

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

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

Año XIX

Septiembre de 1943

Núm. 184

La irretroactividad de la Ley en las Partidas

En las Partidas, el gran monumento legal de la Edad Media española, superior a todos los de su época en ese Código doctrinal no popular, hecho por hombres e inspirado en autores de cultura muy superior a la de la época de publicación, y que además se inspiran, a veces casi literalmente, en un derecho casi perfecto en su esencia y técnica, como el romano (1), en esa obra monumental de las Partidas cuya magnitud de proporciones y coordinación de principios es de admirar, frente a la llena de vitalidad pero aun caótica legislación de su época, es natural que el principio dominante en sus autores a este respecto, sea el de la inamovilidad legal, el de respeto a la Ley, que ven tan superior a las de su época, y por ello, si apenas pueden encontrarse en ellas disposiciones sobre reforma legal, salvo el caso de incorporar el precedente romano, como por ejemplo en materia de prescripción, si contienen y del modo más bellamente expresado, el principio de permanencia y continuidad jurídica, dado que en cierto sentido se sentían continuadores de la grandiosa obra jurídica romana, y dicen: "Desatadas, non deben ser las leyes por ninguna manera, fueras ende si ellas fuesen tales que desatasen el bien que deben fazer, e esto sería si hubiese en ellas alguna cosa contra la

(1) En la ley 2, título 1, Partida 1.ª, se dice de los juristas romanos, a los que en tantas leyes llama los sabios antiguos que fueron "sabios que mostraron las cosas naturalmente, que es para ordenar los fechos del mundo, de como se fagan bien e en razón".

ley de Dios o contra nuestro señorío o contra gran pro comunal de toda la tierra o contra bondad conocida. *E porque el facer es muy grave cosa é el desfacer muy ligera*, por ende el desatar de las leyes é tollerlas del todo que non valan, non se debe facer si no con gran consejo de todos los homes buenos de la tierra, los mas buenos e honrados e sabidores."

Aparte de la galanura en el decir que hace de ellas una magnífica obra literaria, su superioridad sobre toda la legislación de su época y aun posterior, tanto nacional como extranjera es evidente, de ellas dice Pacheco (1): " Mas así como reconocemos que como obra literaria, doctrinal, filosófica, carece de igual y aun parecida, así en su época, como en los dos siglos que la siguen. , como cuerpo de derecho es también seguro que no nos presentan aquellas centurias nada que pueda comparársele, es necesario que digamos también lo otro: esa ciencia y esa cultura eran excesivas para nuestra sociedad y llevaban especialmente un sello desfavorable, porque eran extranjeras. Los doctores de quienes se sirvió don Alfonso venían de Bolonia, y una parte de las ideas que adoptó tenían puro origen bizantino. El elemento español, los datos nacionales no formaron el núcleo de la obra: eran elementos, datos extraños los que, más perfectos a los ojos de la teoría, habían de prevalecer en aquel concurso. Para un Rey literato, sabio, filósofo, naturalmente tuvo ventaja lo que se derivaba de una superior literatura y de una mayor ciencia."

Aun siendo innegable la influencia romana en nuestra grandiosa legislación, no lo es menos el valor de la misma y que el planteamiento, elaboración y perfección literaria y en parte de la doctrinal de la obra son españoles y tan orgullosos podemos estar de ella, como del sabio Rey que fué su inspirador y colaborador y al que, a pesar de sus malaventuras políticas, podemos decir, como el Salomista: *Omnia in sapientia fecisti* (2).

Las disposiciones de que la nueva legislación se dicta para el futuro, son consecuencia de la gran prudencia que revela el sabio monarca, que declaró que "el facer es muy grave cosa é el desfacer muy ligera", y que "debe catar el que face leyes, lo de antes y lo después" (3), y en el prólogo de su obra declara expresamente: "Catamos

(1) "Comentario... a las leyes de Toro", I, página 45 (VI de sus obras).

(2) Salmo 103.

(3) Ley 19, título 1, Partida 1.ª

carreras, porque Nos, e los que después de Nos reynassem en nuestro Señorío, sopessemos ciertamente los derechos para mantener los pueblos en justicia e en paz." "E ficimos este libro porque nos ayudemos Nos del, e los otros que después de Nos viniessen."

Ahora bien, ¿qué concepto tenían en su época de la movilidad del derecho y reformabilidad de las leyes? La respuesta es clara y responde a la cultura de la época: El derecho natural existe y no cambia, por ser como emanación iluminante de la divina ley eterna; las leyes humanas envejecen y además yerran, y por ellas se cometen errores que pueden observarse en la práctica, y sobre todo por comparación con aquel arquetipo o ley natural dada por un legislador superior a los legisladores, y al que éstos deben acomodarse.

El problema de la reforma legal y su razón está así claramente fundamentado. El problema más profundo y grave, de si los que dictaron la ley que hoy se ve equivocada no creían a su vez al dictarla estar concordes con la ley natural, era un problema que aún no se planteaban y sólo planteara y resolviera siglos después el Padre Suárez.

Hemos dicho, que para ellos había un derecho natural. Las Partidas dicen (1): "Sus naturale en latín, tanto quiere decir en romance, como derecho natural que han en sí los homes naturalmente." Este derecho era el mejor censor y corrector de las leyes, y cuando se descubre el error del derecho positivo anterior, a pesar del prudentísimo temor a innovaciones impremeditadas "Ca magüer, el derecho buena cosa es y noble, quanto más acordado es y más catado tanto mejor y más firme, entonces, el Rey, como siempre, debe facer justicia (2), y por tanto, después que se ha visto el error en la ley y consultado a "los más buenos, e honrados, e sabidores", debe declarar la reforma y sus causas. "E quando desta guisa fuese bien acordado (3) deue el Rey facer saber por toda su tierra los yerros que antes habían, las leyes en que eran, e como tiene por derecho

(1) Ley 2, título 1, Partida 1.^a

(2) Prólogo de las Partidas "la justicia que han de facer".

(3) No, ciertamente, en un parlamento inorgánico, pues lo que dicen de la sociedad es aplicable a éste: "E este ayuntamiento non puede ser sin justicia; la que non podria ser fecha, si non por Mayorales a quien ouiessem los otros de obedescer. E estos seyendo muchos, non podria ser que algunas vegadas non se desacordassen porque naturalmente las voluntades de los omes son departidas, los unos quieren mas valer que los otros".

de las enmendar" (1), pues tanto la reforma como la innovación legal han de promulgarse para obligar. "Acaesciendo cosa de que no haya ley en este libro porque sea menester de se fazer de nuevo, debe ayuntar el Rey homes sabidores e entendidos para escoger el derecho porque se acuerde con ellos en que manera deben ende fazer la ley, et desque, acordado lo hobieren, hanlo de meter primeramente en su libro, é desi en todos los otros de su tierra sobre que el ha poder e señorío" (2).

Con la razón natural, el derecho natural es antes de ser reconocido o declarado, por eso se habla de errores (3), lo que supone que el derecho sin yerro estaba ya allí antes de la reforma e igualmente en el caso de innovación legal se buscan hombres sabidores del derecho naturalmente, derecho que era ya aun sin haberse declarado, porque ¿para qué se les busca? "para escoger el derecho", luego el derecho era ya antes, según decimos, y el hombre con buen ánimo y razón natural descubre en sí el derecho que "han en sí los homes naturalmente", derecho que él no crea, sino que es por sí, ve en sí lo justo y la justicia, que "es una de las cosas porque mejor e más endereçadamente se mantiene el mundo e es como fuente donde manan todos los derechos" (4). No podemos dejar de advertir, dado como se emplean las palabras con distinto contenido, que se debe evitar cuidadosamente el confundir lo natural de la Edad Media occidental, con lo natural, que después de desarrollar los principios espaciales y mecánicos del siglo XVII, será la naturaleza de la posterior ciencia positiva y de la lógica formal. Lo natural físico-matemático post-cartesiano, es desconocido por completo e inimaginable en la Edad Media. En dicha época lo natural es siempre lo creado, es *natura creata*, que diría Scoto Erigena (5) directamente relacionado con la *natura creans et increata* (Dios) (6), con un orden impreso en aque-

(1) Ley 19, título 1, Partida 1.^a Ed. Gregorio López.

(2) Ley 19, título 1, Partida 1.^a Ed. Academia.

(3) Leyes 17, título 1, Partida 1.^a; 15, título 14, Partida 3.^a; 26, título 29, Partida 3.^a; 50 y 58, título 6, Partida 1.^a

(4) Pr. título, Partida 3.^a; Ley 3, título 1, Partida 3.^a "Segund departieron los sabios antiguos, justicia tanto quiere decir como cosa en que se encierran todos los derechos de qual natura quier que sean."

(5) M. Grabmann: "Filosofía medieval". Barcelona, 1928, página 72.

(6) Glosa 1.^a de Gregorio López a la Ley 1, título 24, Partida 4.^a: "se llama naturaleza de las cosas aquello que es originario en cada una y por lo que tiene su propio ser... y habla la presente ley de la naturaleza creada, no de la increada, que es Dios, según claramente se ve por las palabras "que Dios las ordenó".

lla y una norma. No es ya lo natural la nebulosidad primitiva; hay oposición entre creador personificado y creación que se va objetivizando, pero que queda pendiente de aquel que le dió el ser (1). Lo natural en su decadencia refleja aún lo divino y resplandece aún en él, la omnipotencia de la ley. No ha llegado aún la oposición tajante y por ello se habla de naturaleza divina: "E el departimiento que á entre natura é naturaleza es este. Ca natura es una virtud, que faze ser todas las cosas en aquel estado que Dios las ordenó. Naturaleza es cosa que semeja a la natura, é que ayuda a ser é mantener todo lo que descende della" (2).

"Departieron los sabios que la natura es virtud que está enerrada dentro en las cosas, e faze a cada una obrar assi conuiem segun el ordenamiento que Dios puso en ellas. E esta es en el ome de dos maneras. La una de lo que vec, e siente de fuera; assi como pesarle é auer miedo de aquello que entiende, quel podria venir daño, e plazerlo de lo quel piensa, que le verna bien. Mas la que esta dentro en el mismo, es quando obra de la virtud que ha en sí; non por miedo, ni por amor, que haya de ninguna cosa, mas señaladamente por fazer bien" (3).

Sigamos. La corrección y reforma de la ley, de que hablábamos, una vez proyectada, debe ser prudentísima, sólo necesaria cuando "fallaren que las razones de las leyes tiran más a mal que a bien" (4), y será conveniente, cuando las leyes se hayan convertido en restos muertos del pasado, pero en todo caso evitando siempre un imprudente afán innovador.

Las leyes "fechas de nuevo, valen tanto como las primeras o más, porque las primeras hanlas usado los omes tan luengo tiempo, que son como envejecidas, e por el uso de cada día reciben enojo. E otrosí, porque los homes naturalmente cobdician en el saber e ver cosas nuevas: e por ende los que fazen las leyes, deben querer el bien e el derecho, que los que antes lo sopieren que lo no destorben, ni los dañen los que después viniesen por desentimiento." (5).

(1) Balbo. glosa a la ley 8. C. de adopt.

(2) Ley 1, título 24, Partida 4.^a

(3) Ley 2, título 27, Partida 2.^a

Observe el lector que siglos antes que Kant la fórmula de su ética está claramente expuesta en esta sabia ley de Partida.

(4) Ley 18, título 1, Partida 1.^a

(5) Ley 19, título 1, Partida 1.^a

No debe, pues, la ley nueva, salvo caso de absoluta injusticia, desconocer el imperio que hubo la anterior y que debe conservar sobre lo hecho durante su vigencia. Las Partidas recogen del Derecho romano el principio de aplicación de la ley del tiempo del contrato concluso "fecho" para juzgar sobre este "otrosí dezimos que si sobre pleyto, o postura, o donación, o yerro que fuesse fecho en algund temporal que se judgauan por el fuero viejo; fuese fecha demanda en juycio en tiempo de otro fuero nuevo que es contrario al primero, que sobre tal razón como esta deue ser prouado e librado el pleyto por el fuero viejo e non por el nuevo. E esto es porque el tiempo en que son comenzadas é fechas las cosas, deue siempre ser catado; magüer se faga demanda en juycio en otro tiempo sobrellas" (1).

En el caso de cambio de ley, por cambio de ley personal, especie de cambio de nacionalidad religiosa de aquella época, para los hechos acaecidos bajo la antigua ley, sería aquella aplicable respecto a su validez y realidad jurídica y no la ley nueva; así lo disponen, aunque añadan a las jurídicas razones de proselitismo "De los Moros e de los judíos que casan segund su Ley con sus parientas, o sus cuñadas; que no les embargue después que fuesen Christianos . si alguno seyendo Moros, o judíos, casando segund su Ley, seyendo parientes o cuñados, e después desto se tornassen Christianos algunos de aquellos que assi fuessen casados, non deue ser desfecho el casamiento por esta razón" (2).

En el caso de cambio de domicilio y con él de Ley, el principio de aplicarse la ley del tiempo del contrato es mantenido como en el caso antes dicho. Las Partidas dicen sobre "¿que deue ser guardado, quando casen algunos en una tierra, e fazen pleytos entre sí, e después van morar en otra en que es costumbre contraria de aquel pleyto?", " e después que son casados acaesce, que vienen a morar a otra tierra, en que usan costumbre contraria de aquel pleyto o de aquella auenencia que ellos pusieron. E porque podría acaescer dubla quando muriese alguno dellos si deue ser guardado el pleyto que pusieron entre sí, ante que casassen o quando se casaron o la costumbre de aquella tierra do se mudaron, por ende lo queremos departir. E dezimos, que el pleyto que ellos pusieron entre si, deue valer en la manera que se auinieron ; e no deue embargado por la costumbre

(1) Ley 15, título 14, Partida 3.^a

(2) Ley 6, título 6, Partida 4.^a

contraria de aquella tierra do fuessen a morar. Esso mismo sería, magüer ellos non pusiessen pleyto entre si: ca lo costumbre de aquella tierra do fizieron el casamiento, deve valer, quando en las dotes, e en las arras, e en las ganancias que fizieron; e no la de aquel lugar do se cambiaron" (1). Gregorio López distingue en tal caso los gananciales hechos en el lugar do se celebró el matrimonio y los ganados donde se trasladaron después. los que debían regirse en su régimen por la ley del nuevo domicilio. Esta distinción fracciona y desconoce la unidad y continuidad del matrimonio, obligaría en la práctica a hacer liquidaciones parciales y sólo puede sostenerse por el predominio del estatuto real como aplicable a los bienes, al que, como es natural, recurre e invoca Gregorio López en su glosa a esta Ley.

La prescripción se regirá por la nueva Ley; no es, pues, nunca derecho adquirido, ni lo genera hasta su terminación. Así, cuando contra la ley goda (2), que estableció la prescripción máxima de treinta años, establecieron las Partidas, volviendo a la legislación bizantina, la especial de cuarenta años a favor de la Iglesia (3), el que tuviese la cosa veintiocho años, habría de esperar doce más para poder alegarla, en vez de solo dos. Según Gregorio López, el beneficio del mayor plazo de prescripción era también aplicable a los pobres (4).

La legitimación no es retroactiva: "son dende adelante legítimos" (5).

Las legítimas no se consideraron derechos adquiridos antes de la muerte del causante, y cuando como en las Partidas (6), al establecer el sistema justiniano rebajaban la mayor legítima anterior (7), no se discutió el que su aplicación no era retroactiva, aun afectando a las disposiciones anteriores, pues considerada la legítima como *debita nire naturae*, pasa a ser la reforma en cierto sentido como descubrir un error en el derecho anterior.

El caso de si al establecerse legítimas altas como en el Fuero Juzgo, frente a un derecho libre, afectarían al testamento hecho antes,

(1) Ley 24, título 2, Partida 4.^a

(2) Cod. Visig. III, título 2, libro X.

(3) Ley 26, título 29, Partida 3.^a

(4) Se funda en la Novela 131, cap. 6, y Abb y Feliu, cap. 6, de prescript.

(5) Ley 4, título 15, Partida 5.^a

(6) Ley 17, título 1, Partida 6.^a

(7) ^{4/5} en el Fuero Juzgo, ley 1, título 5, libro 4.º, y Fuero Real, ley 9, título 5, libro 3.º

no lo hemos encontrado expresamente resuelto en nuestras antiguas leyes, pero dado su criterio sobre la Ley y el Derecho, creemos afectaría al testamento anterior.

Las Partidas atribuyen a la Iglesia la jurisdicción sobre intereses, por haber en la usura materia de pecado. "Todos estos pleytos sobredichos que nacen destos pecados, que los homes facen, se deben juzgar et librar por juicio de santa Eglefia" (1).

En este punto, la prohibición eclesiástica reforzada por las Partidas (2), trastrocaba el derecho anterior. El Fuero Juzgo se apartó poco de la tasa romana del 12 por 100, y en préstamos de granos de agricultores un octavo por modio o 12 $\frac{1}{2}$ por 100 de la Novela 32, pues establecía en préstamos de dinero el 1 por 8 ó el 12 por 100, pero en préstamos de áridos y líquidos la triste situación y rudeza de la época se revela en el máximo permitido de hasta un 50 por 100 (3). Este mismo interés, que nos hace retroceder a las épocas del nomadismo primitivo y de capital ganadería, aparece en el Fuero Viejo (4). En el Fuero Real se inicia ya la baja al 33 $\frac{1}{2}$ por 100 (5).

Sigamos. En el Ordenamiento de Alcalá (1348) se dice respecto a la nueva Ley: "Porque vos mando que usedes de las dichas leyes é las guardades segund en ellas se contiene, así en los pleytos que agora son en juicio como en los pleytos que fueren de aqui adelante." La Ley II, Título IX del dicho Ordenamiento establece, al acortar el plazo de prescripción, sabias medidas transitorias, que, como de costumbre no citan los tratadistas extranjeros, tan desconocedores de nuestra obra en la historia: "Ordenamos e establecemos que el que alguna demanda ha contra otro con carta, o sin carta é desde el plazo llegare, non la demandare en juycio e non ficiere emplazar la parte sobre ello, e non fuese fecha entrega por ella fasta dies annos que desde en adelante que pierda la demanda que avia, e non sea oido sobre ello, *et las debdas que son fechas fasta aquí* desde que son pasados siete annos o más que las puedan demandar fasta tres annos; et si non fuesen pasados siete annos que las demanden del dia que se comprio el plazo a que se avia a pagar la debda fasta cumplimiento

(1) Ley 58, título 6, Partida 1.^a

(2) Leyes 31 y 40, título 2, Partida 5.^a

(3) Leyes 8 y 9, título 5, libro 5.^o

(4) Ley 3, título 5, libro 3.^o

(5) Ley 6, título 2, libro 4.^o

de los dichos dies annos; e despues que non sea oído el demandador " "E establecemos que la justicia (jurisdicción) se puede ganar *daquí adelante* contra el Rey por espacio de cien annos, continuamente sin destajamento" (1).

Cuando la reforma es supresiva afecta a los contratos anteriores sin retroacción, así en la Ley I, Título XXIII del Ordenamiento, dada contestando a la segunda petición de las Cortes de Alcalá, que duramente condena el interés, y dice: "La cobdicia, es raiz de todos los males, en tal manera que ciega los corazones de los cobdiciosos, que non temiendo a Dios, ni auendo verguenza a los omes, desvergonzadamente dan a usuras en muy grant peligro de sus almas e danno de nuestros pueblos"; y resuelve sobre "los contratos usurarios que son fechos fasta aqui, que no son pagados que seyendo fallado que han rescibido lo que dieron e prestaron que non puedan aver mas". "Porque se falla que el logro es un grant pecado é vedado asi en la ley de Natura como en la ley de Escritura e de Gracia, e cosa que pesa mucho a Dios, e porque vienen dannos é tribulaciones a la tierra do se usa, e consentirlo, e mandarlo, é judgarlo pagar e entregar es muy grant pecado: et sin esto es muy grant erroamiento, é destroimiento de los algos e de los vienes e de los moradores de la tierra do se usa; et como quier que fasta aqui de luengo tiempo aca fue usado, e non entrannado como devia. Nos. por seguir a Dios e guardar en esto nuestra alma, como devemos, e por tirar los dannos que por esta raçon vienen a nuestro pueblo, e a las nuestras tierras, tenemos por bien, e defendemos que de aqui adelante ninguno nin judio, ni judia, nin moro ni mora non sea osado de dar a logro por si, nin por otro et todas las cartas é privilegios e fueros que les fueron dados, fasta aqui Nos las quitamos e revocamos et tenemos por bien que non valan de aqui adelante" (2).

La justicia está sobre todos. Así nuestras antiguas leyes, desgraciadamente olvidadas un tiempo en que España parecía huir de sí misma, disponían "establecemos que si en nuestras cartas mandamos algunas cosas, que sean contra ley o fuero o derecho, que la tal carta sea obedecida y no cumplida (Juan I. Cortes de Briviesca del 1387 (3)).

(1) Ley 2, título 27.

(2) Ley 2, título 23.

(3) Ley 2, título 12, libro 3.º del Ordenamiento de Montalvo.

Enrique II, en las de Toro; Juan II, en las de Valladolid, Madrid (1) y Guadalajara (2).

En todo momento, a mas del respeto a la justicia, se respeta el acto, ya concluso, así. Enrique II, en las Cortes de Nieva "revocó y dio por ningunas y de ningun effecto todas e qualesquier cartas-rescriptorias y alvalaes, o cédulas que avia dado . y las que en adelante diese injustas y agraviadas, en daño y en perjuicio de tercero: que fuesen contra las leyes y ordenanzas de nuestros reynos y todo lo que fasta alli se había hecho por virtud de las dichas cartas: salvo si sobre ello hoviese intervenido iguala, o composición, o avenencia de consentimiento de partes: o a tales actos que induxesen ó pareciesen inducir consentimiento" (3).

ANTONIO MARÍN MONROY

Notario

(1) Leyes 3 y 7, título 14, libro 3.º, y 1, título 3, libro 7.º del Ordenamiento de Montalvo.

(2) Ley 2, título 16, libro 7.º de la Novísima Recopilación.

(3) Ley 3, título 12, libro 3.º del Ordenamiento de Montalvo.

