: Que establecido en el párrafo primero del art. 17 un plazo de dos meses, a contar desde la liberación, para impugnar aquellos testamentos otorgados en zona marxista por quienes carecían de libertad de disposición necesaria para su otorgamiento, es de presumir que el mismo plazo debe rezar y valer para proceder a la exigencia de efectividad de los testamentos en que el legislador ha injertado, por virtud del párrafo segundo, el derecho de representación.

Podrá apreciarse fácilmente que el argumento es tan quebradizo, como absurdas las consecuencias que se derivarían de aplicarlo, puesto que las situaciones jurídicas reguladas en los párrafos primero y segundo del art. 17, son completamente heterogéneas y no puede ni tiene por qué funcionar en la prevista en el segundo de ellos (eficacia de testamentos válidos) el plazo de impugnación significado en el párrafo primero para los testamentos virtualmente nulos.

Dícese de la segunda interpretación, que el precepto comentado carece de efectos retroactivos, por lo que sólo será de aplicación el derecho de representación instituido por la Ley a favor de los descendientes de asesinados, cuando el testador causante hubiere fallecido después de la promulgación de la Ley tantas veces citada.

Las consecuencias de tal interpretación de ser admitida no podrían ser más absurdas. Al ser aplicado el precepto, se establecerían dos castas de huérfanos de asesinados. Los de aquellos cuyo testador falleció antes de la Ley de 5 de noviembre (posiblemente el dia 4 del mismo mes), y la de los que tuvieron la suerte de que su testador falleciese después de dicha Ley. Los primeros, sin derecho de representación por imperio del derecho común, quedan privados de la herencia correspondiente a sus padres asesinados. Los segundos, por instauración en la Ley de aquel derecho de representación, sustituirán a sus padres asesinados. Tamaña desigualdad no puede ser deseada por el legislador.

Además basta contemplar la redacción de tal artículo para comprender que el mismo funciona en base a la retroactividad. No otra cosa supone el empleo de la palabra "recobrarán", empleada para dar eficacia a los testamentos de qué él precepto se ocupa, y ello tanto más, cuanto que precisamente al decir que los testamentos "recobrarán

su eficacia", se proclama implícitamente una referencia a testamentos que ya la tuvieron (lo cual no sucede más que cuando ha muerto el testador), dando vida nueva a la institución contenida en aquéllos, por obra de la disposición contenida en la Ley dictada posteriormente.

Por último, por la interpretación tercera dada por el comentarista, la Ley de 5 de noviembre de 1940 es una ley temporal que en la actualidad no existe, puesto que han transcurrido los plazos que en ella se dieron—y sus prórrogas—para el ejercicio de las acciones especiales dimanantes de tal ley.

De nada le sirven al comentarista la contemplación de la Orden ministerial de 7 de julio de 1941, que redime de la necesidad de cualquier declaración judicial a favor de los instituídos herederos por representación en la Ley de referencia; de nada le sirve tampoco al comentarista contemplar la continua reserva que, tanto el art. 26 de la Ley de 5 de noviembre, como el 15 del Decreto de 22 de julio de 1942, mantienen a favor de quien posea acciones amparadas por las normas del derecho común para ejercitarlas cuando a bien tuviere. De nada, tampoco, le sirve considerar que el descendiente del heredero, devenido heredero por derecho de representación y ministerio de la Ley—que no ha tenido que pedir declaración especial de su derecho, según dispuso la Orden de 7 de julio de 1941—no ejercita acción especial alguna, sino la acción ordinaria derivada del derecho común que asiste a cualquier heredero preterido: y que aunque se pretendiera que tal acción era de las especialmente creadas por la Ley de 1941, no podría dejarse de tener en cuenta que la acción seguía siendo dimanante del derecho común, puesto que sigue tratándose de una materia propia de tal derecho, regulado por el Código civil y modificado por la Ley de 1941.

A pesar de todo ello, se insiste y se afirma que la Ley de 1940 es una ley temporal y que en la actualidad no existe ni puede aplicarse. Pues bien, decimos nosotros: En tal caso, cualquier descendiente de asesinado en quien concurrieran incluso todas las circunstancias rigurosísimas e improcedentes exigidas por el comentarista en el curso de su estudio, tampoco podría disfrutar y ejercitar el derecho de representación establecido por la Ley, si tiene la desgracia de que por una pequeña cuestión de fechas, el causante de la herencia (en que su padre figuraba testamentariamente instituído heredero) haya fallecido el día 1 de marzo de 1942, en lugar de dos o tres días antes. La razón

es obvia y consecuente con la tesis del comentarista, puesto que ese día dejaron de poderse ejercitar las acciones derivadas de la Ley, conforme a la última prórroga establecida en la de 30 de noviembre de 1941 no quedando después nada que hacer.

Frente a toda la serie de conclusiones inadmisibles que venimos examinando, sentamos por nuestra parte la siguiente: El párrafo segundo del art. 17 de la Ley de 5 de noviembre de 1940, que establece que "las disposiciones testamentarias en que se hubiese designado algún heredero muerto en el frente, fusilado o asesinado con anterioridad a la muerte del testador en zona roja y por su adhesión a la causa del Movimiento Nacional, recobrarán su eficacia a favor de los hijos o nietos herederos legítimos del premuerto", es de aplicación cualquiera que fuera el tiempo y lugar en que el testador hubiera fallecido, siempre y cuando, naturalmente, sigan concurriendo todas las demás circunstancias exigidas en el mencionado artículo.

Expresadas quedan con ello las sugerencias y conclusión que nos atrevemos a oponer al respetable criterio del comentarista, puesto que, francamente, lo juzgamos equivocado. En cuanto aquel parecer ha sido expresado, exorbitando un litigio judicial, mediante publicidad, consideramos un deber obligado para con la opinión a que vaya dirigido—principalmente al sector público no especializado—advertir que existen profesionales que, aun cuando sean tan modestos como el que suscribe, consideran no ser tan verdadera, como el comentarista la intitula, la interpretación operada sobre el interesante párrafo segundo del art. 17 de la Ley de 5 de noviembre de 1940. Nada más nos atrevemos a puntualizar técnicamente con miras a la opinión profesional y científica, puesto que cualquiera de sus integrantes miembros sabe mejor que nosotros conjugar, con su arsenal de conocimientos jurídicos, los rectos principios que habrán de llevarles a deducir qué es lo que hay de verdad en la "verdadera" interpretación del artículo comentado.

JOSÉ LUIS DE CAMPOS Y SALCEDO

Abogado del Estado y del I. C. de Madrid.

# Instituciones jurídicas de la provincia de León en el período medieval

Las luchas, contiendas judiciales, litigios y discusiones sobre la propiedad comienzan a iniciarse en los primeros siglos de la reconquista. Pleitos análogos a los promovidos por Indisclo y Novidio, repítense frecuentemente.

El presbítero Mauregato sostuvo, al parecer, ruidoso expediente con Godoste o sobre dominio de sus ricas haciendas. Intervino el mitrado en concepto de árbitro, y concilió a los litigantes. En reconocimiento a tal mediación, Mauregato le cede parte de las tierras ganadas a Godoste y corresponde a la vez Odoario a la liberalidad del presbítero regalándole una rica piel.

Al aproximarse el siglo X, el patrimonio del Monarca disminuye en proporción creciente, efecto de la preponderancia adquirida por magnates y clero. Los pequeños estados organizábanse paulatinamente merced a la relativa paz que el reino disfrutaba. Cada elemento procura recobrar su genuina significación, y ni el pueblo abandona sus franquicias, ni las clases acomodadas lo que estimaban anejo a su condición social. Y aun cuando la Corona insiste en manumitarse de poderes extraños a su autoridad suprema, acrecen en influjo nobleza y clero, y despréndese el Rey de propiedades, tierras y vasallos en proporción inconcebible.

La lucha interior recrudécese, y un día son los pueblos, otro la nobleza que amenaza con sublevaciones, intrigas y ambiciones egoístas que perduran, y siempre el Monarca en continuo desasosiego, ha de vivir arrancando facultades a la Corona y despojándose de atributos en favor de los elementos que intentan pulverizar su soberanía.

Alfonso III, luego de donar varias tierras de sus dominios en la provincia de León a iglesias y cabildos, hace merced singular a los

condes Bermudo, Odoario, Nuño y Froila de plazas, castillos y fortalezas. A' pesar de proceder tan laudable, no logra contener la sublevación de aquéllos, ni que dejaran de secundarles otros ricos hombres que habían adquirido singular valimiento. La rebelión consumóse, apoyada por Nuño, y aun cuando Alfonso castigó la desobediencia de los díscolos, no es menos cierto que, ante el temor de nuevos disturbios, colma a algunos de señaladas distinciones.

Esto explica que en ciertos momentos de compromiso para la Monarquía o para el Tesoro, la Corona aparentase satisfacción por dádivas o compensaciones ridículas, en justa correspondencia a sus liberalidades.

Conocida es la situación deplorable del reino de León a raíz de las campañas de Almanzor que, en sus correrías por la región no dejó piedra sobre piedra. Bermudo el Gotoso debió pensar en las dificultades que ofrecería su restitución a un Trono deshecho y derrumbado, y cobijóse, en previsión de mayores conflictos, a la sombra de prelados y magnates, a quienes reconoce derechos y dota de espléndidos beneficios, según testimonio de varias escrituras del Tumbo de Astorga.

Gimeno I, Obispo a la sazón de la Diócesis, muy reconocido a las bondades del Rey, manifiéstale su gratitud regalándole "un azor, un galgo y un podenco muy buenos". Bermudo, a juzgar por la referencia de esta escritura, no olvidaba la afición favorita de reyes y príncipes, no obstante las calamidades que aquel reino sufría.

#### REPOBLACIÓN DEL TERRITORIO LEONÉS

Ya en esta época repueblanse villas y lugares yermos: en ocasiones gentes que ocupaban territorios próximos a la capital, huyen de la invasión y refúgianse en valles y campos alejados del enemigo. Las hazañas de Almanzor cuajaron de gentes los contornos de nuestro partido, y claro está que los reyes, en sus testamentos, contribuyen eficazmente a fomentar el interés de prelados, condes y vasallos, y en este sentido las donaciones o cesiones de pueblos impónense con las condiciones de poblarlos, sin cuyo requisito anúlase en ciertos casos la gracia.

Monjes y anacoretas contribuyen no poco a extender la población

del reino. Las montañas del Bierzo hállanse habitadas por santos ermitaños y místicos creyentes, y otro tanto sucede con las sierras de Nogarejas y Castrocontrigo, especialmente este lugar, donde ya se cuenta la tradición de la ermita de Torneros, y existe memoria de un monasterio antiguísimo, en el que se repiten milagrosos hechos. Fehacientes testimonios acreditan que Genadio, Obispo de Astorga, reconoció nuestra provincia, fundó conventos y edificó poblaciones.

Creación de Bermudo el Gotoso es el eremitorio de Santa María de Carracedo: si interesante como legado arquitectónico de la época, no menos digno de estudio en atención a los privilegios de que gozó y litigios que sostuvo con pueblos, monarcas y judíos durante la Edad Media. Estos monjes singulares afincan en el territorio y por él se desparraman como una plaga. No existe pueblo, villa ni aldea en la que dejen de ejercer jurisdicción, ni vedado que les sea ajeno, ni campo, tierra o monte exento de foro.

Allí donde carecen de dominio, llega el celleruelo (1) del convento, o el abad, o los dos en amable compañía, y a cambio de tolerar a una familia el uso y disfrute de una casa, llévanse tierras, viñas y vasallos para el convento. Cuando los judíos consiguen ocupar el partido y comienzan a ejercer el préstamo con caracteres usurarios, los frailes de Carracedo saben aprovechar la oportunidad acercándose a los deudores, y a trueque de saldar el crédito, arrancan a la víctima sus bienes, que "graciosamente les son donados, para solventar deudas de los judíos". Véanse los documentos que más adelante se citan, y ellos servirán de ejecutoria a estos hechos.

La hacienda de los monjes alcanza La Bañeza y León, pueblos de Soto, Alcaydón, Huerga, Oteruelo, Seisón, Villamedina, La Isla y otros de menor vecindario. Y véase cómo se transforma el carácter que en un principio afectó al territorio. La Valduerna pertenece, en los primeros años de la Reconquista, a Rodrigo Fernández de Valduerna, Duc, según testimonios fidedignos; más tarde distribuyóse esa región entre la Orden de Santiago y los Hospitalarios. Los Zúñigas, marqueses de La Bañeza, en subsiguientes épocas, ostentan el señorío de esa villa; parte de los territorios de Jamuz pertenece a condes y ricos hombres de pendón y caldera. San Martín de Torres y San Salvador de La Bañeza corresponden al Prelado y Cabildo astor-

(1) Mayordomo.

ganos (1). Nogales y Valdería, con tierras de Castrocalbón, eran dominio de los Ponce de León y Cabrera; Veguellina y territorios de la Ribera adjudicáronse a los Templarios (2). ¿Qué conservaba el Monarca en nuestra provincia de sus antiguos dominios? Vallcabado y villas contiguas fueron behetrías, y los lugares del Páramo, o estaban reservados a los Osorio, o en los que no caían bajo su señorío ejerció jurisdicción el Conde de Luna. Solamente ciertas tierras de La Bañeza (proindiviso con los infantes) y los palacios de Valduerna, algunos en León y Astorga, constitúian en las cuatro últimas centurias de la Edad Media el patrimonio de la Corona, con excepción de escasas propiedades distribuïdas por aldeas y villas sin importancia. En tal forma fué mermando la propiedad y derechos dominicales del Príncipe, que a juzgar por la referencia de un autor citado en nuestra obra (*Apuntes para la Historia del Partido de La Bañeza*), en "el siglo XVII el Rey no disponía en el reino de León sino de escasísimos bienes en tierra del Bierzo".

Parece incuestionable que aun reconocido el acrecentamiento del poder de la nobleza, que de día en día ensancha sus estados y alcanza mayor influjo y preponderancia, apoderándose sagazmente de cuantas facultades correspondían ya a los pueblos o a la misma Corona, parece indudable, decimos, que las normas jurídicas y sociales desenvuélvanse en un ambiente de perfecta armonía, cuando de altos intereses se trata o el peligro amenaza alterar la paz de los pequeños estados. Verdad que el rico-hombre conduce con ridícula petulancia su mesnada, acude soberbio ante el Rey, cuenta sus vasallos y exige altivo lo que juzga anejo a su rica hombria, sin tolerar jamás que se quiebren los límites de relación entre vasallo y señor, ni se merme la distancia que marca la sangre, la riqueza o la categoría social que mantiene in cólume, aun frente a la majestad del Trono.

Y ello obliga al vasallo a permanecer siempre bajo la tiranía del magnate, sin que le sea lícito cambiar de señor sino merced a condiciones y pactos a los que aquél habría de dar beneplácito. Por intentar nuevo vasallaje sufrieron lo suyo los vecinos de Valdeviejas, sorprendidos por el sayón del Rey Fernando en el instante que se disponían a prestar vasallaje sin autorización del Obispo.

(1) Escrituras del Tumbo de Astorga. Flores. España Sagrada.

(2) Más los territorios del Conde de Luna, los pertenecientes a la Catedral, etc.  
Véase Llamazares.

Que el Soberano no se mostró remiso nunca en el ejercicio de derechos emanados de su inviolable condición, compruébanlo múltiples ejemplos. Alfonso VI, a quien no siguió el Obispo Pedro de Astorga, sin duda por juzgarle complicado en la muerte de su hermano, efectuó ejemplar castigo en la persona del Prelado. Depuesto de su silla episcopal, incapacitale para el ejercicio de su potestad, desterrándole perpetuamente a un convento próximo al Bierzo.

A cambio sabían corresponder con larguezas y colmar de mercedes a sus súbditos, en justa reciprocidad a actos de sumisión o sacrificios en favor de la Corona o del reino.

La exención del pago de tributos, las inmunidades concedidas a pueblos y villas, la libertad de concurrir al yantar del Rey y privilegios análogos lo atestiguan. De idéntica merced hace objeto a sus vasallos la nobleza. Ahí están los fueros de Castrocalbón y Valdefuentes pregonándolo. Los prelados siguen idéntica conducta, si bien en algunos momentos no dejan de exigir en compensación determinado servicio. A cambio de importante dádiva que otorga Martín Fernández al Obispo Melendo, obséquiale el Prelado con un zuleme de Picote, una saya, dos calcetas de estanforte y dos pares de zapatos. Véase cómo en parecida forma corresponde el Rey a la gracia que recibe de Riquilio, que le cedió el lugar de Godesare (cerca de Cazanuecos), regalándole a cambio un hermoso halcón. Y conviene anotar que la villa o lugar de referencia fué confiscada antes por el Monarca a su propietario Rodrigo Pérez, en castigo a haber privado violentamente de la vida a dos de sus vasallos. Por cierto que si el Monarca se mostraba implacable en la represión de actos atentatorios a la propiedad, derechos y seguridad de sus súbditos, extremaba la clemencia para reprimir acciones que fueran directamente contra su persona o soberanía.

Framorico, gobernador de Luna, mantuvo en constante agitación el reino con su conducta inquieta y su temperamento rebelde y algo más que revoltoso. Recorría pueblos, villas y lugares, dedicándose al pillaje y al robo, y cometiendo todo género de abusos. Cuenta la escritura que eran múltiples los pueblos dañados, no escasas las gentes que secundaban sus atropellos e innumerables las propiedades, edificios y villas víctimas de sus rapiñas. Noticioso el Rey de tales hazañas, destiérrale del reino y le obliga a salir para la corte de Castilla, donde merced a la intervención de Sancho, tío del Rey de León, logra perdón y amplia amnistía.

.. Con muy distinto rasero midió la Corona el comportamiento de Analso y su mujer, reos de tentativa de regicidio en la persona del Rey Alfonso V. Conformóse la regente con aplicar la pena de confiscación y destierro a los autores del frustrado delito. Probablemente con mayor severidad juzgaríase hoy tan bárbaro atentado.

Movido por un sentimiento de piedad, compró el mismo Rey a dos judíos la hacienda de Auria. A raíz de las campañas de Almanzor, los árabes consumaron en León enormes violencias y desafueros. Nos dice la escritura que a la Corte del Rey de Granada lleváronse los moros a los hijos o herederos de Munio, servidor de la Casa Real. Los mayordomos de Palacio incautáronse de la hacienda que había de adjudicarse a los pequeños, y en muy buen precio enajenáronla a Nuño Donnitiz y a su mujer Auria. Fallece el marido de ésta dejando dos huérfanos: Vita Xab y Citi Xab. La madre les despoja de sus propiedades, y noticioso el Rey de la rapiña, compró la hacienda devolviéndola a los herederos de Auria.

No toleraban los pueblos sumisiones humillantes, transgresiones y quebrantamientos de sus leyes y franquicias, y buen ejemplo de ello ofrécenlo los pleitos, contiendas y discusiones que constantemente sostienen con el Monarca, con los nobles y con la Iglesia. Y obsérvese que aunque en las primitivas manifestaciones de ejercicio del Poder judicial, tiéndese a encomendar esta función a tribunales populares. Ya citamos anteriormente ejemplos que sirven de comprobación a nuestras afirmaciones. En 18 de febrero y 15 de julio compra el Obispo Nuño (1080) dos heredades de Pedro Natal en Gállegos, entre Pobladora y San Adrián del Valle. Surgió competencia con la Metropolitana de Santiago en orden a la jurisdicción y derechos sobre el riego, jardín y hospital de Sancho Ordóniz, competencia que se complica con nueva discusión sobre las heredades que pertenecían a Azenda en Santibáñez. Para zanjar el asunto, encomendóse el arreglo del litigio a un tribunal integrado por cuatro hombres vecinos de Antoñanes, que juzgarían el hecho jurando sobre los Santos Evangelios administrar rectamente justicia. Doña Elvira, madre y tutora de Alfonso V, resolvió en parecida forma otro litigio, reuniendo en tribunal a varios vecinos y consejeros palatinos, que dictaron sentencia presididos por la Soberana.

Institución curiosa conocida en Astorga a principios del siglo XIII es la denominada Dignidad mesera, creada por el Prelado para inhibirse

de las atenciones y molestias que le proporciona el derecho de ración de clérigos y cabildo. Correspondía a estas dignidades el señorío sobre ciertos vasallos y tierras, que ayudaba a su congrua con una ración de pan y vino. Parece que el Prelado hiciese cargo de la pensión, reservando a los canónigos el derecho a comer en el refectorio. Sin duda el Obispo Nuño, harto de oír querellas y soportar cuestiones promovidas por los racioneros, acogióse a la autoridad del Nuncio, que a la sazón se hallaba en Astorga (1228), y con él consultó el caso; el resultado fué el establecimiento de la Dignidad mesera, con facultades que no se hallan bien precisadas, pero que se deducen de la forma de actuación: Ejercer directamente su derecho a percibir el canon o pensión de los canónigos y Cabildo, recoger las rentas y abstenerse de comer en adelante en el refectorio.

\* \* \*

Nótase bien en todo el proceso histórico de la Reconquista, especialmente en el reino de León, y durante los cuatro primeros siglos de lucha, un ideal común que preside y encauza los actos del Rey y del pueblo. Dentro de las pequeñas contiendas que en orden a la propiedad se sostiene y de la desarmónica conducta de nobles, pueblo y clero, que perdura hasta fijar definitivamente con caracteres e inconfundibles las prerrogativas de cada clase, mantéñese incombustible ese vínculo de unidad que impulsa a la prosecución del fin iniciado en el momento de invadir la raza extraña el territorio de nuestra península.

Supieron los Monarcas sostener incólume el principio de su soberanía, no olvidó el pueblo la misión que la Naturaleza y la Historia le confiaron, y procuró la Iglesia ser firme baluarte del Rey, secundada por la nobleza, que no por sus rebeldías y odiosos privilegios, hijos del espíritu de los tiempos, descendió al imperdonable delito de romper los lazos de unión entre el pueblo y la Monarquía.

Que las luchas interiores de orden privado fueron constantes y de calamitosos resultados para el progreso nacional, es indudable. Sin aquel desastroso pugilato dentro del íntimo calor del hogar y a la sombra de la solariega casa, no se hubiera retrasado tantos años la total expulsión de la raza invasora. Asombra pensar en la recia voluntad, indomable temperamento y férrea resistencia de aquellos monarcas, más dignos de admiración a medida que el tiempo aleja su interesante silueta.

En periodo de embrión, una sociedad imperfecta e incompleta en cuanto las normas directivas apenas se esbozan, con el ejemplo de una Monarquía recién derrumbada, en la que el lujo, el despilfarro y la orgía llegaron a constituir patente de nobleza y ciudadanía, y como coronamiento a tal desconcierto, una tragedia que por las circunstancias que de ella habrían de derivarse ha de sembrar en el corazón viril brava protesta, no ha de extrañar al ánimo de un observador imparcial tan dolorosas consecuencias.

Y no obstante, los monarcas que hubieron de atender simultáneamente a los cuidados de la guerra y formación de la nacionalidad, mantienen vivo el ideal que preside aquella lucha, sin separar de su cuidado el arreglo de las rencillas, contiendas y rebeliones que en un momento de vacilación para la Corona estallan inopinadamente y amenazan turbar la paz del Estado. No perdieron de vista para bien de la posteridad el carácter esencial de la raza, las realidades históricas y las ulteriores derivaciones que de su conducta podrían emanar para el proceso histórico de España. Por esto siempre encauza los actos del Monarca un estímulo noble, un ferviente deseo, una orientación política plausible que sirve para justificar determinaciones que encuentran en la actualidad su fundamento racional, su ejecutoria.

Hemos visto cómo van desenvolviéndose al amparo de la regia liberalidad elementos vivos ya en siglos de mayor cultura; en qué forma procura el Trono atraerse las fuerzas nacionales, suavizando asperezas y limando resabios con la aplicación de prudentes medidas de gobierno. Merced a ellas alcanza en las postrimerías del siglo XII el reino castellano esplendor inusitado y muévense con absoluta independencia todos los resortes de la vida pública.

Instituciones apenas esbozadas en los primeros siglos, regalías y privilegios injustificados, despojos de autoridad que parece tienden a mermar ciertas influencias, derechos y prerrogativas de clase, muéstranse al finalizar el período medieval con toda la grandeza de una personalidad propia admirable en funciones, singular en sencillez y rica en fecundas iniciativas.

\* \* \*

Reflejan la vida y costumbres en esta época, con muy aproximada exactitud, los documentos ya transcritos, en su mayoría relativos a actos y contratos, trueques y permutas, donaciones y gravámenes, im-

puestos sobre la propiedad; convivencia de frailes, judíos, cristianos y musulmanes, otorgamiento de escrituras de préstamos y cesiones de alhajas y metales, que los interesados en cada documento entregan con rigurosidad ejemplarísima. Dedúcese de todo ello que si las propiedades y dominios fueron numerosos, no escaseaban tampoco los metales y joyas de gran valor, los ganados, útiles de labor y de caza, pieles, naves de plata y otros muy apreciables y valiosísimos objetos de adornó y lujo. Bien que todo ello va a parar a manos más poderosas o más sagaces que en el transcurso de los años logran esquilmar a los modestos hidalgos medievales.

Si el título de Don o de Doña otorgado a los monarcas y nobles en los primeros siglos de la reconquista pasó después a personas que por su condición humillaron la merced, es cosa de sospecharlo. Existen varios contratos de arrendamiento efectuados por los monjes de Carracedo, en que se prohíbe, bajo pena de desahucio a los arrendatarios, criar en su casa hijo de Don y de Doña y de Home-fillodalgo, lo que no dejá de atraer la curiosidad, si se tiene en cuenta que los frailes cuidaban de hacer todo género de advertencias y prevenciones para evitar daño en sus propiedades y haciendas. "Que tengáis los corraes e alpendres en bon paramento" a fin de poder alojarse cuando visitaren la casa con mayor comodidad, sin omitir la condición de rebajar el pago de la correspondiente renta "si cayere piedra que tollere el pan y el vino" y avisando a los colonos no abandonasen la bodega que en todo momento habrían de encontrar convenientemente repleta de vino.

Los judíos, que tan importante papel desempeñan en la historia del Partido, gozaban indiscutiblemente de cuantiosas rentas, merced al tráfico usurario que practicaron con envidiable constancia, a juzgar por las manifestaciones de algunas víctimas de su cruel avaricia. El predicamento que alcanzaron con los monarcas, a quienes llegan a representar en juicios y contiendas, ostentando el cargo de apoderados, tesoreros y administradores de la renta real, obedece sin duda a la garantía económica que ofrecen como perceptores de pingües beneficios. Y rindiendo culto a la verdad, hay que confesar que aun cuando la imaginación trate de encubrir aquellos tiempos entre el tupido velo de un romanticismo arcaico, la realidad levanta el misterio y nos muestra con toda desnudez la codicia de nuestros antepasados.

Un pastoreo abusivo, la errónea interpretación de una cláusula contractual, la pérdida de cosechas, la falta de concurrencia de los

pueblos al pago de impuestos y gravámenes de carácter general, la mora del deudor en el préstamo, la jactancia de posesión, etc., son motivo suficiente para provocar contiendas y pleitos. Y obsérvese que si en la prerrogativa regia la facultad de administrar justicia, no usa el Rey de ese derecho sin previa audiencia de un Tribunal, con el que consulta el fallo.

Hemos hecho mención de los Consejos, Jueces y Tribunales a quienes el Rey recurre para dictar sentencia en casos dudosos, o que exigen conocimientos y aptitudes especiales; sobre ello no hemos de insistir, pues tanto los jurados de fecho, como el Tribunal de Santa María la Blanca, las comisiones de conciliación y hombres buenos, que en los asuntos ventilados entre particulares, comunidades religiosas y pueblos intervienen, son conocidos y han sido estudiados en obras de Historia y crónicas o monografías de carácter regional. Pero interésanos no omitir que esa tendencia e inclinación del Monarca a respetar las prerrogativas del pueblo adviértese en todo el transcurso de la Edad Media, y se manifiesta palpablemente en su deseo de recurrir a Magistraturas de carácter mixto, aun para arreglar diferencias, tan a menudo repetidas, entre los Soberanos de Castilla y León. A ese procedimiento ajustan las bases de paz los reyes castellano y leonés, encomendando la fórmula del concierto a un Tribunal, integrado por veinticuatro caballeros—doce por cada parte—y varios Obispos juramentados para decir conforme a justicia. Concordia análoga autoriza el teniente de Palacios en fecha anterior. Por cierto que en la cuestión surgida entre los soberanos de los antedichos reinos intervienen dos nobles famosos: Rodrigo Fernández de Valduerna (conde de Astorga) y Rodrigo Pérez Villalobos.

Con toda la confianza que el Monarca pone en sus jueces, no deja de extremar en rigor, si en el desempeño de su alto ministerio se separan de la Ley. Los abusos de sayones y justicias obligan en distintos momentos a medidas represivas que el Soberano procura no atenuar, obedeciendo querellas del pueblo. Pero ante la inutilidad e ineeficacia de tales castigos, el Rey Alfonso VI publica en 1072 una constitución por la que prohíbe bajo severas penas, a sayones y justicias, la aplicación de agua caliente, a pretexto de averiguación de delitos que por no dejar huellas quedaran impunes: disposición de importancia singularísima y acreditativa de un espíritu de compasión digno de ejemplo.

Motivo de preocupación y embarazoso estorbo fué para los Mo-

narcas, durante años, la plaga de bandidos, malhechores y cuadrillas de gente maleante, que en ocasiones desde sus castillos o apostados en los puertos, fronteras y caminos, pueblan los campos y asaltan a viajeros, caminantes y peregrinos. Alfonso VI procura remediar las sorpresas y asechanzas de tales gentes, recomendando estrecha vigilancia a la entrada del puerto de Valcárcel. La concurrencia de extranjeros a Castilla debió de ser tan frecuente durante la Edad Media, que el propio Monarca libra de portazgo a los italianos, alemanes y franceses que lleguen de romería a su reino. Es fama que el citado puerto constituyó segura guarida de facinerosos, y existen escrituras de la época que nos hablan del castillo de Santa María, fortaleza inexpugnable y refugio común de ladrones. La organización de estas cuadrillas llega a ser profesión única durante varios siglos de gentes desaprensivas ganosas de conquistar por el procedimiento del terror puestos y honores. Fuera de la ley y justicia vivieron aquellos aventureros, atrevidos y procaces, que en tantos y tan serios cuidados pusieron al reino. El sincero acto de pleitesía que rindieron al Rey Fernando fué acogido por el Soberano con intenso júbilo, que exterioriza donando a los ya armados caballeros los territorios de Destriana y región de Valduerna. La Orden militar de Santiago, a que nos referimos, crea más tarde con sus hechos brillantes y sus hazañas magníficas el más firme baluarte del Trono.

No descargó, a pesar de tal conducta, el Rey su atención de las muchas que le preocupaban. Las Ordens militares suscitanle de nuevo dificultades, con su afán desmedido de acrecentar propiedades y sumar dominios a sus territorios. Apenas nacida la milicia santiaguista, provoca cuestión a Fernando, a consecuencia de pretendidos derechos y franquicias sobre pueblo de la Diócesis. Las diferencias lograron zanjarse, y el Rey enriqueció años después la Orden con más amplias donaciones

MANUEL FERNÁNDEZ NÚÑEZ

Abogado

# La irretroactividad de las leyes y el Derecho antiguo (\*)

## I

Dice Lassalle en su libro (1) "Teoría sistemática de los derechos adquiridos", que "el período más largo de la historia de la Humanidad y del Derecho, está en absoluto regido por el principio de retroactividad considerado como natural. La idea de no retroactividad no es más que un producto ulterior del espíritu histórico".

No queremos dejar pasar en silencio esta afirmación, pues aunque creamos verdadera la idea que Lassalle, a nuestro juicio, quería expresar con ella, o sea que en un período larguísimo de la historia, según nosotros hasta las XII tablas, desde la prehistoria la conciencia o la promulgación de un Derecho implicaba su inmediata aplicación a toda la realidad jurídica, no creemos, en modo alguno, que sean exactos los términos en que se expresa, y de tomarse éstos literalmente, pueden inducir a error y dar una idea completamente equivocada de lo que era la realidad en el Derecho más antiguo.

Lassalle, como formado en la cultura alemana del siglo pasado, aunque judío, dice que en el mayor período de la historia, regía el principio de la retroactividad y esto no es cierto. Ni había principio alguno conscientemente expresado como tal, ni podía haberlo, ni lo que ocurría y se vivía, que era la inmediata aplicación del Derecho, puede

(\*) Una nota del buen trabajo de la Redacción de esta Revista (pág. 615, número 184, 1943): «Apostillas al Derecho transitorio», en que, con referencia a la obra y afirmación de Lassalle, dice: «Hubo épocas y pueblos que atribuían a todas las leyes retroactividad», me ha movido, en mi disconformidad con Lassalle, a enviar este trabajo a su sabio director.

(1) Lassalle: *Theorie systematique des droits acquis*. Dos tomos. París, 1904, tomo I, página 68.

ni debe confundirse con la retroactividad. Para llegar a la idea de la retroactividad, se ha partido de la del Derecho adquirido como primaria, ésta ha impuesto la de la irretroactividad como su garantía y reconocimiento, y, al fin, la de la retroactividad como su desconocimiento y lesión.

Donde no hay derechos individuales, no hay derechos adquiridos; donde el Derecho es manifestación de la voluntad divina, que lo garantiza y castiga su infracción, no hay derechos adquiridos, y donde no hay derechos adquiridos, no se puede hablar de retroactividad ni de irretroactividad.

El Derecho de los pueblos primitivos se caracteriza por la aplicación inmediata y absoluta del mismo. El Derecho se manifiesta y es Derecho: lo contrario y opuesto a él, no es ya Derecho, es imposible que surja conflicto alguno. El nuevo Derecho, mejor dicho, el único Derecho se aplica general e inmediatamente, no se aplica retroactivamente.

Para hablar de aplicación retroactiva, había que considerar un Derecho móvil, vivo, evolutivo, dinámico, un devenir jurídico y esta idea, básica en nuestra cultura occidental es, en absoluto, desconocida y opuesta a la mentalidad primitiva.

No hay en la Historia dos *principios*, ni dos criterios: primero, retroactividad; después, irretroactividad de las leyes. La distinción básica y fundamental es muy distinta de ésta. Primero: Derecho estático; después, desde las XII tablas, reconocido legalmente para Occidente, Derecho dinámico. Son dos modos diversos de vivir y consideran el Derecho estático y dinámico (1). Culturas ahistóricas y cultura histórica o el Derecho como totalmente aprehendido en actos de revelación o como constantemente realizado en actos de elaboración. El Derecho manifestado inmutable y el devenir jurídico ininmovilizable. La irreformabilidad del Derecho en unos tiempos, la irreductibilidad del devenir al ser, en otros.