El Escribano y el Notario

Más notas para la historia del Notariado

Si repasamos los textos legales de nuestro derecho histórico, encontraremos definido el Escribano, pero no el Notario. “Escribano—dicen las Partidas—tanto quiere decir como ome que es sabidor de escreuir” (1). No es que no exista la denominación de “Notario”; la encontramos ya empleada en la Constitución de Maximiliano “*super officii Notariatus exercicio*”. La escuela de Bolonia nos habla del *Arte de Notaria*, de los *Notarii* y de los *Doctores Notariae*; y en los documentos laicos de la Edad Media encontramos empleada esta palabra, como equivalente a la de Escribano, que es la que habitualmente emplean nuestros antiguos textos legales.

¿Por qué razón prepondera durante toda la Edad Media y gran parte de la Moderna esta denominación de Escribano, y triunfa el empleo de la voz Notario durante el siglo XIX? Es innegable que, aparte la influencia que ejerce en todas las legislaciones la ley francesa de 25 Ventoso del año XI (16 de marzo de 1803), en la que se empleaba el nombre de Notario (tradicional en Francia), contribuyó al empleo de la denominación de Escribano, el deseo de distinguir los Notarios civiles de los Notarios eclesiásticos, dando a los primeros la calificación de Escribanos y reservando para los segundos el nombre de Notarios. de esta suerte se contribuía a dificultar las recíprocas invasiones de competencias y especialmente el deseo de los clérigos y Notarios eclesiásticos de ejercer funciones notariales, cosa más fácil que ocurriera en época en que la función Notarial—aun constituyendo una delegación del poder del Monarca—respondía todavía a su sentido etimológico de “sabedores de escribir”, lo cual sabían con más frecuencia los eclesiásticos que los seglares.

(1) Ley 1.^a, título XVIII, Partida 3.^a.

Tal parece ser la opinión de Gonzalo de las Casas (1), que afirma que, aunque originariamente, las dos voces tuvieron valor equivalente, prevaleció la de Notario en el Reino de Aragón y en el Fuero eclesiástico. Y precisamente porque se había denominado Notarios a los eclesiásticos, es acaso por lo que, al plantearse a fondo la reforma del Notariado, se hace prevalecer esa nomenclatura sobre la antigua. No es que la voz Notario tenga un abolengo etimológico superior (2), pues si escribano literalmente quiere decir escribidor y el primitivo *scriba* suele ser un esclavo o un liberto, el *notarius*—también originariamente esclavo—es el que toma notas, y si a su misión manual, precursora de la taquigrafía, no se hubiera superpuesto una función jurídica, tan amanuense sería el Notario como el Escribano. Lo que ocurre es que la literatura de nuestro Siglo de Oro hace del Escribano instrumento de bafa, como lo hace del médico y de cuantos en aquella época heroica viven sedentariamente en apariencia de parásitos de una sociedad. Añádase a ello la corrupción que supone la enajenación de oficios, que permite se produzca—aunque por fortuna nunca en la abundancia que hubiera sido lógica—el fenómeno del Escribano falaz, desleal y engañador; y sobre estas consideraciones, piénsese que el hombre de leyes—como sus auxiliares en justicia, corchetes y alguaciles—ha de pechar con las consecuencias de actuaciones correctas conforme a las normas vigentes, si esas son imperfectas y encima soporta las diatribas del vencido por su sentencia o dañado por su intervención, sin que quien halló favor en la Justicia o apoyo en el Juez sea defensor del *bienfecho* y del instrumento por donde éste le llegó, o si

(1) Diccionario, voz Notario, tomo VII, página 271. Suárez de Figueroa: *Plaza*, página 434, afirma igualmente—y de ahí tomó seguramente la afirmación G. de las Casas—: "En los reinos de Castilla, con más propiedad se entienden los Notarios por los que asisten a los eclesiásticos, que no pueden actuar en negocios seculares ; a diferencia de la Corona de Aragón y sus adyacentes, donde por Notario se entendía, en el uso de sus Fueros, lo mismo que Escribano ; y aún hoy, en la Pragmática, para arreglar los derechos del Escribano de Número de Zaragoza, se les da el nombre de Notarios en Caja."

(2) Sobre el origen de la palabra Notario, ya existente en Roma, como hemos visto, dice C. Suárez Figueroa (*Plaza Universal de Ciencias y Letras*, ed. Madrid, 1723, pág. 432 y sigs.) "que esta palabra viene de las notas en que se resume el contexto del privilegio o cédula, para que lo extiendan los escribanos". Covarrubias, con más precisión, cita dos epigramas de Marcial y un lugar de Plutarco, para probar que fué la velocidad del cálamo la que dió origen a la palabra *Notario*. "Estos y todos los demás—añade—que escribían con velocidad usaban la letra por parte y muchas abreviaturas, que propiamente se llamaban *notas*, de donde tomaron el nombre de *notarios*." (Tesoro de la lengua castellana, 1610, art. Escribano.)

lo es no ponga en su defensa la pasión y el calor que el dañado puso, y el que seguramente pondrá el vulgo, más propicio a la burla y a difundir vicios ajenos que a la compasión y a la pública exaltación de virtudes de otros.

Conocidísimo es el epigrama de Quevedo sobre falsedad del Escribano (1), lo mismo que las palabras que en *Persiles* dedica Cervantes (2) a las gentes de justicia. Pero es lo cierto que de aquellos sangradores salieron los médicos de hoy y aquellos Escribanos son los progenitores de los actuales Notarios. Si la labor de éstos hubiera sido tan mendaz y maliciosa como hacen suponer los textos literarios a que aludimos, no hubiera ido robusteciéndose su autoridad y su función y en el ejercicio profesional hubieran alcanzado nivel semejante al que hoy tiene el Notariado, si el escándalo de la enajenación de oficios (de que no eran en definitiva culpables los Escribanos, sino las necesidades del Tesoro Real) no hubiera exagerado los defectos de la institución y empequeñecido sus virtudes (3).

Seguramente por estas mismas razones tampoco hoy los escribanos

(1) ¿En sepulcro de escribano—una estatua de la fe?—No la pusieron en vano,—que afirma lo que no ve.

(2) Ricla, la tesorera, que sabía muy poco o nada de la condición de Escribanos y Procuradores, ofreció a uno de secreto, que andaba allí en público dando muestras de ayudarles, no sé qué cantidad de dinero porque tomase a cargo su negocio, lo echó a perder del todo, porque en oliendo los sátrapas de la pluma que tenían lana los peregrinos, quisieron trasquilarlos. como es uso y costumbre, hasta los huesos." *Persiles*..., III, 4. Madrid, 1917; folio 134.

(3) Sin perjuicio de volver alguna vez sobre el tema, queremos hacer aquí un rápido examen del Notario y del Escribano en nuestra literatura clásica, labor en la que fué preciosa la colaboración del profesor Herrero García.

De Lope de Vega —Tú, que eres el escribano,
vete a procesar verdades.
Cortadas, quizá, a medida
de las que confiesa un sastre.

(*El engaño de la verdad.*)

Don Sancho.—Pero si el infierno es,
¿cómo escribanos no vemos?

Clarindo.—No los quieren recibir
porque acá no inventen pleitos.

Don Sancho.—Pues en él pleitos no hay,
bueno ha de ser el infierno.

(*La Estrella de Sevilla.*)

El pina.—Escribano será bueno?

Belardo.—Si es bueno, bueno será;

de actuaciones en los Tribunales de Justicia han conservado ese nombre en las leyes orgánicas, sino que se llaman Secretarios (de Juzgado o de Audiencia) y Secretarías a las antiguas Escribanías.

E. GIMÉNEZ-ARNAU.

Notario y Registrador de la Propiedad

pero es oficio que está
de muchos peligros lleno.

(*El Rey sin Reino.*)

De Quevedo.—En el proceso que se hace en el infierno contra los Escribanos los compara con Lutero, y dice: “Estaba engordando la mentira a puros enredos y vi a Judas, y a Mahoma, y a Lutero rescatar desta vecindad, el uno la bolsa y el otro el zacarrón.”

Lutero decía: “Lo mismo hago yo escribiendo.”

(*Sueño de las Calaveras.*)

“Es posible que no haya en el infierno ninguno (habla de los Escribanos) ni le puede topar en todo el camino.. ? Pues, ¿qué hacen? ¿Sálvanse todos? —No—dijo—; pero dejan de andar y vuelan con plumas. Y el no haber Escribanos por el camino de la perdición no es porque infinitísimos que son malos no vienen acá por él, sino porque es tanta la prisa con que vienen, que volar y llegar y entrar es todo uno, tales plumas se tienen ellos, y así no se ven en el camino.”

(*Las Zahurdas de Platón.*)

Salustio del Pozo.—Hurta pecados tu hermano,
y es pecador; y hurta aquél
con tinta, pluma y papel,
y llamósmele Escribano.

(*Vida y Muerte de Judas.* Ocho comedias desconocidas. Leipzig, 1887.)

Y así múltiples textos más, que podíamos citar de estos mismos autores y de Mateo Alemán, en *Atalaya de la vida humana* y *Guzmán de Alfarache*; de Salas Barbadillo, en *El curioso y sabio Alejandro* y en *Coronas del Parnaso*; de Tirso de Molina, en *El mayor desengaño*, *Palabras y plumas* y *Santo sastre*, y de Avellaneda, en el *Entremés de los rábanos*. Puede consultar el interesado en esta materia la obra de Herrero García, *Ideas de los españoles en el siglo XVII*.

Instrumentos públicos de la Edad de Oro de España

EL TESTAMENTO DEL REY CATÓLICO OTORGADO EN ARANDA DE DUERO

Hice una breve mención en mi artículo publicado en el mes de enero en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO del testamento otorgado por D. Fernando II de Aragón y V de Castilla, Rey Católico, en Aranda de Duero en 26 de abril de 1515.

Es interesante dar a conocer este testamento, desconocido por los biógrafos del Monarca aragonés. No estudiado hasta ahora y de una importancia excepcional en los aspectos jurídico, político y social (1)

Existe el original, como dijimos, en los ricos fondos documentales del palacio de Liria, en Madrid, y por bondad del propietario de los expresados archivos, Excmo. Sr. Duque de Alba y de Liria, tenemos un traslado literal del referido testamento.

Veremos primero su modalidad externa, y luego, su modalidad interna, y en ésta los aspectos arriba apuntados.

Se trata de un testamento *cerrado*, y creo oportuno establecer el siguiente parangón. En el único que otorgó Isabel I, después del documento *lex testamenti* (ámbito del *status* individual), documento *privado* donde establece su última voluntad, y *público* por dictar normas como Reina—dualidad que es inseparable en los actos *mortis causa* de los Jefes de Estado absolutos—, a continuación de la firma de la Reina Católica y del sello de placa, en la misma hoja de pergamino (2), viene el signo del Notario Grizio, el *acta de suscripción*

(1) El glorioso profesor D. Eduardo Ibarra, en su hermoso libro *España bajo los Austrias*, primer capítulo *Introducción*, dice en la página 15: "aún tenía—el Rey Católico—sin revocar el testamento de Burgos". En 1516, fecha a la que alude mi maestro Sr. Ibarra, había que revocar no el testamento de Burgos de 2 de mayo de 1512, sino el de Aranda de 26 de abril de 1515, que, posterior perfecto, había revocado el anterior.

(2) Tengo a la vista las fotocopias del testamento de Doña Isabel. La letra *cortesana* es del Notario Grizio. La del acta de suscripción auténtica es

auténtica (1) y la rúbrica del Federatario, que firmó después de la última línea en todas las hojas. Se completa la parte externa o puramente formal que, sin duda, tiene las circunstancias de *documento público*, con los sobrescritos de la cubierta anterior, donde firman los siete testigos. En el instrumento público objeto de este artículo—testamento del Rey Católico otorgado en Aranda de Duero—, en el mismo documento y con igual clase de letra *cortesana*, todo el texto, sin acta de suscripción auténtica, se lee: “Este es nuestro último testamento otorgamos, hacemos y firmamos esta postrimera voluntad por Ante Miguel Velázquez Climente nuestro Protonotario y Notario Público por todos nuestros reynos y señoríos al cual mandamos que presentes los testigos, para esto llamados y rogados lo testifique y que los dichos testigos vean como Nos lo firmamos de nuestra propia mano, al cual dicho Protonotario nuestro, mandamos que *no publique ni lea delante los dichos testigos ni en otra parte nuestro testamento fasta que Nuestro Señor hubiera dispuesto de Nos y que después lo lean y publiquen* en presencia de nuestros testamentarios que se fallaren por el.” Queda claro que el testamento otorgado en Aranda por el Rey Católico por ante el Notario Miguel Velázquez Climente, fué de clase *cerrado*.

En la redacción del de la Reina influyó el formulario castellano basado en las Partidas. En el del Soberano, los prestigiosos formularios de los gloriosos colegios notariales de Aragón.

Se otorga el que estudiamos por un aragonés en Castilla y el Notario respeta la regla *locus regit actum*. La forma es la del lugar del otorgamiento y autorización: Fedatario y siete testigos. La Ley que rige en Castilla a la sazón es la Ley tercera de la colección *Leyes de Toro*, que aclaró lo dispuesto en el Ordenamiento de Alcalá. Dicha Ley “acentuó la separación entre el testamento abierto y el cerrado, mandando que la solemnidad de la Ley del Ordenamiento (asistencia de Escribano y tres testigos vecinos) se aplicara en el testamento *abierto*, y que en el *cerrado* intervinieran siete testigos y Escribano” (2).

La Ley no habla de la vecindad de los testigos, dice textualmente:

de peor pendolista, más joven y más imaginativo, según estudio grafológico y paleográfico.

(1) La frase es de Colin y Capitant.

(2) Véase profesor Castán: *Derecho civil*, tomo IV, pág. 310. Edi. Madrid, 1942.

"En el testamento cerrado que en latín se dice *in scriptis*, mandamos que intervengan a lo menos siete testigos con un escribano" (1).

Además del Notario Escribano Miguel Velázquez Climente, concurren al otorgamiento los testigos siguientes: El Duque y Castellán=El Marqués=Agustín Cueva=Ramón de Siques=Miguel Graya=Luis Sánchez=Martín Cabrero. Los cinco últimos son del séquito del Rey Católico, amigos íntimos. ¿Quiénes son el Duque y el Marqués? ¿Está bien aclarada su personalidad, sin decir más en el texto del testamento? (2).

"El Marqués" firma como testigo en el último de Don Fernando, y mejor expresado: "Don Bernardo de Roxas y Sandoval, Marqués de Denia, Mayordomo mayor". Es de creer que este prócer fué uno de los testigos del testamento del Rey Católico otorgado en Aranda de Duero. ¿Y el Duque? ¿Sería el Señor Duque de Alba? Los testadores llaman y ruegan como testigos a sus íntimos. Veamos. Don Fernando era agradecido. Cuando los nobles castellanos le volvieron la espalda, fallecida su primera esposa, "los más notables de los que se le conservaban fieles eran el duque de Alba y el conde de Cifuentes". Cuando se entrevistaron Felipe el Hermoso y el Rey Católico, dice Lafuente: "Formaba contraste aquel aparato (con que se presentó el Archiduque) con la sencillez con que se presentó el monarca aragonés acompañado del duque de Alba."

"El duque de Alba, acérrimo partidario de Don Fernando, sostenía que éste, muerto su yerno, era de hecho el legítimo regente de Castilla, pues quedaba vigente el acuerdo de las Cortes de Toro." En otra parte dice Lafuente: "El Arzobispo, el de Alba y el Condestable que habían recibido poderes de Fernando para obrar en su nombre", y por último. "El duque de Alba se apodera de Pamplona" (3).

Era discreta la hipótesis de creer que *El Duque*, testigo, fué D. Fadrique de Toledo, segundo duque de Alba, el más consecuente de los próceres castellanos respecto del Rey Don Fernando.

Cabía oponer que D. Fadrique de Toledo no debería ser testigo

(1) Leyes de Toro. Ver la colección *Códigos antiguos de España*, tomo I, folio 721.

(2) Es curioso lo que acontecía en el siglo XVI. Por ejemplo, en el Real Consejo de Indias hay actas en las que se dicen los nombres de los presentes, y se añade: *Y Don Luis*, por Luis de Mercado, médico de Felipe II. Véase el documento negando a Cervantes destinos en Indias por ser cardíaco, de edad propecta y no estar para largos viajes (Archivo de Indias, de Sevilla).

(3) Lafuente. *Historia de España*, tomo X, páginas 276 a la 396 y siguientes. Ed. MDCCCLIII.

por incapacidad legal de parentesco (Legislación de Partidas, Derecho Supletorio o de segundo rango desde el Ordenamiento de Alcalá). En efecto, D. Fadrique es hijo de doña María Enríquez, hermana de la madre del Rey, doña Juana; por lo tanto, eran el Rey y el Duque primos hermanos (cuarto grado de consanguinidad).

No obstante, los Reyes Católicos "de su cierta ciencia" y "del poder real absoluto de que quieren usar e usan", era discreto asegurarse y el ilustre Archivero de la Casa de Alba, D. Julián Paz, nos dice: "La firma del testigo *El Duque* no coincide con las de D. Fadrique de Toledo. Son completamente diferentes (1). Puede V. estar seguro de que la firma del testamento no es del segundo Duque Don Fadrique. Además este firmaba siempre *El Duque Marqués*, o sea, Duque de Alba, Marqués de Coria."

Era preciso examinar el segundo título del primer testigo del testamento, dice, *El Duque y Castellán*.

"En el año 1515 ocupaba el cargo de Castellán de Amposta Don Juan de Aragón, Duque de Luna. Este personaje ocupó dicha dignidad durante los años 1506-1517."

Concuerda, por lo tanto, con la figura de Don Juan de Aragón, Duque de Luna, la firma *El Duque y Castellán* que aparece en el testamento del Rey Católico otorgado en Aranda de Duero el 26 de abril de 1515 (2). Don Juan de Aragón es el primer testigo de este testamento.

Perteneciendo la castellanía de Amposta a la Real Orden de San Juan, del Reino de Aragón, la documentación de la misma se conserva en el Archivo Histórico Nacional, sección de Ordenes Militares.

El Duque de Alba, D. Fadrique de Toledo, fué nombrado albacea en el testamento que comentamos, en unión de la Reina Doña Germana, del futuro Carlos V, entonces Príncipe; del Arzobispo de Zaragoza y de D. Ramón de Cardona. "Especiales marmesores testamentarios y executores de Nuestra última voluntad." Hemos de estudiar en este testamento, no sólo el albaceazgo, sino el Contador partidor Comisario, antecedente del 1.057. C. C. tan sabiamente presentada la

(1) Carta de 5 de junio de 1843. Ver también, en cuanto al parentesco del rey y el duque, el trabajo "Las diecisiete duquesas de Alba", del Abogado y Académico Sr. Llanos y Torriglia, en *Rev. Letras*. Año VII, número 70.

(2) Carta del exímio Director del Archivo de la Corona de Aragón, señor Martínez Ferrando, ilustrada con la cita de Miret y Sans: *Les cases de templers i hospitalers en Catalunya*. Barcelona, 1910. Contiene una lista de los castellanos de Amposta, páginas 519-20.

doctrina de este artículo y del 1.056 por la Jurisprudencia de la Dirección de los Registros y del Notariado.

El nombramiento de albaceas, comisarios, copiado al pie de la letra, pasa de este testamento de Aranda al último de Madrigalejo con estas interesantes frases: "A los cuales marmesores testamentarios y executores sobredichos otorgamos, damos, atribuimos y firmamos plenísima potestad para que cumplan y executen de nuestros bienes infrascriptos las cosas que por aqueste nuestro testamento y última voluntad les encomendamos.

Sin perjuicio de dedicar al albaceazgo en su día el comentario oportuno, creemos que siendo D. Fadrique de Toledo albacea y el pariente castellano de más confianza a la sazón, es el motivo de que este testamento de Aranda de Duero lo entregase el Soberano al prócer más ilustre de Castilla para que lo tuviese archivado "en poridad", y de ahí su existencia en los fondos documentales del palacio de Liria, de Madrid.

Es interesante para la Historia que en este instrumento no sólo se dice el lugar del otorgamiento, se añade además el edificio donde se testó: "Fecho fué aquesto en la Villa de Aranda de Duero en las Casas de Don Juan de Acuña donde nos posábamos. Jueves a veintiseis días del mes de abril año del nascimiento de Nuestro Señor Jesucristo mil y quinientos y quince." También vemos expresado el día de la semana. Y como el almanaque porque se regian sus diversos Estados no era el mismo, después de fechar como se ha expresado con respecto a Castilla, sigue diciendo: "y de los nuestros reynos a saber: Es de Sicilia allende el Farum año cuarenta y ocho; de Aragón y de los otros treinta y siete; de Sicilia aquende el Farum y de Hierusalem trece; de Navarra cuatro".

Los historiógrafos han de encontrar en este testamento, digno de detenido estudio, datos de gran interés. Dedicados nosotros a los aspectos de importancia para el Notariado, recalamos la perfección de los formularios aragoneses. Se dice el año en cada uno de los Reinos y Señoríos del otorgante, el día de la semana, *jueves*, y el edificio donde testó el Señor otorgante. Falta la hora, se dirá; pero además de no exigirlo la legislación vigente, testamentos de esta naturaleza, tan extensos y tan notables por muchos conceptos, no era presumible se otorgase más de uno en un día, y faltaba el Registro de actos de última voluntad de la Familia Real, institución de nuestros tiempos.

Y expuesto lo que precede como notas externas y formales, estudiemos en una hojeada los aspectos jurídicos, políticos y sociales que vibran en su texto como elementos internos del instrumento que examinamos, sin perjuicio de ulteriores desenvolvimientos en otros artículos.

* * *

En los documentos notariales del siglo XVI no se hacían los apartados o cláusulas de nuestros días, y así resulta la lectura molestísima. Tampoco el orden de nuestros tiempos en cuanto a las partes en que se divide el instrumento. Por ejemplo, la cláusula revocatoria que los fedatarios ponemos como última cláusula, en el testamento que estudiamos de Don Fernando figura en primer lugar, después de la protesta de fe, y además de una comparecencia, con lo que se llama en Derecho Internacional Público *título grande del Soberano*, hay al final una sanción, otra vez con dicho título grande, o sea, con todos los nombres de los reinos, condados, señoríos, etc. Como nota curiosa copiamos la comparecencia: "Nos Don Fernando por la gracia de Dios Rey de Aragón, de Navarra de las dos Sicilias (Nápoles y Sicilia), Hierusalem, de Valencia, de Mallorca, de Cerdeña y de Córcega, Conde de Barcelona, Duque de Athenas y de Neopatría, Conde de Rosellón y de Cerdania, Marqués de Oristán y de Gociano."

Mejor que una clasificación de las disposiciones, creemos prudente presentarlas por el mismo orden del testamento, para que el lector tenga una idea de conjunto y luego ir desgranando las disposiciones con el comentario oportuno.

3.^a cláusula: *Sepelio*: "Y eligiendo sepultura de nuestro cuerpo, queremos, ordenamos y mandamos que aquel sea luego que fallescieremos llevado y sepultado en la capilla real nuestra que Nos y la Serenísima Señora Doña Isabel nuestra muy cara y muy amada mujer que en gloria sea habemos mandado hacer y dotado en la Iglesia mayor de la ciudad de Granada, la cual ciudad en nuestros tiempos plugo a nuestro Señor que fuera conquistada, tomando a Nos aunque indigno y pecador por instrumento para ello y por ende querremos, pues tanta merced nos fizo los huesos nuestros estén allí para siempre donde también han de estar sepultados los huesos de la dicha Serenísima Señora Reyna para que juntamente loen y bendigan su santo nombre, y si fuere caso que al tiempo que desta vida pasemos la dicha Capilla Real nuestra no fuere acabada, ni el cuerpo de la dicha Serenísima

Señora Reina fuere mudado a la dicha Capilla, queremos que nuestro cuerpo sea depositado y puesto juntamente con el suyo y en la misma sepultura en el Monesterio de Sant Francisco del Alhambra de la dicha ciudad donde está al presente depositado hasta que la dicha Capilla sea acabada, y que luego que la obra de aquella fuere fecha, pasen nuestro cuerpo con el cuerpo de la Reyna a la dicha Capilla..."

4.^a *cláusula*. Legados a la Capilla Real de Granada interesante para la historia de las bellas artes. "Los ornamentos todos de seda y de brocado de nuestra capilla". Se enumeran a continuación, entre éstos: "Los panios—tapices—de los siete gozos de Nuestra Señora y el panio de la historia de los tres estados." Los testamentarios y marmesores lo entregarán mediante inventario y acto público.

5.^a *cláusula*. Legados al Monasterio de Poblete. "Item dexamos al Monasterio de Nuestra Señora de Poblete donde están sepultados el Rey y Reina mis señores que en gloria sean—Juan II de Aragón y Juana Enríquez—, el ornamento de brocado raso carmesí con todo su complimiento y otro ornamento de damasco blanco alcachofado de oro con todo su complimiento."

Cláusula 6.^a Los funerales y exequias "nos sean fechas quitada toda pompa y vanedat del mundo" y que solamente se hagan "aquellas cosas que sean provechosas y saludables para nuestra ánima".

Cláusula 7.^a *Lutos*. "Queremos ordenamos y mandamos que por Nos no se traiga xerga alguna ni luto sobre la cabeza ni barba crescida."

Cláusula 8.^a Ordena se digan diez mil Misas "para en remedio de la ánima nuestra y de las ánimas de nuestros difuntos".

Cláusula 9.^a "En el día de nuestra sepultura, o dentro de ocho días después de aquella sean vestidos cient pobres de dos vestiduras de panio para cada uno porque rueguen a nuestro Señor Dios que haya merced de nuestra ánima."

Cláusula 10.^a Después de un recuerdo delicado lleno de cariño para la gran Reina Católica—que se copia literalmente en el último testamento de Madrigalejo—, viene la enumeración de los hijos y nietos, que reputamos interesante para nuestros lectores: "De la cual —Reina Católica—, nos dió Nuestro Señor fijo el Ilustrísimo Príncipe Don Johan primogénito nuestro que santa gloria haya y hijas la Serenísima Doña Isabel Reyna de Portugal después del dicho Príncipe Don Johan primogénita y heredera nuestra ya difunta cuya áni-

ma Nuestro Señor tenga en su gloria, de la cual quedó hijo suyo y del Serenísimo Rey de Portugal, Don Manuel, su marido, el Ilustrísimo Don Miguel, Príncipe de Castilla de Aragón y de Portugal que está en gloria a mas hubimos la Serenísima Doña Johanna, Reina de Castilla, Princesa de Aragón, Archiduquesa de Austria y después de los dichos nuestros hijo, hija y nieto primogénita nuestra carísima y heredera y sucesora en todos nuestros Reynos y Señoríos y ya jurada por aquellos, no habiendo Nos fijos másculos legítimos y de legítimo matrimonio procreados, la cual está al presente viuda por el fallecimiento del Serenísimo Rey Don Felipe que en gloria sea su marido, de los cuales hay hijos del dicho matrimonio el Ilustrísimo Príncipe Don Carlos primogénito y el Ilustre Infante Don Fernando y hijas las Ilustres Infantas Doña Leonor, Doña Isabel, Doña María y Doña Catalina, nuestros muy caros y muy amados nietos. E mas después de la dicha Serenísima Reyna Doña Johanna hubimos hijas del dicho matrimonio—con la Reina Católica—, la Serenísima Doña María Reyna de Portugal y la Serenísima Doña Catalina, Reyna de Inglaterra.”

Están expresados los hijos y nietos que viven al tiempo de otorgar este testamento el Rey Católico y queda señalada la labor del gran político para por medio de los lazos del amor, ir imponiendo la hegemonía española en Europa.

En la cláusula 11 encarece el Rey Católico se cumpla lo que falte por cumplir del testamento de la Reina Católica.

En la 12 justifica el segundo matrimonio con Doña Germana “por las cosas arduas y de grande importancia que se ofrescieron y estaban por suceder en los reynos de Castilla y en los otros reynos nuestros por el bien sosiego y paz de todo fué conveniente hiciésemos el casamiento que hicimos con la Reyna Doña Germana nuestra muy cara y muy amada mujer, lo cual como hasta aquí se es visto, ha fecho el fruto y puesto en todos los Reynos el reposo y asiento que del dicho casamiento y unión se esperaba. bendito Nuestro Señor, lo que cierto fué el principal fin y fundamento nuestro después de haber ya pasado por otros medios ” La razón de Estado impone las segundas nupcias del Rey Católico, hombre que por su edad y por su ardua labor en los treinta años del reinado con Doña Isabel la Católica no estaba en condiciones de volver a contraer nupcias, y más de esperar, como solicitaban los súbditos de los reinos de la Corona de Aragón, un

sucesor *másculo*, que ya lo tuvo con Doña Germana, "en la cual nos dió Dios hijo el Príncipe Don Johan *que falleció luego en naciendo*". Las drogas y remedios de las comadres insistiendo en la sucesión masculina con Doña Germana originaron o adelantaron el fallecimiento del Rey Católico.

La cláusula 13 está dedicada al nombramiento de albaceas contadores. Dos folios y medio, o sea, cinco planas a 32 líneas cada una, ocupa esta cláusula, de la que ya hablamos y que suscitará en su día, seguramente, interesantes monografías de los que sienten vocación por los estudios jurídicos.

La cláusula 14 trata de las deudas del testador. Cuando en otro artículo hagamos el resumen de este testamento, verá el lector que es en varios pasajes del instrumento que examinamos donde el glorioso testador tiene la cavilación de sus deudas, el deseo firme de pagarlas y los medios que arbitra para cubrir dichos créditos de sus acreedores.

Señaladas las deudas y agotados los recursos, ruega a los "testamentarios y *marmesores* de nuestra parte pidan e insten—a la primogénita Doña Juana y al nieto Don Carlos—, hayan por bien de dexar por tiempo de cinco años los diez cuentos que tenemos en las alcabalas como por el presente testamento ge les pedimos para en ayuda del cumplimiento de nuestros descargos". Agotados los recursos de Aragón, lo pide a la Reina de Castilla y a su hijo, porque dichas rentas de las alcabalas fué un legado de la Reina Católica sobre bienes de Castilla.

El lector ha juzgado cuán interesantes son las cláusulas expuestas. Nos falta presentar las contenidas en quince folios, todas ellas oro de ley. Importantísimas, porque sobre ellas, tachando algunos períodos, se redactó el testamento definitivo, otorgado por el Rey Don Fernando en Madrigalejo el 22 de enero de 1516. Así, pues, el examen y luego el comentario de las cláusulas del testamento de Aranda nos facilitarán el estudio del que podemos llamar *vigente*.

Las circunstancias que atravesamos recomiendan concisión, brevedad. Hay en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO muchos originales y poco espacio disponible, y así, caro lector, nos despedimos con el ya sabido *se continuará*.

FRANCISCO GÓMEZ DE MERCADO

Notario. De las Reales Academias de la Historia; de San Telmo, de Málaga, y de Ciencias Históricas, de Toledo.

Notas para un concepto de la fe pública

Por fe, en términos generales, entendemos la adhesión a la veracidad de un hecho que no hemos presenciado, por la sola autoridad y crédito de quien nos lo afirma.

Pero la aplicación de este concepto a la fe pública aparece como difícil a algunos autores. La fe, en el sentido indicado, implica siempre espontaneidad: es libre creencia, que no puede imponerse. Creemos o no creemos una cosa, a nuestro libre arbitrio. Y parece que al forzarse, coactivamente a alguien a tener por cierto un hecho, habrá en ese alguien lo que se quiera menos fe. ¿Cómo la habrá, por tanto, en nuestra adhesión a ciertos y determinados hechos, si se nos impone forzosamente por el ordenamiento jurídico, si se nos limita la capacidad de determinación, obligándonos a reputar como exacto lo que quizás en nuestro interior reputamos falso por completo? Estas consideraciones llevan a algún autor, como Azpeitia, a afirmar que el concepto de la fe pública, en el aspecto jurídico, no guarda analogía con el etimológico-vulgar y filosófico, sino que es equivalente al de autenticidad.

A nuestro juicio, el concepto de la fe pública no se ha delimitado con precisión, y de ahí las indicadas dificultades. Se confunde la fe pública con la imposición por parte del Estado de determinados hechos como ciertos, siendo así que son fenómenos distintos y conectados entre sí, por relación de causa a efecto.

Vaya por delante nuestra tesis: la fe pública no difiere esencialmente, en su naturaleza, del concepto que al principio hemos dado de la fe; y no podría ser de otra manera, porque la fe pública es una especie del género fe, y como tal, ha de reunir en sí los elementos esenciales de éste. ¿Cuál es, por tanto, el carácter individuante de la fe pública? El sujeto que cree. La fe pública no es más que la adhesión a la veracidad de un hecho por parte de la sociedad política, por parte

del Estado. Fe pública es fe del Estado. Cuando la persona Estado, por reunir un hecho características determinadas, lo considera digno de crédito, lo considera cierto, surge la fe pública.

Pero esta adhesión del Estado a la veracidad de un hecho tiene, desde luego, una trascendencia infinitamente mayor a la que posee la adhesión de un particular. Que yo crea o no una cosa es algo que en nada favorece o perjudica a los demás, por lo menos en tesis general; ni siquiera esa creencia saldrá de mi interior en muchas ocasiones. Pero el Estado es una entidad superior, compuesta precisamente por individuos, cuya vida rige y limita en todos los órdenes, y en los cuales ha de influir, lógicamente, toda decisión de aquél. Así como las declaraciones de voluntad del Estado, manifestadas en la ley, se imponen coactivamente a los individuos, así también la certeza de un hecho, admitida por el Estado, debe imponerse como incuestionable a los ciudadanos, prescindiendo de su propia opinión; so pena, caso de no ser así, de encerrar la vida de la sociedad en un círculo de incertidumbres y vacilaciones que la harían totalmente imposible.

Aquí viene ya la imposición, por parte del Estado, de la veracidad de un hecho, con carácter irrefragable a los ciudadanos, imposición de autenticidad con la que muchos autores confunden la fe pública. Mas es evidente que ésta es algo anterior. La convicción del Estado se ha producido antes que la imposición. Precisamente impone porque cree. Luego si la imposición es consecuencia de la fe pública, no puede confundirse con ésta.

De lo dicho hasta ahora podemos deducir ya un concepto de la fe pública: *es la convicción del Estado, de la certeza de un hecho o de una relación jurídica que se impone a los particulares, abstracción hecha de su creencia individual.*

Ahora bien, el Estado, como persona, no sólo "cree", sino que "necesita creer". La vida social, complicadísima, requiere una cierta estabilidad en las relaciones, que éstas aparezcan siempre con un cierto carácter de evidencia y permanencia, de tal suerte que no pueda suscitarse duda posterior sobre ellas y no quede su existencia o inexistencia pendiente de un ataque más o menos artero y habilidoso. Si sólo hubiera de darse crédito, si hubiera de otorgarse tan sólo carácter auténtico únicamente a aquellos hechos que por sí mismos ofrecieran garantías suficientes, difícilmente la fe pública llegaría a producirse, y en particular tendría esa autenticidad un invencible enemigo en el trans-

curso del tiempo. Las relaciones jurídicas de todo orden que no hubiesen nacido ya con un elemento que las autentificase, quedarían borradas o serían susceptibles de contradicción eficaz, en cuanto el transcurso de los años hiciere desaparecer una serie de elementos en ellas intervinientes, en particular los de orden personal.

Por ello el Estado ha tenido que instaurar un sistema de presunciones, de fe pública artificial, si vale la frase. No se limita a creer lo que deba ser creído, sino que impone que determinados actos aparezcan ya en condiciones de merecer esa fe.

Con ello se desdobra la noción de la fe pública. Y además de creencia, se convierte en función: la de aquellos organismos señalados por el Estado como aptos para provocar la fe pública, para dotar a los actos jurídicos de autenticidad, función a la que se denomina también, sin gran rigor ni exactitud, ejercicio de la fe pública.

En todos los ámbitos de la actividad social se requiere la autenticidad. Por tanto, en todos sus ámbitos debe aparecer ese ejercicio. Mas según la naturaleza de los actos a que se aplica, adquiere características distintas. Cuando se trata de actos en los que, por uno u otro concepto, interviene el Estado, éste adopta el procedimiento más lógico y más sencillo. Puesto que el Estado actúa en dichos actos por medio de algunos de sus órganos, considerar la intervención de éste como suficiente para dar autenticidad a aquél. Y así, son actos auténticos, v. gr., los acuerdos legislativos, las resoluciones judiciales y las administrativas, etc. *Surgen tantas clases de fe pública cuantas sean las actividades del Estado. Pero sin olvidar que, en rigor, la clasificación no se refiere a la fe en sí, concepto y fenómeno unitario, sin posibilidad de matización, sino a los medios por los que esa fe se produce.*

Mas cuando los actos en cuestión se celebran entre particulares, no cabe lógicamente seguir este sistema, porque la intervención de los particulares no podría surtir esos efectos de autenticidad que surte la de los organismos públicos; y lo mismo puede decirse, pero por motivos distintos (imparcialidad, desconfianza hacia los organismos estatales por parte de los individuos, etc.) cuando se trata de aquellos negocios jurídicos en que interviene como parte, frente a los particulares, el Estado. Solución del problema: la creación de un órgano *ad hoc*, de un funcionario que, al contrario que los antes indicados, no exista para otras misiones determinadas y además autentique los actos en que por razón de esas misiones interviene, sino que tenga por

misión esencial y única la fe pública en sentido funcional, es decir, la provocación de la fe pública en sentido estricto, como creencia del Estado. Este funcionario es el Notario.

No hemos de hacer sino aplicar lo dicho anteriormente, y obtendremos el siguiente concepto de la fe pública notarial: la convicción del Estado de la certeza de un hecho o de una relación jurídica por la intervención en ellos del funcionario notarial, que se impone a los particulares, abstracción hecha de su creencia individual.

Ahora bien: ¿Cuál es el ámbito de la actividad notarial; en orden a la fe pública? De lo dicho anteriormente se deriva una noción puramente negativa: todas aquellas relaciones o hechos en que no intervienen otros funcionarios públicos. Noción que tomada a la letra reduciría a nada la función notarial, en la práctica, si se tiene en cuenta el desajuste que en materia de competencias existe en nuestra organización administrativa. No se olvide que en nuestra práctica la competencia notarial no se ha fijado legislativamente con arreglo a un criterio científico racional establecido de antemano, y perfilado luego en las sucesivas modificaciones legales, sino que se ha ido creando por aluvión, según las necesidades de cada momento, adjudicando al campo notarial los "huecos" que dejaban libres los estatutos jurídicos de los demás organismos administrativos. Pero se puede señalar un concepto positivo, sin pretensiones de absoluta exactitud, de acuerdo con lo que antes se ha indicado: el campo propio de la función notarial está en las relaciones jurídicas entre particulares que no tengan carácter contencioso y aquellas existentes entre los particulares y el Estado, cuando éste no actúa como ente de soberanía, sino como cualquier otra persona jurídica, es decir, con carácter particular.

Nuestra doctrina y nuestro Derecho positivo han mostrado un singular empeño en determinar la competencia notarial por la nota de extrajudicialidad. Así, el artículo 1.º de la ley Orgánica del Notariado dice que el Notario es el funcionario encargado de dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales. Pero esta noción es inexacta. No es la extrajudicialidad de la relación jurídica, sino su carácter privado lo que determina la competencia notarial. Los acuerdos legislativos son actos extrajudiciales, y no son, por esto sólo, actos notariales. Y lo mismo se diga de las actividades administrativas. Por donde resulta que la interpretación adecuada del artículo 1.º citado nos lleva a aquel concepto negativo que antes hemos formulado: el

Notario es el funcionario encargado de dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos en los que no intervienen otros funcionarios públicos.

Modernamente, la nota de extrajudicialidad parece ser abandonada por el legislador. El artículo 2.º del Reglamento vigente, al tratar del fin que persigue la institución notarial, habla de "exteriorizar la representación de los derechos privados en la normalidad o sin contienda", fórmula mucho más afortunada que la del artículo 1.º de la ley, y que refleja con mayor exactitud el contenido y misión de la función notarial.

LORENZO G. TORNEL Y FLORENSA.

Notario.

Sobre la terminación de arrendamientos rústicos

En un pequeño trabajo aparecido en esta Revista señalábamos un caso falto de solución legal, que podría originar un arrendamiento indefinido. Observado otro caso, también desprovisto de norma expresa, vamos a tratarlo en pocas líneas.

Las disposiciones adicionales 1.^a y 2.^a de la Ley de 23 de julio de 1942, están dedicadas a fijar la conclusión de los arriendos existentes al promulgarla—1.^o de agosto del mismo año—, y después de respetar la duración expresamente pactada, bien originariamente o mediante prórroga, señala diversos plazos para la extinción de aquellas situaciones arrendaticias carentes de término claro, producto de la voluntad concorde de las partes. Para ello, separa los arrendamientos de renta inferior a la equivalencia en dinero de 40 quintales métricos de trigo en fincas cultivadas directa y personalmente por el colono, si el propietario se propone explotarla con su trabajo personal y directo también de los demás arrendamientos. Sin embargo, no quedan comprendidos en la previsión legislativa todos los casos, porque primeramente se consideran los arrendamientos cuyo precio es superior a los 40 quintales métricos, subdivididos en cuatro clases, y a seguida se preceptúa sobre los inferiores a dicha cantidad, mas como en éstos introduce una modalidad además de la cuantía, cual es la de estar llevado el predio directa y personalmente por el arrendatario, todos los colonatos cuya renta es inferior a 40 quintales métricos y no tienen cultivo directo y personal del rentero, se ven privados de solución al respecto.

Mientras que la Ley concede al propietario el derecho de rescatar el año en curso la finca si tiene un arrendatario trabajador, calla si el propietario está frente a un colono que no practica las faenas agrícolas personal y directamente. ¿Ha de entenderse que este propietario, agricultor que seriamente decida encargarse para lo sucesivo de su tierra, no puede ahora conseguir su propósito si la tierra no se encuentra en manos del arrendatario? Este es el problema.

Sabemos de propietarios que hallándose en tal situación, están per-

plejos y sin saber qué partido tomar, y de otros más decididos que han requerido a sus arrendatarios para que les devuelvan sus fincas al terminar el año agrícola corriente. No parece descabellado hacer lo que hacen, es decir, aplicar a su caso igual solución que a los casos en que el arrendatario cultiva directa y personalmente.

La solución contraria, la que niega terminen en el año agrícola 1942-43 los arrendamientos inferiores a 40 quintales métricos, y en los que el arrendatario no cultiva directa y personalmente, es la solución a que presta su autoridad el Sr. Rodríguez Jurado (págs. 100 y 101 de su conocida obra), a la misma se acogen los colonos para resistirse a salir de las fincas en fecha próxima, y es la solución que acabamos de leer en un diario de gran circulación de Valencia, en un artículo dedicado a la vulgarización de esta materia, donde se dice, sin aludir a la índole problemática del asunto, como si la cosa no tuviera vuelta de hoja, que tales arrendamientos no concluyen hasta finalizar el año agrícola 1944-45.

Llégase a la solución últimamente apuntada, dado el silencio de la Ley, por medio del precepto contenido en el artículo 4.º que ordena queden sujetos al régimen establecido para los de renta inmediatamente superior, los arrendamientos inferiores a cuarenta quintales métricos si el arrendatario no cultiva o explota en forma directa y personal. Y en verdad que el precepto aislado y en la materialidad de su letra, conduce a equiparar estos arrendamientos no protegidos a los de cuantía comprendida entre setenta y cuarenta quintales métricos, a los cuales se les alarga la vida hasta la terminación del año agrícola 1944-45.

Los términos empleados en la redacción del referido último párrafo del artículo 4.º, contradicen lo dispuesto en el párrafo primero del mismo artículo, donde se excluye de los beneficios legales al arrendamiento en que si bien su precio anual es más bajo de los cuarenta quintales métricos no está sujeto al campo el colono en dicha forma exigida de explotación. ¿Y vamos, no ya a igualar unos y otros arrendatarios, los que labran y los que no, sino a hacer de mejor condición a los absentistas, siendo así que éstos son excluidos de los beneficios dispensados a los renteros trabajadores?