El Derecho primitivo era siempre el deber ser; el Derecho moderno no es nunca el deber ser estático en sí. El Derecho antiguo, que era plenamente, no podía alterarse; toda alteración era esencial y completa, era una sustitución; no podía imaginarse una continuidad jurídica; en

(1). V. Letelier: *Génesis del Derecho y de las instituciones civiles fundamentales*. Santiago de Chile y Buenos Aires, 1919, página 607: «Las instituciones y las ramas fundamentales del Derecho están, naturalmente, sujetas a la ley de una evolución permanente, como que su desarrollo jamás se ha paralizado.»

sí era y era intemporal. El Derecho era, ahora y siempre; se manifestaba siempre como eterno y no dejaba nunca de ser; al dejar de ser, dejaba de serlo ahora y antes; ni era, ni había sido derecho. No hay progreso ni superación en lo que es lo que debe ser, mejor dicho, cuando el deber ser, era.

Nó se ha puesto, desgraciadamente, bastante atención en el importante hecho de que en el Derecho primitivo la idea de un Derecho posterior no existe. El Derecho no tenía duración; el alma y la cultura toda era ahistorical; la posibilidad de un Derecho, no ya nuevo, sino posterior, no existía; la posterioridad implica la temporalidad y la duración consiguiente, y el Derecho primitivo era simplemente y la idea de un cambio le era en absoluto desconocida. Es éste uno de los más claros ejemplos de cómo puede incurrirse en gravísimos errores por empeñarnos en querer ver, lo para y según nosotros, natural y racional, en el fondo de realidades de culturas extrañas. No ya la exigencia, sino la presuposición de lo natural racional como criterio de lo real, nos ciega por completo, y así, algo tan evidente y racional para nosotros como el que el Derecho posterior abroga o deroga al anterior, afirmación que, sin detenernos a estudiarla, creemos una verdad racional y primaria en Derecho, es en absoluto desconocida e incognoscible para la mentalidad primitiva, donde el que creemos indispensable concepto de un Derecho posterior es totalmente ignorado y no puede concebirse.

El Derecho moderno es un proceso, un devenir, es y deja de ser en todo momento, según la lógica del devenir cultural, no puede oponerse al devenir como ser en sí. Hacerlo sería una contradicción lógicamente imposible, y además, en la materia que nós ocupá, la injusticia total, la parcialidad absoluta.

Pero en el Derecho primitivo es al contrario; allí no hay retroactividad, porque es un Derecho estático. No sólo los juristas, los sociólogos, han reconocido el carácter estático de los primitivos Derechos, por su naturaleza casi totalmente penal, y lo que es más importante aún a nuestro juicio, su carácter religioso (1). Es imposible,

(1) E. Durkheim. *De la division du travail social*. París, 1902, página 42: «En las sociedades primitivas, en que, como veremos, el Derecho es por completo penal...»; página 44: «... casi exclusivamente penal; por eso es tan estacionario»; página 59: «El Derecho penal en su origen era esencialmente religioso».

Summer-Maine: *L'ancien Droit*. París, 1874, página 347.

conciliar la retroactividad con la estética jurídica, la irreformabilidad, la permanencia de las costumbres y de las leyes (1).

El Derecho primitivo es irreformable; claro que esto no quiere decir que hubiese una inmovilidad imposible al espíritu, a pesar de la lentitud de la evolución económicosocialcultural de los pueblos primitivos. Una nueva revelación, un juicio de Dios, un cambio religioso, la conquista por otros pueblos con el triunfo de nuevas divinidades, daban lugar, no a su reforma, que era imposible, sino a su derrumbamiento instantáneo, su completa desaparición y pronto olvido, nada eran frente al deber ser que era.

Buen ejemplo de efectos de un juicio de Dios, a los que acabamos de referirnos, es la reforma hereditaria judía, de la que dice Domat (2): "La Ley que llama a la sucesión a las hijas juntamente con los hijos es una Ley enteramente natural (*sic!*); sin embargo, estaba en desuso (*sic!*) entre los judíos; en fuerza de otra Ley que Dios había dado, por la cual las hembras no sucedían a sus padres, cuando había hijos varones; y fué una cuestión digna de tener por Juez al mismo Dios, el saber si hallándose las hijas sin hermanos podían o no suceder en los bienes de sus padres, en cuyo caso determinó Dios que sucedieran" (3).

Puede verse, en efecto, en la Biblia la decisión divina, fundamentando la innovación legislativa, promovida con motivo de la reclamación de las hijas de Zelaphedad, y también como, coincidiendo con el criterio antiguo y lo que hemos sostenido, dado el origen de la alteración legal, ésta se aplica inmediatamente, es decir, aun en el caso dicho, en que había muerto el causante, siguiendo la Ley antigua y antes que la reclamación de sus hijas.

Roubier (4) considera improcedente el referir este ejemplo como relacionado con la retroactividad, pues, según él, se trata de derecho consuetudinario, y tanto en éste como en la jurisprudencia no se da

(1) Lombroso y Laschi: *Le crime politique et les révolutions*. París, 1892, tomo I, páginas 31 y 33: «En las legislaciones primitivas vemos al quebrantamiento de las costumbres constituir el máximo de delito y de inmoralidad.» Diodoró de Sicilia cuenta que vió en Bubasto una columna en la que había escrito: «Yo soy Isis, reina de todo el país; criada por Hermes, he establecido leyes que nadie puede abolir.»

(2) Villarrubias y Sardá: *Las leyes civiles en su orden natural*, arreglada para uso de los españoles. Barcelona, 1844, página 56.

(3) *Libro de los Números*, capítulo 27, versículos 1-6.

(4) P. Roubier. *Les conflits de lois dans le temps*. París. 2 tomos. 1929-1933, II, página 24.

la retroactividad, y afirma que no se trata de una Ley, diciendo: "Tenemos aquí una clara manifestación de la formación de la costumbre: las palabras "las hijas de Zelaphedad tienen razón" demuestran que es una sentencia dada, no una ley en el sentido moderno de la palabra, y no puede, pues, tratarse de retroactividad." Es cierto que se trata, como en todo el Derecho antiguo, de aplicación inmediata, no de retroactividad; pero en modo alguno admitimos su opinión, pues cuando Dios hablaba por boca del gran legislador Moisés a los hebreos, en una cuestión jurídica, dictaba una Ley. Y en este caso era nuevo Derecho y Ley dada por el supremo Juez-legislador, aunque no le parezca así al buen francés, por no ser parlamentaria, y se aplicaba por ser Ley, sin que sea preciso, como hoy lo sería para nosotros, el recurrir a desnaturalizarla en costumbre para poderla aplicar a lo pasado.

En el Derecho antiguo, el nuevo Derecho era y se aplicaba, no sólo en el futuro a lo acaecido con posterioridad, sino a las consecuencias y efectos de hechos y actos anteriores, y no se podía ni imaginar qué en nombre del Derecho se opusiese nadie al Derecho.

En el período más largo de la historia humana (1), aquel en que según nuestra fórmula el deber ser era, por lo mismo que el ser natural no se daba culturalmente aún, pues no era conocido, el cosmos todo estaba animado, no existía propiamente el ser, pues el hombre veía imágenes de su alma nebulosa en todo lo existente y todo íntima y extrañamente unido y relacionado con él y su grupo. Si empleamos los términos occidentales de los siglos pasados, podemos decir, por extraño que parezca, que la Naturaleza no era y el deber ser era a modo natural.

Por extraño que nos parezca, dada la amplitud cósmica de la cultura primitiva (2), las costumbres no son algo distinto de los hombres, sino el mismo ser del pueblo que las vive, y esto lo ve porque se impone, hasta un observador no jurista, Hurley, que dice (3): "Sus costumbres forman parte de su constitución física, del mismo modo que sus brazos y sus piernas."

El ser el deber-ser y el ser religioso, imponen al Derecho su abso-

(1) Bergman, en su obra *Das Verbot der rückwirkenden Kraft...* (Hannover, 1818). incluye en este período hasta todo el de la República romana.

(2) Ver nota número 1, página 752.

(3) F. Hurley: *Perlas y salvajes Mis avénturas entre los canibales y cazadores de cabezas de Nueva Guinea*. Barcelona, 1931 página 23.

luta irreformabilidad. Bien conocida es la atención prestada a esta inmutabilidad del Derecho primitivo por tantos y tantos escritores, Summer-Maine, Starcke, Morgan, Durkheim, Levy-Brühl, Lubbock, Lyell, Lavaleye, Fustel de Coulauges, Dareste, Tylor, Letourneau, Letelier, etc., etc. (1). Tal permanencia hacía que el Derecho pudiese dejar de serlo en bloque; pero lo que no podía ser es discutido: intentar la más mínima reforma era negarlo en absoluto, era un crimen (2).

El Derecho era algo sagrado: conocemos las precauciones de los antiguos legisladores, y el manifestar el Derecho como revelado para implantarlo y mantenerlo, y esto aun en Grecia, cuna de la civilización occidental antigua (3). En el bloque de diorita que contiene el llamado Código de Hammurabi, cuando la escritura había sustituido a la tradición oral y a las leyes en verso cantado, recurso nomenclátorio de las tribus primitivas, figura el Dios-Sol dando las leyes al Monarca.

El Derecho antiguo era estático; el nuevo Derecho será dinámico. Seguramente es Grecia, y según nuestra opinión, algo influída por Egipto, donde con Amasis y su célebre Asamblea legislativa, había triunfado, aunque pasajeramente, el principio del Derecho reformable, la que da ingreso en Europa al nuevo principio, aunque no tengamos su expresión en texto legal ninguno. Platón en el *Tectetes*

(1) Levy-Brühl: *Le surnaturel et la nature dans la mentalité primitive*. París, 1931, página 112: «Usos sagrados de los que depende periódicamente el bienestar y la felicidad del grupo.»—Durkheim: O. c., página 109: «Las costumbres de los antepasados se rodean de tanto respeto, que no se pueden derogar sin ser castigado.» Páginas 283 y siguiente: «Jamás han sido entre nosotros las costumbres de los antepasados objeto del culto supersticioso que se les prestó en Roma «*λατρεία παρόντων*» del Derecho ateniense, oponiéndose a toda innovación. Aun en tiempos de Aristóteles se discutía aún si era un bien cambiar las leyes vigentes para mejorarlas, y el filósofo no se pronuncia por la afirmativa sino con la mayor circunspección. (*Pol.*, II, 8. 1.268 b, 26).—Letelier: O. c., página 590: «Toda innovación tiene por efecto algún mal»; página 600: «La tolerancia es un crimen, y un principio fundamental del orden social la inmodificabilidad del régimen consuetudinario».

(2) P. Inérin: *L'idée de justice dans la conception de l'Univers chez les premiers philosophes grecs. De Thalés a Héraclite*. París, 1934, páginas 11 y 26.—Lombroso y Laschi: O. c., tomo I, páginas 11-31.

(3) Filangieri: *Ciencia de la legislación*. Madrid, 1822, tomo I, páginas 56 y siguientes: «Homero nos dice que Minos, de nueve en nueve años hacia un viaje a la cueva de Júpiter, haciendo creer que en ella esta divinidad le inspiraba las leyes que después dictaba a los cretenses. Zamolsis en Tracia y Zalenco en la Locria quisieron igualmente apoyar sus leyes en la autoridad del cielo» «Licurgo atribuyó sus leyes a Apolo.»—Letelier: O. c., página 642: «En realidad nunca hubo en parte alguna ningún gran legislador que pretendiese inventar el Derecho»

hace decir a Sócrates "cuando damos leyes, las damos como debiendo ser útiles en una época ulterior", es decir, para el futuro, y al par también, contra la aplicación inmediata y general de las leyes, se empiezan a elevar protestas del individuo y sus derechos y empieza a abrirse paso el principio de la irretroactividad, como hoy decimos.

De igual modo la noción del pasado, como algo naturalmente excluido de los efectos de un juicio práctico posterior, es reconocida, y por ello la finalidad de la sanción se reconoce también como un efecto posterior. Así dice Protágoras, en el diálogo de su nombre de Platón. "quien trata de castigar con fruto, no hiere a causa del pasado—*pues lo hecho, hecho está*—, sino en privisión para el porvenir, con objeto de que el culpable ni los que son testigos de sus acciones caigan en la tendencia de imitar ejemplo tan funesto". Igual sentimiento expresara después Cicerón, en su defensa de Piso, lo pasado es inmutable, está fuera de nuestro alcance, *quoniam præterita mutare non possumus*.

ANTONIO MARÍN MONROY.

Notario

# Las segundas copias como título para la inmatriculación

## BRÉVE COMENTARIO A LA ORDEN DE 1 DE JULIO DE 1943

En la Orden de 1 de julio de 1943 se determina que "para las inmatriculaciones que, cerrado el período de reconstitución, se soliciten en los Registros de la Propiedad destruidos, al amparo del párrafo tercero del art. 20 de la Ley Hipotecaria, se admitirán y serán bastantes a producir la inscripción con las limitaciones establecidas en el párrafo cuarto, las segundas copias de escrituras matrices relativas a inmuebles no reinscritos, libradas con tal finalidad en la forma prevenida en el artículo 15 de la Ley de 5 de julio de 1938 y acompañadas de los documentos complementarios, sin necesidad de publicar edictos si por la fecha del título resultare aplicable lo dispuesto en el último párrafo del art. 90 del Reglamento Hipotecario".

En esta disposición—la primera que usa el término técnico "inmatriculaciones", aunque luego aplica con el mismo sentido el de "inscripción"—se atribuye a las segundas copias el mismo efecto que a las primeras, en cuanto a su acceso al Registro de la Propiedad, mediante la concurrencia en las mismas de las siguientes condiciones y requisitos:

### 1.<sup>a</sup> Que se trate de inmatriculaciones.

Ello resulta, tanto de las dicciones con que empieza la Orden comentada, o sea, "para las inmatriculaciones que se soliciten...", como de los vocablos que emplea luego, o sea, "segundas copias de escrituras matrices relativas a inmuebles no reinscritos..."

### 2.<sup>a</sup> Que se trate de Registros de la propiedad destruidos.

### 3.<sup>a</sup> Que esté cerrado ya el período de reconstitución del Registro.

4.<sup>a</sup> Que estén libradas, las segundas copias, en la forma prevenida en el art. 15 de la Ley de 5 de julio de 1938.

Ahora bien. El art. 15 de la Ley de 5 de julio de 1938, se limita, en cuanto al aludido requisito de forma, a establecer que las segundas copias *se libren a instancia de parte interesada, para la reconstitución de los Registros de la Propiedad, haciéndolo constar así al final de las mismas.*

Añade el referido artículo, que *estas copias, una vez inscritas, tendrán efectos ejecutivos.*

5.<sup>a</sup> Que se acompañen los documentos complementarios.

6.<sup>a</sup> Que precisa la publicación de edictos si por la fecha del título no resultare aplicable lo dispuesto en el último párrafo del art. 90 del Reglamento Hipotecario.

Estos dos últimos requisitos no implican novedad alguna sino confirmación de la legalidad vigente en este particular.

\* \* \*

La Orden comentada provoca, entre otros, los tres siguientes problemas:

A) *¿Cómo ha de cumplirse la condición 4.<sup>a</sup>?*

B) *¿Producen efectos ejecutivos las segundas copias a que se refiere la Orden de 1 de julio de 1943?*

C) *¿Constituye dicha Orden una novedad en nuestro sistema hipotecario?*

\* \* \*

A) *¿Cómo ha de cumplirse la condición 4.<sup>a</sup>?*

No creemos que sea posible cumplir dicha condición, pues la Orden comentada se refiere, concretamente, a Registros destruídos *cuyo periodo de reconstitución haya sido cerrado*; en cambio, la condición aludida en dicha Orden y establecida en el art. 15 de la Ley de 5 de julio de 1938, consiste precisamente en que las segundas copias *se libren para la reconstitución de los Registros de la Propiedad, haciéndolo constar así al final de las mismas.*

Quizá la Orden comentada quiere referirse, aunque no lo haga, a que dichas segundas copias pueden librarse sin los requisitos que para ello exige el art. 18 de la Ley del Notariado y exigía el art. 305 del

Reglamento notarial anterior al vigente, pero que no exige ya el artículo 233º de éste, no tratándose de segundas copias que tengan que producir efectos ejecutivos.

B) *¿Producen efectos ejecutivos las segundas copias a que se refiere la Orden de 1 de julio de 1943?*

No lo creemos así, pues ni la Orden comentada lo determina expresamente, ni su expresión en la misma tendría la eficacia de dar efectos ejecutivos a las segundas copias, ya que ello supondría que, por una simple Orden, se derogara precepto tan importante como el artículo 1.429 de Ley procesal civil que, terminantemente, niega efectos ejecutivos a las segundas copias (expedidas sin los requisitos del artículo 18 de la Ley del Notariado), con la finalidad de proteger al deudor que ha pagado ya su débito contra el antiguo acreedor que pretendiera injustamente repetir el cobro.

Y no se puede reargüir que el art. 5º de la Ley de 15 de julio de 1938 atribuye a estas copias, una vez inscritas, efectos ejecutivos; por los siguientes motivos:

1. Porque dicha disposición es una Ley, no una Orden.
2. Porque dicha disposición lo determina expresamente, no haciéndolo así la Orden de 1 de julio de 1943.
3. Porque dicha disposición se dictó como remedio heroico exigido por la reconstitución de los Registros cuyos libros habían sido destruídos en circunstancias de extraordinaria anormalidad, y sólo para el período de reconstitución de dichos Registros, no para después de cerrado dicho período, como la Orden de 1 de julio de 1943.

C) *¿Constituye dicha Orden una novedad en nuestro sistema hipotecario?*

Descartada ya la posibilidad de que dicha Orden atribuya efectos ejecutivos a las segundas copias, sinceramente confesamos que no vemos que la misma constituya una novedad en nuestro sistema hipotecario. Se limita a aplicar el caso concreto de las inmatriculaciones, la doctrina y las disposiciones mismas que ya regían sobre este particular, en cuanto a las segundas copias.

A tenor del art. 233 del Reglamento notarial pueden expedirse segundas copias sin los requisitos que para ello exige el art. 18 de la Ley del Notariado, siempre que con ellas no se trate de obtener efectos ejecutivos. No tratándose, pues, de obligaciones exigibles ejecutivamente (constitución de hipoteca, precio aplazado, etc.), las segundas copias tienen el mismo valor que las primeras. Así lo establece terminantemente dicho artículo.

Por tanto, no sólo para las inmatriculaciones de fincas, sino que también para la inscripción de derechos sobre las mismas, pueden utilizarse las segundas copias, y ello no sólo para los Registros cuyos libros hubieran desaparecido o sido destruidos, sino para todos. Unos sencillos ejemplos lo aclararán:

a) *Registros cuyos libros fueron destruidos.*

1. *Inmatriculación.*

Mediante segunda copia de escritura matriz de fecha anterior a la vigencia de la Ley de 1 de enero de 1932 (según el art. 90 del Reglamento Hipotecario, aunque en realidad debe de referirse a la Ley de 18 de febrero de 1932), podrá inmatricularse el inmueble, sin necesidad de la publicación de edicto; si se trata de escritura matriz de fecha posterior, la segunda copia podrá inmatricularse con la formalidad de la publicación de dicho edicto.

2. *Inscripción.*

Inmatriculado el inmueble, podrá tener acceso al Registro la segunda copia de la escritura de venta otorgada por el titular dominical del inmueble matriculado (que conjuntamente con la inmatriculación del inmueble obtuvo la inscripción de su derecho de dominio sobre el mismo) a favor del comprador, a quien le fué destruida la primera copia.

b) *Registros cuyos libros no hubiesen sido destruidos.*

1. *Inmatriculación.*

Si el inmueble no está inmatriculado, el adquirente del mismo, por escritura pública (en la que consten las circunstancias y título o títulos de adquisición del transmitente) podrá obtener la inmatriculación del inmueble adquirido y la inscripción de su derecho sobre el mismo mediante segunda copia de su título adquisitivo.

*2. Inscripción.*

Si se trata de inmueble ya inmatriculado, el adquirente de quien en el Registro figure como titular, podrá obtener la inscripción de su título adquisitivo, mediante segunda copia del mismo, si la primera (sin haber sido inscrita) hubiese desaparecido.

\* \* \*

En resumen: repetimos que si la Orden de 1 de julio de 1943 no abre la puerta del Registro, con efectos ejecutivos, a las segundas copias (lo cual, por las razones indicadas no creemos posible), no vemos que dicha disposición implique propiamente ninguna novedad ni reforma en nuestro sistema notarial e hipotecario, sino sólo la confirmación, para el caso concreto de las inmatriculaciones, de la doctrina reglamentar a sobre la igualdad de valor de las primeras y segundas copias en cuanto a su aptitud para provocar asientos en el Registro de la propiedad.

R. NEGRE BALET.

Notario.

## Jurisprudencia de la Dirección general de los Registros y del Notariado

CANCELACIÓN DE HIPOTECAS EN GARANTÍA DE TÍTULOS EMITIDOS  
EMITIDOS AL PORTADOR. POSIBILIDAD DE EFECTUARLAS POR LAS  
LLAMADAS ASOCIACIONES, SINDICATOS O SOCIEDADES DE OBLI-  
GACIONISTAS, PREVIA LA FORMA DE DAR CARTA DE NATURALEZA  
A ESTOS ORGANISMOS DE COLABORACIÓN Y DEFENSA EN EL DE-  
RECHO ESPAÑOL. ¿HAY TÉRMINOS HÁBILES PARA CANCELAR LAS  
REFERIDAS HIPOTECAS, DEJANDO SUBSISTENTE LA OBLIGACIÓN;  
O SEA, SIN QUE CONSTE EL PAGO, O, EN SU DEFECTO, LA CONSIG-  
NACIÓN DEL IMPORTE Y, EN SU CASO, LA MODIFICACIÓN O INUTI-  
LIZACIÓN DE LOS TÍTULOS-VALORES?

*Resolución de 21 de julio de 1943. "B. O." de 17 de septiembre.*

En escritura que autorizó en Madrid el que fué su Notario don Mateo Azpeitia, el 6 de noviembre de 1928, la Sociedad Anónima "Los Remedios" emitió 14.000 obligaciones al portador, amortizables en el plazo máximo de veinticinco años, de un valor individual de 500 pesetas, para cuya seguridad hipotecó determinada finca, figurando entre sus cláusulas una en la que se consignó que los poseedores de las obligaciones que mediante la escritura se emiten, se considerarán como sindicados, constituyendo una mancomunidad de derechos que se titulará "Sindicato civil de obligacionistas de Los Remedios". Este Sindicato, con personalidad jurídica plena y distinta de la de sus asociados, tendrá por objeto la defensa de los intereses de los tenedores de las obligaciones de la S. A. "Los Remedios" ante la misma y se regirá por un Comité directivo. La Junta de obligacionistas podrá

convenir con la S. A. "Los Remedios" todos aquellos pactos que sean convenientes, pudiendo incluso variar las condiciones acordadas de emisión de las obligaciones, con las dos únicas excepciones siguientes:  
a) el interés de las obligaciones, que siempre será fijo e inalterable;  
b) el tiempo máximo de amortización y el pago íntegro del capital, que igualmente no podrán ser alterados.

Los Estatutos del expresado Sindicato, en los que figura transcrita la aludida cláusula, fueron presentados en la Dirección General de Seguridad a los efectos de la Ley de Asociaciones.

La Junta general del Sindicato de obligacionistas, en sesión extraordinaria que al efecto celebró, adoptó, entre otros, el acuerdo de "autorizar y fáctular al Comité directivo para que, en nombre de los obligacionistas y en el del Sindicato, otorgue la escritura o escrituras de cancelación de cuantas hipotecas aparezcan constituidas a favor de los obligacionistas". Y a su vez dicho Comité, en oportuno acuerdo, delegó en su Presidente para que en su nombre y representación otorgase escritura de poder a favor del Letrado D. L. B., confiriéndole las autorizaciones y facultades que al Comité le había otorgado la Junta de obligacionistas. Todo lo cual resulta de la escritura de poder otorgada por el Presidente del Comité a favor de dicho Letrado el 10 de octubre del pasado año, ante el Notario de Madrid D. Cándido Casanueva.

Con tales antecedentes, el repetido Letrado, en representación del Sindicato civil de obligacionistas de la S. A. "Los Remedios", y habida cuenta—se dice—que en la escritura de constitución de hipoteca, en garantía de obligaciones al portador—cláusula 14—, se había previsto el caso de que aquella tuviese que ser cancelada total o parcialmente para que fuese posible el cumplimiento de los Decretos referentes al plan de mejora del Puerto de Sevilla, canceló en todas sus partes la hipoteca que garantizaba el valor de las obligaciones emitidas al portador, mediante escritura que autorizó el Notario de Sevilla D. Fulgencio Echaide, el 5 de noviembre de 1942.

Presentada primera copia de la escritura de cancelación en el Registro del Mediodía de dicha capital, se extendió por su titular la siguiente nota: "No admitida la cancelación de hipoteca en garantía de obligaciones emitidas al portador, al que se refiere este documento, porque la misma no se ha verificado conforme a lo dispuesto en el artículo 82, párrafo 4º de la Ley Hipotecaria."

Entablado recurso gubernativo, la Dirección, confirmando el auto del Presidente de la Audiencia que ratificó la nota del Registrador, sienta la siguiente interesantísima doctrina:

— Que con la finalidad de agrupar en forma orgánica a los obligacionistas, favorecer la emisión y negociación de obligaciones, dar facilidades a los deudores para recoger o modificar, en ventaja para todos, los títulos emitidos y atenuar las dificultades que el régimen hipotecario presenta en orden a la cancelación, alteración y subrogación de los gravámenes constituidos a favor de los futuros poseedores de los títulos—valores—, se han introducido en la práctica jurídica las llamadas Asociaciones, Sindicatos o Sociedades de obligacionistas que, en relación directa con las empresas deudoras, se hallan facultados para transformar los títulos, reducir los intereses o convertir los fijos en variables, acumular los atrasados, condonarlos o capitalizarlos, así como para prorrogar la amortización, suspender los sorteos, anticipar los reembolsos, formalizar los títulos inscribibles en el Registro de la Propiedad y aún para adoptar otros acuerdos que repercutan en la vida social de la Compañía deudora, tales como los relativos a la redención de su capital, la contratación de nuevos empréstitos y el cambio de objeto o fines sociales.

Que si se ha de dar carta de naturaleza en el Derecho español a estos organismos de colaboración y defensa, deben, por de pronto exigirse como mínimos requisitos de su constitución la escritura pública en qué el Notario, sin resolver la *vexata quæstio* relativa a sus características civiles o mercantiles, las ponga de relieve, y la inscripción de tal escritura en el Registro Mercantil, al amparo del num. 2º del artículo 107 de su Reglamento, para colochar bajo la competencia, juicio y calificación de un funcionario directamente relacionado con la vida mercantil, las múltiples cuestiones aludidas.

Que también se imponen como necesarias, cuando se trate de obligaciones hipotecarias y al portador, de un lado, la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura constitutiva del Sindicato en cuánto haya de afectar a la situación jurídica de los inmuebles o crear un órgano de disposición, que, sin interés propio, proteja a los futuros tenedores de las obligaciones, y de otro lado, la sucinta relación en los títulos emitidos de las cláusulas fundamentales cuyo conocimiento es imprescindible para medir el alcance del compromiso contraído por el adquirente.

c. Que así constituidos los Sindicatos de Obligacionistas, se les podrá dar acceso al Registro de la Propiedad a modo de fiduciarios, órganos de disposición o comisarios de facultades representativas análogos a los "Trustees" del Derecho Inglés o al "Treuhänder" alemán; aunque acaso fuera más eficaz el nombramiento de un Banco, Establecimiento de Crédito, Caja de Ahorros o Corporación pública para defender y garantizar al portador de cédulas y para actuar en nombre del deudor hipotecante.

- Que en cuanto a la manera de operar o desenvolver sus iniciativas los Sindicatos en cuestión, es indispensable además exigir, en primer lugar, una seria reglamentación para que las convocatorias tengan publicidad, las reuniones plenas garantía y el *quorum* densidad o representación suficiente, y en segundo término, que se adopten las medidas adecuadas para que no puedan ser negociados o circular libremente los títulos retirados, reducidos, modificados o anulados, con mengua del crédito público y del prestigio de régimen hipotecario.

- Que los Estatutos del Sindicato civil de Obligacionistas de la S. A. "Los Remedios", presentados en la Dirección General de Seguridad, no se ajustan a los requisitos que, dado el espíritu de nuestra legislación hipotecaria y los razonamientos expuestos, pudieran justificar un trato privilegiado y que tampoco cabe aplicar en el caso presente el párrafo 1.º del art. 82 de la Ley Hipotecaria: 1.º, porque así se infiere de lo declarado por este Centro Directivo en la Resolución de 30 de septiembre de 1890, dictada con audiencia del Consejo de Estado, y en las de 3 de febrero de 1898 y 9 y 19 de noviembre de 1908. 2.º, porque estudiados los antecedentes respectivos, el criterio del legislador, sin ser opuesto expresamente a la admisión de medios cancelatorios distintos de los que la Ley especialmente señala, no parece favorable a conceder eficacia a aquellos medios, como se deduce del hecho de haber sido suprimido el último párrafo que figuraba en el proyecto del citado art. 82, en el cual se autorizaba la posibilidad de establecer otros procedimientos de cancelación de la hipoteca cuando se otorgare la escritura de emisión de obligaciones. 3.º, porque dadas la indeterminación del titular y las características del título—valor—, no cabe suscitar al tiempo de efectuar la cancelación los graves problemas sobre consentimiento que se producirían si se aplicase el párrafo 1.º del mismo artículo 82, y por esto la Ley dispone que la cancelación conste en acta notarial y no exige la escritura pública, que es el documento idóneo

para autenticar declaraciones jurídicas de voluntad. 4.º, porque aunque en una hipoteca ordinaria pueda el acreedor renunciar a la garantía hipotecaria, consentir en la cancelación de la inscripción de la hipoteca y confrmarse con la mera obligación personal, esto resultaría más peligroso, tratándose de títulos al portador, mientras no conste el pago o, en su defecto, la consignación del importe y, en su caso, la modificación o inutilización de los títulos, pues sin examinar la mayor o menor solvencia de la Sociedad Anónima "Los Remedios", la constitución en el mercado de tales títulos crearía una situación anómala que podría producir quebrantos en el crédito territorial. 5.º, porque después de cancelada la hipoteca, otros acreedores de la Empresa podrían proceder contra toda o parte de la finca que había estado afecta al gravamen y, en definitiva, resultar lesionados los derechos de los tenedores de los títulos al portador. 6.º, porque si el interés general, invocado por el recurrente, requiere que la Junta de Obras del Puerto de Sevilla o el Ayuntamiento de dicha capital ocupen parte de la finca hipotecada, medios les concede para ello la legislación sobre expropiación forzosa por causa de utilidad pública, tramitando al efecto expedientes en los cuales se salvaguarden los derechos de la Compañía propietaria del inmueble y los de los acreedores hipotecarios. Y 7.º, porque en la referida escritura de emisión de obligaciones no sólo no se facultó al Sindicato de Obligacionistas para cancelar totalmente la hipoteca sin satisfacer antes su importe, sino que se le prohibió terminantemente alterar todo lo relativo al interés de las obligaciones, al tiempo máximo de la amortización y al pago íntegro del capital.

\* \* \*

Una somera lectura de lo extractado y, sobre todo, de los magníficos Considerandos transcritos apercibirá al que lo hiciere de la trascendencia que puede tener la Resolución precedente.

Aunque al decir de Roca Sastre el Sindicato de Obligacionistas es figura jurídica que va tomando carta de naturaleza en nuestro país, es ahora en realidad cuando se sientan los jalones para que puedan tener un oficial reconocimiento.

¿Pero cuál configuración jurídica ha de ser adoptada por los mismos? La Dirección tan sólo parece exigir la "Escritura pública", pero como los denomina indistintamente Asociaciones o Sociedades no

parece pueda ser un obstáculo el dilucidar cuál forma precisa han de adoptar en definitiva.

Muy debatido en la doctrina francesa, recordamos—entre otros—la opinión de Trouillot et Chapsal (1) cuando dicen que el contrato creador de una tal Sociedad o Asociación mejor que encuadrarlos en cualquiera forma de éstas, sea considerarlo como una convención *sui generis*, un contrato innominado. Según ellos, el fin perseguido por estos grupos no es un fin de especulación, ni la realización de un provecho apreciable en dinero. Y no proponiéndose los interesados directamente la realización de beneficios mal puede hablarse de sociedades. Por ello es por lo que opinan puede contemplarse el caso a través del artículo 1.107 del Código civil francés.

Sin embargo, J. Demay (2) entiende que esta teoría del contrato innominado, defendible jurídicamente antes de la Ley de 1901, no puede sostenerse ahora. En ella, al dar un estatuto civil a las Asociaciones, se ha consagrado definitivamente una división bipartita de grupos, es decir, según sea su finalidad la participación o no de beneficios.

Pero, como dice P. Kayser (3), refiriéndose de una manera general a todos los grupos nuevos, "en tanto que sus rasgos originales no se hayan diferenciado en una práctica constante entre los estatutos de la Asociación o Sociedad, las formas variadas de esta última constituyen el refugio provisional al abrigo del cual irán delimitando sus características todos los nuevos grupos".

Esta es también la opinión—referente a nuestra Patria—del ilustre mercantilista Sr. Garrigues, el cual llega a encuadrar en el tipo de las anónimas a esta suerte de Sociedades formadas por un Sindicato de Obligacionistas. Entiende que en el Sindicato hay la aportación de un bien: el obligacionista transfiere al Sindicato la acción individual que como acreedor le corresponde y la transferencia se realiza mediante la aportación de los títulos como condición para el ejercicio de la acción colectiva que compete al Sindicato en sustitución de la acción individual de los obligacionistas. Y cómo ocurre con el título de acción en la Sociedad Anónima, también con el título de obligación va incorporada la cualidad del miembro del Sindicato. Como en la Socie-

(1) Trouillot et Chapsal: *Dù contrat d'association*.

(2) J. Demay: *La condition juridique des Cartels internationaux*.

(3) M. P. Kayser: *Sociétés et associations* (thèse).

dad Anónima, hay también en el Sindicato administración por medio de mandatario amovible (Comité directivo del Sindicato). Finalmente, la voluntad colectiva se expresa mediante un órgano adecuado, como es la Junta General de Obligacionistas.

Las características del *Treuhänder* o fiduciario ya han sido dibujadas en esta REVISTA (IV-365) al discutir el tema del titular hipotecario y en otras ocasiones.