Los arrendamientos llamados privilegiados o protegidos, los de importancia menor, y cuyas características conocemos, son privilegiados para el arrendatario, el protegido es éste, en contemplación de

su cualidad de director y cultivador se han dictado las normas que le favorecen singularmente, y así lo da a entender la Ley de un modo claro en el recordado párrafo primero del artículo cuarto. Como una consecuencia se dictó el último párrafo, cuyo precepto en la mayoría de los casos será justo en ese su transporte de reglas, pues con ello no saldrá beneficiado el colono.

Pero en el caso que estudiamos, hemos de escoger entre aquellos dos principios o puntos de vista legales contradictorios: el que excluye de los beneficios legales a los arrendatarios si no trabajan por sí mismos la tierra, y el que los iguala a los inmediatamente superiores en categoría.

En realidad, concordando el primero y el último párrafo del artículo 4.º, sólo debe éste aplicarse cuando las disposiciones legales doten con ciertos privilegios a los arrendatarios cultivadores, privilegios que nieguen a los arrendatarios que no tengan dicho carácter.

Teniendo a la vista y como guía el espíritu o designio que ha movido al legislador al crear esa categoría especialmente protegida de arrendamientos, como más ajustada a la Ley aparece la opinión que entiende que tanto si el arrendatario cultiva como si no cultiva, debe terminar su arrendamiento el año actual, bajo el supuesto de que se proponga el propietario cultivar del modo previsto, o sea también directa y personalmente. El negar al propietario el derecho a dar por disuelta la relación con un arrendatario no cultivador, rompería la armonía que supone todo sistema o conjunto de normas, y haría de mejor condición al arrendatario ausente de la finca que al que está allí adscrito, y mientras al primero lo mantendría alejado hasta el año 45, al laborioso lo lanzaría dos años antes, violando así uno de los propósitos evidentes de la Ley del año pasado.

Hace notar repetidamente el comentarista señor Jurado que cuando la Ley encuentra en colisión el interés del dueño de la tierra y el de un colono y cualquiera de ellos puede ser cultivador directo y personal, opta en definitiva por el propietario. Con esta solución también está conforme la opinión que aconseja un único trato, en cuanto a la extinción de los arrendamientos inferiores a cuarenta quintales métricos, si el propietario se dispone a actuar de empresario y cultivador.

ENRIQUE MOLINA RAVELLO

Notario.

¿Pueden los cónyuges pactar entre sí la constitución de Sociedades civiles o mercantiles?

I

Indudablemente, los cónyuges pueden formar parte o hallarse interesados ambos, como socios o accionistas, en Sociedades civiles o mercantiles. Si el marido y la mujer adquieren, por donación, herencia o legado, determinado número de acciones, cada uno, de una misma Sociedad, ambos cónyuges se hallarán interesados como socios o formarán parte como accionistas de dicha Sociedad. Y si en una Sociedad regular, colectiva, constituida por tiempo determinado, con el pacto de que por muerte de alguno de los socios no se disolverá la Compañía, que continuará con los herederos del difunto, fallece uno de los socios habiendo instituido herederos a los cónyuges A y B, éstos, como herederos de aquél, vendrán a formar parte, como socios, de la misma Sociedad.

Pero no son éstos, ni otros análogos, los casos a que se refiere la pregunta de nuestro tema. No se trata de dilucidar si los cónyuges pueden hallarse interesados como socios o formar parte como accionistas de una misma Sociedad, sino de resolver si pueden constituirla, es decir, si pueden pactar entre sí la constitución de una Sociedad, civil o mercantil.

II

A primera vista no se alcanza la finalidad que persiguen los cónyuges al pactar entre sí la constitución de una Sociedad anónima o de responsabilidad limitada. Pero si se explora a fondo su intención, probablemente se verá que su propósito no es otro que la constitución de un patrimonio especial, afecto al comercio o industria a que se dedican los cónyuges o alguno de ellos, independiente y no sujeto al precepto

general del art. 1.911 del Código civil, según el cual, del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.

Mientras la teoría clásica—dice Castán—estableció el principio de que cada persona no puede tener más de un patrimonio, porque una es la personalidad, otras concepciones modernas, cuyos matices son muy variados, admiten que, cuando el fin lo requiera, pueden varias masas patrimoniales encontrarse en manos de una misma persona.

El patrimonio personal es el patrimonio tipo, que se constituye en torno del hombre y le acompaña hasta el momento de su muerte. Constituye una *unidad*, basada en la personalidad del titular y cuya principal misión es servir de garantía a los acreedores; así, el art. 1.911 del Código civil dice que del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros. Esta unidad del patrimonio no puede alterarla a su arbitrio el titular del mismo, ni siquiera por el ejercicio del comercio con contabilidad y administración separada, pues la constitución de patrimonios especiales requiere una disposición de la ley.

La doctrina moderna admite, con mayores o menores reservas, la posibilidad de los patrimonios separados, es decir, de núcleos patrimoniales que, en aras de un determinado fin, son tratados, en ciertos aspectos, como una unidad distinta del resto del patrimonio. Pero la Empresa o Hacienda mercantil, a pesar del carácter unitario que presente como organismo económico, no se considera como patrimonio separado.

Y como la Empresa o Hacienda mercantil no se considera patrimonio separado, porque la unidad del patrimonio personal no puede alterarla a su arbitrio el titular del mismo, ni siquiera por el ejercicio del comercio con contabilidad y administración separada, ya que no existe ninguna disposición de la ley que lo autorice, el comerciante individual que desea la constitución de un patrimonio especial, que responda él solo de las obligaciones de su negocio mercantil, quedando a salvo el resto de su patrimonio personal, no encontrando cauces legales para constituirlo, porque no hay términos hábiles para ello dentro de nuestro derecho positivo, acude a la única posibilidad que se le ofrece de conseguir el fin deseado, que es constituir con su esposa una Sociedad anónima o de responsabilidad limitada, que le permita seguir actuando en su negocio mercantil con la misma libertad e indepen-

dencia que antes tenía, ya que los únicos interesados en la Sociedad son los dos cónyuges, y sin la responsabilidad general que se deriva del artículo 1.911 del Código civil para el resto de sus bienes, presentes y futuros, no aportados a la Sociedad.

Y si lo que se pacta entre los cónyuges es una Sociedad regular colectiva, el móvil que les induce a ello y la finalidad que persiguen es: seguramente, robustecer el crédito personal del marido en el negocio mercantil objeto de su actividad, quedando la mujer al constituir la Sociedad obligada, personal y solidariamente, con su esposo, con todos sus bienes, a las resultas de las operaciones que se hagan a nombre y por cuenta de la Compañía, bajo la firma de ésta y por persona autorizada para usarla, que suele pactarse, sea el marido o ambos cónyuges, indistintamente, con lo que se evita el aval de la mujer para cada una de las operaciones del marido, que a éste se le exigía, en su negocio personal, cuando su crédito no era muy robusto y consistente.

III

¿Pero son válidos los contratos entre cónyuges?

Los contratos celebrados entre marido y mujer, antes del Código civil, eran nulos, salvo los expresamente exceptuados por la ley, por considerar que se oponía a ellos el principio de unidad de persona entre los cónyuges y la exigencia de la licencia marital.

Después del Código civil, la doctrina científica y la jurisprudencia se han inclinado a la solución contraria, es decir, a considerarlos válidos salvo los casos expresamente determinados por las disposiciones legales.

En este sentido, la sentencia de 21 de febrero de 1900 ha declarado que, ni por precepto terminante de la ley, ni por razón de la índole de la sociedad conyugal que con el matrimonio se constituye, se puede estimar que son en absoluto ilícitos e ineficaces los actos que por mutuo acuerdo ejecuten marido y mujer, pues conservando ésta su personalidad independiente para el ejercicio de determinados derechos, aunque se subordine la de la mujer a la del marido, como jefe de la familia, para la dirección y administración de los intereses comunes, y teniendo en cuenta las prohibiciones concretas, establecidas para que ninguno de los cónyuges pueda abusar de su situación en perjuicio del otro, debe entenderse, por el contrario, que aquellos pactos o conciertos que

entre sí realicen, mientras no afecten al régimen de la Sociedad ni impliquen merma alguna de sus respectivos intereses o tiendan a eludir alguna ley prohibitiva, son perfectamente válidos, tanto más, cuanto que facilitan el funcionamiento de la Sociedad expresada.

Y, con igual criterio, la resolución de la Dirección de los Registros y del Notariado de 31 de mayo de 1895 estableció que, dado el artículo 1.263, núm. 3.º del Código civil, la regla general hoy en vigor en materia de contratos otorgados por mujeres casadas, es la que hay que reputarlos válidos, sin más excepciones que las expresadas por la ley, por lo que se ha de entender suprimida por el Código civil la disposición de la ley 61 de Toro que, recogiendo el precedente del Senadoconsulto Velezano y la auténtica *Si qua mulier*, prohibía a la mujer casada ser fiadora de su marido u obligarse mancomunadamente con él.

IV

Según se desprende de la jurisprudencia antes indicada, la regla general respecto a los contratos entre cónyuges, después del Código civil, es la de su validez, salvo las excepciones expresamente determinadas por la ley.

Ahora bien; ¿entre esas excepciones se halla comprendida la celebración del contrato de Sociedad, civil o mercantil, entre marido y mujer? ¿Hay alguna disposición especial que prohíba esos contratos?

En el Código de Comercio, ninguna. Y en el Código civil sólo encontramos el precepto del art. 1.677, que ordena no pueden contraer Sociedad universal entre sí las personas a quienes está prohibido otorgarse recíprocamente alguna donación o ventaja. Según esto, los cónyuges no pueden celebrar entre sí el contrato de Sociedad universal; ¿pero podrán constituir Sociedad particular?

"Aunque el punto ha sido muy debatido, nos inclinamos—dice Castán—a la tesis permisiva de los contratos de Sociedad particular entre esposos, ya que ningún precepto de nuestro Código los prohíbe, y hay que estar a la norma general, según la que toda persona es capaz para contratar mientras no sea declarada incapaz por la ley."

Y este mismo criterio era el sostenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 3 de febrero de 1936, al declarar: "Que la libertad contractual consignada en el art. 1.255

del Código civil obliga a reconocer que los cónyuges pueden contratar entre sí, siendo, por lo tanto, la permisión regla general, frente a la cual habrán de probarse las excepciones que están contenidas en los artículos 1.320, 1.334, 1.458 y 1.677, ninguna de las cuales afecta a la constitución de una Sociedad regular colectiva, pues no consta que se hayan celebrado capitulaciones matrimoniales, y en caso afirmativo, si se produce alteración de ellas, ni que haya implícita alguna donación, ni que se realice venta de bienes entre ellos, ni que la Sociedad sea universal; y que si cuando constituyen los cónyuges solos la Sociedad regular colectiva, aun interviniendo otras personas, no desaparece el carácter de estar constituida entre marido y mujer, la prohíbe la jurisprudencia francesa, por creerla incompatible con la preeminencia del marido en la vida familiar, aunque hay autores que se oponen a ella, en el Derecho español la cuestión es clara por el cúmulo de facultades que el art. 10 del Código de Comercio concede a la mujer, mediante la autorización del marido, sin que pueda afirmarse que tal concesión es sólo para la comerciante individual, pues no es lógico restringirla cuando no existe la prohibición, ni que tal amplitud está atenuada por la facultad atribuida al marido de revocar la licencia en cualquier momento, lo que no puede hacer en la Sociedad, que, rigiéndose como ley primaria por sus estatutos, sujeta la voluntad del marido por un plazo ..., porque si éste puede conceder la licencia, también puede fijar el plazo de ella, y, por otra parte, el término "podrá" del art. 8.º manifiesta indudablemente que se trata de una facultad que puede o no ejecutar."

Al amparo de esta doctrina, sabemos que se han autorizado e inscrito, sin dificultad, en los Registros Mercantiles algunas escrituras de constitución de Sociedades pactadas entre cónyuges.

Pero ahora la Dirección General parece cambiar de criterio y, en la resolución de 9 de marzo del corriente año, declara: "Que constituidos los dos grandes grupos de Sociedades por las de personas y las de capitales, tanto si se estima la Sociedad de responsabilidad limitada como variante de la Sociedad por acciones, con organización más simplificada y flexible, criterio que domina en las legislaciones germánicas, como si se adscribe a las Sociedades de tipo personalista, según se regula en las leyes de los países latinos, y se acentúa en el art. 108 de nuestro Reglamento del Registro Mercantil, siempre será necesario, para enjuiciar con acierto el problema de la validez o ineficacia de las

escrituras objeto de este recurso, tener presente el papel que los promotores o fundadores de la Compañía mercantil juegan en el contrato y examinar si se cumplieron al autorizarlo sus requisitos esenciales; y que no gozan de mucho favor entre los juristas las Sociedades mercantiles de tipo personalista constituídas entre los cónyuges, en primer lugar, porque la mujer, sometida a la potestad marital, no puede desenvolver libremente su actividad social frente a la opinión y el veto de su marido; en segundo término, porque tampoco queda respetada la independencia de patrimonios y el régimen económico establecido por los esposos o por la ley; en tercer lugar, porque la admisión incondicional de estas Compañías favorecería las donaciones entre cónyuges, y, en último término, porque, aunque los arts. 1.334, 1.335 y 1.677 del Código civil son directa y únicamente aplicables a la Sociedad universal, exteriorizan, con el 1.458 del mismo Cuerpo legal, el estrecho criterio que en estos particulares informa nuestra legislación."

V

A pesar de la doctrina sustentada por la Dirección General en la resolución últimamente citada, nosotros seguimos opinando que los cónyuges pueden pactar entre sí la constitución de Sociedades civiles o mercantiles, salvo la universal, prohibida por el art. 1.677 del Código civil entre las personas que no pueden otorgarse recíprocamente alguna donación o ventaja.

Sin embargo, si en nuestra práctica profesional se nos presentara de nuevo el caso de constitución de alguna Sociedad pactada entre cónyuges, como elemental medida de prudencia ante la doctrina vacilante de la Dirección, denegaríamos la autorización de la escritura proyectada y aconsejaríamos a los interesados en ella que interpusieran contra nuestra negativa el correspondiente recurso, previsto en el art. 145 del Reglamento del Notariado, para que por la Dirección General se rectificara o ratificara el criterio últimamente sustentado por la misma, revocando o confirmando nuestra negativa, y procederíamos, en consecuencia, acatando la resolución que se dictara en el recurso al efecto promovido, autorizando o no la escritura, según lo que se ordenase por la Superioridad..

V. RIBELLES ORTIZ.

Notario de Valencia.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Especial

Apostillas al Derecho transitorio

Dos sentencias, la primera del Tribunal Supremo, la segunda del Tribunal Especial de Contratación en zona roja, plantean el interesante y nunca bastante estudiado problema del Derecho transitorio. A continuación reproduciremos las mencionadas resoluciones y añadiremos algunos comentarios sobre el Derecho intertemporal.

I

1) Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1943:

La cuestión que es objeto del presente recurso queda escuetamente limitada a determinar si no, no obstante haberse declarado con pronunciamiento firme que el solar de los actores no está afecto a las servidumbres de luces y vistas que se discutían en favor de la casa y huerta de la demandada, pueden continuar abiertas en la pared norte de la mencionada casa que mira al aludido solar, separándole de él una estrecha faja de terreno, propiedad también de la demandada, las ventanas existentes ya con anterioridad a la vigencia del Código civil. Aun cuando la legislación antigua no regulaba de manera precisa y detallada los derechos de luces y vistas, incidentalmente aludidos en la Ley 15, Título XXXI de la Partida III, cabe sentar, como criterio informante de dicha legislación, por cuanto interesa al caso de autos, las siguientes proposiciones: 1.^a Que aquella legislación histórica, como una consecuencia del derecho que tenía todo propietario para hacer en su caso lo que quisiera sin otros límites que los jurídicos y los morales tan expresivamente recogidos en la inmortal de-

finición de la Ley primera, Título XXVIII de la misma Partida III; no ponía traba alguna a la facultad de abrir huecos para luces o para vistas en pared propia como así lo venía reconociendo la doctrina científica, sobre todo en el caso de que perteneciera también al propietario el paraje por que había de tomar las luces de tal modo que el predio del vecino se encontrase a alguna distancia. 2.^a Que tales luces o vistas no constituían, empero, derecho a servidumbre y, por consiguiente, no podían neutralizar el derecho que tenía el otro colindante a disminuirlas o aumentárlas, edificando libremente o dando mayor elevación a construcciones existentes. 3.^a Que la falta de ejercicio de este derecho de edificar, por más o menos tiempo, no engendraba prescripción de servidumbre "*ne luminibus officiatur*", "*altius tollendi*" o "*no prospectui officiatur*" en favor del otro propietario que tuviese abierto los huecos en su pared, ya que, según reiterada jurisprudencia, estas últimas servidumbres, por ser negativas, no podían ser adquiridas por prescripción sino computando ésta desde la ejecución de algún acto obstativo. El Código civil, más previsor y minucioso en la reglamentación de las limitaciones del dominio impuestas por la relación de vecindad entre los predios y con el designio de impedir la perturbación que pudiera significar para ese derecho la libre inspección y fiscalización del fundo inmediato ajeno, ha introducido la importante novedad, contenida en el artículo 582 que impone al propietario una importante y clara restricción de sus facultades dominicales, al establecer que no se puede abrir ventanas con vistas rectas ni balcones u otros voladizos semejantes, sobre la finca del vecino si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad, y tampoco pueden tenerse vistas de costado u oblicuas si no hay sesenta centímetros de distancia. No obstante esta innovación, el artículo 581 del mismo Código mantiene los dos puntos de vista que la legislación anterior contempla en la apertura de huecos, como expresión a la vez "*jure proprietatis*" y "*jure servitutis*" con la modalidad de que el Código civil regula huecos de escasas dimensiones abiertos a determinada altura, mientras que la legislación precedente no establecía distinción a este respecto por razón de tamaño y situación de los huecos; resultando así que con referencia a los comprendidos en dicho precepto legal y en cuanto suponen ejercicio del derecho de propiedad no hay acción para impedir que estén abiertos ni para exigir que sean cerrados, si bien, por no constituir

expresión del derecho de servidumbre pueden ser cerrados, construyendo pared contigua a la que tenga el hueco o ventana. Nuestro primer Cuerpo legal civil se orienta de manera inequívoca hacia el respeto de las situaciones jurídicas adquiridas bajo el imperio de la legislación civil anterior como lo demuestra no sólo el principio general de irretroactividad de las leyes sancionado en el art. 3.º, sino también, de manera más concreta, la regla que precede a las transitorias al preceptuar que "las variaciones introducidas por este Código que perjudican derechos adquiridos según la legislación civil anterior no tendrán efecto retroactivo"; y la regla transitoria primera en la que se indica que se seguirán rigiendo por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el derecho aparezca declarado por primera vez en el Código; y que no tendrá efecto cuando perjudique a otro derecho adquirido nacido también de un hecho que no se hubiese realizado bajo la legislación anterior. Abiertas en el caso de autos las ventanas discutidas, cuando la ley no lo prohibía en ejercicio del derecho de propiedad no limitado como hoy ocurre por ninguna servidumbre legal que impidiese abrir huecos en pared propia contigua a finca ajena, se creó un estado de hecho y de derecho que es forzoso respetar, toda vez que implica una situación jurídica ejercitada y concretada al amparo de nuestra legislación histórica y mediante un hecho voluntario y lícito, cual fué el de la apertura de dichos huecos, que le sirve de título especial de constitución, y, por consiguiente, es indudable que la Sala sentenciadora al condenar a que se tapen dichos huecos, aun reconociendo en principio que la legislación aplicable al caso era la anterior al Código civil por la sola consideración que invoca de que afirmada la no existencia de servidumbre de luces y vistas no se encuentra apoyo legal para que las ventanas continúen abiertas, olvida que los repetidos huecos, aun no siendo signo de servidumbre, puedan mantenerse abiertos como lo estuvieron bajo el imperio de la legislación precedente *jure proprietatis*, e incide en las infracciones de ley que se señalan en los dos motivos del recurso, en cuanto se interpreta con acierto la legislación de Partidas y aplica indebidamente los preceptos de los arts. 582 y concordantes del Código civil.

2) *Sentencia del Tribunal Especial de contratación en zona roja de 26 de marzo de 1943.*

Es suficiente la lectura del decreto de 26 de mayo de 1938 para poder afirmar que lo en él expuesto era a la sazón aplicable y debió ser aplicado a la demanda, origen de estas actuaciones, pues con toda claridad tenía ordenado en su artículo primero la citada disposición, que quedasen en suspenso, mientras no se dispusiera lo contrario, los procedimientos instados para obtener la reposición en cuentas corrientes, imposiciones o depósitos de los Bancos y Establecimientos de crédito, de las cantidades o títulos extraídos sin firma del titular o de su legítimo representante o con firma obtenida con intimidación o violencia durante el período comprendido entre el 18 de julio de 1936 y la fecha de liberación de la respectiva plaza, y en el art. 4.º previno que no se diese curso a ninguna reclamación que se dedujera con los fines expresados, mientras no se dispusiese lo contrario; siendo, por tanto, de toda evidencia que el acatamiento de los mencionados preceptos, comoquiera que en la fecha de presentación de la demanda por el Banco de Aragón no se había dictado disposición alguna mandando que se diera curso a los procedimientos declarados en suspenso o alzando la prohibición que antes se dice, el Juzgado no debió admitir a trámite la expresada demanda en conformidad con lo pedido por la parte hoy recurrente, y así, este Tribunal, que para decidir acerca de la procedencia o improcedencia de lo resuelto en la sentencia recurrida, tiene que hacerlo en contemplación a lo que estaba estatuido cuando se dictó aquélla, la ha de revocar, aunque con posterioridad a la misma la ley de 12 de diciembre próximo pasado, confirmatoria de la subsistencia hasta su fecha de la referida disposición prohibitiva, haya venido a poner término a ésta y a fijar las normas para la sustanciación de los procedimientos a que afectaba el repetido decreto de 26 de mayo de 1938, sin perjuicio de las peticiones que, con arreglo a lo en ella establecido, puedan formular las partes a su amparo.

II

En lo siguiente abordaremos, en primer lugar, la posibilidad de investigar científicamente el Derecho transitorio; en segundo lugar y después de haber afirmado tal posibilidad, entraremos de lleno en el problema mismo.