El Derecho suizo, tan cercano al alemán, presenta, sin embargo, particularidades interesantísimas. Los grupos que se creen adquieren personalidad por su inscripción en el Registro de Comercio, escogiendo entre las diferentes formas de sociedades aquellas más idóneas según su objeto o necesidades.

Por último, respecto a la segunda parte o interrogación del enunciado, la lectura del art. 82 de la Ley y el último Considerando son sobradamente expresivos y excusan todo comentario.

SOBRE CONSULTA FORMULADA POR EL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD DE MANRESA, CON ARREGLO A LA LEY DE 5 DE NOVIEMBRE DE 1940 Y A LA ORDEN MINISTERIAL DE 7 DE JULIO SIGUIENTE.

*Resolución de 27 de julio de 1943. "B. O." de 23 de agosto.*

Presentada instancia en el Registro de Manresa en solicitud de que se inscribieran determinados inmuebles a nombre de los hijos de un heredero testamentario asesinado por los marxistas, conforme al párrafo segundo del art. 17 de la Ley de 5 de noviembre de 1940, dejando sin efecto la inscripción de tales bienes a favor de los herederos abintestato del testador contra los que—por la representación de los solicitantes que son menores—se había promovido juicio declarativo ante el Juzgado de Primera Instancia de dicha ciudad, conforme al precepto legal citado y anotada la demanda en el Registro; pero en tal estado la cuestión se publicó la Orden de 7 de julio de 1941, expresiva de no ser necesaria declaración judicial alguna para acreditar el derecho de quienes—como en el actual caso—suceden por representación al llamado en el testamento que recobra su eficacia, por lo que dejó de instarse el juicio y se formuló en su debido plazo la referida instancia con la expresa suspiria de inscripción de los bienes a favor de los hijos

del heredero testamèntario asesinado por su adhesión al Glorioso Movimiento Nacional, acompañándose a la misma cuantos documentos son necesarios en prueba de lo relacionado; el titular del citado Registro elevó la instancia y documentos que se acompañan al Centro Directivo pór entender qué trámitándose en el Juzgado juicio declarativo en súplica de la nulidad de la declaración de herederos, de la cancelación de las inscripciones efectuadas a consecuencia de la misma y de la inscripción à favor de los hijos del heredero asesinado y acordada la anotación de la demanda, era el Juzgado el llamado a conócer de la petición hecha en la instancia, y en la duda, de que sea aplicable otro criterio dentro del supuesto del número tercero de la Orden de 7 de julio de 1941, remitía los documentos a la Superioridad, la cùal ha resuelto que planteada la cuestión ante los Tribunales de Justicia y anotada la demanda en el Registro, se hallan garantizados todos los interesados en la herencia y hasta que, por desistimiento u otra causa legal, se concluya el juicio entablado y la anotación preventiva tomada se deja sin efecto, no procede alterar ni modificar la situación hipotecaria.

Véase, a más, la Resolución de 28 de mayo del año actual, número 183 de la REVISTA.

ANOTACIÓN DE DEMANDA. ES DE LA INCUMBENCIA DEL JUEZ ORDENAR SU PRÁCTICA CONFORME AL ART. 43 DE LA LEY HIPOTECARIA, EN CORRESPONDENCIA CON EL NÚMERO PRIMERO DEL ARTÍCULO 42 DE LA MISMA, SIN QUE LOS REGISTRADORES TENGAN FACULTAD PARA REVISAR LAS PROVIDENCIAS DICTADAS SOBRE MATERIA DE TAN CAPITAL IMPORTANCIA PARA LA DEFENSA DE LOS DEMANDANTES.

*Resolución de 9 de agosto de 1943. "B. O." de 26 de agosto.*

Interpuésta demanda de mayor cuantía sobre rescisión de un contrato de préstamo hipotecario y fianza, fundada en la falta de pago de intereses devengados, no obstante haber sido requeridos los deudores, que tampoco ingresaron las cantidades por el impuesto de derechos reales, á cuyo pago venían obligados, por lo que no pudo inscribirse la hipoteca en garantía de dicho préstamo sobre dos fincas,

urbanas radicantes en la demarcación hipotecaria de los Registros del Norte y Occidente de Madrid, y solicitada la anotación de la demanda, conforme al número primero del art. 42 de la Ley sustantiva, a lo que se accedó por el Juzgado, fué suspendida la misma por los titulares de los citados Registros por no resultar inscrita la hipoteca que garantizaba los préstamos cuya rescisión se pretendía.

Entablado recurso, la Dirección, ratificando el auto del Presidente que revocó las notas de los Registradores, ha declarado lo que en extracto aparece en el enunciamiento, añadiendo por lo que al presente recurso se refiere, que si es cierta la declaración de los Registradores relativa a que la hipoteca, por no haber sido todavía inscrita la escritura correspondiente, no había sido establecida o constituida definitivamente en la forma ordenada por los arts. 146 de la Ley fundamental y 1.875 del Código civil, también ha de tenerse en cuenta, que, según el auto apelado afirma con dudosa referencia, podrían ventilarse en el pleito extremos relativos a la constitución perfecta de la hipoteca y a su contenido y vencimiento, que, unidos a la posibilidad de llevar al Registro la escritura de préstamo o hipoteca, como se hizo y acreditan las certificaciones expedidas para mejor proveer, colocaban al Juez en la necesidad procesal de decretar las anotaciones suspendidas.

REGISTRO MERCANTIL. EN LAS ESCRITURAS DE CONSTITUCIÓN DE SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, EL HABER SOCIAL DEBE QUEDAR DETERMINADO DE MANERA CLARA Y PRECISA CON EL FIN DE QUE PUEDA SERVIR DE GARANTÍA A LOS acreedores.

*Resolución de 11 de agosto de 1943. "B. O." de 14 de septiembre.*

Ante el Notario de Lalín, D. Francisco Trabado, se otorgó escritura de constitución de Compañía de responsabilidad limitada, con sujeción a los estatutos que se insertaban, entre los que figura el siguiente: "El capital de la Compañía es de 300.000 pesetas, representado por las aportaciones de los socios. Cada uno de éstos tendrá en aquél una cuota de interés o participación equivalente a su tercera parte, que ascenderá, por tanto, a 100.000 pesetas."

Presentada primera copia de la misma en el Registro de Pontevedra, fué suspendida su inscripción por no constar aportado el capital a la Caja social, requisito propio de las Compañías limitadas.

Entablado recurso por el Notario autorizante de la escritura, la Dirección confirma la nota del Registrador, declarando: que fundadá exclusivamente la nota calificadora en que no consta aportado a la Caja social el capital de la Compañía "Golvalón, S. L.", la decisión de este recurso debe contrárse a tal extremo, teniendo en cuenta, al efecto, que las Sociedades de responsabilidad limitada que mencionan el art. 108 del Reglamento del Registro Mercantil y el art. 2.<sup>º</sup> de la Ley Reguladora de la Contribución sobre Utilidades, carecen de organización legal y funcionan al amparo del criterio de libertad que, con mayor o menor fundamento, pretende inferirse del art. 117 del Código de comercio, con absoluta falta de garantías y con posibilidad de eludir, por una parte, los preceptos formales de las Sociedades anónimas, y, por otra, las normas sobre responsabilidad aplicables a las colectivas; que esta nueva forma social constituye, no obstante lo consignado, una realidad del comercio, de la práctica notarial y de la jurisprudencia de los Tribunales y tiene el antecedente en el Derecho patrio de que uno de los proyectos de reforma del Código de comercio elaborado por la Comisión General de Codificación, las regulaba y prescribía para su constitución, entre otros requisitos referentes al capital, que en la escritura pública fundacional figurase la cuantía de las aportaciones de los socios, con expresión de si se habían efectuado en dinero o en otra clase de bienes o derechos y, en este caso, qué se insertase en la escritura certificación acreditativa de su valoración y se hiciese constar, además, que los socios serían solidariamente responsables con relación a tercero de la estimación asignada a tales aportaciones, las cuales deberían, al constituirse la Compañía, hallarse totalmente suscritas y desembolsadas. Que las Sociedades de responsabilidad limitada, que en su número y capital alcanzaron gran desarrollo, han dado lugar a un importante movimiento legislativo en el derecho extranjero, del cual merecen citarse: la Ley alemana de 19 de mayo de 1892, que aceptó que el principio de fijación de límite a la responsabilidad, característico en las Compañías anónimas, sea aplicable a las limitadas; la Ley francesa de 7 de marzo de 1925, que entre las Sociedades de personas y las de capitales, reconoce dicha variante, así bien en orden a su capital establece un mínimo irreductible y, con más rigor que la legislación germánica dispone que, para que la Sociedad quede efectivamente establecida las cuotas sociales estén dis-

tribuídas entre los socios y liberadas, lo mismo que las aportaciones en especie, coincidiendo, aunque no en la sanción, con algún proyecto italiano sobre la materia; y el hecho de que al revisar en Suiza el Derecho de obligaciones, se intentó incorporar al mismo la repetida forma social y en sus proyectos para su regulación, al tratar de las aportaciones, se estima procedente crear una responsabilidad solidaria de cada socio con todo su patrimonio hasta la suma del capital suscrito. Que para reputar válidamente constituida una Sociedad de responsabilidad limitada, mientras no desaparezca la laguna existente en nuestras leyes, no sólo es indispensable que conste en escritura pública, sino que, además, para que ésta sea inscrita en el Registro Mercantil es necesario, por el carácter de Sociedades de capitales que las limitadas comparten con las anónimas y porque puede identificarse el régimen de responsabilidad de ambas, que aquéllas aparezcan con una base matrimonial firme, para lo cual el haber social debe quedar determinado de manera clara y precisa en la escritura, con el fin de que pueda servir de garantía a los acreedores, y, por lo tanto, la estipulación contenida en el art. 9.<sup>o</sup> de los Estatutos del documento calificado, según el cual las 100.000 pesetas "parte del capital imputado a cada socio, será desembolsado en metálico en los plazos, cuantía y condiciones que acuerde la Junta de sus componentes", es insuficiente, porque, aunque no se estime incursa en la prohibición del párrafo final del art. 119 del Código de comercio, con ella podría darse por cerrada la fase fundacional de la Sociedad sin haber verificado desembolso alguno de las participaciones suscritas y porque se podrían sustraer a la publicidad los plazos y condiciones en que tal desembolso se lleve a cabo, extremos que son esenciales para la vida jurídica de la empresa, toda vez que admitida la figura social de responsabilidad limitada, es forzoso que en su constitución y desenvolvimiento se procure garantizar el interés de tercero.

G. CÁNOVAS COUTIÑO

Registrador de la Propiedad.

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Especial

### SENTENCIA DE 2 DE JUNIO DE 1943.—*Desahucio y facultad de consignar la renta.*

Marcada por el Decreto de 29 de diciembre de 1931 la separación entre los arrendamientos de fincas urbanas que exceptuaba de sus disposiciones para que continuaran otorgándose con absoluta libertad y engendrasen acciones que en su ejercicio no habrían de regirse por aquéllas, y los que como no exceptuados quedaban sometidos a las mismas, preceptuó en su art. 4.<sup>º</sup> que únicamente por falta de pago podrán los arrendadores a quienes sea aplicable el Decreto utilizar contra sus inquilinos la acción de desahucio en la forma regulada por la legislación común y el inquilino evitar aquél, consignando el descubierto en el Juzgado dentro del término del tercer día, contando desde el siguiente al de la citación, *de donde se sigue que esta especial facultad, no concedida a los arrendatarios por la Ley común, sólo es aplicable a los desahucios cuya acción dimane de contratos a los que sean de aplicación las disposiciones del Decreto.*

### SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 1943.—*Congruencia y concurso de normas.*

Si bien el principio de la congruencia obliga al sentenciador a resolver sobre la acción o acciones ejercitadas, se hace preciso distinguir a los efectos de aplicación de dicho principio el *título o causa de pedir y la norma legal* que con mayor o menor acierto pueda ser invocada como base de la pretensión, por lo cual, alegada en la demanda como fundamento de la reclamación formulada el hecho de que P., por haber percibido cantidad que no era debida a él, sino al actor, debía restituir-

la o pagarla a éste, resulta evidente que, al estimarse en la sentencia aquella petición con absoluto respeto a los hechos establecidos, la concurrencia de diversas normas jurídicas reguladoras de la relación permite al Tribunal de instancia, sin vulneración del principio de la congruencia, aplicar de aquéllas las que estime adecuadas, como ya declaró esta Sala en sentencia de 9 de diciembre de 1940 y 27 de abril de 1942.

#### SENTENCIA DE 5 DE JUNIO DE 1943.—*Congruencia.*

La jurisprudencia de esta Sala, en reiterados fallos, tiene establecido que los Tribunales, en bien de los propios litigantes y para evitarles un nuevo pleito, deben resolver todas las cuestiones sustancialmente contenidas en los escritos del período de alegación del juicio sin necesidad de ajustarse, literal y rigurosamente, a las peticiones de las partes, pudiendo agregar extremos que sin constituir diferencia escanc al o ampliación de lo pedido sean consecuencia lógica y legal de ello o complemento accesorio del fallo para fijar su sentido o alcance, o bien exigencia de la Ley en los casos en que ésta establece la forma, condiciones o limitaciones con que haya de hacerse la declaración de algún derecho; que cuando estimada la demanda se reconoce acción y derecho al actor han de entenderse desestimadas por el mismo hecho las excepciones del demandado; y, por último, que no se incide en incongruencia por defecto al no fallar sobre una excepción desestimada en los Considerandos. (Sentencias 11-III-1887, 25-I-1911, 7-X-1914, 14-V-1920 y 22-XI-1927).

#### SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 1943.— *Nulidad de una prórroga de fueros.*

Para la eficacia de la prórroga es indispensable, conforme a lo dispuesto en el art. 57 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que los interesados designen con toda precisión el Juez a quien se sometieren y este requisito no se cumple en casos como el de autos, en que los contratantes remiten el conocimiento de las cuestiones que surjan del contrato a los Juzgados de Madrid o del asegurado a elección del asegurador, porque si en principio puede admitirse que hay precisión en la designación alternativa, susceptible de ser concretada por elección de cualquiera de los interesados, no ocurre lo propio si la alternativa se

resuelve por arbitrio solamente de una de las partes, cuando la sumisión no se ha condicionado al evento de que el pacto regule únicamente el ejercicio de acciones por la parte favorecida, ya que en otro caso, sobre infringirse la norma de igualdad de los contratantes que en general preside la contratación, el interesado, no titular del derecho de elección, que pretenda formular demanda, se encontrará en situación imprecisa o insegura de acudir a uno de los Juzgados alternativamente designados, puesto que la parte contraria podrá reclamar para el otro el conocimiento preferente por el derecho de opción que al efecto se ha reservado.

SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 1943.—*El art. 811 del Código civil engendra una acción real o una acción mixta a los efectos competenciales.*

Aunque doctrinalmente prevalezca la tendencia eliminatoria de acciones mixtas es incuestionable la vigencia de la regla cuarta del artículo 62 de la Ley de Enjuiciamiento civil a efectos de competencia, y tanto por dicho precepto como por el contenido en la regla tercera del artículo antes citado, si se tiene en cuenta la doctrina sustentada por esta Sala, entre otras sentencias en la de 11 de mayo de 1898, que califica de real la acción encaminada a reivindicar la mitad de ciertos bienes reservables, es de decidir la competencia a favor del Juzgado en donde los bienes radiquen, sin que pueda ser aplicable la regla quinta del art. 63 toda vez que no se trata de juicio de testamentaría.

SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 1943.—*Sumisión a un fuero y su revocación.*

Esta Sala tiene reiteradamente declarado que la sumisión expresa reviste el carácter de una obligación contractual y que ha de entenderse subsistente mientras no quede extinguida por un acto bilateral posterior que no concurre en casos como el de referencia en que el actor desistió oportunamente de los efectos de la demanda formulada ante el Juzgado distinto a que las partes se sometieron.

SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 1943.—*Error substancial; renunciableidad del derecho de impugnación.*

Entre varios socios se hizo una liquidación según la que los socios

salientes y demandados cobraban determinado saldo, mientras que el socio gestor y actor continuaba el negocio. La cláusula trece del contrato, dice lo siguiente: "Es propósito de D. J. G. L. (o sea el actor) continuar el negocio social y para comodidad de todos convienen en que si apareciese algún crédito social desconocido, D. J. G. L. tendrá personalidad para reclamarle y percibirle. Y, en cambio, si hubiera alguna deuda de la Sociedad se obliga a satisfacerla sin reclamar a los demás la parte proporcional." En efecto, apareció con posterioridad una importante partida de cargo. El actor solicita la anulación del contrato por vicio del consentimiento consistente en error de hecho substancial.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida desestimatoria de la demanda. "No obstante las graves dificultades y largas polémicas que ha suscitado el concepto y la doctrina del error *in substantia*, que la generalidad de las legislaciones contemporáneas, las latinas sobre todo, han tomado por conducto de Pothier de un pasaje atribuido en el *Digesto* (libro XVIII, título I, fragmentos 9.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup>, 11 y 14), a Ulpiano, y que la crítica actual considera interpolado, pueden ser admitidas como seguras, en cuanto interesan al caso de este recurso, las siguientes conclusiones: 1.<sup>a</sup> Que tanto en el Derecho romano como en los derechos modernos el reconocimiento del error substancial con transparencia anulatoria del negocio tiene un sentido excepcional muy acusado, ya que, fundamentalmente, lo decisivo para la existencia y eficacia del negocio jurídico es que se declare una voluntad y que lo declarado se ajuste realmente a lo querido, sin que los motivos que hayan decidido a las partes a celebrar el acto puedan ejercer influencia alguna, por regla general, sobre la validez de éste. 2.<sup>a</sup> Que cualquiera que sea la construcción que se acepte del error substancial, en torno al qual se han producido tan dispares teorías objetivas, subjetivas y mixtas, y cualquiera que sea también el fundamento que se atribuya a la eficacia y efectos de tal error, ya se enlace éste directamente con la "voluntad de las partes", ya con la "causa" o con la llamada "base del negocio", es obligado entender que la apreciación de la esencialidad del error requiere prueba y constancia del nexo que en cada caso tenga aquél con los fines y objeto que las partes hayan perseguido y tenido en cuenta al contratar, sin que baste la mera consideración de la naturaleza del objeto en sí mismo y de la especie o clase a que pertenezca, pues ès indudable, que, aun cuando una cualidad sea, en principio, substancial

para una determinada cosa u objeto contractual, podrá dejar de serlo, si las partes, al configurar el negocio, revelan estar de acuerdo en des-  
cartar dicha cualidad o no atribuirle importancia. 3.<sup>a</sup> Que el Código  
español, más que cualquiera otro, da destacado relieve al elemento  
subjetivo en la apreciación del error, pues, al remitirse, en el art. 1.266,  
a las condiciones de la cosa que "principalmente hubiesen dado motivo  
para celebrar el contrato", bien claramente enseña que la justificación  
del carácter esencial del error ha de hacerse en relación con el objeto y  
cualidades especialmente tenidas en cuenta en el caso concreto; siendo,  
además, de notar que esta preponderancia del criterio subjetivo sobre  
el objetivo se acentúa más todavía en aquellos casos en los que el ob-  
jeto del negocio, con respecto al cual se invoque el error, no sea una  
prestación de entregar cosa corporal y específica, sino cualquiera pres-  
tación de otra clase. 4.<sup>a</sup> Que, como secuela de todo ello, la determi-  
nación de lo que puede constituir la sustancia del objeto contractual  
requiere la investigación de los elementos que maticen cada caso parti-  
cular y sobre todo del fin perseguido por las partes, de tal modo, que  
se trata fundamentalmente de una cuestión de hecho reservada a la  
apreciación de los Jueces de instancia y que sólo en límites muy redu-  
cidos puede controlar el Tribunal de casación, como así lo ha reco-  
nocido la jurisprudencia establecida en numerosos fallos, entre ellos  
el de 25 de noviembre de 1932." El Tribunal Supremo, a continua-  
ción, pone de relieve que el Tribunal de instancia no dió como pro-  
bado el error alegado. Luego el Supremo Tribunal sienta las dos doc-  
trinas que siguen: "1.<sup>a</sup>) Aun cuando el Código civil patrio no esta-  
blece expresamente el requisito de que el error sea excusable, hay que  
entender, con nutrida doctrina científica, que un error que se haya po-  
dido evitar con una regular diligencia no puede ser invocado por el  
que haya incurrido en él para anular la declaración, o cuando menos,  
que, según expresó esta Sala en sentencia de 15 de enero de 1910, es  
mucho menos admisible el error "cuando quienes contratan son per-  
sonas peritas y conocedoras del respectivo negocio"; y esto hace que no  
pueda en el presente caso ser considerada como irrelevante la aprecia-  
ción de la Sala sentenciadora, que teniendo presente que era únicamen-  
te el actor quien desde el 5 de julio de 1933 llevaba la gestión y di-  
rección del negocio y que desde marzo de dicho año no rindió cuenta  
ni balance a los demás socios, entiende y declara que a él habría que  
imputar dicho error, ya que en su mano estuvo el haberlo evitado,

mandando incluir en el balance que sirvió de base a la liquidación la partida que reclama, y no puede ahora fundar su acción en este vicio del contrato, según se desprende del artículo 1.302 del Código civil. 2.<sup>a)</sup> Si bien, en tesis general, tratándose de un contrato de reconocimiento de determinado saldo, puede ser reputado como esencial el error que recaiga sobre la inclusión o exclusión de partidas que sean susceptibles de influir sobre el alcance o importe de este saldo, determinando la cantidad del mismo, favorable o adverso a una de las partes, en el presente caso el error de que se trata, aun cuando se le estimara debidamente probado, no merecería la calificación de substanciado, ya que lo impide la cláusula 13 de la escritura, que claramente muestra la intención de las contratantes de dar un carácter definitivo y firme a la liquidación que efectuaban, renunciando al ejercicio de las reclamaciones ulteriores que pudieran tener su base en la aparición de créditos o deudas ignorados en el momento del otorgamiento de la escritura, de tal modo, que este especial pacto equivale a atribuir al actor, dentro de los límites previstos en la cláusula de que se trata, el riesgo que de la liquidación pudiera resultar, y excluir, consiguientemente, la posibilidad de la impugnación por error."

**SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 1943.—*Relación entre derecho a heredar abintestato y la obligación de formar parte de la tutela.***

Respecto a la tesis sustentada en el segundo motivo del recurso sobre la conexión entre el *emolumētum successionis* y el *onus tutelae*, conviene sentar que aunque en términos generales sean estimados uno y otro como consecuencias del parentesco, no es posible admitir que el criterio de una hermética correlación entre ambos inspira los preceptos de nuestro Código civil, como lo demuestran, entre otros, sus artículos 220 y 230, que, a efecto de designación de tutor legítimo en los casos por ellos regulados, limitan los llamamientos en la línea colateral al segundo grado, a pesar de que en esa línea, y con arreglo al art. 954, se extienden hasta el cuarto los establecidos en la sucesión intestada. Y este criterio de no absoluta correlación de llamamientos se evidencia en lo referente a la composición del Consejo de familia por la generalidad de los términos empleados en el párrafo último del artículo 294, el cual, al designar las personas que deberán formar parte de aquél, a falta de ascendientes, descendientes, hermanos y ma-

ridos de las hermanas vivas, llama a los cinco parientes de más próximo parentesco, sin fijación de límite en el grado; pero, además, y bajo distinto aspecto, no cabe olvidar que si bien en nuestro Derecho está concebida como institución familiar la tutela, es igualmente indudable que el organismo constitutivo de la misma se halla integrado no sólo por el tutor, el protutor y el Consejo de familia, sino, además, por la Autoridad judicial, como ya declaró esta Sala en su sentencia de 7 de diciembre de 1901, y a dicha autoridad compete adoptar aquellas resoluciones que estime necesarias en cada caso para defender los intereses del menor o incapaz, según terminante disposición del art. 292 del citado Cuerpo legal, criterio de amplitud de facultades que en materia de constitución del Consejo de familia aplica también la sentencia de 6 de abril de 1916, declarando que el art. 296 del Código civil autoriza a los Tribunales de la manera más absoluta para subsanar las nulidades y reparar los errores en que se hubiere incurrido.

SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1943 —*Gravamen, supuesto del recurso.*

Es regla indiscutida del ordenamiento procesal civil, como consecuencia del principio de unidad de la relación procesal a través de las diversas fases del procedimiento, que sólo la parte a la cual la resolución del Juez resulte desfavorable puede, como perjudicado o gravado por ella, utilizar los medios de impugnación que la Ley concede para que revoque o reforme; y entre ellos destacadamente, el recurso de casación; doctrina ésta que sancionaba ya nuestro Código inmortal de Partidas, cuando restringía el derecho a recurrir a quien "se tuviere por agraviado de juzgio que fuesse dado contra él" (proemio y Ley segunda del título XIII, Partida III), y que ha tenido buen cuidado de recoger la jurisprudencia de este Supremo Tribunal, al establecer en reiterados fallos—entre ellos los de 12-VII-1899, 1-VI-1918, 1-III y 7-VII-1921, 16-IV-1930 y 7-II-1941—que lo mismo el recurso de apelación que el de casación—fuera del caso en que éste se promueva en interés de la Ley, por aplicación del art. 1.782 de la Ley de trámites—presuponen un perjuicio de que lógicamente nazca el interés de recurrir, por lo cual la sentencia, o parte de ella, que es favo-

rable a uno de los litigantes no es susceptible de casación respecto del favorecido.

SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1943.—*Competencia.*

Como aparece del examen de los arts. 87, 96 y 106 en relación con los 1.689 y 1.690, todos de la Ley procesal, si bien se da el recurso de casación por quebrantamiento de forma contra los autos que dicten las Audiencias, desistiendo en primera instancia de la inhibitoria o confirmando en segunda instancia el desistimiento acordado por el inferior, dicho recurso sólo puede entabarse después de recaída sentencia definitiva en el pleito.

SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1943.—*Herencia yacente.*

En la sentencia recurrida no se condena a una pluralidad de sujetos jurídicos, sino a la "herencia yacente de D. J. M. L o quienes resulten ser sus herederos o se crean con derecho a la herencia", o sea, la masa o comunidad de interesados en relación con el caudal hereditario a la que, sin ser verdadera persona jurídica, se otorga transitoriamente, y para fines limitados, una consideración unitaria.

SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1943.—*Alcance de una autorización judicial en virtud del art. 164 del Código civil.*

En el caso de autos se podía discutir si el Juez estaba facultado a conceder a la madre de los menores la autorización para vender ciertos inmuebles. El Tribunal Supremo, no obstante, protege a todos los que confían en la inatacabilidad de tal autorización. "Lo cierto es que la autorización se concedió y que, cuanto esté dentro de sus límites, ampara a quienes, fiados en un acto jurisdiccional cuyos fundamentos ni podían ni tenían para qué discutir, contrataron ante Notario y con la formalidad de la escritura pública con la madre de los menores; doctrina la expuesta que en lo esencial concuerda con la mantenida por este Tribunal en su sentencia de 28 de octubre de 1907, puesto que en ella, entre otros particulares de menor interés, se dijo que el ejercicio de un expediente tal no puede afectar a la parte que ninguna intervención tuvo en él y contrató sobre la base de un acuerdo judicial que tenía todos los caracteres de legitimidad; y aún se añadió, marcando

bien el alcance que, de ser estimadas, pueden tener reclamaciones de esta índole, que los defectos que en el expediente existan sólo podrían en tal caso trascender para los efectos de indemnización de perjuicios a los funcionarios que las cometieren, pero no a quienes pudieron válidamente contratar sobre la base de una autorización judicial de indiscutible autoridad, mientras no constase de algún modo lo contrario."

#### SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 1943.—*Facultades del marido.*

Mientras subsiste el vínculo matrimonial está autorizado el marido, según los arts. 1.412 y 1.413 del Código civil, para administrar y disponer a título oneroso de los bienes de la sociedad de gananciales, a la cual, por presunción del art. 1.407, pertenecen todos los bienes del matrimonio en tanto no se prueba que corresponden privativamente a uno de los cónyuges; y este poder de disposición del marido, sin otras limitaciones que las establecidas en los arts. 1.414 y 1.415, le faculta para reclamar en juicio, con personalidad legal completa y exclusiva, todo lo concerniente a los bienes que tengan el indicado carácter, sin que necesite expresar que acciona en representación de su mujer, porque ésta no tiene dominio *in actu* ni derecho que ejercitar sobre tales bienes.

#### SENTENCIAS DEL 21 Y 25 DE JUNIO DE 1943 (NÚMS. 24 Y 25.)— *Aplicabilidad del art. 9.<sup>º</sup> a los intereses legales.*

Ambas sentencias declaran: *primero*, que durante la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones ordenada en el art. 8.<sup>º</sup> de la Ley de 5 de noviembre de 1940, los deudores no incurren en mora; y *segundo*, que el art. 9.<sup>º</sup> del mismo Cuerpo legal, pese a su redacción ("intereses pactados"), se refiere asimismo a la moderación de los intereses legales.

#### SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1943.—*Desahucio, precario, usufructo.*

El demandado adquirió por compraventa la nuda propiedad de un inmueble, reservándose el vendedor el usufructo. Cuatro años después

del fallecimiento del usufructuario vendió el demandado la nuda propiedad a la actora, que, después de adquirir la misma, consiguió en el correspondiente Registro de la Propiedad la inscripción de la extinción del usufructo y de la consolidación con su nuda propiedad. En el caso de autos la actora solicita el desahucio contra el demandado, al que considera como mero precarista.

El Tribunal Supremo, con indudable razón, pone de relieve que la extinción del usufructo se produjo siendo nudo propietario el demandado, en cuya persona, por tanto, se consolidó la propiedad (artículos 513, núm. 1.º, 522 del Código civil). El demandado, siendo pleno propietario, no vendió sino la nuda propiedad a la actora, reservándose, por ende, el usufructo, garantizando este negocio un préstamo de la actora al demandado. La inscripción en el Registro es, por consiguiente, inexacta. La actora no puede invocar a su favor el artículo 41 de la Ley Hipotecaria, ya que, en primer lugar, éste contiene una mera presunción, y porque, en segundo lugar, las invocadas relaciones jurídicas no son resolubles en juicio tan especial y sumario como lo es el de desahucio. El resultado de las razones precedentes es que el demandado no es precarista, puesto que no posee por mera condescendencia de la actora sino a base de un derecho.

#### SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 1943.—Competencia.

En la demanda pide el demandante la declaración de que tiene derecho a la prórroga del arriendo. El Tribunal Supremo sienta la siguiente doctrina: "Dados los términos en que se concreta la súplica es visto que no se ejercita una simple acción declarativa positiva o negativa, sino que se parte de la base de la existencia de un arrendamiento de finca urbana con la finalidad de enervar anticipadamente la acción que el propietario pueda entablar, y, por tanto, ha de estimarse a los efectos competenciales, íntimamente ligada la acción con la de desahucio, y ya se entienda regulada por el art. 10 del Decreto de 21 de enero de 1936, en relación con el art. 14 del Decreto de 29 de diciembre de 1931, o por la regla 13 del art. 63 de la Ley de Enjuiciamiento civil, competente al Juzgado donde radique la finca."

El desconocimiento de la acción declarativa por la Ley de Enjuiciamiento civil provoca una laguna en la reglamentación de la competencia territorial (v. Guasp: "Comentarios a la ley de Enjuiciamiento

civil", Aguilar, 1943, pág. 350, c.). Ahora bien: la acción declarativa negativa del inquilino respecto del derecho al desahucio del arrendador no puede equipararse sin violencia a la misma acción de desahucio a los efectos competenciales, conforme lo hace el Tribunal Supremo. Nos parece más lógico equiparla a las acciones personales y aplicar, por tanto, el art. 62, núm. 1.º, lo que en el caso en cuestión hubiera probablemente producido el mismo resultado práctico.

#### SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1943.—Competencia.

No obstante el puesto preeminente que ha adquirido en el tráfico moderno el conocimiento de embarque, hasta el punto de que corrientemente absorbe el contenido propio de la póliza de fletamiento, es lo cierto que en nuestro ordenamiento jurídico normal del fletamiento-transporte coexisten ambos documentos con una dirección o tendencia común a la realización del transporte, pero con finalidad específica distinta, pues mientras la póliza es expresión típica del contrato de fletamiento y de sus condiciones, el conocimiento revela meramente el *recéptum* de la mercancía y consiguiente obligación de entregarla en el punto de destino, y si bien el legislador ha previsto el caso de que falte la póliza, y en este supuesto asigna al conocimiento el rango de título único regulador del transporte, parece lógico y ajustado a la Ley que en casos como el de autos, en que han sido extendidos el conocimiento y la póliza, se lleve a ésta y no a aquél una cláusula contractual tan destacada como la del pacto sumisorio que ordinariamente actúa sobre el transporte en todas sus fases. Habiendo, por consiguiente, diferentes declaraciones sumisorias en ambos documentos, deberá darse la preferencia a la declaración contenida en la póliza. En el caso de autos el Tribunal Supremo no formula expresamente esta conclusión, puesto que elimina la sumisión del conocimiento echando de menos en la misma la firma de una de las partes.

#### SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1943.—Recurso de casación en relación con el número 3.º del art. 533 y con las costas.

El recurso de casación que autoriza el núm. 2.º del art. 1.693 en relación con el núm. 3.º del 533 de la L. E. c. se refiere al caso de que, careciendo de personalidad el Procurador del actor, le haya sido

reconocida, con lo cual se quebranta la forma del juicio, por haber intervenido en él quien no estaba autorizado para ello; pero no constituye este motivo de casación el que se haya negado esa personalidad, puesto que no dándole entrada en el juicio no puede quebrantarse la forma de éste. Pese a la apreciación judicial de la falta de personalidad, el demandado llevó a segunda instancia el particular relativo a las costas, así como la denegación de ciertas pruebas propuestas para probar dicha falta. Lo último es de notoria improcedencia, ya que a ninguna finalidad práctica podría conducir la resolución que se adoptase sobre este particular. Y en lo referente a las costas, la Ley no permite traer a casación los pronunciamientos que sobre costas hagan los Tribunales cuando la imposición de éstas queda al arbitrio de los juzgadores; aparte de que nunca sería el recurso por quebrantamiento de forma el adecuado para someter a casación un pronunciamiento como el de las costas que afecta al fondo del asunto.

#### SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 1943.—Costas.

Si bien la apreciación de la temeridad de los litigantes a los efectos de la imposición de costas constituye una atribución del Tribunal *a quo*, habiéndose limitado el recurrente, en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, a defender el criterio sustentado por el Juez inferior sin adherirse a dicha apelación, es improcedente, con arreglo a la jurisprudencia de esta Sala, condenarle al pago de las costas causadas en la segunda instancia por quebrantar el fallo la doctrina establecida en reiteradas sentencias, entre ellas las de 11 de febrero y 8 de abril de 1930.

#### SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 1943.—*Ambito de aplicación del procedimiento de cuentas juradas.*

El procedimiento para exigir el pago de los honorarios devengados por los Letrados en el ejercicio de su profesión es distinto según dimanen tales honorarios de servicios prestados en actuaciones judiciales o provengan de trabajos de otra naturaleza, pues mientras los primeros pueden hacerse efectivos por la vía de apremio, con arreglo a lo dispuesto en el art. 12 de la Ley procesal, no gozan de este privilegio los restantes; y así como en el primero de los casos indicados corresponde

conocer de la reclamación al Tribunal que haya entendido en las actuaciones, la determinación de la competencia debe ajustarse en el segundo a las normas generales reguladoras de la materia.

SENTENCIA DE 3 DE JULIO DE 1943.—*Quebrantamiento de forma.*

El recurrente invoca el núm. 1.º del art. 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil, alegando que al demandado (y recurrente) se le citó por segunda vez para el juicio de desahucio con el apercibimiento de que, si no comparecía, se le habría de tener por *conforme con el desahucio*, en vez de apercibirlle con que le tendrían por *conforme con los hechos de la demanda*. El Tribunal Supremo desestima este motivo. “En el recurso se admite la realidad del emplazamiento, sustituido en estos procedimientos por la citación para el juicio, y no cabe estimar la nulidad de la segunda citación, puesto que en ella se contiene la prevención que en forma genérica exige el art. 272 de la Ley procesal en relación con la forma específica ordenada en el art. 1.577, sustancialmente coincidente con las consecuencias de la incomparecencia prevista en el 1.593 de la misma Ley.”

La sentencia es justa en su resultado. Sus considerandos nos parecen, en cambio, necesitados de un comentario. La Ley de Enjuiciamiento civil confiere a la rebeldía en el juicio de desahucio ante el Juez municipal el efecto “de tener al rebelde por conforme con el desahucio” (artículo 1.577). Por tanto, se procederá a desalojarle de la finca (artículo 1.577). La situación es diferente ante el Juez de primera instancia. “Si compareciendo el demandado conviniese con el demandante en los hechos, dictará el Juez sentencia sin más trámites, declarando haber lugar al desahucio si lo estimase procedente. No compareciendo el demandado, se le tendrá por conforme con los hechos expuestos en la demanda, y se dictará en su rebeldía la sentencia antedicha” (artículo 1.593). La diferencia teórica de los efectos producidos por la rebeldía, según ésta se realice ante el Juez municipal o el de primera instancia; es, por ende, que ante el primero la rebeldía equivale al allanamiento, y ante el segundo, a la confesión; resultando de allí como diferencia práctica que ante el primero la rebeldía siempre produce el desahucio, mientras que ante el segundo sólo lo produce siendo la demanda concluyente (véase, en este sentido, S. 29-I-1897). La justificación de esta diferencia doble estriba en la relativa sencillez de los

asuntos de desahucio del Juez municipal (art. 1.562) y la relativa complicación de los del Juez de primera instancia (art. 1.563), debiendo por consiguiente examinarse con especial cuidado en la segunda hipótesis la relación entre los hechos de la demanda y la súplica de la misma, relación que, si es satisfactoria, causa la concluyencia de la demanda.

El resultado de la sentencia del Tribunal Supremo es, no obstante, fundado, ya que en el caso de autos el citado dióse por enterado, por lo cual se subsanó el vicio de la citación (art. 279) (véase también en este sentido S. 27-II-1933).

#### SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 1943.—*Cosa juzgada material.*

La doctrina procesal moderna, delimitando y precisando los respectivos conceptos de la cosa juzgada en sentido *formal* (resolución definitiva en el juicio de las cuestiones alegadas y decididas que excluye la posibilidad de que la resolución que se dicte sea impugnada por las partes) y la cosa juzgada en sentido *sustancial* (resolución para los procesos futuros de todas las cuestiones concernientes al derecho que haya sido sujeto del pronunciamiento de la sentencia, ya para reconocerlo o ya para negarlo) ha venido a establecer que no producen cosa juzgada material las resoluciones sobre materias procesales (presupuestos, excepciones, etc.), que, aun cuando pongan fin al juicio, hagan referencia exclusivamente a la relación procesal para que han sido dictadas, sin garantizar ningún bien de la vida fuera del proceso, pues la cosa juzgada, en este su propio sentido, no es otra cosa que la eficacia y autoridad que la Ley, como suprema exigencia del orden y de la seguridad que han de imperar en la vida social, reconoce a la sentencia que estima o desestima la pretensión hecha valer en la demanda o en la reconvención. En armonía con la anterior doctrina y desarrollando el precepto del Código civil, que en su art. 1.252 dispone que "para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio es necesario que entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron", la más reciente jurisprudencia de esta Sala ha establecido en diversas sentencias, entre ellas la de 13 de julio de 1942 y 19 de febrero de 1943, que para apreciar la existencia de la identidad ob-

jetiva (*eadem res, eadem causa*) en dos pleitos; ha de realizarse la confrontación entre lo resuelto en el primero y lo pedido en el segundo, ya que no cabe referir la cosa juzgada a resoluciones en las que el sentenciador, por cualquier motivo, se abstuvo de decidir el punto a que se refiere la anterior controversia en que la excepción es invocada. La sentencia recurrida desconoce esta doctrina y vulnera por indebida aplicación el citado párrafo 1.º del art. 1.252 del Código civil, al estimar la excepción perentoria de cosa juzgada alegada por los demandados sobre la base de la sentencia firme dictada por la propia Audiencia de La Coruña, pues si bien este fallo absolvió a la demandada de la demanda sobre nulidad de testamento, ejercitada por los mismos actores que lo han sido en el presente juicio, lo hizo sin entrar en el fondo del asunto y fundándose exclusivamente en que era procedente la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda por no haber sido demandados algunos de los legatarios designados nominalmente en el testamento, lo que le llevó a hacer reserva expresa de los derechos que en su caso pudieran las partes ejercitar a medio de las oportunas acciones.

#### SENTENCIA DE 10 DE JULIO DE 1943.—*Presunciones de hecho de culpa en delitos.*

Para resolver en casación los problemas que suscitan las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia, conviene distinguir, de una parte, el daño producido y la acción u omisión que lo origina, que es cuestión de hecho, y de otra, la valorización jurídica de esa misma acción u omisión como constitutiva o no de culpa, que es tema de Derecho discutible al amparo del núm. 1.º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Si bien el criterio de la responsabilidad objetiva en los atropellos causados por automóviles no está consagrado en nuestras leyes, esto no excluye que en los casos en que resulte evidente un hecho que por sí sólo determine probabilidad de culpa, pueda presumirse ésta y cargarse al autor del atropello la obligación de desvirtuar la presunción; bien entendido, que para no tomar en cuenta la antijuricidá y la culpa, si en principio existen, es necesario demostrar que el autor del hecho causal del daño había procedido con la diligencia y cuidados debidos, según las circunstancias, y que siempre que el perjudicado contribuyó a la realización del expresado hecho, es obli-

gado a efectos compensatorios, de determinar quién es responsable del acto u omisión de mayor preponderancia..

SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 1943 (NÚM. 29).—*Artículo 5.<sup>o</sup> de la Ley Especial.*

El art. 5.<sup>o</sup> excluye de la anulabilidad los contratos de compra de mercaderías en almacenes o tiendas, sin distinguir entre los casos en que la Empresa o persona vendedora fuese el legítimo dueño o una colectivización.

SENTENCIA DE 28 DE SEPTIEMBRE DE 1943.—*Quebrantamiento de forma.*

Con arreglo al número 3.<sup>o</sup> del art. 1.693 de la Ley de Enjuiciamiento civil sólo es de apreciar el quebrantamiento de forma por falta de recibimiento a prueba en alguna de las instancias, cuando éste procediese con arreglo a derecho; y si bien el actual recurrente funda la oportunidad del trámite que se le denegó con la causa 3.<sup>a</sup> del art. 862 de la misma Ley, por haber sobrevenido con posterioridad al período de prueba el hecho de ser planteada por la propia parte una demanda de juicio declarativo de mayor cuantía en la que interesaba declaraciones y pronunciamientos que, según dice en términos bien poco concretos, guardan íntima relación con los presentes autos de desahucio, es de tener en cuenta, de un lado, que tal acontecimiento, derivado exclusivamente de la voluntad del propio interesado, no puede estimarse como hecho nuevo comprendido en el citado núm. 3.<sup>o</sup> del artículo 862, que se refiere manifiestamente—como expresó esta Sala en su sentencia de 24 de febrero de 1904—a aquellos que ocurren o sobrevienen en condiciones que permitan una desinteresada e imparcial apreciación de los mismos, y desde otro punto de vista, que no se ha justificado en modo alguno que ese hecho de la formulación de una demanda, cuyo objeto y peticiones no se cuida el recurrente de puntualizar, pudiera influir notoriamente en la decisión de un pleito distinto, por todo lo cual es indudable la improcedencia de la casación pretendida.

## Tribunal Especial de contratación en zona roja

SENTENCIA DE 22 DE MARZO DE 1943.—*Contrato como acuerdo de voluntades.*

Celebradas en el Ayuntamiento de Criptana en el mes de enero de 1939 algunas reuniones con el objeto de fijar la proporción en que los industriales y cosecheros de la localidad contribuirían al suministro de vino solicitado por la Intendencia del Ejército rojo, y la forma de su entrega y acarreo, el entonces Alcalde . exigió e impuso . al demandante que, con el destino que antes se indica, entregase un foudre de vino al exportador, o sea, al demandado, lo que efectuó, aunque podía haber optado por hacer directamente la entrega, recibiendo de éste su importe, sin que entre ambos mediara acuerdo de voluntades, proposición ni aceptación de contrato y sin que el demandado estuviera de acuerdo con las autoridades rojas para realizar lo que el demandante califica de despojo y sin que aquel demandado tuviera más intervención que la de hacerse cargo del vino, anticipar su precio, del que no se ha reintegrado, y ponerlo a disposición del Servicio de Intendencia, después de manipulado para dejarlo en las condiciones que aquélla exigía, todo lo cual había sido impuesto también por el Alcalde dicho. El propio demandante reconoce en el hecho 5.<sup>º</sup> de la demanda que entre las partes del presente juicio no existió acuerdo de voluntades sobre la venta del vino en cuestión ni tampoco concurso de oferta y aceptación, que es lo que integra la manifestación del consentimiento a tenor del art. 1.262 del vigente Código civil y, por tanto, es forzoso concluir que entre el demandante y el demandado no se creó vínculo alguno contractual . , puesto que el segundo no hizo sino recibir y pagar, acatando lo que a su vez le estaba ordenado, el cupo de vino que por su mediación había de ceder el primero: deduciéndose de todo lo expuesto la inaplicabilidad al caso d' scutido del art. 2.<sup>º</sup> de la Ley de 5 de noviembre de 1940, toda vez que en él no existió el contrato alegado, sino entrega al demandado, en cumplimiento de lo que por la Alcaldía se le ordenó, del cupo de vino para los Servicios de Intendencia.

LA REDACCIÓN.

# V A R I A

LUIS LEGAZ Y LACAMBRA: *Introducción a la Ciencia del Derecho*  
(Bosch, Barcelona, 1943; páginas 639).

El libro del ilustre rector de la Universidad compostelana, pese a su título arriba transcrita, “con ligeros retoques hubiera podido pasar por un tratado de ‘Filosofía del Derecho’” (pág. 7). Sin embargo, la obra reseñada no corresponde a lo que, en el entender de Legaz y Lacambrá, debe ser una filosofía del Derecho auténtica; y así se explica la elección del título. Por tanto, debe rechazarse por completo la creencia de que ésta háyase hecho por tratarse de una substitución positivista de la filosofía del Derecho (pág. 7).

La *primera parte* de la “Introducción” aborda la ciencia jurídica. En primer lugar, se nos habla de la profesión jurídica y de la ciencia del Derecho. En segundo lugar, se analiza el formalismo en el campo del Derecho, y en tercer y último lugar, se investiga la esencia de la misma ciencia jurídica. En este último capítulo, Legaz y Lacambrá describe los rasgos salientes del trabajo jurídico (la lógica jurídica, carácter idiográfico de la ciencia jurídica, construcción jurídica, etc.), dedicando también atinadas observaciones a las ficciones del Derecho (1), para terminarlo con una fina exposición de las tendencias de la ciencia jurídica moderna. Legaz y Lacambrá se da cabal cuenta del carácter complejo de la ciencia jurídica. “Por eso hemos dicho que, a pesar del carácter *nomotético*, es decir, genérico y, si se quiere, abstracto del Derecho, la ciencia jurídica tiene carácter *idiográfico*, es decir, individualizador, puesto que su objeto no es la Ley sino el orden jurídico; es decir, el sistema histórico e individual en que se condensan

(1) Legaz y Lacambrá nos hace el honor de adoptar nuestra distinción (*REVISTA CRÍTICA*, 1941, págs. 644 y sigs.) entre ficciones tipificadoras y equiparadoras.

las leyes, por lo que su misión consiste propiamente en calar en la individualidad propia de cada sistema concreto e histórico de Derecho. Y, además, cada caso singular de la vida jurídica no es un mero "ejemplo" de la Ley jurídica general y abstracta, sino que, a la inversa: la Ley existe para que con ella y por ella se decidan con rectitud y justicia los distintos casos singulares que en la vida se ofrecen" (pág. 60). El autor examina como últimas de las modernas tendencias las negaciones de la existencia de una ciencia jurídica como han sido emitidas por Kirchmann, Lundstedt y Jaehner. Legaz y Lacambra critica a los tres negadores del Derecho, pero haciéndoles plena justicia y sin incurrir en el error de calificar las célebres palabras de Kirchmann: "tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras conviértense en basura", como "banales".

La *segunda parte* de la "Introducción" esboza un sistema de los conceptos jurídicos, plegándose a una división octopartita. 1.<sup>o</sup> Legaz expone al principio el concepto del Derecho y la teoría de la norma jurídica. Con esta ocasión se trata del concepto del Derecho, de la norma jurídica, de la coacción jurídica, de la clasificación de la norma jurídica; los caracteres de las normas jurídicas, el destinatario de la norma jurídica y la obligación de obediencia al Derecho y la validez y vigencia del Derecho. 2.<sup>o</sup> A continuación se comparan el Derecho y los otros órdenes normativos de la conducta humana (moral, usos sociales, política). 3.<sup>o</sup> La tercera sección indaga las formas del Derecho. En ella caben el Derecho natural, el positivo, el individual, el social, el escrito, el consuetudinario, el público y el privado. 4.<sup>o</sup> Las fuentes del Derecho forman el objeto del estudio siguiente, recayendo las ingeniosas observaciones del autor sobre todo sobre la actividad judicial. 5.<sup>o</sup> En quinto lugar Legaz y Lacambra examina la justicia, el orden y la seguridad jurídica. 6.<sup>o</sup> El contraconcepto del Derecho: la arbitrariedad constituye el tema de la sexta sección. 7.<sup>o</sup> La séptima sección se intitula: "el hombre y su derecho". En ella se trata de la personalidad y subjetividad jurídica, de la relación jurídica, de las situaciones jurídicas, de la libertad jurídica, de la violación del orden jurídico y del proceso como garantía del Derecho. 8.<sup>o</sup> Finalmente, la "Introducción" pasa revista a las comunidades jurídicas: familia y matrimonio; las comunidades del trabajo; Nación, Estado y organismos locales; la comunidad internacional, y la Iglesia.

La obra de Legaz y Lacambra, aunque tal vez más apropiada para

"adelantados" que para "principiantes", constituye una brillante introducción a la ciencia del Derecho gracias a la doble cualidad de filósofo y jurista existente en la persona de su autor. El lector del mencionado libro camina, de cierta manera, por la cumbre de una sierra que separa el Derecho positivo y la verdadera Filosofía de Derecho. ¡Que Legaz y Lacambra realice pronto su deseo (que, a la par, es el de todos nosotros) de conducirnos con mano experta por esta última ciencia!

GUSTAV ADOLF WALZ: *Esencia del Derecho internacional y crítica de sus negadores.* Traducción y escrito preliminar de Antonio Truyol Serra. *Revista de Derecho Privado.* Madrid.

Frente a los brutales desenvolvimientos de las guerras que nos afligen, la Humanidad va perdiendo la fe en los altos ideales jurídicos y formula angustiada la pregunta: ¿Existe el Derecho internacional? Los escépticos adoptan una posición que parece justificada por la anécdota que Eugenio d'Ors recuerda en un reciente estudio: "Papá, ¿qué es Volapuk?" "La lengua universal." "¿Quién lo habla?" "Nadie, hijo mío." De modo parejo si se nos preguntara: "¿Qué es el Derecho internacional?", contestaríamos "el Derecho de todos los pueblos". Y si se insistiera sobre "¿quién lo observa", replicaríamos: "Ninguno".

El 16 de febrero de 1940 el buque auxiliar de guerra "Altmark", que de regreso a Alemania navegaba por aguas jurisdiccionales de Noruega, ejerciendo el "droit de passage inoffensif", fué atracado dentro del Jössing-Fjord por el destructor inglés "Cossack", que lanzó su gente al abordaje, a pocos metros de la costa, sobre el acorralado buque y en presencia de dos cañoneros noruegos Alemania publicó un folleto sobre la violación del Derecho internacional vigente ..., pero al poco tiempo se vió en la necesidad de realizar media docena de desembarcos en Noruega.