1) *Cognoscibilidad científica del Derecho transitorio:*

a) Puede causar asombro a primera vista el mismo planteamiento de la cuestión, puesto que no es evidente el que el Derecho intertemporal ofrezca dificultades gnoseológicas de mayor volumen que otras ramas del Derecho. No obstante, no faltan autores quienes defienden lo que ellos mismos denominan la tesis "escéptica" del Derecho transitorio (1). "Se han levantado pequeños, grandes y hasta monumentales sistemas dogmáticos sobre el alcance de la retroactividad. Todos adolecen de igual defecto en su mismo punto de partida: creer que el único método apto para determinar la eficacia temporal de una ley está en la calificación que obtengan dentro de una clasificación abstracta de tipos de normas, y olvidar que los motores que determinan la fuerza retroactiva de una regla jurídica están en el contenido social y político de las disposiciones en contacto, en la voluntad reformadora o restauradora que determine su finalidad. De este modo se han construido penosamente, con derroche de labor e ingenio, sistemas que son la apoteosis de la "aequitas cerebrina" y del alejamiento de la realidad jurídica. La doctrina española, basada en nuestra tradición jurídica, ha podido mantenerse en una posición escéptica o crítica, libre del contagio producido en otras escuelas por aquel afán constructivista." (2). Si el Derecho transitorio efectivamente se nos escapara del ángulo científico, ¡cuán fácilmente pueden deslizárenos el Derecho Internacional Privado (o el Derecho del conflicto de las leyes), emparentado con el Derecho transitorio (3) o el carácter científico del Derecho en general, del que, en fin, el Derecho transitorio no forma sino parte. Afortunadamente, los escépticos del Derecho transitorio son creadores de teorías abstractas en la esfera del Derecho Internacional Privado (4) y robustos defensores del carácter científico del Derecho (5). Por tanto, cabe la esperanza de salvar, en contra de su escepticismo "transitorio", el Derecho intertemporal.

b) La salvación radica, en nuestro entender, en la distinción entre

(1) Véase recientemente, sobre todo, Federico de Castro: *Derecho Civil de España*, Parte General, tomo I. Valladolid, 1942. Páginas 546 y 554.

(2) Castro, l. c., página 554.

(3) Así el mismo Castro, l. c., páginas 593 y 594.

(4) Castro: "La relación jurídica de Derecho Internacional Privado" (*Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona*, 1933, año II, número 8, páginas 453 a 491).

(5) Castro: Parte general, l. c., páginas 44 a 51.

contenido y forma. Por regla general, el legislador crea el contenido de las normas jurídicas, ocupándose la ciencia de la indagación de su estructura formal. El contenido es mudadizo; la forma, en cambio, es estable. En ciertas materias no codificadas, la ciencia tiene que hacer las veces de legislador, incurriendo, como es lógico, al crear los contenidos normativos, en la mencionada y forzosa variabilidad característica de los mismos. Una de estas materias es el Derecho transitorio. De ahí resulta que no son admisibles sistemas eternos de contenido: pero sí habrá estabilidad en la estructura formal de las normas de Derecho transitorio (1).

2) El Derecho transitorio:

Trataremos brevemente del lugar sistemático, del contenido y de la forma del Derecho transitorio.

a) Lugar sistemático:

La buena doctrina, representada como siempre por Savigny (2), auna el Derecho transitorio al Derecho de colisión espacial, concibiendo el primero como conjunto de reglas acerca de los límites *temporales* y el segundo como conjunto de reglas acerca de los límites *espaciales* de las normas jurídicas. Savigny (3) distingue también, aunque no con entera claridad, entre la *sucesión temporal en la vigencia de diferentes normas*—único tema verdadero del Derecho transitorio—y la *sucesión temporal en la existencia de diferentes hechos subsumibles bajo la misma característica del tipo legal de una misma norma*, tema perteneciente a la materia a la que pertenece la mentada norma (4). Savigny, sin embargo, no indica la razón filosófica del parentesco entre conflicto de leyes y Derecho transitorio. Este parentesco arraiga en la conexión filosófica de los conceptos “espacio” y “tiempo”. La naturaleza del espacio y del tiempo siempre ha sido discutida; pero siempre también se ha afirmado la afinidad de ambas categorías (5), hállanse

(1) Prescindimos de la cuestión de saber si existe un *a priori* material, limitándonos a la indicación de que los partidarios del Derecho Natural (por ejemplo, Castro, l. c., pág. 26) habrán de admitirlo. Tampoco entramos en el estudio de las enigmáticas relaciones entre contenido y forma: *forma dat rei esse*.

(2) Savigny: *Traité de Droit Romain* (trad. francesa por Guenoux. París, 1860; tomo VIII, págs. 7 a 9).

(3) L. c., páginas 10 y 11.

(4) Ejemplo: La capacidad de obrar se rige por la ley nacional. La nacionalidad de una persona puede cambiar durante la perfección de un contrato ¿La ley nacional de qué momento es la aplicable?

(5) Véase ya, por ejemplo, el cuarto libro de la *Física*, de Aristóteles.

consideradas por lo demás como recipiente de las cosas (Newton, Clarke), como relación entre ellas (Leibnitz), como formas puras de nuestra experiencia (Kant), como formas puras (Hegel) o de otra suerte todavía. El primer jurista que saca las conclusiones de esta situación filosófica con plena consciencia es Lassalle (1), que pese a su filiación hegeliana hace justicia al innegable e inmarcesible mérito de Savigny (2). Sea mencionado, de paso tan sólo, que también la física moderna ha comprobado la insoluble relación entre espacio y tiempo (3). Al hablar de la estructura formal de la norma transitoria aprovecharemos este nuestro resultado fertilizando nuestros conocimientos de la estructura formal de la norma de colisión. En este lugar bástenos poner de relieve la pertenencia del Derecho transitorio al Derecho de colisión.

b) El contenido de las normas del Derecho transitorio: Esbozaremos someramente la historia del Derecho transitorio, las principales doctrinas referentes a su contenido y un examen de las dos sentencias que han dado lugar a estos comentarios.

aa) Historia del Derecho transitorio:

Lassalle (4) llama la atención sobre un pasaje del "Feetetes", de Platón, en el que Platón razona de la siguiente manera: La finalidad de las leyes es la producción de lo útil; lo útil, como cosa que debe ser producida, está, según su concepto, situado en lo porvenir; por tanto, las leyes sólo deben aplicarse a lo futuro y no al pasado.

En el Derecho romano nos encontramos con la célebre regla del Emperador Teodosio, del año 440: "Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatin et praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit."

En lo que atañe al Derecho transitorio en el Derecho medieval español nos referimos al estudio de Marín Monroy en esta REVISTA (5).

El mismo autor posee el indudable mérito de haber explorado las

(1) Ferdinand Lassalle: *Théorie systématique des droits acquis* (trad. francesa por Bernard, Molitor, Mouillet y Weill. Paris, 1904; tomo I, páginas 386 a 388).

(2) Lassalle, l. c., página 386.

(3) Véanse, por ejemplo, Emilio Borel: *El espacio y el tiempo* (Barcelona, 1931); Eddington: *Espacio, tiempo y gravitación* (Calpe, Madrid, 1922).

(4) L. c., páginas 25 y 26. Castro (l. c., pág. 546) no menciona este antecedente.

(5) 1943, páginas 85 a 90.

opiniones de Suárez acerca de nuestra materia (1). Al exponer las diferentes doctrinas habremos de volver a ocuparnos del célebre teólogo.

Marín Monroy nos informa asimismo de la historia del Derecho transitorio en la Edad Moderna (2).

bb) Principales doctrinas referentes al contenido de las normas del Derecho transitorio:

a') Doctrina yusnaturalista:

Hemos de partir, con Suárez (3), de la distinción entre las leyes declarativas y leyes constitutivas. "La ley declarativa, como tal, no hace derecho, sino que declara qué deba hacerse o no hacerse según otro más antiguo derecho; pero la ley constitutiva introduce nuevo derecho, en cuanto de ella depende" (4). La ley declarativa se refiere al futuro y al pasado (5); la ley constitutiva, por regla general, sólo al futuro (6).

Pese a la aparente sencillez del concepto de la ley declarativa urge hacer dentro de su esfera una nueva distinción. La así llamada *ley declarativa puede contener una interpretación auténtica*, dirigiéndose prácticamente contra interpretaciones usuales, sobre todo judiciales, torcidas de la ley, cuya recta interpretación se asegura. En esta hipótesis no se puede hablar ni de ley ni de retroactividad. No de ley, porque la ley manda y la interpretación auténtica explica; ni de retroactividad, ya que ningún efecto se retrotrae teóricamente. Pero la *ley declarativa puede también contener la derogación de una disposición de inferior grado opuesta a un precepto de grado superior reafirmando la vigencia de este último*. Este caso se diferencia del anterior, prácticamente, por el mayor peso de un precepto, aun opuesto a otro de superior jerarquía, comparativamente al de una interpretación usual torcida; y, teóricamente, por deberse considerar el precepto infractor como meramente anulable, efectuándose la anulación por la ley declarativa.

(1) En esta REVISTA, 1940, páginas 561 a 573. Castro (l. c.), pese a su neoescolasticismo, no hace mención ni de Marín Monroy ni de Suárez. Según Marín Monroy, Suárez conoce y maneja ya el concepto del "derecho adquirido".

(2) En esta REVISTA, 1942, páginas 369 a 381. Añadimos el Canon 10 del *Codex Iuris Canonici*: "Leges respiciunt futura, non praeterita, nisi nominatim in eis de praeteritis caveatur".

(3) Suárez: *Tratado de las leyes y de Dios legislador* (trad. esp. por Torrubiano. Madrid, Reus, tomo III, página 176 y siguientes).

(4) Suárez, l. c., página 177.

(5) Suárez, l. c., página 178.

(6) Suárez, l. c., página 184.

La ley declarativa del segundo grupo es todavía capaz y necesitada de una ulterior distinción. Puede ser que dicha ley declarativa reponga el Derecho natural ultrajado derogando una ley de Derecho positivo; y puede ser que, tanto la ley infringida como la ley derogada, pertenezcan ambas al Derecho positivo, poseyendo, sin embargo, la primera, superior rango jerárquico que la segunda. En este último caso la ley declarativa de una norma ultrajada de Derecho positivo puede poseer, dentro de la más estricta justicia, efectos retroactivos. No obstante, ello no ha de ser así forzosamente. Mas bien el legislador positivo puede decidir acerca del particular. La situación es completamente diferente, si la norma ultrajada pertenece al Derecho natural. En esta hipótesis la ley declarativa es siempre retroactiva y he aquí la razón porque hemos denominado esta doctrina una tesis yusnaturalista.

Domat, en el libro preliminar a sus leyes civiles (1), distingue las leyes naturales y arbitrarias y las relaciones de esta distinción con el Derecho transitorio. Entre otras cosas, Domat afirma (2): "Los negocios que están pendientes e indecisos, cuando se establecen nuevas leyes, deben terminarse según las disposiciones de las leyes precedentes, a no ser que por razones particulares se exprese en las nuevas leyes, que éstas hayan de extenderse a los casos pasados y muchas veces sin esta expresión, sirven las nuevas leyes de regla para lo que ha pasado, como sucede cuando no establecen otra cosa que la observancia de una ley antigua, o de una regla de la equidad natural, cuyo uso estaba alterado por el abuso."

Es de esperar que esta sana doctrina se haga conocida en España, donde no sólo la ley de 12 de marzo de 1938, derogatoria de la ley de 28 de junio de 1932 sobre matrimonio civil, ofrece un buen ejemplo de lo expuesto; sino donde también se reconoce hoy día el Derecho natural como fuente del Derecho (3).

b') Doctrina que distingue entre la adquisición y la existencia de un derecho:

Savigny (4) distingue dos grupos de reglas. El primer grupo contiene las normas referentes a la *adquisición de los derechos*, o sea refe-

(1) Publicado en 1694; traducido al español por Juan Antonio, en el primer volumen del *Derecho público*, del mismo autor, Madrid, 1788, tomo I, páginas 131, 132, 159 y 160.

(2) L. c., página 160.

(3) Por ejemplo, Castro, l. c., páginas 290 y 356. Sin embargo, Castro no aplica esta opinión al Derecho transitorio.

(4) L. c., página 368 y siguientes.

rentes al vínculo que enlaza un derecho a un individuo o a la transformación de una institución de derecho abstracta en una relación jurídica personal. Ejemplo: La antigua ley establece que la propiedad se transmite por el contrato de compraventa; la nueva ley exige como modo de la adquisición de la propiedad la entrega de la cosa. Las leyes atañaderas a la adquisición de los derechos no poseen efectos retroactivos. El segundo grupo de normas se refiere a la *existencia de los derechos* o sea al reconocimiento de una institución en general que se debe siempre suponer antes de investigar su aplicabilidad a un individuo. Estas reglas, a su vez, o conciernen a la existencia o no existencia de una institución (por ejemplo: la esclavitud), o hacen referencia a su modo de existir (por ejemplo: protección de la propiedad). Las reglas acerca de la existencia de los derechos reglamentan también los derechos ya existentes y poseen, por tanto, efectos retroactivos.

Enneccerus-Nipperdey (1), siguiendo a Savigny (2), distinguen las normas según determinan los efectos de un *hecho*, en cuyo caso sólo enfocan hechos futuros, o según reglamentan los *derechos mismos*, en cuya hipótesis retrotraen sus efectos.

c') Doctrina que distingue entre los actos voluntarios y la persona:

Lassalle (3) mantiene la siguiente tesis: "Ninguna ley puede tener efectos retroactivos si afecta a un individuo por medio de sus *actos voluntarios*. Toda ley, en cambio, es capaz de poseer efectos retroactivos si afecta al individuo *inmediatamente* en sus cualidades que no se ha dado a sí mismo y que, por tanto, le son comunes con toda la humanidad; o en aquellas que le confiere la sociedad; o, finalmente, si la ley le afecta solamente en la medida en que modifica la sociedad en sus instituciones orgánicas." (4).

cc) Examen de las dos sentencias reproducidas:

a') Sentencia del Tribunal Supremo:

El problema está en saber de si se adquirió antes del Código civil un derecho subjetivo de servidumbre o de si se trataba del ejercicio del

(1) *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil* (ed. 13; Marburg, 1931; § 56, página 165 y siguientes).

(2) Enneccerus-Nipperdey, I, c., página 167, nota 5.

(3) L. c., v. la fórmula página 67.

(4) Las teorías mencionadas son intermedias, es decir, admiten en principio tanto la retroactividad como la irretroactividad. Hubo épocas y pueblos que atribuían a todas las leyes retroactividad, y hay doctrinas que proclaman la irretroactividad de todas las leyes (Struve) invocando el Derecho Natural.

derecho de propiedad, modificada posteriormente dicha institución por el Código civil. En el primer caso dicho Cuerpo legal no retrotrae sus efectos; en la segunda hipótesis se refiere, en cambio, a todas las propiedades, aun a las ya existentes. El Tribunal Supremo, sin distinguir claramente los diversos supuestos, aboga a favor de la irretroactividad a diferencia de la Audiencia que milita en el campo opuesto.

La Audiencia puede invocar la autoridad de Savigny (1). Este autor parte de la hipótesis de una servidumbre convencional, que según la ley antigua se crea mediante un simple contrato, mientras que una ley nueva exige, además, la entrega de la finca. La nueva ley no posee retroactividad. "No es lo mismo—continúa Savigny—con las servidumbres legales. Si ellas no existen y una nueva ley las establece, nuestro principio no puede aplicarse, y las restricciones que la nueva ley vigente introduce en la propiedad existen en todas partes con tal que las condiciones de hecho exigidas por la ley subsistan. He aquí la razón: Las leyes de esta clase tienen menos como objeto la adquisición de un derecho que la cons titución (la manera de ser) de la propiedad, o sea las condiciones y los límites de su reconocimiento. Ahora bien, el principio sobre la irretroactividad de las leyes no se aplica a las reglas de tal especie."

El Tribunal Supremo puede citar a su favor el parecer de Pasquale Fiore (1). "Así, por ejemplo, mientras estaba en vigor el Código austriaco (que no establecía respecto del derecho de abrir ventanas para obtener vistas sobre el fundo del vecino las limitaciones sancionadas después por el Código civil italiano en cuanto a la distancia que debe mediar), podría el propietario de un muro en las provincias italianas que se regían por la legislación austriaca abrir en él las ventanas para conseguir vistas sobre el fundo del vecino, valiéndose de la facultad concedida al mismo por dicha legislación vigente entonces; pero después que en estas provincias fué promulgado el Código civil italiano, sus disposiciones hubieron de ser obligatorias desde luego para todos los actos análogos posteriores; y, por tanto, si bien deben ser respetadas las ventanas abiertas antes de su promulgación, porque no puede menos de reconocerse a favor del propietario de la finca en que se hicieron el derecho legalmente adquirido ya, no sucede lo mismo en cuanto a las

(1) L. c., tomo VIII, página 413.

(2) Pasquale Fiore: *De la irretroactividad e interpretación de las leyes* (trad. esp. de Enrique Aguilera de Paz. Madrid, 1893; págs. 188 y 189).

que fueron abiertas después de estar en vigor el expresado Código, respecto de las cuales no sólo podrá oponerse el dueño del fundo vecino a que se abran dichas ventanas sobre su propiedad sin que se observen las reglas establecidas por él acerca de la distancia, sino que puede pedir además que, en conformidad a lo dispuesto en el mismo sean cerradas, aun cuando éstas fuesen iguales y se hallasen en las mismas condiciones que las abiertas, mientras regía la legislación austriaca.”

No queremos resolver el problema así planteado, sino contentarnos con haber indicado las dificultades y diversidad de opiniones que incluye.

b’). Sentencia del Tribunal Especial.

El Derecho transitorio procesal suscita cuestiones especiales (1). Antes solía atribuirse retroactividad a las leyes procesales a diferencia de las del Derecho material. Hoy día esta doctrina parece desplazada. Se mantiene, en principio, la irretroactividad de las leyes procesales, dando a las partes un derecho a optar a favor de la aplicación de la ley antigua o de la ley nueva. Ahora bien; tratándose de un recurso contra una resolución judicial, el Tribunal “ad quem” habrá de aplicar el derecho al que el Tribunal “a quo” estaba sometido, ya que en otro caso el recurso se convertiría en una demanda. Aprobamos, por tanto, el fallo del Tribunal Especial de contratación en zona roja.

c) Estructura formal de la norma del Derecho transitorio:

Hemos llegado al punto en que podemos hacer uso de nuestra tesis de que el Derecho transitorio pertenece sistemáticamente al conflicto de leyes. Comprobaremos que las normas del Derecho transitorio poseen la misma estructura formal que las normas de colisión espacial.

Toda norma de colisión espacial (2) consiste de un tipo legal y de una consecuencia jurídica. El tipo legal abarca un problema cualquiera, por ejemplo, el de los muebles, inmuebles, capacidad de obrar, delitos, forma de los negocios, etc. La consecuencia jurídica no resuelve directamente este problema, sino indica el Derecho que lo va a resolver determinándolo mediante un punto de conexión, por ejemplo, el de la nacionalidad del propietario, de la situación del inmueble, de la

(1) V. Fiore, l. c., páginas 429 a 485; Leonardo Prieto Castro: *Exposición del Derecho Procesal Civil de España*, tomo I, 1941, páginas 18 y 19; Manuel de la Plaza: *Derecho Procesal Civil Español* (Madrid, 1942; tomo I, páginas 28 a 30).

(2) Sobre la concepción normológica del Derecho Internacional Privado véase REVISTA, 1940, páginas 289 a 300, y 1942, páginas 813 a 817.

nacionalidad del individuo, del lugar de la perpetración del delito, del lugar de la perfección del negocio, etc. Las normas de colisión espacial, por no resolver directamente los casos en cuestión, denominanse también normas "indirectas". Toda norma de colisión espacial posee, finalmente, como característica negativa la cláusula de reserva que prohíbe la aplicación de Derecho extranjero si éste infringiera las bases sustanciales de la sociedad patria. El conflicto de leyes plantea cuatro problemas: el de las calificaciones, el del reenvío, el de la aplicación del Derecho extranjero y el del Orden público (1).

Veremos en lo siguiente que la norma de colisión temporal posee idéntica estructura formal que la de la norma de colisión espacial suscitando idénticos problemas. He aquí una regla de colisión temporal: "Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma." (Art. 1.976, regla 2.ª, del Código civil.) Este precepto se descompone en un tipo legal: "A los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior y válidos con arreglo a ella"; y en una consecuencia jurídica: "aplicase la legislación anterior". Esta disposición debe aún completarse con la cláusula de reserva que introduce como salvedad: "con tal que la aplicación de la ley anterior no infringiera las concepciones básicas y morales de la actualidad". Esta cláusula no suele formularse en las leyes y tampoco siempre en la doctrina. Sin embargo, acompaña infaliblemente a todas las normas de colisión temporal que declaran aplicable derecho ya derogado, conforme análoga cláusula de reserva restringe las normas de colisión espacial que establecen la aplicación de Derecho extranjero (véase art. 11, párrafo 3.º del Código civil). La norma de colisión temporal plantea, en primer lugar, el problema de las calificaciones. La mencionada norma emplea ciertos vocablos como, por ejemplo, "actos", "contratos", "válidos", etc. La cuestión es la de saber de si estos conceptos han de definirse según el Derecho civil vigente ("análogo" a la teoría de la "lex fori"), según el Derecho civil derogado si la norma de colisión temporal lo declara aplicable ("análogo" a la teoría de la "lex causae") o según unas definiciones propias del Derecho transitorio edificadas sobre la base del Derecho civil comparado ("análogo" a la teoría de Rabel). Claro está que en un caso dado todas estas definiciones pueden coincidir; pero también es posible que discrepen y en esta última

(1) Acerca de ellos véase REVISTA, 1940, páginas 289 y 300.

hipótesis la controversia de las teorías revista trascendencia práctica. Figúrese, por ejemplo, que en el Derecho civil derogado, bajo cuya vigencia el contrato se celebró, se entiende por "válido" "inimpugnablemente válido", mientras que el Derecho civil vigente incluye en la noción de validez la anulabilidad. En segundo lugar nos encontramos con el problema del *reenvío*. Su planteo es el siguiente: Supuesto que la norma de colisión temporal declare aplicable Derecho derogado, ¿resulta con ello aplicable sólo el Derecho civil derogado o también analógicamente el Derecho transitorio derogado perteneciente al Derecho civil derogado? Designemos con las primeras tres letras mayúsculas del abecedario, A, B, C, tres Derechos civiles, vigentes uno tras otro y coincidiendo el orden de enumeración con el orden cronológico de su vigencia, y denominemos el Derecho transitorio perteneciente a cada uno de estos Derechos civiles con las letras minúsculas correspondientes del abecedario: a, b, c. Supongamos que en un caso dado "c" (Derecho transitorio del Derecho civil vigente en la actualidad: C) declara aplicable el Derecho anterior derogado. El problema que se plantea es el siguiente: ¿Resulta en tal hipótesis aplicable directamente B, o es aplicable en primer lugar, y "per analogiam", b? Si optáramos a favor de la aplicación analógica de b podría ocurrir que b, en un caso como el presente, no declaraba aplicable el Derecho anterior, o sea, Cc, sino que establecía la aplicabilidad de B. La aplicación analógica de b daría, pues, como resultado la aplicabilidad de C. En tercer lugar nos enfrentamos con el problema de la aplicación del Derecho derogado. Las dudas esenciales pueden formularse de la siguiente forma: ¿Constituye el Derecho derogado verdadero Derecho o un mero hecho? La resolución de estas dudas tiene gran importancia para el Derecho procesal. Respecto a los hechos, las partes tienen la carga de prueba; en cuanto al Derecho rige el principio de: "iura novit curia". La infracción del Derecho da lugar al recurso de casación, mientras que la errónea comprobación de los hechos no suele justificar tal remedio (1). En cuarto y último lugar hemos de encararnos con el orden público, del que ya hemos hecho mención al exponer la estructura formal de la norma de colisión temporal. En efecto, el orden público forma como cláusula de reserva una característica negativa de la norma de colisión temporal. Creemos que el orden público en el Derecho transitorio explica con

(1) V. acerca del tratamiento del Derecho derogado en España Castro, l. c., páginas 584 y 585.

más elegancia y sinceridad, los casos de la retroactividad de la ley nueva que las fórmulas tradicionales. Si, por ejemplo, en un país con divorcio vincular llega a imponerse el criterio católico y a plasmar en una nueva ley prohibitiva de aquel divorcio, esta prohibición se aplica no sólo a los matrimonios contraídos durante la vigencia de la nueva ley, sino también a los matrimonios ya existentes, puesto que la aplicación de la antigua ley infringiría el orden público actual.

Las normas de colisión temporal y espacial se limitan mutuamente (1). Ejemplo: En 1898 se divorcia en Alemania vincularmente el matrimonio de dos prusianos a causa de la culpabilidad del marido; éste traslada su domicilio a Londres y se casa allí en 1899 con su querida; después de 1900 se exige en Alemania la anulación del segundo matrimonio por razón del "impedimentum adulterii", desconocido en Inglaterra, pero vigente en Alemania. En el momento de entablar la demanda, o sea, después de 1900, el Derecho alemán vigente conoce una norma de colisión espacial y otra de colisión temporal. La primera (art. 13, Ley de introducción al Código civil alemán) declara aplicable a la capacidad de casarse de cada novio la ley nacional del mismo; la segunda (art. 198 del mismo Cuerpo legal) establece la aplicabilidad del Derecho antiguo a los matrimonios contraídos antes de la vigencia del Código civil alemán, o sea, antes de 1900. La mutua limitación se efectúa de la siguiente forma: La norma de colisión espacial se aplica sólo a la capacidad matrimonial de novios cuyo matrimonio se celebró después de la entrada en vigor del Código civil, y la norma de colisión temporal se aplica sólo a la capacidad matrimonial de novios de nacionalidad alemana. Por ende, en el caso en cuestión, la norma de colisión espacial resulta inaplicable, a diferencia de la norma de colisión temporal. Según la última, debe aplicarse el antiguo Derecho prusiano de colisión espacial, en virtud de la cual la capacidad matrimonial se rige por la ley del domicilio del novio (§ 937 Allgemeines Landrecht, Parte II, Libro 1º). Como la ley inglesa, que es la del domicilio del marido, desconoce el "impedimentum adulterii", el segundo matrimonio no es anulable.

LA REDACCIÓN.

(1) Véanse sobre este problema Hans Lewald, *Das Deutsche Internationale Privatrecht auf Grundlage der Rechtsprechung*, 1930, número 7; Martin Wolff: *Internationales Privatrecht*, 1933, página 2; Yanguas Messia: *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, cuaderno primero, 1930, página 65 y siguientes.

Jurisprudencia sobre el impuesto de Derechos reales

Resolución de 17 de diciembre de 1940.

LA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA LEGANDO EL USUFRUCTO DE DETERMINADOS BIENES A UNA PERSONA Y LA PLENA PROPIEDAD A LOS HIJOS DE ÉSTA QUE LA SOBREVIVAN, Y SI ESTE SUPUESTO NO SE DA, A LOS HERMANOS DEL TESTADOR, ENCIERRA UNA CONDICIÓN SUSPENSIVA Y NO RESOLUTORIA QUE NO SE CUMPLE HASTA LA MUERTE DE LA USUFRUCTUARIA, CUYO MOMENTO HA DE TENERSE EN CUENTA PARA VALORAR LOS BIENES Y PARA APLICAR EL TIPO DE LIQUIDACIÓN ENTONCES VIGENTE. CONSECUENTEMENTE TAMPOCO SE PUEDE COMPUTAR EL TIEMPO DE PRESCRIPCIÓN DE EXACCIÓN DEL IMPUESTO DESDE LA MUERTE DEL TESTADOR. EN CAMBIO NO ES EXIGIBLE EL IMPUESTO DE RETIRO OBRERO SI ESA CONDICIÓN NACE ANTES DE PRIMERO DE AGOSTO DE 1922, SUPUESTO QUE SE CUMPLA DESPUÉS DE ESA FECHA Y QUE LA HERENCIA SE PRESENTE A LIQUIDACIÓN DENTRO DEL PLAZO REGLAMENTARIO.

En el año 1895 falleció el causante legando en su testamento a su sobrina doña A. el usufructo vitalicio de ciertas casas y disponiendo que "por fallecimiento de la legataria pasarán dichas fincas en propiedad y absoluto dominio a los hijos de ésta, D..., D.^a... y D.^a..., y a cualesquiera otros que pueda tener de su matrimonio con D. M. V. En el caso de que fallezca la legataria sin dejar hijos, pasarán las citadas casas a los hijos de los hermanos del causante".

La legataria doña A. falleció en 1934, y sus citados hijos, en unión de otro que nació después de la muerte del causante, otorgaron escri-

tura pública adjudicándose los bienes legados, estimando que la nuda propiedad la habían adquirido el día del fallecimiento del causante testador y el usufructo al fallecer la usufructuaria, su madre. Presentado en plazo a liquidación el documento fué objeto de cuatro liquidaciones a los hermanos adquirentes sobre la base del pleno dominio de los bienes por el concepto herencias con la base del valor actual de los mismos y aplicando la tarifa también actual. Por retiro obrero se giraron otras cuatro liquidaciones.

Estas liquidaciones últimas no fueron recurridas, pero sí las de derechos reales, alegando los recurrentes que lo adquirido al fallecimiento de la madre fué solamente el usufructo, ya que la nuda propiedad la habían adquirido en el momento de fallecer el causante y estaba afectada de una condición resolutoria que no llegó a cumplirse, cual era la de que fallecieran antes que su madre, y por lo mismo si esa nuda propiedad se liquidó en aquel momento no era liquidable en la actualidad y en todo caso no podía ser liquidada de presente porque estaba prescrito el derecho a exigir el impuesto. En cuanto a valoración de los bienes y al tipo aplicable estimaban que habían de ser los correspondientes al momento en que se causó la sucesión, o sea el valor de 1895 y la tarifa entonces vigente.

Este último particular lo razonaron diciendo que si bien la Ley en su artículo 6.º, y el Reglamento en el 57, apartado 6), en virtud de la modificación introducida en la legislación del impuesto por el Decreto-ley de 27 de abril de 1926, resuelven la cuestión en sentido contrario, hay que tener en cuenta que una de las disposiciones transitorias de éste, copiada en todas las leyes posteriores del tributo—quinta en la vigente—resuelve el problema en forma propugnada por los reclamantes.

El Tribunal provincial económico confirma las liquidaciones todas, y el Central sólo las de derechos reales y no las de retiro obrero. Veamos el porqué.

Las de retiro obrero las anuló fundado en que la Ley de 22 de julio de 1922 que creó ese impuesto, prevenía que no se aplicase a las sucesiones causadas con posterioridad a primero de agosto de ese año, y aplicó el precepto aun sin petición de parte, merced a la singularidad de esta jurisdicción económica, la cual no es estrictamente rogada como la ordinaria, sino que, según dice el Reglamento de procedimiento que la rige, "la reclamación económico-administrativa so-

mete a la autoridad competente todas las cuestiones que ofrezca el expediente, hayan sido o no planteadas por los contribuyentes”.

Respecto a la otra cuestión, esto es, sobre qué tarifa y valor de los bienes es el que corresponde tener en cuenta, los razonamientos del Tribunal Central son los siguientes:

La disposición testamentaria transcrita instituyó en legado condicional a favor de los recurrentes, cuya adquisición dependía del hecho futuro e incierto de sobrevivir a su madre y por consiguiente hasta que tal condición suspensiva se cumplió nada adquirieron: El fallecimiento del testador y causante no produjo para ellos más que una expectativa de derecho y, en su consecuencia, al fallecer la madre en 1934 fué cuando, cumplida la condición, adquirieron el pleno dominio legado y cuando nació la obligación de pagar el impuesto; siendo por la misma razón inadmisibles la prescripción alegada y fundada en la adquisición de la nuda propiedad en 1895, porque entonces no podían determinarse las personas de los adquirentes, supuesto que lo fueran los hijos de la usufructuaria a los de los hermanos del testador dependía de que aquélla dejase o no hijos.

El Tribunal entiende que la cuestión está resuelta por aplicación del Real decreto-ley de 26 de abril antes citado en el precepto literalmente transcrito en el último apartado del artículo 57 del Reglamento y en el 6.º de la Ley que dice que “toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida de derecho por la concurrencia de una condición, se entenderá siempre realizada el día que la limitación desaparezca, ateniéndose a esta fecha tanto para determinar el valor de los bienes como para aplicar los tipos de tributación”. Y contra la aplicación del precepto al caso, añade el Tribunal, no es eficaz la invocación de la disposición transitoria de dicho Decreto de 1926—que el de la 5.ª de la Ley vigente—porque si bien es verdad que en ella se previene que en las adquisiciones derivadas de actos o contratos anteriores a 1.º de mayo de 1926 no será de aplicación el precepto en cuanto modifique las disposiciones anteriores, aunque la condición se cumpla después de esa fecha y siempre que el documento se presente en plazo, falta, dice, en este caso el requisito esencial para que tal transitoria se aplique, cual es el de que los preceptos del artículo 6.º de la Ley modifiquen la legislación anterior, lo cual no ocurre en el caso controvertido, ya que el criterio con que esa legislación

se aplicaba al publicarse el repetido Decreto-ley es el mismo de la vigente, en los casos de condición suspensiva.

Comentarios.—El caso, como puede verse, es, sencillamente, de aplicación e interpretación del apartado último del artículo 57 del Reglamento, tomado literalmente del artículo 6.º de la Ley y ambos en relación con la disposición transitoria 5.ª de la misma, tomada, a su vez, de la primera disposición transitoria del citado Decreto-ley por todas las leyes del impuesto posteriores al mismo.

El problema es, pues, éste: ¿La adquisición que arranca de fecha anterior a 1.º de mayo de 1926, y está sujeta a alguna condición o limitación ha de liquidarse según el valor actual de los bienes y por la tarifa ahora en vigor, o, por el contrario, ha de aplicársele la tarifa de aquella época y tener en cuenta el valor que entonces correspondía a los bienes?

Lo primero es lo que preceptúa el texto literal de dichos artículos 6.º y 57 citados, y lo segundo lo dispuesto en la indicada disposición transitoria.

El Tribunal Central, en repetidas Resoluciones, de las que es una más la que ahora comentamos, viene interpretando con criterio restrictivo la aludida transitoria.

Ésta, según hemos hecho notar anteriormente, nació ya en el Real decreto-ley de 1926 con esta redacción: Las disposiciones de este Decreto-ley, en cuanto *modifican* las anteriores, se aplicarán a los actos y contratos que causen a partir de 1.º de mayo próximo; por consiguiente, como el contenido de los artículos 6.º de la Ley actual y de las anteriores y del apartado 6) del artículo 57 del Reglamento se estableció por primera vez en dicho Decreto de 1926, es claro que cae de lleno dentro de esa disposición transitoria, es decir, que el legislador lo que quiso fué, sin distingo de ninguna clase, que ese nuevo precepto en cuanto a tipo de liquidación y base liquidable no se aplicase en ningún caso más que a los "actos y contratos que se causen a partir de 1.º de mayo de 1926"

Esto, que parece concluyente, no lo es sin embargo para el Tribunal Central, y con apoyo en la redacción de la disposición transitoria de todas las leyes del Impuesto posteriores a aquel Decreto, entiende que cuando se trate de condiciones suspensivas, aunque hayan nacido antes de 1.º de mayo de 1926, deben liquidarse los actos aplicando la tarifa y el valor vigentes en el momento en que aquéllas se

cumplen. El argumento que emplea, tanto en la Resolución de que nos venimos ocupando como en otras anteriores, por ejemplo en la de 12 de marzo de 1936, es que esos artículos 6.º de la Ley y 57 del Reglamento no dejan de aplicarse más que en el caso de que ellos hayan modificado la legislación vigente al causarse el acto sometido a condición o limitación, y como en el caso de las condiciones suspensivas no la han variado, es claro, dice, que la transitoria no rige para ellas ni para las adquisiciones que de ellas se deriven aunque sean anteriores a la tantas veces repetida fecha de 1.º de mayo de 1926.

El argumento, decimos nosotros, siempre respetuosos con el Tribunal, sería concluyente si la transitoria transcrita del Decreto del 26, o el precepto que él estableció, innovando la legislación, y que pasó literalmente a ser el texto de los artículos 6.º de las leyes posteriores y el apartado 6) del 57 de sus Reglamentos, distinguieran de condiciones o de limitaciones, mas lo cierto es que no distinguen, y, además, sería menester que fuera también indiscutible que antes de 1926, y conforme al Reglamento entonces vigente, que era el de 20 de abril de 1911, se liquidaba, en los casos de condiciones suspensivas, como ahora está previsto que se liquide, lo cual no nos parece que sea tan indiscutible, entre otras razones porque holgaba la modificación establecida en aquel año, aparte de que, como va dicho, el Decreto-ley no distingue, y lejos de ello se refiere a "toda adquisición cuya efectividad se halle suspendida de derecho por *una condición*, un término, un fideicomiso o cualquiera otra especie de limitación, cuya forma de redacción indica claramente que el precepto es innovador y como tal sólo aplicable a las adquisiciones posteriores, según el mismo Decreto previene al decir que sus disposiciones "en cuanto modifican las anteriores" rigen únicamente para los actos y contratos que se causen a partir de la fecha en él establecida.

Lo cierto es, no obstante esa argumentación, que el criterio del mencionado Tribunal viene reiterándose repetidamente en el sentido a que anteriormente nos hemos referido.

Resolución del Tribunal Central de 17 de diciembre de 1940.

NO TIENEN EL CARÁCTER DE DEUDAS DEDUCIBLES LOS INTERESES DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS NO PAGADOS POR EL CAUSANTE, NI EL IMPORTE DE LETRAS DE CAMBIO LIBRADAS CONTRA ÉL, AUNQUE HAYAN SIDO DESCONTADAS EN UN BANCO CON INTERVENCIÓN DE CORREDOR DE COMERCIO, NI TAMPOCO EL CAPITAL E INTERESES DE UN PRÉSTAMO DE UNA CAJA DE AHORROS QUE NO CONSTA EN DOCUMENTO EJECUTIVO.

LAS ADJUDICACIONES EN PAGO DE DEUDAS HECHAS EN DOCUMENTO "MORTIS CAUSA", SON ACTOS INTERVIVOS, Y EL PLAZO PARA PRESENTAR EL DOCUMENTO EN CUANTO A ELLAS A LIQUIDACIÓN ES EL DE TREINTA DÍAS, Y NO EL ESTABLECIDO PARA LAS TRANSMISIONES HEREDITARIAS.

LA LIQUIDACIÓN GIRADA CONJUNTAMENTE A NOMBRE DE VARIOS CONTRIBUYENTES ES RECLAMABLE POR CUALQUIERA DE ELLOS, Y LA RESOLUCIÓN QUE RECAIGA LES AFECTA A TODOS.

Fallecido el causante en 12 de marzo de 1938, el documento particional fué presentado en 27 de octubre siguiente a la Oficina Liquidadora, constando en él que el testador nombraba heredera única a su esposa en concepto de usufructuaria, y para cuando ella falleciera serían herederos, también en usufructo, los hermanos de aquél, pasando el pleno dominio de la herencia al último sobreviviente de éstos. Fuera de esto estableció cuatro legados de mil pesetas.

La escritura particional declaró un haber de 1.377.772 pesetas, y consignó como deudas por los conceptos a que hicimos referencia en el precedente resumen en cuantía de 1.589.105,42 pesetas, estimando por ello que no había herencia y adjudicando todos los bienes a la viuda para pago de deudas.

La Oficina Liquidadora fijó el caudal en 1.382.098 pesetas, y no estimó como deducibles más que los capitales de ciertos préstamos hipotecarios en cuantía de 1.008.550 pesetas, determinando el caudal partible en la diferencia entre ambas cifras, o sea en 373.548 pesetas.

Fijado así el haber de la sociedad conyugal, esa última cifra la consideró ganancial, adjudicó la mitad a la viuda y la otra mitad la distribuyó como herencia del marido y giró las correspondientes

liquidaciones a la viuda por gananciales, por cuota viudal y como heredera en usufructo, y también las correspondientes al caudal relicto y a los legatarios.

Consideró que no era liquidable la nuda propiedad por indeterminación del heredero nudo propietario, pero en cambio liquidó a cargo de los hermanos, por el concepto de herencia, el total de la cifra que como tal atribuyó al haber del causante, o sea la mitad de las 373.548 pesetas, después de deducir las 4.000 pesetas legadas, y esto lo justificó la Oficina Liquidadora al informar ante el Tribunal provincial diciendo que lo hizo como medida precautoria, toda vez que, como según la partición, no existía herencia, podía eludirse fácilmente el pago del impuesto dada la dificultad de ir determinando el sucesivo fallecimiento de los hermanos del causante.

En cuanto al concepto de adjudicación para pago liquidó con multa del 30 por 100 por no haber sido presentado el documento en el plazo de treinta días establecido para los actos inter vivos, y en vez de fijar la base en la cantidad a que ascendían según la propia Oficina las deudas deducibles que era la de 1.008.550, la fijó en pesetas 1.140.492.

Dos de los interesados recurrieron y el Tribunal provincial confirmó las liquidaciones. El Central resolvió en la forma que vamos a detallar.

La primera cuestión fué la de la cantidad deducible por deudas, y sobre ellas sostenían los reclamantes que debían ser deducibles los intereses no pagados de los préstamos hipotecarios, fundándose en que pactados en escritura pública les alcanzaba la prevención del artículo 101 del Reglamento en relación con el 1.429 de la Ley de E. C. y la Resolución entiende que tal constancia no es suficiente para que se deduzcan los que se digan impagados, mientras esto no se demuestre por documento a su vez ejecutivo.

En cuanto a los intereses no pagados de un préstamo hipotecario hecho al causante por la Caja de Ahorros, cuyo no pago se justificaba con una certificación de la entidad posterior al fallecimiento del causante, el Tribunal no los considera deducibles porque tal documento no es ejecutivo. La cantidad a que ascendían ciertas letras de cambio, aun acreditado el descuento en un Banco, tampoco la estima deducible porque les faltaba el requisito del protesto por falta de pago, inexcusable según el artículo 101.

Fué estimada, en cambio, la reclamación referente a que la Oficina liquidadora, después de reconocer que la nuda propiedad no era liquidable, practicó una liquidación por el total valor de los bienes a que esa nuda propiedad se refería, estimando tal acto a todas luces impropio, e impropio también el motivo precautorio en que se fundó, dado que el liquidador tiene medios reglamentarios adecuados para que el impuesto no se burle en esos casos de usufructos sucesivos.

El punto relativo a fijar como deudas deducibles 1.008.550 y, ello no obstante, fijar la base de la adjudicación para pago en pesetas 1.140.492, puesto que, si ese criterio prosperase, se liquidaría el impuesto a las mismas personas por el doble concepto de herencia y de adjudicación para pago.

Por último, el problema de si esa adjudicación para pago debe liquidarse con la multa del 30 por 100 como si el documento que la contenía hubiese sido presentado fuera de plazo, lo resuelve el Tribunal diciendo que el acto es intervivos, aunque el documento que lo contiene sea de partición de herencia, y por lo tanto el plazo de presentación debe ser el de treinta días que rige para los actos de aquella naturaleza y no el de seis meses señalado en el artículo 109 para las particiones de herencia.

Además de las antedichas cuestiones, el Tribunal provincial había planteado de oficio la nacida de que el recurso lo interpusieron solamente dos de los interesados. Aquél la resolvió diciendo que las liquidaciones en que no eran titulares no las podían recurrir, y que en las que lo eran en unión de otros, como ocurría con la que a todos, conjuntamente se les giró en plena propiedad, no podían accionar más que sobre la parte proporcional. El Tribunal acepta la primera parte de la solución y en cuanto a la segunda dice que tienen derecho y acción como interesados para recurrir contra ella porque siendo uno el acto y una la liquidación, la impugnación tiene forzosamente que afectar a todo el acto administrativo.

Comentarios.—El criterio y el sentido de la comentada Resolución es tan claro y concluyente dentro de los preceptos reglamentarios que excusa todo nuevo análisis, salvo en lo que se refiere a la novedad del problema del plazo para presentar a liquidación una adjudicación expresa para pago de deudas contenida en un documento particional *mortis causa*.