Por una fatal paradoja el derecho más cumplido es el que menos se cumple en los momentos álgidos.

Sin embargo, la angustia misma con que se formulan las dudas sobre la existencia del Derecho internacional pone de relieve la profunda reacción del corazón humano ante los hechos catastróficos que presenciamos. De aquí la oportunidad de publicar una obra que, si bien en las más irrespirables y abstractas esferas de la inteligencia, sienta los principios fundamentales de la futura doctrina.

La monografía escrita cuando Walz era profesor de la Universidad de Marburgo constituye la sección 1.<sup>a</sup> del tomo I del *Handbuch des Völkerrechts* (fundado por el profesor Stier-Somlo), que no nos atrevemos a traducir por la frase "Manual de Derecho internacional", dadas sus monumentales proporciones.

Dividida en tres partes, estudia en primer término el cuadro de las teorías de los llamados negadores del Derecho internacional (*iustus-naturalismo radical, política de fuerza, moral internacional y derecho imperfecto o en gestación*) ; entra luego en la crítica de los negadores teóricos y prácticos del Derecho internacional, y concluye con una profunda investigación de su esencia, límites y carácter jurídico. Según ella, son tres las formas fundamentales que pueden adoptar las relaciones humanas: *de señorío* (Derecho estatal), *de inordinación orgánica* (recuérdense las corporaciones medievales) y *de lucha*, que el Derecho debe regular para mantener a los entes egoístas y autárquicos dentro de los límites de la razón, coordinando sus actividades.

El Derecho internacional será, pues, un Derecho de coordinación entre los Estados y por encima de ellos.

No puede negarse que la doctrina de los valores jurídicos resulta pobre ante las apocalípticas conflagraciones de los tiempos actuales, y que la altura de miras con que la ciencia española ha enfocado desde Vitoria y Suárez los terribles problemas de la paz y de la guerra no encuentra eco en la exposición de Walz, que ni siquiera cita a tan eximios juristas.

La traducción del Sr. Truyol es elegante, y la corrección de los textos alemanes, ingleses y franceses con que aparecen enriquecidas las notas, habla mucho en favor de las publicaciones de la editorial *Revista de Derecho Privado*.

**EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN EN LA HERENCIA TESTADA.—Conferencia desarrollada en el Colegio Notarial de Barcelona, por don Juan José Burgos Bosch.**

La materia a que ha dedicado su atención el ilustre Notario catalán es de las que en la actualidad atraen a los estudiosos y de ello hay muestras repetidas en esta REVISTA.

El autor intenta encerrar su tesis en la siguiente definición: "Dere-

cho de representación es el que tienen determinados descendientes para subrogarse en el lugar de un ascendiente premuerto, incapaz o desheredado, concurriendo a la herencia del ascendiente o hermano de éste." Y fija el contenido de la institución en los siguientes términos: "Sólo cabe la *representación*: por premociencia, incapacidad o desheredación. Sólo puede ser *representado*: el descendiente o el hermano de un causante. Sólo son *representantes*: del descendiente, sus descendientes, y del hermano, sus hijos. Siempre que se ejercita la representación surge la est<sup>a</sup> rpc."

Sin ánimo de entrar en una crítica de los conceptos expuestos con tanta sencillez y elegancia, haremos de llamar la atención de nuestros lectores sobre la omisión del discutido valor de la *repudiación* como elemento inicial y sobre la ambigua expresión "subrogarse en el lugar" que, si bien es mucho más correcta que la empleada por el art. 924 del Código civil, quizá no matiza las relaciones engendradas.

Con la misma nitidez de frase el autor sienta la afirmación de que el derecho estudiado rige lo mismo en la sucesión testada que en la intestada. Convendría, sin embargo, hacer mayor hincapié en que la manifestación de voluntad del testador provoca el nacimiento de una serie de figuras (derecho de acrecer, sustitución, fideicomisos, llamamientos colectivos, condiciones), que destruyen o modifican las ficciones o presunciones representativas..

En orden a los criterios adoptados por nuestros civilistas para hacer efectivo el derecho de representación, el autor distingue seis direcciones. 1.<sup>a</sup> Es aplicable la figura en ambas sucesiones "lo mismo respecto a los descendientes que a los hermanos". 2.<sup>a</sup> Sólo tiene vida en la herencia intestada. 3.<sup>a</sup> En la testada, sólo en cuanto a los descendientes, nunca en cuanto a los hermanos. 4.<sup>a</sup> La que salva los beneficios que el heredero hubiese recibido por manda o mejora. 5.<sup>a</sup> La opinión que aplica el mecanismo en la testada sólo a la legítima larga. 6.<sup>a</sup> La que lo reduce a la legítima estricta.

La última de las enunciadas, es la solución que el señor Burgos Bosch encuentra más cercana a la letra y al espíritu del Código civil.

Es indudable que en la actuación jurídica o mejor, judicial, se dan medios indirectos para alcanzar los resultados que con la representación se obtienen (doctrina de la preterición, interpretación extensiva de la palabra "hijos", asimilación de la herencia intestada del llamamiento indiferenciado, ampliación del concepto de legítima, formación de gru-

pos), y que en todos estos sistemas se intenta poner de relieve una presunta voluntad del testador que satisface a la conciencia del pueblo.

Felicitamos a nuestro compañero por la sencillez, emoción y encanto con que ha desenvuelto su tema.

#### EL NUEVO PROCESO CIVIL SUECO CON ARREGLO A LA NUEVA LEY PROCESAL DEL 18 DE JULIO DE 1942 (1).

El Derecho procesal sueco tuvo su última reglamentación fundamental en la magna Ley del 13 de diciembre de 1734, si bien habíanse realizado desde entonces numerosas modificaciones. Desde los principios del siglo XIX empezaron las reformas. Las fechas más importantes de la reforma son los años 1911 (bases establecidas por una comisión de las Cortes), 1926 (dictamen de la comisión), 1931 (bases establecidas por las Cortes), 1938 (publicación del proyecto Gärde), 19 de junio de 1942 (votación en las Cortes), 29 de agosto de 1942 (publicación en el *Boletín Oficial*).

La Ley parte de la unidad del proceso civil y penal y contiene disposiciones comunes a ambos (plazos, escritos, excepciones procesales, prueba).

Los tribunales de primera instancia son en el campo los tribunales "härad". con un juez como presidente y siete a nueve asesores iletrados. en las ciudades, lo son los tribunales de Ayuntamiento con tres jueces letrados. Para vencer el voto del presidente hacen falta, al menos, siete votos de los legos. El acto de conciliación no es obligatorio. Los jueces cobran un sueldo y participan también en los ingresos arancelarios. Todo asunto debe prepararse en una primera fase de tal modo, que pueda terminarse luego en una vista. La fase preparatoria puede ser oral o escrita; los medios de prueba han de prepararse; no obstante, la declaración de las partes y de los testigos no se realizará sino en la vista. Las partes tienen la obligación de comparecer, y pueden mutuamente exigir su interrogatorio. En este caso, éste se lleva a efecto antes que la práctica de los demás medios de prueba. Una declaración falsa, hecha bajo promesa especial de decir la verdad, es impunible. Se suprime las incapacidades de los testigos y se introducen la libre apreciación

(1) Véase Herbert Schneider: «Der neue schwedische Zivilprozess nach dem Rechtsganggesetz von 18 Juli 1942 (Deutsches Recht, 1943, págs. 376-378).—Sobre el Derecho procesal escandinavo en general, véase REVISTA CRÍTICA, 1943, página 138.

de la declaración testifical. Caso de rebeldía del demandado y tratándose de un asunto transigible, el tribunal dicta una sentencia favorable al actor si sus alegaciones no contradijeren a hechos conocidos.

Contra las sentencias de primera instancia se admite la apelación (vad.) al "tribunal de la corte". Debe interponerse dentro de una semana y justificarse dentro de tres semanas, todo ello ante el Tribunal de primera instancia. Éste la admite o la rechaza. El apelado puede adherirse a la apelación dentro de una semana después de terminar el plazo del apelante para justificarla. El tribunal de apelación debe celebrar una vista, a no ser que declare haber lugar a la misma o la estime evidentemente sin fundamento. Normalmente se remite el asunto al tribunal de primera instancia, para que lo sustancie de nuevo.

Contra las sentencias de apelación y dentro de cuatro semanas se admite la casación (revisión) ante el Tribunal Supremo. La casación se interpone ante el tribunal de apelación y ha de justificarse as mismo dentro de las cuatro semanas. Su admisibilidad depende del valor del gravamen (valor mínimo 1.500 coronas) o del interés en una interpretación unitaria de la Ley. El Tribunal Supremo examina lo mismo las cuestiones de hecho como de derecho. También pueden alegarse nuevos medios de prueba y nuevos hechos, si el alegante explica su tardanza en alegarlos. Habiendo lugar la casación, se remite el asunto al tribunal *a quo*.

Si la sentencia no es atacable con los recursos ordinarios, llega a ser firme ("lagakraft": fuerza de ley). No obstante, proceden los remedios extraordinarios de la revisión ("resning") o de la queja de nulidad ("besvar över domvälla"). Para la revisión basta la alegación de un hecho que hace probable una modificación de la sentencia dentro de un año desde que se conoce este hecho. Para la revisión es competente el Tribunal Supremo.

No existe la obligación de emplear a los abogados en los asuntos judiciales.

#### HIPOTECA DEL PROPIETARIO (1).

La hipoteca del propietario en sentido amplio (deuda territorial del propietario e hipoteca del propietario en sentido estricto) moviliza el

(1) Franz Kaps: «Eigentümerhypothek und Grundcigentum», en *Deutsches Recht*, 1943, páginas 427 y siguientes.

crédito territorial y da grandes facilidades al propietario del inmueble de encontrar dinero. En efecto, existiendo varias hipotecas sobre una finca y pagándose la primera, la extinción del gravamen produciría el ascenso de las hipotecas posteriores y la consiguiente ocupación del primer rango. La conversión de la hipoteca extinguida, en cambio, en una deuda territorial del propietario (si éste, a la vez, era el deudor personal) o en una hipoteca del propietario (si no era deudor personal y adquiere contra el mismo el crédito del acreedor hipotecario satisfecho) mantiene en manos del propietario del agro el primer rango para disponer de nuevo del mismo, garantizando de esta manera, por ejemplo, una nueva deuda. Dada la hostilidad del régimen nacionalsocialista contra la mercantilización del suelo, producto del liberalismo y de una concepción degenerada del papel vital del suelo, no es extraña la lucha de los juristas alemanes contra la institución de la hipoteca del propietario.

El "Preussisches Allgemeines Landrecht" (Derecho territorial general de Prusia) desconocía la hipoteca del propietario. No se preveía el caso del pago de la hipoteca sin realizarse, en su consecuencia, la cancelación de la misma. En cambio, conociase el principio de confusión (I, 16, § 482), directamente contrario a la mencionada hipoteca. A base de un dictamen de la comisión legislativa del 10 de julio de 1802 se añadió detrás del § 482 como "apéndice § 52" la siguiente disposición germinal de la hipoteca del propietario:

"Las hipotecas no se extinguieren por la confusión del derecho del acreedor con la propiedad, a no ser que se haya cancelado la hipoteca a instancia del propietario, quien entretanto podrá ceder válidamente la hipoteca no cancelada a un tercero." Dudas sobre la interpretación de este precepto dieron lugar a una "Declaración del 3 de abril de 1842", la que establecía que el propietario de una finca que mediante pago satisface a su acreedor hipotecario y no insta la cancelación de la hipoteca en el Registro, ha de considerarse como un cesionario de la misma. Así nació la hipoteca del propietario. La situación se complicó por unirse a la descrita trayectoria el régimen de deuda territorial de Mecklenburg (Ordenanza hipotecaria del 12 de noviembre de 1819; Ordenanza hipotecaria revisada para fincas rústicas del 18 de octubre de 1848, etcétera), consistente en un gravamen independiente, es decir, no accesorio de un crédito personal. El Código civil alemán fusionaba ambas concepciones. Desde entonces debe distinguirse si el gravamen del pro-

pietario sobre la finca va acompañado o no acompañado por un crédito del mismo contra un tercero: en el primer caso nos encontramos con la auténtica hipoteca, en el segundo con una deuda territorial del propietario.

Pronto comenzó la reacción contra el gravamen del propietario. El Freiherr von Manteuffeld declaró en 1857 en el "Herrenhaus" prusiano, que no le parecía conveniente que "el propietario de una finca en Silesia o en Pomerania pudiera pasearla en el bolsillo de su chaleco en la avenida "Unter den Linden" en Berlín", con lo cual alude gráficamente a la comerciabilidad de la propiedad inmueble. Ihering y Gierke atacaban el dogma de la propiedad absoluta, y Eugen Huber, Duguit y Vinding Kruse mantienen doctrinas afines. El nacionalsocialismo remediaba prácticamente las desventajas del antiguo sistema mediante su "Reichserbhofgesetz" del 29 de septiembre de 1933 (1). También merece mención la nueva Ley sobre la hipoteca naval del 15 de noviembre de 1940. La hipoteca naval se extingue por regla con la extinción del crédito (§ 57, párrafo 1.). Mientras que no se halle cancelada, puede, no obstante, el propietario establecer una nueva hipoteca con el rango de la antigua y hasta el mismo importe. Esta facultad es intransmisible y corresponde al propietario del buque como tal propietario. Dicha facultad se extingue en la subasta con el remate y no se tiene en cuenta al repartirse el precio ofrecido por el mejor postor. Si el propietario del buque, que no es a la vez deudor personal, satisficiera al acreedor, el primero conserva la hipoteca como hipoteca del propietario como garantía de su crédito contra el deudor personal.

Los proyectos de reforma del Derecho civil alemán piensan inspirarse en estos antecedentes. Blomeyer, presidente de la comisión hipotecaria de la "Akademie für Deutsches Recht", propone sustituir la hipoteca del propietario por el "Grundpfandbestellungsrecht des Eigentümers" o sea el derecho del propietario a establecer un gravamen. El propietario podrá, por tanto, en el porvenir lo mismo que hoy tener a los acreedores hipotecarios posteriores anteponiéndoles una nueva hipoteca con el rango de la antigua extinguida. Este derecho del propietario, como tal propietario, será intransmisible e inembargable y no desempeñará papel alguno en el apremio.

(1) Véase REVISTA CRÍTICA, 1936, páginas 233 y siguientes; 1941, páginas 52, 53, 118; Información Jurídica, 1 de enero de 1942 (núm. 9), páginas 14 y siguientes; diciembre de 1942 (núms. 16 y 17), páginas 21 y siguientes.

## LA AYUDA COMÚN DE LA ECONOMÍA (1).

A base de una autorización especial del Führer se dictó el 29 de enero de 1943 el Decreto para utilización de fuerzas de trabajo para fines bélicos. Este Decreto faculta a determinadas autoridades a cerrar o a fusionar Empresas o a prohibir determinadas actividades en las mismas, todo ello con la finalidad de ahorrar fuerzas de trabajo en la industria y emplearlas en la guerra. El Decreto mencionado no fué el primero que permitió tales medidas, si bien hasta entonces los cierres de establecimientos no habían cobrado un gran volumen. No obstante, el Decreto de 19 de febrero de 1940 creó ya la "ayuda común de la economía", cuya meta, según el preámbulo del Decreto, es la que sigue: "Para conservar los valores económicos de los establecimientos cerrados para la economía nacional y para asegurar en el porvenir los lugares de trabajo, debe prestarse asistencia económica a estas Empresas en casos justificados. El logro y el reparto de los medios necesarios para este fin constituye una tarea común de toda la economía." Las bases jurídicas de estas prestaciones de auxilio hállanse, por lo demás, en diversos decretos (2). La aplicación del auxilio de la economía tropieza con numerosas dificultades, ya que éste debe delimitarse de otras asistencias similares y producidas por los acontecimientos bélicos (3). El criterio distintivo del auxilio de la economía consiste en que se aplica exclusivamente a la empresa, y no al empresario, por lo cual no importa, por ejemplo, la nacionalidad del empresario. Los supuestos del auxilio son: Primero, cierre total o parcial del establecimiento; segundo, cierre por motivos resultantes de la economía bélica; tercero, importancia económica de la Empresa, de modo que valga la pena conservarla; cuarto, agotamiento de todos los posibles recursos del empresario para conservar él mismo su establecimiento con su propio esfuerzo. Los gastos, cuyo pago puede recaer sobre el auxilio de la economía, son, en lo esencial, los siguientes: toda clase de gastos de arreglo (conservación de los edificios, de máquinas etc.), de calefacción y alumbrado, de jornales, rentas, intereses, primas de seguro, etc. Finalmente expone el articulista el procedimiento para conseguir el auxilio y las penas que amenazan al que fraudulentamente se le proporciona.—LA REDACCIÓN.

(1) «Günter Georgi, Die Gemeinschaftshilfe der Wirtschaft», en *Deutsches Recht*, 1943, páginas 953 y siguientes.

(2) Decretos del 19-II-1940, 3-V-1940, 16-VII-1940, 15-IX-1941, 15-VII-1942.

(3) «Familienunterhalt, Nutzungsschädenregelung, Reichleistungsgesetz, Sonderunterstützung für Dienstverpflichtete, Stillegungshilfe».