La única razón que en la Resolución a que venimos refiriéndonos se da, es la de que se trata de un acto intervivos y gravado con los tipos de las transmisiones de esta naturaleza, y por ello le corresponde el plazo de treinta días que el artículo 107 señala para los documentos referentes a toda clase de contratos, y no el del artículo 109, aplicable a las transmisiones hereditarias.

El argumento—dicho sea sin menoscabo del superior criterio—nos parece que, por probar demasiado, sale de la órbita del verdadero espíritu de esos dos artículos del Reglamento

Efectivamente, actos intervivos son todas las adjudicaciones de las llamadas deducidas para pago tan frecuentes al liquidar herencias: acto intervivos es el de pagar al cónyuge sobreviviente su cuota legítima en forma distinta a la de usufructo, y lo son también los actos en que se adjudican a los herederos porciones mayores que las que legalmente les corresponden, sea por evitar la división de alguna finca, sea por otras conveniencias y, sin embargo, no creemos que en la práctica se les aplique la norma que la Resolución comentada preconiza.

Creemos, pues, que así como en esos ejemplos citados, y no los únicos citables, no es aplicable el criterio sustentado por la Resolución, porque evidentemente, si no son un acto de partición son consecuencia necesaria de ella, tampoco debe serlo para esas adjudicaciones expresas para pago de deudas: ese acto no será particional propiamente dicho, como dice el Tribunal, pero está tan íntimamente ligado a la misma que, merced a ella nace, y por lo mismo razonable es que el plazo de presentación del documento que las solemniza sea el del acto sustancial que es el de partición de herencia.

Resolución del Tribunal Central de 14 de enero de 1941.

VENDIDA UNA FINCA, CONSTITUIDA POR EL COMPRADOR UNA PENSIÓN VITALICIA A FAVOR DE LA VENDEDORA EN EQUIVALENCIA DEL PRECIO, Y MUERTA LA PENSIONISTA DENTRO DE LOS TRES AÑOS SIGUIENTES A LA VENTA, EL COMPRADOR NO HEREDERO HA DE SATISFACER EL IMPUESTO POR DICHO PRECIO COMO LEGATARIO, CON DERECHO A LA DEVOLUCIÓN DE LO SATISFECHO POR COMPRAVENTA, SI EL TIPO DE ÉSTA FUESE INFERIOR AL DE HERENCIA.

En febrero de 1938, doña J. del C. vendió por medio de escritura pública ciertos bienes a D. M. en precio de 460.000 pesetas.

En la escritura se consignó que la vendedora había recibido con anterioridad a cuenta del precio 30.000 pesetas del comprador, que éste retenía del mismo precio 100.000 pesetas para pagar un préstamo hipotecario que pesaba sobre los bienes, que en pago de 150.000 pesetas el comprador entregaba un cheque contra el Banco de España por dicha suma y que en compensación o equivalencia de las restantes 180.000 pesetas, hasta la totalidad de dicho precio, constituía en favor de la transmitente la pensión vitalicia de 18.000 pesetas anuales.

En garantía de la pensión se constituyó hipoteca sobre los bienes garantizando las 180.000 pesetas de capital y 18.000 de una anualidad de la pensión, y la escritura fué objeto de la correspondiente liquidación por derechos reales.

Fallecida la vendedora y pensionista al año siguiente, el comprador solicitó de la Oficina liquidadora la liquidación del impuesto por la extinción de la pensión vitalicia aludida, y previo el oportuno expediente de comprobación, se fijó el valor de los bienes en 500.000 pesetas, y en consideración a que la vendedora se había reservado sobre ellos la pensión vitalicia dicha, el liquidador aplicó al caso el contenido del apartado b), párrafo 1.º del art. 75 del Reglamento del Impuesto.

En su consecuencia estimó la venta de las fincas como transmisión a título de herencia y al comprador como legatario y practicó, conforme al valor comprobado, deducidas las 100.000 pesetas de la deuda hipotecaria, las liquidaciones correspondientes por herencia, caudal relicto y Retiros Obreros.

Contra esas liquidaciones recurrió el comprador y expuso que en

la escritura se habían otorgado dos contratos, uno de compraventa, en el que se transmitían los bienes en 460.000 pesetas, y otro de renta vitalicia, por el que a cambio de haber dado por recibidas de la señora vendedora 180.000 pesetas, resto del precio de la venta, se obligó el comprador a pagar la pensión de 18.000 anuales, y, en su consecuencia—decía—, no debe ser aplicable al caso del art. 75 del Reglamento, porque se refiere a supuesto distinto, como es el de que el vendedor no transmita todo el valor de los bienes enajenados en el trienio anterior a su fallecimiento, realidad distinta a la cuestionada, en la que la vendedora transmitió íntegramente los bienes y celebró, con independencia de esa transmisión, el contrato de renta vitalicia con la garantía de parte de los mismos bienes.

En el caso de no aceptar el precedente razonamiento, lo que procedía era—continuó diciendo el reclamante—adicionar al caudal hereditario de la vendedora únicamente las 180.000 pesetas que ésta cedió a cambio de la pensión, puesto que el adicionar la totalidad de los bienes y hacerle a él contribuir como legatario, era equivalente a obligarle a pagar por un capital exclusivamente suyo, puesto que por él había entregado el precio correspondiente.

A esto añadía que las nuevas liquidaciones no debieron girarse, porque las giradas como consecuencia de la primera escritura eran firmes y la Administración iba contra sus propios actos al girar aquéllas.

El Tribunal provincial económico dijo que el caso estaba comprendido en el mencionado apartado b), párrafo 1.º del art. 75 del Reglamento y que al caudal hereditario debían adicionarse la totalidad de los bienes por haber sido vendidos con la reserva de la pensión, y razonó diciendo que a la aplicación del precepto no era obstáculo el hecho de la entrega de parte del precio ni tampoco el que en compensación de otra porción del mismo precio se hubiese estipulado la constitución de la pensión vitalicia, puesto que en el mismo caso se encuentra toda transmisión en la que se estipula una reserva de usufructo, y, sin embargo, es lo cierto que a la herencia se adiciona, no sólo el valor del mismo, sino el total de los bienes.

El Tribunal Central revoca el fallo del provincial y estima que debe computarse en la herencia de la causante vendedora, no la totalidad de los bienes, sino la parte de ellos representativa de las 180.000 pesetas no entregadas por el comprador y que éste compensó con la obligación de pagar la pensión vitalicia.

Demuestra la escritura de compraventa—dice el Tribunal—que doña J. del C. transmitió al comprador una parte de los bienes pura y simplemente y sin reserva de derecho alguno, y otra parte reservándose el derecho a percibir la renta o pensión vitalicia de 18 000 pesetas que se obligaba a pagar a la transmitente el comprador, en vez del precio que a esa porción de bienes correspondía, y asegurando el cumplimiento de tal obligación con los propios bienes en la proporción que la misma escritura detalla y en cuantía de 180.000 pesetas de capital. Por lo tanto—sigue diciendo el Tribunal—, respecto a esa porción de bienes es de aplicación el precepto del Reglamento del impuesto que el reclamante invoca, y a considerarse que por haber sido vendida esa porción de bienes en el período de tres años precedentes al fallecimiento de la causante y reservándose ésta la mencionada pensión, esa parte de bienes forma parte de su herencia, y al adquirente, por no ser heredero, ha de reputársele legatario y obligado a satisfacer por ellos el impuesto en tal concepto.

La Resolución añade que, como las liquidaciones fueron giradas por el total valor de los bienes transmitidos, y como la disposición reglamentaria de que se trata, según queda razonado, no es aplicable más que a la parte de bienes afectados por la reserva del derecho a percibir la pensión vitalicia, procede declarar la nulidad de las liquidaciones y disponer que en su lugar se practiquen otras sobre el valor de la porción de bienes a que afecta dicha pensión, en el concepto de legado y con reserva al interesado del derecho a las correspondientes devoluciones.

El Tribunal acoge también el argumento esgrimido por el reclamante cuando decía que las liquidaciones primeras eran firmes y que al ampliarlas o modificarlas vulneraba la Administración el axioma de que a nadie es lícito ir contra sus propios actos, y lo refuta con la consideración de que dichas liquidaciones fueron y son válidas y quedan subsistentes, ya que en nada las afectan las que se puedan producir con el acto o actos posteriores como consecuencia de las prescripciones del artículo 75 del Reglamento.

Comentarios.—El único que la razonada Resolución transcrita nos sugiere es que traduce ponderadamente el espíritu de la disposición reglamentaria aplicada; la cual si ciertamente puede parecer dura jurídica y fiscalmente considerada, sirve para evitar que los contribuyentes

excesivamente previsores finjan con apariencia de legalidad actos intervivos generadores de verdaderas transmisiones gratuitas *mortis causa*.

Resolución del Tribunal Central de 15 de abril de 1941.

PARA QUE LAS PRIMERAS ADQUISICIONES POR LOS AYUNTAMIENTOS O ENTIDADES SUBROGADAS EN SUS DERECHOS DE TERRENOS SUJETOS A EXPROPIACIÓN FORZOSA Y DESTINADOS AL SANEAMIENTO Y MEJORA INTERIOR DE LAS POBLACIONES GOZEN DE EXENCIÓN, NO BASTA LA APROBACIÓN DEL PROYECTO, SINO QUE ES NECESARIO QUE LA CONCESIÓN SE HAYA OTORGADO A LA ENTIDAD ENAJENANTE.

La Sociedad Inmobiliaria del N. vendió una parcela de terreno, y el adquirente, al que le fué aplicada la tarifa de la compraventa, entendió que el acto estaba exento por aplicación de las leyes de 18 de marzo de 1895 y 8 de febrero de 1908—Reglamento, art. 6.º, número 3—, puesto que la Entidad transmitente estaba acogida a esas leyes y el proyecto de saneamiento y mejora de la población había sido aprobado por el Ministerio correspondiente.

El recurso es desestimado en primera y segunda instancia, porque la aprobación del proyecto no lleva implícita la subrogación del autor en los derechos del Ayuntamiento, sino que aquélla se produce por la adjudicación definitiva de las obras, con arreglo al proyecto aprobado y previo el trámite de subasta, debiéndose otorgar la escritura de concesión y constituir la oportuna fianza, requisitos que son indispensables para la exención y que en el caso actual ni se demuestran ni se intentan demostrar.

JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ-VILLAMIL

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

V A R I A

JAIME GUASP: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*. (Tomo primero. Aguilar, Madrid, 1943, 1.353 páginas.)

I.—INTRODUCCIÓN.

El envío de una obra a la Redacción de una Revista y la reseña del libro por la última revisten en muchos casos actualmente el aspecto de un intercambio de tarjetas de visita. Este sistema de la *comitas gentium*, por legítimo que tal vez resulte en la relación de autor y Revista, implica, desde luego, una infracción del deber de la Redacción frente a sus lectores, a los que no interesa la cortesía de la reseña, sino el valor científico del estudio reseñado. Pero es más: las notas bibliográficas galantes, lejos de constituir un acto de cortesía al autor, pueden considerarse por éste como una negativa ofensiva de tomar su esfuerzo en serio.

Ahora bien, ¿no constituye toda crítica la tentativa (o el delito frustrado) de matar el opúsculo criticado o, al menos, de herirle gravemente? ¿No representa cada objeción, para hablar en términos deportivos, la entrada de la pelota en la portería? ¿Y no vale más vivir mutuamente en paz que en pie de guerra? Estas interrogantes revelan un concepto completamente erróneo de la esencia de las ciencias culturales. En ellas lo indiscutiblemente verdadero y lo indiscutiblemente falso forman conceptos límites sin valor científico alguno: entre ellos se extiende la campaña feraz de lo discutible. El valor de un libro acerca de esta materia puede medirse por la cantidad de críticas fértiles que sugiere; lo mismo que el valor de una crítica puede medirse por el tamaño de la revisión que provoca en posteriores ediciones de la obra reseñada. Crítica no es ataque, sino colaboración, y libro y crí-

tica no son sino materia inflamable que abastece la eterna antorcha de la verdad.

II.—PARTE GENERAL.

El primer tomo de los comentarios de Guasp a la Ley de Enjuiciamiento civil interpreta el primer libro de dicho cuerpo legal. Con esta ocasión el autor desarrolla con cierta amplitud sus puntos de vista sobre la esencia del Derecho procesal en general, de guisa que estimamos conveniente dividir las opiniones de Guasp, a los efectos de esta nota crítica, en doctrinas referentes a la Parte general, y otras atañaderas a la Parte especial del Derecho procesal, empezando en esta sección con el primer grupo de racionamientos.

A) *Exposición de la tesis de Guasp.*

Guasp parte del concepto del proceso (págs. 3 a 16). El proceso se constituye por una sucesión de actos. El problema consiste en hallar el fin, la idea, la tendencia de los mismos. La teoría dominante cree que tal idea consiste en la actuación del Derecho objetivo. Guasp objeta a esta doctrina que lo que engendra el proceso no es la infracción del Derecho objetivo, sino la pretensión de un particular invocando esta infracción. Otra tesis mantiene que el proceso tutela los derechos subjetivos. Guasp alega, en contra de esta concepción, la existencia de procesos que no amparan derechos subjetivos; piénsese, por ejemplo, en las acciones declarativas negativas o en todas las acciones constitutivas. Finalmente, rechaza Guasp toda opinión intermedia que trate de acumular ambos fines anteriormente enumerados (1). Lo que hace falta es más bien un enfoque auténticamente sintético y no mecánicamente aditivo. Guasp cree haberlo encontrado con la siguiente definición: "El proceso es una serie o sucesión de actos que tienden a la actuación de una pretensión fundada mediante la intervención de los órganos del Estado instituidos especialmente para ello" (pág. 15). He aquí el nuevo concepto básico del ángulo procesal de Guasp: el de la pretensión, gozne sobre el que gira el proceso entero. "La pretensión procesal es una declaración de voluntad en la que se solicita una actuación del órgano

(1) Representante de tal doctrina es, por ejemplo, Prieto (*Exposición del Derecho Procesal Civil de España*, tomo I, 1941, pág. 2).

jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración" (pág. 339). La pretensión sustituye el concepto meta-procesal de acción. "Al proceso, lo único que le interesa es el acto al que él está condicionado, no el poder del que tal acto emana" (página 338). La pretensión como tal es, pues, inmune frente a la *quaestio juris*, es la súplica de un escrito procesal. No obstante, la simple oposición del demandado a una pretensión del demandante no constituye una pretensión (pág. 10, nota 1.^a). La definición guaspiana del proceso recoge tanto la defensa del *Derecho objetivo*, ya que en él se funda la pretensión (1), como la del *Derecho subjetivo*, puesto que su protección, cuando ha lugar, encarna en una pretensión, como finalmente la *necesidad de la incoación del proceso a instancia de parte*. La actuación de pretensiones fundadas es, a la par, el fin inmediato del proceso (página 25). El fin remoto del proceso es, en cambio, el mantenimiento de una paz justa en la comunidad (pág. 26). Guasp intercada entre el concepto y el fin del proceso el análisis de su naturaleza jurídica. Dado el estrecho parentesco entre concepto y fin, hemos creído más conveniente unir la exposición del concepto y del fin y reservarnos la de la naturaleza jurídica del proceso hasta este lugar. Guasp (págs. 17 a 25) pasa revista a las teorías que conciben el proceso como un contrato, un cuasi-contrato y una relación jurídica. Guasp rechaza las primeras dos concepciones como inadecuadas a la esencia pública del proceso, y refuta la tercera porque, o el proceso consiste de muchas relaciones jurídicas; en cuyo caso ignoramos la noción jurídica que expresa su unidad, o la relación jurídica procesal es la que abarca estas diferentes relaciones jurídicas singulares, en cuya hipótesis constituye un enfoque inútil y estéril. Guasp ataca asimismo la doctrina de la situación jurídica (2), por negar infundadamente derechos y deberes procesales. "Por el contrario, el proceso lleva consigo una serie de vínculos de esta índole, de los que existen supuestos característicos lo mismo en lo que toca a las partes que a los terceros; así, las partes tienen el deber, no simplemente moral, sino también jurídico, de no faltar a la verdad en sus alegaciones, de no actuar dolosa o negligentemente, de prestar la debida colaboración; el tercero tiene la obligación de declarar como testigo" (pág. 21). Pero es más: no sólo que en el proceso existen derechos y obligaciones; todo

(1) En la página 9, línea 14 desde arriba, existe una errata: en lugar de "subjetivo" debe leerse "objetivo".

(2) Véase acerca de ella REVISTA CRÍTICA, 1940, págs. 686 a 688.

lo que existe en el proceso, inclusive las cargas y atribuciones, puede reducirse a estos dos conceptos: "La carga no es sino el Derecho subjetivo *sub specie* de los efectos desfavorables ; la atribución no es sino la obligación *sub specie* de los efectos favorables que produce" (pág. 25). Guasp opone a todas estas teorías impugnadas la suya del proceso como institución. "Entendemos por institución no simplemente el resultado de una combinación de actos tendentes a un fin, sino un complejo de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común objetiva, a la que figuran adheridas, sea esa o no su finalidad específica, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad. La institución se compone, pues, de dos elementos fundamentales, que son como la trama y urdimbre de un tejido: la idea objetiva, que está situada fuera y por encima de la voluntad de los sujetos, y el conjunto de estas voluntades que se adhieren a dicha idea para lograr su realización. Entendido de esta manera, no es difícil aplicar el concepto de la institución al proceso: la idea objetiva común que en él aparece es la actuación o denegación de la pretensión; las voluntades adheridas a esta idea son las de los diversos sujetos que en el proceso figuran, entre las que la idea común crea una serie de vínculos de carácter jurídico también" (pág. 22).

B) *Fundamentos de una crítica.*

El cúmulo de problemas que giran en torno del proceso cobra forma y se desentraña con tal que se comprenda con propiedad la oposición entre punto de vista estático y enfoque dinámico del derecho. Las teorías que consideran el proceso como contrato, cuasi-contrato o relación jurídica, estriban en la concepción estática, la doctrina de la situación jurídica contiene el ángulo dinámico. Antes de calar más hondo en dicha cuestión metodológica, séanos permitido esbozar brevemente el historial de la tesis dinámica, la cual, por ser relativamente nueva, requiere más amplias explicaciones que el pensamiento jurídico estático, de tradición milenaria.

a) Los albores del dinamismo jurídico hallanse ya en el concepto del derecho abstracto a la demanda, establecido por Degenkold (1) y aceptado por Plosz (2), con lo cual se inicia la independización del

(1) *Einlassungszwang und Urteilnorm*, 1877, págs. 1 y sigs.

(2) *Beiträge zur Theorie des Klagrechts*, 1880, págs. 47 y sigs.

Derecho procesal del Derecho material, atalayada ya por la distinción windscheidiana (1) entre derecho y acción. Kohler (2) y Weismann (3) captan el mismo meollo de la problemática procesal si, en contra de Wach, ponen de realce que en el Derecho procesal el Derecho material debe considerarse como incierto, como "en tela de juicio". He aquí un elemento completamente desconocido en el Derecho material: el de la incertidumbre, que no deja de suscitar un piélago de importantes consecuencias. Oswald Spengler (4) acuña los términos "concepción estática" y "dinámica". "Por eso hay que decirlo con toda precisión: el Derecho antiguo era un Derecho de cuerpos. Nuestro Derecho es un Derecho de funciones. Los romanos crearon una estática jurídica; nuestro problema de hoy es crear una dinámica jurídica." Teníamos que traer a capítulo estas famosas palabras, puesto que figuran como lema de la obra básica en nuestra materia, del "Prozess als Rechtslage" (5). No obstante, no debe echarse en olvido que Spengler piensa en nuestro pensamiento jurídico en general, mientras que nosotros sólo traemos a colación la mentalidad procesal. La elaboración fundamental del dinamismo débese a la monografía de James Goldschmidt: el proceso, como situación jurídica, obra ésta, cuyos rasgos esenciales han sido perfilados en un libro español del mismo autor, denominado "Teoría general del proceso". A consecuencia de este estudio trascendental, los procesalistas escandinavos Skeie (6) y Wrede (7) rechazan la teoría estática de la relación procesal. En España, la teoría goldschmidtiana ha sido adoptada recientemente por Legaz y Lacambra (8). Finalmente mencionamos a Gerhart Husserl (9), que, aunque bastante distanciado de la concepción de James Goldschmidt, llega a resultados semejantes desde fenomenología de Edmund Husserl y la ontología de Martin Heidegger. La relación jurídica del Derecho material se convierte en el proceso en una "relación tética", caracterizada por su incertidumbre. El resul-

(1) *La actio del Derecho civil romano*, 1856.

(2) *Zeitschrift für Deutschen Zivilprozess*, XXXII, págs. 211 y sigs.

(3) *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, I, 1903, pág. 70, nota 11, número 4.º

(4) *La decadencia de Occidente*, trad. esp. por García Morente, Espasa-Calpe, volumen III, 1943, pág. 121.

(5) De James Goldschmidt, publicado en 1925. En su *Teoría general del proceso* (Labor, 1936, pág. 58) repite las frases spenglerianas.

(6) *Den norske Civilprocess*, ed. 2.ª, tomo I, Oslo, Olaf Norlis, 1939, pág. 378

(7) *Finlands gällande Civilprocessrätt*, tomo I, pág. 288.

(8) *Introducción a la Ciencia del Derecho* (Bosch, Barcelona 1943, págs. 584 a 590).

(9) *Der Rechtsgegenstand*, Berlín, Springer, 1933, págs. 87 a 115, 127 a 130.

tado del proceso produce una nueva relación especial, catalogada por Gerhart Husserl como "relación final".

b) ¿En qué consiste, pues, la auténtica oposición entre el método estático y el dinámico en el Derecho? Una intuición eidética de la estructura óntica, prescindiendo de toda ontología acerca de la materia, revélanos el mundo del Derecho material como diametralmente opuesto a la órbita del Derecho procesal.

El Derecho material trata de *normas* vigentes y de *hechos* jurídicos existentes. Las normas que no están en vigor y los hechos jurídicos inexistentes constituyen meros conceptos límites, desempeñando semejante papel que una persona sin entrada para el teatro que en vano intenta entrar en el mismo. Las normas *se aplican* a los hechos. La aplicación de aquéllas a éstos es siempre inconcusa. El fenómeno de una aplicación dudosa es de índole psicológica y ajeno al armazón conceptista del Derecho material. La aplicación de las normas a los hechos engendra una serie de configuraciones. Las principales son: la *persona*, la *cosa*, la *conducta*, la *relación jurídica*, el *derecho subjetivo* y la *obligación*. Algunas de ellas están sometidas a parejas de valoraciones contradictorias. Una conducta, por ejemplo, es *licita* o *ilícita*. Una relación jurídica es *válida* o *nula*. Los derechos subjetivos suelen ser capaces de una satisfacción extrajudicial, privada del deudor, sobre el que grava la necesidad normativa de llevar a cabo una prestación, normalmente so pena de incurrir en una sanción. Perdónesenos nuestra pintura de brocha gorda, debida a las circunstancias; pero esperamos que, no obstante, cumpla su finalidad.

Un nuevo mundo diverso se nos abre al entrar en el proceso. Por una vertiente nos encontramos con *pretensiones* en el sentido de súplicas, de pedimientos, basadas sobre *afirmaciones* referentes a la existencia de normas y de hechos y a la aplicabilidad de las primeras a los segundos. También presenciamos la proposición y la práctica de pruebas para aseverar las diferentes afirmaciones, o, al menos, parte de ellas. Las pretensiones están sometidas a las valoraciones de admisibles o inadmisibles en apariencia, por un lado, y a las de fundadas o infundadas en apariencia, por el otro. Por la otra vertiente hallamos un *examen* de las pretensiones bajo el prisma valorativo ya mencionado, examen que frente a la prueba recibe la denominación especial de "apreciación" de la misma, y, sobre todo, una *decisión* sobre las pretensiones que puede llevar aneja la *ejecución*. El proceso está envuelto en una nube de in-

certidumbre. Las pretensiones y afirmaciones tienen un grado mayor o menor de verosimilitud. La decisión del pleito puede o no puede acertar. Por ende, se permite un *nuevo examen* de la misma cuestión. Pero como la "revisión" de un asunto tampoco sale de la esfera de la inseguridad facticia y normativa y una repetición ilimitada de revisiones es imposible e indeseable, la última decisión admitida posee el efecto de vincular a ciertas personas en lo porvenir como si contuviera la auténtica verdad. He aquí el efecto de *cosa juzgada*. En este mundo de inestabilidad y apariencias sólo existen *posibilidades* y *expectativas*, así como *cargas*, puesto que no se sabe quién tiene el derecho, y por ello sólo se especula con la esperanza mayor o menor de vencer; tampoco se sabe quién falta a su obligación, sino sólo quién va a incurrir en desventajas comportándose de determinada manera.

En resumidas cuentas: el Derecho material es un conjunto de entes irreales y contruídos a semejanza de los de la matemática pura. El Derecho procesal—mejor se dijera tal vez: el proceso—es el mundo real de las pretensiones y afirmaciones, pruebas y resoluciones, esperanzas e incertidumbres. Por esta razón James Goldschmidt (1) invoca el fenómeno del doble ordenamiento jurídico: el orden judicial se enfrenta con el orden legal. El carácter empírico del Derecho procesal provoca la fijación del fin empírico como fin del proceso. Este fin empírico es la constitución de la cosa juzgada (2). El concepto de legalidad, pretensión fundada u otras nociones referentes al Derecho material, no deben entrar ni en la definición del proceso ni en el establecimiento de su fin, ya que ello significaría hacer de la cuestión supuesto y desconocer el inmarcesible mérito de la obra de James Goldschmidt: el de haber descubierto el proceso como un mundo nuevo, orbe de pretensiones y resoluciones, la que se orienta hacia el Derecho material como hacia su norte, mas sin atisbarlo siempre con claridad, sin saber jamás si la luz tenue y lejana es estrella fija o fuego fatuo, cortando las controversias con actos de voluntad: *stat pro ratione voluntas* (3).

(1) V. *Teoría general del proceso*, 1.ª ed., pág. 42.

(2) James Goldschmidt, 1.ª ed., pág. 34.

(3) Contra James Goldschmidt se han hecho principalmente tres objeciones:

1.ª Se afirma que el proceso no es una situación jurídica, sino varias. Contra este reproche procede la siguiente defensa: a) Si se mira el proceso desde el punto de

C) Crítica.

De lo expuesto con anterioridad, fácilmente desprenderse puede lo que nos parece atacable en la construcción procesal de Guasp. El ilustre catedrático de Barcelona, sin darse cabal cuenta de la diferencia abismal entre el enfoque estático y dinámico, coordina las diversas teorías acerca de la esencia del proceso, tanto las que descansan sobre una concepción estática (la doctrina del contrato, la del cuasi contrato y la de la relación jurídica) como la tesis dinámica de la situación jurídica. Eso se explica por el en sí loable afán de Guasp de aquilatar y ponderar imparcialmente los diversos idearios y de fusionar sus elementos aprovechables en una síntesis original, afán que en esta ocasión conculca el ángulo dinámico y disloca la vetusta construcción estática.

La definición del proceso de Guasp se relaciona con el Derecho material al hablar de "pretensiones fundadas". Pero en el proceso hay sólo una apariencia de fundamentación. La misma trayectoria de ideas determina a Guasp a excluir del concepto de pretensión la simple oposición del demandado, aunque desde el punto de vista procesal la pretensión del demandado a que le absuelvan posee indudable sustancialidad, lo que debe tener como secuela práctica la necesidad del consentimiento del demandado en el desistimiento del demandante.

Al determinar el fin del proceso, Guasp busca el fin metafísico y no

vista de la sentencia firme, consiste en una situación jurídica que se desarrolla durante el proceso. Así, emplea Goldschmidt este concepto en la página 255 de su *Prozess als Rechtslage*, o también en la página 259: "La situación jurídica procesal es el conjunto de las expectativas, posibilidades, cargas y dispensas de cargas procesales de una parte." Ahora bien: si se enfoca cada fase particular de dicho desarrollo se llega a una multiplicidad de situaciones. Este segundo punto de vista se encuentra, efectivamente en otros pasajes de la obra goldschmidtiana. Por ejemplo (*Teoría general...*, página 60): "La unidad del proceso se garantiza por su objeto a saber: el Derecho material que se desenvuelve en situaciones procesales." b) Aun aceptándose la multiplicidad de las situaciones jurídicas, se llegaría a una depuración de título de la obra principal de James Goldschmidt, pero a ninguna brecha en sus fortificaciones, ya que la tesis de Goldschmidt no consiste en la unicidad de la situación jurídica, sino en la sustitución del concepto de la relación jurídica por el de la situación, no importa si en cada proceso exista una o existan varias.

2.^a Se reprocha a Goldschmidt que destroza la unidad del proceso. Pero la unidad del proceso queda garantizada por el derecho material que se desarrolla en situaciones jurídicas (*Teoría general...*, págs. 60 y 61). Tal vez debiera buscarse el lazo unificador del proceso dentro de la teoría de James Goldschmidt en el hecho empírico de apeteer una determinada resolución.

3.^a Se alegan contra Goldschmidt determinados derechos y obligaciones procesales, como el deber de decir la verdad, etc. Mas una vez comprendida bien la tesis dinámica se ve con facilidad no sólo que no hay derechos y obligaciones en este o aquel derecho, sino que no puede haberlos apriorísticamente, ya que todos los derechos y obligaciones se hallan dentro del proceso en tela de juicio.

el fin empírico, revistiendo en el Derecho procesal el último una importancia extraordinaria, mientras que el primero no arroja mucha luz sobre problemas del Derecho adjetivo. Guasp ensaya superar las doctrinas sobre la relación y la situación jurídica mediante el concepto de la institución. La teoría institucional puede ser útil para el Derecho administrativo (1); tal vez también para el Derecho privado (2); quizá para la filosofía del Derecho (3), siéndolo, sin duda alguna, para la sociología (4); mas no estimamos que ilumine las tinieblas procesales. En efecto: las cinco consecuencias (págs. 22 y 23) de la concepción institucionalista del proceso entran, o en el campo de la filosofía del Derecho (consecuencias A y B), o en la esfera del Derecho orgánico (consecuencia C), o en la órbita de la política del proceso (consecuencias D y E).

Acabamos de enumerar las huellas del enfoque estático en las doctrinas procesales de Guasp. Ahora bien: otros pivotes de la construcción guaspiana arroigan en tierra dinámica. En primer lugar, merece mención su intento de eliminar del área del Derecho procesal el concepto de la acción, intento emprendido también por el creador del método dinámico procesal (5). En segundo lugar, pensamos en la noción guaspiana de la pretensión. Esta es de pura cepa procesal y significa una notable contribución a la concepción dinámica del proceso. Ni que decir tiene, por ende, que nos parece excelente. Como la pretensión es el centro de gravedad del sistema procesal de Guasp, osamos vaticinar que la trayectoria científica de este notable procesalista se encauza hacia el enfoque dinámico del proceso (6).

(1) Hauriou: "La théorie de l'institution et de la fondation", en los *Cahiers de la Nouvelle Journée*, núm. 4, 1925.

(2) Rigaud *Le droit réel. Histoire et théories; son origine institutionelle* (Toulouse, 1912); Desqueyrat *L'institution. Le Droit objective et la technique positive. Essai historique et doctrinale* (Sirey, Paris, 1933).

(3) La dirección thomista. Renard: *L'institution (Fondement d'une renovation de l'ordre social)* (Flammarion, 1933); Delos. "La théorie de l'institution" (*Archives de Philosophie du Droit*, 1931).

(4) Medina Echavarría *Filosofía jurídica*, 1935, pág. 145.

(5) James Goldschmidt: *Materielles Justizrecht*, 1905, págs. 6 a 20.

(6) La crítica de Guasp contra la autonomía del concepto de carga bríndanos un ejemplo del "sincretismo del método". En efecto, la carga agrupa los efectos desfavorables del no ejercicio de un derecho subjetivo. Pero no resulta por ello reducible la noción de carga al concepto del derecho subjetivo, puesto que el punto de vista de "consecuencias desfavorables" no cabe en el derecho material, ya que es de cuño procesal. El deber del testigo de declarar la verdad pertenece al Derecho Público; su cumplimiento se lleva a cabo en el proceso y está sometida a la incertidumbre característica del mismo.

III. — PARTE ESPECIAL.

En lo que sigue escogemos al azar, y guiados por el mero interés personal, algunos puntos concretos de los comentarios de Guasp, puesto que un estudio detenido y concienzudo de las 1353 páginas, nutridas de doctrina, rebasaría, y con mucho, el tamaño normal de una reseña.

En la materia de las fuentes, Guasp rechaza, con razón (pág. 43) la limitación de las mismas a la ley. El artículo 1.º de la ley de Enjuiciamiento civil no se propone legislar sobre las fuentes del Derecho, y, caso que se propusiera tal cosa, hubiera sido derogado por el artículo 6.º del Código civil.

Destacan las opiniones de Guasp acerca de la renuncia y del desistimiento (págs. 162 y siguientes), puesto que en ellas palpita de nuevo la infranqueable oposición entre método estático y dinámico. La renuncia es, en el entender de Guasp, la declaración de voluntad del demandante por la que se abandona el derecho alegado como fundamento de la pretensión procesal. No siendo posible concebir una pretensión sin fundamento, la "renuncia del derecho" lleva consigo la renuncia a la pretensión. Guasp estima que el artículo 4.º del Código civil es de "aplicación indudable" a la renuncia procesal. El desistimiento es, a diferencia de la renuncia, una declaración por la que el actor anuncia su voluntad de abandonar su pretensión. Desde luego, hay que distinguir la renuncia del Derecho material a un derecho subjetivo, única a la que se aplica directamente el artículo 4.º del Código civil (aunque analógicamente sea aplicable a la renuncia procesal), y la renuncia procesal, que, según doctrina muy difundida—y no sólo entre los partidarios del método estático—se extiende al fundamento alegado. Tal vez corresponda más al ángulo dinámico del proceso extender la renuncia procesal a la pretensión procesal en general y limitar el desistimiento al abandono del ejercicio de la pretensión en el proceso incoado (1).

Guasp acepta sin discusión la validez del Real Decreto-ley del 17 de noviembre de 1852 (pág. 292). Pero este Decreto parece incompatible con el artículo 27 del Código civil, por establecer el primero

(1) La transacción posee, en contra de Guarp (l. c., pág. 167), matiz procesal, puesto que las concesiones recíprocas consisten en el abandono de posibilidades procesales.

diferencias entre españoles y extranjeros en la cuestión de competencia, en contra del principio de igualdad proclamado por el segundo. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid (véase esta doctrina en la sentencia del Tribunal Supremo del 10 de febrero de 1915, en *Jurisprudencia Civil*, tomo 132, pág. 388, motivo 4.º) defiende la derogación del Decreto, opinión hacia la cual el Tribunal Supremo, en la misma sentencia, parece inclinarse. También Trias de Bés (1) mantiene la derogación del mencionado Decreto, aunque se basa en razones diferentes, y en otros lugares de su obra lo cita todavía como vigente (por ejemplo, número 124, pág. 161; número 290, pág. 343). En cambio, nos parece acertada la forma en que Guasp pone en contacto los artículos 51 y 70 de la ley de Enjuiciamiento civil (página 389) (2).

La introducción al título IV sobre acumulaciones es magistral (páginas 512 a 518) en su claridad expositiva y en el agrupamiento pedagógico de los conceptos.

Nos alegra que Guasp aborde ciertos problemas difíciles relacionados con la votación de sentencias (págs. 922 y 923) (3).

IV. — APRECIACIÓN FINAL.

Fiel a nuestro empeño, recalcado en la "introducción", intenta esta breve nota una colaboración con la obra monumental de Guasp. Por esta razón ha sido preciso dar más volumen a los puntos discutibles y que se estiman susceptibles de un perfeccionamiento, que a los amplios pasajes que por su enjundia doctrinal, su lucidez pedagógica y su acierto práctico llenan al lector de admiración y agradecimiento. Pero el descuido de las innumerables excelsitudes de los comentarios de Guasp no se debe sólo a la finalidad particular de la presente reseña, sino también a la personalidad científica del docto catedrático de Barcelona, que en una serie numerosa de estudios procesales, de los cuales uno sobre todo es inolvidable a los lectores de esta REVISTA CRÍTICA, nos tiene tan acostumbrados a ciertas cualidades de su ingente obra: amplitud de conocimientos, profundidad de las construcciones y fluidez del estilo.

(1) *Estudios de Derecho Internacional Privado*, 1921, núm. 308, pág. 355.

(2) Véase W. Goldschmidt: *Problemas de competencia en el Derecho Internacional Procesal de España*, 1939, págs. 439 y 440.

(3) Véase REVISTA CRÍTICA, 1941, págs. 315 y 316.

que su presencia nos parece consustancial con la misma, obra la de Guasp destinada a hacer desplazar el centro de gravedad del Derecho procesal a esta Península.

MIGUEL SANCHO IZQUIERDO: *Filosofía del Derecho y principios de Derecho natural* (Zaragoza, 1943; páginas 344).

La obra que tenemos a la vista, de corte neoescolástico, no constituye sino el primer volumen de un manual de filosofía de Derecho, conteniendo la Parte General.

El libro comienza con la exposición de algunos conceptos preliminares: Derecho, ciencia, filosofía, filosofía del Derecho y Derecho natural, y método y plan. La Parte General misma se descompone en cuatro títulos. El primero trata del orden jurídico dentro del orden moral. El autor analiza los conceptos de orden, fin, fin jurídico y orden jurídico. El segundo título es dedicado a los actos humanos: el hombre como agente moral; conocimiento que el hombre tiene del orden; actuación del hombre consiguiendo a este conocimiento (los actos humanos en relación al fin; rectitud moral; justicia; los actos humanos en relación al sujeto). El tercer título aborda las normas (Ley, filosofía del Derecho, Derecho natural). El cuarto título enfoca el imperio de la norma contemplando el deber como consecuencia del imperio de la ley moral y el imperio de la ley jurídica.

El estudio del ilustre catedrático de Zaragoza, que entre otros tesoros contiene una interesantísima historia del derecho natural, es de alto valor didáctico y sumamente instructivo para todo aficionado de la filosofía del Derecho.

SALVADOR BERNAL MARTÍN: *Procedimiento laboral* (Legislación, Jurisprudencia, Notas, Formularios). (Impresa, *El Adelantado*, Segovia, 1943; páginas 271).

La publicación del profesor de Murcia merece, sin duda alguna, aplauso por llenar decorosamente una sensible laguna en nuestra literatura jurídica. El libro consta de cuatro partes: la primera trata de la Magistratura del Trabajo (jurisdicción laboral, comités paritarios

y jurados mixtos; magistrados de trabajo, representación y defensa, el acto de conciliación, la gratuidad del procedimiento, legislación comparada, fuentes del Derecho laboral); la segunda, expone el procedimiento laboral; la tercera, analiza las competencias especiales, y la cuarta presenta formularios de suma utilidad para el profesional. Suscribimos como acertadas las siguientes palabras de la Carta-Prólogo. "El Derecho adjetivo, partiendo del libro IV del Código de Trabajo y Decreto orgánico de 13 de mayo de 1938, hasta llegar al intrincado cúmulo de disposiciones que regulan la jurisdicción y el procedimiento—verdadero laberinto legislativo, cuya simplificación acomete el Poder público en estos momentos—, las competencias especiales, los bien cuidados formularios y la copiosísima jurisprudencia de actualidad palpitante como fuente del Derecho de superior rango, son hilos que ha sabido usted manejar hábilmente en el difícil trenzado de su obra."

PROCEDIMIENTO EN LAS RECLAMACIONES ECONÓMICO-ADMINISTRATIVAS.—*Derecho procesal contencioso de las Haciendas públicas* (Estado, Provincia y Municipio. Doctrina, legislación, jurisprudencia y formularios), por José María Fábregas del Pilar y Díaz de Cevallos, Abogado del Ilustre Colegio de Madrid, Jefe de Administración del Ministerio de Hacienda, Académico de Jurisprudencia y Legislación y redactor de la Revista general de Legislación y Jurisprudencia.—Un tomo en cuarto de 680 páginas, Madrid. Instituto-Editorial Reus, Preciados. 23 y 6, y Puerta del Sol, 12. Precio en rústica, 45 pesetas.

La entidad editora de esta obra ha dicho en el prospecto de que se ha servido para presentarla al público: "El Sr. Fábregas del Pilar ha escrito un tratado, predominantemente práctico, en el que se da, sin embargo, la debida importancia al estudio doctrinal de las cuestiones que se refieren al que él ha llamado *Derecho procesal contencioso de las Haciendas públicas*, y muy especialmente al *Procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas*." Esta apreciación es exacta.

En la obra a que se refiere esta nota se pueden distinguir tres agrupaciones fundamentales: la primera de ellas, constituida por la Introducción y por el Libro I, se halla destinada a determinar el lugar que

corresponde al Derecho procesal de las Haciendas públicas en el plan general de los estudios de Hacienda. a discriminar, dentro de él, sus dos modalidades, contenciosa y no contenciosa, y a exponer, desde el punto de vista que interesa al autor, atendida la finalidad concreta de sus investigaciones, los conceptos del acto y del contrato administrativo y de las relaciones entre la Administración y la Jurisdicción; la segunda es una exposición sistemática del Derecho positivo español referente a las reclamaciones económico-administrativas, entendidas en sentido amplio, y la tercera es una compilación legislativa. Completan el libro dos repertorios alfabéticos de jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y del Tribunal Económico-Administrativo Central: dos índices alfabéticos, uno general y otro especial dedicado a la legislación por la que se rigen las reclamaciones económico-administrativas entendidas en sentido estricto (R. D. de 16 de junio de 1924 y Reglamento de 29 de junio del mismo año); un detallado índice alfabético general y una colección de formularios.

Caracteriza la obra del Sr. Fábregas del Pilar el rigor y la claridad del plan, destacados ya en la exposición con que la encabeza y del que el lector se va apercibiendo mejor a medida que se adentra en su estudio.

En la parte doctrinal de este libro merecen, a nuestro juicio, ser destacados el criterio adoptado para distinguir el Derecho procesal administrativo contencioso del no contencioso; el concepto del acto administrativo que, como punto de partida de las reclamaciones económico-administrativas, entendidas en sentido estricto, es peculiar del Derecho procesal de la Hacienda pública; el intento, hábilmente razonado, de enlazar la doctrina referente al *acto administrativo* con la relativa a los *hechos jurídicos* en general y a los *negocios jurídicos* en particular y la exposición de los contenidos de las funciones administrativa y jurisdiccional y de las relaciones que existen entre ellas. Todas estas cuestiones y otras relacionadas con ellas son expuestas por el autor con una orientación moderna y, frecuentemente, con rasgos de originalidad.

El grupo del libro que examinamos brevemente dedicado a la exposición sistemática de la legislación española, está construido sobre la distinción entre las reclamaciones económico-administrativas que se pueden entablar dentro del procedimiento de gestión y las que son

independientes de este procedimiento, es decir, y por lo que a estas últimas se refiere, a las reclamaciones económico-administrativas entendidas en sentido estricto. A este mismo grupo de la obra pertenece una exposición que con carácter muy general se hace en ella de las reclamaciones económico-administrativas en asuntos provinciales y municipales.

La compilación legislativa que en forma de Apéndice completa la obra, es muy extensa y está compuesta por *diecisiete textos legislativos* que se insertan en ella, entre los que destacan por su importancia la *Ley de contrabando y defraudación*, la *Ley sobre represión de delitos monetarios*, la legislación referente al *procedimiento gubernativo considerado en general y al administrativo como trámite previo del judicial*; el Decreto y Reglamento dedicados a la regulación especial del *procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas entendidas en sentido estricto*; y otras varias que hacen este Apéndice muy interesante.

La obra del Sr. Fábregas del Pilar representa, en el aspecto doctrinal, un estimable esfuerzo de construcción científica de una nueva rama del Derecho público (el *Derecho fiscal* y, dentro de él, el *Derecho procesal de la Hacienda*), y en el aspecto práctico, la realización de una labor de sistematización del Derecho positivo español referente a las reclamaciones en asuntos de Hacienda que puede ser muy útil para quienes hayan de formularlas.

LA REDACCIÓN.